



УДРУЖЕЊЕ ЗА МЕЂУНАРОДНО КРИВИЧНО ПРАВО
INTERNATIONAL CRIMINAL LAW ASSOCIATION

ЗБОРНИК РАДОВА СА МЕЂУНАРОДНЕ НАУЧНЕ КОНФЕРЕНЦИЈЕ

**"РАСКРШЋА МЕЂУНАРОДНОГ
КРИВИЧНОГ И КРИВИЧНОГ ПРАВА
– РЕФОРМА ПРАВОСУДНИХ ЗАКОНА
РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ"**



Палић, 16–19. јун 2023. године

РАСКРШЋА МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ И КРИВИЧНОГ ПРАВА – РЕФОРМА ПРАВОСУДНИХ ЗАКОНА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Издавачи: Удружење за међународно кривично право и Универзитет у Београду – Правни факултет

За Издавача: проф. др Миленко Крећа, председник Удружења за међународно кривично право
проф. др Зоран Мирковић, декан Универзитета у Београду - Правног факултета
Алекса Шкундрић, секретар Удружења за међународно кривично право

Уредници: проф. др Милан Шкулић
доц. др Ивана Миљуш
Алекса Шкундрић

Рецензенти: проф. др Миленко Крећа, Србија
Академик проф. др Владо Камбовски, Северна Македонија
проф. др Родољуб Етински, Србија
проф. др Станко Бејатовић, Србија
проф. др Милан Шкулић, Србија
проф. др Татјана Бугарски, Србија
проф. др Вања Бајовић, Србија
проф. др Александар Гајић, Србија

Програмски одбор: Академик проф. др Владо Камбовски (Северна Македонија), проф. др Вид Јакулин (Словенија), проф. др Елена Багреева Геннадиевна (Русија), проф. др Мирзоев Гасан Борисович, ректор Академије адвокатуре и нотарства (Русија), проф. др Ваилева Оксана Николаевна (Русија), проф. др Санџив П. Сани (Индија), проф. др Анита Куртовић-Мисић (Хрватска), проф. др Игор Вулетић (Хрватска), проф. др Вари Винце (Мађарска), проф. др Милош Бабић (Босна и Херцеговина – Република Српска), проф. др Иванка Марковић (Босна и Херцеговина – Република Српска), проф. др Велимир Ракочевић (Црна Гора), проф. др Милијана Буха (Босна и Херцеговина – Република Српска), проф. др Миленко Крећа, проф. др Станко Бејатовић, проф. др Владан Петров, судија Уставног суда Републике Србије, проф. др Бојан Милицављевић, проф. др Бождар Бановић, проф. др Татјана Бугарски, декан Правног факултета Универзитета у Новом Саду, др Ивана Стевановић, директорка Института за криминолошка и социолошка истраживања, проф. др Бранислав Ристивојевић, др Горан Илић, јавни тужилац Републичког јавног тужилаштва, проф. др Александра Илић, проф. др Славољуб Вукићевић, Ненад Вујић, директор Правосудне академије, доц. др Иван Ђокић, доц. др Наталија Лукић, асист. Ивана Радисављевић, Тома Фила, адвокат, Горан Петронијевић, адвокат, Момчило Булатовић, председник АК Београда, Јасмина Милутиновић, председница АК Србије, др Вељко Делибашић, потпредседник АК Србије, Драгомир Милојевић, мр Дарко Тадић, председник Апелационог суда у Новом Саду, Гордана Крстић, јавни тужилац Другог основног јавног тужилаштва у Београду

Организациони одбор: проф. др Милан Шкулић, судија и заменик председника Уставног суда Републике Србије (председник Организационог одбора), проф. др Вања Бајовић, проф. др Александар Гајић, главни правни саветник у Министарству спољних послова Републике Србије, мр Томислав Стојковић, адвокат и бивши судија Уставног суда, проф. др Милан Палевић, доц. др Ивана Миљуш, Новица Пековић, Оливера Пајић, судија Вишег суда у Београду, Снежана Ивковић, судија Првог основног суда у Београду, Миљкан Карличић, адвокат, мр Миодраг Вуковић, адвокат, Вељко Ракић, мастер права, Алекса Шкундрић

Сва права задржана. Ниједан део ове књиге не може бити репродукован, преснимаван или преношен било којим средством – електронским, механичким, копирањем, снимањем или на било који други начин без претходне сагласности аутора и издавача

САДРЖАЈ

Предговор.....	9
----------------	---

МЕЂУНАРОДНО КРИВИЧНО ПРАВО

1. проф. др Милош Бабић, ОСНОВИ ИСКЉУЧЕЊА КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА И КРИВИЧНЕ ОДГОВОРНОСТИ У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ.....	13
2. проф. др Милан Шкулић, УПОТРЕБА БЕСПОСАДНИХ ЛЕТИЛИЦА/ДРОНОВА У РАТУ/ОРУЖАНОМ СУКОБУ – АНАЛИЗА СА СТАНОВИШТА МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА	28
3. проф. др Александар Гајић, HEAD OF STATES IMMUNITY IN THE CONTEXT OF THE JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT	60
4. проф. др Александра Илић, МЕЂУНАРОДНА ПРАВНА ПОМОЋ У КРИВИЧНИМ СТВАРИМА У СВЕТЛУ НОВЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ КРИВИЧНОГ ПРАВОСУЂА	69
5. проф. др Милијана Буха, ЧЕТВРТИ ДОДАТНИ ПРОТОКОЛ: ЈАЧАЊЕ ИЛИ СЛАБЉЕЊЕ МЕЂУНАРОДНЕ САРАДЊЕ У ЕКСТРАДИЦИЈИ?	82
6. доц. др Сања Крешталица, ИНДИВИДУАЛНА КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ: ОД ВЕРСАЈСКОГ УГОВОРА ДО РИМСКОГ СТАТУТА.....	93
7. мр Томислав Стојковић, МЕЂУНАРОДНА ПРАВНА ПОМОЋ У КРИВИЧНИМ СТВАРИМА И СПОРНА ПИТАЊА У ПРАКСИ	112
8. др Јована Бановић, ТАЧКЕ СПАЈАЊА И РАЗДВАЈАЊА СРПСКОГ И МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА НА ПРИМЕРУ ЧЛ. 30 РИМСКОГ СТАТУТА	127
9. Дамјан Кауриновић, ПРЕСУДА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА КАО ЗАКОНСКИ РАЗЛОГ ЗА ПОНАВЉАЊЕ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА	136

10. проф. др Вељко Икановић, КОМАНДНА ОДГОВОРНОСТ ПРЕМА КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ И СУДСКОЈ ПРАКСИ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ.....	151
11. доц. др Драган Дакић, РУДАРЕЊЕ КРИПТОВАЛУТА КАО ACTUS REUS МЕЂУНАРОДНОГ ЗЛОЧИНА.....	165
12. Никола Пауновић, РЕГРУТОВАЊЕ ДЕЦЕ ЗА УЧЕШЋЕ У ОРУЖАНИМ СУКОБИМА СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ПРАКСУ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА	178
13. Никола Станковић, ЗЛОЧИНИ ОСОБЉА МИРОВНИХ МИСИЈА	193
14. Мирсен Алибашић, ОБЕЛОДАЊИВАЊЕ ДОКАЗА ПРЕМА ПРОПИСИМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА	209
15. Крсто Пејовић, НАЧЕЛО NE BIS IN IDEM У ПРАКСИ МЕЂУНАРОДНИХ СУДОВА	221
16. Никола Милосављевић, КОНВЕРГЕНЦА НАЧЕЛА СПЕЦИЈАЛНОСТИ И НАЧЕЛА ОГРАНИЧЕНЕ ОБРАДЕ ПОДАТАКА О ЛИЧНОСТИ У ПОСТУПКУ ЕКСТРАДИЦИЈЕ.....	239
17. Анђелија Стевановић, ХУМАНИТАРНА ИНТЕРВЕНЦИЈА – ХУМАНИ ЧИН ИЛИ ЗЛОЧИН?.....	250
18. Катарина Арсић, АГРЕСИЈА КАО МЕЂУНАРОДНО КРИВИЧНО ДЕЛО С ОСВРТОМ НА НАДЛЕЖНОСТ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА	262

**ПРАВОСУДНО ОРГАНИЗАЦИОНО ПРАВО – МЕЂУНАРОДНИ
И ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ, УСТАВНОПРАВНА ПРАВИЛА**

1. проф. др Миленко Крећа, РЕГИОНАЛНИ И ГЛОБАЛНИ СТАНДАРДИ О НЕЗАВИСНОСТИ СУДСТВА СА ОСВРТОМ НА ВЕНЕЦИЈАНСКУ КОМИСИЈУ	277
---	-----

2.	Академик проф. др Владо Камбовски, ВЛАДАВИНА ПРАВА И НАЧЕЛО СУДСКЕ НЕЗАВИСНОСТИ: ИЗАЗОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ	298
3.	проф. др Иванка Марковић, НЕЗАВИСНОСТ СУДИЈСКЕ ФУНКЦИЈЕ	318
4.	доц. др Мирјана Ђукић, ЈАВНОТУЖИЛАЧКА ФУНКЦИЈА У ДОМЕНУ УСЛОВЉЕНОГ ОПОРТУНИТЕТА – ОСВРТ НА ПОЈЕДИНЕ СЕГМЕНТЕ НОВИХ РЕФОРМСКИХ ЗАХВАТА.....	329
5.	доц. др Владимир Шебек, РЕФОРМА ПРАВОСУДНИХ ЗАКОНА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ – АНАЛИЗА КОРУПТИВНИХ РИЗИКА	343
6.	Бојана Кнежевић, ШТА ДОНОСИ СУДИЈАМА ПОРОТНИЦИМА РЕФОРМА ПРАВОСУЂА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ	354

МЕЂУНАРОДНО ЈАВНО ПРАВО И ЕКОЛОГИЈА

1.	проф. др Родољуб Етински, НЕЛАГОДНИ СУСРЕТ КРИВИЧНОГ ПРАВА И МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА У ЧЛАНУ 7 ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА	371
2.	проф. др Милан Палевић, ПРИВАТНЕ ВОЈНЕ КОМПАНИЈЕ И ПОКУШАЈИ УРЕЂЕЊА ЊИХОВОГ ПОЛОЖАЈА НА УНИВЕРЗАЛНОМ НИВОУ	390
3.	доц. др Ивана Миљуш, СПЕЦИЈАЛИЗАЦИЈА СЛУЖБЕНИХ АКТЕРА У ПОСТУПКУ ЗА КРИВИЧНА ДЕЛА ПРОТИВ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ.....	406
4.	доц. др Вишња Ранђеловић, ИНКРИМИНИСАЊЕ ЕКОЦИДА У МЕЂУНАРОДНОМ И НАЦИОНАЛНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ – МОГУЋНОСТИ И ИЗАЗОВИ	428
5.	Алекса Шкундрић, ЕКОЦИД У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ	443
6.	Јелена Шопаловић, ЕКОЦИД – НОВО МЕЂУНАРОДНО КРИВИЧНО ДЕЛО.....	459
7.	Стефан Радојчић, ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ДРЖАВА НЕЧЛАНИЦА РИМСКОГ СТАТУТА ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ КРИВИЧНИМ СУДОМ.....	473

КРИВИЧНО ПРАВО

1. проф. др Драган Јовашевић,
СУЗБИЈАЊЕ ПРИВРЕДНЕ КОРУПЦИЈЕ – МЕЂУНАРОДНИ
СТАНДАРДИ И КРИВИЧНО ПРАВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ497
2. проф. др Вања Бајовић,
КРИМИНАЛИТЕТ МАЛОЛЕТНИКА – О СПУШТАЊУ
СТАРΟΣНЕ ГРАНИЦЕ КРИВИЧНЕ ОДГОВОРНОСТИ512
3. проф. др Емир Ђоровић, Ајсела Ђоровић,
ДЕСЕТ ГОДИНА ОД ДОНОШЕЊА ТЗВ. МАРИЈИНОГ ЗАКОНА
– ИЗМЕЂУ ОЧЕКИВАЊА И СТВАРНОСТИ.....532
4. проф. др Радојица Лазић,
ПРИМЕНА ПОСЕБНИХ МЕРА, ОДНОСНО ПОСЕБНИХ
ПОСТУПАКА И МЕРА У РАДУ СЛУЖБИ БЕЗБЕДНОСТИ
У СРБИЈИ.....548
5. проф. др Љубинко Митровић, доц. др Гојко Павловић,
ПРАВНИ И ПРАКТИЧНИ ИЗАЗОВИ У КАЖЊАВАЊУ
СТРАНИХ ТЕРОРИСТИЧКИХ БОРАЦА У БОСНИ
И ХЕРЦЕГОВИНИ.....557
6. Ирена Чучиловић,
КАЖЊИВОСТ ПРИПРЕМНИХ РАДЊИ КОД ТЕРОРИСТИЧКИХ
КРИВИЧНИХ ДЕЛА567
7. Аднан Баћићанин,
УТИЦАЈ ИСТАНБУЛСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ НА МАТЕРИЈАЛНО
КРИВИЧНО ЗАКОНОДАВСТВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ582
8. др Милана Писарић,
САЈБЕР КРИМИНАЛ И ЕЛЕКТРОНСКИ ДОКАЗИ – НОВИ
МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ ИМПУЛСИ597
9. Љубана Сладић,
НОВЧАНА КАЗНА И ПОСЛЕДИЦЕ ЊЕНОГ НЕПЛАЋАЊА
У ПРЕКРШАЈНОМ ПРАВУ610
10. Милена Мрвић, Лејла Хубић Нурковић,
ДОЖИВОТНИ ЗАТВОР У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ
РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ СА ОСВРТОМ НА УПОРЕДНО ПРАВО622
11. Сузана Миливојевић,
ОДГОВОРНОСТ ЗА КРИВИЧНА ДЕЛА ИЗВРШЕНА ПУТЕМ
ВЕШТАЧКЕ ИНТЕЛИГЕНЦИЈЕ636

**РАДОВИ СТУДЕНАТА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ**

1. Огњен Бојанић,
ЗЛОЧИНИ ПРОТИВ ЧОВЕЧНОСТИ У НИРНБЕРШКОЈ
ПРЕСУДИ651
2. Павле Орестијевић,
ПОСТУПАК ПРЕД ТОКИЈСКИМ ТРИБУНАЛОМ СА ПОСЕБНИМ
ОСВРТОМ НА НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ667
3. Милица Милић, Александар Максић,
ЗЛОЧИНИ ЈЕДИНИЦЕ 731 ЈАПАНСКЕ ЦАРСКЕ АРМИЈЕ.....681
4. Наташа Ранковић,
ОДГОВОРНОСТ ЗА ПОКУШАЈ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ
ДЕЛА И ПРАВИЛА КОЈА СЕ ТИЧУ ДОБРОВОЉНОГ
ОДУСТАНКА ОД МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ДЕЛА.....696
5. Драгана Милошевић,
РАТНИ ЗЛОЧИНИ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ
СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ЗАКОН О ОРГАНИЗАЦИЈИ
И НАДЛЕЖНОСТИ ДРЖАВНИХ ОРГАНА У ПОСТУПКУ
ЗА РАТНЕ ЗЛОЧИНЕ706
6. Никола Гашпарић,
ЛЕГАЛИТЕТ И ЛЕГИТИМИТЕТ МЕЂУНАРОДНИХ
КРИВИЧНИХ СУДОВА722
7. Марица Мићић,
ЈЕМСТВО У СЈЕДИЊЕНИМ АМЕРИЧКИМ ДРЖАВАМА
СА ОСВРТОМ НА ТРЕНДОВЕ РЕФОРМИ ЈЕМСТВА735
8. Игор Муица,
ДЕКРИМИНАЛИЗАЦИЈА ЗЛОУПОТРЕБЕ ДОМИНАНТНОГ
ПОЛОЖАЈА 2016.....747
9. Никола Спасић,
МАСОВНИ НАДЗОР КОМУНИКАЦИЈЕ КАО ДОКАЗ
У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ763

ПРЕДГОВОР

Удружење за међународно кривично право уочава да су пред нама историјски тренуци за развој како међународног кривичног права, тако и кривичног права Републике Србије, у амбијенту у којем се очекује да кривично право одговори на бројне савремене безбедносне ризике, почев од актуелних ратова и оружаних сукоба, па до развоја нових видова индустрије и модерне информационе и дигиталне технологије. Окупљањем бројних истакнутих правника из земље и иностранства желимо да покажемо одлучност да снагом мисли, воље, разменом искустава и аргумената пронађемо пут за решавање недумица у сфери науке и праксе и реформских изазова са којим се данас суочава кривично право. Ради испуњења циљева који се постављају пред нас из света науке, судске и јавнотужилачке праксе, као и праксе полиције и безбедносних служби, објављујемо научне радове у настојању да остваримо највиши степен квалитета и све националне и међународне стандарде савремене научне публикације.

Зборник пред нама садржи бројне радове на најразличитије и актуелне теме из домена међународног кривичног права у ужем и ширем смислу, кривичног права – како материјалног, тако и процесног, правосудног организационог права, међународног јавног права и кривичноправне заштите животне средине. Многи радови су наравно и мултидисциплинарног карактера, што складно доприноси укупном квалитету овог зборника. Радови начелно произлазе из опште теме наше овогодишње међународне научне конференције: "Раскршћа међународног кривичног и кривичног права – Реформа правосудних закона Републике Србије".

Зборник садржи *пет тематских целина*: Међународно кривично право, Правосудно организационо право – међународни и европски стандарди, уставноправна правила, Међународно јавно право и екологија, Кривично право и Радови студената Правног факултета Универзитета у Београду.

Посебну вредност нашој овогодишњој међународној научној конференцији даће несумњиво и округли сто, са еминентним учесницима из редовних судова, јавних тужилаштава и Уставног суда Србије, који ће се одржати на тему нове организације српског правосуђа, а у складу са недавним уставним променама, од којих се очекује да допринесу даљој владавини права у Републици Србији.

Број и квалитет радова како низа већ реномираних аутора и познатих имена у науци, тако и аутора који интензивно уче, усавршавају се и вредно раде на свом научном етаблирању, а који су објављени тек након што су пажљиво рецензирани, те у потпуности усклађени са релевантним техничким правилима како цитирања, тако и свим другим правилима која су иманентна озбиљном зборнику научних радова, допринеће уверени смо, даљем јачању наше правне културе и даљој изградњи правног система Србије као уређене правне државе која се одликује владавином права.

Посебну вредност зборника представља низ изврских студентских радова, од којих неки како по научним изворима на којима су утемељени, тако и по употребљеној аргументацији и изнесеним закључцима, ни најмање не заостају за радовима неких већ естаблираних научника и представника правосудне праксе.

Удружење за међународно кривично право се поноси тиме што је дало прилику да у једном еминентном научном зборнику удружења које траје већ више од две деценије, своје место нађу и радови врхунских студената Правног факултета Универзитета у Београду, као најстаријег правног факултета у Србији, који је као такав и родоначелник српске правне мисли и правне баштине. Те наше сјајне студенткиње и врхунски студенти, ће свакако, дубоко смо уверени, већ у складу са познатом мудрошћу да се "дан по јутру познаје", настављајући како своје студирање, тако и бављење писањем радова који имају и одговарајућу научну вредност, адекватну годинама и искуству својих аутора, временом постати достојни наследници реномираних аутора који се већ деценијама баве међународним кривичним правом, међународним јавним правом, кривичним правом, еколошким правом, али и правом уопште.

Велику захвалност дугујемо Правном факултету Универзитета у Београду, Адвокатској комори Београда, Адвокатској комори Србије и *Intermex*-у који су великодушно помогли одржавање овогодишње научне конференције и објављивање Зборника радова. Такође се захваљујемо Министарству правде Републике Србије, Институту за криминолошка и социолошка истраживања, Студентском парламенту Правног факултета Универзитета у Београду, Правосудној академији, као и "last but not least", Установи студентско одмаралиште "Београд", Студентском одмаралишту "Палић", као и хотелу "Президент" на Палићу, на сарадњи коју се надамо да ћемо још више продубити у наредним годинама.

Топле речи захвалности упућујемо нашој поштованој и драгој колегиници Ивани Радисављевић, асистенткињи на катедри за Кривично право Правног факултета Универзитета у Београду, која је својим трудом и подршком помогла да наш Зборник буде са што мање словних, правописних и техничких грешака, као и колегиници Милици Ћирковић, студенткињи Правног факултета Универзитета у Београду на идејно-техничким решењима за израду материјала за потребе научне конференције.

У Београду,
маја 2023. године

Уредници

МЕЂУНАРОДНО КРИВИЧНО ПРАВО

др Милош Бабић*

ОСНОВИ ИСКЉУЧЕЊА КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА И КРИВИЧНЕ ОДГОВОРНОСТИ У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Апстракт: У раду се расправља питање основа искључења кривичног дјела и кривичне одговорности у међународном кривичном праву, при чему се наглашава да се ради сложеном кривичноправном питању чије правно обликовање још није завршено, ради чега се оправдано сматра да ће увијек постојати одређене околности које нису обухваћене и конституисане као основи искључења противправности и кривичне одговорности. Ови основни су прилагођени природи и специфичностима међународних кривичних дјела и кривичне одговорности и у том погледу се у извјесној мјери разликују од основа искључења противправности у националним кривичним правима. Неки од њих су донекле и упитни у свом кривичноправном дејству, али и ради тога што су по својој природи такви да се могу злоупотребљавати и користити (и користе се) за вршење и најтежих међународних кривичних дјела као што је злочин агресије. То се нарочито односи на хуманитарне интервенције предузете као "акције управљене на заштиту људских права", а у ствари се користе да би се камуфлирале агресивне намјере које су усмјерене према одређеним земљама или народима. Такво коришћење овог основа најдрастичније је дошло до изражаја у НАТО-вој тзв. хуманитарној интервенцији под звучним називом "Милосрдни анђео" у којој је од стране НАТО-а и тзв. "Удруженог запада", бомбардована Србија 1999. године и убијани невини људи и дјеца.

Кључне ријечи: неурачунљивост, нужна одбрана, крајња нужда, принуда, стварна и правна заблуда, репресалије, хуманитарне интервенције, наређење претпостављеног.

1. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ

Проблематика основа искључења противправности спада у веома динамично подручје кривичног права и представља проблематику која је у кривично-правној теорији прилично занемарена, ради чега и данас у овом дијелу кривичног права има доста отворених питања. Ријеч је о доста комплексном кривичноправној проблематици која укључује доста различите основе чији попис је доста тешко одредити и поставити, јер процес њиховог обликовања није довршен. Стога, у кривичном праву познати и признати основи искључења кривичног дјела и кривичне одговорности, не представља њихов дефинитивни каталог. Њихово потпуно правно конституисање и регулисање је практично немогуће, па се оправдано сматра да ће увијек постојати одређени број необухваћених основа

* Редовни професор у пензији Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, milosbabic2012@gmail.com.

искључења противправности и кривичне одговорности. Све ово једнако важи и за међународно кривично право које до сада није придавало посебан значај проблематици основа искључења кривичног дјела и кривичне одговорности. На такав однос према овом питању међународног кривичног права углавном је утицало англоамеричко кривично право које овој проблематици не придаје посебан значај, а неки (углавном они који се баве међународним, а не кривичним правом) заступају схватање да је ова установа непотребна јер се њоме ова област само непотребно компликује.¹ Овакву аргументацију је тешко прихватити, јер се не види оправдање за посебан третман извршилаца ових кривичних дјела у односу на остале извршиоце. Ако једна околност представља оправдавајући или извињавајући основ за убиство (нпр. нужна одбрана) или наређење претпостављеног за дјело подређеног, зашто се то не би могло вредновати и код извршилаца ових кривичних дјела, наравно уз одређена одступања која налаже природа ових дјела. Од тога је пошао и Статут МКС који заправо мијења однос међународног права према овој проблематици и у члану 31. садржи одредбе у којима се изричито регулишу ови основи. Истина, Статут не прави разлику између појмова противправности и кривичне одговорности, јер у једној истој одредби под насловом "основи искључења кривичне одговорности" (енгл. *grounds for excluding criminal responsibility*) је садржана неурачунљивост као основ искључења кривичне одговорности, али и нужна одбрана и крајња нужда, као основи искључења кривичног дјела. У том погледу се међународно кривично право разликује од континенталног кривичног права у којем се ови основи диференцирају, јер то није само теоретско или доктринарно питање, већ питање које има и значајне практичне кривичноправне посљедице. Наиме, основи искључења противправности доводе до одређених кривичноправних посљедица и у односу на саучесништво (које не може постојати јер нема кривичног дјела – *принцип акцесорности*), док код основа искључења кривичне одговорности није тако, јер кривично дјело у објективном смислу постоји, па је стога могуће и саучесништво. Разлика постоји и у погледу неких других кривичноправних питања, као што је нпр. нужна одбрана и крајња нужда, које су на страни пасивног субјекта искључене, док у случају када је искључена само кривична одговорност, жртва дјела има на њих право. Стога је ове основе и легислативно технички требало регулисати у посебним одредбама, са различитим кривичноправним ефектима.

Основи искључења кривичног дјела и кривичне одговорности у Статуту нису наведени таксативно, што је видљиво и из одредбе члана 31. става 1. у којој се наводи да поред основа из ове одредбе постоје и други основи предвиђени у Статуту који искључују кривичну одговорност, али је остављена и могућност разматрања и примјене и неких других основа искључења противправности или кривичне одговорности (вид. чл. 31. ст. 3. Статута). Тако је у одредби о индивидуалној кривичној одговорности (чл. 25.) предвиђен добровољни одустанак као један од основа искључења кривичне одговорности (чл. 25. ст. 3ф), затим узраст испод 18 година, јер је према тим лицима искључена надлежност Суда (чл. 26.), стварна и правна заблуда (чл. 32.) и најзад изузетно наређење претпостављеног уз испуњење одређених услова (вид. чл. 33. ст. 1. тач. а), б) и ц) Статута). Ови

¹ Више о томе вид. у: З. Стојановић, *Међународно кривично право*, десето неизмењено издање, Graficolor, Краљево, 2017, 54–55. Поред тога, у литератури се истиче да се то објашњава и чисто психолошким разлозима, јер јавност тешко прихвата да се извршиоци ратних злочина "извлаче" позивањем на неке институте кривичног права. Вид. у: I. Josipović, D. Krapac, P. Novoselec, *Stalni međunarodni kazneni sud*, Hrvatski pravni centar, Narodne novine, Zagreb, 2001, 114.

основи ће бити изложени онако како их третира Статут МКС, дакле, без обзира да ли они искључују кривично дјело или само кривичну одговорност.

2. НЕУРАЧУЊЛИВОСТ

Питање неурачунљивости у међународном кривичном праву постаје релевантно још од суђења у Лајпцигу за злочине извршене током Првог свјетског рата. Међутим, овом питању у међународном кривичном праву посвећује се посебна пажња тек након Нирбершког суђења Рудолфу Хесу, када се посебно расправљало о његовој неурачунљивости, односно "способности да сноси кривицу", али како се он сам изјаснио да је урачунљив, суд о томе није ни одлучивао.² Статут је у одредбама чл. 31. ст. 1.(а) и (б) предвидио неурачунљивост као први основ који искључује кривичну одговорност. Сама неурачунљивост је одређена на сличан начин на који је овај институт дефинисан у унутрашњем законодавству. Овај основ се одређује као неспособност или немогућност учиниоца да у вријеме извршења кривичног дјела (*in tempore criminis*) схвати природу или недопуштеност свог понашања или да се понаша у складу са захтјевима које поставља право или да управља својим поступцима у складу са правом, а све усљед постојања душевне болести или душевног поремећаја (сметњи). Види се да су биолошки основи постављени доста широко јер "душевни поремећаји (сметње) могу обухватати различите видове поремећаја. Тиме су укључене и све друге душевне сметње, али се ипак ограничење састоји у томе да оне, по својој природи, морају бити такве да доводе до наведеног поремећаја психичких функција расуђивања или одлучивања, што представља психолошку димензију неурачунљивости. Као посебан основ, Статут је такође у тач. (б) предвидио и "стање опијености или интоксикације" (*state of intoxication*) употребом алкохола, дрога или неких других опијајућих средстава, што највише одговара нашем основу привремене душевне поремећености. У вези с тим је и установа скривљене неурачунљивости, познатија као "*actiones liberae in causa*" која је слично одређена као и у нашем кривичном законодавству. Дакле, није искључена кривична одговорност оног учиниоца који се својом вољом довео у стање опијености или интоксикације, уколико је био свјестан или је занемарио могућност да у таквом стању може да предузме радњу или понашање које представља кривично дјело из надлежности суда, из чега произлази да Статут такође познаје *умишљајне и нехатне actio liberae in causa*. Занимљиво је да Статут не садржи ни један од облика смањене урачунљивости.

3. НУЖНА ОДБРАНА

Нужна одбрана је правно уређено право човјека на самоодбрану познато у најстаријем праву и правним изворима, па отуда ова установа спада међу институте кривичног права са најдужом историјом. Сва данашња кривична законодавства нужну одбрану третирају као општи основ искључења кривичног дјела, што је владајуће становиште и савремене кривичноправне теорије. Међутим, а руководећи се међународним јавним правом, у теорији међународног кривичног права дуго се сматрало да нужна одбрана није релевантна у међународном кривичном праву као могући основ искључења противправ-

² Више о томе вид. у: М. Шкулић, *Међународно кривично право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Центар за издаваштво, Београд, 2020, 200–201.

ности кривичног дјела.³ До промјена у третирању овог института као основа искључења кривичне одговорности, односно кривичног дјела из надлежности Међународног кривичног суда, долази тек са усвајањем Римског статута.

Према одредби члана 31. става 1. ц) Статута нужна одбрана постоји ако је учинилац у вријеме извршења реаговао разумно да би одбранио себе или друго лице или у случају ратних злочина да би одбранио имовину која је неопходна за његов или опстанак другог лица или имовину која је од одлучујуће важности за извршење војног задатка против непосредно пријетеће или незаконите употребе силе, на начин који је сразмјеран (пропорционалан) пријетећој опасности по њега, друго лице или имовини коју штити. То значи да нужна одбрана није ограничена само на одбрану властитих добара, већ укључује и тзв. *нужну помоћ*, тј. одбрану другог од непосредне и незаконите употребе силе. Постављена је тако да укључује одбрану живота или тијела, а када је у питању имовина, ако се то односи на одбрану имовине која је од egzистенцијалног значаја за њега или друго лице или која је нужна за извршавање војног задатка. Овај облик нужне одбране на извјестан начин представља *ратну нужду* (*military necessity*), која према међународном праву представља посебан основ искључења кажњивости када се оправдавају повреде међународног права које нека држава предузима на штету друге да би отклонила ратну опасност. Ово је по својој природи ипак ближе крајњој нужди и стога овај основ не треба поистовјећивати са нужном одбраном коју Статут ограничава само на индивидуалну нужну одбрану, коју не треба мијешати са колективном одбраном коју члан 51. Повеље УН признаје појединим државама.

Иако је нужна одбрана као основ искључења кривичне одговорности постављена тако да се односи на сва међународна кривична дјела из надлежности Међународног кривичног суда, ипак се овај основ не може примјењивати на сва ова кривична дјела, као што је нпр. геноцид код којег је због саме природе овог злочина, неприхватљива употреба или коришћење овог основа.⁴

Иако се у тексту одредбе говори о употреби силе, под тим треба подразумијевати противправни или недопуштени напад у оном смислу како је он одређен код нужне одбране у унутрашњем кривичном праву. Овдје сила, поред физичког напада, укључује и непосредну и озбиљну пријетњу да ће се употријебити сила. Статут наведену компоненту даје прилично рестриктивно и захтијева да сила, односно напад "непосредно пријети" и да је "незаконит" односно противправан, што значи и да је противан правилима међународног ратног права, те да учинилац поступа "разумно". Исто тако, захтијева се да нападнути одбија напад на начин који је сразмјеран са степеном опасности по нападнуто добро, из чега произлази да је одбрана ограничена принципом сразмјерности, што се тумачи на начин да одбрана по свом интензитету не смије надилазити напад. У противном, радиће се о прекорачењу нужне одбране, што Статут ипак не познаје, али се то може цијенити на основу члана 78. става 1. при одмјеравању казне као олакшавајућа околност.

Поред тога, изричито се наглашава да се право на нужну одбрану не може само по себи изводити из околности да је учинилац *поступао у одбрамбеној операцији* у вријеме извршења кривичног дјела. Овакво ограничење је посебно унесено из разлога да се не би мијешала индивидуална са колективном нужном одбраном у дефанзивним операцијама,

³ *Ibid.*, 204.

⁴ *Ibid.*, 205.

која би под одређеним условима, могла искључити постојање кривичног дјела на основу правила међународног јавног права, али не и по основу нужне одбране. Овим је јасно указано на неприхватљивост схватања, које се понекад заступа, да се у одбрамбеним акцијама не могу починити ратни злочини, јер се самим тим што се поступа у одбрамбеним операцијама поступа у нужној одбрани. Такве тврдње су истицане (и са највиших политичких нивоа) у Хрватској у вези са акцијама "Бљесак" и "Олуја" из 1995. године, за које се тврдило да су биле "војноредарствене акције" *одбрамбеног карактера* у којима се као таквим нису могли вршити злочини и стога оне не спадају у надлежност Хашког трибунала. Наравно да је такво схватање неприхватљиво јер су се, чак и под условом да се радило заиста о одбрамбеним акцијама, не само могла, него и чинила тешка кривична дјела, прије свега против цивилног становништва (то је својевремено у неколико наврата истицао и проф. Иво Јосиповић). Осим тога, такво схватање је у супротности и са одређењем међународних оружаних сукоба из чл. 1(1) Допунског протокола II из 1977. године уз Женевске конвенције из 1949. године. Имајући у виду да је Хрватска чланица Протокола II, те да је на основу чл. 140. Устава Хрватске, Протокол саставни дио унутрашњег правног поретка РХ, исти је по правној снази изнад закона. Треба се надати, што је првенствено у интересу саме Хрватске (али и свих осталих на страни којих су они који су чинили злочине) да се у будуће не понављају "лакрдije неких пријашњих суђења уз застрашивање свједока оптужбе и с навијачком публиком у судници,"⁵ те да се за најтеже међународне злочине суди уз примјену свих законских правила која гарантују правичан поступак и одмјеравање заслужене и праведне казне, казне која је сразмјерна тежини таквих дјела и степену кривичне одговорности њихових извршилаца. Једино такво суђење, суђење које ће демаскирати "хероје који су вршили злочине и пљачкали туђу имовину" и утврдити њихову кривицу, може учврстити повјерење у правосуђе ових простора и промијенити криву свијест да су они хероји, јер они то заиста нису нити могу бити. Само на тај начин може се допринијети успостављању правде и уљудног живљења, а нарочито успостављању повјерења у правни поредак код оних ("истинских хероја") који нису вршили никакве злочине и нису пљачкали туђу имовину.⁶

4. КРАЈЊА НУЖДА И ПРИНУДА

Регулатива крајње нужде у Римском статуту (чл. 31. ст. 1. тач. д.) потврђује да се ни и у међународном кривичном праву нису могли избјећи сложени проблеми везани за институт крајње нужде. Слично унутрашњим правима, због недовољне теоријске обраде овог института, и у међународном кривичном праву су спорна основна питања везана за ову установу, а то су првенствено њена правна природа, кривичноправно дејство и основи некажњавања за дјело учињено у таквој ситуацији. Највећи број европских кривичних законодавстава прихвата владајуће схватање које полази од става да се изузетно разноврсне ситуације крајње нужде, за разлику од нужне одбране, не могу вредновати на исти начин и истом аргументацијом правдати извршење дјела (*теорије диференцирања*).⁷ У том смислу се у регулативи ове установе углавном слиједи њемачко рјешење са двије врсте крајње нужде: једна, која искључује противправност или оправдавајућа крајња нужда (*rechtfertigender Notstand*) и друга, која искључује кривичну одговорност или кажњивост или тзв. извињавајућа крајња нужда

⁵ V. Degan, Đ., B. Pavišić, *Međunarodno kazneno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2005, 423.

⁶ *Ibidem*.

⁷ О томе више вид. у: М. Бабић, *Коментар Кривичног законика Републике Српске*, ГрафоМарк, Бања Лука, 2021, 194–196; М. Бабић, *Међународно кривично право*, Универзитет у Бањој Луци, Правни факултет, 2021, 79.

(*entschuldigender Notstand*). Чини се да је одредба из тачке (д) Статута настала као резултат компромиса различитих ставова представника земаља које су учествовале у изради Статута, имајући у виду разлике које постоје у континенталном и англосаксонском кривичном праву у погледу кривичноправног дејства крајње нужде.

Међутим, у Статуту је питање крајње нужде додатно искомпликовано, јер је истом одредбом обухваћена и принуда и то на начин да није посве јасно када постоји једна, а кад друга ситуација.⁸ Дакле, одредба члану 31. ставу 1. тачки (д) Статута садржи принуду (*duress*) и крајњу нужду (*necessity*) као основе искључења кривичне одговорности. Под тим се подразумевају ситуације када је кривично дјело из надлежности МКС учињено ради отклањања од себе или другог истовремене пријетње од наступања смрти или трајне и тешке тјелесне повреде која се на други начин није могла отклонити (избјећи), поступајући при томе разумно и без намјере да тиме нанесе већу штету од опасности која је пријетила. Таква пријетња може долазити од (и) других лица или (и) других околности ван његове контроле. Први случај би по правилу представљао принуду, док би се други случај односио на крајњу нужду. Види се да Статут ове основе ограничава само на отклањање непосредне (истовремене) опасности за живот или опасности од тешке повреде тјелесног интегритета које су пријетиле учиниоцу или неком другом лицу. Дакле, према Статуту, за постојање основа из наведене одредбе није довољна тзв. обична опасност, већ она мора бити озбиљна и тешка, тј. да је *непосредно управљена на повреду живота*, да се ради о *непосредној смртној опасности* ("пријетња од блиске смрти") или *непосредној опасности за тјелесни интегритет* ("пријетња од трајне или тешке повреде тијела"). Оваква ситуација може постојати нпр. у случајевима у којима пријетња долази од надређеног према подређеном, ако не изврши наређење које је управљено на противправно убијање других лица. Овакви случајеви су се до сада сматрали доста спорним јер је постојала могућност да на тај начин многи подређени пребацују одговорност на надређене.

Статут даље захтијева да је отклањање опасности било *неопходно потребно* и да је при томе *поступање било разумно да би се избјегло зло које пријети*, што одговара захтјеву у унутрашњем кривичном праву да се опасност крајње нужде није могла отклонити на други начин. Ово истовремено значи да је потребно у највећој могућој мјери ограничити штетне посљедице које се наносе дјелом крајње нужде, а поготово да се не чини штета или не наноси зло веће од оног које је пријетило. Осим тога, Статут захтијева и услов *истовремености*, који треба схватити у оном смислу у којем се овај елемент тумачи у нашем кривичном праву.

Наравно, као и у унутрашњем кривичном праву, захтијева се испуњење и *субјективног услова* за оправдање учињеног дјела. Он се састоји у свијести да се поступа у стању нужде, под принудом и непосредном опасношћу за живот и тијело, те свијести и воље да се тиме отклања таква опасност, да се слиједи циљ спасавања, заштите.

Најзад, слједећи услов се састоји у томе да лице које је поступало у крајњој нужди *није имало намјеру да нанесе већу штету од оне коју је избјегавало*, односно да није проу-

⁸ Иако се ради о сличним институтима, ипак је било неопходно њихово одвојено регулисање, са посебно постављеним условима за њихову примјену. У том смислу је и у предмету *Алексовски* подносилац жалбе заступао став пред жалбеним вијећем да је принуду потребно разликовати од крајње нужде, уз изношење аргументације на којој темељи такав свој став. Вид. Džon R.V.D. Džons Stiven Pauls, *Međunarodna krivična praksa*, Fond za humanitarno pravo, Beograd, 2006, 454, под 6.3.52.

зроковало веће зло од оног које је пријетило, што представља ограничење које је иначе прихваћено код овог института, осим код крајње нужде која искључује противправност. Међутим, овдје је у том погледу одлучујући субјективни, а не објективни критеријум, који је уобичајен и који се углавном користи за процјену постојања овог услова.

Конечно, као што је већ споменуто, обрада питања крајње нужде у теорији и пракси у међународном кривичном праву, доста је скромна и у страниој литератури коментари који се односе на ову установу углавном се свODE на прилично контраверзни случај *Ердемовић*, предмет Хашког трибунала у којем није примijeњена одредба из члана 31. става 1. тачке (д) Статута. Судско вијеће је у другостепеној пресуди већином гласова (судија Ли, Макдоналд и Вора) "нашло да принуда не представља довољну одбрану од оптужбе за злочине против човјечности или ратне злочине када основно кривично дјело обухвата убијање невиног људског бића". Судија Касезе и Стивен се нису сложили са оваквом аргументацијом и издвојили су своје мишљење.⁹ Иако није призната као основ искључења кривичне одговорности у потпуности, Ердемовићу је принуда, уз неке друге околности (нпр. признање кривице), узета као основ за ублажавање казне, па му је на крају казна са десет смањена на пет година затвора, уз истовремену промјену квалификације дјела из злочина против човјечности у ратне злочине (став жалбеног вијећа у предмету Ердемовић потврђен је и у предмету Крстић).¹⁰ Дакле, принуда је у међународном кривичном праву углавном третирана као околност која утиче на смањење, тј. ублажавање казне све до прихватања Римског статута који принуду, заједно са крајњом нуждом дефинише као један од основа искључења кривичног дјела из надлежности Међународног кривичног суда.¹¹

5. СТВАРНА И ПРАВНА ЗАБЛУДА

Међу основима искључења кривичне одговорности, Римски статут регулише и стварну и правну заблуду (чл. 32. ст. 1. и 2.), при чему прихвата класичну подјелу на стварну и правну заблуду, тј. на заблуду о чињеницама (*error facti*) и заблуду о праву (*error iuris*). Међутим, Статут експлицитно не одређује у чему се састоје наведене заблуде, већ само одређује њихове кривичноправне ефекте. Тако, према ставу 1. стварна заблуда искључује кривичну одговорност уколико негира субјективну компоненту кривичног дјела, тј. скривљеност учиниоца. Она је постоји када учинилац није могао имати правилну представу о неком битном обилежју учињеног дјела и она ће тада искључивати како умишља тако и нехат. Тако нпр. ако војник убије цивиле оправдано вјерујући да су у питању непријатељски војници или погађа цивилини, погрешно држећи да се ради о војном објекту односно циљу и сл. (заблуда о битним обилежјима кривичног дјела). У овом случају, дакле, учиниочева кривична одговорност је искључена уколико из оправданих разлога није могао бити свјестан наведених околности. Отворено је питање да ли се стварна заблуда, како је регулише Статут, односи и на заблуду о околностима које би, када би заиста постојале, искључивале постојање кривичног дјела. Ако се погрешна представа према тексту Статута односи на неке чињенице или околности од којих зависи постојање кривичног дјела, односно његовог субјективног елемента, онда нема разлога да се овако постављена одредба не односи и на ову врсту стварне заблуде. Тако нпр. ако војник убије другога у погрешном увјерењу да га овај напада или изврши неко друго кривично дјело према некоме или нечему, погрешно држећи да му отуда пријети опа-

⁹ Више о овом случају вид у: Džon R.V.D. Džons Stiven Pauls, *op. cit.*, 451–455.

¹⁰ *Ibid.*, 454.

¹¹ Вид. М. Шкулић (2020), *op. cit.*, 207.

ност (стварна заблуда у ширем смислу). Отклоњива стварна заблуда не искључује нехат, али о њој Статут ништа не говори, па није посве јасно шта је са учиниоцима који у таквом случају изврше неко кривично дјело. Може се ипак рећи да нехатна кривична одговорност изузетно постоји у оним случајевима када је то предвиђено, нпр. код командне одговорности.¹²

Поред стварне, у Статуту је као основ искључења кривичне одговорности, предвиђена и *правна заблуда*. Рјешење правне заблуде у основи се заснива на класичном схватању овог института, јер према одредби из члана 32. става 2. Статута, ако учинилац не зна да је одређено понашање предвиђено као кривично дјело из надлежности Суда, неће бити искључена његова кривична одговорност (начело *error iuris nocet ili ignorantia legis non excusat*). Тако, ако војник гађа цивилни циљ или убије цивила, вјерујући да се то смије чинити у ратним или оружаним операцијама, такво његово погрешно увјерење или представа о недопуштености његовог поступка неће искључити његову кривичну одговорност. Овакво рјешење се темељи на природи кривичних дјела која садржи Статут, јер је ријеч о таквим кривичним дјелима чија је неприхватљивост и друштвена негативност очигледна, односно за које је очигледно и опште познато да имају противдруштвени карактер (*delicta per se*), па је стога такво рјешење оправдано. Ради се о таквим кривичним дјелима која обухватају понашања која су неваљала сама по себи (*mala in se*) и која значе повреде основних моралних начела која представљају опште цивилизацијске вриједности, па стога свако па и учинилац, лако може имати представу о њиховој друштвеној невриједности и недопуштености. Према томе, примјена правне заблуде као основа искључења кривичне одговорности у односу на ова кривична дјела није оправдана.

Статут, међутим, у другом дијелу одредбе ипак предвиђа изузетно и могућност искључења кривичне одговорности, а то ће бити онда када правна заблуда на страни учиниоца искључује његов умишљај, тј. ако она искључује субјективни елеменат који се код таквог кривичног дјела захтијева. Поред тога, правна заблуда може довести до искључења кривичне одговорности и у ситуацији наређења претпостављеног, када потчињени није знао да је наређење незаконито, под условом да се не ради о очигледно незаконитом наређењу (чл. 33. ст. 1. тач. б и ц. Статута).

6. НАРЕЂЕЊЕ ПРЕТПОСТАВЉЕНОГ

Наређење претпостављеног представља доста специфичан основ који свакако треба уважавати при вредновању и оцјени кривичне одговорности оног који је учинио кривично дјело извршавајући наређење надређеног. У неким законодавствима наређење претпостављеног, уз испуњење одређених услова, представља општи основ искључења кривичног дјела. У нашем, како ранијем тако и садашњем кривичном законодавству, овај основ нема такав значај и он само изузетно може искључити постојање кривичног дјела.

Иначе, по свом карактеру овај основ искључења кривичне одговорности везан је за наглашену војну хијерархију као специфичност војне организације и устројства која у том смислу не постоји у другим службама. У другим организационим структурама, наређење претпостављеног изузетно може искључивати постојање кривичног дјела или кривичне одговорности потчињеног само под условима који вриједје за крајњу нужду.

¹² Вид. чл. 28. Статута.

Ово питање је актуелно у међународном кривичном праву, јер се управо у оружаном сукобима војници често налазе у деликатној ситуацији у којој, с једне стране постоји захтјев да поштују војну дисциплину у систему војне хијерархије (принцип послушне бајонете), а са друге захтјев да поштују правила и норме ратног права. У вези с тим настало је неколико схватања о кривичноправним ефектима наређења претпостављеног. Према једном, наређење увијек искључује одговорност потчињеног (теорија *respondeam superior*), а према другом (теорија *апсолутне одговорности*) потчињени увијек одговара, тј. наређење никада не искључује његову одговорност. Касније је, како у међународном тако и у националним кривичним правима, прихваћено компромисно схватање са различитим рјешењима, што је зависило од околности сваког случаја. Према том схватању, наређење претпостављеног некада може да искључи кривично дјело у потпуности, некада само кривичну одговорност или кажњивост, а некада се вреднује само као околност при кажњавању, односно одмјеравању казне. Као основ за ублажавање казне, наређење је било предвиђено у члану 8. Статута Међународног војног суда у Нирбергу, а у истом смислу је предвиђено и у члану 7. ставу 4. Статута Хашког трибунала.

Статут МКС у члану 33. овај основ уређује управо у смислу компромисног рјешења. При томе се прво истиче да потчињени није ослобођен кривичне одговорности уколико је кривично дјело из надлежности Суда учинио по наређењу владе или неког другог војног или цивилног наредбодавца. Међутим, ни таква могућност није искључена уколико су испуњени одређени услови, а то су: (а) да је потчињени био у законској обавези да поштује наређење, (б) да није знао да је наређење незаконито, те (в) да наређење није било очигледно незаконито. Ови услови требају бити испуњени *кумулятивно*. Овим је на неки начин признат један облик правне заблуде као основ који може искључити кривичну одговорност, као што је то већ истакнуто. Свакако да сви ови услови морају постојати у вријеме извршења кривичног дјела.

Ако се има у виду одредба из члана 33. става 2. Статута према којој је наређење да се изврши злочин геноцида или злочини против човјечности очигледно незаконито, јасно је да је овај основ ограничен само на ратне злочине.

7. УЗРАСТ УЧИНИОЦА

У савременим кривичним законодавствима узраст учиниоца кривичног дјела представља битну одредницу за кривичну одговорност и примјену кривичног права. Компаративна законска рјешења која се односе на званичну старосну границу кривичне одговорности (*Official Age of Criminal Responsibility*) у појединим земљама су различита (подаци УНИЦЕФ-а).¹³ У сваком случају лица испод граница постављених у одређеном законодавству третирају се као дјеца и сматрају се за *doli incapax*, тј. неспособним за кривичну одговорност и на њих се не могу примјењивати кривичноправне мјере; они су изузети од кривичне одговорности и налазе се ван кривичног права. Општа је тенденција да се старосна граница кривичне одговорности, односно граница уласка у кривично право, поставља све ниже. Та граница је нпр. у В. Британији, Велсу и Н. Зеланду 10, а у неким земљама

¹³ Кривична одговорност као појам код нас је уобичајен за означавање кривице као субјективног услова за кажњавање, али се у другим земљама за то користе и други термини. О томе, као и о старосним границама, за више, вид. у: М. Шкулић, *Малолетници као учиниоци и као жртве кривичних дела*, Београд 2003, 82, 83 и даље. Вид. и Babić, M., Filipović, L.J., Marković, I., Rajić, Z., *Komentari krivičnih/kaznenih zakona u BiH*, knj.I, Savjet/Vijeće Evrope i Evropske zajednice, Sarajevo, 2005, 83.

чак 8 година, мада није увијек јасно да ли су у таквом случају надлежни посебни судови за малољетнике или други органи попут оних социјалног старања.

У међународном кривичном праву у том погледу нема јасно постављених правила. Ипак је у одредби чл. 26. Статута, искључена надлежност МКС над лицима која су у вријеме извршења кривичног дјела имала мање од 18 година, чиме је и у међународном кривичном праву успостављена старосна граница кривичне одговорности. Тешко је рећи да је ово у правом смислу основ искључења кривичне одговорности ових лица за кривична дјела предвиђена Статутом. Овдје се заправо прије ради о искључењу јурисдикција МКС, с обзиром да се овдје говори првенствено о његовој надлежности. Ово ради тога што то не значи да таква лица уопште нису кривично одговорна, јер је остављено да у оваквим случајевима домаћа или национална законодавства ријеше питање кривичне одговорности за лица млађег узраста, тј. лица која се у континенталном кривичном праву редовно третирају као малољетници. Ова одредба је у Статуту унесена на приједлог Италије и Канаде и неки аутори је оцјењују веома успјелим рјешењем.¹⁴

Овакво рјешење је ипак проблематично, имајући у виду да се и лица старости до 18 година у многим земљама (нарочито неким азијским и афричким) могу регрутовати и бити у војним или паравојним формацијама, па према томе и вршити ратне злочине и друга кривична дјела против међународног хуманитарног права. То практично значи да ови злочини могу да се чине некажњиво и да се за њих не одговара, а што у знатној мјери зависи од рјешења одређеног законодавства.¹⁵

8. ДРУГИ ОСНОВИ ИСКЉУЧЕЊА КРИВИЧНЕ ОДГОВОРНОСТИ

Из одредаба чл. 31. Римског статута не може се поуздано закључити да ли суд и мимо изричито предвиђених, може и сам по слободној оцјени, одлучити да у одређеном случају примјени неки основ искључења кривичне одговорности. За то није довољна одредба из чл. 31. ст. 3. Статута у којој стоји да у току поступка суд може размотрити и неки други основ искључења кривичне одговорности осим оних из ст. 1., ако се он може извести из примјенљивог права предвиђеног у чл. 21. Статута, а поступак таквог разматрања детаљније прописују Правила о поступку и доказивању (вид. чл. 21.). Други основи искључења кривичне одговорности могу бити у другим одредбама овог Статута, као што су нпр. стварна и правна заблуда (чл. 32.), законито наређење претпостављеног (чл. 33. ст. 1.), узраст учиниоца (чл. 26.), који су овдје већ изложени, као и добровољни одустанак (чл. 25. ст. 3. тач. ф. Статута)

¹⁴ Питање старосне границе је у унутрашњим кривичним законодавствима ријешено веома различито, јер у неким земљама ова граница је чак 7 година (нпр. Аустралија, па чак и Швајцарска, иако су лица узраста од 7 до 14 година старости у надлежности органа који су више органи социјалног старања), а у неким тек са 21 годином живота. Међутим, ваља имати у виду да су ове границе доста релативне, јер неке земље старосну границу кривичне одговорности нормативно постављају доста високо, али је другим нормама релативизирају, као нпр. Гватемала у којој је формално ова граница 18 година, али се кривични поступак може водити и против млађих учинилаца ако се процијени да су могла схватити значај дјела које чине, али уз ограничење да им се могу изрећи само мјере боравка у социјално-едукативним установама. Више о томе вид. у: М. Шкулић (2003), *op. cit.*, 103.

¹⁵ Тако је Тужилаштво БиХ Наредбом број: Т20 0 КТРЗ 0000359 07 од 18. 11. 2010. године, обуставило кривични поступак у случају лица које је имало нешто мање од 16 година када је извршило ратни злочин против рањеника и болесника, односно ратних заробљеника (чл. 174. тач. а) и б) и чл. 175. тач. а) и б) КЗБиХ), с обзиром да је то лице у међувремену навршило 21 годину живота и према одредби из чл. 100. ст. 1. КЗ БиХ таквом (пунољетном) лицу се не може судити за дјело које је учинило као млађи малољетник, што представља својеврсни облик "апсолутне застарјелости" и сметњу за кривично гоњење.

који у нашем кривичном законодавству не представља основ искључења одговорности, већ само факултативни основ за ублажавање или изузетно и ослобођење од казне.

Међутим, није искључено да суд у неким случајевима размотри и неке друге основе, као што су нпр. војне или ратне потребе, међународноправни имунитет, репресалије (противмјере), правило *tu quoque* (тј. да је и друга страна чинила слична дјела) и сл. Овдје ће бити изложени неки од ових основа.

а) Репресалије (противмјере). У међународном праву репресалије представљају противмјере, односно мјере којима се узвраћа или одговара на противправне акте, исто тако недопуштеним актима, тј. одговор неправом на неправу, што представља крајње средство да би се друга страна одвратила од предузимања противправних понашања. Иако су репресалије могуће и у доба мира у којима се не може користити сила, за међународно кривично право су од значаја само репресалије у оружаном сукобу и оне се углавном проводе оружаном силом. Оне се и данас у међународном кривичном праву сматрају легитимним средством уколико су испуњени веома строги и ограничавајући услови које то право намеће. Поред осталог, репресалије се као средство могу користити само када су у питању ратни злочини, а уопште не у односу на геноцид и злочине против човјечности. Поред тога, оне морају представљати крајње средство, затим морају бити сразмјерне, те наређене од стране највишег државног и војног вођства.

Да би репресалије биле законите и у складу са међународним правом, оне морају испуњавати све наведене услове и тек тада могу представљати ваљан основ који по међународном праву искључује одговорност за међународна кривична дјела. Премда има и таквих схватања да су репресалије, уз испуњење одређених услова, дозвољене против лица заштићених међународним правом и њихове имовине, треба истаћи да Женевске конвенције из 1949. године забрањују њихово коришћење против цивилног становништва, рањеника, болесника, ратних заробљеника, санитетског особља, итд., а Допунски протокол I од 1977. године је ту забрану проширио и на сва добра која нису војни циљеви, на историјске споменике, добра која служе за преживљавање становништва и сл. Из наведеног произилази да није кривично дјело само оно дјело које је као прво учињено с непријатељске стране, већ и дјело које је резултат предузетих противмјера када се њиме погађа невино становништво, као и јавна и приватна добра. То значи, да само у изузетно ријетким случајевима репресалије би се (у оружаним сукобима) могле прихватити допуштеним, али само ако се не ради о посебно заштићеним категоријама лица. Тако на примјер, ако би једна страна у оружаном сукобу користила оружје чија је употреба по међународном праву забрањена, па ради спречавања таквог начина ратовања, могло би се узети да је дозвољено, да се као противмјера, употребе та иста оружја или средства.

Репресалије као основ искључења кривичне одговорности спадају у оне околности које нису предвиђене у Римском статуту. Такво рјешење је на линији развоја међународног кривичног права које иде ка томе да се репресалије потпуно забране као средство у међународном праву. О оправданости изузетне и посве ријетке примјене овог основа треба да одлучује судска пракса на основу строге оцјене околности сваког случаја.

б) Принцип *tu quoque*. Слично репресалијама, суштина овог принципа састоји се у томе да се оправдање за вршење међународних злочина заснива на томе да је и друга страна исто тако чинила тешке злочине против међународног права. Овај принцип је истицан и на суђењима након Другог свјетског рата (Нирнбершки суд), као и у суђењима

пред Хашким трибуналом, али је он универзално одбачен, јер се не може вршење злочина правдати злочинима друге стране. Норме међународног хуманитарног права, а посебно оне које забрањују тако тешка дјела као што су геноцид, злочини против човјечности и ратни злочини, представљају норме које прописују *апсолутне и универзалне забране* и обавезе, оне су по свом карактеру *когентне и непоништиве*, тј. *не могу се кршити зато што их је кршила друга страна*. Овај принцип је истицан и пред Хашким трибуналом, у предметима Купрешкић, затим Кордић и Чергез. Такву одбрану претресно вијеће није прихватило, при чему је нашло да су Муслимани прогоњени у неколико средњобосанских општина које је преузео ХВО и јасно рекло да "чињеница да су можда у другим општинама Муслимани прогнали Хрвате, не умањује вриједност овог закључка и ни на који начин не оправдава прогоне које је чинио ХВО."¹⁶

в) Имунитетско право. У међународном праву је од посебног значаја *имунитетско право* као основ искључења или ограничења примјене кривичног законодавства. Међутим, ваља имати у виду да имунитетско право није основ који искључује неправност једног дјела, већ само има карактер основа који искључује јурисдикцију једне државе, односно њено право на кажњавање таквих лица (*ius puniendi*). Другим ријечима, имунитет не искључује репресивну власт једне земље, односно важеће њеног кривичног права, већ само његову примјену јер он представља процесну сметњу за вођење кривичног поступка. И наши кривични процесни закони предвиђају искључење кривичног гоњења за странце који уживају имунитет у БиХ и упућују у таквим случајевима на примјену правила међународног права (чл. 208. ст. 1. ЗКП БиХ). У случају сумње да ли се ради о таквим лицима, тј. лицима која уживају имунитет, тужилаштво или суд ће се обратити Министарству правде БиХ (чл. 208. ст. 2. ЗКП БиХ).

Материју имунитетског права, као основа који представља сметњу за кривично гоњење, поред међународног обичајног права, регулише и одређени број међународних аката. Од посебног значаја за ово питање су Бечка конвенција о дипломатским односима из 1961. године, Бечка конвенција о конзуларним односима из 1963. године, те Конвенција о специјалним мисијама из 1969. године.

Према Римском статуту (чл. 27.) имунитет не представља сметњу за успостављање надлежности МКС над лицем које ужива тај имунитет. Међутим, свакако да имунитет, што зависи од тога о каквом имунитету односно кривичном дјелу се ради, може представљати основ за искључење кажњивости лица које има имунитет. Међутим, то питање није ријешено ни у међународном праву у цијелости и у вези са тим постоје одређене дилеме. Ипак је Међународни суд у пресуди од 14. фебруара 2002. године у вези са Налогом за хапшење из 2000 године (Дем. Реп. Конго и Белгија) нашао да министар спољних послова, када се налази у иностранству, ужива имунитет за дјела која учини, јер би у супротном био спријечен у обављању својих дужности (*функционални имунитет*).¹⁷ Такав функци-

¹⁶ Вид. Džon R.V.D. Džouns Stiven Pauls, *op. cit.*, 455–456.

Иако је одбило принцип *tu quoque* као ваљану одбрану, претресно вијеће је у предмету Купрешкић прихватило да се, под одређеним условима, могу прихватити докази везани за кривична дјела која су наводно учиниле друге сукобљене стране (везано за збивања у другим селима ван Ахмића), уколико им је циљ да побију наводе тужноца да су босански Муслимани били изложени прогону од стране босанских Хрвата или да се побију друге тврдње тужноца о непосредном извршењу. *Ibid.*, 456.

¹⁷ Вид. V. Degan Ђ., В. Pavišić, *op.cit.*, 468.

онални имунитет је временски ограничен на вријеме док траје наведена функција и са њеним престанком престаје и имунитет и активира се могућност кривичног гоњења.

У погледу кривичноправног дејства имунитета као основа, у теорији постоје различити приступи, што у највећој мјери зависи од тога о којој врсти имунитета се ради. Општеприхваћена је подјела на *материјалноправни имунитет* (тзв. *индемнитет*) који искључује противправност једног недопуштеног понашања и *процесноправни имунитет* који је само процесна сметња за вођење кривичног поступка (код нас ова два вида имунитета често мијешају и углавном се сугерише први вид, што је најчешће неоправдано). У међународном праву постоји и подјела на *функционални* и *персонални имунитет*. Сврха функционалног имунитета је омогућавање несметаног вршења одређене функције, односно предузимања одређених радњи које предузимају лица у име државе чији су представници. Дакле, овај вид имунитета по својој природи је ограничен само на заштиту од кривичног гоњења за одређене врсте радњи оних лица која те радње предузимају у функцији обављања дате службе. За разлику од овог, персонални имунитет није управљен или ограничен на заштиту од гоњења за одређене поступке, већ представља персоналну заштиту том лицу од свих радњи које могу бити инкриминисане. Оваква врста имунитетске заштите обезбјеђује се малом броју лица која представљају државу, а то су углавном шефови држава, акредитовани дипломатски представници, а према владајућем схватању и предсједници влада, као и министри иностраних послова. Наравно, овај имунитет је временски ограничен и у случају његовог престанка, за предузете службене радње може да дјелује функционални имунитет.

г) Војне или ратне потребе. Одавно је одбачена као неприхватљива доктрина према којој, у случају крајње војне или ратне потребе, закони и обичаји рата престају обавезивати неку од страна у оружаном сукобу. Ова доктрина је имала своје присталице прије Првог свјетског рата у Њемачкој, али она у данашњем међународном (а ни унутрашњем) праву не може представљати основ за искључење кривичне одговорности.

Међутим, Римски статут у неким својим одредбама експлицитно наводи војне или ратне потребе као основ који не искључује само кривичну одговорности, него и противправност дјела, односно дјело у потпуности. Тако се нпр. код ратних злочина из чл. 8. ст. 2а(iv) дјело које се састоји у "опсежном уништавању и одузимању имовине" неће сматрати кривичним дјелом уколико је оно "оправдано војним потребама." Осим тога, у одредби чл. 8. ст. 2.б(xiii) "уништавање или одузимање непријатељске имовине," представљаће наведени ратни злочин, осим ако је оно очигледно неопходно због ратних потреба или захтјева ратовања, што значи да ове потребе оправдавају његово вршење. Према томе, војне или ратне потребе Статут третира као околности које, под одређеним условима, представљају основ који искључује противправност код тих ратних злочина.

д) Хуманитарне интервенције. О хуманитарним интервенцијама као "оправданом инструменту" који се све чешће користи у новијој међународној политици и пракси, наводно ради "спречавања масовног кршења људских права и заштите свјетског мира," расправља се у међународном праву тек у новије вријеме. Ради се о веома контраверзном концепту који заступају неки политичари (нпр. својевремено Тони Блер, бивши премијер В. Британије) и извјестан број теоретичара међународног права. Право на тзв. хуманитарну интервенцију није предвиђено у међународном праву, јер у Повељи УН постоји генерална забрана насилне интервенције једне државе у ствари друге и у том погледу није изричито предвиђен било какав изузетак. Прихватање овог инструмента у међународној пракси отворило би могућност

да се позивањем на заштиту људских права може правдати употреба војне силе преименоване у "хуманитарне интервенције" изазване "хуманитарним катастрофама", што би представљало злоупотребу и могућност изузетне манипулације ради остваривања властитих интереса. То би представљало омогућавање одређеним државама или групама држава да унилатерално процјењују када постоје тзв. хуманитарне катастрофе, односно када у некој другој држави постоји масовно кршење људских права који угрожава свјетски мир, чиме се избјегава да се таква процјена врши под окриљем и ауторитетом Организације Уједињених нација или неке друге овлашћене регионалне организације. У противном, сасвим је реално за очекивати да одређена, прије свега нека моћна држава, такву процјену направи, не на основу реалног стања ствари, већ по властитом избору и на основу својих интереса. Тиме је заправо војна интервенција или агресија на једну земљу само преобличена у рухо "хуманитарне интервенције" која се предузима да би се спријечило наводно "масовно кршење људских права и заштитио свјетски мир", а у ствари се ради о концепту који је служи за остваривање властитих политичких, економских, стратешких или неких других интереса једне или групе земаља.

Управо је из наведених разлога и смишљен концепт "хуманитарних интервенција" чија је сврха да се великим силама омогући да оружаним средствима остваре те циљеве, а да им при томе "хуманитарна интервенција" служи само као покриће за такве акције, односно избјегавање да се њихове оружане интервенције и вођење рата назову правим именом и квалификује као злочин агресије. Као најилустративнији примјер за то је акција НАТО пакта у којој је извршено бомбардовање, тј. агресија на СРЈ, односно Србију 1999. године. На овакве ситуације морало би се примјењивати правило да погрешно (а нарочито намјерно погрешно) означавање одређене правне ситуације, не мијења њен карактер и суштину, па стога ни агресија препакована или преименована у хуманитарну интервенцију у кривичноправном смислу не губи карактер агресије као злочина против мира. Такви и многи други слични случајеви јасно показују да не постоји никакво право на хуманитарне интервенције, јер свака употреба силе без одобрења Савјета безбједности УН, има противправни карактер и представља злочин агресије, као један од најтежих злочина против међународног права.¹⁸

ЛИТЕРАТУРА

- Бабић М., *Међународно кривично право*, Универзитет у Бањој Луци – Правни факултет, Бања Лука, 2021.
- Бабић М., *Коментар Кривичног законика Републике Српске*, ГрафоМарк, Бања Лука, 2021.
- Babić M., Filipović L.J., Marković I., Rajić Z., *Komentari krivičnih/kaznenih zakona u BiH* – knj. I, Savjet/Vijeće Evrope i Evropske komisije, Sarajevo, 2005.
- Degan V. Đ., Pavišić B., *Međunarodno kazneno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2005.
- Josipović I., Krapac D., Novoselec P., *Stalni međunarodni kazneni sud*, Hrvatski pravni centar, Narodne novine, Zagreb, 2001.
- Стојановић З., *Међународно кривично право*, десето неизмењено издање, Graficolor, Краљево, 2017.
- Džon R.V.D. Džouns Stiven Pauls, *Međunarodna krivična praksa*, Fond za humanitarno pravo, Beograd, 2006.
- Шкулић М., *Међународно кривично право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Центар за издаваштво, Београд, 2020.
- Шкулић М., *Малољетници као учиниоци и као жртве кривичних дела*, Досије, Београд, 2003.

* * *

¹⁸ Детаљније о хуманитарним интервенцијама и њиховој (не)оправданости, вид. у: М. Шкулић (2020), *op. cit.* 221–230.

Miloš Babić, PhD*

**GROUND FOR EXCLUSION OF CRIMINAL OFFENSE AND CRIMINAL
RESPONSIBILITY IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW**

Summary

The paper discusses the issue of grounds for exclusion of a criminal offense and criminal responsibility in international criminal law, where the author emphasizes that it is a rather complex criminal law issue that includes quite a few different bases, the formulation and listing of which has not yet been completed. Their complete legal constitution and regulation is quite complex and it is justifiably considered that there will always be certain circumstances that are not covered and are not treated by the grounds of exclusion of illegality and criminal liability.

These basics are adapted to the nature and specifics of international criminal offenses and criminal liability and in this respect differ to a certain extent from the basics of exclusion of illegality in national criminal law. Some of them are somewhat questionable in terms of their criminal law effect, but also because they are such that they can be misused and used (and are used) to commit even the most serious international crimes, such as the crime of aggression. This particularly applies to humanitarian interventions undertaken as "actions aimed at the protection of human rights", which in fact are used to camouflage aggressive intentions directed towards certain countries or peoples. Such use of this basis was most drastically expressed in NATO's so-called humanitarian intervention under the sonorous name "Merciful Angel" in which NATO and the so-called of the "United West", bombed Serbia in 1999 and killed innocent people and children.

Keywords: reprisals, humanitarian intervention, order of a superior, necessary defense, factual and legal error, extreme necessity and coercion.

* Full professor (retired) of the Faculty of Law, University of Banja Luka, milosbabic2012@gmail.com.

др Милан Шкулић*

УПОТРЕБА БЕСПОСАДНИХ ЛЕТИЛИЦА/ДРОНОВА У РАТУ/ОРУЖАНОМ СУКОБУ – АНАЛИЗА СА СТАНОВИШТА МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА

Апстракт: У раду се анализира употреба беспосадних летилица, односно дрона у рату и оружаном сукобу, са становишта међународног кривичног права. Рад садржи и сумарни историјски осврт на употребу одређених забрањених средстава борбе у рату, при чему се то посебно илуструје познатим историјским примером коришћења бојних отрова у Првом светском рату, уз објашњење и основних нормативних карактеристика кривичног дела употребе недозвољених средстава борбе, као посебне врсте ратног злочина у кривичном законодавству Србије, што је такође, комплементарно и релевантним правилима Римског статута.

У раду се детаљно анализирају основне врсте беспосадних летилица/дрона која се користе у рату/оружаном сукобу, уз истицање да употреба већине врста ових средстава, сама по себи није забрањена међународним правом, а да се и та средства, као и многа друга, па и већина других борбених средстава и оружја, могу у одређеним околностима користити и за извршење ратних злочина, као и неких других међународних кривичних дела. Употреба дрона у рату се посебно анализира и у контексту кривично-правне концепције о посредном и непосредном извршилаштву, а објашњава се да примену у одређеним околностима може наћи и позната кривичноправна теорија о "учиниоцу за писаћим столом" у склопу учења о "организованом апарату моћи".

Посебно се у раду анализира могуће коришћење дрона као облика веиштакче интелигенције, када се закључује да у том погледу постоји извесна правна празнина, те да употреба таквих средстава на начин који не представља довољну гаранцију за избегавање тзв. колатералне штете, која би се свела у кривичноправном смислу на чињење кривичних дела попут ратних злочина, може да оствари и битне елементе кривичног дела употребе недозвољених средстава борбе.

Рад је посебно фокусиран на коришћење беспосадних летилица/дрона у рату/оружаном сукобу, као средства и начина борбе пре свега, што је од посебног значаја у домену таквих средстава која имају својство веиштакче интелигенције, у погледу чега се основни закључци рада, али и кривичноправна анализа која се тиче таквих средстава, у основи односи, односно може се односити и на друга концептуално и суштински слична борбена средства, попут "подморница – дрона", "бродова/чамаца дрона", "оклопних возила/других возила – дрона" итд. Поред тога, ова анализа се може тицати чак и "војника – дрона" као посебне врсте "робота и вида веиштакче интелигенције,

* Редовни професор Универзитета у Београду – Правног факултета и судија Уставног суда, skulic@ius.bg.ac.rs.

што је још увек, бар донекле у домену научне фантастике, али је врло вероватно, практично извесно, да ће нам будућност и то донети.

Кључне речи: Међународно кривично право, кривично право, ратни злочини, недозвољена средства борбе, кривично дело, беспосадна летилица, дрон.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Употреба беспосадних летилица/дронова је доживела невероватну експанзију последњих година, што кулминира током рата у Украјини који је почео пре нешто више од годину дана.

Коришћење ових веома специфичних средстава у рату је веома интересантно како са становишта општег међународног хуманитарног права и ратног права, тако и у контексту међународног кривичног права, где се као основно питање поставља кривичноправни ефекат неких видова употребе беспосадних летилица/дронова током рата/оружаног сукоба, а пре свега у погледу анализе и оцене евентуалне противправности која може проистећи из одређених начина коришћења ових средстава борбе, тј. у неким ситуацијама када могу постојати одређена међународна кривична дела, а то се пре свега, тиче кривичног дела употребе недозвољених средстава борбе.

Наравно, као и практично свако друго средство борбе, које може бити легално и легитимно, али може бити и злоупотребљено у одређеним околностима, и беспосадне летилице и дровони могу послужити као средство за вршење низа других међународних кривичних дела и у оним ситуацијама када њихова употреба сама по себи, не спада у коришћење међународним правом забрањеног средства борбе. На пример, дровони се могу користити за извршење ратних злочина против цивилног становништва, тако што се из њих гађају искључиво цивилни објекти или се по таквим објектима дејствује тзв. дровонима самоубицама. Стога, анализа коришћења беспосадних летилица/дронова у рату, као и иначе, у оружаним сукобима, захтева да се реализује у контексту и општих разматрања која се тичу како међународно-правне забране коришћења одређених средстава и начина борбе у рату/оружаном сукобу, тако и релевантне нормативне рефлексије такве забране у националном кривичном законодавству.

Конечно, рад је посебно фокусиран на коришћење беспосадних летилица/дронова у рату/оружаном сукобу, као средства и начина борбе пре свега, што је од посебног значаја у домену таквих средстава која имају својство *вештачке интелигенције*, у погледу чега се основни закључци рада, али и кривичноправна анализа која се тиче таквих средстава, у основи односи, односно може се односити и на друга концептуално и суштински слична борбена средства, попут "подморница – дровна", "бродова/чамаца дровна", "оклопних возила/других возила – дровна" итд. Поред тога, ова анализа се може тичати чак и "војника-дронов" – као посебне врсте "робота и вида вештачке интелигенције, што је још увек, бар донекле у домену научне фантастике, али је врло вероватно, практично извесно, да ће нам будућност, пре или касније, и то донети.

Део рада, а посебно закључци који се тог дела тичу, уз одређене предлоге у *de lege ferenda* смислу, имају дакле, само донекле *футуристички карактер*.

Овакви облици *вештачке интелигенције* су по свему судећи, још увек у повоју и нема поузданих података да се они користе у актуелним ратовима/оружаним сукобима,

али тешко да има места сумњи да се они већ сада развијају, те да ће се такви својеврсни милитаризовани "роботи", пре или касније, користити у војне/борбене сврхе током ратова и оружаных сукоба. Стога је сврха оног дела овог текста који се тиче кривичноправних и међународно-кривичноправних аспеката употребе беспосадних летилица/дронових у рату/оружаном сукобу да се скрене пажња на ту реалну могућност, те да се унапред размисли о могућим консеквенцама у кривичноправном и међународно-кривичноправном смислу, тог начина борбе и коришћења таквих средстава у рату или у оружаном сукобу.

Дакле део рада, а посебно закључци који се тичу тог сегмента рада – посвећеном милитаризованим облицима вештачке интелигенције, уз одређене предлоге у *de lege ferenda* смислу, имају само донекле *футуристички карактер*.

2. ОСВРТ НА НЕДОЗВОЉЕНОСТ ОДРЕЂЕНИХ СРЕДСТАВА И НАЧИНА БОРБЕ У РАТУ/ОРУЖАНОМ СУКОБУ

Каже се некада да је у љубави и у рату – све дозвољено. То ипак није тако, ни у љубави, али наравно, ни у рату, ипак **није све дозвољено**.

Неки начини вођења рата, као и нека средства су начелно забрањена/противправна, а њиховим коришћењем се чини кривично дело, односно посебна врста ратног злочина.¹ Наравно, сам по себи, рат је увек и основни "амбијент" за вршење низа кривичних дела, па и ратних злочина, а и сама историја међународног кривичног права је уско повезана са "ратном историјом човечанства".²

Када је реч о рату и оружаном сукобима уопште, постоје одређени начини вођења рата који су, иако је сам рат по дефиницији нехуман, јер је усмерен на уништавање људских живота и разарање, начелно као изразито нељудски, дефинисани као противправни у међународно-правном смислу. Из овога у кривичноправном смислу, како са становишта националних кривичних законодавстава савремених правних држава, тако и са становишта међународног кривичног права, произлазе и одређена кривична дела, попут кривичног дела употребе недозвољених средстава борбе у кривичном законодавству Србије.

Иако је рат по дефиницији нехуман и скопчан са великим људским и материјалним губицима, то не значи да се у рату могу користити било која средства и било који начини борбе. Нека средства и неки начини борбе се као нехумани и непосредно скопчани са наношењем великих, претераних патњи људи, начелно забрањују правилима међународног права, те се корелативно томе, кршење такве забране у свим савременим националним кривичним правима, као и у међународном кривичном праву, дефинише као одговарајуће међународно кривично дело.

Ratio legis забране употребе одређених начина и средстава борбе, те прописивање кажњивости у кривичноправном смислу за употребу таквих средстава и начина борбе или наређивање њиховог коришћења, заснива се на два основна разлога; први разлог је начелне природе, а своди се на неопходност максималне реално могуће хуманизације рата, без обзи-

¹ М. Шкулић, *Међународно кривично право – просторно важење кривичног права, кривично право међународног порекла, међународна кривичноправна помоћ, зачеци кривичног права ЕУ*, Службени гласник, Београд, 2022, 408.

² М. Шкулић, *Међународни кривични суд – надлежност и поступак*, Правни факултет Универзитета у Београду и Досије, Београд, 2005, 25.

ра на његову суштински нехуману природу, те стварање нормативних услова за избегавање да се у рату користе одређени изразито нехумани начин и средства борбе, који људе излажу драстичној патњи, а често имају и драстичне последице по животну средину, будуће генерације и сл.,³ други разлог је заснован на рационалној оцени да ако би једна зарађена страна почела са коришћењем одређених нехуманих средстава и начина борбе, то би врло брзо довело до узвраћања друге стране, што би онда још више повећало људске губитке и повисило степен патње свих учесника рата на обе стране, па је зато у интересу свих држава да се употреба таквих средстава и начина борбе, забрани правилима међународног права, те да се кршење такве забране инкриминише као кривично дело.⁴

3. ИСТОРИЈСКО ПОРЕКЛО ЗАБРАНЕ ОДРЕЂЕНИХ СРЕДСТАВА/НАЧИНА БОРБЕ И НЕКИ МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ АКТИ КОЈИ ЗАБРАЊУЈУ ОДРЕЂЕНЕ НАЧИНЕ И СРЕДСТВА БОРБЕ

Историја међународног ратног права и међународног хуманитарног права, а с тим у вези и међународно кривично право, одавно се бави проблематиком забрањивања одређених средстава и начина радова, а она је, када се ради о злоупотреби одређених забрањених средстава борбе, пре свега, повезана са Првим светским ратом, којег је између осталог, упадљиво обележило и прво масовно и систематско коришћење бојних отрова, као изразито нехуманог средства и начина борбе, забрањеног међународним правом. Ово је тада чињено противно члану 23. Хашких правила о вођењу рата на копну из 1899. године, којим је забрањено коришћење отрова или затрованог оружја, као и зрна или других материјала, који су подобни да изазову непотребне патње. Са становишта савременог међународног јавног права, сматра се опште прихваћеним да "стране у сукобу немају неограничену слободу у избору средстава и начина ратовања", а "у погледу средстава

³ И нека средства, која иначе, нису стриктно забрањена међународним правом, односно правом рата, се због својих особености, неспорно сматрају нехуманим, због специфичног шкољивог дејства, како на војнике у близини објеката погођених гранатама одређене врсте, тако чак и на војнике стране која користи та средства, али посебно и у погледу цивилног становништва на подручју дејства. То је посебно случај са гранатама израђеним од осиромашеног уранијума.

Тако су многобројна оружана дејства НАТО-а током агресије на СРЈ 1999. године, осим директног разарања, изазивала и тешке штетне последице по животну средину. Драстични пример представља употреба граната које садрже осиромашени уранијум, а што се сада наговештава и у Украјини, где се коришћење тих граната планира за дејство одређених врста западних тенкова – пре свега америчких "Abrams-a" и британских "Challenger-a".

Током НАТО агресије на СРЈ, такве гранате сачињене од посебне легуре, која садржи осиромашени уранијум испаливане су из ваздуха, тј. дејством једне компоненте ратног ваздухопловства САД, које је ту врсту муниције својевремено и развило у периоду "хладног рата", примарно ради ефикасног одговора у случају рата са тадашњим "источним блоком", односно снагама НАТО-у супротстављеног Варшавског уговора, а које су између осталог, располагале великим бројем тенкова и других оклопних возила, због чега је НАТО страховао од својеврсног "блицкрига" у Европи, у случају директне војне конфронтације са таквим хладноратовским противником. Ова муниција и оружја подобна да је испалију, никада нису своју примену доживела у сукобу великих сила из епохе "хладног рата", што не значи да нису коришћена.

Најпознатији примери употребе муниције/пројектила од осиромашеног уранијума до сада су били рат између западних савезника и Ирака под влашћу Садама Хусеина, као и нажалост, оружано дејство НАТО-а током агресије на СРЈ 1999. године. Наиме, у неким крајевима Србије, а првенствено на Космету, су таква средства коришћена за нападна дејства из ваздуха. Радило се употреби граната од 30 мм, са језгром од легуре уранијума, које су масовно испаливане из аутоматских вишецевних топова (тип ГАУ - 8/А), монтираних на авионима типа А-10. Више о тим средствима: В. К. Бабич, *Авијација у локалним ратовима*, Војно-издавачки и новински центар, Београд, 1990, 74.

⁴ М. Шкулић, *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022², 307.

ратовања принцип је конкретизован, углавном кроз одговарајућа правила која се тичу употребе конвенционалног оружја и оружја за масовно уништење."⁵

Још је раније, 1868. године, на иницијативу тадашњег руског цара, донета Петербуршка декларација, која је прихваћена од великог броја држава, као међународни уговор, којим је забрањено коришћење експлозивних зрна и граната са тежином испод одређеног минимума, што је практично била забрана употребе експлозивних зрна (тзв. дум-дум зрна/меци), против "живе силе", односно на тај се начин забрањивала употреба израито "нехумане муниције". Постоји низ новијих извора међународног ратног права, који забрањују одређена средства и начине борбе, односно постоје бројне конвенције које је потписала и ратификовала још Југославија, а које сада обавезују и Србију, као што је Допунски протокол уз Женевске конвенције о заштити жртава међународних сукоба (Протокол I) из 1977. године итд.⁶

Од новијих међународноправних докумената који делују прохибитивно у погледу одређених врста оружја и средстава за вођење рата/оружане борбе, од значаја су Конвенција о забрани усавршавања, производње, складиштења и употребе хемијског оружја и његовом уништавању из 1993. године, која се тиче иновирања забране употребе бојних отрова и других облика хемијског оружја, а која је у одређеној мери још знатно раније утврђена у међународном праву. Ова правила међународног ратног права су суштинска садржина бланкетних норми на које се упућује у инкриминацији из члана 376. став 1. КЗ, када се у дефиницији кривичног дела употребе недозвољених средстава борбе упућује на релевантне забране садржане у правилима међународног права.

4. ВЕЛИКА ИСТОРИЈСКА ПРЕКРЕТНИЦА – ПРВИ СВЕТСКИ РАТ И МАСОВНО/СИСТЕМАТСКО КОРИШЋЕЊЕ БОЈНИХ ОТРОВА НА ЗАПАДНОМ ФРОНТУ

Историчари примећују да "гас маска спада међу најупадљивије предмете из времена Првог светског рата", уз суморно истицање да су "округла стакла за очи на зеленобраон маски, уз метални, конусни филтер, давале оном ко је маску носио, изглед духа."⁷

⁵ М. Крећа, *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010¹⁰, 772.

⁶ За ове изузетно значајне конвенције се у литератури истиче: "Женевске конвенције су произишле из веома дуге припреме. Већ непосредно након закључења Женевске конвенције од 27. јула 1929. године, наставио је Међународни комитет Црвеног крста своје напоре на кодификацији хуманитарног међународног права. Већ је за 1940. годину била планирана једна дипломатска конференција, која се у сваком случају, због почетка рата морала одложити. Још крајем рата Међународни комитет Црвеног крста почиње да прикупља материјал за припрему једне ревизије Конвенције Црвеног крста, узимајући у обзир искустава из II светског рата. К. М. König, *Die völkerrechtliche Legitimation der Strafgewalt internationaler Straffjustiz*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, 132.

У априлу 1947. године састала се једна међународна комисија експерата у Женеви, да би на основу предлога Међународног комитета Црвеног крста и националних друштава Црвеног крста, ревидирала нацрт Женевске конвенције, као и X Хашке конвенције, те израдила нацрт конвенције о заштити цивила у рату. Након разматрања нацрта од стране националних друштава Црвеног крста, Међународни комитет Црвеног крста га је 21. априла 1949. године у Женеви, изложио на дипломатској конференцији, која се 12. августа завршила доношењем четири конвенције.... Већ крајем 1949. године је 56 држава потписало ове конвенције. Оне су ступиле на снагу 21.10.1950. године. Данас су њима приступиле 190 држава уговорница и оне су тиме практично стекле универзално важење." *Ibidem*.

⁷ Thomas Weißbrich, *Giftgas*, Deutsches Historisches Museum, Berlin, 2023. 1. September 2014. Извор: <https://www.dhm.de/lemo/kapitel/erster-weltkrieg/wissenschaft-und-forschung/giftgas.html>. Приступљено 11. марта 2023. године.

Наравно, истиче се да је "ипак већи страх од такве појаве, изазивало оно у односу на шта су маске штитиле: смртоносни/отровни гас, а сматра се да је употреба бојног отрова, тј. отровног гаса обележила начин вођења Првог светског рата, тако да је чак свака трећа топовска граната испалена током 1918. године била испуњена бојним отровима.⁸

Временом су се такође усавршавала и средства заштите од бојних отрова током Првог светског рата, али је током целокупног периода трајања рата међу војницима на Западном фронту константно био присутан велики страх од бојних отрова, што је остављало и тешке психолошке последице како током рата, тако и код ратних ветерана након завршеног рата.

Иначе, иако је употреба бојних отрова, односно хемијских супстанци које су могле служити као бојни отров, била забрањена још Хашким конвенцијама од 1899. године, већ почетком 20. века се у многим државама рутински врше експерименти са бојним отровима, а сматра се да су у том погледу посебно били активни немачки, француски и британски научници.⁹ Експериментисало се са разним врстама хемијских средстава и наравно, већ у јесен 1914. године, када је већ започео исцрпљујући рововски рат на Западном фронту, размишљало се о могућности да се захваљујући употреби бојних отрова као "револуционарног" оружја то времена, стекне одлучујућа предност, те на тај начин постигне пробијање фронта, односно "покрене" статични рововски рат.

Француска војска је у Првом светском рату прва употребила сузавац, са идејом да се тако немачки војници у рововима принуде да напусте утврђене положаје и тако се изложе артиљеријској ватри, као и ватри из ручног оружја, али се врло брзо немачка војска упустила у употребу једног значајно смртоноснијег концепта хемијских средстава. Немачка војска се ослонила на истраживања Фрица Хабера (*Fritz Haber*),¹⁰ директора једног немачког института за физичку хемију (*Kaiser-Wilhelm-Institut für physische Chemie*),¹¹ који је развио изузетно опасан бојни отров. Радило се о хлору у течном стању, а који приликом употребе поприма облик гаса. Први пут је употребљен као средство борбе 22. априла 1915. године у бици код Ипра (*Ypern*) на територији Белгије, коју је тада немачка војска привремено запосела, када је из 5.730 челичних флаша/канистера на фронту испуштено око 180 тона хлора у течном стању, који је затим испаравајући, довео до смрти стотине француских и британских војника, а више хиљада савезничких војника је доживело тешке хемијске повреде, пре свега масивна оштећења плућа и очију.

Након првих случајева употребе бојних отрова, где је кључна битка код Ипра, по чему се и један бојни отров назива "иперит", све зараћене стране на Западном фронту, што значи – како немачка војска, тако и савезничка – француска/британска, све више користе бојне отрове, а многи немачки/француски/британски научници убрзано раде на развијању нових и ефикаснијих хемијских средстава борбе, односно разноврсних и веома убојитих бојних отрова. Таква средства се потом најчешће користе тако што се њима пуне посебне врсте граната (тзв. гасне гранате), које на непријатеља испуњају класична артиљерија. Као основно средство заштите од такве већ масивне употребе бојних отрова, све зараћене стране на западном фронту, користе пре свега, заштитне маске, које су доживеле

⁸ *Ibidem.*

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ Извор: <https://uh.edu/engines/epi2287.htm>. Приступљено 24. марта 2023.

¹¹ Извор: <https://www.mpic.de/3549622/gruendung-der-kaiser-wilhelm-gesellschaft>. Приступљено 24. марта 2023.

брзу еволуцију, од првих импровизованих маски које нису биле довољно ефикасне, до индустријски произвођених маски, направљених од специјалне гуме, са отворима за очи заштићеним специјалним стаклом и са посебним графитним филтером.

5. УПОТРЕБА НЕДОЗВОЉЕНИХ СРЕДСТАВА БОРБЕ КАО ВРСТА РАТНОГ ЗЛОЧИНА ПРОПИСАНОГ ПРАВИЛИМА РИМСКОГ СТАТУТА

Надлежност Међународног кривичног суда у погледу ратних злочина постоји "посебно када су они извршени као део плана или политике или ако су учињени у великом броју," што би упућивало да се надлежност овог Суда ограничава на "најзначајније случајеве" извршених ратних злочина.¹² Конкретне инкриминације које спадају у ратне злочине према члану 8. Римског статута дефинисане су према следећим основним критеријумима:

1) Оне су утврђене пре свега на основу одредби основног извора међународног ратног права, односно повреда Женевских конвенција од 12. августа 1949. године;

2) Дефинисане су и посебно, кроз набрајање других тешких повреда закона и обичаја рата и то у два облика: а) у међународном оружаном сукобу и б) у оружаном сукобу који није међународног карактера;

3) Већина радњи се одређује синтетички према било ком могућем заштитном објекту, без поделе на ратне заробљенике, цивиле и сл., али су неке инкриминације тако одређене да су усмерене само на одређену категорију пасивних субјеката, на пример, ратне заробљенике или цивилно становништво;

4) У правно-техничком смислу примењен је један изразито казуистички приступ који је довео до веома дугачког списка могућих радњи извршења и облика ратних злочина, који доста отежава систематизацију, те је у одређеној мери и конфузног карактера.

Вид ратних злочина према правилима Римског статута представљају облици ових деликата, који се састоје у примени забрањених начина или средстава вођења рата, те других злоупотреба и морално ниских поступака током учешћа у оружаном сукобу, а који су веома разноврсни и деле се на следеће облике и подврсте: а) употреба забрањених средстава, која се деле на две основне врсте, у оквиру којих постоје по две подврсте:

1) средства која представљају забрањене хемијске, биолошке и друге сличне отровне материје, односно материје које изразито шкоде људском здрављу: 1) а отрови и средства која у себи садрже отровне супстанце (чл. 8 ст. 2 (б) (xvii) РСт.); 2) б отровни гасови, гасови загушљивци или други гасови, односно флуиди, материје или изуми таквог карактера (чл. 8 ст. 2 (б) (xviii) РСт.); као и

2) средства која представљају забрањено оружје или муницију, где спадају: 2) а муниција која се лако распрскава у људском телу, као што су меци са чврстом кошуљицом, која не покрива у целини језгро, или је засечена (чл. 8 ст. 2 (б) (xix) РСт.);¹³ 2) б

¹² М. Бабић, *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2011, 164.

¹³ У званичном преводу на српски језик (Закон о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда, *Сл. лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 5/2001), овде је направљена веома груба грешка, која потпуно мења смисао дела норме. Наиме, оригинални израз на енглеском – "...such as bullets with a hard envelope...", је преведен "... као и зрна са чврстом чауром...", што је потпуно погрешно, јер се овде ради о зрнима са "чврстом кошуљицом" или неком врстом "омотача" самог зрна, што је и логично, јер чаура не може повредити противника, нити се она сама испалује (у њој је само барутно пуњење), а једино зрно излеће из цеви оружја.

оружје, пројектили, материјали и други начини ратовања који према својој природи могу проузроковати тешке повреде или непотребне патње или се њима крши међународно ратно право (чл. 8 ст. 2 (б) (xx) РСт.);¹⁴ б) облик који се састоји у преварном коришћењу одговарајућих идентификационих знакова или обележја – злоупотреба заставе којом се даје знак за примирје (заставе парламентарара), заставе или војног обележја непријатеља, као и његове униформе, или униформе, заставе или обележја УН, као и злоупотреба карактеристичних амблема женевских конвенција, а услед чега је дошло до изазивања смрти неког лица, или његовог тешког телесног повређивања (чл. 8 ст. 2 (б) (VII) РСт.); в) облик који представља нехуман начин вођења рата, при чему је наношење патњи цивилном становништву врста метода борбе – намерно прибегивање изгладњивању цивилила, као начину вођења рата (ратна метода), што се базира на ускраћивању намирница неопходних за опстанак цивилног становништва, укључујући намерно отежавање приступа хуманитарној помоћи прописаној женевским конвенцијама (чл. 8 ст. 2 (б) (xxv) РСт.); г) облик који представља прокламовање начина борбе који је нехуман јер унапред непријатељу не даје наду да се може предати – објављивање да се према непријатељу неће поступати са милошћу – да му се неће дати било каква милост (чл. 8 ст. 2 (б) (xii) РСт.), што практично значи да у борби "нема заробљеника".

Овде се ради о ратним злочинима који представљају друге тешке повреде закона и обичаја који се примењују у међународном оружаном сукобу, а у успостављеним оквирима међународног права. Поред тога, у ратне злочине у случајевима оружаног сукоба који није међународног карактера спадају озбиљна кршења члана 3. који је заједнички за четири женевске конвенције од 12. августа 1949. године (члан 8. став. 2. (ц) РСт.), а њихов пасивни субјект могу да буду лица која спадају у неку од следећих алтернативно одређених категорија: 1) лица која нису узимала активно учешће у непријатељствима; 2) припадници оружаних снага који су положили оружје; 3) припадници оружаних снага који су изван борбе услед болести, рањавања, лишавања слободе или било којег другог разлога. Ови ратни злочини се могу извршити само у оружаним сукобима који немају међународни карактер, а при том се не ради о унутрашњим немирима и сукобима, те изолованим

И коначно, данас пре свега и постоје чврсте чауре, односно металне чауре (мада се експериментално развијала и муниција без чаура, односно са самоуништавајућим чаурама), па је тим пре у питању потпун бесмислен превод. Уместо зрна се евентуално може користити и израз "метак", мада је метак у ствари шири појам и представља целину коју чине како зрно, тако и чаура у којој је барутно пуњење и која има иницијалну капилу.

Иначе, сврха наведене одредбе а у вези исправног превода који се односи на *зрно са чврстом кошуљицом*, а које је зарезано или не покрива цело језгро зрна, јесте да такво зрно, услед тих његових механичких особина, има сличан ефекат као и тзв. *дум-дум* зрно (дум-дум метак), односно оно се распрсква у телу погођеног човека, што се постиже услед чињенице да је чврста кошуљица непотпуна или је намерно зарезана на одговарајући начин, те се онда меко језгро у судару са препреком, односно људским телом, цепа у више делова и жртви наноси веома тешке повреде, сличне онима које проузрокују експлозивна зрна, а при том је производња овакве муниције знатно јефтинија и једноставнија него продуцирање класичних дум-дум зрна, која у себи садрже експлозивне материје.

¹⁴ У овај облик спадају осим одређених оружја и неки начини вођења рата који се могу сматрати противправним, што значи да и оружја или средства која иначе нису противправна, могу услед начина своје употребе да буду противправна. Такав би пример могла да буде намерна употреба противавионских ракета земља-ваздух или вода-ваздух, за дејствовање по циљевима на земљи, јер се онда посебни ефекти постижу сагоревањем њиховог веома токсичног горива на територији противника. С обзиром на брзи развој ратне технике и војне технологије у Статуту је посебно предвиђено да се такви материјали и методи ратовања могу укључити допунским амандманом као додатак одговарајућег дела Статута (чл. 8 ст. 2 (б) (xx) РСт.), а у складу са чл. 121. и 123. Римског статута.

и спорадичним актима насиља, као и другим актима сличне природе (члан. 8. став 2 (д) РСт.), а у случају да се у оквиру такве неке ситуације изврши дело које по својим обележјима иначе одговара овим инкриминацијама из Римског статута, не би се радило о ратном злочину, већ би тада у обзир дошла једино примена општих кривичноправних правила одређеног националног законодавства.

6. ВРСТЕ РАТНИХ ЗЛОЧИНА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ И МЕСТО КРИВИЧНОГ ДЕЛА УПОТРЕБЕ НЕДОЗВОЉЕНИХ СРЕДСТАВА БОРБЕ У ЗАКОНСКОЈ СИСТЕМАТИЦИ

Ратни злочини прописани у кривичном законодавству Србије могу да се поделе на две основне категорије:

1) *основни ратни злочини*, где спадају три кривична дела ове врсте у чијем је и наслову садржан израз "ратни злочини", која су у правно-техничком и системском смислу подељена на три категорије према критеријуму пасивног субјекта, а то су:

- а) ратни злочини против цивилног становништва,
- б) ратни злочини против рањеника и болесника, као и
- в) ратни злочини против ратних заробљеника; те

2) *други ратни злочини* и са њима повезана и ратним злочинима блиска кривична дела, у која спада низ кривичних дела која како садржински и према свом *ratio legis*-у, тако и с обзиром на то да су такође утемељена на изворима међународног ратног права, представљају ратне злочине, или се ради о кривичним делима која су непосредно повезана са ратним злочинима и њима блиска, иако тај израз није садржан у насловима тих инкриминација, а ту спадају следећа кривична дела: а) употреба недозвољених средстава борбе и са том инкриминацијом повезано кривично дело а то је кривично дело недозвољене производње, промета и држања оружја чија је употреба забрањена, б) противправно убијање и рањавање непријатеља, в) противправно одузимање ствари од убијених, г) повреда парламентарара, д) сурово поступање с рањеницима, болесницима и ратним заробљеницима, њ) неоправдано одлагање репатријације ратних заробљеника, е) уништавање културних добара, као и ж) злоупотреба међународних знакова.

7. КРИВИЧНО ДЕЛО УПОТРЕБЕ НЕДОЗВОЉЕНИХ СРЕДСТАВА БОРБЕ У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ СРБИЈЕ

Као што је објашњено у претходном тексту, кривично дело употребе недозвољених средстава борбе прописано у Кривичном законнику Србије, суштински представља врсту ратног злочина, сврстаног у друге/остале ратне злочине, поред три основне групе ратних злочина, дефинисаних у српском кривичном законодавству (по узору на некадашње југословенско кривично право), према објекту кривичноправне заштите, односно пасивном субјекту.

Нормативна конструкција кривичног дела употребе недозвољених средстава борбе није превише сложена и прилагођена је основном *ratio legis*-у те инкриминације. Ово кривично дело има један основни облик, један тежи облик и један посебни облик.

Основни облик кривичног дела употребе недозвољених средстава борбе чини онај ко за време рата или оружаног сукоба предузме једну од алтернативно прописаних радњи извршења: 1) нареди да се употребе борбена средства или начин борбе који су забрањени правилима међународног права или 2) сам употреби средства или начин борбе који су забрањени правилима међународног права (члан 376. став 1. КЗ).

Конструкција кривичног дела употребе недозвољених средстава борбе у једном свом важном или чак кључном делу, има бланкетни карактер јер је приликом оцене да се ради о средству или начину борбе који су забрањени правилима међународног права, кључно установити да су одређеним извором међународног права конкретно средство борбе или начин борбе забрањени. Читав низ извора међународног права стриктно забрањује одређена средства и начине борбе, као што је хемијско оружје, односно бојни отрови, али овде долази у одређеним ситуацијама у обзир и примена једне опште међународноправне одредбе, којом се решава проблем појављивања могућих нејасноћа у погледу тога да ли се одређено средство или начин борбе сматрају забрањеним, што је посебно скопчано и са великим напретком борбене технике и средстава, те сталним иновацијама у тој области, због чега су увек могуће одређене правне/фактичке празнине.¹⁵

Решавању проблема који настаје услед сталног усавршавања оружја и средстава за борбу, чему доприноси напредак технике и технологије, који је нажалост некада усмерен и деструктивно, посвећена је позната *Мартенсова клаузула* садржана уз IV Хашку конвенцију о обичајима рата на копну из 1907. године,¹⁶ а потом уз незнатне модификације преузета и у Протоколу I и Протоколу II, уз Женевске конвенције из 1977. године, чији је основни смисао прописивање да се, с обзиром на константан развој војне технике и сталне иновације у развоју новог оружја и она средства и начини борбе у рату, који нису забрањени постојећим изворима међународног права, неће сматрати априорно дозвољеним, већ ће се питање забрањености таквог новог средства/начина борбе, решавати уз узимање у обзир основних начела међународног права, "закона човечности и захтева јавне савести." Сматра се да је Мартенсова клаузула од значаја јер "међународни акти ипак нису адекватно регулисали" забрану одређених средстава и начина борбе.¹⁷ У теорији се истиче и да значај "данас више него икада Де Мартенсове клаузуле", произлази из тога што се "последњих векова техника развила тако нагло, да су нова оружја увек наилазила на правни вакуум", а "у светлости тих промена неминовно се намеће потреба ревизије правила о вођењу непријатељстава", при чему се "не смеју негирати начела која представљају тековину цивилизације: а) начело да непријатељ нема неограничену слободу у избору средстава ратовања; б) начело заштите и очувања одређених људских вредности."¹⁸

Иако Мартенсова клаузула неспорно има велики начелни значај као покушај да се правним механизмима и резонима превлада реалан проблем правних/фактичких празнина у једној изузетно важној области, која је при том, непосредно повезана са увек актуелним настојањима многих држава да стално напредују у развијању све ефикаснијих

¹⁵ Brownlie I., *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1990⁴, 10.

¹⁶ Први текст ове клаузуле формулисао је дипломата царске Русије *Фридрих Мартенс*, током преговора на Хашкој мировној конференцији 1899. године, из које је произишла Конвенција о праву ратовања на копну 29. јула 1899. године у којој је била прва верзија те клаузуле која названа по свом предлагачу Мартенсу.

¹⁷ З. Стојановић, *Међународно кривично право*, Правна књига, Београд, 2018¹¹, 100–101.

¹⁸ С. Аврамов и М. Крећа, *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006¹⁹, 609.

и убојитих средстава и начина борбе, који су често и веома нехумани, али и скопчани са великим страдањем цивилног становништва, некада и далеко након завршеног рата (попут, на пример, напалм и касетних бомби, зрна направљених од осиромашеног уранијума и сл.), питање је колико су њене формулације реално примењиве у кривичноправном смислу, јер се ради о прилично "флексибилним нормама", чак са елементима "каучук нормирања". То значи да су када се ради о захтевима из Мартенсове клаузуле у пракси могућа сасвим различита и веома разноврсна тумачења, а то већ на први поглед одудара од захтева садржаних у *lex stricta* и *lex certa* сегментима начела законитости.

Основни облик кривичног дела употребе недозвољених средстава борбе може се учинити само умишљајно, а извршилац мора бити свестан да користи забрањено средство или недозвољени начин борбе, или да наређује употребу таквог средстава или начин борбе, а при том, није неопходно и сазнање извршиоца да је то забрањено правилима међународног права. У односу на ову тежу последицу као квалификаторну околност, извршилац може имати било умишљај, било нехат. Значајно је да "треба разликовати од нечовечних начина борбе ратна лукавства, која нису забрањена, изузев ако се њима крши неко правило међународног права."¹⁹

Тежи облик кривичног дела употребе недозвољених средстава борбе је квалификован наступањем теже последице у односу на пасивне субјекте, те се састоји у већем броју настрадалих жртава, које су услед извршења основног облика овог кривичног дела изгубиле живот. Овај облик кривичног дела употребе недозвољених средстава борбе постоји уколико је услед извршења основног облика погинуло више лица (члан 376 став 2. КЗ).

Посебан облик кривичног дела употребе недозвољених средстава борбе се односи на специфичан облик "подстицања" на употребу забрањених средстава/начина борбе, или на инкриминисање радњи које су припремног карактера у односу на употребу таквих средстава или начина борбе.

Када се ради о деловању учиниоца у виду *позивања*, то није подстрекавање у кривичноправном смислу, јер се не утиче на конкретно лице/конкретна лица у смислу стварања или учвршћивања њихове воље да употребе средстава или начин борбе који су забрањени, већ се овде ради о деловању које има *пропагандни карактер*, јер се позивањем ствара/учвршћује воља у односу на неодређен круг људи у правцу коришћења борбених средстава или начина борбе који су забрањени правилима међународног права. Из криминално-политичких разлога се у овом случају криминална зона и додатно проширује, те се простире и на *припремање* кривичног дела ове врсте, што представља један од случајева изузетног кажњавања и за радње које имају припремни карактер, а које иначе, у погледу највећег броја кривичних дела, саме по себи нису кажњиве.

Посебан облик кривичног дела употребе недозвољених средстава борбе постоји када се предузме једна од две алтернативно прописане радње извршења: 1) када извршилац позива на употребу борбених средстава или начина борбе који су забрањени правилима међународног права или 2) када извршилац припрема употребу таквог противправног начина борбе или таквих забрањених средстава за борбу (члан 376 став 3. КЗ).

За основни облик кривичног дела употребе недозвољених средстава борбе прописана је казна затвора од две до десет година. Тежи облик овог кривичног дела је запре-

¹⁹ З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2022¹², 1121.

ћен алтернативно: 1) казном затвора од најмање пет година или 2) казном доживотног затвора. За посебан облик кривичног дела употребе недозвољених средстава борбе прописана је казна затвора од шест месеци до пет година.

8. УПОТРЕБА БЕСПОСАДНИХ ЛЕТИЛИЦА/ДРОНОВА У РАТУ/ОРУЖАНОМ СУКОБУ

Последњих година, а нарочито у време и жеку рата у Украјини,²⁰ који званична Русија још увек означава као "специјалну војну операцију", примећује се да се "начин вођења рата мења скоро (и) пред нашим очима, што се односи на ратну технику – посебно на дроне и роботе – који доживљавају веома брз развој", из чега произлази да се у будућности "борбе неће више водити између људи, већ између машина".

Додуше, иако значај "машина" постаје све већи и иначе, те доживљава велику експанзију, а посебно у рату/оружаним сукобима, досадашње искуство ипак више показује да се "машине у рату претежно користе против људи".²¹ Тако је како онда када су људи директни циљ напада разним врстама "машина", односно дронима/беспосадним летилицама са становишта теме овог рада, тако и онда када се из дрона/беспосадних летилица дејствује по другим врстама средстава, попут тенкова, оклопних и других возила итд., а у којима су људи или у чијој су околини људи, као када се ради о посади артиљеријских оруђа и сл.

Дакле, још увек није типичан "рат машина против машина", већ *људи када ратују једни против других, све чешће користе машине као средство ратовања*.²²

²⁰ Беспосадне летилице, односно разне врсте дрона коришћење су и раније, пре свега ради извиђања, што је било актуелно и у време НАТО агресије на СРЈ 1999. године, када су неке од тих летилица и оборене дејством југословенске ПВО. Неколико година раније су такве летилице коришћене и у Босни и Херцеговини током грађанског рата, не наравно, од у том рату зараћених снага, већ такође од стране НАТО-а и тада су забележени случајеви обарања таквих летилица дејством ПВО Војске Републике Српске. Међутим, употреба наоружаних дрона своју експанзију доживљава у Авганистану пре свега, када оружане снаге САД такве летилице масовно користе за дејство по формацијама које су сматрале терористичким.

Конечно, нешто пре започињања рата у Украјини, који је обележен између осталог, изузетно масовним коришћењем дрона, такве летилице (пре свега беспосадне летилице турске производње "Барјактар ТБ 2", су веома ефикасно коришћене у релативно краткотрајном сукобу између Азербејдана и Јерменије. Ови дрони су дакле, често прилично ефикасно деловали и током рата између Русије и Украјине, нарочито у почетним фазама рата, али се чини да је захваљујући развоју како класичних ПВО система (ракетних/артиљеријских/комбинованих), тако и услед развоја метода електронског ометања ових и сличних беспосадних летилица, њихова ефикасност/ефективност значајно умањена.

²¹ D. Statman, *Drohnen, Roboten und Moral des Krieges*, "Ethik und Militär – Kontroversen und Militärtechnik & Sicherheitspolitik", Извор: <http://www.ethikundmilitaer.de/de/themenueberblick/20141-drohnen/statman-drohnen-roboter-und-die-moral-des-krieges/>. Приступљено 11. марта 2023. године.

²² Када је реч о рату као основном "амбијенту" у којем настају не само ратни злочини и друга међународна кривична дела, већ и читав низ других зала, није на одмет подсетити се да нема веће вредности од мира, нити има већег злочина од рата, јер када започне рат, онда из њега увек проистекну и бројни други злочини. Нема "црно беле истине" и није увек ни сасвим јасно ко је заиста – како и зашто започео рат, јер рат постоји у разним облицима, а уобичајено "историју пишу победници".

Још од Клаузевица важи да је "рат наставак политике оружаном средствима". Стога се и неке "агресивне политике" могу сматрати реалним почетком рата. Драгоцен је историјски пример часног индијског судије Радхабинода Пала, који је на суђењу у Токију издвојио мишљење тврдећи да Јапан није водио агресиван рат према колонијама, јер су примарни агресори биле саме колонијалне силе, те је закључио, да је у ствари: "само изгубљени рат злочин, а да победницима нико не суди." Више о томе: М.Шкулић, *Рат у Украјини и*

8.1. Неки историјски примери коришћења беспосадних летилица/дронора у рату/оружаном сукобу

Своју колосалну експанзију је коришћење беспосадних летилица и дронора различитих врста, доживело у рату који се већ више од годину дана води у Украјини, али су такве летилице употребљаване и пре тога. Искључиво у извиђачке сврхе су беспосадне летилице коришћене током НАТО агресије на Савезну Републику Југославију 1999. године, као и пре почетка агресије, али повремено и након њеног окончања. САД су такве летилице деценијама користиле у Авганистану, како у извиђачке сврхе, тако и ради остварења одређених борбених циљева, односно уништавања људи које су сматрали за терористе, што је било праћено и прилично честим грешкама, попут веома познате погибије више десетина сватова, који су из ваздуха погрешно третирано као легитимна мета.

Беспосадне летилице и дронори су се често користили и још увек се користе у Сирији, у Јемену, као и иначе, на Блиском Истоку. Поред тога, данас све и иоле савремене армије настоје да се опреме беспосадним летилицама/дронорима, које би користили у различите сврхе, а најчешће ради извиђања и снимања терена и положаја актуелних или потенцијалних непријатеља, али и ради борбеног дејства, било изbacивањем бомби или испаљивањем ракета, односно ређе – хитаца из аутоматског оружја, било употребом самог дрона/беспосадне летилице као пројектила, тј. у виду тзв. "дрона камиказе".

8.2. Терминолошко питање – беспилотна или беспосадна летилица

Често се у пракси користи термин "беспилотна летилица", али он у суштини није коректан, јер и летилице које немају посаду, најчешће имају "пилота", али то лице које њима управља, тј. делује као и сваки пилот, не чини то тако што користи управљачку палицу и друге инструменте типичних и класичних летилица, као што су авиони и хеликоптери, већ пилот беспосадне летилице, односно дрона, без обзира да ли таква летилица лети попут авиона или слично класичном хеликоптеру лети уз могућност вертикалног узлетања и лебдења, њоме управља, али то чини из даљине, путем бежичне везе са летилицом и коришћењем посебних уређаја, који најчешће подразумевају и коришћење "пилотске палице", тзв. "џојстика", утиче на кретање летилице, правац кретања, висину, њену брзину и све остале параметре лета, суштински идентичне као и код класичне летилице којом управља пилот који је у њој.

Поред тога, већина беспосадних летилица које су типа авиона, не полеће на класичан начин, након кретања по писти, потребног убрзања и постизања услова и конфигурације делова летилице који омогућавају одлепљивање од писте и летење, већ се практично лансирају на одговарајући начин, било коришћењем ракетних мотора, који су некада одбацујући, било механичким катапултирањем, што је карактеристично за беспосадне летилице релативно мањих димензија. Дронори који узлећу вертикално попут хеликоптера се, онда када су мањих димензија, често у ваздух одбацују једноставним покретом руке, или се пак са тла сами подижу захваљујући елисама и роторима.

Конечно, постоје и беспосадне летилице/дронори, који су заиста и потпуно *беспилотне летилице*, јер њима не управља пилот ни као члан посаде, односно "пилот у

нацистички злочини у Другом светском рату. Извор: <https://www.politika.rs/scc/clanak/508439/Rat-u-Ukrajini-i-nacisticki-zlocini-u-Drugom-svetском-ratu>. Приступљено 11. марта, 2023. године.

летилице", нити као "даљински пилот" путем бежичне везе, када се ради о оператеру који из даљине управља летилицом, по потреби ако се ради о наоружаној летилице, отвара ватру из ње по циљевима или саму летилицу, када је реч о "камиказу дрону", усмерава на мету, већ су такве летилице са елементима тзв. вештачке интелигенције потпуно аутономне током свог ангажовања. Ова врста беспосадних дрона, којима по унапред зацртаној шеми лети одређеним простором, те аутоматски дејствује када уочи циљеве који су јој задати, је у ствари, најинтересантнија са становишта анализе у међународном кривично-правном смислу, што се детаљније објашњава у даљем тексту.

9. ОПШТЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ КОРИШЋЕЊА ДАЉИНСКИ КОНТРОЛИСАНИХ БЕСПОСАДНИХ ЛЕТИЛИЦА/ДРОНОВА У РАТУ/ОРУЖАНОМ СУКОБУ – УЗ ОСВРТ НА ОДРЕЂЕНА ПРАВНА И ЕТИЧКА ПИТАЊА

Анализа општих карактеристика дрона/беспосадних летилица, а посебно са становишта не само права, већ и елементарне етике, тиче се дрона/беспосадних летилица које се сада претежно и скоро искључиво користе у пракси, тј. током актуелних ратова/оружаних сукоба, а којима се управља из даљине. То значи да се ради о беспосадним летилицама које су током целокупног тока свог лета и посебно током ватреног дејства, под контролом оператора на земљи, као специфичног "пилота", који није у самој летилице, већ са земље или некада, што је веома ретко и из друге летилице, њоме управља.

Када је реч о дронима који би били вид вештачке интелигенције, тј. који су "самоуправљиви", те по потреби, дејствују према одређеном "обрасцу", онако како им је "унапред наложено" и то чине без људске контроле, то представља један веома специфичан како етички тако и комплексан правни проблем, који захтева посебну анализу, а која ће у овом тексту бити изложена, примарно у закључку.

Беспосадне летилице и дрони, којима се бежично управља из даљине, представљају очигледан "израз" и типичан пример напретка технологије у служби оружаних снага, односно рата у крајњој линији, а која је као и увек, била стални пратилац ратова, које су у историјском смислу чешће добијале земље које су могле да произведу више оружје, него оне које су потенцијално имале више војника или чак чија је војска била борбенија, обученија и сл. Тако је на пример, крајем Првог светског рата, почело увођење првих тенкова, што је почетком тог рата било незамисливо, а авијација која се значајно користила већ од почетка Првог светског рата, доживела је снажну експанзију крајем тог рата, али све то није било ни близу масовном коришћењу ратне авијације и тенкова у Другом светском рату. Тај колосални рат је коначно и окончан коришћењем једног тада потпуно новог оружја масовног уништења – атомских бомби, бачених у августу 1945. године на јапанске градове Хиросиму и Нагасаки.

Употреба беспосадних летилица/дрона у ратне сврхе, односно као средства и начина борбе у рату/оружаном сукобу, може се посматрати са више аспеката. Свакако се такав начин борбе и употреба таквих средстава морају анализирати и са етичког становишта. Наиме, иако је тешко говорити о моралу и етици у рату који се суштински своди на уништавање људи, односно покушаје да се ратни противници униште, нанесу им се губици, често скопчано и са огромним материјалним разарањима, само међународно хуманитарно право, као и уопште, право рата, а повезано с тим и међународно кривично право,

посматрају одређена средства и начине борбе као противправне, односно када је реч о међународном кривичном праву, тада могу постојати и одређена кривична дела, конкретно ратни злочини одређене врсте, чија садржина суштински није само противправност одређених радњи, већ се она своди и на неетичко/неморално поступање. У том погледу се овај рад примарно оријентише на беспосадне летилице и дронове који се крећу ваздухом, али се суштински све што се иначе односи на ову врсту средстава, тиче такође и дророва-подморница, као и даљински управљаних оклопних возила, односно разних врста дророва-возила.

Употреба беспосадних летилица/дророва у рату/оружаном сукобу, као и коришћење било којег другог средства/оружја/оружа, има одређене предности, али и неке мане. Ово важи како у стриктном техничко-технолошком смислу, тако и са становишта могућих кривичноправних и уопште, правних консеквенци коришћења таквих начина/средстава борбе, што се као и иначе, може анализирати у смислу *ius in bello*. Ово се тако пре свега, тиче разматрања утицаја коришћења беспосадних летилица/дророва у погледу захтева да се у рату/оружаном сукобу мора обезбедити одговарајућа заштита цивилног становништва. Наиме, цивили, односно цивилни објекти не смеју бити мета у рату, што значи да се с једне стране, оружана дејства не смеју директно усмеравати на цивилне мете, а да с друге стране, онда када се нападом на легитимне војне мете, индиректно нападају/угрожавају и цивилни објекти, неопходно је да тада постоји одговарајућа сразмера, првенствено ради избегавања непотребних и несразмерних патњи/страдања цивила/цивилних мета у виду тзв. колатералне штете.²³

Када је реч о тзв. колатералној штети до које долази услед дејства из дророва, односно када се саме беспосадне летилице користе као пројектили ("камиказа дророви"), та врста средства оружане борбе најчешће нема неке специфичне особености у односу на друга "класична" средства, попут артиљерије, тенкова и других оклопних возила итд. Неки примери из праксе, попут познатог случаја гађања сватова у Авганистану из дророна којим се даљински управљало, свде се на погрешну идентификацију мете, што је увек могуће у рату/оружаном сукобу и када се ради о другим средствима борбе, попут класичне борбене авијације.

Чини се ни да цивилно становништво, као ни иначе, цивилни објекти или друге "мете" чије је гађање противправно, попут војних санитета и сл., нису сами по себи, више угрожени када се ради о коришћењу беспосадних летилица/дророва у односу на коришћење других "класичних" борбених средстава, попут тенкова, хеликоптера, авијације итд.

Наиме, свако борбено средство може у одређеним ратним околностима проузроковати и тзв. колатералну штету, а с друге стране, свако такво средство (што ће се у даљем тексту посебно објаснити у односу на беспосадне летилице/дророве), може такође бити

²³ Сам термин *колатерална штета* је иначе, последњих деценија, како током НАТО агресије на Савезну Републику Југославију 1999. године, као и у вези са том агресијом, (као када је "хашки тужилац" на темељу извештаја вештака из држава чланица самог НАТО-а закључно да нема разумне сумње да је НАТО вршио ратне злочине током агресије на Југославију), тако и потом, у низу ратова вођених у првим деценијама 21. века (Ирак, Авганистан итд.), постао прилично "озлоглашен", као често и рутински коришћено покриће за правдање евидентних ратних злочина против цивилног становништва, до којих је најчешће долазило услед недовољног поклањања пажње заштити цивила у рату/оружаном сукобу, а нарочито у контексту тежње доминантних оружаных снага да максимално снизе сопствене губитке, због чега су на пример, редовно вршили ваздушне нападе са великих висина, што је некада било скопчано и са смањеном прецизношћу и сл.

коришћено и за извршење ратних злочина, као када се на пример, умишљајно дејствује у односу на цивилно становништво/цивилне објекте, или се борбено средство користи за дејствовање бојним отровима итд. Из овога произлази и да сама по себи, употреба дрона у рату/оружаном сукобу начелно није забрањена са становишта деловања *ius in bello*.

Ни коришћење дрона у данас честим тзв. асиметричним ратовима, па и онда када се они употребљавају против одређених терористичких формација, само по себи, није забрањено, нити се цивилно становништво услед тога више угрожава, него што до тога долази употребом класичних средстава војне технике, попут борбене авијације.

Наравно, могуће су и злоупотребе дрона/беспосадних летилица, па и за вршење ратних злочина, исто као што и услед употребе дрона може доћи и до масивне тзв. колатералне штете, али таква могућност није ни већа, нити мања, у односу и на друга "класична" средства борбене технике. Коначно, и овде важи опште правило да што је конкретно борбено средство прецизније, то су мање шансе да дође до тзв. колатералне штете. То важи дакле и иначе, па и када се ради о употреби дрона.

Када је реч о предностима употребе дрона, оне се углавном тичу смањења ризика од губитка живота оне зарађене стране, која дроне користи. За разлику од на пример, губитка класичног авиона, када често гине и пилот оборене летилице, или бива заробљен, ако је искочио из погођене/оштећене летилице, таквих губитака нема приликом обарања/уништења дрона. Ово је наравно, од великог значаја и за јачање морала и борбеног духа војске која користи дроне и тако смањује сопствене људске губитке.

Иначе, коришћење дрона некада делује и веома драматично, па и потресно, као када се на војнике пешаке, који ништа и не слуте, из дрона избацују мине, које их рањавају и убијају, а све се то из ваздуха снима и прати у реалном времену, а некада потом и емитује јавности. Таква смрт на бојном пољу делује веома деградирајуће, али ни тако нешто ипак није битно другачије од коришћења многих других борбених средстава и начина борбе, попут на пример, мина изненађења, али и мина уопште, те ни то само по себи, не представља забрањени начин борбе, односно коришћење средства борбе које је забрањено, нити је то и у *de facto* смислу, неки "прљавији" начин борбе од неких других, у рату и до сада уобичајених начина борбе.

Беспомоћност војника нападнутих из ваздуха дејством дрона, која се може некада приметити, а нарочито што већина таквих дрона и снима своје ватрено дејство, када се дронима дејствује по пешадији, није суштински ништа већа, него када се пешадија гађа ракетама из авиона, вођеним или невођеним ракетама/ракетним зрнима, крстарећим или балистичким ракетама итд., или се из ваздуха на њу бацају бомбе, дејствује далекометном артиљеријом, вишецевним бацачима ракета и сл.

Све у свему, јасно је да дрони којима се даљински управља, што значи који су под контролом "пилота", који није у њима, односно којима управља оператер са земље и који користећи таква средства, борбено дејствује из ваздуха нису средства чије је коришћење у рату/оружаном сукобу забрањено.

Коначно, таква борбена средства не само да сама по себи, нису забрањена у правном смислу, већ се она ни у једном елементарном етичком смислу, не могу сматрати средствима чије је коришћење "посебно неморално/неетичко", а нарочито када се употреба тих средстава (у)пореди са другим борбеним средствима, попут авијације која дејствује

са великих висина у односу на противника који располаже слабом ПВО, или крстарећим ракетама, а нарочито је такво поређење "у корист дрона", када се ради о оружју/средствима за масовно уништење, попут нуклеарног оружја.

Наравно, као што је то већ делимично објашњено у претходном тексту, као и свако друго борбено средство и дрони/беспосадне летилице могу се користити и на противправан начин, као на пример, када се из њих дејствује по цивилном становништву, врше друге врсте ратних злочина и сл.

9.1. Основни видови коришћења беспосадних летилица/дрона у рату/оружаном сукобу

Беспосадне летилице/дрони могу да се у ратне сврхе, односно ради остваривања одређених циљева током оружаних сукоба, користе у одређеним основним облицима, односно основним варијантама, што се своди на следеће врсте беспосадних летилица/дрона:²⁴

1) беспосадне летилице/дрони који се користе ради извиђања из ваздуха, што укључује и снимање терена и положаја непријатељске силе;

2) беспосадне летилице/дрони који се употребљавају као борбене платформе, којима се даљински управља, тако што су ове летилице опремљене одређеним врстама оружја или борбених средстава, а најчешће се ради о ракетама и бомбама, које испалјују/бацају на непријатеља;

3) беспосадне летилице/дрони који се користе као транспортно средство, ради преношења муниције, оружја, других врста материјала, а потенцијално и људства;

4) беспосадне летилице/дрони који имају својство пројектила, тј. представљају саме по себи пројектиле, којима се управља из даљине, када се ради о тзв. самоубилачким летилицама, тј. беспосадним летилицама/дронима "камиказама", које/који се заривањем у одговарајућу metu, односно падом у њеној непосредној близини, самоуништавају активирањем експлозива који носе, а најчешће и уз парчадно дејство (тзв. гелери), те на такав начин – уништавајући себе - уништавају или оштећују и свој циљ/metu, попут непријатељског тенка, бункера, магацина, живе силе итд.; као и

5) аутономне беспосадне летилице и аутономни дрони, који се користе као "лутајући пројектили" или "лутајући ловци" на непријатеља и вид *вештачке интелигенције*, при чему они са становишта начина дејства могу да се поделе на две врсте:²⁵

²⁴ Могуће је и да се комбинују сврхе одређених врста беспосадних летилица/дрона, па се тако некада иста врста летилице може користити како за извиђачке задатке, односно снимање одређене територије из ваздуха (било у циљу добијања података у реалном времену или ради постизања ефекта тзв. војне/борбене картографије), тако и за борбено деловање ракетама земља-ваздух, избацивањем бомби и сл.

Такође је могуће да се у одређеним околностима дрон који је иначе, пројектован за виšekратно оружје, користи и као тзв. дрон камиказа. Могуће је и да се на такав начин ка "дрон-камиказа" користи и дрон чија је иначе, основна (пројектована/планирана) намена да буде транспортно средство и сл. Технички је могуће, што се ипак вероватно тиче будућности, када се буду више користили дрони као облик вештачке интелигенције (који су сада, по свему судећи још увек више на експерименталном и развојном нивоу), да се дрон који лети и чак борбено дејствује аутономно, по потреби преузме од стране оператера у одређеним околностима и из одређених конкретних тактичких разлога и сл.

²⁵ Како је то већ истакнуто у претходном тексту, ова врста беспосадних летилица/дрона, су истовремено и потпуно *беспилотне летилице*, јер њима не управља човек у реалном времену, већ оне лете, дејствују итд.,

- беспосадне летилице/дронови са елементима *вештачке интелигенције*, који се користе тако што се из њих у одређеним условима и према задатим пројекцијама, дејствује различитим врстама оружја и убојних средстава по мети/непријатељу, што значи да су ове летилице у исто време конструисане за *вишекратну употребу*, као и

- беспосадне летилице/дронови са елементима *вештачке интелигенције*, који се употребљавају као "камиказе", што значи да они сами по себи, представљају "пројектил", што подразумева њихово *једнократно* коришћење.

Наравно, прве три варијанте коришћења беспосадних летилица/дронових, подразумевају такве врсте тих летилица које се могу користити вишекратно за извршење низа борбених/извиђачких/транспортних задатака, док је четврта варијанта/облик употребе беспосадних летилица/дронових, сведена на њихово *једнократно* коришћење.

Све прве четири варијанте беспосадних летилица/дронових и начини њиховог коришћења одликују се тиме што летилицама/дроновима управљају "пилоти" који нису у самој летилици, односно посебни оператори, путем бежичног система комуникације. То значи да војници/оператори који управљају овом врстом беспосадних летилица/дронових, врше и испалења пројектила из њих по метама које даљински уоче или бацају бомбе на мете и уопште ватром дејствују по циљевима из даљине, или пак ако се ради о беспосадним летилицама/дроновима "камиказама", пилоти такве летилице у виду "пројектила" усмеравају даљински на мету.

Пета варијанта/облик коришћења беспосадних летилица/дронових одређене врло специфичне врсте, је суштински и најинтересантнија са становишта анализе могућих међународно-кривичноправних ефеката њихове употребе.

Тада је сама беспосадна летилица/дрон у исто време и оружје/борбено средство (било платформа која испалења ракете, хице из аутоматског оружја, избацује бомбе и сл., или је "пројектил" сам по себи, када се ради о "самоубилачкој", тј. "камиказа" варијанти), било механизам који "самостално" одлучује о употреби оружја, муниције и сл., односно заривању у мету у виду пројектила.

Суштина је овде како у техничко-технолошком смислу, тако и са становишта кривичноправних консеквенци таквог техничко-технолошког решења, у томе да сама беспосадна летилица, односно сам дрон по себи самостално делује, а да нико даљински нити управља њиме, нити из даљине путем бежичне везе, из летилице избацује бомбе, испалења ракете и сл., односно уопште, оружаном дејствује. То практично чини сама летилица, односно њен управљачки механизам, као облик тзв. вештачке интелигенције.

То "самостално одлучивање" беспосадне летилице/дрога са елементима вештачке интелигенције, у ствари и није сасвим "самостално" и потпуно аутономно, већ се одвија према одређеном алгоритму и обрасцу који је усађен као елемент тзв. вештачке интели-

према унапред задатим "координатама" и својеврсном "образцу", што се наравно, чини од људи, али сам лет ове врсте дронових и њихово оружаном дејство су потом, потпуно аутономни од људи.

Ове беспосадне летилице немају пилота ни као члана посаде, односно "пилота у летилици", нити као "даљинског пилота", тј. "пилота из даљине", односно оператора, који летилицом управља коришћењем бежичне везе, када се ради о оператору који из даљине управља летилицом, по потреби ако се ради о наоружаној летилици, отвара ватру из ње по циљевима, избацује бомбе и сл., или пак, саму летилицу, када је реч о "камиказа дрону", усмерава на мету. Супротно од овога, такве летилице имају елементе тзв. вештачке интелигенције и оне су *потпуно аутономне* током свог ангажовања.

генције која управља беспосадном летилицом/дроном, те одлучује о оружаном употреби летилице/дрона у различитим конкретним варијантама.

9.2. Основне могуће кривичноправне консеквенце употребе беспосадних летилица/дронова којима се даљински управља

Све беспосадне летилице, односно дронери којима се управља из даљине, тј. којима управљају посебни оператори, коришћењем бежичне везе, тј. специфични "даљински пилоти", могу се сматрати само оруђем, било борбеним, било извиђачким или некада и транспортним средством и сл., којим као и сваким другим оруђем/средством, увек управља конкретан човек, односно то чине људи. Тако је и када се такве летилице користе за борбено дејство, тј. када се из њих испуштају ракете или избацују бомбе или када је сама беспосадна летилица пројектил, којег оператор наводи на циљ.

Оператер контролише ову врсту беспосадних летилица, односно дронери у свим фазама лета, као и током њиховог борбеног ангажовања. У ствари, тада је сам оператер борац, а беспосадна летилица којом управља је његово средство борбе о уопште, оружаног деловања. Из овога и произлази да такав начин коришћења беспосадних летилица/дронери у рату/оружаном сукобу неће сам по себи, ни бити посебно специфичан, нити специјално или чак изразито комплексан са становишта кривичноправне анализе у смислу процене могућности да из њега произиђу релевантне кривичноправне консеквенце.

Наиме, кривично дело настаје захваљујући одређеним кривичноправно релевантним радњама, било у облику чињења (*delicta comissiva*), било у виду нечињења (*delicta omissiva*), односно кажњивог пропуштања. Својом кривичноправно релевантном радњом учинилац делује у правцу остваривања кривичног дела, што важи и када се ради о међународном кривичном делу. Према врсти доприношења настанку/остварењу кривичног дела, постоје различите кривичноправно релевантне радње.

Учиница међународног кривичног дела може допринети кривичном делу тиме што делује као *извршилац* кривичног дела, алтернативно као непосредни извршилац/посредни извршилац/саизвршилац, онда када остварује радњу извршења кривичног дела или у њој учествује на релевантан начин, који се манифестује као извршење кривичног дела, било тиме што врши активности које спадају у *саучесништво*.²⁶ На први поглед делује као да у случају када се употребом беспосадне летилице/дрона којим се даљински управља у реалном времену, извршава одређено кривично дело, попут ратног злочина (на пример, ракетирање цивилних циљева, при чему се не може никако радити о тзв. колатералној штети), оператер делује као посредни извршилац.

У овој анализи би се, с обзиром да је она примарно усмерена на међународно-кривичноправне консеквенце употребе дронери/беспосадних летилица у рату/оружаном сукобу, поћи од правила садржаних у Римском статуту, али и многа национална кривичноправна законодавства садрже слична правила. Према правилима Римског статута постоје *три облика извршилаштва*, које може бити: 1) *непосредно* извршилаштво, 2) *саизвршилаштво* и 3)

²⁶ Тако, се може приметити да за разлику од ранијих случајева присутних у историји међународног кривичног права, нарочито када се ради о *ad hoc* међународним кривичним трибуналима, који нису јасно разликовали извршилаштво и саучесништво, због чега се у пракси развијао концепт "јединственог учиниоца", облици учествовања у међународном кривичном делу, односно облици извршилаштва/саизвршилаштва и саучесништва, су у Римском статуту значајно прецизније дефинисани.

посредно извршилаштво.²⁷ Непосредно извршење међународног кривичног дела подразумева да учинилац директно делује као извршилац, тако што он сам предузима радњу извршења конкретног кривичног дела. Учиниоца је непосредни извршилац, када он сам директно и "без посредника" извршава кривично дело. То значи да се извршилац "не служи" другом особом да би извршио кривично дело, које сматра "својим", тј. не користи друго лице за извршење сопственог кривичног дела, као када се ради о посредном извршилаштву. Када више лица заједнички изврше кривично дело, што подразумева да заједнички учествују у радњи извршења кривичног дела, они се сматрају саизвршиоцима.²⁸

Подела извршилаштва на непосредно, посредно и саизвршилаштво, коју иначе (као што је претходно објашњено), стриктно познаје Римски статут, постоји и у неким европским кривичноправним системима. Тако се када је реч о учествовању више лица у једном кривичном делу, најчешће прави разлика између *извршилаштва* и *саучесништва*, што значи да се "као извршилац кривичног дела кажњава онај ко кривично дело изврши сам (непосредно извршилаштво) или служећи се неким другим лицем (посредно извршилаштво)", док се онда када се кривично дело учини (изврши) заједнички од стране више лица, сваки такав учинилац, сматра саизвршиоцем.²⁹

Суштина овог погледа на учествовање више лица у кривичном делу, односно његовом "остварењу", јесте да се код (са)извршилаштва ради о *сопственом* кривичном делу, док је код саучесништва у питању одговарајуће умишљајно доприношење *туђем* кривичном делу. Другим речима објашњено – "извршилаштво означава *сопствено* остварење бића кривичног дела, што не мора увек бити и тзв. својеручно чињење кривичног дела (непосредно извршилаштво)", већ кривично дело може бити извршено и тако што се извршилац "служи другим лицем" (посредно извршилаштво), док саучесништво представља учествовање у чињењу кривичног дела неког другог лица, који је тзв. главни учинилац.³⁰

Извршилаштво увек подразумева *власт над делом*, што се односи како на непосредно извршилаштво, тако и на посредно извршилаштво, као једну форму "извршилаштва".³¹ Власт (са)извршиоца над кривичним делом је суштина извршилаштва. Таква "власт" кривично дело чини "сопственим", што је суштина разлике између извршилаштва (где спада и саизвршилаштво у смислу нашег позитивног права, док се оно у Римском статуту третира као врста извршилаштва) и саучесништва (што је у српском кривичном праву саучесништво у ужем смислу), у форми подстрекавања или помагања.

Посредно извршилаштво се у Римском статуту дефинише тако што се прописује кривична одговорност лица које је кривично дело извршило путем другог лица (члан 25.

²⁷ М. Шкулић, "Облици учествовања у остварењу кривичног дела – (са)извршилаштво и саучесништво у Римском статуту", *Зборник Удружења за међународно кривично право*, Тара, 2005, 115.

²⁸ Иначе, када је реч о кривичном делу које увек настаје као исход деловања конкретног учиниоца/конкретних учинилаца, а које је један од основних појмова општег дела кривичног права и наравно, кривичноправне догматике уопште, у теоријском смислу се понекад говори о "кривичном праву оријентисаном ка учиниоцу" (*Täterstrafrecht*) и "кривичном праву које се примарно тиче самог дела" (*Tatstrafrecht*). С. Roxin und L. Greco, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, Verlag C. H. Beck, München, 2020, 271–272.

²⁹ J. Wessels und W. Beulke, *Strafrecht – Allgemeiner Teil – die Straftat und ihr Aufbau*, 33, neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2003, 170.

³⁰ К. Kühl, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Verlag Vahlen, München, 2002⁴, 757.

³¹ Н. Н. Jescheck und T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, fünfte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996⁵, 663.

став 3 (а) РСт). Случај посредног извршилаштва подразумева да посредни извршилац *користи друго лице* које је непосредни извршилац, попут "пуког оруђа" или средства за извршење кривичног дела. За кривичну одговорност посредног извршиоца, није релевантно да ли је кривично одговоран и сам непосредни извршилац, којег је посредни извршилац (ис)користио за извршење кривичног дела, тј. путем којег је извршио конкретно међународно кривично дело.

Посредни извршилац је онај ко кривично дело изврши користећи се другом особом, као пуким средством или обичним "слепим" оруђем извршења кривичног дела.³² Кривичноправна теорија разликује више облика посредног извршилаштва, почев од најједноставнијег када извршилац користи "снагу свог знања и/или моћ своје воље, да би помоћу другог човека ("људског оруђа"), укљученог у одређени "каузални ланац", "остварио законом прописано биће кривичног дела", односно извршио конкретно кривично дело, па до неких врло сложених или потенцијално спорних форми као што је посредно извршилаштво радњом пропуштања. У теорији је развијено и схватање о веома специфичном облику посредног извршилаштва, који је посебно интересантан са становишта организованог/планираног вршења кривичног дела, а то је – деловање "учиниоца иза учиниоца" у форми "(државне) организације".

Коришћење другог човека као пуког оруђа или средства за извршење кривичног дела, се "школски" објашњава следећим веома једноставним примером: "Када неко употреби једно механичко оруђе или животињу да би извршио кривично дело, он је непосредни, а не посредни извршилац. Али када неко за остварење једног законом прописаног бића кривичног дела, употреби другог човека,³³ тада је он непосредни извршилац, док човек који је употребљен да се изврши кривично дело (људско оруђе), уопште не предузима кажњиву радњу."³⁴

Из овога произлази да се у случају када употребом беспосадне летилице/дрона којим се даљински управља у реалном времену, извршава одређено кривично дело, попут ратног злочина, свакако не може радити о посредном извршилаштву, где би се дрон сматрао непосредним извршиоцем, а онај који њиме управља (даљински "пилот"/оператер), третирао као посредни извршилац, већ је тада оператер/"даљински пилот, непосредни извршилац конкретног кривичног дела, за чије извршење беспосадну летилицу/дрон, он користи као пуко средство/оружје/оруже којим извршава конкретно кривично дело, као што је у пракси, најчешће то ратни злочин одређене врсте.

³² Ово се у једном метафоричном смислу може објаснити тиме да посредни извршилац спроводи *своју вољу* извршења кривичног дела, служећи се за то "гуђим рукама", што се своди на коришћење непосредног извршиоца као "пуког средства/оружја" за извршење *сопственог кривичног дела*.

На исти начин, односно суштински истоветно, оператер дрона, којим се даљински управља и из њега дејствује деловањем самог оператера, дрон користи као оружје/средство, тако да у таквом случају, ако се из дрона на пример, дејствује по цивилни објектима, оператер делује као извршилац, а сам дрон је пуко средство/оруже, које он користи приликом извршења "свог", тј. "сопственог" кривичног дела.

Као што ће се то детаљније објаснити у даљем тексту, битно је другачија ситуација са дроном који делује аутономно, као вид вештачке интелигенције и којим се не управља даљински, нити се из даљине утиче да се из дрона борбено делује, било тако што се из њега испалују пројектили или бацају бомбе/мине, било што се сам дрон користи као пројектил, када се ради о дрону "камикази", односно тзв. самоубилачком дрону.

³³ Цитирани аутор ово илуструје следећим једноставним примером: Особа А гурне лице Б на особу Ц, која стога падне и повреди главу. Овде је А непосредни извршилац, а Б уопште не чини кривично дело.

³⁴ R. Schmidt, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Verlag Rolf Schmidt, Bremen, 2007⁶, 383.

9.3. Могуће кривичноправне консеквенце употребе беспосадних летилица/дронова који су вид вештачке интелигенције

Као што је већ истакнуто у претходном тексту, коришћење оних видова беспосадних летилица дронова, којима се даљински управља у реалном времену, не представља посебан кривичноправни проблем, јер се такве летилице третирају као оружје и потенцијално средство извршења кривичног дела, које евентуално може учинити оператер, односно тзв. даљински пилот, слично као што и из класичних пилотираних летилица, попут борбених авиона и хеликоптера, ватром управља њихов пилот или копилот. Ова врста беспосадних летилица, која се за сада, далеко најчешће и користи у пракси, је *даљински управљива и контролисана*, тако да онај ко таквим летилицама из даљине коришћењем бежичног система веза/контроле управља и евентуално из њих оружаном и дејствује, тада и одговара за извршење кривичног дела, до којег на такав начин дође. Он, тј. конкретан "даљински пилот"/оператер, је у таквом случају непосредни извршилац који беспосадну летилицу/дрон употребљава као средство за извршење свог/сопственог кривичног дела.

Другачије је када се ради о беспосадним летилицама које су практично самоуправљиве и дејствују самостално. Тада је потребно посебно анализирати какве су кривичноправне консеквенце, уколико се таквим дејством изврши одређено кривично дело, попут ратног злочина. Чини се да у овом погледу постоји озбиљна правна празнина.

У основи су могуће *две ситуације*, које произлазе из деловања дронова који су самоуправљиви и дејствују самостално, као вид тзв. вештачке интелигенције.³⁵ Под милитаризованом вештачком интелигенцијом, чији облик могу бити и беспосадне летилице/дронове, али и аутоматизована борбена возила, дронове-подморнице, чак и "војници-роботи" у будућности итд., треба подразумевати техничка средства развијена применом науке, технике и технологије, која се употребљавају у борбене сврхе, а способна су да захваљујући способности резонувања на одређеном нивоу, што асоцира на класичну људску интелигенцију, решавају одређене задатке, а посебно врше селекцију циљева, изводе препаде и сл., што је све иначе, иманентно човеку у рату/оружаном сукобу.

Прву ситуацију је вероватно могуће решити у кривичноправном смислу на темељу примене једног и сада познатог кривичноправног концепта, произишлог из креирања једне посебне и врло специфичне форме посредног извршилаштва, док се чини да у погледу друге ситуације постоји правна празнина.

9.3.1. Дрон као облик вештачке интелигенције који аутономно делује према креираном обрасцу који га "наводи" на вршење кривичних дела

У првој ситуацији дрон делује самостално према одређеном обрасцу који му је усадило лице које њиме манипулише пре активирања, при чему сам тај образац деловања, наводи дрон да делује тако што самостално, али према правилима *усађеног обрасца*, бира циљеве чијим погађањем чини ратни злочин, као на пример, када се ради о стриктно

³⁵ Иначе, дефиниције вештачке интелигенције су разнолике и неусаглашене, а суштина је да се употребом науке и технологије омогућава машинама да предузимају одређене радње које захтевају интелигенцију ради постизања одређених циљева. С. Ненадић и И. Миљуш, "Кривична правда у ери вештачке интелигенције", *Дигитализација у казненом праву и правосуђу* (ур. Ј. Костић и М. Матић-Бошковић), Институт за упоредно право, Београд, 2022, 292.

цивилним метама. У овом случају би се могло сматрати да лице које је дрону умишљајно "уградило" такав "образац деловања", дрон практично користи као средство извршења свог/сопственог кривичног дела, које сам дрон непосредно извршава.³⁶ Ово дакле, асоцира на претходно објашњену концепцију посредног/непосредног извршилаштва, али се ту ипак не ради о типичном посредном извршилаштву, јер сам дрон, иако је облик вештачке интелигенције се ипак, не може сматрати непосредним извршиоцем у кривичноправном смислу. Оно лице које дрон са елементима вештачке интелигенције користи ради извршења сопственог кривичног дела суштински асоцира на познатог "учиниоца за писаћим столом", којег је као теоријску конструкцију, али веома погодну и за практичну примену, креирао познати немачки теоретичар кривичног права – професор *Roxin*.

Наиме, у Немачкој је када се ради о (са)извршилаштву, доминанта теорија о власти над делом/господарење делом, које је стога дело које учинилац сматра "својим", односно "сопственим",³⁷ а познати немачки аутор К. Роксин (*C. Roxin*) истиче да је и код посредног извршилаштва типична власт над делом, али која не постоји у фактичком облику, као када се непосредно предузима радња извршења, већ у облику *власти над вољом*.³⁸ Ова концепција је развијена и у односу на специфичан облик посредног извршилаштва које се реализује посредством организованог апарата власти, односно државе чији је правни систем *криминалног карактера*, што је у Немачкој примарно био случај када је у питању нацистичка држава. Посредни извршиоци који су на такав начин извршавали "своја" кривична дела нису непосредно "прљали руке", али су по тумачењу немачке кривичноправне теорије и кривичних судова у неким од познатих суђења третирани као учиниоци кривичних дела, познати под метафоричним називом – "учиниоци који делују за писаћим столом" (*Schreibtischäter*).³⁹

Иначе, *власт над делом* се, када је у питању посредно извршилаштво, у неким својим формама испољава и на врло специфичне начине, као када је реч о специфичном облику посредног извршилаштва који се своди на "организовани апарат власти", односно "моћи" (*Organisatorische Machtsapparat*).⁴⁰ За *организовани апарат моћи/власти* се у немачкој кривичноправној теорији закључује да је специфична и "нова" форма посредног

³⁶ Ако би се радило о пуким "грешкама" дрона у овој ситуацији, онда би ту ипак било речи о нажалост, у рату/оружаном сукобу, често и неминовној тзв. колатералној штети, у погледу чега постоји нехат лица које је дроном са елементима вештачке интелигенције манипулисало пре активирања, тј. које му је усадило образац деловања.

Наравно, у пракси су могуће и веома различите ситуације, па тако, уколико би такво деловање у виду "коллатералне штете", било масовно и масивно, онда се практично, најчешће не би ни радило о нехату учиниоца/манипулатора дроном, већ о његовом умишљају, који би у овом примеру, примарно био евентуалан и тада би се такво лице могло сматрати учиниоцем ратног злочина, који дрон као облик вештачке интелигенције, користи да би извршио своје *сопствено* кривично дело.

³⁷ Иначе, концепција посредног извршилаштва у немачком кривичном праву има велики значај пре свега с обзиром на услов који постоји у том законодавству да је за саучесништво увек неопходно постојање умишљајног дела извршиоца, чиме се у ствари дослепа на терен теорије о строго акцесорној природи саучесништва. Стога, лимитирана акцесорност нема у немачком кривичном праву ни изблиза онај значај који има у нашем кривичном законодавству. Такође, екстензивном схватању појма посредног извршиоца у немачком кривичном праву доприноси и теорија власти над делом.

³⁸ Више о томе: *C. Roxin, Täterschaft und Tatherschaft*, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 2006, 141–142.

³⁹ *C. Roxin, Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Verlag C.H.Beck, München, 2003, 46–47.

⁴⁰ М. Шкулић, "Кривичноправна конструкција завере у међународном кривичном праву", *Зборник Удружења за међународно кривично право*, Тара, 70–71.

извршилаштва која је први пут развијена 1963. године и за коју је карактеристично да посредни извршилац делује тако што извршење кривичног дела постиже не служећи се принудом или довођењем у заблуду непосредног извршиоца, што је типично за уобичајене (редовне форме) посредног извршилаштва, већ тако што креира одређени "апарат власти" као систем који сам по себи обезбеђује извршење кривичног дела.⁴¹ Ово такође, веома асоцира на коришћење дронова као вида вештачке интелигенције, којима се системски/системски обезбеђује извршење кривичног дела, онда када се дрон наводи да аутоматски делује према обрасцу којим се чине ратни злочини или евентуално и нека друга међународна кривична дела.

Наравно, дронови ни као облик вештачке интелигенције ипак немају сопствену вољу, која је (бар за сада), иманентна само људима, али већ њихово самостално деловање у оквиру одређеног обрасца који су људи креирали, суштински прилично асоцира на оно што је иначе воља код човека. Стога се у овом случају ипак не ради о "правом" посредном извршилаштву, већ се "манипулатор", тј. руковалац дрона третира као непосредни извршилац, који на начин суштински сличан модалитету који посредан извршилац "за писаћим столом", користи да користећи друге људе као непосредне извршиоце, изврши своје сопствено кривично дело, употребљава дрон са елементима вештачке интелигенције да изврши "своје" кривично дело.

9.3.2. Дрон који потпуно аутономно делује – као облик милитаризоване вештачке интелигенције

Друга ситуација коришћења дронова као облика специфичне "милитаризоване", односно "милитарне" вештачке интелигенције, а која подразумева потпуно аутономно деловање таквих средстава, што значи без постојања неког унапред уграђеног обрасца који би дронове по некаквом "default"-у "наводио" да врше ратне злочине (попут гађања искључиво цивилних објеката и сл.), као и евентуално, друга кривична дела, тешко може да се комплетно објасни на темељу и иоле "конвенционалног" кривичноправног резонавања, те се чини да сада у том погледу донекле постоји *правна празнина*.

9.3.2.1. Коришћење дронова који аутономно делују као вида вештачке интелигенције које би представљало кривично дело употребе недозвољених средстава борбе

Борбено деловање таквих потпуно аутономних дронова, као специфичне врсте "робота" и облика вештачке интелигенције (који за сада по свему, судећи још увек/ипак нису нашли своју примену у актуелним ратовима оружаним сукобима, или бар о томе нема поузданих информација), је не само по дефиницији "нехумано", јер се ради о облику "интелигенције", који је начелно деструктивно усмерен, а није људског, нити чак уопште, биолошког порекла, већ је коришћење таквих средстава скопчано са великим ризиком од њиховог деловања на начин који би се могао/морао сматрати забрањеним начином вођења борбе у рату/оружаном сукобу. Стога могло би се сматрати да је то већ само по себи, забрањен начин борбе. Тако би посебно морало бити сада, на једном ипак рудиментарном нивоу развитка ове нове технике/технологије, када је тешко веровати да би "дроновироботи" као вид вештачке интелигенције, били у потребној мери поуздани у односу на

⁴¹ С. Roxin (2003), *op. cit.*, 46.

могућност произвођења тзв. колатералне штете, односно борбеног деловања, које би се у објективном смислу (јер овде нема субјективног елемента, који би морао бити иманентан само људима, а не облицима вештачке интелигенције) испољио као ратни злочин, или неко друго кривично дело, попут злочина против човечности.

У том смислу, односно са становишта аргументације која се своди на начелну нехуманост коришћења потпуно аутономних дронава као облика вештачке интелигенције, те реалан ризик од такве њихове употребе у односу на могућност да услед тога буду извршени ратни злочини, али некада и нека друга међународна кривична дела, би се такво деловање ових средстава могло већ само по себи, сматрати посебном врстом ратног злочина, попут кривичног дела употребе недозвољених средстава борбе у нашем кривичном законодавству, односно одговарајућих облика ратних злочина (што је већ објашњено у претходном тексту), прописаним у Римском статуту. Овакво резонување би се могло темељити на дејству познате *Мартенсове клаузуле*, која је од значаја када се ради о оцени да ли одређено средство/начин борбе треба сматрати забрањеним/противправним у једном општем смислу, иако таква средства/начини борбе, сами по себи, нису стриктно забрањени у релевантним међународноправним документима, до чега наравно, долази пре свега, због великог напретка технике и технологије, те сталног усавршавања средстава и начина оружане борбе.

9.3.2.2. Проширивање концепта командне одговорности на кривична дела која проистекну из деловања дронава/беспосадних летилица/робота као облика милитаризоване вештачке интелигенције – разматрање у *de lege ferenda* смислу

Претходно изложено тумачење, које се своди на могућност да се деловање дронава као облика вештачке интелигенције сматра кривичним делом (видом ратног злочина), употребе недозвољених средстава борбе, иако сасвим легитимно и одговарајуће у односу на садашње стање, ипак не може бити довољно и адекватно у већ блиској будућности, јер уопште није вероватно, па ни најмање реално да ће се "силе", односно државе и војни савези, које/који су у стању да производе дронаве као облик потпуно вештачке интелигенције, одрећи такве "примамљиве" могућности. Напротив, сасвим је, па чак и веома реално да ће до тога свакако доћи релативно брзо, те да ће се наравно таква средства као облици милитаризоване вештачке интелигенције, широко, а можда чак и веома масовно, користити и у другим формама, а не само као беспосадне летилице, што је основна тема овог рада, већ и као "дронави – оклопна возила", "дронави-бродови", "дронави – подморнице" и сл., па чак и као "роботи – војници", што је некада било у домену чисте "научне фантастике".

Могућност појаве "војске – робота", који би поседовали вештачку интелигенцију, или у контексту основне теме овог рада, масивна употреба дронава са елементима вештачке интелигенције, би у циљу решавања кривичноправних проблема који би се тицали међународних кривичних дела која би аутономно и самостално чинили такви облици вештачке интелигенције, најадекватније могла решити прилагођавањем овоме правила која произлазе из кривичноправног концепта командне одговорности. У формалном смислу би се то могло учинити како у одређеним међународноправним актима, попут Римског статута, тако и у националним кривичним законодавствима, при чему би у односу на државе које су странке/чланице Римског статута и тада деловало начело комплементарности. Командна одговорност се иначе, сматра једном "оригинарно међународно-кривичноправном фигуром", проистеклом из Женевских конвенција, а која је своје место

нашла у Римском статуту,⁴² те за коју је карактеристично да представља такав "модел приписивања одговорности", заснован на томе да командант одговара када из његових пропусти дужног/гарантног надзора, проистекну кривична дела његови потчињених.⁴³

Коришћење концепта командне одговорности у односу на кривична дела проистекла из деловања беспосадних летилица/дронов као вида вештачке интелигенције, а исто би се тицало и других милитаризованих облика вештачке интелигенције не би наравно, било могуће било каквим екстензивним тумачењем постојећих правила која се односе на командну одговорност, што се у основи, тј. са становишта суштине правила те врсте одговорности (у неким аспектима суштински прилично блиској објективној одговорности,⁴⁴ која иначе, није иманентна савременом кривичном праву), своди на одговорност команданта за кривична дела учињена од стране његових потчињених, уколико пре извршења таквих кривичних дела, није предузео потребне мере ради њиховог спречавања.

Сличан концепт онеме што је иначе команда одговорност у важећем међународном кривичном праву,⁴⁵ као и у већини националних кривичноправних система (независно од тога да ли се у појединим кривичним законодавствима ради о посебном облику одговорности као општем кривичноправном институту или се ради о специфичном кривичном делу нечињења у сфери посебног дела кривичног права),⁴⁶ би се могао применити и када би се радило о кривичним делима проистеклим из деловања дрона, односно уоп-

⁴² Сходно начелу комплементарности све државе чланице/странке Римског статута су у своја кривична законодавства, а суштински, тј. у супстанцијалном смислу по узору на нормативно решење из самог Римског статута, унеле правила која се тичу командне одговорности. Притом наравно, треба имати у виду да имплементација таквих правила, односно уношење концепта командне одговорности у национална кривична законодавства држава које су странке Римског статута, свакако не мора бити и правно-технички идентична правилима Статута, односно нормативном решењу садржаном у Римском статуту, те чак то питање може бити решено како на нивоу општег дела кривичног права – као посебан облик одговорности (као што је то уређено и у Римском статуту), тако и у посебном делу кривичног права – као посебно кривично дело нечињења, као што је то на пример, случај у немачком Међународном кривичном законнику, али и у Кривичном законнику Србије.

⁴³ Н. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Europäisches Straf- und Straverfahrensrecht, Völkerstrafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2020, 401.

⁴⁴ Наравно, тешко је у савременој литератури која се бави међународним кривичним правом уочити став по коме се командна одговорност изричито третира као облик објективне одговорности, јер она то формално и није, тј. ниједан њен облик није формално дефинисан као објективна одговорност. Командна одговорност у суштини није и наравно, ни не треба да буде вид објективне одговорности.

Међутим, чини се да су неки облици командне одговорности веома блиски објективној одговорности, а да ће се они у пракси, када је реч о тим облицима, вероватно заиста и сводити на објективну одговорност. Наравно, овде се ради о ситуацији када командант поступа из нехата, а нарочито, уколико се у некој конкретној ситуацији ради о несвесном нехату. Више о томе: М. Шкулић, "Командна одговорност – историјат, Римски статут и југословенско кривично право", *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, 4/2002, 489–532.

Тако се и иначе, у нашој кривичноправној теорији запажа да је "онај део командне одговорности, где недостаје умишљај, односно где се тражи само несвесни нехат, неспојив са природом међународних кривичних дела у ужем смислу, која су увек умишљајна (или више од тога, као геноцид)", тако да "одсуство потребног субјективног односа према извршеном делу, као и непостојање основа да се у овом случају у погледу социјално-етичког прекора изједначи претпостављени који није спречио кривично дело (за које није ни знао да се припрема) са наредбодавцем, супротно принципу кривиче у савременом кривичном праву." З. Стојановић (2022), *op. cit.*, 1137.

⁴⁵ Б. Ристивојевић, *Одговорност за радње потчињеног у међународном кривичном праву: командна одговорност*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2003, 188.

⁴⁶ Више о томе: М. Шкулић, "Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen" – *National Prosecution of International Crimes* (A.Eser, U.Sieber and H.Kreicker, Hrg.), Landesbericht – Serbien und Montenegro, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht und Duncker & Humblot, Berlin, 2004, 211–327.

ште, последицама које би могле бити кривичноправно/међународно-кривичноправно релевантне, а које су произишле из дејства оружаних/борбених средстава која су облици вештачке интелигенције. Ово би наравно, формално било могуће једино ако би се и прописало одговарајућим извором правом,⁴⁷ што би се могло свести и на једно размишљање у *de lege ferenda* смислу.

Институт командне одговорности је веома интересантан, јер с једне стране, он представља велику новину у односу на класична кривичноправна решења основа одговорности, а с друге стране, њиме се практично омогућава ефективно гоњење, те осуђивање високих војних и политичких функционера, што по логици ствари, увек изазива велику пажњу, не само стручне јавности, већ јавности уопште. Поред тога, увођење тог института у национална кривична законодавства, посебно у вези са преточавањем у та законодавства свих релевантних норми садржаних у Римском статуту међународног кривичног суда, представља један од најистакнутијих примера конкретног утицаја међународног права на унутрашње правне поретке, нарочито, што се директно деловање међународноправних правила у односу на национална кривична права, претежно посматрало у односу на конкретне инкриминације – тзв. међународна кривична дела.⁴⁸

Радња извршења учиниоца који одговара по основу командне одговорности као специфичног облика проширене одговорности,⁴⁹ је у Римском статуту дефинисана као радња *нечињења*, односно *пропуштања* "дужног чињења". Као и иначе, код деликата нечињења, потребно је постојање одређене дужности чињења, која се крши, па се то третира као кажњиво нечињење. Овде је у питању право кривично дело нечињења, за које је карактеристично да се састоји у кршењу неке норме која забрањује одређено понашање.⁵⁰ Наиме, командант у одређеном командном ланцу је дужан да у односу на своје потчињене врши контролну функцију, те представља посебну врсту *гаранта* у погледу понашања својих потчињених, које мора бити у складу са њиховим војничким дужностима, а нарочито је командант дужан да остварује контролну функцију у погледу спречавања да њему потчињени учине неко од кривичних дела обухваћених Римским статутом. Положај "гаранта", који командант има код командне одговорности, произлази из његове надлежности коју има у односу на своје потчињене и његове надзорне дужности.⁵¹

⁴⁷ Као што је то већ објашњено у претходном тексту, то би се могло учинити како на међународно-правном нивоу, попут уношења посебних правила у Римски статут, а што је наравно, скопчано и са компликованим *имплементационо-ратификационим поступком*, тако и прописивањем одговарајућих новела у односу на национална кривична законодавства оних држава које би се за то определиле, или које би, када се ради о државама странкама/чланицама Римског статута, након евентуалних уношења таквих одредби у Римски статут, свој кривичноправни систем са тим ускладиле на одговарајући начин, а на темељу деловања начела комплементарности.

⁴⁸ Сада је наиме, заиста очигледно да "нису у питању само кривична дела која се сматрају међународним", већ је реч о основним питањима једне гране права која се брже развијала у доктрини него у пракси и чији је развој убрзан тек у оквиру Уједињених нација, јер је радом на кодификацији и развоју међународног права, обухваћено и међународно, како кривично, тако и процесно право: М. Милојевић, "Проблеми међународног кривичног права и правосуђа", *Међународно кривичноправна питања и Хашки трибунал* (ур. М. Милојевић), Правни факултет у Београду, пројекат "Србија – правна држава", Београд, 1997, 7.

⁴⁹ М. Шкулић (2022), *Међународно кривично право*, *op. cit.*, 163 и 167.

⁵⁰ Упореди: J. Wessels, *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1996²⁶, 208.

⁵¹ K. Ambos, *Internationales Strafrecht – Strafenwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*, Verlag C. H. Beck, München, 2018⁵, 200.

Ако лице које има командну функцију прекрши ту своју обавезу, што се своди на његово уздржавање од потребног превентивног чињења, он поступа на противправан начин, али тиме још увек нису испуњени услови да се он позове на кривичну одговорност на основу правила о командној одговорности. Потребно је још испуњење одређених објективних и субјективних услова.

У *објективном смислу* је потребно да су снаге под његовом непосредном командом или надзором, услед тог његовог пропуста да обавља исправан надзор учиниле неко кривично дело из надлежности Међународног кривичног суда. Правно-технички посматрано, чињеница да је од стране потчињених учињено неко од кривичних дела из надлежности међународног кривичног суда, представља објективни услов инкриминације, тј. кажњивости, мада она то није формално-правно, јер командна одговорност у Римском статуту није конципирана као посебно кривично дело, већ као један од општих основа кривичне одговорности (*In addition to other grounds of criminal responsibility...*). У питању је дакле врло специфично правно-техничко решење, које асоцира на објективни услов инкриминације (кажњивости), што суштински по свом дејству и јесте, али се не односи на неко посебно кривично дело заповедника, већ на посебан основ његове кривичне одговорности, што му даје *sui generis* карактер.

У неким националним законодавствима држава које су странке/чланице Римског статута командна одговорност је дефинисана као посебно кривично дело нечињења, што је могуће применом правила из домена начела комплементарности садржаном у самом Римском статуту. Тако је на пример, у Немачкој,⁵² али и у Србији.⁵³

Било да је командна одговорност посебан облик одговорности (као што је то прописано у Римском статуту и у неким националним кривичним законодавствима), било да је она унесена у кривично законодавство као посебно кривично дело нечињења/кажњивог пропуштања, као њен посебан облик могла би се прописати одговорност команданта за кривична дела одговарајуће врсте (пре свега би то били ратни злочини), проистекла из деловања дронева/беспосадних летилица као облика вештачке интелигенције, односно у будућности чак "војника – робота" и других могућих облика милитаризоване вештачке интелигенције. Командант би тако био одговоран за таква кривична дела, исто као што и иначе одговара према концепту командне одговорности за кривична дела својих потчињених, онда када је претходно пропустио дужност предузимања мера које је могао и био дужан да предузме за спречавање извршења кривичног дела, па је услед тога дошло до извршења конкретног кривичног дела.

Конечно, у складу са начелом кривице, одговорност команданта, као посебне врсте "гаранта", који одговара за сопствено нечињење/кажњиво пропуштање у односу на деловање дронева као облика милитаризоване вештачке интелигенције (а суштински би исто било и са другим облицима такве вештачке интелигенције, са којим ће се човечанство вероватно пре или касније, сусрести у будућности), би морала бити субјективног

⁵² У Међународном казненом законнику Немачке (*Völkerstrafgesetzbuch – VStGB*), је у § 4 прописано кривично дело одговорности војног заповедника и других претпостављених ("Verantwortlichkeit militärischer Befehlshaber und anderer Vorgesetzter").

⁵³ Кривично дело неспречавања вршења кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом, које се у садржинском смислу своди на *командну одговорност*, прописано је у члану 384. Кривичног законика Србије.

карактера, што значи да је и у таквом случају неопходно да се испољи одговарајући *облик кривице команданта*.

Поред тога, неопходно је и да између "радње" команданта, што значи његовог пропуштања дужног чињења/релевантног нечињења и кривичног дела произишлог из деловања милитаризованог облика вештачке интелигенције, постоји и одговарајућа *узрочно-последична веза*.

Из овога произлази и да би таква правила којима би се омогућавала одговорност команданта за кривична дела ове специфичне категорије "потчињених", који нису реална људска бића, већ облици вештачке интелигенције у борбеној функцији, суштински била конципирана слично правилима из домена командне одговорности, која се иначе тичу одговорности команданта за кривична дела његових "класичних" потчињених, уколико је у односу на своју радњу пропуштања/кажњивог нечињења, којом није претходно предузео потребне мере да спречи кривична дела потчињених, испољи одговарајући облик кривице, те када при том, између релевантног нечињења команданта и кривичног дела проистеклог из деловања милитаризованог облика вештачке интелигенције, постоји релевантна и адекватна каузална, тј. узрочно-последична веза.

10. ЗАКЉУЧАК

Већ сама историја нас кроз бројне очигледне примере учи да се природа ратова/оружаних сукоба временом значајно мења, а те су промене посебно упадљиве када се ради о промени нових средстава и начина вођења борбе у рату/оружаном сукобу, те увођења и коришћења нових оружја, често и радикално другачијих, па и ефикаснијих у односу на до тада уобичајена оружја и средства борбе.

Људи су нажалост, веома инвентивни и иначе, када се ради о средствима деструкције. То је посебно очигледно у савременом свету, који се и иначе, одликује великим развојем науке, технике и технологије, а традиционално се такав развој примарно уочава у сфери наоружања и уопште, средстава вођења оружане борбе.

Вештачка интелигенција се очигледно убрзано развија у разноврсним областима живота, или се бар наговештава да ће у читавом низу животних ситуација, почети да се појављују објекти/субјекти вештачке интелигенције, почев од аутономних аутомобила, до "робота – кућних помоћница", "робота – водитеља ТВ емисија", па наравно и до "робота – војника".

Како су данас у светлу неколико последњих ратова/оружаних сукоба, а посебно везано за велики рат између Русије и Украјине, који је свакако највећи рат у Европи након Другог светског рата, огромну експанзију доживеле разне варијанте беспосадних летилица и дрона, таква борбена средства су изузетно интересантна за разне видове анализа, па и са становишта кривичног права и посебно – међународног кривичног права.

Како се већ наговештава (а вероватно је њихов развој и увелико у току), рутинско коришћење и беспосадних летилица/дрона са елементима вештачке интелигенције, неопходно је и да се у односу на то питање реше одређени кривичноправни проблеми, који се посебно тичу облика и основа одговорности за међународна кривична дела, а пре свега ратне злочине, произишла из дејства таквих врста борбених средстава. У том погледу се само донекле могу применити већ постојећа кривичноправна правила и то само на

основу једног релативно широког, али ипак легитимног тумачења, али би у односу на неке аспекте деловања дронова као облика вештачке интелигенције у рату/оружаном сукобу (а исто у основи важи и за друге врсте вештачке интелигенције у служби рата/оружаног сукоба, попут на пример, "робота – војника" и сл.), требало прописати и нека специфична и посебна кривичноправна правила, која би у основи била релативно слична неким аспектима и сада постојеће/важеће концепције командне одговорности.

Није на одмет у контексту кривичноправне анализе деловања дронова као облика вештачке интелигенције, а уз наговештај да би у основи сличан или чак истоветан проблем, могао постати актуелан са појавом "робота – војника" и једно подсећање на последње сцене легендарног филма "**Blade Runner**". У последњој драматичној секвенци тог научно-фантастичног филма, андроид који је креиран као биолошки "робот – војник" са ограниченим веком трајања, осећајући дубоке емоције, иначе типичне само за људе, великодушно поштеђује живот свом смртном непријатељу – ловцу на одметнуте андроиде.

Умирући, јер му је једноставно "истекао ограничени и пројектовани век трајања", тај својеврсни "вештачки човек", обраћа се крајње људски свом непријатељу, којем је непосредно пре тога "поклонио живот". Говори му о својим страшним и величанственим искуствима у "рату машина и андроида", те мокар од кише, која му се слива низ лице, коначно изговара и кључну реченицу о "сузама на киши", питајући се да ли су на његовом лицу сузе или киша. Наравно, свакоме гледаоцу је било јасно да је "вештачки човек" и сурови "робот-војник", заиста пустио сузе...

Да ли ће и када вештачка интелигенција толико постати слична људима да ће се тешко разликовати људско размишљање и резонување "машине", велико је питање, али је већ сада сасвим јасно да ће врло брзо разноврсни облици вештачке интелигенције наћи своје место и у нашем свакодневном животу, као и да ће неки њихови облици, свакако (про)наћи своју деструктивну примену и у ратовима и оружаним сукобима, што све за право уопште, али посебно за кривично право и међународно кривично право, представља велики изазов.

ЛИТЕРАТУРА

- Аврамов С. и Крећа М., *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006¹⁹.
- Ambos K., *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*, Verlag C. H. Beck, München, 2018⁵.
- Бабић М., *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2011.
- Бабич В. К., *Авијација у локалним ратовима*, Војноиздавачки и новински центар, Београд, 1990.
- Brownlie I., *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1990⁴.
- Wessels J. und Beulke W., *Strafrecht – Allgemeiner Teil – die Straftat und ihr Aufbau*, C. F. Müller, Heidelberg, 2003³³.
- Wessels J., *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1996²⁶.
- Jescheck H. H. und Weigend T., *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996⁵.
- König K. M., *Die völkerrechtliche Legitimation der Strafgewalt internationaler Strafjustiz*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003.
- Крећа М., *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010¹⁰.
- Kühl K., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Verlag Vahlen, München, 2002⁴.
- Милојевић М., "Проблеми међународног кривичног права и правосуђа, зборник", рад у зборнику *Међународно кривичноправна питања и Хашки трибунал* (ур. Милојевић М.), Правни факултет у Београду, пројекат "Србија – правна држава", Београд, 1997.

- Ненадић С. и Миљуш И., "Кривична правда у ери вештачке интелигенције", рад у зборнику *Дигитализација у казненом праву и правосудју* (ур. Костић Ј. и Матић-Бошковић М.), Институт за упоредно право, Београд, 2022.
- Ристивојевић Б., *Одговорност за радње потчињеног у међународном кривичном праву: командна одговорност*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2003.
- Roxin C. und Greco L., *Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag C. H. Beck, München, 2020.
- Roxin C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Verlag C. H. Beck, München, 2003.
- Roxin C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 2006.
- Satzger, H., *Internationales und Europäisches Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Europäisches Straf- und Straverfahrensrecht, Völkerstrafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2020⁹.
- Schmidt R., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Verlag Rolf Schmidt, Bremen, 2007⁶.
- Стојановић З., *Међународно кривично право*, Правна књига, Београд, 2018¹¹.
- Стојановић, З., *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2022¹².
- Шкулић М., "Командна одговорност – историјат, Римски статут и југословенско кривично право", *Архив за правне и друштвене науке*, 4/2002, Београд, 2002.
- Škulić M., "Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen" – *National Prosecution of International Crimes* (Eser A., Sieber U. und Kreicker H., Hrsg.), Landesbericht – Serbien und Montenegro, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht und Duncker & Humblot, Berlin, 2004.
- Шкулић М., "Облици учествовања у остварењу кривичног дела – (са)извршилаштво и саучесништво у Римском статуту", *Зборник Удружења за међународно кривично право*, Тара, 2005.
- Шкулић, М., *Међународни кривични суд – надлежност и поступац*, Правни факултет Универзитета у Београду и Досије, Београд, 2005.
- Шкулић М., "Кривичноправна конструкција завере у међународном кривичном праву", *Зборник Удружења за међународно кривично право*, Тара, 2019.
- Шкулић М., *Међународно кривично право – просторно важење кривичног права, кривично право међународног порекла, међународна кривичноправна помоћ, зачеци кривичног права ЕУ*, Службени гласник, Београд, 2022.
- Шкулић М., *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022².

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

- Weißbrich T., *Giftgas*, Deutsches Historisches Museum, Berlin, 2023. 1. September 2014.
<https://www.dhm.de/lemo/kapitel/erster-weltkrieg/wissenschaft-und-forschung/giftgas.html>.
- Statman D., *Drohnen, Roboter und Moral des Krieges*, "Ethik und Militär – Kontroversen und Militärtechnik & Sicherheitspolitik,
<http://www.ethikundmilitaer.de/de/themenueberblick/20141-drohnen/statman-drohnen-roboter-und-die-moral-des-krieges/>
- Шкулић М., *Рат у Украјини и нацистички злочини у Другом светском рату*.
<https://www.politika.rs/sc/clanak/508439/Rat-u-Ukrajini-i-nacisticki-zlocini-u-Drugom-svetском-ratu>.

* * *

Milan Škulić, PhD*

**THE USE OF UNMANNED AIRCRAFT/DRONES IN WAR/ARMED
CONFLICT – ANALYSIS FROM THE POINT OF VIEW
OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW**

Summary

In the article is analysed the use of unmanned aerial vehicles, i.e. unmanned aircraft and drones in war and armed conflict, from the point of view of international criminal law. The article also contains a brief historical overview of the use of certain prohibited means of combat in war, where this is particularly illustrated by a well-known historical example of the use of chemical weapons in the First World War, with an explanation of the basic normative characteristics of the criminal offense of using illegal means of combat, as a special type of war crime in the criminal legislation of Serbia, which is also complementary to the relevant rules of the Rome Statute.

In the article is analysed in detail the basic types of unmanned aerial vehicles and aircrafts/drones used in war/armed conflict, emphasizing that the use of most types of these means is not prohibited by international law in itself, and that these means, as well as many others, and most other combat equipment and weapons, can in certain circumstances be used to commit war crimes, as well as some other international crimes. The use of drones in war is also analysed in the context of the criminal law concept of indirect and direct execution, and it is explained that the well-known criminal law theory of the "perpetrator at the desk" can be applied in certain circumstances as part of the study of the "organized apparatus of power".

In particular, the author analyses the possible use of drones as a form of artificial intelligence, when it is concluded that there is a certain legal gap in this respect, and that the use of such means in a way that does not represent a sufficient guarantee for avoiding the so-called collateral damage, which would be reduced in terms of criminal law to the commission of criminal acts such as war crimes, can also realize essential elements of the criminal act of using illegal means of combat.

The article is particularly focused on the use of unmanned aerial vehicles, i.e. unmanned aircrafts/drones in war/armed conflict, as a means and method of combat above all, which is of particular importance in the domain of such means that have the property of artificial intelligence, in respect of which the main conclusions of the work, but also criminal law the analysis concerning such means basically refers to, or can refer to, other conceptually and essentially similar combat means, such as "submarines - drones", "ships/boats drones", "armoured vehicles/other vehicles - drones", etc. In addition, this analysis can even concern "soldier drones" - as a special type of "robots and a vision/type of artificial intelligence, which is still, at least to some extent, in the realm of science fiction, but it is very likely, practically certain, that the future will bring it too.

Keywords: *International Criminal Law, Criminal Law, War Crimes, Illegal Means of Combat, Criminal Offense, Unmanned Aircraft, Drone.*

* Full professor at the University of Belgrade, Faculty of Law and Judge of the Constitutional Court of Serbia, skulic@ius.bg.ac.rs.

Aleksandar V. Gajić, PhD*

HEAD OF STATES IMMUNITY IN THE CONTEXT OF THE JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Abstract: *In this article the author deals with certain legal and political issues concerning Head of States Immunity in the context of the jurisdiction of the International Criminal Court, particularly in the context of issuing a (secret) arrest warrant against the President of the Russian Federation Mr. Vladimir Putin.*

Keywords: *International Criminal Court, Jurisdiction of the International Criminal Court, immunities.*

1. BY WAY OF INTRODUCTION

One of the most actual issues in the contemporary international administration of justice is the question of immunity of Heads of States and other high ranking State officials before the International Criminal Court, particularly in cases where the accused is Head of a State not a party to the Rome Statute of the International Criminal Court. The issue is put on the agenda by way of issuing of a "secret" arrest warrant against the President of the Russian Federation Mr. Vladimir Putin. This situation raises many very important international legal and political issues, and only some of them will be elaborated in this article.

On 2 March 2022 the Prosecutor of the ICC opened an investigation on the alleged crimes committed in the context of the situation in Ukraine since 21 November 2013.¹ The investigation was opened less than a month after the Russian Federation started military operations against Ukraine (24 February 2022). In other words, the ICC Prosecutor (Karim Khan²) has been active on the issue since the very beginning of the "new phase" of the Ukraine crisis, certainly focusing only on the acts of the forces and political leadership of the Russian Federation. The opening investigation was supported by not a small number of States parties to the Rome Statute, manifested in an unprecedented number of referrals³ thus creating a huge "poli-

* Associate professor at the University of Belgrade – Faculty of Law, Chief Legal Advisor at the Ministry of Foreign Affairs and advisor to the Ministry of Justice of the Republic of Serbia, Positions and arguments presented in this article are of the author alone and are not necessarily positions of the Ministry for Foreign Affairs, Ministry of Justice or of the Government of the Republic of Serbia.

¹ Situation in Ukraine, International Criminal Court <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine> (16. 05. 2023).

² Karim Asad Ahmed Khan (QC) is a citizen of the United Kingdom and serves its mandate as the ICC Prosecutor since 2021. He was (2006-2007) also Defence Counsel of the Charles Taylor (ex-President of the Liberia) before the Special Court for Sierra Leone.

³ Situation in Ukraine, International Criminal Court, <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine> (16. 05. 2023).

tical support."⁴ However, on the basis of documents and information provided by the Office of the Prosecution of the ICC, it is, at least, doubtful whether those referrals are in accordance with Articles 12-14 of the Rome Statute.⁵

On 17 March 2023, Pre-Trial Chamber II of the International Criminal Court issued, pursuant to the application submitted by the Prosecution on 22 February 2023., (secret⁶) warrants of arrest for Mr. Vladimir Vladimirovich Putin (the President of the Russian Federation) and Ms. Maria Alekseyevna Lvova-Belova (Commissioner for Children's Rights in the Office of the President of the Russian Federation).⁷ Based on media information and statements of the Prosecutor of the ICC, published on the ICC website, The Pre-Trial Chamber II considered, that "that there are reasonable grounds to believe that each suspect bears responsibility for the war crime of unlawful deportation of population and that of unlawful transfer of population from occupied areas of Ukraine to the Russian Federation, in prejudice of Ukrainian children."⁸

No indictment was issued and no further information are publicly disclosed about the reasons for issuing an arrest warrant against the President of the Russian Federation Mr. Vladimir Putin. On the official website of the ICC, it is stated that "The Chamber considered that the warrants are secret in order to protect victims and witnesses and also to safeguard the investigation."⁹ No acts of the Head of State (President of the Russian Federation) or of the officials in his office, were indicated by the Prosecutor in order to substantiate allegations.¹⁰

⁴ Compare with: "It has received strong international political support, with 39 countries having referred the Ukraine situation to the office of the prosecutor for investigation. But the court finds itself in a difficult position. Khan and the prosecutors in his office know that the ICC's reputation will suffer if it finds evidence that crimes were committed by Russia but fails to indict senior leaders, possibly including Russian President Vladimir Putin." *The International Criminal Court's investigation in Ukraine*, International Institute for Strategic Studies, Vol. 28 Comment 08.

⁵ It is required that "as far as possible, a referral shall specify the relevant circumstances and be accompanied by such supporting documentation as is available to the State referring the situation" Article 14(2) of the Rome Statute. However, Article 12 (Preconditions to the exercise of jurisdiction) provides that in the case of referrals in accordance with Article 13 (Exercise of jurisdiction): The Court may exercise its jurisdiction with respect to crimes within the jurisdiction of the ICC "in accordance with the provisions of this Statute (only) if one or more following States are Parties to this Statute or have accepted the jurisdiction of the Court ... "The state on the territory of which the conduct in question occurred or... the State of which the person accused of the crime is a national."

⁶ The term "secret" (instead of usual terms such as "confidential" or "under seal" is used in "official communication" of the ICC. "The Chamber considered that the warrants are secret in order to protect victims and witnesses and also to safeguard the investigation."

⁷ Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and> (09. 04. 2023).

⁸ *Ibidem*. There is no information that could specify this allegations. However, it seems that they are based on the information provided with the Ukraine, EU and the USA. See Russia's war on Ukraine Forcibly displaced Ukrainian children, Briefing 14/04/2023, European Parliament, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747093/EPRS_BRI\(2023\)747093_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747093/EPRS_BRI(2023)747093_EN.pdf). See also: Amnesty International, Ukraine: Russia's unlawful transfer of civilians a war crime and likely a crime against humanity – new report, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/11/ukraine-russias-unlawful-transfer-of-civilians-a-war-crime-and-likely-a-crime-against-humanity-new-report/> (09. 05. 2023)

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Russia's war on Ukraine – Forcibly displaced Ukrainian children*, Briefing -European Parliament, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747093/EPRS_BRI\(2023\)747093_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747093/EPRS_BRI(2023)747093_EN.pdf). In this Briefing it is particularly emphasized that "beyond the strictly legal consequences of the arrest warrant, some commentators argue that the arrest warrant against Putin may help to undermine the Russian leader's war efforts, as the international community universally sees the abduction of children as unacceptable"

2. THE ICC STATUTE AND THE CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW ON THE IMMUNITY OF HEAD OF STATES

Under international customary law, there exists a prohibition to the exercise of criminal jurisdiction over foreign Head of State in office before national courts.^{11 12}

No doubt, the international criminal justice system based on the Rome Statute is a treaty-based system that is not universally accepted. In other words, the jurisdiction of the ICC is not universal, but based on the treaty relations established by the Rome Statute explicitly providing that "the jurisdiction and functioning of the Court shall be governed by the provisions of this Statute".¹³ The jurisdiction and functioning of the ICC are not free from numerous limitations *ratione materiae*, *ratione temporis*, *ratione personae* and *ratione loci*.¹⁴

Modification of the rules of customary international law (such as principles and rules concerning immunities) can only be effected by international treaty and in accordance with the Law of Treaties (codified by the Vienna Convention on the Law of Treaties). The ICC Statute, as frequently pointed out, "must be seen on its own as an independent set of rules",¹⁵ in other words the Rome Statute posits itself as a "treaty-based self-contained regime". Principles and rules of the Rome Statute are to a large extent "progressive development of international law", binding only those States that accept its jurisdiction or its jurisdiction is established by way of referral of the situation by the Security Council of the United Nations acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations.¹⁶

In other words, international legal rules concerning the immunity of a Head of State are rules of customary international law that might be modified by international treaty binding only State parties to the treaty in their mutual relations. States not parties to the Rome Statute are not obliged with specific rules of the Rome Statute that deviate from international customary law and their relations with State Parties to the Rome Statute cannot be governed by the Rome Statute.

¹¹ See, for example: Immunity of State Officials from foreign criminal jurisdiction, *Report of the International Law Commission*, UN Doc. A/77/10, 2022, 188–286; *Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law*, *Institut de Droit International*, Section of Vancouver 2001. (Rapporteur: Mr. Joe Verhoeven); S. Zappala, "Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Gaddafi Case Before the French *Cour de Cassation*", *European Journal of International Law*, 2001., 597.; M. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 2017⁸, 554–559. A. H. Ekor, P. S. Masumbe, "Putin on Trial: The Reality of Heads of State Immunity Before International Criminal Courts", *Polit Journal: Scientific Journal of Politics*, 2022/1.

¹² As noted by Bantekas and Nash, "the few proceedings that have taken place before national courts do not support a consistent general trend or rule, but instead seem to have been motivated by individual instances of political enmity and available opportunity": I. Bantekas and S. Nash, *International Criminal Law*, Routledge-Cavendish, London and New York, 2006³, 110.

¹³ Article 1 of the Rome Statute.

¹⁴ See Articles 5, 11–14 of the Rome Statute.

¹⁵ See for example, G. Werle, "Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice*, 5/2007, 953–974, 961.

¹⁶ "The Court may exercise its jurisdiction with respect to a crime referred to in article 5 in accordance with the provisions of this Statute if", *inter alia*, a situation in which one or more of such crimes appears to have been committed is referred to the Prosecutor by the Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations" Article 13 of the Rome Statute.

The jurisdiction of an international juridical institution is determined by its constitutive instrument, in the case of the ICC by the Rome Statute.¹⁷ Immunity is a procedural bar to the jurisdiction of the ICC and shall not be confused with criminal responsibility.

Article 27 of the Rome Statute provides as follows:

"1. This Statute shall apply equally to all persons without any distinction based on official capacity. In particular, official capacity as a Head of State or Government, a member of a Government or Parliament, an elected representative or a government official shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this Statute, nor shall it, in and of itself, constitute a ground for reduction of sentence.

2. Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person."

The first paragraph is dealing with the criminal responsibility of the Head of State and other state officials,¹⁸ whether serving or former, the second paragraph removes procedural obstacles concerning the official capacity of an accused or a suspect. While immunity is a procedural bar to the jurisdiction it does not waive or excuse an accused's potential liability.¹⁹

As stated by the International Court of Justice in the famous Arrest Warrant case,

"Immunity from criminal jurisdiction and individual criminal responsibility are quite separate concepts. While jurisdictional immunity is procedural in nature, criminal responsibility is a question of substantive law. Jurisdictional immunity may well bar prosecution for a certain period or for certain offenses; it cannot exonerate the person to whom it applies from all criminal responsibility."²⁰

Article 27 of the Rome Statute is clear, but only in relation to the State Parties to the Rome Statute. For "third states", States not parties to the Rome Statute, this rule is *res inter alias acta*.

The question is: whether the ICC is barred to exercise jurisdiction over a Head of State in office of the State that is not a party to the Rome Statute. It seems that in accordance with the well-established principles and rules of international law, the clear answer is that it cannot exercise its jurisdiction in violation of the immunities of the Head of State.

In accordance with Article 34 of the Vienna Convention on the Law of Treaties: "A treaty does not create either obligations or rights for a third State without its consent."

In another words, the ICC Statute does not create any obligation to the Russian Federation (nonparty to the Rome Statute) or any other State (whether or not party to the Rome Statute) to surrender its Head of State in office to the ICC. Article 27 (2) has no legal force in mutual relations of the State parties to the Rome Statute and those that do not accept jurisdiction of the ICC. Having in mind that the immunity of the Head of State from criminal jurisdiction is a rule of customary international law, even State parties to the Rome Statute cannot execute an

¹⁷ See, for example I. Bantakas, S. Nash, *op. cit.*, 110.

¹⁸ And it is based on the rule established since the Charter of the International Military Tribunal- Annex to the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis ("London Agreement"), 8 August 1945.

¹⁹ *Ibid.*, 110–111.

²⁰ Para. 60.

arrest warrant of the ICC without the unequivocal consent of the Russian Federation. This is explicitly recognized by the Rome Statute which in Article 98 stipulates as follows:

1. The Court may not proceed with a request for surrender or assistance which would require the requested State to act inconsistently with its obligations under international law with respect to the State or diplomatic immunity of a person or property of a third State, unless the Court can first obtain the cooperation of that third State for the waiver of the immunity.

2. The Court may not proceed with a request for surrender which would require the requested State to act inconsistently with its obligations under international agreements pursuant to which the consent of a sending State is required to surrender a person of that State to the Court unless the Court can first obtain the cooperation of the sending State for the giving of consent for the surrender.²¹

This provision is in line with Article 35 (Treaties providing for obligations for third States) of the Vienna Convention on the Law of Treaties that provides that "an obligation arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to be the means of establishing the obligation and the third State expressly accepts that obligation in writing."

There is no obligation of the parties to the Rome Statute to arrest and surrender to the ICC the Head of State in office of the State that is not a party to the Rome Statute unless they obtain a waiver of its immunity. If they disregard the immunity of the Head of State of the State that is not a party to the Rome Statute, they would act in violation of international law *vis-a-vis* that State. The very fact that the Rome Statute creates the rule that disregards the immunity of the Head of State or other State officials does not, in itself, create a rule of customary international law, rather it creates a novel rule binding only State parties to the Rome Statute and exclusively in their mutual relations.²² The only exception to this rule might be discussed in the case of referrals of the Security Council of the United Nations in accordance with Article 13 of the Rome Statute.²³

Article 98 of the Rome Statute, as clearly elaborated by D. Akande, "by directing the Court not to proceed with a request for arrest, ensures that ICC parties will not be placed in the position of acting competing legal obligations to the ICC and other states. Indeed, since the ICC operates in effect by "delegation" from (or in the place of) its state parties, the immunity of officials of nonparties applies not only in relation to state parties but also in relation to the ICC itself. Thus, the Court itself is prevented by international law from taking steps that would amount to a violation of those immunities. In particular, the ICC would be prevented from even issuing an arrest warrant under Article 58 of the Statute"²⁴

²¹ See also Article 35 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

²² Article 38 (Rules in a treaty becoming binding on third States through international custom) that stipulates as follows: "Nothing in articles 34 to 37 precludes a rule set forth in a treaty from becoming binding upon a third State as a customary rule of international law, recognized as such."

²³ A. Gajić, "Reflections concerning Competence of the International Criminal Courts and Tribunals, Extradition, Non bis in idem and Immunity of Head of State", *Отворена питања међународног кривичног права и реформа кривичног права Србије*, (ур. С. Ного и А. Гајић) Удружење за међународно кривично право, Златибор, 2022, 180–188.

²⁴ D. Akande, "International Law Immunities and the International Criminal Court", *The American Journal of International Law*, 3/2004, 421.

3. JURISPRUDENCE OF THE ICC

Issuing (secret) arrest warrant against the President of the Russian Federation has no foundation in the previous jurisprudence of the ICC, particularly the reasoning of the Appeals Chamber of the ICC in the Al-Bashir case²⁵ cannot provide authority for the proposition that immunity of a Head of State in office is not a bar to the jurisdiction of the ICC.

In *Al-Bashir case*, as stated by the Appeals Chamber "at issue ... is primarily the question of whether Head of State immunity finds application in a situation where the Court requests a State Party of the Rome Statute to arrest and surrender the Head of State of another State (in this instance, Sudan), which, while not being party to the Rome Statute, is the subject of a referral to the Court by the UN Security Council and, in terms of Resolution 1593, obliged to fully cooperate with the Court."²⁶

Only in this context, it could be understood the position of the Appeals Chamber that: "there is neither State practice nor *opinio juris* that would support the existence of Head of State immunity under customary international law *vis-à-vis* an international court. To the contrary, such immunity has never been recognized in international law as a bar to the jurisdiction of an international court. ... The absence of a rule of customary international law recognizing Head of State immunity *vis-à-vis* international courts is relevant not only to the question of whether an international court may issue a warrant for the arrest of a Head of State and conduct proceedings against him or her but also for the horizontal relationship between States when a State is requested by an international court to arrest and surrender the Head of State of another State. No immunities under customary international law operate in such a situation to bar an international court in the exercise of its jurisdiction."²⁷

While the position of the Appeals Chamber and wording of the Appeals Chamber Judgment in *Al-Bashir case* is far from immune from criticism, it was rendered in completely different circumstances. In the case of the issuance of the arrest warrant against the President of the Russian Federation, there is no (and certainly it could not be²⁸) referral from the Security Council.

The existence of Head of State immunity under customary international law *vis-à-vis* the ICC seems to be undoubtful if the State is not a party to the Rome Statute and is not obliged to submit itself to the jurisdiction of the ICC. In the absence of a rule of customary international law that deprives the serving Head of State of immunity *vis-à-vis* the International Criminal Court is relevant for the "horizontal relationship between States" and no State could be requested by the ICC to arrest and surrender the Head of State of the State that is not a party to the Rome Statute.

In other words, the Rome Statute did not create a court of universal jurisdiction, but an international criminal court whose jurisdictional parameters are limited not only by the Rome Statute but also by the well-established rules of customary international law. As noted by D. Akande, "although the ICC is entitled to exercise jurisdiction over nationals of states not a party to its Statute, nothing in the ICC Statute can operate to remove immunities that officials of nonparties would ordinarily possess under international law."²⁹

²⁵ Situation in Darfur, Sudan in the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, Case no. ICC-02/05-01/09 OA2, 6. May 2019. (*Al-Bashir case*).

²⁶ *Ibidem*, para. 96.

²⁷ Situation in Darfur, Sudan in the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal.

²⁸ ...since the Russian Federation is a permanent member of the Security Council of the United Nations.

²⁹ D. Akande, *op. cit.*, 421.

However, it is uncertain how the ICC will act concerning the "Situation in Ukraine." As noted above, on the official website of the ICC, it is stated that the Chamber considered that the arrest warrants are secret,³⁰ as well as considerations that preceded the issuance of the arrest warrants. However, some reasoning of the ICC Appeals Chamber in *Al-Bashir* case raises a significant concern, particularly the following reasoning:

"The Appeals Chamber considers that the absence of a rule of customary international law recognizing Head of State immunity vis-à-vis an international court is also explained by the different character of international courts when compared with domestic jurisdictions. While the latter is essentially an expression of a State's sovereign power, which is necessarily limited by the sovereign power of the other States, the former, when adjudicating international crimes, does not act on behalf of a particular State or States. Rather, international courts act on behalf of the international community as a whole. Accordingly, the principle of *par in parem non habet imperium*, which is based on the sovereign equality of States, finds no application in relation to an international court such as the International Criminal Court".³¹

This reasoning seems to be very dangerous for understanding jurisdictional parameters and the functioning of the ICC. Immunity of a Head of State is a rule of customary international law, and a few specific cases of *ad hoc* tribunals (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia in the case of President of the Republic of Serbia Slobodan Milošević and Special Court for Sierra Leone in the case of the President of Charles Taylor) cannot create a rule of customary international law, and other legal consideration (however theoretically formulated) cannot serve as a basis for the formation of the rule of customary international law. Head of State immunity is a rule of customary law binding both national and international courts in the absence of an international treaty providing otherwise or binding decision of the international authority conferred by international treaty (the Charter of the United Nations) specific power (Security Council of the United Nations).

Can one international judicial institution act "on behalf of the international community as a whole" if its jurisdiction is not universal (or far from universal)? International Criminal Court is not in accordance with the will of a large part of the international community,³² and a number of states or authors qualify its very existence and activities in the larger political context.³³ The principle of *par in parem non habet imperium* cannot be avoided even by the International Criminal Court whose jurisdiction is based on the consent of the State Parties and subsidiary in nature. Based on the international treaty, its functioning, in order to stay within the limits provided by international law, must be in accordance with the well-established rules of the law of treaties and other principles and rules of international law.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Al Bashir case*, para. 115.

³² It is enough just to mention the great powers the United States of America, Russian Federation, China that does not accept jurisdiction of the ICC and also position of number African and Asian states. See, for example C. Brendon and R. Pkalya, Dominic & Maragia, Bosire, "The International Criminal Court and Africa: Contextualizing the Anti-ICC Narrative", *African Journal of International Criminal Justice*, 2017/2, 6–28; Address by John Bolton, National Security Advisor, USA- Delivered to the Federalis Society, Washington, D. C. Sept. 10, 2018; Q. Cong-ru, "On Discrepancy and Sinerhy Between China and the International Criminal Court", *FICHL Policy Brief Series*, 72/2016.

³³ See: A. V. Gajić, "O univerzalnosti međunarodnog krivičnog prava i prirodi i ulozi međunarodnog krivičnog pravosuđa", *Odgovornost i sankcija u krivičnom pravu-sa posebnim osvrtom na međunarodno krivično pravo* (ur. S. Nogo), Udruženje za međunarodno krivično pravo, Tara, 2019, 105.

4. IN LIEU OF A CONCLUSION

Issuing an arrest warrant against the serving Head of State could easily be understood as a huge political pressure with unforeseeable political consequences surrounded by many legal difficulties. Can a serving Head of State be treated as a suspect and surrender into the custody of the ICC in the middle of the war in the circumstances where the State of which he is a Head is not a party to the Rome Statute and the situation that are under the Prosecutor's investigation is not referred by the Security Council? That would mean that a State not party to the Rome Statute, which is an undisputable great power in international relations, in the middle of the war remains without a Head of State because the ICC Prosecutor considers him a suspect, a scenario that could be equated with the most unrealistic fiction.

It is clear, from the international customary law and the Rome Statute (particularly Article 98) that the International Criminal Court (its Pre-Trial Chamber II) acted in violation of customary international law and the Rome Statute by issuing an arrest warrant against the Head of State (the President) of the Russian Federation.

REFERENCES

- Address by John Bolton, National Security Advisor, USA - Delivered to the Federalist Society, Washington, D. C. Sept. 10, 2018.
- Akande D., "International Law Immunities and the International Criminal Court", *The American Journal of International Law*, 3/2004, 407–433.
- Bantakas I. and Nash S., *International Criminal Law*, Routledge-Cavendish, London and New York, 2006³.
- Brendon C. and Pkalya, R., Dominic & Maragia, Bosire, "The International Criminal Court and Africa: Contextualizing the Anti-ICC Narrative", *African Journal of International Criminal Justice*, 2017/2, 6–28.
- Cong-rui Q., "On Discrepancy and Sinergy Between China and the International Criminal Court", *FICHL Policy Brief Series*, 72/2016.
- Ekori A. H. and Masumbe P. S., "Putin on Trial: The Reality of Heads of State Immunity Before International Criminal Courts", *Polit Journal: Scientific Journal of Politics*, 2022/1.
- Gajić A. V., "Reflections concerning Competence of the International Criminal Courts and Tribunals, Extradition, Non bis in idem and Immunity of Head of State", *Отворена питања међународног кривичног права и реформа кривичног права Србије*, (ур. Ного С. и Гајић А.) Удружење за међународно кривично право, Златибор, 2022, 180–188.
- Gajić A. V., "O univerzalnosti međunarodnog krivičnog prava i prirodi i ulozi međunarodnog krivičnog pravosuđa", *Odgovornost i sankcija u krivičnom pravu-sa posebnim osvrtom na međunarodno krivično pravo* (ur. Nogo S.), Udruženje za međunarodno krivično pravo, Tara, 2019, 100–109.
- Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law*, Institut de Droit International, Seccion de Vancouver 2001. (Rapporteur: Mr. Joe Verhoeven)
- Immunity of State Officials from foreign criminal jurisdiction, *Report of the International Law Commission*, UN Doc. A/77/10, 2022, 188–286.
- Shaw M., *International Law*, Cambridge University Press, 2017⁸, 554–559.
- Werle G., Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute, *Journal of International Criminal Justice*, 5/2007, 953–974.
- Zappala S., "Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Gaddafi Case Before the French *Cour de Cassation*", *European Journal of International Law*, 2001.

INTERNET REFERENCES

- Amnesty International, Ukraine: Russia's unlawful transfer of civilians a war crime and likely a crime against humanity – new report, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/11/ukraine-russias-unlawful-transfer-of-civilians-a-war-crime-and-likely-a-crime-against-humanity-new-report/> (accessed on 09. 05. 2023).

Russia's war on Ukraine Forcibly displaced Ukrainian children, Briefing 14/04/2023 , European Parliament, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747093/EPRS_BRI\(2023\)747093_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747093/EPRS_BRI(2023)747093_EN.pdf) (accessed on 09. 05. 2023).

Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and> (accessed on 09. 04. 2023),

The International Criminal Court's investigation in Ukraine, International Institute for Strategic Studies, 2022, Vol. 28 Comment 08. (<https://www.iiss.org/publications/strategic-comments/2022/the-international-criminal-courts-investigation-in-ukraine> 16.05.2023).

* * *

др Александар Гајић*

ИМУНИТЕТ ШЕФОВА ДРЖАВА У КОНТЕКСТУ НАДЛЕЖНОСТИ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА

Резиме

У овом чланку аутор се бави извесним правним и политичким питањима везаним за имунитет шефова држава у контексту надлежности Међународног кривичног суда, посебно у контексту издавања (тајног) налога за хапшење председника Руске Федерације, г. Владимира Путина.

Кључне речи: Међународни кривични суд, надлежност Међународног кривичног суда, имунитети.

* Ванредни професор Универзитета у Београду – Правног факултета, Главни правни саветник Министарства спољних послова и саветник Министарства правде Републике Србије, gajic@ius.bg.ac.rs. Становишта и ставови изложени у овом раду су искључиво ауторови и не одражавају нужно позицију Министарства спољних послова, Министарства правде или Владе Републике Србије.

др Александра Илић*

МЕЂУНАРОДНА ПРАВНА ПОМОЋ У КРИВИЧНИМ СТВАРИМА У СВЕТЛУ НОВЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ КРИВИЧНОГ ПРАВОСУЂА

Апстракт: У раду аутор разматра поједине аспекте међународне правне помоћи у кривичним стварима пре свега у контексту најновијих измена правосудних закона али и повезано са проблематиком усклађености решења из Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима са одговарајућим одредбама Законика о кривичном поступку. С обзиром на комплексност материје, издвојени су одређени облици међународне правне помоћи у кривичним стварима: преузимање и уступање кривичног гоњења, извршење кривичне пресуде као и остали облици међународне правне помоћи у кривичним стварима. Проблематика изручења окривљеног или осуђеног размотрена је само из угла нове концепције тужилачке истраге односно застарелости решења која предвиђају значајну улогу некадашићег истражног судије. Основно питање које се провлачи у целом раду је како другачије уредити ову област у циљу добијања заокруженог система који ће осликавати на најбољи начин положај и улогу домаћих правосудних органа (судова и јавних тужилаштава).

Кључне речи: међународна правна помоћ, кривичне ствари, кривично гоњење, извршење, кривична пресуда;

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРАВНОЈ ПОМОЋИ У КРИВИЧНИМ СТВАРИМА

Међународна правна помоћ је делатност надлежних државних органа најмање две државе, од којих једна тражи помоћ (држава молиља), а друга је на захтев прве указује (замољена држава) при чему је замољена држава увек једна, а држава молиља може бити и више¹. Поступак пружања међународне правне помоћи у кривичним стварима је регулисан преваходно Законом о међународној правној помоћи у кривичним стварима² (у даљем тексту: ЗМППКС), који се примењује увек када у конкретном случају не постоји потврђен међународни уговор или када одређена питања њиме нису уређена (члан 1). Република Србија има потписане билатералне споразуме у кривичним стварима са 32 државе³ (Алжир, Албанија, Аустрија, Белгија, Белорусија, Босна и Херцеговина, Бугар-

* Ванредна професорка, Факултет безбедности Универзитета у Београду, aleksandra.ilic@fb.bg.ac.rs.

¹ М. Грубач, Г. П. Илић, М. Мајић, *Коментар Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима*, Правни факултет у Београду и ЈП Службени гласник, Београд, 2009, 15.

² Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима – ЗМППКС, *Службени лист СРЈ*, бр. 20/09.

³ Министарство правде – билатерални споразуми у кривичним стварима, <https://www.mpravde.gov.rs/tekst/25262/bilateralni-sporazumi-u-krivicnim-stvarima-.php>, 15. мај 2023.

ска, Велика Британија, Грчка, Данска, Ирак, Италија, Казахстан, Кипар, Мађарска, Северна Македонија, Монголија, Немачка, Пољска, Румунија, Русија, Сједињене Америчке Државе, Словачка, Словенија, Турска, Француска, Холандија, Хрватска, Црна Гора, Чешка, Швајцарска и Шпанија). Без обзира на основ пружања међународне правне помоћи, уговор или закон, циљ је да се применом принципа солидарности и сарадње међу државама омогући кривично гоњење учинилаца и извршење изречених кривичних санкција и у случајевима када одређене радње у вези са кривичним поступком или извршењем кривичних санкција треба извршити у иностранству⁴.

Међународна правна помоћ обухвата: изручење окривљеног или осуђеног, презимање и уступање кривичног гоњења, извршење кривичне пресуде и остале облике међународне правне помоћи (члан 2. ЗМППКС). С друге стране, међународна правна помоћ пружа се у различитим процедурама: поступку који се односи на кривично дело које у тренутку када је затражена помоћ спада у надлежност суда државе молиље, затим поступку који је покренут пред органима управе за дело које је кажњиво према законодавству државе молиље или замољене државе, у случају када одлука управног органа може да представља основ за покретање кривичног поступка и коначно, пружа се и по захтеву Међународног суда правде, Међународног кривичног суда, Европског суда за људска права и других међународних институција које су основане међународним уговором који је потврдила Република Србија (члан 3. ЗМППКС).

Поступак за пружање међународне правне помоћи се увек покреће на основу захтева за пружање међународне правне помоћи односно на основу замолнице која мора да задовољи одређену форму како би се могла узети у разматрање (члан 5. ЗМППКС). Реализација пружања међународне правне помоћи зависи од испуњености одређених принципа међу којима је најзначајнији принцип узајамности односно неопходно је да постоји узајамност између Републике Србије и неке друге државе у погледу могућности пружања међународне правне помоћи у кривичним стварима. Другим речима, домаћи правосудни органи пружају међународну правну помоћ под условом узајамности. На захтев домаћег правосудног органа, министарство надлежно за правосуђе даје обавештење о постојању узајамности при чему ако нема података о узајамности, претпоставља се да она постоји (члан 8. ЗОМПУКС).

У различитим поступцима пружања међународне правне помоћи у кривичним стварима појављују се преваходно домаћи правосудни органи (судови и јавна тужилаштва) као и неки други органи попут министарства унутрашњих послова, одбране или правосуђа. С обзиром на расподелу надлежности између правосудних органа, доминантну позицију у поступцима пружања међународне помоћи имају судови. С тим у вези, у раду је посебно обрађена проблематика улоге јавног тужилаштва у пружању међународне правне помоћи односно проблем неадекватног позиционирања улоге тог органа на појединим местима у ЗМППКС, пре свега посматрано из угла правила домаће кривичне процедуре коју прописује актуелан Законик о кривичном поступку⁵ (у даљем тексту: ЗКП). Без обзира на чињеницу да се поступци пружања међународне правне помоћи у кривичним стварима не могу у потпуности изједначити са кривичним поступцима који

⁴ М. Грубач, Г. П. Илић, М. Мајић, *op. cit.*, 15.

⁵ Законик о кривичном поступку – ЗКП, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/21 – одлука УС и 62/21 – одлука УС.

се, према одредбама ЗКП, воде пред надлежним органима Републике Србије, неопходне су одговарајуће измене у тој области.

2. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ О ПОЛОЖАЈУ ЈАВНОГ ТУЖИЛАШТВА У ПОСТУПЦИМА ПРУЖАЊА МЕЂУНАРОДНЕ ПРАВНЕ ПОМОЋИ У КРИВИЧНИМ СТВАРИМА

Јавно тужилаштво је јединствен и самосталан државни орган који гони учиниоце кривичних и других кажњивих дела и врши друге надлежности којима се штити јавни интерес одређен законом. Јавно тужилаштво врши своје надлежности на основу Устава, потврђеног међународног уговора, закона, општеприхваћених правила међународног права и другог општег акта, донетог у складу са законом (члан 2. Закона о јавном тужилаштву⁶ (у даљем тексту: ЗЈТ) и члан 155. ст.1. и 2. Устава Републике Србије⁷ (у даљем тексту: Устав)).

ЗМППКС јасно одређује да јавно тужилаштво учествује у свим видовима међународне кривичноправне помоћи. Јавни тужилац има посебно активну улогу приликом преузимања и уступања кривичног гоњења а веома је значајна и улога јавног тужиоца у поступку тражења и пружања тзв. осталих облика међународне кривичноправне помоћи предвиђених у члану 83. ЗМППКС који обухватају процесне и доказне радње, размену обавештења, формирање заједничких истражних тимова и сл. С друге стране, улога јавног тужиоца у поступцима изручења и извршења стране кривичне пресуде је ограничена⁸.

Ипак, без обзира на начелно препознавање значаја и улоге јавног тужилаштва у поступцима међународне кривичноправне помоћи, не постоји усклађеност између позиције јавног тужилаштва према ЗКП-у и улоге која му је дата у ЗМППКС. У складу са концептом тужилачке истраге, јавни тужилац, између осталог, руководи преткривичним поступком и спроводи истрагу. Најкрупнију новину у односу на традиционална решења свакако представља поверавање тужилаштву спровођење истраге. Ово је природна последица приближавања акузаторском типу поступка у ком, у прикупљању доказа и података потребних јавном тужиоцу за одлуку да ли ће подићи оптужницу или обуставити поступак, више не посредује суд, изузев у случају приговора због неправилности и када се одлучује о основним правима и слободама окривљеног⁹. Свакако, не може се изједначити у потпуности позиција јавног тужиоца у кривичном поступку и поступцима пружања међународне кривично-правне помоћи али је неопходно учинити одговарајућа усклађивања ЗМППКС како би се, у најмању руку, уредиле одређене термиолошке али и суштинске неусаглашености.

Прва неопходна измена која је морала да се учини у ЗМППКС је другачије уређење поступка за изручење као облика међународне правне помоћи који се тиче поступка предаје окривљеног страном држави ради вођења кривичног поступка у тој држави, или извршења кривичне санкције према осуђеном лицу у тој држави¹⁰. Посебно треба учинити одређене измене у вези са првом фазом тог поступка која и даље носи назив: "поступак

⁶ Закон о јавном тужилаштву – ЗЈТ, *Службени гласник РС*, бр. 10/23.

⁷ Устав Републике Србије – Устав, *Службени гласник РС*, бр. 98/06 и 115/21.

⁸ Г. Јанићијевић *et al.*, *Јавнотужилачки приручник за поступање у предметима међународне правне помоћи у кривичним стварима*, Републичко јавно тужилаштво, Београд, 2019, 8–9.

⁹ Г. П. Илић *et al.*, *Коментар Законика о кривичном поступку*, ЈП Службени гласник, Београд, 2022, 246.

¹⁰ В. Хрле, "Примена стандарда и гаранција из чланова 3 и 6 Европске конвенције о људским правима у поступку екстрадиције", *Бранич*, 1/2020, 49.

пред истражним судијом". Природа поступака за пружање међународне кривичноправне помоћи је свакако другачија у односу на кривични поступак који се покреће и спроводи пред надлежним органима једне државе што не значи да одређене корекције не треба спровести. С тим у вези, треба указати на аргументе који су били подлога другачијег уређења кривичног поступка код нас и увођења концепта тужилачке истраге. Актуелно законско решење полази од претпоставке да највише оправдања има решење сагласно којем прикупљање доказа о учињеном кривичном делу и учиниоцу треба поверити органу који је за ово и иначе задужен и који ће у даљој фази поступка бити одговоран за оптужење, заступање оптужнице и њен успех на суду.¹¹

3. ПРЕУЗИМАЊЕ И УСТУПАЊЕ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА

Преузимање и уступање кривичног гоњења су посебни облици међународне кривично-правне помоћи када се у односу на осумњиченог или окривљеног (у зависности од процесне фазе у којој се налази поступак) може тражити односно дозволити промена надлежности у даљем вођењу поступка. ЗМППКС регулише обе ситуације које су специфичне и због израженије улоге јавног тужилаштва у односу на друге облике међународне кривичноправне помоћи.

Кад је у питању преузимање кривичног гоњења ЗМППКС у члану 41 прописује да, под условима предвиђеним у поменутом закону, надлежни јавни тужилац може преузети кривично гоњење против осумњиченог или окривљеног за кривично дело које спада у надлежност суда државе молиље. Претпоставке које се истичу у члану 41. ЗМППКС прецизирају се у члану 43 тако што се раздвајају опште претпоставке за међународну кривично-правну помоћ из члана 7 и посебне претпоставке које су алтернативно постављене: да лице има пребивалиште или боравиште у Републици Србији или да лице у Републици Србији издржава казну затвора или другу кривичну санкцију која се састоји у лишењу слободе. У погледу специфичности процедуре треба истаћи да ЗМППКС прописује да министарство надлежно за правосуђе доставља замолницу и кривичне списе јавном тужиоцу на чијем подручју лице за које се захтева преузимање кривичног гоњења има пребивалиште или боравиште, издржава казну затвора или другу кривичну санкцију која се састоји у лишењу слободе или јавном тужиоцу који учествује у кривичном поступку који се против лица води за исто или друго кривично дело. То ће по природи ствари бити одговарајући главни јавни тужилац, у зависности од врсте јавног тужилаштва у чијој надлежности се налази осумњичени односно окривљени. Надлежном главном јавном тужиоцу или органу полиције надлежни орган државе молиље може поднети у хитним случајевима захтев за притварање пре подношења замолнице (члан 48. став 1. ЗМППКС). Тај захтев мора да садржи одређене обавезне елементе (подаци потребни за утврђивање истоветности лица за које ће бити захтевано преузимање гоњења; чињенични опис и правна квалификација дела; изјава иностраног органа о постојању одлуке о покретању кривичног поступка, оптужнице, одлуке о притвору или пресуде; и изјава да ће бити поднета замолница) и подноси се поменутиим органима непосредно, преко министарства надлежног за правосуђе или преко Међународне организације криминалистичке полиције (ИНТЕРПОЛ) (члан 48. ст. 2. и 3. ЗМППКС).

¹¹ Г. П. Илић *et al.*, *op. cit.*, 246.

Полазећи од другачије улоге јавног тужилаштва и расподеле надлежности у кривичном поступку, посебан проблем представља актуелно решење о уступању кривичног гоњења страни држави које је регулисано у чл. 49 – 55. ЗМППКС. У питању је проблематика уступања кривичног гоњења осумњиченог или окривљеног страни држави за дела која спадају у надлежност домаћих судова. Иначе се суђење у случају уступања кривичног гоњења разликује од обичног суђења за кривично дело које је учињено у иностранству по томе што код њега настају одређени међународни односи као и околност да се држава у којој је учињено дело одрекла своје надлежности.¹²

Пракса је показала да је корисно покренути поступак за уступање кривичног гоњења страни држави нарочито у случајевима, који су предвиђени Европском конвенцијом о преносу поступка у кривичним стварима (у даљем тексту: ЕКППКС).¹³ То су следећи случајеви: (а) ако се сумња да лице о коме је реч има стални боравак у замољеној држави; (б) уколико је осумњичено лице држављанин замољене државе или је она његова држава порекла; (в) уколико осумњичено лице у замољеној држави издржава или треба да издржава казну која подразумева лишавање слободе; (г) ако се поступак за исто дело или друга кривична дела покреће против осумњиченог лица у замољеној држави; (д) уколико се сматра да је пренос поступка пожељан у интересу истине, а посебно ако се главни доказни материјал налази у замољеној држави; (ђ) уколико се сматра да би извршење пресуде у замољеној држави, под условом да иста буде изречена, вероватно побољшало изгледе за друштвену рехабилитацију осуђеног лица; (е) уколико се сматра да није могуће обезбедити присуство осумњиченог лица за саслушања у држави молиљи, док његово лично присуство на саслушањима у току поступка у замољеној држави може да буде обезбеђено; и (ж) ако се сматра да држава у питању не би могла да изврши пресуду уколико би иста била донета, чак и онда када је могуће да прибегне екстрадицији, док би замољена држава то могла.¹⁴ Међу свим разлозима који су истакнути треба посебно указати на значај рехабилитације учиниоца која у савременом кривичном извршном праву све више добија на значају што подразумева да казна буде изречена и извршена тамо где се најуспешније може остварити циљ преваспитавања, тј. реформисања личности, а то је по правилу у држави у којој учинилац има породицу или друштвене везе или у којој ће имати пребивалиште после извршења санкције.¹⁵ Такође, издржавање казне затвора у држави у којој осумњичени или окривљени има породичне или друге везе олакшава остваривање постпеналне помоћи односно различитих видова те помоћи, почевши од проналажења адекватног смештаја, запослења, остваривања здравствене и социјалне помоћи, укључивања у рад саветовалишта за одвикавање од алкохола и/или психоактивних супстанци и многе друге. Код нас је проблематика постпеналне помоћи регулисана

¹² Д. Крапац, В. Бирин, *Међународна кривичноправна помоћ: Право о екстрадицији и другим облицима међународне правне помоћи у кривичним стварима*, Збирка прописа СФРЈ о међународној кривичноправној помоћи, Информатор, Загреб, 1987, 90.

¹³ Закон о потврђивању Европске конвенције о преносу поступка у кривичним стварима – ЕКППКС, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 10/01.

¹⁴ Г. Јанићијевић *et al.*, *op. cit.*, 23.

¹⁵ Коментар Европске конвенција о преносу поступка у кривичним стварима (ЕТС бр. 073) <https://rm.coe.int/16806ed4c2>, 10. мај 2023.

како у Закону о извршењу кривичних санкција¹⁶ (у даљем тексту: ЗИКС) тако и Закону о извршењу ванзаводских санкција и мера (чл. 56 и 57).¹⁷

Решење о покретању поступка за уступање кривичног гоњења доноси: а) јавни тужилац, пре покретања кривичног поступка; б) истражни судија, на предлог јавног тужиоца, до ступања оптужнице на правну снагу; в) ванпретресно веће, по прибављеном мишљењу јавног тужиоца, до почетка главног претреса; и г) веће, по прибављеном мишљењу јавног тужиоца, до завршетка главног претреса (члан 52. став 1. ЗМППКС). Имајући у виду да се надлежност органа за поступање у предметима уступања кривичног гоњења одређивала на основу раније концепције кривичног поступка која је, између осталог, подразумевала постојање истражног судије који је руководио истражном фазом поступка, самим тим је и законски оквир пружања међународне кривично-правне помоћи био усклађен са тим. Међутим, због нове другачије концепције кривичног поступка, уместо истражном судији сада је истрага поверена јавном тужиоцу. У току истраге надлежност суда, који представља судија за претходни поступак, сведена је на најмању меру. Судија за претходни поступак има искључиво улогу контролора законитости ове фазе поступка и органа којем је поверено одлучивање о мерама за обезбеђење присуства окривљеног, као и о предузимању појединих доказних радњи којима се значајније задира у права учесника у поступку.¹⁸ Због свега тога, положај и улога судије за претходни поступак никако не може да се изједначи са улогом истражног судије према ранијем важећем систему кривичне процедуре. Имајући то у виду, чини се да би најбоље решење било поверити јавном тужиоцу надлежност за одлучивање о покретању поступка за уступање кривичног гоњења страниј држави у фази истраге па би *de lege ferenda* требало изменити члан 52. став 1. тачка 2. ЗМППКС односно јавни тужилац би се тако појављивао као једини субјект у процесу одлучивања. Како би се у потпуности ускладио процес одлучивања о покретању поступка за уступање кривичног гоњења у фази истраге, требало би изменити и процедуру поступања по поднетом правном леку на првостепено решење надлежног јавног тужиоца о покретању поступка. С тим у вези, у складу са постојећом одредбом која регулише другостепени поступак у случају подношења правног средства на решење јавног тужиоца о покретању поступка за уступање кривичног гоњења пре покретања кривичног поступка, по којој на поменуто решење осумњичени има право да изјави приговор непосредно вишем јавном тужиоцу у року од три дана (члан 52. став 2. ЗМППКС), требало би на идентичан начин уредити и другостепено поступање у случају подношења приговора на решење о покретању поступка за уступање кривичног гоњења у фази истраге. У осталим ситуацијама односно фазама поступка, неспорно треба да постоји надлежност суда, како је то иначе регулисано у ЗМППКС. У том смислу треба правити разлику између две ситуације: прва подразумева фазу од ступања оптужнице на правну снагу до почетка главног претреса када одлуку о покретању поступка за уступање кривичног гоњења према слову закона доноси ванпретресно веће, по прибављеном мишљењу јавног тужиоца, док у другој ситуацији, од почетка главног претреса до његовог завршетка, одлуку о покретању поступка доноси веће такође по прибављеном мишљењу надлежног јавног тужиоца. Треба се само осврнути на одредбу по којој ванпретресно веће доноси решење о покретању поступка за уступање кривичног гоњења. Наиме, према члану 21. став 4.

¹⁶ Закон о извршењу кривичних санкција – ЗИКС, *Службени гласник РС*, бр. 55/14 и 35/19.

¹⁷ Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера, *Службени гласник РС*, бр. 55/14 и 87/18.

¹⁸ Г. П. Илић *et al.*, *op. cit.*, 841.

ЗКП, у већу од троје судија, суд одлучује о жалбама против решења судије за претходни поступак и других решења у складу са ЗКП-ом, доноси одлуке ван главног претреса и ставља предлоге у случајевима предвиђеним у ЗКП-у или у другом закону. Према стриктном тумачењу поменуте одредбе ЗКП-а, не може се пронаћи надлежност ванпретресног већа за доношење одлуке о покретању поступка за уступање кривичног гоњења другој држави. Ипак, члан 12. ЗМППКС прописује да се, ако друкчије не одређује поменутим законом, у поступку пружања међународне правне помоћи сходно примењују одредбе ЗКП-а и закона којима се уређује организација и надлежност судова и јавних тужилаштва. То у овом случају значи да без обзира што ЗКП у члану 21. став 4 не покрива стриктно ситуацију одлучивања ванпретресног већа у поступку уступања кривичног гоњења, може се сходном применом те одредбе доћи до закључка да се надлежност ванпретресног већа може успоставити и тада. С друге стране, нов Закон о уређењу судова¹⁹ (у даљем тексту: ЗУС) прописује на више места надлежност одговарајућих судова у погледу међународне правне помоћи. У том смислу, основни суд пружа грађанину, између осталог, међународну правну помоћ ако није надлежан други суд (члан 24. став 4. ЗУС). Такође, виши суд води поступак за изручење окривљеног или осуђеног лица, пружа међународну правну помоћ у поступку за кривично дело из своје надлежности, извршава кривичну пресуду иностраног суда, одлучује о признању и извршењу стране судске и арбитражне одлуке ако законом није друкчије прописано (члан 25. став 4. ЗУС).

Када се кривично гоњење уступа држави потписници ЕКППКС, треба такође имати у виду да је у одређеним случајевима потребно да замољена држава обавести осумњичено лице о захтеву у погледу поступка, како би му омогућила да изложи своје мишљење о предмету о коме је реч пре него што се донесе одлука у погледу захтева.²⁰

Као и у случају преузимања кривичног гоњења, приликом уступања се такође може појавити потреба за брзим реаговањем, односно хитан случај, када домаћи правосудни орган (јавно тужилаштво или суд) замољеној држави подноси захтев за притварање пре подношења замолнице који такође мора да садржи готово исте обавезне елементе, разлика је само у томе што изјаву о постојању одговарајуће судске одлуке или оптужног акта даје домаћи правосудни орган (члан 55. став 2. ЗМППКС). Идентична је и процедура упућивања захтева за притварање надлежном органу замољене државе (непосредно, преко министарства надлежног за правосуђе или преко Међународне организације криминалистичке полиције (ИНТЕРПОЛ) (члан 55. став 3. ЗМППКС) .

Проблематику преузимања и уступања кривичног гоњења у контексту улоге јавног тужилаштва треба размотрити и у светлу организације јавних тужилаштва. ЗЈТ у члану 14 прописује хијерархијски однос јавних тужилаштва у Србији. У вези са тим основно јавно тужилаштво је ниже у односу на више јавно тужилаштво које је ниже у односу на апелационо јавно тужилаштво. Коначно, јавно тужилаштво посебне надлежности и апелационо јавно тужилаштво је ниже у односу на Врховно јавно тужилаштво.

4. ИЗВРШЕЊЕ КРИВИЧНЕ ПРЕСУДЕ

Извршење кривичне пресуде као облик међународне правне помоћи у кривичним стварима може имати неколико облика. У том смислу разликују се следећи видови

¹⁹ Закон о уређењу судова – ЗУС, *Службени гласник РС*, бр. 10/23.

²⁰ Г. Јанићијевић *et al.*, *op. cit.*, 25.

међународне правне помоћи: извршење стране кривичне пресуде, извршење стране кривичне пресуде уз премештај, извршење домаће кривичне пресуде и извршење домаће кривичне пресуде уз премештај. Између две групе питања о правним ефектима стране кривичне пресуде – негативним (снага пресуђене ствари спречава ново суђење (*ne bis in idem*)) и позитивним (постојање правноснажне пресуде је правно релевантна чињеница која се узима у обзир нпр. код поврата и одлучивања о кривичној санкцији) – стоји питање њеног извршења које се традиционално сматра најтежим питањем теорије и праксе међународног кривичног права.²¹

Већина одредаба у вези са процедуром свих поменутих облика међународне правне помоћи, које регулише ЗМППКС, је идентична или слична. Тако се у првом случају, извршење стране кривичне пресуде, кривична санкција изречена пресудом надлежног суда државе молиље може извршити ако су испуњене опште претпоставке (члан. 7. ЗМППКС) као и једна од следећих посебних претпоставки: да је осуђени држављанин Републике Србије; да осуђени има пребивалиште или боравиште у Републици Србији; или да осуђени у Републици Србији издржава кривичну санкцију која се састоји у лишењу слободе по раније изреченој пресуди. У погледу саме процедуре треба истаћи да о замолници коју подноси надлежни орган стране државе одлучује ванпретресно веће надлежног суда у седници већа док се о седници већа обавештавају јавни тужилац и бранилац кога суд поставља по службеној дужности (члан 61. став 2. ЗМППКС).

Пре доношења одлуке суд ће саслушати осуђеног о испуњености претпоставки за извршење а по завршеној седници већа, суд доноси одлуку о усвајању или одбијању замолнице. Приликом доношења одлуке суд је везан за чињенични опис кривичног дела из стране кривичне пресуде (члан 61. ст. 3. и 4. ЗМППКС). Битно је напоменути да ако усвоји замолницу, суд ће пресудом о признању стране кривичне пресуде изрећи кривичну санкцију према кривичном законодавству Републике Србије при чему изречена кривична санкција не може бити строжа од санкције изречене у страниој кривичној пресуди (члан 62. став 1. ЗМППКС). У вези са овим обликом извршења кривичне пресуде потребно је осврнути се на питање надлежности у случају подношења ванредних правних средстава. Наиме, суд државе молиље који је донео кривичну пресуду која се извршава у Републици Србији одлучује о ванредним правним лековима изјављеним против пресуде (члан 64. став 1. ЗМППКС). Међутим, ЗМППКС помиње могућност ванредног ублажавања казне, амнестију и помиловање осуђеног о чему одлучују надлежни органи државе молиље и надлежни органи Републике Србије (члан 64. став 2. ЗМППКС). ЗМППКС је донет 2009. године у моменту када је ванредно ублажавање казне било прописано у чл. 415 – 418 тада важећег Законика о кривичном поступку²² (у даљем тексту: ЗКП/2001). Међутим, новелом ЗКП/2001 из 2009. године,²³ ванредно ублажавање казне је уграђено у одредбе о неправом понављању кривичног поступка (члан 405. став 1. тачка 3. ЗКП/2001). Сада је овакав начин промене одлуке о казни пренет у одредбе о правом понављању кривичног поступка. Раније неправом понављање кривичног поступка ради изрицања јединствене казне издвојено је у посебан поступак за преиначење правноснажне пресуде (Глава XXIII ЗКП). Уједно, сужено је и само право, јер се подношење захтева односи искључиво на

²¹ Д. Крапац, В. Бирин, *op. cit.*, 8.

²² Законик о кривичном поступку – ЗКП/2001, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/01 и 68/02 и *Службени гласник РС*, бр. 58/04, 85/05, 115/05, 85/05 – др. закон, 49/07, 20/09 – др. закон и 72/09.

²³ Закон о изменама и допунама Законика о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/09.

изречену казну затвора, не и на блажу санкцију.²⁴ С тим у вези требало би *de lege ferenda* унети одговарајуће измене у ЗМППКС, како би се ускладило поменуто решење са одредбама ЗКП-а у вези са ванредним правним лековима.

У случају извршења стране кривичне пресуде уз премештај држављанин Републике Србије који у иностраној држави издржава кривичну санкцију која се састоји у лишењу слободе може бити премештен у Републику Србију у циљу издржавања кривичне санкције. Овде се ради о пасивном виду извршења стране кривичне пресуде при чему је разлика између два облика у њиховој правној природи. Наиме, о прихватању премештаја осуђеног се одлучује у административном, не у судском поступку.²⁵ Сагласност за премештај осуђеног даје министар надлежан за правосуђе и која може бити ускраћена ако је осуђеном у тренутку подношења молбе преостало да издржи мање од шест месеци кривичне санкције која се састоји у лишењу слободе (члан 64. ЗМППКС). Премештај осуђеног у Републику Србију ради извршења стране кривичне пресуде може се извршити ако су испуњене опште претпоставке предвиђене у члану 7. ЗМППКС и једна од посебних претпоставки: да ће извршење кривичне санкције у Републици Србији побољшати изгледе за друштвену рехабилитацију осуђеног и да је осуђени сагласан са премештајем.

Са друге стране, у складу са одредбама ЗМППКС, може се од стране државе захтевати извршење кривичне санкције изречене пресудом домаћег суда, када се уз замолницу прилаже оригинал или оверена копија домаће кривичне пресуде са клаузулом правноснажности и извршности (чл. 70. и 71. ЗМППКС). Домаћи суд може захтевати извршење кривичне пресуде у иностраној држави ако је алтернативно испуњена једна од следећих претпоставки: да је осуђени држављанин стране државе; да осуђени има пребивалиште или боравиште у иностраној држави; или да осуђени издржава у иностраној држави казну затвора или другу кривичну санкцију која се састоји у лишењу слободе по раније изреченој пресуди (члан 72. ЗМППКС). Решење о покретању поступка за извршење домаће кривичне пресуде у иностраној држави доноси ванпретресно веће суда који је донео пресуду у првом степену, по прибављеном мишљењу јавног тужиоца (члан 73. ЗМППКС). Овде би се могло поставити питање да ли би било целисходно да се у поступку доношења одлуке о покретању поступка за извршење домаће кривичне пресуде у иностраној држави прибави мишљење и судије за извршење кривичних санкција који према ЗИКС-у (чл. 34) штити права притвореника, осуђеника, лица којем је изречена мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, обавезног лечења наркомана или обавезног лечења алкохоличара када се спроводи у заводу, надзире законитост у поступку извршења кривичних санкција и обезбеђује равноправност и једнакост ових лица пред законом. Другим речима, стварна надлежност судије за извршење обухвата заштиту права свих лица лишених слободе.²⁶ Имајући у виду значај овог релативно новог института у кривично извршном праву Републике Србије, како би се обезбедила потпуна заштита лица лишених слободе, требало би *de lege ferenda* на одговарајући начин увести судију за извршење у поступке међународне правне помоћи у кривичним стварима.

Када је у питању извршење домаће кривичне пресуде уз премештај, ЗМППКС у члану 77 прописује да осуђени који у Републици Србији издржава кривичну санкцију која

²⁴ Г. П. Илић *et al.*, *op. cit.*, 1240.

²⁵ М. Грубач, Г. П. Илић, М. Мајић, *op. cit.*, 156.

²⁶ А. Илић, *Коментар Закона о извршењу кривичних санкција*, ЈП Службени гласник, Београд, 2022, 110.

се састоји у лишењу слободе може бити премештен у земљу свог држављанства односно пребивалишта или боравишта ради издржавања кривичне санкције у складу са одредбама поменутог закона. Суд који је изрекао првостепену пресуду или завод у коме осуђени издржава кривичну санкцију која се састоји у лишењу слободе обавештава осуђеног о могућности извршења домаће кривичне пресуде уз премештај (члан 78. ЗМППКС). Поменутим органима, осуђени може да поднесе молбу за премештај а ту молбу може поднети и држава чије држављанство има осуђени односно у којој има пребивалиште или боравиште, ако се осуђени са тим сагласи (члан 79. ЗМППКС). О молби за премештај одлучује ванпретресно веће суда који је донео првостепену пресуду, по прибављеном мишљењу јавног тужиоца. Попут поступка у којем се одлучује о извршењу у страни држави кривичне санкције изречене пресудом домаћег суда, и у овом случају би било пожељно *de lege ferenda* прописати да се обавезно тражи мишљење надлежног судије за извршење.

5. ОСТАЛИ ОБЛИЦИ МЕЂУНАРОДНЕ ПРАВНЕ ПОМОЋИ

На крају се укратко треба осврнути и на поступак пружања осталих облика међународне правне помоћи, посебно имајући у виду другачију улогу коју има јавни тужилац у кривичном поступку код нас. Остали облици међународне правне помоћи представљају међународну правну помоћ у ужем смислу и они су најчешћи предмет замолница за пружање правне помоћи²⁷. У питању је тзв. мала међународна кривичноправна помоћ која се одређује као предузимање појединих радњи кривичног поступка од стране домаћих судова на молбу страних процесних органа, односно страних процесних органа на молбу домаћих судова.²⁸

Остали облици међународне правне помоћи су: извршење процесних радњи, као што су позивање и достављање писмена, саслушање окривљеног, испитивање сведока и вештака, увиђај, претресање просторија и лица, привремено одузимање предмета; примена мера, као што су надзор и снимање телефонских и других разговора или комуникација и оптичка снимања лица, контролисана испорука, пружање симулованих пословних услуга, склапање симулованих правних послова, ангажовање прикривеног истражника, рачунарско претраживање и обрада података; размена обавештења и достављање писмена и предмета који су у вези са кривичним поступком у држави молиљи, достављање података без замолнице; коришћење аудио и видео-конференцијске везе, формирање заједничких истражних тимова; и привремена предаја лица лишеног слободе ради испитивања пред надлежним органом државе молиље (члан 83. ЗМППКС).

У поступку одлучивања о осталим видовима међународне правне помоћи, министарство надлежно за правосудје доставља замолницу и мишљење о испуњености како општих тако и посебних претпоставки суду на чијем подручју треба предузети радњу (члан 88. ЗМППКС). Посебне претпоставке су, као и у осталим ситуацијама, алтернативно постављене и у овом случају се односе на: испуњеност услова предвиђених ЗКП-ом; да се пред домаћим судом против истог лица не води кривични поступак због кривичног дела поводом којег се захтева пружање међународне правне помоћи (члан 84. ЗМППКС). С тим у вези, одлуку о пружању осталих видова међународне правне помоћи суд доноси ценећи испуњеност поменутих претпоставки (члан 89. ЗМППКС).

²⁷ Г. Јанићијевић *et al.*, *op. cit.*, 26.

²⁸ Д. Крапац, В. Бирин, *op. cit.*, 62.

Процесне радње се, сагласно правилу *locus regit actum*, обављају по одредбама процесног законодавства замољене државе, али се могу извршити и на начин на који моли инострани суд, под условом да то није у супротности са домаћим јавним поретком²⁹. Имајући у виду да се низ радњи наведених на списку осталих облика међународне правне помоћи могу налазити искључиво у надлежности јавног тужиоца, у складу са ЗКП-ом, требало би предвидети *de lege ferenda* да одлука о пружању тих, осталих видова међународне правне помоћи доноси надлежно јавно тужилаштво, ценећи испуњеност свих потребних претпоставки. Нпр. у случају контролисане испоруке, надлежни јавни тужилац може ради прикупљања доказа за поступак и откривања осумњичених одредити контролисану испоруку којом се дозвољава да, уз знање и под надзором надлежних органа, незаконите или сумњиве пошиљке: буду испоручене у оквиру територије Републике Србије; или уђу, пређу или изађу са територије Републике Србије (члан 181. став 1. ЗКП). Надлежни јавни тужилац наредбом одређује начин спровођења контролисане испоруке (члан 181. став 2. ЗКП).

С обзиром да контролисана испорука по правилу подразумева међународни контекст, ЗКП прописује да се она спроводи уз сагласност надлежних органа заинтересованих држава и на основу узајамности, у складу са потврђеним међународним уговорима којима се детаљније уређује њен садржај (члан 182. став 2). Узајамност је прописана и у члану 8. ЗМППКС, о чему је било речи. Имајући у виду да постоји могућност да се контролисана испорука предузима искључиво на основу ЗМППКС, у случају одсуства потврђеног међународног уговора, онда би сходно одредбама ЗКП-а и принципу *lex posterior derogat legi priori*, требало сматрати да се одлука о пружању помоћи у виду контролисане испоруке налази искључиво у надлежности јавног тужиоца. Постоје доказне радње које се, према ЗКП-у, могу наћи како у надлежности јавног тужиоца тако и суда, у зависности од фазе поступка. Тада би свакако требало оставити надлежност суда у погледу одлучивања о захтеву за пружањем правне помоћи уз евентуално увођење јавног тужиоца ради давања мишљења.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Разноврсност и комплексност различитих видова међународне правне помоћи у кривичним стварима захтева да се овој проблематици генерално посвети више простора. На ограниченом броју страна тешко да се може обухватити у потпуности сва проблематика коју би требало анализирати. Околност да законодавац није ништа мењао у постојећем законском оквиру о међународној правној помоћи у кривичним стварима након доношења актуелног ЗМППКС а да је у међувремену ступио на снагу ЗКП који је донео суштинске промене у функционисању кривичне процедуре код нас, као и да су се догодиле значајне измене у области правосудних закона, само указује на то да се коначно овој проблематици мора посветити значајнија пажња научне и стручне јавности.

У раду је учињен покушај да се, у погледу издвојених аспеката међународне правне помоћи у кривичним стварима, укаже на нека проблематична решења. Нека од њих су неодржива због чињенице да немају упориште у основном законском оквиру који их регулише, попут одредаба о надлежности и поступању истражног судије у поступцима

²⁹ Т. Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, треће измењено и допуњено издање, Службени лист, Београд, 1981, 734.

пружања међународне правне помоћи а кога више не познаје процесно законодавство. С друге стране, нека решења не одговарају промењеним улогама појединих процесних субјеката у кривичном поступку а која се такође морају узети у обзир и приликом регулација међународне правне помоћи. То се превасходно односи на другачију регулисаност улога јавног тужилаштва и суда у процесној материји и која се неминовно мора рефлектовати и у сфери међународне правне помоћи у кривичним стварима.

Чињеница је да се један законски пропис не може посматрати изоловано без вођења рачуна о томе како је сродна материја регулисана у другим прописима који су нужни за адекватну анализу закона који нас интересује. С тим у вези, најновије измене правосудних закона донекле су дотакле материју међународне правне помоћи, барем када је у питању уређење судова и судске надлежности, али је опет материја тужилачке организације остала без разраде питања улоге јавног тужилаштва у поступцима међународне правне помоћи. Имајући у виду озбиљне дилеме и нужне промене у погледу положаја јавног тужилаштва у тим предметима, остаје питање зашто се није искористила прилика да се та проблематика ипак донекле уреди кроз ЗЈТ, за шта свакако постоји основ у ЗМППКС.

У сваком случају, иако дуго постоји *status quo* у погледу законске материје међународне правне помоћи у кривичним стварима, неопходно је што пре ту област ревидирати и ускладити са другим релевантним прописима. Свакако, остаје да се види да ли ће најаве промена кривично-процесног законодавства донети неке суштинске измене које би се тицале и функционисања међународне правне помоћи, али и без обзира на то, одавно је сазрело да се ова проблематика адекватније уреди.

ЛИТЕРАТУРА

- Васиљевић Т., *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, треће измењено и допуњено издање, Службени лист, Београд, 1981.
- Грубач М., Илић Г. П., Мајић М., *Коментар Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима*, Правни факултет у Београду и ЈП Службени гласник, Београд, 2009.
- Илић А., *Коментар Закона о извршењу кривичних санкција*, ЈП Службени гласник, Београд, 2022.
- Илић Г. П. *et al.*, *Коментар Законика о кривичном поступку*, ЈП Службени гласник, Београд, 2022.
- Јанићијевић Г. *et al.*, *Јавнотужилачки приручник за поступање у предметима међународне правне помоћи у кривичним стварима*, Републичко јавно тужилаштво, Београд, 2019.
- Коментар Европске конвенција о преносу поступка у кривичним стварима (ЕТС бр. 073), <https://rm.coe.int/16806ed4c2>, 10. мај 2023.
- Крапац Д., Бирин В., *Међународна кривичноправна помоћ: Право о екстрадицији и другим облицима међународне правне помоћи у кривичним стварима*, Збирка прописа СФРЈ о међународној кривичноправној помоћи, Информатор, Загреб, 1987.
- Министарство правде – билатерални споразуми у кривичним стварима, <https://www.mpravde.gov.rs/tekst/25262/bilateralni-sporazumi-u-krivicnim-stvarima-.php>, 15. мај 2023.
- Хрле В. "Примена стандарда и гаранција из чланова 3 и 6 европске конвенције о људским правима у поступку екстрадиције", *Бранич*, 1/2020.

* * *

Aleksandra Ilić PhD*

**INTERNATIONAL LEGAL ASSISTANCE IN CRIMINAL MATTERS
IN THE LIGHT OF THE NEW CRIMINAL JUSTICE ORGANIZATION**

Summary

In the paper, the author considers certain aspects of international legal assistance in criminal matters, first of all in the context of the latest changes in judicial laws, but also in connection with the issue of compatibility of the solutions from the Law on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters with the corresponding provisions from the Code of Criminal Procedure. Given the complexity of the matter, certain forms of international legal assistance in criminal matters have been singled out: assumption and transfer of criminal prosecution, execution of criminal judgement and other forms of mutual legal assistance. The issue of extradition of the accused or convicted person was considered only from the point of view of the concept of the prosecutor's investigation, that is, the obsolescence of solution that foresee the significant role of the former institute of the investigating judge. The basic question that runs through the whole paper is how to organize this area differently in order to obtain a encompassed system that will reflect in the best way the position and role of domestic judicial authorities (courts and public prosecutor's offices).

Key words: international legal assistance, criminal matters, criminal prosecution, execution, criminal judgment.

* Associate Professor, University of Belgrade – Faculty of Security Studies, aleksandra.ilic@fb.bg.ac.rs.

др Милијана Буха*

ЧЕТВРТИ ДОДАТНИ ПРОТОКОЛ: ЈАЧАЊЕ ИЛИ СЛАБЉЕЊЕ МЕЂУНАРОДНЕ САРАДЊЕ У ЕКСТРАДИЦИЈИ?

Апстракт: Четврти додатни протокол о екстрадицији има за циљ да ојача међународну сарадњу држава у поступку изручења окривљених. Овај протокол процесну сметњу застарјелост дефинише као апсолутну сметњу за изручење окривљених ако је наступила застарјелост према праву државе молиље. Застарјелост кривичног гоњења или кажњавања према праву замољене државе неће бити сметња за изручење, ако замољена држава није надлежна за кривично дјело које је предмет захтјева за изручење. Питање ојене застарјелости као процесне сметње према праву замољене државе постало је још сложеније. Наиме, замољена држава може да одбије захтјев за изручење ако замољена држава има надлежност за кривично гоњење или кажњавање траженог лица. Управо, питање надлежности замољене државе за кривично гоњење или кажњавање чини сложенијим одлучивање о захтјеву за изручење, и тиме се удаљавамо од основне идеје у Четвртом додатном протоколу, јачања сарадње међу државама у поступку изручења. Принцип специјалитета Четвртим додатним протоколом омогућава држави молиљи да кривично гони и осуди изручено лица и за кривично дјело које није предмет захтјева за изручење.

Кључне ријечи: застарјелост, принцип специјалитета, суђење у одсуству.

1. УВОД

Екстрадиција је један од најстаријих института међународне кривичноправне помоћи у борби против учиниоца кривичних дјела који покушавају да нађу уточиште ван територије на којој су починили кривично дјело. Она је постојала прије времена Вавилонаца, Египћана и Кинеза, гдје је сваки међународни споразум био везан важним религиозним формама у име националних божанстава.¹ За екстрадиционе уговоре XIX вијека, па надаље карактеристично је и неизручивање за политичка кривична дјела. Изузимања политичког кривичног дјела од екстрадиције, било је непознато све до Француске револуције. Идеја о неизручивању за политичка кривична дјела јавља се са појавом конституционализма, када право на слободу и право на побуну ради слободе, постаје реалност. Према Европској конвенцији о екстрадицији² првенствено од права замољене државе зависи да ли ће се удовољити захтјеву за изручење. Неизручење властитих држављана је правило према Европском конвенцијом о екстрадицији. Уколико је одбијена екстрадици-

* Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, milijana.buha@pf.unibl.org.

¹ M. Ch. Bassiouni, "Internationala Extradition: A Summary of the Contemporary American Practice and Proposed Formula", *Wayne Law Review*, 15/1996, 733.

² Европска конвенција о екстрадицији, Савјет Европе, број уговора 024, Париз 1957.

ја властитих држављана, замољена држава ће на захтјев државе молиће случај предати надлежним органима, али не постоји обавеза покретања кривичног поступка уколико за то нема основа. Право на одбијање екстрадиционог захтјева постоји уколико је дјело у потпуности или дјелимично учињено на територији замољене државе или мјесту које се сматра њеном територијом. Поред материјалноправних препрека за изручење траженог лица, ова конвенција познаје и процесноправне препреке као што су: започињање или вођење кривичног поступка, начело *ne bis in idem*, застарјелост. Према Европској конвенцији о екстрадицији, члан 9, изручење неће бити одобрено ако су правноснажни органи замољене државе већ осудили за кривично дјело или дјела због којих се изручење тражи. С тим да се изручење неће одобрити ни ако су надлежни органи замољене државе одлучили да не поведу поступак или прекину кривично гоњење. Препрека за изручење траженог лица, према Европској конвенцији о екстрадицији није само само правноснажна судска одлука, већ и одлука нпр. тужиоца о обустави кривичног поступка.³ Поступак изручења се по правилу одвија у складу са принципом реципроцитета и слика је дипломатских односа и сарадње међу сувереним државама. Стога неки аутори с правом заступају став да је екстрадиција не само равно него и осјетљиво политичко питање.⁴

2. ПРИНЦИП СПЕЦИЈАЛИТЕТА

Начело специјалитета значи забрану "прекорачења" у односу на кривично гоњење или кажњавање изрученог лица и забрану (ре)екстрадиције трећој држави. Наведена забрана неће важити ако се ради о једној од двије алтернативно прописане ситуације; ако се изручено лице одрекло гаранције кривичног негоњења, неизвршења кривичне санкције, односно реекстрадиције у односу на кривично дјело које није предмет екстрадиције и које је извршено прије изручења или уколико је изручено лице није напустило територију државе молиће а имало је прилику или се вратило на територију државе молиће.⁵ Овај принцип у поступку изручења уређује надлежност државе молиће да изрученом лицу суди само за кривично дјело које је предмет захтјева за изручење. Надлежност државе молиће за кривичним гоњењем, суђењем и кажњавањем изрученом лицу је условљена одлуком о изручењу замољене државе. Принципом специјалитета држави молићи су наметнута ограничења која је поставила замољена држава у својој одлуци о изручењу траженог лица.⁶ За изручено лице принцип специјалитета је заштитни принцип, јер је Трећим додатним протоколом Европске конвенције о екстрадицији прописано да изјаву тражено лице да се одриче од заштите по принципу специјалитета даје пред надлежним судским органима замољене државе, у присуству правног савјетника, према прописима те државе.⁷ Тражено лице може опозвати изјаву да се одриче заштите по принципу специјалитета све до изручења, извршења одлуке о изручењу. Лица која се одричу заштите по принципу специјалитета се заправо

³ Види више: М. Буха, *Ne bis in idem у казним поступцима*, Правни факултет Универзитет у Бањој Луци, 2021, 139–170.

⁴ В. Бајовић, "Екстрадиција (у) Сједињеним Америчким Државама", *Казнена реакција у Србији, III део* (ур: Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 288.

⁵ М. Шкулић, *Међународно кривично право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Центар за издаваштво, Београд, 2020, 514.

⁶ S.Z. Feller, "Reflections on the Nature of the Speciality Principle in Extradition Relations", *Israel Law Review*, 4/1977, 466–525.

⁷ Члан 4 и 5 Трећег додатног протокола о екстрадицији, Закон о потврђивању трећег доданог протокола уз Европску конвенцију о екстрадицији, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/2011.

одричу правних гаранција које им пружа замољена држава. Принципом специјалитета спрјечава се злоупотреба државе молиље на кривично гоњење и кажњавање изрученог лица. Заправо, принципом специјалитета се ограничава принцип легалитета државе молиље и право на кажњавање. Заштитно дејство начела специјалитета се не односи на забрану принудног удаљавања изрученог лица наконведеног поступка ради кога је изручен. Начелом специјалитета онемогућава држави молиљи да суди за кривично дјело да кривично гони и казни изручено лице за кривично дјело које није екстрадибилно.⁸

Традиционално посматрано, принципом специјалитета се осигурава заштита суверенитета замољене државе права на кажњавања траженог лица, јер се изручењем одриче права на кривично гоњење и кажњавање траженог лица у корист државе молиље. Заштита траженог лица по примјени принципа специјалитета је ограничена, имајући у виду да овај принцип штити тражено лице од гоњења по додатним оптужбама, а замољена држава нема могућност употребе неког правног средства уколико би држава молиља прекршила права која произлазе из примјене принципа специјалитета (*Bassiouni*).⁹ Изручено лице и ако је у држави молиљи кривично гоњено и кажњено за кривично дјело које није наведено у захтјеву за изручење, може да уложи жалбу на судску одлуку којом је одступано од одлуке о изручењу. У литератури се износе и запажања да изручено лице нема право да се жали због кршења принципа специјалитета и да право приговора на кршење принципа специјалитета има држава којој је изручено тражено лице, јер коначну одлуку о изручењу доноси министарство правде.¹⁰ Принцип специјалитета значи ли заштиту за тражено лице или заштиту суверенитета замољене државе, њеног права на кажњавање. Да ли тражено лице ужива заштиту по принципу специјалитета на основу уговора о изручењу или је принцип специјалитета дио обичајног правила у екстрадиционом поступку. Не постављајући ограничења држави молиљи за кривичним гоњењем и кажњавањем у односу на дјела која су предмет захтјева за изручење, ограничавамо правну сигурност изрученог лица и исто може бити кривично гоњено и за политички мотивисана кривична дјела. Принцип специјалитета је непримјењив у односу на кривична дјела која су почињена након изручења. Тако да држава молиља може да суди изрученом лицу и за друга кривична дјела, ако не напусти земљу, а за то му је пружена прилика или ако се врате у државу молиљу.

Принцип специјалитета је заштитни принцип за изручено лице и у одлуци о изручењу траженог лица, замољена држава треба навести да изручено лице не може бити не само кривично гоњено и кажњено за дјело које је извршено прије изручења, него да се не може изрећи казна тежа од оне на коју је осуђен, као ни смртна казна, као и да се мора поновити поступак ако је осуђен у одсуству. Процесне гаранције које се односе на забрану суђења у одсуству изрученом лицу су у складу са чланом 6 става 3 Европске конвен-

⁸ М. Лепир, "Принцип екстрадибилности у екстрадиционом поступку", *Зборник радова "Владавина права и правне државе у региону"*, (ур. Горан Марковић), Источно Сарајево, 2014, 750–768.

⁹ Наведено према: С. Morvillo, "Individual Rights and Doctrine of Speciality: The Deterioration of The United States v Rauscher", *Fordham International Law Journal*, 4/1990, 992; К. Rebane, "Extradition and Individual Rights: The need _ora n International Criminal Court to Safeguard individual Rights", *Fordham International Law Journal*, 4/1995, 1653.

¹⁰ К. Е. Levitt, "International Extradition, the Principle of Speciality, and Effective Treaty Enforcement", *Mimesota Law Review*, 1992, 1017–1029.

ције о заштити основних права и слобода,¹¹ а изрицање и извршење изречене смртне казне је препрека за изручење и према члану 11 Европске конвенције о екстрадицији.¹²

2.1. Принцип специјалитета и процесно правило *nemo iudex sine actore*

Питање идентитета пресуде и оптужбе у националном кривичном процесном праву нас је навело да на сличан начин можемо посматрати и принцип специјалитета у екстрадиционом поступку. Начело акузаторности државе молиље је ограничено принципом специјалитета на начин да тужилаштво може само кривично гонити и казнити изручено лице за кривично дјело које је предмет одлуке о изручењу. Тако да је држава молиља везана како чињеничним описом у одлуци о изручењу тако и правном квалификацијом. С обзиром да је у поступку изручења забрањено изручење тражених лица за политичка и војна кривична дјела, принцип специјалитета значи обавезу за замољену државу да при одлучивању о захтјеву за изручење уђе у оцјену и правне квалификације кривичног дјела које је предмет захтјева за изручење. У националном процесном законодавству питање објективног идентитета пресуде и оптужбе, је значајно јер се онемогућава суду да оптужено лице осуди за друго кривично дјело¹³ које није предмет оптужбе и ово питање треба посматрати као дио права на одбрану и оптужено лице може бити осуђено за другачије дјело (другачије чињенице) под условом да одбрана позивала на те другачије чињенице.¹⁴ Идентитет пресуде и оптужбе је везан начелима доказног поступка,¹⁵ начело *in dubio pro reo*, начелом расправности као и правом суда да изводи доказе на главном претресу ради утврђивања чињеница везаних за кривично дјело, али и обавезу суда да осуди оптуженог за дјело за које је доказно да је извршио.¹⁶

Ово питање идентитета пресуде и оптужбе је посебно занимљиво рекли бисмо и у поступку изручења јер суд државе молиље везан је оптужним актом државе молиље, а тужилац је према принципу специјалитета овлашћен само да кривично гони за кривично дјело које је предмет одлуке о изручењу. У екстрадиционом поступку према принципу специјалитета и тужилаштво и суд државе молиље су везани како чињеничним описом тако и правном квалификацијом дјела из одлуке о изручењу. Тако да када је у питању чињенични опис дјела за које је изручење одобрено, примјењују се правила о објективном идентитету оптужбе и пресуде по праву замољене државе, а које се примјењује у кривичном поступку државе молиље.¹⁷

У екстрадиционом поступку се према принципу специјалитета, судска одлука државе молиље може се односити само на кривично дјело које је предмет одлуке о изручењу. Тако да тужилац оптужником (не)одређује предмет кривичног поступка. Процесно правило *nemo iudex sine actore* је основ права на одбрану осумњичених у кривичном поступку. Какав је однос принципа специјалитета у екстрадиционом поступку и питања идентитета оптужбе и пресуде обзиром да принцип специјалитета спрјечава да изручено лице буде кривично гоње-

¹¹ Ефективно право на одбрану изрученог лица остварује се путем права на избор браниоца, права на бесплатну правну помоћ, права на правни лијек и сва та права немогуће је замислити да се остваре без присуства оптуженог суђењу за дјело за које је изручен држави молиљи ради кривичног гоњења и кажњавања.

¹² Члан 11 Европске конвенције о екстрадицији је прописано да се изручење може одобрити само ако држава молиља пружи гаранције да неће бити извршена смртна казна.

¹³ М. Грубиша, "Правила за практично решавање питања објективног идентитета пресуде и оптужбе", *Наша законитост*, 11-12/1960, 601–618.

¹⁴ В. Бајовић, "Објективни идентитет пресуде и оптужбе", *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2013, 199.

¹⁵ Г. П. Илић, *Границе истраживања првостепене кривичне пресуде*, Службени гласник, Београд, 2004, 262–263.

¹⁶ М. Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2011, 1001–1002.

¹⁷ М. Бабић, *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2021, 225.

но и кажњено за дјело које није предмет одлуке о изручењу, и одлука о изручењу није везана захтјевом за изручење, јер замољена држава може одбити изручење за политичка, војна кривична дјела, или за кривична дјела за која пријети опасност изрицања смртне казне. Држава које је изручила тражено лице нема правне механизме којима може да оспорава одлуку државе молиље којом је изручено лице кажњено за неко друго дјело. Изручено лице може само да уложи жалбу на одлуку суда замољене државе, због повреде принципа специјалитета који је један од основних принципа екстрадиционог поступка.

Принцип специјалитета се односи на чињенични опис и правну квалификацију дјела за које је изручење одобрено.¹⁸ Међутим, Четврти додатни протокол Европске конвенције о екстрадицији омогућава промјену правне квалификације, ако се током кривичног поступка опис дјела које је предмет оптужбе промјени и изручено лице може бити осуђено за дјело које по својим конститутивним елементима и новом опису може сматрати дјело за које је изручење могуће. Четвртим додатним протоколом држави молиљи је омогућен не само да изручено лице осуди за неко друго кривично дјело него и да ограничи слободу кретања изрученог лице и за кривично дјело које није предмет одлуке о изручењу, ако је ријеч о екстрадибилном кривичном дјелу. С тим да замољена страна може изразити неслагласност за ограничење слободе изрученог лица. Четвртим додатним протоколом држави молиљи је дозвољено одступање од принципа специјалитета и осуда изручено лица за неко друго кривично дјело које се смтара екстрадибилним. Измјенама принципа специјалитета Четвртим додатним протоколом и омогућавање држави молиљи да изручено лице ограничи слободе и за неко друго кривично дјело које није предмет одлуке о изручењу, како и право да осуди изручено лице у погледу друге правне квалификације је супротно начелима законитости, принципу акузаторности, расправности, правне сигурности изрученог лица. Поступање у екстрадиционом поступку супротно поменутиим правилима кривичног поступка нарушава се један од основних принципа међународне кривично правне помоћи, а то је принцип међусобног повјерења и признања страних судских одлука.

3. ЗАСТАРЈЕЛОСТ

Већина правних система познаје институт застарјелости (*statutory limitation*). Застарјелост је временска огараниченост права на покретање кривичног поступка и извршења изречене казне. Земље *civil law* правног система омогућавају примјену овог института у односу на било које кривично дјело, док земље *common law* правног система ограничавају примјену овог института у односу на тежа кривична дјела (као што је нпр. убиство). Примјена института застарјелости искључена је у односу на дјело геноцида, ратног злочина, злочина против човјечности и мучења. У суштини, застарјелост се може дефинисати као процесна препрека која онемогућава изручења траженог лица, јер је наступила застарјелост кривичног гоњења или извршења изречене казне у односу на дјело које је предмет екстрадиционог захтјева.

Посматрање екстрадиције као инструмента кривично правне помоћи у борби против прекограничног криминалитета, полази од тезе да процесну сметњу застарјелост кривичног гоњења и кажњавања траженог лица треба цијенити према праву државе молиље, јер се тиме избјегава фаворизовање извршиоца кривичних дјела, примјеном краћих рокова

¹⁸ М. Бабић, *op. cit.*, 224.

застарјелости према праву замољене државе.¹⁹ Према члану 10 Европске конвенције о екстрадицији, државама потписницама је остављено да самостално одлуче, да ли ће застарјелост цијенити према праву државе молиље или/и према праву замољене државе. Међутим, нисмо сигурни колико је питање процесне сметње застарјелости за изручење, јасно расвјетљено Четвртим додатним протоколом уважавајући принцип међусобног повјерења и признања судских одлука у кривичним стварима, и колико је овај принцип потиснут ради јачања кривично правне сарадње омогућавањем изручења и када је наступила застарјелост кривичног гоњења или извршења казне према праву замољене државе. С тим да правило да се изручење неће одбити ако би наступила застарјелост према праву замољене државе, није без изузетка, јер од истог правила може се одступити. Наиме, према ставу 3 члана 1 Четвртог додатног протокола свака држава потписница може да се изјасни да не прихвата став 2 Четвртог додатног протокола. Ово право замољене државе је у интересу очувања њеног суверенитета, права на кажњавање. Заправо, замољена држава може да изјави да ће се питање застарјелости цијенити према њеном праву ако се молба за изручење односи на кривична дјела која за која је надлежна. Полазећи од правила просторног важења кривичног законодавства (територијалног принципа, реалног, персоналног, универзалног принципа важења кривичног законодавства) према којима замољена држава је надлежна за кривично гоњење и кажњавање и када дјело није извршено на њеној територији или против њеног држављана. Други разлог према Четвртом додатном протоколу ради кога држава може да изјави да неће одступити од правила да се питање застарјелости гоњења или кажњавања цијени према њеном праву је и ако домаће законодавство изричито забрањује изручење у случају наступања застарјелости кривичног гоњења или извршења казне.

У поступку изручења право државе молиље на кажњавање траженог лица (бјегунца) зависи од права замољене државе која има фактичку власт над траженим лицем. Суверено право држава која има фактичку власт над траженим лицем значи и право те државе на кажњавање истог лица у складу са принципом *aut dedere aut iudicare*. Институт застарјелости у материјалном и кривичном праву поставља питање друштвене оправданости за кажњавањем или кривичним гоњењем лица које је "давно" починило кривично дјело и није учинило у међувремену неко друго кривично дјело. Застарјелост своје специфично дејство остварује прије свега у кривичном поступку, када је наступила застарјелост онемогућено је кривично гоњење и представља разлог за окончање кривичног поступка. Три су основна аспекта застарјелости, прије свега застарјелост кривичног гоњења утврђује се од дана извршења кривичног дјела, услови под којима теку рокови застарјелости (обустава и прекид застарјелости), протоком дужег временског периода од извршења кривичног дјела наступа апсолутна застарјелост.²⁰ Застарјелост као процесна сметња за изручење је посебно занимљиво питање, ако се има у виду да национална законодавства могу прописати да нека кривична дјела не застарјевају. Тако на примјер за трговину људима државе могу прописати националним законом да кривично дјело трговина људима не застарјева, имајући у виду да је ријеч и о злочину против човјечности. За незастарјевање кривичних дјела против полне слободе према малолетним лицима, одређила се Република Србија, препознавши незастарјевање као посебну мјера у спрјечавању

¹⁹ R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, 2010, 78.

²⁰ М. Шкулић, "Застарелост кривичног гоњења – законско решење и нека спорна питања", *Билтен Првог основног суда у Београду* 1/2016, 121.

вршења поменутих кривичних дјела према малољетним лицима.²¹ Правило је да не застарјивају међународна кривична дјела у ужем смислу геноцид, ратни злочин, злочин против човјечности, агресија. Међународним кривичним дјелима у ширем смислу могу се сматрати и кривична дјела за која по ратификованим међународним уговорима застарјелост не може да наступи. Застрајелост кривичног гоњења и кажњавања за последицу има и доношење формалне пресуде у кривичном поступку, пресуде којом се оптужба одбија и којом се не утврђује извршење кривичног дјела и кривична одговорност.

4. СУЂЕЊЕ У ОДСУСТВУ ТРАЖЕНОГ ЛИЦА

Суђењем у одсуству угрожава се право на одбрану као једно од основних права на правично суђење, јер је присуство оптуженог кључно за остваривање овог права. Овакав став произлази из Универзалне конвенције о грађанским и политичким правима (члан 14 став 3 тачка д), Европске конвенције о људским правима и основним слободама (члан 6 став 3 тачка ц), као и из Америчке конвенције о људским правима (члан 8 став 2 тачка е). Према препорукама Савјета Европе, државе чланице не могу да покрену кривични поступак уколико се не може наћи оптужени или обавјестити о покретању поступка против њега. Међународне хуманитарне организације као што су *Amnesty International* и *Human Rights Watch* начелно су против вођења поступка у одсуству оптуженог, осим у изузетним случајевима: када је удаљавање оптуженог неопходно јер ремети и онемогућава вођење кривичног поступка или уколико је оптужени уредно обавијештен о покретању и вођењу поступка, али намјерно избјегава да се појави у циљу одуговлачења поступка. Пресуду донесену у одсуству оптуженог, због његовог бјегства, а који накнадно буде ухапшен, треба укинути и одржати ново суђење.²² Присуство оптуженог на главном претресу је обавезно, јер суд има право да предузме процесне мјере за обезбеђивања присуства оптуженог на главном претресу, што је захтјев начела непосредности у кривичном поступку. Оптужени има право да присуствује сопственом суђењу ради изношења доказа који му иду у корист, као и право да оспорава доказе тужиоца. Право на присуство оптуженог суђењу није апсолутно право, јер се дозвољава и суђење у одсуству одбеглом окривљеном. Суђењу у одсуству одбеглом окривљеном се може приступити ако су исцрпљени сви правни механизми (као што су издавање потјернице, сарадња са страним полицијским тијелима) да се утврди боравиште окривљеног.²³ Суђење у одсу-

²¹ М. Шкулић, "Правна природа и кривичноправни (материјални и процесни) ефект застарелости кривичног гоњења", *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2017, 40.

²² <http://uir.unisa.ac.za/bitstream/handle/10500/1840/08chapter8.pdf>, http://www.prisonersabroad.org.uk/files/Information%20for%20prisoners/Trials_in_absentia.pdf, 15. 5. 2023.

Белгија, Италија, Француска су неке од земаља у којим је дозвољено вођење поступка у одсуству оптуженог лица. У САД је могуће вођење кривичног поступка у одсуству оптуженог тачно у одређеним случајевима, и то уколико оптужени својим понашањем омета вођење поступка или уколико је у току поступка побјегао. У извјештају о примјени европског налога за хапшење и предају забиљежено је да је Белгија изразила незадовољство одлуком Холандије да одбије изручење својих држављана када је ријеч о пресуди *in absentia*, без обзира на дате гаранције о вођењу новог поступка у присуству оптуженог. У кривичном поступку Босне и Херцеговине није дозвољено вођење кривичног поступка у одсуству оптуженог, јер је ријеч о главном процесном субјекту чије је присуство на главном претресу обавезно. Према ЗКП БиХ као и ЗКП РС дата је могућност примјене мјера процесне принуде према оптуженом у циљу обезбеђивања његовог присуства током вођења поступка: М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2010, 544–550.

²³ С. Кнежевић "Суђење у одсуству окривљеног", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 66/2014, 92–104.

ству одбјеглог окривљеног правда се потребом заштите јавности и оштећеног, а спречава се наступање застарјелости. Два облика суђења у одсуству окривљеног постоје,²⁴ суђења у одсуству одбјеглом окривљеном и суђења у одсуству окривљеног који се није одазвао на главни претрес, а свој недолазак није оправдао. Суђење у одсуству окривљеном, суд одступа од основних начела кривичног поступка непосредности, контрадикторности, усмености, права на одбрану оптуженог. Против судске одлуке донесене у одсуству, осуђени има право жалбе и право на понављање кривичног поступка. Право на поновно суђење је утврђено и одлуком Европског суда за људска права у случају *Colozza v. Italy*²⁵

Забрана суђења у одсуству оптуженог везује се и за претпоставку невиности у кривичном поступку. Присуство оптуженог суђењу је заштићено Оквирном одлуком о суђењу у одсуству из 2009.²⁶ Присуство оптуженог суђењу је нужно и полазећи од начела правичности кривичног поступка, права оптуженог да се брани ћутањем, право оптуженог да одбије да се изјасни о чињеницама којима се самооптужује. Оптужени не може бити принуђен да призна кривицу, забрањена је примјена медицинских интервенција и средстава којима се утиче на његову вољу и свијест при давању исказа.²⁷

Пресуда донесена у одсуству оптуженог је факултативна препрека у екстрадиционом поступку према члану 3 Другог додатног протокола Европске конвенције о екстрадицији из 1978. године. Европска конвенција о екстрадицији у члану 14 става 2, суђење у одсуству препознаје као институт којим се спречава наступање застарјелости кривичног гоњења и кажњавања оптуженог. Четврти додатни протокол суђење у одсуству препознаје, као правни механизам за спречавање наступања застарјелости. Држави молиљи може бити изручено тражено лице ако иста пружи довољно гаранција да ће изрученом лицу бити поново суђено. Пресуда донесена у одсуству траженог лица може бити извршена у држави молиљи, ако је осуђено лице сагласно, или у супротном држава молиља мора поновити поступак.

5. ШТА ЈЕ ДРУГАЧИЈЕ У ЕКСТРАДИЦИОНОМ ПОСТУПКУ УСВАЈАЊЕМ ЧЕТВРТОГ ДОДАТНОГ ПРОТОКОЛА?

Четврти додатни протокол уз Европску конвенцију о екстрадицији су ратификовале Република Србија, Република Словенија, док Босна и Херцеговине, Сјеверна Македонија, Црна Гора и Хрватска нису ратификовале Четврти додатни протокол.

Циљ Четвртог додатног протокола је постизање већег јединства међу државама чланицама Савјета Европе и јачање њихове индивидуалне и колективне способности да одговоре на проблеме у борби против прекограничног криминалитета.

Процесне сметње за предају траженог лица као што су застарјелост и принцип специјалитета и даље су препрека за изручење траженог лица држави молиљи. Застарјелост кривичног гоњења и кажњавања се и даље цијени не само према праву државе молиље него и прама праву замољене државе. С тим да замољена држава неће одбити захтјев за изручење, ако би наступила застарјелост кривичног гоњења или кажњавања према пра-

²⁴ Суђење у одсуству, <https://www.asser.nl/media/795064/grc-trials-in-absentia-english.pdf>, 15. 5. 2023.

²⁵ *Colozza v. Italy* (Appl.No 9024/80), EctHR, 12 February 1985.

²⁶ Council Framework Decision 2009/299/JHA of 26 February 2009 amending Framework Decisions 2002/584/JHA, 2005/214/JHA, 2006/783/JHA, 2008/909/JHA and 2008/947/JHA, Official Journal of the European Union, 27. 3. 2009.

²⁷ Одлука Европског суда за људска права у случају, *Funke v. Franc*, Application no. 10828/84, JUDGMENT 25 February 1993.

ву замољене државе. Међутим, замољена држава приликом прихватања Четвртог додатног протокола може се изјаснити да се неће одрећи права да застарјелост кривичног гоњења и кажњавања цијени према властитом праву, посебно када је ријеч о кривичним дјелима за која је надлежна замољена држава по свом кривичном законодавству. Застарјелост кривичног гоњења и кажњавања је и даље апсолутна сметња за изручење и према Четвртом додатном протоколу ако је законодавством замољене државе изричито прописано да се забрањује изручење, ако је наступила застарјелост кривичног гоњења или извршења казне према њеном законодавству. Ако се присјетимо да је један од просторних принципа важења кривичног законодавства и универзални принцип, можемо ли искључити надлежност замољене државе за било које кривично дјело које је предмет захтјева за изручење. Стога, као питање се намеће на који је начин постигнуто јединство међу државама Савјета Европе у борби против прекограничног криминалитета, ако од воље замољене државе зависи да ли ће одступити од правила да се застарјелост кривичног гоњења и кажњавања цијени и према њеном праву.

Четврти додатни протокол не посматра другачије заштитни принцип специјалитета у поступку изручења у односу на члан 14 Европске конвенције о екстрадицији. И даље изручено лице може бити кривично гоњено и кажњено само за кривично дјело које је предмет захтјева за изручење и за које је одобрено изручење. Замољена држава може да пристане да се изручено лице кривично гони и казни и у односу на неко друго кривично дјело које није предмет одлуке о изручењу. Држава молила може спровести истрагу и за кривично дјело које није предмет одлуке о изручењу, судити у одсуству изрученом лицу у циљу спречавања наступања застарјелости за кривично дјело које може бити предмет изручења.²⁸ Изручено лице ће бити кривично гоњено и кажњено у држави молиљи и за кривично дјело, чији је опис промијењен током кривичног поступка, ако се то кривично дјело, може сматрати дјелом за које је изручење могуће.

Новине у Четвртом додатном протоколу у погледу принципа специјалитета се односе на право државе молиље да изручено лице лиши слободе и за кривично дјело које није предмет захтјева за изручење под условом да уз захтјев за сагласност замољене државе наведе и датум ограничења личне слободе изрученог лица. Надлежни ограни замољене државе морају потврдити пријем обавјештења о ограничењу личне слободе изрученог лица и у погледу другог кривичног дјела које није предмет захтјева за изручење и замољена држава у било које вријеме може да исказати несагласност са ограничењем личне слободе изрученог лица и захтијевати пуштање на слободу изрученог лица,²⁹ када је то могуће. Када одступимо од принципа специјалитета и тражено лице предамо држави молиљи "губимо" фактичку власт над траженим лицем, јер се замољена држава изручењем траженог лица, одрекла права на кажњавање (*ius puniendi*) и поступила у складу са принципом *aut dedere aut iudicare*.

²⁸ Кривична дјела за које није дозвољено изручење су политичка кривична дјела, војна кривична дјела, кривична дјела за која се може изрећи смртна казна.

²⁹ Да ли ће се удовољити захтјеву за пуштање на слободу изрученог лица зависи од природе кривичног дјела, законских разлога ради којих је лице лишено слободе и могућности да се мјера лишавања слободе замјени неком мање репресивнијом мјером ограничење слободе. Фактичку власт у поступку изручења, и одлука о кривичном гоњењу и кажњавању траженог лица зависи од воље, права државе на чијој територији се налази тражено лице.

6. ЗАКЉУЧАК

Јачање међународне сарадње у поступку изручења према Четвртом додатном протоколу зависи од воље замољене државе. Застарјелост и принцип специјалитета су и даље процесне сметње за изручење траженог лица. Апсолутна сметња за изручење траженог лица је ако је наступила застарјелост кривичног гоњења и кажњавања према праву државе молиље. Четвртим додатним протоколом није искључено право замољене државе да одбије захтјев за изручење ако би наступила застарјелост кривичног гоњења или кажњавања према праву замољене државе. Принцип специјалитета је либерализован на начин да се омогућава држави молиљи да проводи истрагу и прикупља доказе у вези са кривичним дјелима почињеним прије изручења траженог лица, а која су откривена након изручења. Држава молиља према изрученом лицу може да проводи истражне радње као што су; претресање стана, прислушкивање, а у циљу прикупљања доказа о кривичном дјелу које није предмет одлуке о изручењу како би се спријечило наступање застарјелости кривичног гоњења и кажњавања тог кривичног дјела. Право државе молиље да ограничи личну слободу изрученог лица је крајња репресивна мјера којом се ограничава слобода кретања изрученог лица, а којој треба прибјегавати ако се исти циљ не може постићи блаже репресивним мјерама, као што је забрана напуштања територије државе молиље. Како Четвртим додатним протоколом није искључено право државе молиље да суди у одсуству траженом лицу, намеће се питање који је циљ крајње репресивне мјере ограничавања слободе кретања изрученог лица. Четвртим додатним протоколом је прописано да држава молиља мора престати са репресивним мјерама према изрученом лицу у односу на кривично дјело за које није одобрено изручење, ако нема сагласност замољене државе. Стога и даље остаје на снази традиционално правило о екстрадиционом поступку, а то је да је екстрадиција одраз дипломатских односа и сарадње између суверених држава. Екстрадиција траженог лица држави молиљи је искључиво ствар одлуке суверене замољене државе, која се више ослања на принцип реципроцитета, а не на обавезу да се одбјегли учинилац кривичног дјела изручи држави молиљи. Државе немају обавезу, регулисану међународним правом, да тражена лица редовно изручују другим државама, па је и поступак изручења починилаца кривичних дјела резултат праксе и добре сарадње међу државама у борби против криминалитета. Тако се у теорији кривичног процесног права оправдано говори о немогућности непосредне примјене међународног кривичног права³⁰ у домаћем правном систему оних међународних правних норми којима се инкриминишу одређена међународна кривична дјела, с обзиром на значај начела законитости.

ЛИТЕРАТУРА

- Bassiouni, M. Ch., "Internationala Extradition: A Summmary of the Contemporary American Practice and Proposed Formula", *Wayne Law Review*, 1996.
- Cryer, R. Friman, H. Robinson D., Wilmshurst E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, 2010.
- Feller, S. Z., "Reflections on the Nature of the Speciality Principle in Extradition Relations", *Israel Law Review*, 4/1977.
- Levitt, K. E. "International Extradition, the Principle of Specialty, and Effective Treaty Enforcement", *Minnesota Law Review*, 1992.
- Morvillo, C., "Individual Rights and Doctrine of Speciality: The Deterioration of The United States v Rauscher", *Fordham International Law Journal*, 4/1990.

³⁰ М. Шкулић, "Непоредна примена међународног кривичног права у Србији", *Анали Правног факултета Универзитета у Зеници*, 10/2012, 73–100.

- Rebane, K., "Extradition and Individual Rights: The need for an International Criminal Court to Safeguard individual Rights", *Fordham International Law Journal*, 4/1995.
- Бабић, М., *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2021.
- Бајовић, В., "Екстрадиција (у) Сједињеним Америчким Државама", *Казнена реакција у Србији, III део* (ур. Ђорђе Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 287–302.
- Бајовић, В., "Објективни идентитет пресуде и оптужбе", *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2013, 198–222.
- Буха, М., *Ne bis in idem у казним поступцима*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2021.
- Грубиша, М., "Правила за практично решавање питања објективног идентитета пресуде и оптужбе", *Наша за конитост*, 11-12/Загреб 1960.
- Илић, Г. П., *Границе испитивања првостепене кривичне пресуде*, Службени гласник, Београд, 2004.
- Кнежевић, С., "Суђење у одсуству окривљеног", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 66/2014, 89–104.
- Лепир, М., "Принцип екстрадибилности у екстрадиционом поступку", *Зборник радова "Владавина права и правне државе у региону"*, (ур. Горан Марковић), Источно Сарајево, 2014, 750–768.
- Шкулић, М., "Застарелост кривичног гоњења – законско решење и нека спорна питања", *Билтен Првог основног суда у Београду* 1/2016, 121.
- Шкулић, М., "Непоредна примена међународног кривичног права у Србији", *Анали Правног факултета Универзитета у Зеници*, 10/2012, 73–100.
- Шкулић, М., "Правна природа и кривичноправни (материјални и процесни) ефект застарелости кривичног гоњења", *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2017.
- Шкулић, М., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2011.
- Шкулић, М., *Кривично процесно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2010.
- Шкулић, М., *Међународно кривично право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2020.

* * *

Milijana Buha PhD*

FOURTH ADDITIONAL PROTOCOL: STRENGTHENING OR WEAKENING INTERNATIONAL COOPERATION IN EXTRADITION

Summary

The Fourth additional protocol of the European convention on extradition still recognizes as procedural obstacles to extradition the statute of limitations and the principle of specialty. Requested party can decide that lapse of time be an obstacle to extradition if that state has jurisdiction under its own criminal law. According to the universal principle of the criminal law the requested state, can always have jurisdiction (the right to appreciate the statute of limitations according to its own law). The principle of specialty, according to the Fourth additional protocol, it is allowed to prosecute and punish the extradited person for a criminal offense that is not the subject of a request for extradition, as well as restricting the personal freedom of the extradited person. The Fourth additional protocol does not exclude the right of the requesting state to try the requested person in absentia, so what is the goal of the extremely repressive measure of restrict the personal freedom of the extradited person. so we can conclude that extradition is a reflection of good diplomatic relations between countries. The principle of reciprocity is the basis of the extradition procedure.

Keywords: lapse of time, rule of specialty, trial in absentia.

* Milijana Buha, Associate professor of the Faculty of Law at the University of Banja Luka, milijana.buha@pf.unibl.org.

др Сања Крешталица*

ИНДИВИДУАЛНА КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ: ОД ВЕРСАЈСКОГ УГОВОРА ДО РИМСКОГ СТАТУТА

Апстракт: У овом раду разматра се питање развоја идеје о одговорности појединца у међународном праву, са акцентом на област међународног кривичног права, у оквиру које су развијена правила о индивидуалној кривичној одговорности. Иако идеја о индивидуалној грађанској одговорности није сасвим нова, нити без својих заговорника, ипак је још увијек недовољно изграђена и оптерећена је бројним мањкавостима. Чињеница је да, осим у случају међународног кривичног права, не постоји специфичан систем нити механизам пред којим би таква одговорност била установљена. Указује се на подијеленост у теорији међународног права о изворима идеје индивидуалне кривичне одговорности на међународном нивоу. Док једна група аутора сматра да индивидуална одговорност није постојала у међународном праву прије XIX вијека, други су извели концепт индивидуалне одговорности из општепризнатих правних принципа међународног права. Стога, у овом раду, испитујемо поријекло идеје о кривичној одговорности појединца у међународном праву и потреби установљења механизма пред којима би се таква одговорност утврдила и одговорни за кршења правила међународног права казнили.

Кључне речи: индивидуална кривична одговорност, Међународни војни трибунал у Нирнбергу, Међународни кривични трибунали за бившу Југославију и Руанду.

1. РИЈЕЧ–ДВИЈЕ О ОДГОВОРНОСТИ ПОЈЕДИНЦА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

Одговорност је нужна допуна права¹, њихов корелат и посљедица. Познато је да су правила о одговорности државе у међународном праву секундарна правила, односно правила која се активирају уколико дође до кршења примарних правила. Још из праксе Сталног суда међународне правде, у чувеном предмету Хорзов (*Chorzow*), препознато је постојање принципа према коме "кршење било какве обавезе подразумејева обавезу надокнаде штете".² То значи да правила о обавези накнаде штете која евентуално може наступити услед неиспуњења неке међународноправне обавезе није неопходно посебно нормирати већ се она, као таква, подразумејевају.

* Доцент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, sanja.tepavcevic@pravni.ues.rs.ba

¹ Judge Huber, "Report, Spanish Zone of Morocco Claims", R.I.A.A., II, 641; нав. према: М. Крећа, *Међународно јавно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2022, 143.

² Factory at Chorzów (Merits), PCIJ Series A. No 17, Judgment, 13 September 1928, 29.

Насупрот правила о одговорности државе стоје правила о одговорности појединца у међународном праву. Осим области међународног кривичног права, у оквиру које су развијена правила о индивидуалној кривичној одговорности, у осталим дијеловима општег међународног права још увијек не постоји кохерентан систем правила нити једнообразно разумијевање питања одговорности појединца. Наводи се у литератури, да, додуше у ограниченом облику, одговорност појединца може бити установљена и изван питања индивидуалне кривичне одговорности.³ Чини се да је повод оваквом схватању једног броја правних писаца управо став Комисије за међународно право Уједињених нација, која је у Нацрту чланова Комисије о одговорности државе за међународни противправан акт, усвојен 2001. године, *inter alia*, навела и слједеће: "До сада је овај принцип [мисли се на већ установљен принцип индивидуалне кривичне одговорности – оп. а.] функционисао у области кривичне одговорности, али није искључено да се развој може кретати ка области индивидуалне грађанске одговорности. Као *saving clause*, члан 58 нема намјеру да искључи ту могућност; отуда и употреба општег појма индивидуална одговорност."⁴ Иако се у начелу мисли на индивидуалну кривичну одговорност, Комисија ипак врло јасно констатује да постоји могућност установљења одговорности и у другим областима међународног права. Управо употреба појма "индивидуална грађанска одговорност" сугерише да је постојала потреба прављења дистинкције између кривичне и других облика одговорности у међународном праву.⁵

Са становишта позитивног међународног права, идеја о индивидуалној грађанској одговорности је још увијек недовољно изграђена и оптерећена бројним мањкавостима. Штавише, врло је мали број међународних уговора којима се установљава одговорност појединца.⁶ Чињеница је да, осим у случају међународног кривичног права, не постоји специфичан систем нити механизам пред којим би таква одговорност била установљена. Стога, у овом раду, питање одговорности појединца у међународном праву посматрамо кроз призму правила установљених у оквиру међународног кривичног права. Испитујемо поријекло идеје о кривичној одговорности појединца у међународном праву и потреби установљења механизма пред којима би се таква одговорност утврдила и одговорни за кршења правила међународног права казнили.

³ Према схватању које заступа Петерс (*Peters*), цио систем индивидуалних права и обавеза био би потпуно бесмислен уколико титулар конкретне обавезе не би сносио одговорност за њено неизвршење или кршење. Из тог разлога ова ауторка заступа становиште по коме у међународном праву данашњице постоје правила о одговорности појединца и изван материје међународног кривичног права, односно одговорност појединца и поред индивидуалне кривичне одговорности. А. Peters, *Beyond human rights: The Legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, 115.

⁴ "Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries", 2001, 95. Извјештај доступан на адреси: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, 22. април 2023.

⁵ А. Peters, *op. cit.*, 153.

⁶ Један од ријетких међународних уговора универзалног карактера којим се установљава индивидуална одговорност је Бечка конвенција о грађанској одговорности за нуклеарну штету (*Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage*) донијета под окриљем Међународне агенције за атомску енергију, иницијално усвојена 1963. године, а допуњена протоколом 1997. године. Ауторка је о питању евентуалне одговорности појединца у другим областима међународног права писала у својој докторској дисертацији одбрањеној на Правном факултету универзитета у Београду 2019. године. С. Крешталица, *Положај појединца у међународном праву*, докторска дисертација, Београд, 2019, 246–250.

2. ИНДИВИДУАЛНА КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

У савременом међународном праву, које упркос континуираном прогресивном развоју и даље пати од одређених структуралних мањкавости, једина област у којој је одговорност појединца несумњиво нормирана јесте међународно кривично право. Будући да правила међународног кривичног права којима се уређује питање индивидуалне одговорности, посматрамо као дио формално подијељене, а суштински јединствене материје општег међународног права, и питање индивидуалне одговорности у овој материји изучавамо у контексту правила општег међународног права.⁷

При заласку у сложено питање одговорности појединца у међународном праву, већ при првом кораку наилазимо на препреку будући да је еволуција правила у материји међународног кривичног права почивала на *ad hoc* основи и више него у другим областима зависила од тренутних политичких стремљења у међународној заједници. Говорећи о развоју међународног кривичног права уопште, Шкулић исправно закључује: "*У питању је био више један спонтани развој те идеје, која је у различитим историјским епохама, зависно од доминантних историјских и претежно политичких чинилаца, доживљавала своје успоне и надове, уз једну по правилу врло упадљиву специфичност, да се већина конкретних случајева који би се могли окарактерисати као видови међународних суђења, сводила на суђење у рату побеђенима од стране ратних победника, због чега се многи конкретни процеси у бројним радовима међународно-кривичноправне оријентације означавају као тзв. правда победника.*"⁸

Услед тога, теорија међународног права дубоко је подијељена око питања изво­ра из којег потиче идеја о индивидуалној кривичној одговорности на међународном плану. Једни наводе да у периоду прије XIX вијека индивидуална одговорност као концепт није ни постојала у међународном праву, већ је питање одговорности појединца чинило дио унутрашњег правног поретка и процеса унутар њега.⁹ Права усмјерена на заштиту појединца у том периоду припадала држави као титулару и једином субјекту, те не изненађује закључак према коме је и питање одговорности било усмјерено на државе. Јасно је да одговорности појединца на међународном плану, у смислу секундарних правила, нема без обавеза садржаних у примарним правилима међународног права. Према томе, у времену када нису постојала правила која би конституисала директну обавезу за појединца на међународном плану, беспредметно је говорити о нормама које се активирају када се примарно правило прекрши.

Међутим, постоје и они аутори који поријекло концепта индивидуалне кривичне одговорности изводе из општепризнатих правних принципа међународног права.¹⁰ Или

⁷ О будућности међународног кривичног права, која се посматра на линији односа двије могућности, да се "међународно кривично право задржи на нивоу неразвијене и рудиментарне области међународног права која ће служити интересима утицајних и моћних земаља или да постане кохерентан и развијен систем правних норми који ће заиста служити заштити основних људских права од најтежих међународних кривичних дела", вид. у: З. Стојановић, "Има ли међународно кривично право будућност?", зборник радова, саветовање Удружења за међународно кривично право: "Међународно кривично право и људске слободе", Тара, 2008, 9–19.

⁸ М. Шкулић, *Међународни кривични суд – надлежност и поступак*, Досије, Београд, 2005, 25.

⁹ К. Parlett, "The Individual and Structural Change in the International Legal System", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 1/2012, 66.

¹⁰ Као, на примјер, Сцел (*Scelle*), који је приликом одлучивања о Извјештају о Нирбершким принципима у оквиру Комисије за међународно право Уједињених нација 1950. године, гласао против јер, према његовом

они који као најранији примјер нормирања индивидуалне одговорности наводе правила која утврђују међународни злочин пиратерије (*piracy jure gentium*), који је било могуће починити на отвореном мору, изван државних јурисдикција. Одговорност за тај злочин сносили су појединци, а не држава којој припадају.¹¹ Пират је био одређен као непријатељ човјечанства (*hostis humani generis*).¹² Према виђењу изнијетом у новијој теорији било каква веза између индивидуалне одговорности у међународном праву и злочина пиратерије је резултат неразумијевања пиратерије и њеног погрешног тумачења као злочина у оквиру права народа, умјесто посебног основа државне надлежности.¹³ Ипак, не бисмо могли сасвим прихватити понуђено схватање јер не видимо како чињеница да је неко понашање одређено као кажњиво у међународном праву, и за које одговорност сноси појединац, на било који начин зависи од питања вршења надлежности. Уколико није постојао јединствени универзални механизам пред којим би се водио поступак против појединца одговорног за злочин у питању, надлежност је могла да установи било која држава. Још од XVI вијека развијена је пракса вршења универзалне надлежности за злочин пиратерије на отвореном мору, према којој је свака држава имала правни интерес и јурисдикцију да казни пирате.¹⁴ Тиме није умањен међународни карактер тог злочина, као што ни у данашње вријеме чињеница да је по основу обичајног права потврђено право на заснивање универзалне надлежности за злочине против човјечности, примјера ради, не умањује њихов међународни карактер.¹⁵ Преведено у терминологију наше тренутне теме, појединац је кршењем међународне обавезе (у случају пиратерије радило се о правилима из права народа) у складу са одговарајућим правилом међународног права требало да сноси директну одговорност за почињено дјело, без обзира на то пред којим органом би његова одговорност била установљена.

Као још један доказ у прилог тези да у периоду прије Првог свјетског рата није постојао корпус правила међународног права о обавезама појединца из којих се нису могла изродити ни правила о индивидуалној одговорности у међународном праву наводи се изјава америчке делегације поводом извјештаја Комисије основане Париским мировним уговором с циљем испитивања повреда правила рата од стране њемачких снага и њихових савезника.¹⁶ Америчка делегација је том приликом изнијела сљедеће становиште: "Амерички представници не познају ниједан међународни статут или конвенцију

виђењу, Комисија није јасно истакла већ постојеће принципе међународног права на темељу којих су развијени нирнбершки принципи. Principles of International Law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, p. 374, fn. 3. О Трибуналу у Нирнбергу вид. *infra*.

¹¹ G. Komarow, "Individual Responsibility under International Law: The Nuremberg Principles in Domestic Legal Systems", *International and Comparative Law Quarterly*, 29/1980, 22.

¹² Lotus, PCIJ Series A. No 10, Dissenting Opinion by M. Moore, 70. Иначе, у литератури смо наишли на податак да се често цитира античка максима "*Pirata est hostis humani generis*" приписује Цицерону. Б. Кривокапић, "Нешто другачији поглед на међународне кривичне судове", *Хаики трибунал између права и политике* (ур. Ј. Тирић), Институт за упоредно право, Београд 2013, 8 фн б.

¹³ K. Parlett, *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, 232.

¹⁴ И. Крстић, *Универзална надлежност у међународном праву за тешке повреде људских права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 50–51.

¹⁵ Ауторка наводи да у данашње вријеме око 95 држава дозвољава универзалну надлежност за нека од дјела која спадају под злочине против човјечности. *Ibid.*, 210.

¹⁶ 'Commission on the Responsibility of the Authors of War and on Enforcement of Penalties' (1920) 14 AJIL 95, 117; нав. према: K. Parlett, *op. cit.*, 235.

који повреде правила и обичаја ратовања – да не помињемо правила или принципе хуманости – проглашавају међународним злочинима, предвиђају казне за њих и одређују суд надлежан за њихово процесуирање."¹⁷

Познато је да се вијековима уназад, усљед непостојања међународних судова, одговорност за кривична дјела која су основ имала у међународном праву утврђивала пред националним судовима заинтересованих држава.¹⁸ Међутим, основ тих прописа лежао је у међународном обичајном праву, које је било далеко развијеније од уговорног права, и које је свакако један од главних формалних извора међународног права.

2.1. Версајски мировни уговор

Иако се не би могло основано тврдити да су у периоду прије Првог свјетског рата постојали било какви међународни кривични трибунали или судови, посматрано из угла данашњег развоја те гране права, ипак постоје одређене историјске околности и догађаји који сугеришу да је идеја о установљењу индивидуалне кривичне одговорности и потреби суђења пред каквим-таквим међународним тијелом ипак постојала. Тако се у литератури као примјер најранијих суђења појединцу наводи суђење у Брајзаху (*Breisach*) 1474. године, када је Војвода од Бургундије, као гувернер окупаторске силе, оптужен за низ злочина и био осуђен пред мјешовитим трибуналом састављеним од судија из Брајзаха, Алзаса, Њемачке и Швајцарске.¹⁹ Ово, као и друга слична суђења, има значај најприје као показатељ "*одређених тенденција интернационализације кривичних суђења у једном дужем временском периоду*".²⁰

Један од најранијих међународних уговора на који се упућује у контексту одговорности појединца у међународном праву је Версајски мировни уговор из 1919. године који у члану 227 предвиђа одговорност њемачког кајзера, због "*врховне повреде међународног морала и неповредивости уговора*",²¹ док је одговорност других појединаца била предвиђена због кршења правила и обичаја ратовања.²² Према слову Уговора ради се о индивидуалној одговорности насталој као посљедици кршења директних обавеза, што је у складу са општом климом у савременом међународном праву, која прихвата способност појединца да посједује међународне обавезе и да, у складу са тим, може починити међународне злочине.²³ Идеја која је изнијета овим уговором, за то вријеме иновативна, ипак није заживјела у пракси. Наиме, поменути Уговором било је предвиђено и оснивање међународног трибунала надлежног да процесуира појединачне учиниоце тешких злочина нормираних тим уговором. Суд би се састојао од пет судија, и то по једног из Сједињених Америчких Држава, Велике Британије, Француске, Италије и Јапана.²⁴ Упркос чињеници да се ради о неуспјелом покушају суђења њемачком владару пред међународним трибуналом, остаје забиљежено да је у датом историјском периоду постојала свијест

¹⁷ *Ibid.*, 236.

¹⁸ Б. Кривокапић (2013), *op. cit.*, 10.

¹⁹ М. Шкулић, *op. cit.*, 28–29.

²⁰ *Ibidem.*

²¹ Члан 227 Версајског мировног уговора; нав. према: М. Н. Симовић, "Међународно кривично правосуђе: настанак и историјска еволуција", *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*, 2/2014, 81.

²² К. Parlett (2012), *op. cit.*, 66.

²³ К. Parlett, *op. cit.*, 240.

²⁴ *Ibid.*

о установљењу индивидуалне кривичне одговорности и потреби кажњавања за повреду правила међународног права.²⁵

2.2. Статут Међународног војног суда у Нирнбергу

Принцип индивидуалне кривичне одговорности први пут је формулисан у поступку пред Нирнбершким трибуналом који у пресуди главним њемачким злочинцима закључује да "[з]лочине против међународног права чине људи, а не апстрактни ентитети, и само кажњавањем појединца који су те злочине починили одредбе међународног права могу бити примењене".²⁶ Суд у овом случају одбацује претпоставку о прикривености појединца државом и указује на његову директну одговорност, без обзира на однос саме државе према том дјелу.

Као разлог оснивања овог трибунала најчешће се наводи ријешеност сила побједница да се обрачунају са одговорнима за најтеже злочине које је човјечанство до тада видјело. Ипак, историјске чињенице указују на оно што се у науци често прећуткује, а то је да је питање одговорности појединца на међународни план изнијето као резултат политичког компромиса тадашње три водеће силе, Сједињених Америчких Држава, Велике Британије и Совјетског Савеза, а не њихове директне намјере да изграде нови међународни поредак у ком ће појединац имати истакнуто мјесто, како у пољу права и обавеза, тако и одговорности као њихове нужне допуне. Трибунал у Нирнбергу је, уз све његове предности, ипак само *ad hoc* механизам, настао као "креација једне групе држава, а не међународне заједнице".²⁷

Наводи се да оснивање међународног трибунала у Нирнбергу није било циљ, већ посљедица политичких несугласица између Рузвелта и Черчила, са једне стране, и Стаљина са друге. Постојало је међу савезницима размимоилажење у погледу начина на који треба да процесуирају одговорне за најстрашније злочине почињене током Другог свјетског рата. Док је мање-више било очекивано да ће се поступци против најистакнутијих њемачких војних и политичких заповједника окончати изрицањем смртне казне одговорнима, појавиле су се несугласице око пута којим до те казне треба стићи. "[У] септембру 1944, мање од годину дана прије потписивања Нирнбершке повеље, Черчил и Рузвелт су се сложили да ће врховни нацистички лидери бити погубљени по кратком поступку. Тек када је постало очигледно да су се Совјети чврсто противили политичком рјешењу, било је договорено да се с тим особама треба позабавити посредством судског процеса. Тако је Нирнбершки трибунал – касније схваћен као да има трансформативни ефекат на структуре међународног правног система – настао јер је представљао политичко рјешење практичног проблема."²⁸ Тако је на конференцији у Јалти потврђена Декларација

²⁵ Иако је по налогу њемачке владе, тадашњи министар спољних послова потписао мировни споразум 28. јуна 1919. године, његове одредбе никад нису заживјеле јер је Њемачка упорно одбијала да изручи своје држављане. Као резултат тога, Њемачкој је признато прво да суди својим држављанима у Лајпцигу. Више о томе вид. у: М. Ромић, "Лајпцишки процеси – прилог проучавању историје међународног кривичног права", *Ревизија за криминологију и кривично право*, 2/22, 183–202.

²⁶ Trial of the Major War Criminals, 1947, I, 223; нав. према: М. Крећа, *op. cit.*, 685–686.

²⁷ S. Guinchard, M. Bandrac, C. Delicostopoulos *et al.*, (eds.), Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès, Dalloz, Paris 2005, 916; нав. према: Б. Чучковић, *Пролиферација међународних судских органа с надлежношћу у кривичним стварима*, магистарски рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 13 фн. 23.

²⁸ K. Parlett (2012), *op. cit.*, 73.

усвојена двије године раније, којом је истакнута намјера тројице шефова држава да се "ратни злочинци подвргну праведној и брзој казни".²⁹

Статутом Међународног војног суда у Нирнбергу³⁰ уређено је питање надлежности овог Суда и предвиђено је утврђивање индивидуалне кривичне одговорности за три врсте међународних злочина: злочине против човјечности, ратне злочине и злочине против мира.³¹ Одговорност је предвиђена како за појединце оптужене за неки од наведених злочина, тако и за лидере, организаторе, подстрекаче и саучеснике који учествују у заједничком плану или уроти за почињење било којег од ових злочина. У посљедњем ставу члана 6 наводи се "одговорни су за све радње које врше лица у извршењу таквог плана".³² Савремена теорија указује на низ проблема у вези начела легалитета, будући да злочин против човјечности није био прописан као посебно кривично дјело, "а одређене радње су биле превиђене као ратни злочини, али се они формално посматрано нису могли третирати као радње злочина против човечности, јер би се тада радило о аналогји, односно врло широком и неодређеном тумачењу кривичноправних норми (...)."³³ Поред тога, казна ни за ратне злочине, иако су били нормирани као кривична дјела, није била прописана. И коначно, злочини против мира, односно агресија, није била нормирана као дјело које може извршити појединац, већ само држава.³⁴

Према оптужници коју је Трибунал запримио 10. октобра 1945. године, оптужено је било двадесет и четири лица и шест организација. Њих двадесет се већ првог дана од почетка саслушања изјаснило да нису криви. Након десетомјесечног суђења, Трибунал је изрекао пресуду 1. октобра 1946. године: од двадесет два оптужена који су процесуирани, дванаест их је осуђено на смрт; седам на казне затвора између десет година и доживотне казне; и тројица су ослобођени; од шест оптужених организација, три су проглашене криминалним.³⁵

Током и након Нирнбершких процеса била је прихваћена могућност утврђивања индивидуалне кривичне одговорности за сва лица која су починила неки раније наведених међународних злочина. У њемачкој литератури се наводи да је "током нирнбершког процеса дефинисано да међународно кривично право има карактер "кривичног права заснованог на кривици" (*Schuldstrafrecht*), што значи да мора постојати "лична кривица" учиниоца који је у односу на дело за које се терети, индивидуално одговоран, као и да у односу на такву његову одговорност не постоје околности које би је искључиле (*defences*)."³⁶ Трибунал је, у коначној пресуди, изнио становиште према коме је садржина Статута којим је ово тијело и основано, одражавала тренутно стање правила међународног

²⁹ Детаљније о процесу настанка Нирнбершког трибунала вид. у: Д. Јовашевић, "Наслеђе Нирнбершког суда", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 69/2015, 75–85.

³⁰ Статут Међународног војног суда у Нирнбергу (*Nuremberg charter*) закључен је 1945. године између Велике Британије, Сједињених Америчких држава, Француске и Совјетског савеза. Текст Статута доступан је на интернет адреси: <https://ghum.kuleuven.be/ggs/events/2013/springlectures2013/documents-1/Lecture-5-nuremberg-charter.pdf>, 28. април 2023.

³¹ Члан 6 Нирнбершког статута.

³² *Ibid.*

³³ М. Шкулић, "Имају ли будућност међународно кривично право и Међународни кривични суд?", *Казнена реакција у Србији*, тематска монографија (ур. Ђ. Игњатовић), Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2020, 50–51.

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ К. Parlett, *op. cit.*, 245–246.

³⁶ К. Ambos, *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht Rechtshilfe*, "C.H.Beck", München, 2018, 169; нав. према: М. Шкулић (2020), *op. cit.*, 63.

права, а не вољу сила побједница посљедњег рата.³⁷ Суштина овог става лежи у потреби да се одговори на приговоре ретроактивности, будући да су, према налазу овог Трибунала, злочини нормирани Статутом већ у вријеме његове креације били прихваћени као међународни злочини у општем међународном праву. Овакво резонување Трибунала се показало нарочито спорним у годинама након окончања судских поступака.

Трибунал је, такође, образложио и основ на ком почива његова надлежност, као и овлашћење сила савезница да оснивајући међународни механизам изведу главне злочинце пред лице правде. "*Силе потписнице су основале овај Трибунал, дефинисале право које ће примјењивати и усвојиле прописе за правилно вођење суђења. При томе, оне су заједно урадиле оно што је свака од њих могла учинити појединачно, јер не треба сумњати да било која нација има право да оснује специјалне судове који ће спроводити право.*"³⁸ У овом случају, Суд је пружио одговор на аргумент одбране који се тиче суштине међународног права као поретка усмјереног на суверене државе, у оквиру кога нема мјеста за појединачна права и обавезе, нити одговорност, већ је сваки појединац који дјелује у оквиру своје државе њоме и заштићен.³⁹ Бранећи сопствено овлашћење да суди појединцима за злочине нормиране правилима међународног права, Трибунал је поновио схватање познато од раније, према ком норме међународног права намећу обавезе и установљавају одговорност како држава тако и појединачних лица.⁴⁰ Нејасноће, међутим стварају докази које је трибунал том приликом изнио као поткрепу својих навода. Позвао се на два конкретна случаја, чију релевантност у датом предмету налазимо спорном. Наиме, Трибунал је као доказ да су правила међународног права усмјерена на појединца, те да њима може бити установљена индивидуална одговорност навео предмет вођен пред Врховним судом Сједињених Америчких Држава 1942. године, у ком је, *inter alia*, упућено на чињеницу да је поменути Суд током година примјењивао право народа у оном дијелу који се односио на права и дужности појединца.⁴¹ Као закључак се намеће то да је Трибунал у Нирнбергу, ослањајући се на унутрашњу праску америчких судова, посредно извео закључак о положају појединца у оквиру до тада важећег права народа. Други доказ се ослањао на текст Версајског мировног уговора,⁴² на који смо већ упућивали уз напомену да његове одредбе никада нису заживјеле.

Упадљиво је, како Парлетт (*Parlett*) исправно примјећује, да упркос општеприхваћености идеје о одговорности појединца у међународном праву, у периоду непосредно по окончању Другог свјетског рата, ипак није дошло до потпуног сазријевања идеје да су појединци директно подложни правилима међународног права. "*Ово оклијевање подсећа на оно које се тицало индивидуалних права у међуратном периоду, с тим да су пуне посљедице мишљења Сталног суда у случају Данзиг [постале] само дио традиционалног мишљења неких двадесет година касније.*"⁴³

³⁷ International Military Judgment (Nuremberg), Judgment and Sentences, 1 October 1946, *American Journal of International Law*, 41/1947, 216.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibid.*, 220.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Ради се о предмету *Ex Parte Quirin*. *Ibid.*

⁴² *Ibid.*, 221.

⁴³ К. Parlett (2012), *op. cit.*, 70–71.

Да није постојала једнообразност у односу на питање индивидуалне кривичне одговорности и принципа који су се искристалисали током суђења у Нирнбергу у послеријатној међународној заједници свједочи и чињеница да су чак и главни органи Уједињених нација поводом исте ствари различито резоновали. Наиме, крајем 1946. године Генерална скупштина Уједињених нација усвојила је резолуцију којом потврђује "*принципе међународног права признате Статутом Нирнбершког трибунала и пресудом Трибунала*",⁴⁴ из чега произлази да је већина држава чланица овог органа ближа ставу да су поменути нирнбершки принципи заправо дио постојећег корпуса међународног права, те их као такве само треба кодификовати. С друге стране, Генерални секретар Уједињених нација, приликом отварања пленарне сесије, у свом говору упућује да "*принципе који су имплицирани нирнбершким суђењима треба учинити сталним дијелом међународног права што је брже могуће*",⁴⁵ из чега изводимо закључак да је према његовом мишљењу ријеч о правилима у настанку, која тек треба да постану дио корпуса позитивног међународног права. Друга могућност, коју уочавамо овдје, је да је наведеним ријечима Генерални секретар имплицирао на потребу усвајања писаних правила о индивидуалној одговорности, која ће према његовим ријечима бити "стални" дио међународног права. Но, за ово схватање немамо ниједан поуздан доказ.

Водећи се смјерницама Генералне скупштине, Комисија за међународно право Уједињених нација 1950. године, на другој сједници, усвојила је документ назван "*Принципи међународног права признати у Статуту трибунала у Нирнбергу и у пресуди Трибунала*", у ком је формулисала на првом мјесту принцип индивидуалне кривичне одговорности, али без заласка у питање извора те норме.⁴⁶ И овај пут Комисија је одабрала најбезболније рјешење, те се није одређила према питању извора правила о индивидуалној одговорности појединца у међународном праву, већ је одмах приступила навођењу принципа. То је изазвало негодовање међу неким члановима Комисије који су, попут Села на примјер, ускратили своју подршку поменутом документу из разлога што Комисија, по његовом увјерењу, није одговорила задацима који су јој повјерени. Сел је заступао схватање према коме спорна Резолуција Генералне скупштине Уједињених нација упућује на постојеће принципе позитивног међународног права, који нису креирани Статутом Трибунала у Нирнбергу већ су њиме само потврђени.⁴⁷ Принцип међународног права о индивидуалној одговорности појединца, према његовом схватању, дио је општег принципа о субјективитету појединца у међународном праву. "*Стога је упутно формулисати тај општи принцип у свјетлости чињенице да принцип индивидуалне одговорности представља само вид његове примјене*".⁴⁸ Супротно становиште је заступао Амадо (*Amado*) који је принцип индивидуалне кривичне одговорности оквалификовао као нови концепт изњедрен у пракси Трибунала, а који до тада није постојао у међународном праву.⁴⁹

⁴⁴ GA/Res/95(I), 11 December 1946.; нав. према: K. Parlett, *op. cit.*, 253.

⁴⁵ K. Parlett, *op. cit.*, 253.

⁴⁶ Позивајући се на Резолуцију Генералне скупштине (в. *supra* фн. 730), Комисија у уводном дијелу документа понавља закључак са претходне, прве сједнице, током које је одлучено да се бави искључиво формулацијом принципа, а не њиховим поријеклом. Текст документа, са коментарима, доступан на: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_1_1950.pdf&lang=E, 5. мај 2023.

⁴⁷ A/CN.4/SR.26, Summary record of the 26th meeting, Extract from the Yearbook of the International Law Commission, 1949, vol. I, 186.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Supra* фн. 730.

Коначно, документ који је Комисија усвојила на другој сједници садржи седам принципа, који на првом мјесту потврђују опште правило да појединац у међународном праву може посједовати директне обавезе, за чије кршење ће сносити одговорност (принцип I). Затим, у документу је, *inter alia*, формулисан и принцип према коме чињеница да национално законодавство не предвиђа казну за неки акт који представља међународно кривично дјело не ослобађа од одговорности лице које га је учинило (принцип II). Иако нигдје у тексту документа није потврђено да је појединац субјект међународног права, како су предлагали поједини чланови Комисије, ипак је суптилно потврђено да појединац може посједовати обавезе (тим прије и права), у поретку који је претпостављен унутрашњем и чији механизми ће се активирати без обзира на одговарајућа правила садржана у унутрашњем праву. Упркос свим недостацима Нирнбершког трибунала и поступака вођеним пред њим, несумњиво је да је овај механизам изњедрио рјешења непролазног значаја не само за политички амбијент тадашње међународне заједнице, већ и за даљи развој међународног права.

2.3. *Ad hoc* међународни трибунали

Пратећи развој идеје о успостављању међународног кривичног правосудја, упадљиво је да у периоду непосредно након нирнбершких суђења, када је идеја о индивидуалној кривичној одговорности пред сталним судским органом на међународној сцени била на свом врхунцу, па до коначног успостављања таквог суда, прошло неколико деценија. Могло би се, на први поглед, закључити да је након првобитног полета међународна заједница запала у неку фазу летаргије у којој се, бар што се тиче ове материје, налазила све до деведесетих година прошлог вијека. И таман када је васкрснула идеја о сталном међународном кривичном суду, оличена у Нацрту статута таквог суда,⁵⁰ политика је преузела примат.

Савјет безбједности Уједињених нација је Резолуцијом 827/1993 основао Међународни кривични трибунал за бившу Југославију,⁵¹ а само годину дана касније Резолуцијом 955/1994 основао је и Међународни кривични трибунал за Руанду.⁵² Иако ово нису једини међународни механизми са надлежношћу у кривичним стварима, будући да су у различитим периодима оснивани и такозвани мјешовити или хибридни судови, као што је Специјални трибунал за Сијера Леоне, Вијећа за тешке злочине почињене у Источном Тимору, специјална вијећа за Камбоџу, Специјална вијећа на Косову и у Босни и Херцеговини,⁵³ пажњу ћемо ипак усмјерити, само у основним цртама, на два првопоменућа трибунала. Циљ нам је испитати вриједност поменутих механизма за развој концепта индивидуалне кривичне одговорности у међународном праву. У контроверзе изван овог питања, попут питања легалности оснивања ових трибунала⁵⁴ или чињенице да је и сам Три-

⁵⁰ Нацрт Статута Сталног међународног кривичног суда усвојен је 1994. године на четрдесет и шестој сједници Комисије за међународно право Уједињених нација. Текст Нацрта са коментарима доступан на: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_4_1994.pdf&lang=EF, 25. јануар 2019.

⁵¹ U.N. Doc. S/RES/827 (1993).

⁵² U.N. Doc. S/RES/955 (1994).

⁵³ Нав. према: Б. Чучковић (2009), *op. cit.*, 5.

⁵⁴ Само неки од бројих приговора упућених успостављању ових трибунала тичу се, прије свега, чињенице да се ради о *ad hoc* механизмима основаним од стране Савјета безбједности Уједињених нација, који је оперативни орган и нема надлежност да оснива било какав кривични суд. Генерално овлашћење за оснивање поменутих *ad hoc* трибунала није дато Повељом Уједињених нација, а члан 29 Повеље који гласи: "*Савет безбједности може да оснива помоћне органе потребне за обављање његових задатака*" правна наука не

бунал нашао за неопходно да у првој пресуди коју је изрекао оправда своје постојање⁵⁵ (што нас неодољиво подсећа на праксу коју је примијенио трибунал у Нирнбергу) на овом мјесту, нећемо дубље залазити.

Није згорег указати и на суштинску разлику у оснивању ова два трибунала, која почива на чињеници да је потоњи, Трибунал за Руанду, основан на писмени захтјев владе Руанде, која је у то вријеме била и нестална чланица Савјета безбједности Уједињених нација, те је учествовала како у поступцима припреме и израде Статута, тако и у доношењу Резолуције којом је Трибунал основан.⁵⁶ Занимљиво је, и на први поглед необично, да је у коначном гласању о доношењу поменуте Резолуције управо влада Руанде гласала против, из раније наведених разлога који се тичу временске надлежности трибунала. За разлику од овог, Трибунал за бившу Југославију је основан у двије фазе, доношењем Резолуције 808 у фебруару 1993. године којом је Савјет безбједности начелно одлучио да оснује овај Трибунал, а потом, на основу извјештаја Генералног секретара Уједињених нација у мају исте године донијета је резолуција 827 којом је трибунал коначно формиран.⁵⁷ Влада тадашње СР Југославије, као инволвиране државе, "је оправдано фаворизовала стварање сталног Међународног кривичног суда, као боље и адекватније решење од формирања било каквог *ad hoc* кривичног трибунала, а њој је коначно и само време, односно потоње поступање највећег дела међународне заједнице, дало за право, јер је неколико година касније, заиста и настао стални Међународни кривични суд".⁵⁸

Иако су и један и други трибунал успостављени на *ad hoc* основи, за конкретан случај, и оба су надлежни за суђење искључиво појединцима, а не и правним лицима, што је за питање развоја концепта индивидуалне кривичне одговорности у међународном праву посебно релевантно, ипак ваља указати на значајне разлике које међу њима постоје. Наиме, Трибунал за бившу Југославију је према члану 1 Статута надлежан "да гони лица одговорна за озбиљне повреде међународног хуманитарног права, извршене на територији бивше Југославије од 1991. године у сагласности са одредбама овог Статута",⁵⁹ док је истим чланом Статута Трибунала за Руанду стипулисано да овај трибунал надлежан "да гони лица одговорна за озбиљне повреде међународног хуманитарног права извршене на територији Руанде и држављане Руанде одговорне за такве повреде извршене на

прихвата као одговарајући аргумент у прилог њиховом оснивању будући да не постоји стварна веза између задатака Савјета безбједности нормираних Повељом и органа надлежног да установи индивидуалну кривичну одговорност појединаца одговорних за кршења правила међународног хуманитарног права. Више о томе вид. у: М. Крећа, "Принцип суверенитета и Међународни кривични трибунали за бившу Југославију и Руанду", Зборник радова "Право, традиција и промјене" (ур. Д. Ђеранић), Источно Сарајево, 2020, 1–26, Б. Кривокапић, "Међународни кривични трибунали за бившу Југославију и Руанду – *pro et contra*", *Страни правни живот*, 1-3/1996, 43–55. Слични приговори се могу пронаћи и у страниој литератури. Примјера ради, њемачки аутор Хеинег (*Heinegg*) који у основи оправдава оснивање *ad hoc* Трибунала за бившу Југославију ипак констатује да услед напријед наведених мањкавости остаје "бљутав укус" (*fader Nachgeschmack*). Више о томе вид. у: З. Стојановић, "Казна без права и право без казне: Један (прилично) скептичан поглед на међународно кривично право", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1-3/1996, 55 фн. 4.

⁵⁵ ICTY, Appeals Chamber, Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-1-AR72, Judgement of 2 October 1995, para 9–25.

⁵⁶ Б. Кривокапић (1997), *op. cit.*, 79–80.

⁵⁷ Нав. према: З. Стојановић, *op. cit.*, 55 фн. 3.

⁵⁸ М. Шкулић, "Један поглед на Хашки трибунал и његово место у историји", *Хашки трибунал између права и политике* (ур. Ј. Пирић), Институт за упоредно право, Београд, 2013, 67.

⁵⁹ Члан 1 Статута. Статут трибунала за бившу Југославију доступан је на: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf, 10. мај 2023.

територији суседних држава између 1. јануара 1994. године и 31. децембра 1994. године, у сагласности са одредбама овог Статута".⁶⁰

Из претходно наведеног лако закључујемо да осим чињенице да и један и други трибунал могу судити само појединцима, што је нормирано чланом 6 Статута трибунала за бившу Југославију, односно чланом 5 Статута Трибунала за Руанду, њихова надлежност је потпуно другачије постављена. *Primo*, усљед разлика у карактеру сукоба у једном и другом случају, постоји знатна разлика у стварној надлежности два трибунала. Појединци пред трибуналом за Југославију одговарају за кршење правила међународног хуманитарног права, односно озбиљна кршења Женевских конвенција из 1949. године,⁶¹ потом за кршење правила или обичаја рата,⁶² геноцид⁶³ и злочине против човјечности.⁶⁴ С друге стране, усљед чињенице да је Савјет безбједности Уједињених нација сукоб у Руанди третирао као унутрашњи сукоб, појединци пред Трибуналом за Руанду одговарају за геноцид,⁶⁵ злочине против човјечности⁶⁶ и кршење члана 3 заједничког за Женевске конвенције и Додатни протокол II.⁶⁷ *Secundo*, надлежност трибунала за Руанду је просторно шире постављена од надлежности његовог претходника. Док се индивидуална кривична одговорност трибунала за бившу Југославију установљава само за поменуте злочине учињене на територији бивше Југославије, дотле се територијална надлежност трибунала за Руанду протеже и на територије сусједних земаља, за раније наведене злочине које учине држављани Руанде. И коначно, посљедња очигледна разлика међу овим трибуналима огледа се у временској надлежности која је за трибунал за Руанду ограничена само на злочине учињене током једне календарске године,⁶⁸ док је трибунал за бившу Југославију надлежан за све злочине учињене од 1991. године без ограничења у погледу временског трајања његове надлежности.

Видјели смо, дакле, да су и један и други трибунал надлежни за установљење индивидуалне кривичне одговорности за кршење правила међународног права, без икаквог упућивања на домаће право односних држава. У случају првооснованог, Трибунала за бившу Југославију, питање индивидуалне кривичне одговорности је дефинисано чланом 7 Статута, који у ставу 1 гласи: "Лице које је планирало, подстицало, наређивало, извршавало или на други начин помагало и подржавало планирање, припрему или извршење кривичног дјела из члана 2 до 5 овог Статута, биће појединачно одговорно за кривич-

⁶⁰ Члан 1 Статута. Статут трибунала за Руанду доступан је на: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr_EF.pdf, 10. мај 2023.

⁶¹ Члан 2 Статута трибунала за бившу Југославију.

⁶² Члан 3 Статута трибунала за бившу Југославију.

⁶³ Члан 4. Статута трибунала за бившу Југославију.

⁶⁴ Члан 5 Статута трибунала за бившу Југославију.

⁶⁵ Члан 2 Статута трибунала за Руанду.

⁶⁶ Члан 3 Статута трибунала за Руанду.

⁶⁷ Члан 4 Статута трибунала за Руанду.

⁶⁸ Иначе, у литератури се наводи да је управо ова одредба Статута разлог због ког је Руанда у Савјету безбједности Уједињених нација гласала против Резолуције 955 којом је тај трибунал и основан. Као аргумент влада Руанде је навела чињеницу да су злочини који су вршени током 1994. године резултат дуготрајног планирања, те временску надлежност трибунала треба шире поставити, почевши од 1990. године. Ипак, чланице Савјета безбједности нису биле спремне прихватити такав приједлог, те је тренутно важеће рјешење резултат политичког компромиса. Детаљније о околностима сукоба у Руанди, као и о оснивању самог трибунала вид. у: Б. Кривокапић, "Међународни кривични трибунал за Руанду", *Југословенска ревија за међународно право*, 1/1997, 73–89.

но дјело."⁶⁹ На исти начин је нормирано и у Статуту трибунала за Руанду.⁷⁰ Једина разлика произлази из, како смо већ видјели, различитог поимања сукоба у ове двије државе услед чега постоји разлика у стварној надлежности трибунала, односно врсти међународних злочина за који ће индивидуална одговорност појединих лица бити установљена.

Питањем одређења принципа индивидуалне кривичне одговорности оба трибунала су се бавила током образлагања основа своје надлежности. Наиме, одбрана у предмету *Тодић* је као један од приговора истакла чињеницу да Трибунал за бившу Југославију није легално креиран будући да Савјет безбједности "не може установити кривичну одговорност од стране појединца".⁷¹ Судско вијеће је у одговору на наводе одбране изнијело, *inter alia*, и становиште према коме нема основа по ком би се Савјету безбједности одрекла надлежност да оснује Трибунал за гоњење појединаца који су одговорни за кршења већ установљених правила међународног права нити да индиректно установи кривичну одговорност појединаца оснивањем таквог трибунала.⁷² У овом случају судско вијеће је избјегло да се прецизно определијели према питању основа установљења индивидуалне кривичне одговорности. Жалбено вијеће је, са друге стране, на приговор ненадлежности одговорило упућивањем на релевантне одредбе Повеље Уједињених нација: "установљење Трибунала спада у надлежност Савета безбједности на основу члана 41 Повеље Уједињених нација".⁷³ Будући да се у конкретном случају ради о одредбама које се односе на одржавање или успостављање међународног мира и безбједности, очигледно је у овом случају "жалбено веће [је] дало прешироко тумачење имплицитних овлашћења Савета безбједности".⁷⁴ Осим тога, изнијето је схватање према коме "обичајно међународно право намеће кривичну одговорност [појединцима] за кршење међународног хуманитарног права, укључујући озбиљна кршења заједничког члана 3", што према анализи коју износи Парлет значи да је за овај Трибунал концепт индивидуалне кривичне одговорности садржан у обичајним правилима међународног права и потпуно независан од било каквог акта о надлежности Трибунала.⁷⁵ Споран је, међутим, начин на који Трибунал разумије концепт међународних обичајних правила као формалног извора права. Иако постојање два творбена елемента у бићу обичајних правних правила проистиче и из Статута Међународног суда правде, и из резонувања тог Суда, упадљиво је да "многа Већа *ad hoc* Трибунала била су превише спремна да етикетирају норме као обичајне, не наводећи никакав разлог нити ауторитет за такав закључак".⁷⁶

И коначно, уколико би се поставило питање разумијевања принципа индивидуалне кривичне одговорности као апсолутног принципа, или насупротив томе, општег принципа који трпи изузетке, из резонувања Трибунала за Југославију би се видјело да принцип индивидуалне одговорности ипак трпи изузетке у виду "заједничког злочиначког

⁶⁹ Члан 7(1) Статута трибунала за бившу Југославију.

⁷⁰ Члан 6(1) Статута трибунала за Руанду.

⁷¹ Prosecutor v. Tadić, Case no. IT-94-1-AR72, Trial Chamber, Decision on Defence Motion on Jurisdiction (Rule 73), 10 August 1995, para. 2; нав. према: К. Парлетт, *op. cit.*, 264.

⁷² *Ibid.*

⁷³ 7 Tadić, IT-94-1, Jurisdictional Appeal, para. 36; нав. према: М. Крећа (2020), *op. cit.*, 7.

⁷⁴ *Ibidem.*

⁷⁵ К. Парлетт, *op. cit.*, 264–265.

⁷⁶ G. Mettraux, International Crimes and the ad hoc Tribunals, Oxford University Press, Oxford, 2005, 15; нав. према: М. Крећа (2020), *op. cit.*, 19.

плана" и командне одговорности, које су, као доктрине "сумњиве како у формалном тако и у материјалном смислу".⁷⁷

За разлику од свог претходника, Трибунал за Руанду је у предмету *Kanyabashi* на приговор одбране да Савјет безбједности нема овлашћење над појединцима, констатовао да је питање директне кривичне одговорности појединца у међународном праву контроверзно, али да је Савјет безбједности оснивањем ова два трибунала ту контроверзу ријешио.⁷⁸ Позивајући се на Статут као извор самог концепта индивидуалне кривичне одговорности у међународном праву, овај Трибунал је заправо само неколико година након претходно цитиране одлуке Апелационог вијећа Трибунала за бившу Југославију, оповргао његово схватање. За Трибунал у Руанди, очигледно, извор концепта индивидуалне кривичне одговорности почива у Статуту, односно акту донијетом од стране Савјета безбједности Уједињених нација. Без икаквог упућивања на нирнбершке процесе и њихов значај за афирмацију концепта индивидуалне кривичне одговорности у међународном праву, потврђен низом аката донијетих у Генералној скупштини или Савјету безбједности Уједињених нација, Трибунал за Руанду је ово питање свео на пуки формализам гдје је појединац одговоран за међународне злочине само уколико је Статутом одговарајућег тијела које има надлежност у том питању тако предвиђено. Имајући у виду све раније написано, ово схватање је, најблаже речено, крајње контроверзно. У сваком случају, и један и други Трибунал су потврдили постојање одговорности појединца у међународном праву, иако на бази различитих извора и, несумњиво, оптерећени бројним контроверзама.

2.4. Римски статут Међународног кривичног суда

Као једна од тековина нирнбершког процеса може се навести и оснивање Међународног кривичног суда са сједиштем у Хагу. Основна разлика између овог и претходно обрађених механизма почива на чињеници да се у овом случају ради о сталном судском органу основаном међународним уговором, за разлику од претходних, који су оснивани на *ad hoc* основи и почивали на контроверзним правним конструкцијама, те да је за установљење његове надлежности неопходна сагласност државе. Тиме је у питање доведена његова универзалност, но не можемо побјећи од чињенице да међународни правни поредак ипак почива на консенсуалности, те да је факултативна надлежност међународних судова основно обилежје међународног правосуђа. Друга важна карактеристика овог Суда јесте да за разлику од *ad hoc* трибунала, Стални кривични суд није дио организационе структуре Уједињених нација, већ независан и самосталан судски орган.⁷⁹

Прије него се упустимо у анализу релевантних одредаба Статута Сталног међународног кривичног суда чини нам се упутним на овом мјесту указати и нешто другачије виђење питања индивидуалне кривичне одговорности у правној науци. Наиме, наш уважени теоретичар кривичног права, Стојановић, у свом раду објављеном прије више од двије деценије, а поводом установљења Трибунала за бившу Југославију, констатује сљедеће: "Без помисли да се и најмање умањи значај постојећег међународног хуманитарног права, треба констатовати да оно није право које би могло да буде непосредан основ за утврђивање индивидуал-

⁷⁷ Више о томе вид. у: М. Крећа, *op. cit.*, 686–687.

⁷⁸ *Prosecutor v. Kanyabashi*, Case no. ICTR-96-15-T, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 18 June 1997, para. 33–35; нав. према: К. Parlett, *op. cit.*, 265.

⁷⁹ М. Крећа, *op. cit.*, 758.

не кривичне одговорности и примену казне односно кривичних санкција, а у настојањима у вези са оснивањем сталног међународног суда се не примећује озбиљна намера да се створи инстинско међународно кривично право".⁸⁰ Основну замјерку овај аутор базира на чињеници да је у развоју правила међународног кривичног права очигледно занемаривање основних постулата кривичног права, чије норме морају бити "одређене, што прецизније и извесне", а према његовим ријечима, норме садржане у међународним конвенцијама су све осим тога.⁸¹

Упркос свим недостацима на страни *ad hoc* кривичних тијела осниваних послје Другог свјетског рата, којима смо посветили нашу пажњу у раније исписаним редовима, и уз потпуно разумијевање скепсе према капацитетима међународне заједнице с краја 90-тих година да се са тим приговорима суочи, ипак морамо констатовати да је међународно кривично право, иако и даље у рудиментарном облику, саставни дио *corpura* међународног јавног права, а појединац је предмет међународноправне регулативе како на нивоу примарних, тако и на нивоу секундарних норми. "Развојем међународног права, посебно његовог дела који се ослања на универзалне вредности међународне заједнице као целине, грађанска и политичка одговорност државе као облици одговорности иманентне индивидуалистички пројектованој међународној заједници, постали су недовољни и морали су бити употпуњени кривичном одговорношћу као најперфектнијим обликом правне заштите."⁸² Према томе, кривична одговорност појединца, посматрана на нивоу нормативног рјешења садржаног у постојећим правилима међународног права одговор је на реалне потребе међународне заједнице и међународног правног поретка да се приближе "стандардима стриктне легалности".⁸³

У савременом међународном праву, питање индивидуалне кривичне одговорности уређено је, дакле, Римским статутом Међународног кривичног суда, усвојеним 1998. године.⁸⁴ Упадљиво је да се у Статуту не користи већ одомаћен термин "међународни злочини" нити се упућује на међународне обавезе појединца, већ се говори о злочинима побројаним у другом дијелу Статута који се тиче надлежности Суда *ratione materiae*, а који су ограничени само на сљедеће: геноцид, злочини против човјечности, ратни злочини и злочин агресије. Питање којим се ми на овом мјесту бавимо, а које се тиче надлежности Суда *ratione personae* нормирано је чланом 25 Статута, који носи наслов "Индивидуална кривична одговорност". Персонална надлежност Суда детаљно је нормирана кроз неколико ставова који се тичу општег принципа индивидуалне кривичне одговорности и начинима њеног установљења. У првом дијелу поменути члан 25 гласи:

"1. Суд је, у складу са овим Статутом, надлежан за вођење кривичног поступка искључиво против физичких лица.

2. Лице које почини кривично дјело из надлежности Суда је индивидуално одговорно и подложно казни у складу са овим Статутом."⁸⁵

Према томе, одредбама Римског статута стипулисано је да ће за извршен међународни злочин одговорност сносити појединац, држављанин државе која је признала

⁸⁰ З. Стојановић, *op. cit.*, 60.

⁸¹ *Ibid.*, 54–55.

⁸² М. Крећа, *op. cit.*, 671.

⁸³ Аутор сматра да је управо на Сталном међународном кривичном суду одговорност да међународно кривично право "приближи стандардима стриктне легалности". *Ibid.*, 672.

⁸⁴ Статут је на снагу ступио 2002. године. *Ibid.*, 810.

⁸⁵ Текст доступан на интернет страници: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Eng.pdf>; 9. мај 2023.

надлежност овог Суда. Иако је било приједлога да се надлежност Суда *ratione personae* прошири и на правна лица, такво рјешење ипак није прихваћено.⁸⁶

Појединац ће одговорати не само за непосредно чињење претходно побројаних злочина, већ и за наређење, помагање, подстицај или допринос извршењу кривичног дјела из надлежности Суда.⁸⁷ Сљедећа значајна одредба истог члана тиче се чињенице да ће појединац одговорати не само као самостални и директни извршилац неког од злочина, већ и уколико то учини "заједно с другим или посредством друге особе, без обзира на то да ли је то друго лице кривично одговорно".⁸⁸ То је дало повода неким ауторима да предложе другачије термилошко рјешење самог члана, по ком би адекватнији термин био *person* од термина *individual*, будући да потоњи у интерпретацији овог аутора асоцира на јединственог субјекта док *person* представља концепт који је нумерички неутралан, али боље осликава важеће стандарде међународног кривичног права у ком је неопходно да постоји одговарајућа веза између учиниоца и самог дјела.⁸⁹

Чињеница да у нашем језику термин индивидуа означава како појединце тако и колективитете, нагнала нас је на строгу диференцијацију и пажљив одабир одговарајућег термина. Бавећи се појединцем као јединком, и концепт индивидуалне кривичне одговорности посматрамо у том свјетлу, као одговорност појединца за почињене међународне злочине. И сам Статут је, чини нам се, довољно јасан у претходним, општим, ставовима гдје је прецизно описано да се индивидуална кривична одговорност установљава за акте појединачних физичких лица. Наставак истог члана, око ког је и настала спорна констатација поменутог аутора, прије упућује на модалитете вршења, односно установљења одговорности, који су, како се види, јако широко и детаљно нормирани, а све с циљем обухватања разноврсних околности у којима би појединац који учини или учествује у чињењу неког међународног злочина могао бити изведен пред лице правде.

3. ЗАКЉУЧАК

У савременом међународном праву, једина област у којој је одговорност појединца несумњиво нормирана јесте међународно кривично право. Међутим, развој међународног кривичног права је почивао на *ad hoc* основи и зависио је од политичких стремљења. Постоји подијељеност у теорији међународног права о изворима идеје индивидуалне кривичне одговорности на међународном нивоу. Неки сматрају да индивидуална одговорност није постојала у међународном праву прије XIX вијека, док су други извели концепт индивидуалне одговорности из општепризнатих правних принципа међународног права. Развој међународног кривичног права се углавном одвијао у контексту суђења пораженим странама од стране побједничких сила, што је довело до критика да су многи процеси означени као "правда побједника".

Прије Првог свјетског рата, није постојао корпус правила међународног права о обавезама појединца из којих би се могла извести правила о индивидуалној одговорно-

⁸⁶ Наводи се у литератури да је делегација Француске изнијела приједлог за проширење надлежности Суда на правна лица, правдајући га значајем за компензацију и обештећење жртава почињених злочина, но међутим, такво рјешење није прихваћено. Вид. K. Parlett, *op. cit.*, 269.

⁸⁷ Модалитети партиципације у извршењу неког од међународних злочина стипулисани су чланом 3 Статута.

⁸⁸ Члан 3 (а) Статута.

⁸⁹ Више о расправи вид. у: V. Millitelo, "The Personal Nature of Individual Criminal Responsibility and the ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice*, 5/2007, 945.

сти. Тек на темељу поступака пред Нирнбершким трибуналом, принцип индивидуалне кривичне одговорности први пут је формулисан. Трибунал је у пресуди главним немачким злочинцима закључио да "злочине против међународног права чине људи, а не апстрактни ентитети, и само кажњавањем појединаца који су те злочине починили, одредбе међународног права могу бити примењене". У овом случају, Суд одбацује претпоставку о прикривености појединца од стране државе и указује на његову директну одговорност, без обзира на однос саме државе према том делу.

Чини нам се основано закључити да је уношењем концепта индивидуалне кривичне одговорности, односно прихватањем принципа инаугурисаног још током нирнбершких суђења да међународне злочине чине појединци, лица са именом и презименом, а не апстрактни ентитети, међународно право пришло за корак ближе основним принципима кривичног права, за које се увијек каже да је стриктно и прецизно, за разлику од међународног, за које се истиче да пати од одређених структуралних мањкавости и подложно је политичким утицајима. Оно што је остало прилично спорно у овој материји тиче се формалног извора правила о одговорности појединца у међународном праву. Простим језичким тумачењем Статута Сталног међународног кривичног суда дало би се закључити да су државе уговорнице на уму имале индивидуалне обавезе које произлазе из самог Статута, као међународног уговора. Међутим, не може се занемарити допринос ранијих рјешења развоју ове материје. На концу, Нирнбершки принципи које је Генерална скупштина Уједињених нација усвојила већ половином прошлог вијека, садрже основно правило о одговорности појединца за међународне злочине, и као такви фигурирају као доказ постојања *opinio iuris*-а као неодвојивог дијела међународног обичаја.

ЛИТЕРАТУРА

- Јовашевић Д., "Наслеђе Нирнбершког суда", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 69/2015
- Komarow G., "Individual Responsibility under International Law: The Nuremberg Principles in Domestic Legal Systems", *International and Comparative Law Quarterly*, 29/1980
- Крећа М., "Принцип суверенитета и Међународни кривични трибунали за бившу Југославију и Руанду", *Зборник радова "Право, традиција и промјене"* (ур. Д. Феранић), Источно Сарајево, 2020
- Крећа, М., *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022
- Крешталица С., *Положај појединца у међународном праву*, докторска дисертација, Београд, 2019
- Кривокапић Б., "Међународни кривични трибунали за бившу Југославију и Руанду – *pro et contra*", *Страни правни живот*, 1-3/1996
- Кривокапић Б., "Међународни кривични трибунал за Руанду", *Југословенска ревија за међународно право*, 1/1997
- Кривокапић Б., "Нешто другачији поглед на међународне кривичне судове", *Хашки трибунал између права и политике* (ур. Ј. Ћирић), Институт за упоредно право, Београд 2013
- Крстић И., *Универзална надлежност у међународном праву за тешке повреде људских права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013
- Millitelo V., "The Personal Nature of Individual Criminal Responsibility and the ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice*, 5/2007
- Parlett K., "The Individual and Structural Change in the International Legal System", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 1/2012
- Parlett K., *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011
- Peters, A., *Beyond human rights: The Legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016
- Симовић М. Н., "Међународно кривично правосуђе: настанак и историјска еволуција", *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*, 2/2014

- Стојановић, З., "Има ли међународно кривично право будућност?", зборник радова, саветовање Удружења за међународно кривично право: "Међународно кривично право и људске слободе", Тара, 2008
- Стојановић, З., "Казна без права и право без казне: Један (прилично) скептичан поглед на међународно кривично право", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1-3/1996
- Tomuschat C., "The Responsibility of Other Entities: Private Individuals", *The Law of International Responsibility* (eds. J. Crawford et. al), Oxford University Press, Oxford 2010
- Чучковић Б., *Пролиферација међународних судских органа с надлежношћу у кривичним стварима*, Правни факултет Универзитета у Београду, магистарски рад, Београд, 2009
- Шкулић М., *Међународни кривични суд – надлежност и поступак*, Досије, Београд, 2005
- Шкулић М., "Један поглед на Хашки трибунал и његово место у историји", *Хашки трибунал између права и политике* (ур. Ј. Пирић), Институт за упоредно право, Београд 2013

* * *

Sanja Kreštalica, PhD*

INDIVIDUAL CRIMINAL RESPONSIBILITY IN INTERNATIONAL LAW: FROM THE TREATY OF VERSAILLES TO THE ROME STATUTE

Summary

In modern international law, the only area in which individual responsibility is undoubtedly stipulated is international criminal law. However, the development of international criminal law rested on an ad hoc basis and depended on political aspirations. There is a division in the theory of international law regarding the sources of the idea of individual criminal responsibility at the international level. Some authors believe that individual responsibility did not exist in international law before the 19th century, while others derived the concept of individual responsibility from generally recognized legal principles of international law. The development of international criminal law has mainly taken place in the context of the trial of the defeated parties by the victorious powers, which has led to criticism that many processes have been labeled as "victor's justice".

Before the First World War, there was no body of international law rules on individual obligations from which rules on individual responsibility could be derived. It was only on the basis of the proceedings before the Nuremberg Tribunal that the principle of individual criminal responsibility was formulated for the first time. The tribunal concluded in its verdict on the main German criminals that "crimes against international law are committed by people, not abstract entities, and only by punishing the individuals who committed these crimes, the provisions of international law can be applied." In this case, the Court rejects the assumption of concealment of the individual by the state and points to his direct responsibility, regardless of the attitude of the state itself towards that part.

It seems reasonable to conclude that by introducing the concept of individual criminal responsibility, i.e. by accepting the principle inaugurated during the Nuremberg trials that international crimes are committed by individuals, and not by abstract entities, international law has come a step closer to the basic principles of criminal law, for which is always said to be strict and precise, unlike the international one, which is said to suffer from certain structural deficiencies and is subject to political influences. What remains quite controversial in this mat-

* Assistant Professor, Faculty of Law University of the City of East Sarajevo, sanja.tepavcevic@pravni.ues.rs.ba

ter concerns the formal source of the rule on individual responsibility in international law. A simple linguistic interpretation of the Statute of the Permanent International Criminal Court would lead to the conclusion that the contracting states had in mind individual obligations arising from the Statute itself, as an international treaty. However, the contribution of earlier solutions to the development of this matter cannot be ignored. Finally, the Nuremberg principles, which were adopted by the General Assembly of the United Nations in the middle of the last century, contain the basic rule on the responsibility of the individual for international crimes, and as such figure as proof of the existence of opinio iuris as an inseparable part of international custom.

Keywords: individual criminal responsibility, the International Military Tribunal in Nuremberg, the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda.

мр Томислав Стојковић*

МЕЂУНАРОДНА ПРАВНА ПОМОЋ У КРИВИЧНИМ СТВАРИМА И СПОРНА ПИТАЊА У ПРАКСИ

Апстракт: *Тема овога реферата је међународно право о људским правима које представља аутономни део међународно јавног права. Оно представља и нумерише пре свега међународна правна правила у заштити појединца, када се то каже мисли се на људска права и основне слободе које се штите међународним правом, које представљају основ овога реферата у смислу примене конвенцијског права са којим је хармонизовано унутрашње право и представља саставни део позитивног правног поретка Републике Србије. Основни темељ међународног права и хармонизованог унутрашњег права са конвенцијским нормама је појединац који добија статус субјекта права, па као субјект права ужива и врши своје право, а у случајевима повреде, међународни судски поредак и унутрашње право у оквиру Устава и законодавства омогућава заштиту.*

Кључне речи: *екстрадиција, људско право, право на правично суђење, конвенцијско право, уставно право.*

1. УВОД

Међународна правна помоћ у области кривичног права поставља у теорији и пракси одређена спорна правна питања, па за потребе овог реферата обрађују се питања која се тичу примене у судској пракси.

Кривично правна помоћ подразумева предузимање одређених радњи у току кривичног поступка за рачун друге државе на основу закона или на основу међународних уговора. Ако се захев од надлежног правосудног органа стране државе да пружи правну помоћ, таква помоћ има карактер активне међународне кривично правне помоћи, а ако се правна помоћ указује на молбу стране државе, таква помоћ представља пасивну кривично правну помоћ.¹

Екстрадиција или изручење криваца први пут је употребљен у Резолуцији Конституанте 17.11.1791. године, а своју пуну афирмацију овај институт међународног кривичног права доживео је у 19. веку. Екстрадиција се дефинише као изручење странаца или лица без држављанства страном држави да би му се судило за учињено кривично дело, односно да би издржало казну на коју је осуђено у некој другој држави.²

* Адвокат и бивши судија Уставног суда Републике Србије, adv.tomislavs@gmail.com.

¹ Т. Васиљевић, *Коментар Закона о кривичном поступку*, Београд, 1977, 587.

² З. Јекић, "Екстрадиција у Југословенском праву", *Правни живот*, Београд, 10/1983; 1067; М. Симовић *Међународно кривично право*, Факултет правних наука, Бања Лука, 2007, 320.

Ценећи домен људских права, она нису достигла тачку нормативне перфекције, већ она престављају особено комбинацију елемената права, политике и вредности међународне заједнице. Другим речима, оно што се назива људским правима, у ствари представља право *de lege ferenda*. Односно да регулативу људских права чине одговарајући правни стандарди, а не обавезе *stricto sensu*.³

У правно-теоријском смислу, теорија људских права представља скуп принципа и стандарда и норми којима је превасходно циљ заштита човека, достојанства и обезбеђења животних услова који му омогућавају да задовољи и развије своје духове и животне потребе.⁴

Узимајући у обзир задату тему, у смислу одредбе члана 6. става 1 ЕКЉП, право на правично суђење представља апстрактан појам и правни институт који опредељује процесне гаранције свакоме о чијим се грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега одлучује. То значи да у смислу одредбе члана 34. став 1. ЕКЉП-а *rationi personae* титулар права на људску заштиту пред Европским судом има сваки појединац, организација или групе лица која су предвиђења Конвенцијом или протоколима уз њу, а које су починиле Високе стране уговорнице.

На основу наведеног произлази да се из преамбуле Конвенције која се тиче владавине права која представља један од основних циљева Конвенције, ингеренције и надлежност ЕКЉП по својој активности проширио поље примене права на правично суђење у грађанској, кривичној и управној материји. Према становишту Европског суда за људска права, став 1. члана 6. ЕКЉП-а у суштини представља основну норму, док став 2 и 3 члана 6 ЕКЉП уређује случајеве њене посебне примене. (CEDH, 25. aout 1987, Luty C/ Allemagne, serie A, n 123, paragraf 52)

Основни принцип владавине права у смислу члана 6 ЕКЉП значи да свако субјективно право мора да ужива заштиту закона, то значи да сваки кривични процес у односу на заштиту субјективног права, не сме да буде решен арбитарно и произвољно, то значи гаранцију поступка и приступа суду пред независним и непристрасним судом који гарантује равноправност странака и контрадикторност. То значи да носилац јавног овлашћења, тужилаштво, као иницијатор кривично процесног поступка у односу на носиоца субјективног права, оптуженога има равноправан статус пред судом.⁵

2. МЕРОДАВНО МЕЂУНАРОДНО ПРАВО

Париз, 13. децембар 1957. године.

ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА О ЕКСТРАДИЦИЈИ

Члан 1.

Обавеза издавања

Обавеза издавања Стране уговорнице се обавезују да ће, према прописима и условима који су наведени у наредним члановима, издавати једне другима лица која се

³ М. Крећа, *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 576; L. Henkin *et al.*, *International Law, Cases and Materials*, Third Edition, 600.

⁴ С. Аврамов, *Међународно јавно право*, Савремена администрација, Београд, 1983, 226.

⁵ А. Јакшић, *Европска конвенција о људским правима*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006, 191.

гоне због почињеног кривичног дела или се траже ради извршења казне или мере безбедности од стране правосудних органа стране молиље.

Члан 2.

Дела за која се врши издавање

1. Издавање ће се вршити за дела за која је, према законима стране молиље и замољене стране, као највећа казна прописана казна лишења слободе или мере безбедности, лишења слободе од најмање годину дана или строжа казна. Када се ради о казни или мери безбедности изреченој на територији стране молиље, трајање изречене казне мора да буде најмање четири месеца

3. Свака Страна уговорница чије законодавство не дозвољава издавање за нека од кривичних дела која су наведена у ставу 1. овог члана, може ова кривична дела да искључи из области примене Конвенције

Члан 3.

Политичка кривична дела

1. Издавање се неће одобрити за дела која су, према оцени замољене стране, политичка кривична дела или дела повезана са таквим кривичним делом.

2. Издавање се такође неће одобрити ако је у замољеној држави с разлогом засновано мишљење да је издавање затражено због кривичног дела из општег права ради гоњења или кажњавања лица због расне припадности, вере, националности или политичких убеђења или ако се сматра да би положај тог лица био погоршан из ових разлога.

3. Ради примене ове конвенције, атентат на шефа државе или неког члана његове породице неће се сматрати политичким кривичним делом.

4. Примена овог члана не задире у обавезе које су Стране преузеле или ће преузети на основу сваке друге међународне конвенције мултилатералног карактера

Члан 4.

Војна кривична дела

Војна кривична дела Издавање због повреде војних дужности које не спадају у кривична дела из општег права искључује се из примене ове конвенције.

Члан 14.

Правило специјалности

1. Издато лице неће бити гоњено, суђено или лишено слободе ради извршења казне или мере безбедности, нити подвргнуто било каквом другом облику ограничења личне слободе за било које дело учињено пре предаје, а које није предмет издавања, осим у следећим случајевима:

(а) ако Страна која га је изручила на то пристане. У ту сврху биће поднет захтев са прилозима предвиђеним у члану 12. и судски записник са изјавама издатог лица. Овај пристанак ће се дати у случају да кривично дело за које је тражено повлачи за собом обавезу издавања на основу ове конвенције

ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА

Члан 2.

Право на живот

1. Право на живот сваке особе заштићено је законом. Нико не може бити намерно лишен живота, сем приликом извршења пресуде суда којом је осуђен за злочин за који је ова казна предвиђена законом.

2. Лишење живота се не сматра противним овом члану ако проистекне из употребе силе која је апсолутно нужна:

- а) ради одбране неког лица од незаконитог насиља;
- б) да би се извршило законито хапшење или спречило бекство лица законито лишеног слободе;
- ц) приликом законитих мера које се предузимају у циљу сузбијања нереда или побуне.

Члан 3.

Забрана мучења

Нико не сме бити подвргнут мучењу, или нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању.

Члан 5.

Право на слободу и сигурност

1. Свако има право на слободу и безбедност личности. Нико не може бити лишен слободе осим у следећим случајевима и у складу са законом прописаним поступком:

ц) у случају законитог хапшења или лишења слободе ради привођења лица пред надлежну судску власт због оправдане сумње да је извршило кривично дело, или када се то оправдано сматра потребним како би се предупредило извршење кривичног дела или бекство по његовом извршењу.

3. Свако ко је ухапшен или лишен слободе сходно одредбама из става 1.ц овог члана биће без одлагања изведен пред судију или друго службено лице законом одређено да обавља судске функције и имаће право да му се суди у разумном року или да буде пуштен на слободу до суђења. Пуштање на слободу може се условити јемствима да ће се лице појавити на суђењу.

Члан 6.

Право на правично суђење

1. Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. Пресуда се изриче јавно, али се штампа и јавност могу искључити с целог или с дела суђења у интересу морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, када

то захтевају интереси малолетника или заштита приватног живота странака, или у мери која је, по мишљењу суда, нужно потребна у посебним околностима када би јавност могла да нашкоди интересима правде.

2. Свако ко је оптужен за кривично дело сматраће се невиним све док се не докаже његова кривица на основу закона.

3. УНУТРАШЊЕ ПРАВО

ЗАКОН О МЕЂУНАРОДНОПРАВНОЈ ПОМОЋИ У КРИВИЧНИМ СТВАРИМА "Службени гласник РС", број 20 од 19. марта 2009. године.

Члан 7.

Претпоставке за пружање међународне правне помоћи су:

1) да кривично дело поводом којег се захтева пружање међународне правне помоћи представља кривично дело по закону Републике Србије;

2) да за исто кривично дело није правноснажно окончан поступак пред домаћим судом, односно да кривична санкција није у потпуности извршена;

3) да кривично гоњење, односно извршење кривичне санкције није искључено због застарелости, амнестије или помиловања;

4) да се захтев за пружање међународне правне помоћи не односи на политичко кривично дело или дело повезано са политичким кривичним делом, односно на кривично дело које се састоји искључиво у повреди војних дужности;

5) да пружање међународне правне помоћи не би повредило суверенитет, безбедност, јавни поредак или друге интересе од суштинског значаја за Републику Србију.

Изузетно од става 1. тачка 4) овог члана, међународна правна помоћ ће бити пружена поводом кривичног дела против међународног хуманитарног права за које не наступа застарелост.

О испуњености претпоставки из тач. 1. до 3. става 1. овог члана одлучује надлежни правосудни орган, а о испуњености претпоставки из тач. 4) и 5) става 1. овог члана одлучује односно даје мишљење министар надлежан за правосуђе.

Члан 8.

Узајамност

Домаћи правосудни органи пружају међународну правну помоћ под условом узајамности. На захтев домаћег правосудног органа, министарство надлежно за правосуђе даје обавештење о постојању узајамности.

Ако нема података о узајамности, претпоставља се да узајамност постоји.

Члан 16.

Претпоставке за изручење

Поред претпоставки предвиђених чланом 7. овог закона, претпоставке за изручење су:

- 1) да лице чије се изручење захтева није држављанин Републике Србије;
- 7) да држава молила да гаранције да ће у случају осуде у одсуству поступак бити поновљен у присуству изрученог лица;

Члан 34.

Одлагање изручења

Министар надлежан за правосуђе може одложити извршење решења из члана 32. овог закона:

- 1) док не буде правноснажно окончан кривични поступак пред домаћим судом који се против лица чије изручење је дозвољено води за друго кривично дело;
- 2) док лице чије изручење је дозвољено не издржи казну затвора или другу кривичну санкцију која се састоји у лишењу слободе.

ЗАКОН О АЗИЛУ И ПРИВРЕМЕНОЈ ЗАШТИТИ "Службени гласник РС", број 24 од 26. марта 2018.

Члан 6.

Забрана протеривања или враћања

Ниједно лице не сме бити протерано или враћено на територију где би његов живот или слобода били угрожени због његове расе, пола, језика, вероисповести, националне припадности, припадности одређеној друштвеној групи или политичког уверења.

4. РЕЛЕВАНТНА ДОМАЋА И МЕЂУНАРОДНА СУДСКА ПРАКСА У ПИТАЊУ ГАРАНЦИЈА

У анализи јуриспуденције домаћих судова и Евроског суда за људска права, бавићемо се применом одредба члана 3, 5 и 6 Европске конвенција за заштиту људских права, као и члана 32 Устава Републике Србије.

У својој досадашњој пракси Суда до флагрантног кршења члана 5. би дошло уколико би подносилац био изложен ризику од дуге затворске казне у земљи мољили, а да је претходно био осуђен у флагрантно неправичном поступку, па је флагрантно ускраћивање правде изједначио са институтом који је очигледно у супротности са одредбама члана 6. Конвенције. Сам појам флагрантног ускраћивања правде није посебно дефинисан, али он између осталог, подразумева доношење осуђујуће пресуде у одсуству *in absentia* са правном немогућношћу да се у касније поновљеном поступку донесе мериторна и правична одлука. (ЕСЈП, *Sejdanović v. Italija*, 2006. година, *Stoichkov v. Bulgaria*, одлука ЕСЈП од 2005. године.) (ЕСЈП, *Otham abu Qatada*, Пресуда од 17.01.2012. године, став 259.)

Наведени принцип је по први пут успостављен у пресуди ЕСЈП, *Soyering* против Уједињеног краљевства, 07.07.1989, став 113, Серија А број 161, Суд га је касније потврдио у великом броју предмета (између осталих *Mamatkulov i Askarov I Al-Saadoon i Mufdhi* против Уједињеног краљевства бр. 61498/08, став 149 ЕСПЛ 2010.)

У поступку који је претходио Уставно-судском поступку, вођен је кривични поступак пред Основним судом у Скопље I Скопље IV у предмету К. 28098/05 и суђено

му је у одсуству. Правноснажном пресудом Основног суда Скопље I Скопље IV К. 809/05 од 17.05.2007. године, подносилац уставне жалбе је оглашен кривим због извршења кривичног дела злоупотреба службеног положаја и овлашћења из члана 353. став 3. у вези са ставом 1. у вези са чланом 22. и 45. Кривичног закона Македоније и изречена му је казна затвора у трајању од седам година.

Министарство правде Рпублике Македоније је молбом број 12/2-636/2013-5 од 03.06.2013. године, затражило изручење подносиоца уставне жалбе, држављанина Републике Македоније и Републике Србије, у циљу његове предаје правосудним органима Републике Македоније ради издржавања казне затвора у трајању од седам година по наведеној пресуди Основног суда Скопље I Скопље IV.

Министарство правде Републике Србије је молбу Министарства правосуђа Републике Македоније за изручење подносиоца уставне жалбе са пропратном документацијом доставило Вишем суду у Београду, с молбом да утврди да ли су испуњене претпоставке за његово изручење.

Подносилац жалбе је саслушан пред истражним судијом Вишег суда у Београду дана 30.10.2013. године.

Виши суд у Београду је, након спроведеног екстрадиционог поступка 21.12.2015. године, донео оспорено решење Кв. 3536/15 од 21.12.2015. године, којим је утврђено да су испуњене законске претпоставке за издавање правосудним органима Републике Македоније окривљеног Д. Д., овде подносиоца уставне жалбе, држављанина Републике Македоније и Републике Србије, на основу замолнице Министарства правде Републике Македоније број 736/2013-05 од 03.06.2013. године, ради издржавања казне затвора у трајању од седам година на коју је осуђен пресудом Основног суда Скопље I Скопље IV К 809/05 од дана 17.05.2007. године, правноснажне 26.03.2008. године, због кривичног дела злоупотреба службеног положаја и овлашћења из члана 353. став 3. у вези са ставом 1. у вези са чланом 22. и 45. Кривичног закона Македоније. Решење Вишег суда у Београду Кв. 3536/15 од дана 21.12.2015. године, је потврђено решењем Апелационог суда у Београду КЖ 2 бр. 59/16 од 03.02.2016. године.

Одредбама члана 7. Закона о потврђивању Уговора између Републике Србије и Републике Македоније о изручењу ("Службени гласник РС – Међународни уговори" број 5/2012) прописано је: да ће се изручење ради кривичног гоњења дозволити само за кривично дело за које је, како према праву државе молиље, тако и према праву замољене државе, прописана казна затвора или мера која укључује одузимање слободе у трајању од намање једне године (став 1.); да ће се изручење ради извршења правноснажно изречене казне затвора или мере која укључује одузимање слободе, дозволити само за кривична дела која су кажњива према праву обе државе уговорнице и уколико трајање казне затвора или мере која укључује одузимање слободе или њихов остатак који треба да се изврши, износи најмање четири месеца (став 2.); да ако се молба за изручење односи на више кривичних дела за која је по праву државе молиље као и по праву замољене државе прописана казна затвора или мера која укључује одузимање слободе, а нека од њих не испуњавају услове у погледу висине кривичне санкције прописане у ст. (1) и (2) овог члана, изручење се може дозволити и за та кривична дела (став 3.).

Одредбама члана 9. Закона о потврђивању Уговора између Републике Србије и Републике Македоније о изручењу је прописано да се изручење неће дозволити: ако лице

чије се изручење тражи ужива азил на територији замољене државе (став. 1.): ако би изручење било у супротности са обавезама замољене државе које произилазе из мултилатералних уговора које је обавезују.

Сагласно одредбама члана 10. Закона о потврђивању Уговора између Републике Србије и Републике Македоније о изручењу: изручење се неће дозволити ако се тражи због дела за које је лице чије се изручење тражи у замољеној држави већ правноснажно осуђено или ослобођено, или је против њега кривични поступак правноснажно обустављен, или је оптужба против њега правноснажно одбијена (став 1.).

Одредбом члана 16. став 1. тачка 7. Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима је прописано да се поред претпоставке из члана 7 истог закона претпоставка за изручење да држава молила да гаранције да ће у случају осуде у одсуству поступак бити поновљен у присуству изрученог лица.

Одредбом члана 17. Закона о потврђивању уговора између Републике Србије и Републике Македоније о изручењу прописано је – ако је лице чије се изручење тражи правноснажно осуђено у одсуству, изручење ће се дозволити само ако држава молила гарантује да ће кривични поступак после изручења поново спровести у присуству изрученог лица.

У овом уставно – судском поступку централно питање је гаранција за понављање поступка подносиоца уставне жалбе, узимајући у обзир чињеницу да је гаранција дата у форми дописа председника Основног суда Скопље од 10.02.2014. године, који је суду достављен преко Министарства правде Републике Македоније уз акт број 13/2-11/2014 од 12. 02. 2014. године.

Становишта суда је да сама гаранција није довољна да би се обезбедила адекватна заштита од ризика флагрантног кршења правде. Суд је у својој досадашњој пракси константовао да постоји обавеза замољене државе да испита да ли се гаранција обезбеђује у својој практичној примени и даје довољно јемства да ће подносилац уставне жалбе бити заштићен од ускрађивања правде. Разумљиво, ово зависи од сваког случаја понаособ и околности које су преовладавајуће. То даље значи, као прво, квалитет датих гаранција, а као друго, да ли се у пракси државе молитељнице, замољена држава може ослонити на њих, дакле да ли су гаранције специфичне или неодређене, а нарочито да ли оне могу обавезати одредишну државу (ЕСЉП, Shamaev и остали против Грузије и Русије, Одлука од 2006, ЕСЉП, Abu Salem против Португала, Одлука од 09.05.2006. године; ЕСЉП, Garaev против Азербејџана, одлука од 2010. године.)

Обавеза суда је да размотри да ли би изручење подносиоца уставне жалбе било у складу са његовим правима из Конвенције и Устава, односно члана 32. и 33. Устава Републике Србије, на овом месту се може указати и на одредбе члана 16. став 2. Устава по којем су потврђени међународни уговори саставни део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују.

Уставни суд Републике Србије указује на опште принципе које се тичу критеријума "флагрантног ускрађивања правде" које се могу ценити у изузетним случајевима на основу члана 6. која се односе на изручење ценећи околности у којом је лице које би било изручено у судском поступку постојао реални ризик да ће претрпети флагрантно ускрађивање правде у земљи која тражи његово изручење. Наведени принцип је први пут успо-

стављен у пресуди *Soering v UK*. ЕСЈП, 1989. година, а и у каснијим одлукама Суда је овај став потврђен у предмету *Al Saadoon i Multhin v. UK*, 2010. године.

Посебно указујемо да вишеструко укидање првостепених решења и доношења нових, а у суштини потпуно истих – преписаних решења од стране суда првог степена, без поступања по примедбама другостепеног суда, указује на озбиљан недостатак у судском систему (ЕСЈП, *Wiercisyewska* против Пољске, 41431/98, 25.11.2003. године, став 46). Овај недостатак је утолико озбиљнији ако жалбени суд након што је неколико пута са идентичним образложењем укинуо решење, приликом доношења оспореног решења заузме становиште које је у супротности с претходно изношеном аргументацијом. Овај став Уставни суд Републике Србије је изнео у предмету Уж - 4985/2012 од 12.12.2013. године.

Примећује се да у конкретном случају треба водити рачуна о трајању и снази билатералних односа држава уговорница који се односе на међусобно обавезивање сличних гаранција (ЕСЈП, *Abu Qatada* против Уједињеног Краљевства, одлука од 17.01.2012. године, ЕСЈП, *Al Moayad* против Немачке, одлука од 20.02.2007. године.). На основу извештаја Министарства правде Републике Србије, утврђено је да страна уговорница Република Македонија – Северна Македонија није испоштовала одредбе билатералног споразума на тај начин што је лица која су по замолници Републике Србије била притворена, није испоручила, а тиме није поступила у складу са одредбама билатералне Конвенције. Из наведених разлога Уставни суд Републике Србије је усвојио уставну жалбу Д.Д. и поништио решење

Апелационог суда у Београду Кж2 59/16 од 03.02.2016. године, и одредио да наведени суд донесе нову одлуку о жалби подносиоца (УЖ – 2203/2016 Уставног суда Републике Србије).

У предмету *Cevdet Ayaz* против Србије, одлука Комитета против мучења од 22.07.2019. године, до 09.08.2019. године, донета је наведена одлука да је држава Србија учинила кршење члана 3. Европске конвенције за заштиту људских права и слобода.

Надлежни орган Турске је 07.12.2016. године, поднео захтев Министарству правде Републике Србије за екстрадицију. Виши суд у Шапцу је 19.01.2017. године, донео одлуку да су сви предуслови испуњени за слање подносиоца жалбе у Турску у складу са члановима 7. и 16. Закона о узајамној помоћи у кривичним стварима. Није било провере од стране Вишег суда у Шапцу по питању ризика од третмана у супротности са чланом 3. Конвенције. Одлука је донета у складу са документима добијеним од Турске, а који нису адекватно преведени на Српски језик, па из тих разлога нису били поуздани. Подносилац жалбе је 03.02.2017. године, уложио жалбу на одлуку о екстрадицији Апелационом суду у Новом Саду. Апелациони суд у Новом Саду је 23.02.2017. године, укинуо одлуку Вишег суда у Шапцу, из разлога што није пружано адекватно усмено превођење током поступка и није утврђено за које кривично дело је подносилац жалбе осуђен у Турској. Виши суд у Шапцу је 17.03.2017. године, донео идентичну одлуку, без адекватног испитивања подносиоца, без адекватног превођења докумената добијених из Турске, и што је у овом случају фундаментално без испитивања ризика о забрани протеривања и изручења. Подноси се нова жалба, друга по реду, Апелационом суду у Новом Саду 22.03.2017. године. Апелациони суд у Новом Саду је 12.04.2017. године, спровео саслушање у којем је подносилац жалбе изјавио да је био жртва тортуре и да је његово кривич-

но гоњење политичке природе. Апелациони суд доноси нову одлуку и наредио је Вишем суду у Шапцу да на адекватан начин изврши процесне радње према подносиоцу жалбе.

По трећи пут 12.10.2017. године, Виши суд у Шапцу донео је исту одлуку да не постоје препреке за екстрадицију подносиоца жалбе Турској. Подносилац улаже нову жалбу Апелационом суду у Новом Саду.

Сада се у том поновљеном жалбеном поступку пред Апелационим судом у Новом Саду догађа неприхватљиво понашање Министарства правде Републике Србије. Апелациони суд у Новом Саду је заказао рочиште за 22.11.2017. године. Адвокат подносиоца жалбе је телефонским путем обавештен од судије Апелационог суда у Новом Саду да се саслушање помера уместо за 22.11.2017. године, 7 дана раније 15.11.2017. године. Судија је потврдио да је ту одлуку донео на основу захтева Министарства правде које је инсистирало да се случај заврши пре 30.11.2017. године, јер задржавање пре доношења одлуке не може трајати дуже од годину дана, ово из разлога неопходности како би Министарство правде донело коначну одлуку о екстрадицији.

Апелациони суд у Новом саду на овом презаказаном претресу 15.11.2017. године, доноси решење о укидању одлуке Вишег суда у Шапцу и дао налог да се одржи саслушање у складу са законом о кривичном поступку, да се преведе документација добијена из Турске, на основу које ће се одредити на основу ког кривичног дела је подносилац жалбе окривљен и оптужен. Виши суду Шапцу 30.11.2017. године, је одржао расправу и указао суду да је подносилац жалбе поднео захтев за азил у Србији и да због истека рока трајања издржавања (једна година) исти треба да се ослободи и пошаље у камп за тражиоца азила. Након окончања расправе, подносилац захтева и његов адвокат су обавештени да ће одлука о укидању притвора бити послата корективној установи у Шапцу, где је подносилац жалбе држан у притвору, до краја дана, након чега ће подносилац жалбе бити ослобођен.

У овом предмету је значајно што је пред Апелационим судом у Новом Саду 14.12.2017. године, на којем је одржано жалбено рочиште где адвокат подносиоца жалбе поднео *pote verbale* комисији, заједно са преводом на Српски језик, тражећи од државе потписнице да се усдржи од изручења подносиоца жалбе Турској. Апелациони суд је потврдио одлуку Вишег суда у Шапцу о испуњености услова за екстрадицију. Судија је заузео становиште да се екстрадиција не дозволи уколико је лице које је предмет екстрадиције ужива статус азиланта на територији државе од које се тражи екстрадиција и да у складу са чланом 7. став 4. Закона у узајамној помоћи у кривичним стварима, да је то надлежност Министарства правде Србије а не на суду да ли су испуњени услови екстрадиције због политичких кривичних дела или не.

Министарство правде 15. 12. 2017. године, доноси одлуку да је екстрадиција дозвољена према Закону о заједничкој помоћи у кривичним стварима и да су судови установили кривично дело због којег је екстрадиција затражена и да је исто кривично дело и у Српском закону из члана 308 КЗ, напад на уставно уређење.

На основу свега наведеног, Комитет је становишта да држава потписница Република Србија има обавезу да понуди обештећење подносиоцу жалбе, укључујући адекватну накнаду за нематеријалну штету која је настала услед физичке и нематеријалне штете која му је нанета. Овакво становиште комитета је у складу са предметом Гаши против Хрватске, пресуда од 13.12.2007. године, која је изражена на следећи начин: " став 40. Суд сматра да би грешке или пропусти државних органа требали ићи у корист оштећених

грађана, нарочито ако се тиме не доводи у питање други супростављени **приватни** интерес. Другим речима, ризик сваке грешке коју је правио државни орган треба да сноси држава, а пропусти се не смеју исправљати на штету грађана.

Посебно бих хтео да истакнем примену члана 3. Конвенције из члана 39. Устава Републике Србије. Украјински држављанин је на граничном прелазу Републике Србије притворен и одређен му је притвор 07.06.2022. године, у смислу члана 22 став 1 тачка 1 Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима (*Службени гласник РС* број 20/2009).

У наведеном предмету, основ изручења Украјинског држављанина А.О.Н. је да је починио два кривична дела из члана 364 Кривичног законика Украјине, Злоупотреба службеног положаја који је идентичан кривичном делу из члана 359 Кривичног законика Републике Србије (Сл. гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019). После првобитног захтева за изручење Генерално тужилаштво Украјине је поднело нови захтев за изручење због кривичног дела из члана 111 Кривичног законика Украјине због кривичног дела државне изјаве – велеизјаве која се односи на штету суверенитета, територијалног интегритета, безбедности и информационе безбедности Украјине која се односи на војни положај или у периоду оружаних сукоба, шпијаунажу и сарадњу са иностарним организацијама чиме се подрива државност Украјине. Овај предмет је изазвао велику пажњу јавности јер се ради о високо позиционираном официру оружаних снага Украјине – бригадном генералу и начелнику службе унутрашње безбедности Украјине.

У току овог поступка Генерално тужилаштво Украјине које га гони по службеној дужности својим дописом се обраћа Министарству правде Републике Србије и у том свом допису сада истиче нови основ кривичне одговорности и истраге пред органима Украјине у односу на члан 191 Кривичног законика који се односи на присвајање туђе имовине у већим износима. Овим захтевом Државно тужилаштво даје гаранције да ће се држава молитељица – Украјина у свему придржавати у складу са Европском конвенцијом о екстрадицији и допунским протоколима (Европска конвенција о екстрадицији од 13.12.1957. године, додатни протоколи од 15.10.1975. године, и 15.03.1978. године, Објављено у Сл. Листу, СРЈ - Међународни уговори, бр. 10/2001).

У овом предмету је спорно правно питање примена унутрашњег права и конвенције. У односу на унутрашње право битан је Закон о међународно-правној помоћи у кривичним стварима, а у односу на Конвенцијско право Европске конвенције о екстрадицији. Узимајући у обзир чињеницу да између Украјине и Републике Србије не постоји билатералан међународни споразум, то се у конкретном случају ради у првој фази о примени Европске конвенције о екстрадицији у односу на услове изручења. Овде истичемо да се у гаранцији Генералног тужилаштва Украјине управо наводи да ће се Украјина обавезати и у свему поступати у складу са Европском конвенцијом о екстрадицији.

Одредбом члана 8. став 2. Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима, законодавац је прописао да у случају недостатка података о узајамности, претпоставља се да узајамност постоји. Ово је са становишта апстрактне и нормативне контроле у најмањој мери контрадикторно. По мојем становишту, узајамност се не може претпостављати ако постоји међународни споразум, а то је Европска конвенција о екстрадицији која по слову Устава Републике Србије члан 16. став 2. од стране уставотворца

одређена да су општеприхваћена правила и потврђени међународни уговори саставни део правног поретка Републике Србије и **непосредно се примењују**. Потврђени међународни уговори морају бити у складу са уставом.

Законска норма става 4. члана 7. је јасна, којом се указује да се захтев за пружање међународне правне помоћи не односи на политичко кривично дело или делом повезаним са политичким кривичним делом, **односно на кривично дело које се састоји искључиво у повреди војних дужности**. Поред овога, законодавац је предвидео у ставу 5. истога члана да пружање међународне правне помоћи не би повредило суверенитет, безбедност, јавни поредак или **друге интересе од суштинског значаја за Републику Србију**.

Одредбе члана 16. став 1. као претпоставку за изручење у односу на наведени члан 7. предвиђа у ставу 1 да лице чије се изручење захтева није држављанин Републике Србије. Поред овога држава молила је обавезна да да гаранције у смилу правичног суђења по ставу 7.

У односу на Европску конвенцију о екстрадицији, члан 3, у рубруму политичка кривична дела, у ставу 1 је прописано да изручење неће бити одобрено за дела која су, према оцени замољене државе, политичка кривична дела или дела повезана са таквим кривичним делом. **И оно што је најбитније за примену Конвенцијске норме јесте члан 4. у рубруму војна кривична дела којим се прописује да је изручење због повреде војне дужности која не спадају у кривична дела из општег права, искључује се из примене ове Конвенције.**

На основу доказа изведених у току поступка, несумњиво се ради о високо позиционираном официру, бригадном генералу на челу службе безбедности као начелнику унутрашње контроле, који је од стране организације која се зове Миротворец, и који је доступан на свим сајтовима осуђен као велеиздајник на смрт. Поред овога председник Украјине је у свом интервију и на сајтовима приступачним рашчинио А.О.Н. чина генерала због велеиздаје и позвао на кривичну одговорност.

Изручење и протеривање од стране државе молиље, као државе уговорнице може довести до покретања питања из члана 3. ЕКЉП, то значи може се покренути питање одговорности државе на основу конвенције ако се докаже да постоје основни разлози да се верује да ће се особа чије се изручење тражи, суочити са стварним ризиком од подвргавања поступку који је супротан члану 3. ако буде депортован. У том случају, члан 3. подразумева обавезу недепортације предметне особе у ту земљу. Члан 3. је апсолутан и није могуће одмерити ризик од злостављања и разлога за протеривање. ЕСН број 37201/2006 Saadi против Италије, став 125 и 138. (ЕСЉП, Othman abu Qatada, Пресуда од 17.01.2012. године, став 185)

Поред овог питања, у овом предмету поставља се суштинско питање гаранције као услова законитости одлуке о испуњености услова за изручење. Домаћи судови не смеју олако прихватити сваку гаранцију државе молиље. Та гаранција мора бити суштински испитана и домаћи органи се не смеју олако ослонити на само постојање дописа који се назива гаранција.

Пракса Европског суда за људска права је јасна. Домаћи органи не смеју и не могу прихватити било какав документ као гаранцију да ће се поступак правично водити и само постојање гаранције није довољно. Домаћи органи, то значи судови у Републици

Србији морају испитати да ли се могу ослонити на ту гаранцију. (ЕСЉП *Babar Ahmad and Other v. the United Kingdom*, пресуда од 06.07.2010. године, став 106)

У односу на члан 5. Конвенције би дошло ако би у овом случају замољена држава, Република Србија, изручила држављанина Украјине у државу молиљу у коју би постојао стварни ризик од флагрантног кршења тог члана. То значи да се у односу на члан 6 Конвенције, право на правично суђење, могло ценити ако би дошло до правне ситуације у којој би изручено лице било изложено ризику од дуге затворске казне.

Конвенција против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казних поступака, генерална скупштина УН 10.12.1984. године, ратификована је и објављена је у Службеном листу СФРЈ – Међународни уговори број 9/91.

У смислу ове конвенције, израз "тортура" означава сваки акт којим се једном лицу намерно наносе бол или тешке физичке или менталне патње у циљу добијања од њега или неког трећег лица обавештења или признања или његовог кажњавања за дело које је то или неко треће лице извршило или за чије извршење је осумњичено, застрашивања тог лица или вршења притиска на њега или застрашивања или вршења притиска на неко треће лице или из било којег другог разлога заснованог на било ком облику дискриминације ако тај бол или те патње наноси службено лице или било које друго лице које делује у службеном својству или на његов подстицај или са његовим изричитим или прећутним пристанком. Тај израз се не односи на бол или патње које су резултат искључиво законитих санкција, неодвојивих од тих санкција или које те санкције проузрокују. Овај члан је без штете по било који међународни инструмент или било који национални закон који садржи или може садржавати одредбе ширег значаја (Члан 1. Конвенције против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казних поступака)

Свака држава чланица предузима законске, административне, судске или друге ефикасне мере како би спречила извршење аката тортуре на територији под њеном јурисдикцијом. Као оправдање за тортуру не може се наводити никаква изузетна околност било да се ради о ратном стању или опасности од рата, унутрашњој политичкој нестабилности или било ком другом ванредном стању. Као оправдање за тортуру не може се наводити наредба неке претпостављене личности или органа власти. (Члан 2. Конвенције против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казних поступака)

Ни једна држава чланица неће протерати, истерати нити изручити једно лице другој држави ако постоје озбиљни разлози да се посумња да може бити подвргнуто тортури. Да би утврдили постојање таквих разлога, надлежни органи водиће рачуна о свим релевантним околностима, укључујући, евентуално, постојање низа систематских, озбиљних, очигледних или масовних повреда права човека у тој држави. (Члан 3. Конвенције против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казних поступака)

На суду је задатак да испита да ли гаранције обезбеђују у својој практичној примени, довољно јемства да ће лице чије се изручење тражи бити заштићено од ризика злостављања. Важност која држава молиља придаје гаранцијама се испитују у сваком конкретном случају, цене се околности које преовладавају у датом тренутку. Види Saadi, наведен, став 148. Приликом оцењивања гаранције и њене практичне примене, узима се у обзир и општа ситуација у вези са људским правима у држави молиљи, која може да буде искључујућа за прихватање било каквих гаранција.

У погледу тога да ли се суд може ослонити на наводну гаранцију, морају се узети у обзир и следећи фактори:

1. Ко је дао гаранцију и да ли тај орган може обавезати државу молиљу.

У овом конкретном случају, гаранцију даје државно тужилаштво које спроводи поступак и ван сваке разумне сумње је, да тужилаштво не може бити гарант и обавезати државу молиљу узимајући у обзир правни систем Украјине у коме су државни тужиоци изузети из ресора министарства праве. То значи да та гаранција не може обавезивати судију у исражном поступку, као ни суд који доноси пресуду, као ни поступајућег судију у редовном судском поступку, то значи да постоји сумња у институцијалну независност суда државе у погледу примене Европске конвенције о заштити људских права. (ЕСЈП. *Vaysakov and others v. Ukraine*, пресуда од 18.02.2010, став 51, ЕСПЈ *Soldatenko v. Ukraine*, пресуда 23.10.2008, став 73).

2. Узимајући у обзир чињеницу да гаранција није издата од стране Министарства правде и у том случају да ли се може очекивати од суда да их поштују.

На основу до сада наведеног, те гаранције не обавезују поступајућег судију и веће суда, као и поступак по правним лековима. (ЕСПЈ, *Chahal v. UK*, пресуда од 15.11.1996. године, став 105-107).

У погледу кршења члана 5. Конвенције, лице чије се изручење тражи био би изложен ризику од флагрантног кршења права на слободу, које је гарантовано овим чланом ако буде депортован, и ако буде изречена осуђујућа пресуда на затворску казну, што би представљало кршење члана 5. и као последицу флагрантног кршења члана 6. Конвенције.

Из напред наведеног лице које је у екстрадиционом притвору, чије се изручење захтева, дошло би у позицију кршења права члана 5. и 6. Конвенције којом би починила у овом случају замољена држава, Република Србија. Поред тога, овим би била нарушена права која се гарантују чланом 32. Устава Републике Србије, којим се гарантује и јемчи право на правично суђење у Републици Србији.

У овом предмету поставља се још једно спорно правно питање, а то је правни статус лица чије се изручење тражи, а то је да је поднео захтев и изразио намеру за азил.

Члан 6. Закона о Азилу прописује да ниједно лице не сме бити протерано или враћено на територију где би његов живот или слобода били угрожени због његове расе, пола, језика, вероисповести, националне припадности, припадности одређеној друштвеној групи или политичког уверења.

ЛИТЕРАТУРА

- Аврамов С., *Међународно јавно право*, Савремена администрација, Београд, 1983.
 Васиљевић Т., *Коментар Закона о кривичном поступку*, Београд, 1977.
 Јакшић А., *Европска конвенција о људским правима*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006.
 Јекић З., "Екстрадиција у Југословенском праву", *Правни живот*, Београд, 10/1983.
 Крећа М., *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012.
 Симовић М., *Међународно кривично право*, Факултет правних наука, Бањалука, 2007.
 Henkin L., Crawford Pugh R., Schacter O., Smith H., *International Law, Cases and Materials*, Third Edition.

* * *

mr Tomislav Stojković*

**INTERNATIONAL LEGAL AID IN CRIMINAL MATTERS AND DISPUTED
QUESTIONS IN PRACTICAL APPLICATIONS**

Summary

International legal aid in practical application can produce consequences for the application of the norm of convention law in relation to the internal law of Serbia, the application of the convention and the law by regular courts, as well as the Constitutional Court of the Republic of Serbia as a special state body, as defined by the constitution maker. With this paper, I wanted to point out the problems of applying positive legislation and its inconsistency with convention law. When this is said, we mean first of all those mistakes in the application and interpretation of the norms of internal law that can produce consequences in terms of evaluation before international courts and authorities that are provided for by the convention. The essential issue for the purpose of protecting human rights is primarily harmonization with international courts and authorities, in order to provide effective protection before domestic courts. With this paper, I tried to point out the basic problems concerning the application and interpretation of the norms of international public law, whose only goal is the protection of the rights of the individual, now as a subject of international legal protection in procedures before regular courts and authorities.

Keywords: Extradition. Human right. The right to a fair trial. Conventional law. Constitutional law.

* Attorney at law and ex-judge of the Constitutional Court of the Republic of Serbia, adv.tomislavs@gmail.com.

др Јована Бановић*

ТАЧКЕ СПАЈАЊА И РАЗДВАЈАЊА СРПСКОГ И МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА НА ПРИМЕРУ ЧЛ. 30 РИМСКОГ СТАТУТА

Апстракт: Како Римски статут Међународног кривичног суда прихвата већи број земаља, међу којима и Србија (али не и неке од водећих сила попут САД, Русије и Кине), овај правни акт уговорног карактера може бити основ за разматрање његових капацитета као базе за стварање неког вида наднационалног кривичног права (кроз својеврсну "вољну унификацију" кривичноправних норми). Претпоставка је, међутим, да је идеја о толиком степену универзалности илузорна, не само из техничких или политичких разлога, већ доминантно, с обзиром на специфична нормативна решења Римског статута и различите правне традиције на којима су изграђена национална законодавства. Наведена питања ће бити разматрана на темељима чл. 30 Статута који прописује тзв. "mental element", односно субјективну страну међународних кривичних дела, или правно-технички говорећи – кривицу. Иако се поистовећивање са кривицом из српског права може учинити само "угрубо", у раду ћемо настојати да анализирамо неке специфичности овог института кроз сучељавање карактеристика које има у домаћем и међународном кривичном праву и указати на њихове сличности и разлике, те (не)одрживост концепта универзалности у изнетом смислу.

Кључне речи: кривица, mental element, Кривични законик, Римски статут, универзалност.

1. УВОД

Римски статут Међународног кривичног суда¹ је део домаћег правног поретка већ нешто више од две деценије. С обзиром на број земаља које су имплементирале овај правни акт уговорног карактера у своја законодавства, оправдано се може поставити питање стварног домета његових норми. Особито онда када би се могао окарактерисати и као својеврсни заматак концепта нормативне универзалности.² Основну тему овог рада представља кратка анализа појма кривице у српском и међународном кривичном праву уз поређење ових нормативних решења и њихово сагледавање кроз призму потенцијалне универзалности коју испољава РС.

* Доктор правних наука, jovanabanovic@gmail.com

¹ Закон о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда – Римски статут, РС или Статут, *Службени лист СРЈ - међународни уговори*, бр. 5/2001. Упоредо са српском верзијом акта, користимо и оригинални текст: Rome Statute of the International Criminal Court, *United Nations, Treaty Series*, vol. 2187, n° 38544.

² О. Triffterer, К. Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court – A Commentary*, A Comment by О. Triffterer, М. Bergsmo, К. Ambos, 3rd edition, С. Н. Beck Hart–Nomos, 2006, 6.

У светлу недавног усвајања сета правосудних закона, вреди поменути да са становишта материјалног права, питања којима се бавимо у раду нису "погођена" предметном реформом. За сада је само дошло о одређених измена у организацији судског Одељења за ратне злочине и термилошких усаглашавања са новим називима у домену функционалне надлежности (нпр. сада поступа Јавно тужилаштво за ратне злочине којим руководи Главни јавни тужилац Јавног тужилаштва за ратне злочине).³ Ипак, без обзира на актуелне новеле, сматрамо да и нека "класична" питања која ће бити изнета у раду могу бити интересантна у проматрању могућности измена постојећих нормативних оквира, како домаћих, тако и међународних.

Први део рада биће посвећен сагледавању појма кривице према одредбама српског Кривичног законика⁴ и субјективног елемента означеног као *mental element* Статута "суочењем" њихових сличности и разлика. Други део се базира на могућностима универзалне примене предметних института на начин предвиђен РС с обзиром на традиционална решења националног законодавства. Ова разматрања ће резултирати закључком у ком се не спори извесна доза општости Римског статута, чак и у контексту неких новијих тенденција у спајању два правна система кроз креирање јединствених нормативних модела. Међутим, ипак се чини одклон од таквог исхода у скоријој будућности.

2. О КРИВИЦИ У СРПСКОМ И МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

На самом почетку ваља указати на неколико ствари. Пре свега, КЗ и РС су правни акти који начелно припадају различитим правним традицијама. Тако можемо рећи да је домаћи законски текст "представник" евро-континенталне догматике, док се Статут значајно ослања на англосаксонске појмове. Штавише, указује се, сматрамо оправдано, да се и РС и пратећи Елементи кривичних дела⁵ донекле базирају на америчком Моделу Кривичног законика (*Model Penal Code*) као и *Common law* правилима генерално.⁶ Међутим, "системска" граница се не може повући одсечно, јер се *Model Penal Code*, иако "за америчко тржиште", у свом општем делу у великој мери ослања на континентално право.⁷ Ипак, ни институти кривице односно субјективног елемента описани у ова два извора (КЗ и РС) не могу се потпуно пои-

³ Вид. чл. 4 и 10 Закона о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине, *Службени гласник РС*, бр. 67/03, 135/04, 61/05, 101/07, 104/09, 72/11, 101/11, 6/15, 87/18, 10/23.

Мада су ступиле на снагу 9. фебруара 2023. године, према чл. 9. Закона о изменама Закона о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине, *Службени гласник РС*, бр. 10/23, ове одредбе почеле су да се примењују од дана конституисања Високог савета судства, одн. Високог савета тужилаштва. Наиме, сходно чл. 62 Закона о Високом савету судства, *Службени гласник РС*, бр. 10/23 одн. чл. 62 Закона о Високом савету тужилаштва, *Службени гласник РС*, бр. 10/23, даном конституисања Високог савета судства одн. Високог савета тужилаштва, сматра се дан када се одлука о избору свих чланова Високог савета судства одн. Високог савета тужилаштва које бира Народна скупштина објави у "Службеном гласнику Републике Србије". Одлуке број 02-896/23 о првом избору три члана Високог савета судства које бира Народна скупштина и број 02-897/23 о првом избору четири члана Високог савета тужилаштва које бира Народна скупштина, објављене се у *Службеном гласнику РС*, бр. 38/23 дана 8. маја 2023. године.

⁴ Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

⁵ Elements of Crimes - Елементи, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>, 10. мај 2023.

⁶ Б. Ристивојевић, *Међународна кривична дела – део I*, Универзитет у Новом Саду – Правни факултет, Нови Сад, 2014, 29; М. Cernusca, *A Comparative Approach to Normative Elements in the Definition of International Crimes*, doctoral dissertation defended at the University of Freiburg - Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, 2018, 172.

⁷ М. Cetinić, "Dva sistema krivičnog prava – Euro-kontinentalno i Anglo-saksonsko pravo –", *Pravni život*, 9/2006, 327.

стовећивати, већ се само могу сматрати сличним правним категоријама које имају одређене заједничке тачке, али нису синоними.⁸ Једноставно, створила су их два различита правна система која почивају на другачијим поставкама – догматским (континентални) и прагматичним (англо-амерички). Речју, англосаксонски правници се принципијелно не баве дефинисањем и то отежава позицију "правог" поређења ових установа.

Као субјективни елемент, кривица је део општег појма кривичног дела. Према КЗ, налази се унутар законски дефинисане четворостепене структуре кривичног дела (чл. 14 ст. 1 КЗ)⁹, док општи појам кривичног дела међу одредбама РС није издвојен тако јасно. Међутим, иако формално одређење појма међународног кривичног дела изостаје, може се рећи да се његова структура начелно не разликује много у односу на ону коју познаје наш законодавац, те да и у овом случају фактички говоримо о објективно-субјективној концепцији кривичног дела, истина у два сегмента – као *actus reus* и *mens rea*.¹⁰ До овог закључка се долази посредно, између осталог и кроз дефиницију дату у чл. 30 РС.

Наиме, да би постојало кривично дело у свом тоталитету, попут решења српског права, потребно је да кривица учиниоца међународног кривичног дела обухвати све елементе објективног неправда. По Римском статуту, то су радња, последица и одређене околности дела. За разлику од КЗ који изричито препознаје умишљај и нехат као облике кривице (чл. 22 КЗ), са РС то није случај. Статут говори о намери и знању (*intent and knowledge*). Дакле, грубо говорећи, умишљај је у принципу једини облик кривице. Оно што је спорно јесте обухват кривице, па и умишљаја – да ли се "протеже" и на евентуални умишљај (који је појам права европског континента), односно *recklessness* тј. безобзирност, непромишљеност (који је иманентан англосаксонском праву)? Разлог за ову конфузију лежи у настојањима да се постигне компромис у обликовању различитих концепата два правна система.¹¹ Оно што додатно усложњава већ ионако комплексну тематику су и језичке непрецизности. Еклатантан пример за то се налази и у нашем правном систему и читава се у, на неким местима заиста проблематичном преводу Римског статута. Тако нпр. званични превод РС само у чл. 30 говори о "виности", "жељи (извршења или последице кривичног дела)", потом уводи и "пристајање (на наступање последице)" иако изворни текст РС користи синтагму "свест о наступању последице према редовном току догађаја", а додатно, и категорије намере и знања мења "свешћу и вољом".¹² Иако правно-

⁸ М. Шкулић, *Међународно кривично право*, Службени гласник, Београд, 2022, 224 фн. 475.

⁹ Поменућемо да се у континенталној догматици доминантно заговара тростепена структура кривичног дела која радњу сагледава унутар законског описа одн. предвиђености у закону. И. Вуковић, *Кривично право Општи део*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2021, 46; М. Шкулић, *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2020, 150.

¹⁰ Z. Stojanović, *Međunarodno krivično pravo*, Pravna knjiga, Beograd, 2016, 54; М. Шкулић, *op.cit.*, 156; Б. Бановић, С. Бејатовић, В. Турањанин, *Међународно кривично право*, Правни факултет, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2020, 75.

¹¹ S. Finin, "Mental Elements Under Article 30 of The Rome Statute of The International Criminal Court: A Comparative Analysis", *The International and Comparative Law Quarterly*, 2/2012, 326–327. О садржини чл. 30 РС и неким аспектима англосаксонског појма *mens rea*, вид. и: И. Ђокић, "О облицима кривице из § 30 Римског статута", *XII тематски међународни научни скуп – Међународна кривична дела*, Удружење за Међународно кривично право, 2013, 609–611.

¹² Детаљније о томе: V. Bajović, "Izgubljeni u prevodu" ili greške u zvaničnom prevodu Rimskog statuta", *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, 238–254; М. Шкулић, *op. cit.*, 2020, 154–155.

технички овакав текст није у довољној мери прецизан, истиче се да ипак суштински не мења значење коришћених института, те да се може примењивати.¹³

Како су међународна кривична дела по природи умишљајна, управо су неке од дилема у вези са елементима кривице условиле плодан развој теоријске, али и практичне мисли. Прво, то се чини према ономе што бисмо у домаћем праву одредили као евентуални умишљај, а у англо-америчком означили као *recklessness*. Разуме се, ове категорије се ни у ком случају не могу изједначити. То илуструју и различита становишта. Тако се према Амбосу *recklessness* налази између евентуалног умишљаја и свесног нехата, за Трифтерера између евентуалног умишљаја и нехата, док је према Езеру најближи свесном нехату с обзиром на то да му недостаје вољни елемент.¹⁴ Практично, у зависности од "порекла" теоријског расуђивања, наведени појмови се сагледавају кроз призму пристајања на последицу (континентално право) односно вероватноће њеног наступања с обзиром на испољени ризик (англосаксонско право). Друго, полази се од оног дела чл. 30 РС који започиње конструкцијом *unless otherwise provided* одн. "уколико није другачије предвиђено" и који се основано назива правом "енигмом" међународног кривичног права.¹⁵ Практично се ради о изузетку од правила да психички однос према делу карактерише поступање са намером или знањем. Због конструкције *should have known* одн. "требало да зна" која се јавља у законском опису појединих кривичних дела унутар Елемената, али и неких института предвиђених Статутом какви су интоксикација и командна одговорност, на овај начин се отвара простор за разматрање чак и својеврсног "латентног нехата".¹⁶ Кажемо "латентног", јер нехат није статутарни појам. Додуше, РС не препознаје ни *dolus eventualis*, као ни *recklessness* као такве, иако се некад чини да за њих има кудикамо више оправдања.

Чак и сумарним приказом неких демаркационих карактеристика ових правних категорија према значењима која имају у српском и међународном кривичном праву можемо наслутити да је покушај њиховог уподобљавања – "неподобан". Међутим, није сувишно указати да, без обзира на то, ипак постоји некакво преплитање два правна система, одн. два начелно другачија приступа приликом одређења ових концепата кривице. Наиме, у доктрини се истиче да су велики утицај приликом одлучивања у случајевима *Lubanga* и *Katanga* остварила управо тумачења континенталних правника попут Роксина, Езера, Амбоса и Флечера.¹⁷ На овај начин се донекле смањују на први поглед непремостиве разлике две правне породице. То нам даје повод за разматрање концепције универзалности у следству субјективних елеме-

¹³ М. Шкулић, *op. cit.*, 155.

¹⁴ Тако: S. Finnin, *op. cit.*, 335 fn. 51.

¹⁵ R. Clark, "Elements of Crimes in Early Confirmation Decisions of Pre-Trial Chambers of the International Criminal Court", *New Zealand Yearbook of International Law*, 6/2006, 213.

¹⁶ Ј. Бановић, *Двојна природа нехата у кривичном праву*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду, 2022, 121–125.

"Делимични нехат" препознајемо у конструкцији *should have known* ("требало да зна") коју сусрећемо у чл. 28 Статуа (одговорност команданта и другог претпостављеног), потом у Елементима и то: чл. 6 (е) тач. 6 (геноцид – принудно пресељење деце; околност да се ради о лицу млађем од 18 година), чл. 8 (2) (b) (vii)-1. тач. 3 (ратни злочини – неправилна употреба заставе примирја; околност да се ради о забрањеној употреби), чл. 8 (2) (b) (vii)-2. тач. 3 (ратни злочини – неправилна употреба заставе, знакова, униформе; околност да се ради о забрањеној употреби таквих знакова), чл. 8 (2) (b) (vii)-4. тач. 3 (ратни злочини – неправилна употреба знакова разликовања према Женевским конвенцијама; околност да се ради о забрањеној употреби таквих знакова), чл. 8 (2) (b) (xxvi) тач. 3 (ратни злочини – присиљавање на службу деце (међународни карактер сукоба); околност да се ради о лицу млађем од 15 година), чл. 8 (2) (e) (vii) тач. 3 (ратни злочини – присиљавање на службу деце (унутрашњи карактер сукоба); околност да се ради о лицу млађем од 15 година).

¹⁷ G. Fletcher, "The Theory of Criminal Liability and International Criminal Law", *Journal of International Criminal Justice*, 10/2012, 1030–1031.

ната независно од тога да ли се називају кривица, *mental element*, *mens rea*, *guilty* или нешто слично. Коначно, неспорно је да је КЗ легислативно-технички далеко потпунији и прецизнији пропис од РС, што је, опет, одлика система из ког потиче. А ипак, поменути *Model Penal Code* који уистину није у целости усвојен као такав, али остварује велики утицај на америчко право јер правила већег броја америчких држава проистичу из њега, рађа неки вид "догматизације" својствене нашем систему.¹⁸ У том смислу, од РС који иницијално почива на овом акту би се могло очекивати нормативно унапређење на темељима оних дилема које су се јављале у пракси и доктрини. Нарочито у правцу бољег дефинисања кривице (*mental element*) и њених облика, с посебним освртом на разматрање уношења одредаба о евентуалном умишљају одн. *recklessness*-у и нехату, макар због нормативног појашњења шта кривица јесте, а шта није, те појединих обележја која, иако у мањој мери, то захтевају. И то све у циљу оснаживања начела законитости, а у крајњој линији – и принципа кривице.

3. (НЕ)ОДРЖИВОСТ КОНЦЕПТА О УНИВЕРЗАЛНОСТИ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА У СВЕТЛУ ЧЛ. 30 РС

Римски статут представља мултилатерални међународни уговор који су до сада прихватиле 123 земље света.¹⁹ Истовремено, овај правни акт је поставио темеље за оснивање Међународног кривичног суда (у даљем тексту: МКС) који, између осталог и због ваљаног правног основа на коме почива, те широке прихваћености, тренутно представља неки вид "најуниверзалнијег" кривичног суда (насупротив *ad hoc* трибуналима чији статуту су и формално и суштински били прилично мањкави и ограничени).²⁰ Иако неке од водећих држава света попут Русије, Кине и Сједињених Америчких Држава нису ратификовале РС, не може му се спочитати одређена доза универзалности. Не треба сметнути са ума да деловање у оквирима међународног кривичног права превазилази само правне границе и значајан уплив остварује на политичком курсу. Ипак, чињеница да је и наша земља једна од многобројних потписница овог уговора отвара простор за разматрање Статута у контексту једног од извора са (вероватно) најширим могућностима примене у погледу којих постоји сагласност многих држава. Чак и упркос тек неколицини кривичних дела која спадају у лимитирану надлежност МКС, те деловању начела комплементарности које примат даје националним правима. Према томе, због доминантно "англосаксонске нити" која прожима РС, занимљиво је сагледати његове норме у корелацији са домаћим правом.

Када говоримо о кривици тј. менталном елементу, Римски статут је овај појам по први пут формално обликовао на једном, условно речено, општеприхваћеном нивоу. Како такав је ратификацијом уговора постао део српског правног поретка који се према слову Устава Републике Србије²¹ непосредно примењује (чл. 16 ст. 2). Међутим, стварни домети "непосредне примене" нису толико исцрпни као што на први поглед делује. У литератури се у том смислу нарочито истиче значај правно-техничких квалитета акта, а чак и без обзира на то, додатне специфичности се јављају баш код потенцијалне непосредне примене уговора из

¹⁸ M. D. Dubber, *An Introduction to the Model Penal Code* (Second Edition), Oxford University Press, New York, 2015, 5–7.

¹⁹ States Parties to the Rome Statute, <https://www.pgacion.org/ilhr/rome-statute/states-parties.html>, 11. мај 2023.

²⁰ T. Lattmann, "The System of Operation of International Criminal Justice Fora, in Particular of the International Criminal Court – Will the Future Be Governed by Politics, Orders or Law?", *The Rome Statute of the ICC at Its Twentieth Anniversary Achievements and Perspectives* (ed. P. Šturma), Brill Nijhoff, Leiden–Boston, 2019, 14; M. Шкулић, *op. cit.*, 2022, 103–104.

²¹ Устав Републике Србије – Устав, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

домена међународног кривичног права.²² Осим тога, за РС се каже да представља компромис између "снаге његових правила и универзалности".²³ У сваком случају, то што се ради о правном акту који је као плод сагласности воља потписница део правних система већег броја држава, сугерише да у погледу РС постоји некаква "вољна унификација".²⁴

Осврнућемо се на неколико гледишта о извесном обједињавању правила на међународном плану. Интернационалну унификацију кривичноправних норми у домаћој литератури помиње још Живановић и види је као нужност заједничког историјског развоја кривичног законодавства. Уз то, он као један од основа за хомогенизацију правила види започињање тог процеса између етнички сличних народа баш због тога што ће их они лакше појмити.²⁵ Сличне идеје баштини и преамбула Статута у којој се потцртава значај заједничких веза и културног наслеђа, истина – свих народа. И док је цитирани аутор, својствено континенталним правницима, на трагу одређења за законско обликовање кривичноправних концепата, англосаксонски правници решење за слична питања нуде унеколико практичније.²⁶ Тако Фининова, управо дајући пример о (не)оправданом поистовећивању евентуалног умишљаја и *recklessness*-а, указује да се неке теоријске и практичне дилеме могу решити само према околностима конкретног случаја. Дакле, нити на законској, нити на (сувише) догматској линији. Уистину, таква образложења ипак захтевају одређену академску лексику, посебно имајући у виду каткад материјално-правну "штурост" статутарних одредба, те скромну праксу МКС.²⁷ Са друге стране, законске описе међународних кривичних дела карактерише изражена казуистичност. Уз то, ова дела неретко садрже (делимично) бланкетну диспозицију која, може се рећи, има "две оштрице" – по правилу помаже да закони у којима су дела имплементирана не подлежу честим изменама²⁸, али и њихово тумачење чини тежим с обзиром на карактер правних стандарда.²⁹

За међународно кривично право се често везују идеје о стварању наднационалног кривичног права.³⁰ Иако Римски статут делује као нека врста "општег закона", он је и формално и суштински далеко од такве универзалности. Но, ипак, на једном концептуалном нивоу је близак промишљањима о тзв. бијурализму одн. транссистемском повезивању правних система, будући да даје простор за комбиновање схватања о правним категоријама на темељима значења која имају у обе правне породице. У најкраћем, бијурализам одн. двоправност се може дефинисати као спој два правна система у циљу потпунијег појмовног одређења правних института на бази оних значења која ти појмови имају у оба

²² Вид. више код: V. Bajović, "Neposredna primena međunarodnih ugovora i opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava u krivičnom postupku", *Zbornik radova Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, 2022, 412–415.

²³ L. A. Paulus, "Legalist Groundwork for the International Criminal Court: Commentaries on the Statute of the International Criminal Court", *EJIL*, 4/2003, 859.

²⁴ J. Бановић, *op. cit.*, 113.

²⁵ Т. Живановић, "Потреба и разлози унификације кривичног права и права уопште словенских држава", пре-штампано из *Архива за правне и друштвене науке*, 3/1933, 3–7.

²⁶ За нешто детаљнији приказ, вид. J. Бановић, *op. cit.*, 112–113.

²⁷ S. Finin, *op. cit.*, 330–331.

²⁸ Нпр. изменама КЗ из 2016. године које су у примени од 1. јуна 2017. године, у чл. 371 КЗ додата је још једна радња извршења злочина против човечности – присилни нестанак. То је био резултат усклађивања КЗ са конвенцијом ратификованом Законом о потврђивању Међународне конвенције о заштити свих лица од присилних нестанака, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/11. Према чл. 5 Конвенције "широко распрострањена или систематска пракса присилних нестанака представља злочин против човечности како се дефинише у важећем међународном праву и производи последице предвиђене према таквом важећем међународном праву".

²⁹ Н. Делић, *Кривично право Посебни део*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2021, 428.

³⁰ Z. Stojanović, *op. cit.*, 19.

система, али не кроз њихово "механичко спајање", већ кроз комплементарно обједињавање кључних карактеристика конкретних института.³¹ Овакав приступ одликује настојање за целовитијим разумевањем различитих законских решења. То се чини одступањем од чистог позитивизма и третирањем предметних концепата кроз визуру њиховог нормативног поимања унутар односних правних традиција, уз свестраније схватање таквих међуодноса.³² На тај начин би се тежило добијању једне "шире слике" и свеобухватног значења одређеног појма који је саткан од тумачења у обе традиције.

Истини за вољу, малопређашња разматрања је лакше изложити него спровести у дело. Прво, јер би такво деловање захтевало општи консензус на глобалном нивоу; потом, јединствену сагласност и координацију и у формалном, и у материјалном смислу – почев од тела које би донело тај акт, преко оног које би га примењивало, па до формулисања жељених *sui generis* појмова; и у крајњој линији, политичку вољу свих држава-учесница.

Иако смо видели да се између појмова кривике прописане Кривичним законом и *mental element*-а РС, не може повући знак једнакости, једним заобилазним путем је у нашем праву, условно речено – "озакоњен" англо-амерички концепт субјективног елемента. Ма, колико се законодавац у процесу ратификације уговора потрудио да уподоби члан 30 РС члану 25 КЗ тј. појму кривике уопште. Међутим, за међународна кривична дела су иницијално надлежни наши судови, а МКС тек ако држава није вољна или способна да суди.³³ То конкретно значи да ће српски судови примењивати опште одредбе КЗ, па ово питање готово да има само теоријски значај. Друго је питање које опције на плану кривике стоје на располагању окривљеном који може "потпасти" под практично две јурисдикције – једну примарну (националну) и другу супсидијарну (међународну).

4. ЗАКЉУЧАК

Римски статут је формално део домаћег правног поретка и можемо рећи да у извесном смислу представља концепцијску везу континенталног и англосаксонског права. Ово стога што се превасходно ослања на природу англо-америчких института, иако га чињеница да садржи кодификоване одредбе општег и законске описе посебног дела (које су разрађене Елементима кривичних дела) приближава праву континента. Осим тога, у тумачењима одредаба РС у поступцима пред МКС нису занемарљива мишљења континенталних правника. Према томе, РС се може препознати као општи акт који потенцијално представља солидну законску базу у процесу приближавања два правна система кроз идеју супранационалног кривичног права, па и транссистемских одн. бијуралистичких тенденција. Међутим, реалност такве визије је у овом моменту, а како се чини – и блиској будућности, амбициозна. Наиме, обим примене РС је сужен и односи се на свега неколико кривичних дела. Истина, реч је о неким од најозбиљнијих инкриминација којима се повређују вредности целог човечанства. Али, и друга противправна понашања која се предузимају над различитим добрима су бројна, али не потпадају под окриље овог правног акта уговорне природе.

Када ово посматрамо са становишта кривике одн. чл. 30 РС, можемо извући неколико закључака. Међународна кривична дела су по природи умишљајна. У пракси,

³¹ Y. Emerich, "Concepts and Words: A Transsystemic Approach to the Study of Law between Law and Language", *RJTUM*, 51/2017, 591–598; J. Бановић, *op. cit.*, 238–239.

³² H. Patrick Glenn, "Doin' the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions", *McGill Law Journal/Revue de Droit de McGill*, 50/2005, 878–879.

³³ Z. Stojanović, *op. cit.*, 154.

теорији, али и самом тексту РС је спорно да ли *mental element* РС обухвата само директни или се протеже и на евентуални умишљај. У вези са потоњим, и да ли у односу на неке институте из општег дела (интоксикација и командна одговорност), те посебна обележја појединих кривичних дела предвиђених Елементима, има места другим облицима кривице, а посебно нехату у међународном кривичном праву? Иако зону кажњивости за нехатна поступања у материји ових деликата не би требало ширити, на системском нивоу би имало места целовитијем статутарном дефинисању кривице, уз неспорно одређење који њен облик долази у обзир и шта му је садржина. И то без разлике да ли је реч о заједничким евро-континенталним и англосаксонским појмовима какви су умишљај и нехат или о специфичностима какав је нпр. *recklessness* (безобзирност, непромишљеност). Дакле, прописивањем опште норме. Разлог за то лежи у принципима законитости и кривице, али и правној сигурности и извесности уопште. Што се, пак, тиче српског превода Римског статута, могло би се размислити о ваљанијој језичкој редакцији овог текста у складу са природом одредаба изворног уговора и сугестијама струке и науке. Но, ни важећа верзија суштински "не прави проблеме", иако каткад неки лексички избори "упадају у очи".

Конечно, национално кривично право се доминантно ослања на проматрање кривице на темељима психолошких и нормативних теорија својствених немачкој доктрини. Ипак, англосаксонски прагматизам може унапредити примену права на исти начин као што континентално теоријско уобличавање доприноси рационалном разумевању "околности конкретнег случаја". Јер, веза између националног и међународног права се не остварује само на бази сличних законских решења или уговорних одредаба, већ и кроз примену права у релевантним судским одлукама. Наравно, онолико колико то дозвољава хијерархија правних извора.

Данашњицу карактерише свеопшти друштвени, технички и научни развој који право нужно прати. Повезивање правних традиција је начелно пожељно. Универзална примена права и унификација правила такође. Њихова хармонизација са међународним актима је често и неопходна. Међутим, све време треба имати на уму да вештачко калемљење правних решења може донети више штете него користи, ма колико било "модерно" или се добро показало у туђој пракси. Све то изискује темељну, континуирану анализу и промишљање о релевантним темама.

ЛИТЕРАТУРА

Вajović V., "'Izгubljeni u prevodu' ili greške u zvaničnom prevodu Rimskog statuta", *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011.

Вajović V., "Neposredna primena međunarodnih ugovora i opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava u krivičnom postupku", *Zbornik radova Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, 2022.

Бановић Б., Бејатовић С., Турањанин В., *Међународно кривично право*, Правни факултет, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2020.

Бановић Ј., *Двојна природа нехата у кривичном праву*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду, 2022.

Вуковић И., *Кривично право Општи део*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2021.

Делић Н., *Кривично право Посебни део*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2021.

Dubber M. D., *An Introduction to the Model Penal Code* (Second Edition), Oxford University Press, New York, 2015.

Бокић И., "О облицима кривице из § 30 Римског статута", *XII тематски међународни научни скуп – Међународна кривична дела*, Удружење за Међународно кривично право, 2013.

Emerich Y., "Concepts and Words: A Transsystemic Approach to the Study of Law between Law and Language", *RJTUM*, 51/2017.

Живановић Т., "Потреба и разлози унификације кривичног права и права уопште словенских држава", прештампано из *Архива за правне и друштвене науке*, 3/1933.

Lattmann T., "The System of Operation of International Criminal Justice Fora, in Particular of the International Criminal Court – Will the Future Be Governed by Politics, Orders or Law?", *The Rome Statute of the ICC at Its Twentieth Anniversary Achievements and Perspectives* (ed. P. Šturma), Brill Nijhoff, Leiden–Boston, 2019.

Patrick Glenn H., "Doin' the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions", *McGill Law Journal/Revue de Droit de McGill*, 50/2005.

Paulus L. A., "Legalist Groundwork for the International Criminal Court: Commentaries on the Statute of the International Criminal Court", *EJIL*, 4/2003.

Ристивојевић Б., *Међународна кривична дела – део I*, Универзитет у Новом Саду – Правни факултет, Нови Сад, 2014.

Stojanović Z., *Međunarodno krivično pravo*, Pravna knjiga, Beograd, 2016.

Triffterer O., Ambos K., *The Rome Statute of the International Criminal Court – A Commentary*, A Comment by O. Triffterer, M. Bergsmo, K. Ambos, 3rd edition, C. H. Beck–Hart–Nomos, 2006.

Finnin S., "Mental Elements Under Article 30 of The Rome Statute of The International Criminal Court: A Comparative Analysis", *The International and Comparative Law Quarterly*, 2/2012.

Fletcher G., "The Theory of Criminal Liability and International Criminal Law", *Journal of International Criminal Justice*, 10/2012.

Cernusca M., *A Comparative Approach to Normative Elements in the Definition of International Crimes*, doctoral dissertation defended at the University of Freiburg – Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, 2018.

Cetinić M., "Dva sistema krivičnog prava – Evro-kontinentalno i Anglo-saksonsko pravo –", *Pravni život*, 9/2006.

Clark R., "Elements of Crimes in Early Confirmation Decisions of Pre-Trial Chambers of the International Criminal Court", *New Zealand Yearbook of International Law*, 6/2006.

Шкулић М., *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2020.

Шкулић М., *Међународно кривично право*, Службени гласник, Београд, 2022.

* * *

Jovana Banović, PhD*

POINTS OF JOINDER AND SEPARATION OF SERBIAN AND INTERNATIONAL CRIMINAL LAW ON THE EXAMPLE OF ART. 30 OF THE ROME STATUTE

Summary

As the Rome Statute of the International Criminal Court is accepted by a number of countries, including Serbia (but not by some of the leading powers such as the United States, Russia and China), this legal act which is contract by nature may be the basis for considering its capacities as a fundament for the creation of some form of supranational criminal law (through a kind of "willing unification" of criminal norms). The assumption, however, is that the idea of such a degree of universality is illusory, not only for technical or political reasons, but dominantly, given the specific normative solutions of the Rome Statute and the different legal traditions on which national legislation is built. The above questions are considered on the basis of Art. 30 of the Statute, which prescribes the so-called "mental element", i.e. the subjective element of international crimes, or simply – guilt. Although the identification with guilt in Serbian law can only be done "roughly", in this paper we have tried to analyse some specifics of this institute through the confrontation of the characteristics it has in domestic and international criminal law and point out their similarities and differences, and the (in)sustainability of the concept of universality in the presented sense.

Key words: guilt, mental element, Criminal Code, Rome Statute, universality.

* jovanabanovic@gmail.com

Дамјан Кауриновић*

ПРЕСУДА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА КАО ЗАКОНСКИ РАЗЛОГ ЗА ПОНАВЉАЊЕ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

Апстракт: Проблематика временског важења кривичног закона и његове повратне примјене, након законодавне реформе у Босни и Херцеговини (2003), отворила је неколико важних и сложених питања, која су још увијек предмет науке кривичног права и актуелне судске праксе на националном и међународном плану. Суштина проблема и одговори на сва питања налазе се у оквиру захтјева принципа законитости и пуне заштите људских права и основних слобода. Једно од питања на које није дат јасан одговор је и законска могућност понављања кривичног поступка на основу пресуде Европског суда за људска права, ако Суд утврди да су у току поступка кршена људска права и основне слободе и ако је пресуда(е) заснована на том кршењу. Тачније, овај рад покушава дати одговор на питање да ли свим осуђеним лицима, која се налазе у истој или битно сличној ситуацији, припада право на подношење захтјева за понављање кривичног поступка иако претходно нису подносила представку Европском суду за људска права.

Кључне ријечи: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, међународно кривично право, пресуда Европског суда за људска права, кршење људских права и основних слобода, понављање кривичног поступка.

1. УВОД

Понављање кривичног поступка је ванредни правни лијек који ствара процесну могућност да се исправе судске грешке настале у кривичном поступку. У правилу, правноснажне судске одлуке се сматрају истинитим према начелу *res iudicata pro veritate accipitur*.¹ Међутим, у случају када је кривична ствар погрешно пресуђена таква грешка се исправља измјеном правноснажне осуђујуће пресуде. Својство правноснажне осуђујуће кривичне пресуде да се о истој кривичној ствари против истог лица не може поново судити представља материјалну правноснажност (*res iudicata*). Након стицања својства пресуђене ствари, осуђеног од новог кривичног поступка у оквиру истог националног законодавства штити принцип *ne bis in idem*. Понављање кривичног поступка свој основ налази у принципу законитости као једном од основних начела свих кривичнопроцесних закона и члану 4. Протокола 7. уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода (ЕКЉП) који омогућавају да се незаконите и неправилне судске одлуке побијају односно поново расправе и послије правноснажности не само у корист, већ и на штету осуђених

* Предсједник Апелационог суда Брчко дистрикта БиХ, d.kaurinovic@asbd.ba

¹ М. Шкулић, *Коментар законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2007, 1246.

лица. Насупрот томе, захтјеви начела *ne bis in idem*, члан 14. став 7. Међународног пакта о грађанским и политичким правима (МПГПП), чланови 20. и 84. Римског статута међународног кривичног суда (Римски статут) и члан 50. Повеље о основним правима у Европској унији, искључују могућност понављања кривичног поступка на штету осуђеног.²

Право понављање поступка у корист осуђеног или понављање кривичног поступка у ужем смислу је понављање кривичног поступка завршеног правноснажном осуђујућом пресудом. Предмет понављања кривичног поступка је најчешће правноснажна пресуда којом је оптужени оглашен кривим што у практичном смислу представљају пресуде донесене у редовном кривичном поступку, пресуде на основу признања или споразума о признању кривице и пресуде изречене на основу захтјева за издавање казног налога. Изузетно, предмет понављања може бити и пресуда којом се оптужба одбија или чак пресуда којом се оптужени ослобађа од оптужбе, ако осуђени има правни интерес да захтјева ослобађајућу пресуду по, за њега, повољнијем законском основу, нпр. ослобађање од оптужбе јер дјело за које се оптужује није законом прописано као кривично дјело умјесто пресуде којом се оптужени ослобађа од оптужбе јер није доказано да је учинио кривично дјело за које се оптужује.

2. ЗАКОНСКИ ОСНОВИ ЗА ПРАВО ПОНАВЉАЊЕ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

Закон одређује више различитих основа по којима се може захтијевати понављање кривичног поступка, а они се у суштини односе на нове чињенице и нове доказе који се могу појавити у различитим облицима. Овдје ћемо се задржати на релативно новом законском разлогу за понављање кривичног поступка, а то је повреда људских права и основних слобода утврђена у поступку пред Уставним судом БиХ, Домом за људска права или Европским судом за људска права (ЕСЉП), под условом да је правноснажна пресуда заснована на кршењу основних људских права и слобода.

Према Закону о кривичном поступку Босне и Херцеговине³, члану 327. став 1. тач. ф, уређено је понављање поступка у корист осуђеног:

Кривични поступак завршен правоснажном пресудом може се поновити у корист осуђеног ако Уставни суд Босне и Херцеговине, Дом за људска права или Европски суд за људска права утврди да су у току поступка кршена људска права и основне слободе и ако је пресуда заснована на том кршењу.

Увођење наведеног законског разлога за понављање кривичног поступка последица је уставноправног рјешења које према члану II став 2. Устава БиХ обавезује на директну примјену међународних стандарда у области заштите људских права и основних слобода, односно директну примјену ЕКЉП, која има приоритет над свим осталим законима. Под овај законски основ се могу подвести одлуке Уставног суда БиХ којима се утврђује несагласност закона са Уставом БиХ и ЕКЉП, а управо се на том закону заснива правноснажна осуђујућа пресуда.⁴ Надаље, у том смислу треба подсјетити да је Дом за

² Х. Сијерчић-Чолић *et al.*, *Коментари Закона о кривичном/казненом поступку у БиХ*, Вијеће Европе/Европска комисија, Сарајево, 2005, 812.

³ *Службени гласник БиХ* број 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 29/07, 53/07, 58/08, 12/09, 16/09, 53/09, 93/09, 73/13 и 65/18.

⁴ Чланови 61. и 65. Правила Уставног суда БиХ (пречишћен текст), *Службени гласник Брчко дистрикта БиХ*, број 1/2015 од 19. 01. 2015. године.

људска права престао са радом 31.12.2003. године тако да се његове одлуке практично не могу појавити као основ за понављање кривичног поступка. Наравно, посебна пажња ће се посветити одлукама ЕСЈП у којима је утврђено да је у поступку пред националним судовима дошло до кршења људских права и основних слобода, те под којим процесним претпоставкама одлука ЕСЈП може представљати правни основ за понављање кривичног поступка у истим или битно сличним предметима који су правноснажно пресуђени пред домаћим судовима.

3. ПРИМЈЕНА МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА У ДОМАЋЕМ ПРАВНОМ СИСТЕМУ

Питање односа међународног и националног кривичног права у погледу могућности директне примјене међународне норме казненог карактера тј. може ли се појединац казнити за оне међународне злочине и према оним облицима одговорности који у вријеме извршења дјела нису били прописани домаћим правом је питање директне примјене међународног права. То питање је још увијек актуелно због измјена и допуна националних кривичних закона у контексту начела забране ретроактивне примјене кривичног закона. С обзиром на најшире схваћање начела законитости које подразумијева како забрану ретроактивне примјене кривичног закона, тако и забрану изрицања теже казне од оне која је била примјењива у вријеме извршења дјела, јасно је да то подразумијева и обавезну примјену блажег закона. Због тога у већини држава региона нема осуда за "нова" кривична дјела, прије свега за злочин против човјечности.⁵

Није спорно да су нека кривична дјела прописана одговарајућим међународним изворима права, као што је то на примјер, случај са злочином против човјечности. Друго је питање да ли је то учињено да би се на такав начин државама странкама међународних уговора дала прилика да такве инкриминације унесу у своје законодавство и за њих пропишу конкретне кривичне санкције из домена свог правног система, или ради могуће непосредне примјене таквих одредби. Очигледно, поштујући пуно дејство начела законитости, директна примјена међународног права у националним правним системима није могућа. Приликом рјешавања кривичне ствари (кривично дјело, кривица и казна) судови морају да примијене један закон. Да би међународно право било директно примјењиво потребно је кумулативно испунити два услова прво, да се ради о одредбама садржаним у потврђеним међународним уговорима и друго, да су те одредбе у складу са националним Уставом.⁶ Према томе, међународно право по својој природи није дио унутрашњег права, а да би постало саставни дио националног права и било примјењено потребно га је, актом ратификације, увести у домаћи правни систем.

Непосредна примјена међународних инкриминација за које нису одређене казне није дозвољена. Директна примјена међународног права јесте дозвољена као допуна националних инкриминација, када ове упућују на међународно право. Питање непосредне примјене међународног права има и политичку димензију: модеран развој људских права почиње са *Magna Carta Libertatum* (1215) управо да би се правом сузбила политичка арбитража

⁵ М. Муниврана Вајда, "Новији развој међународних злочина и заповједне одговорности у хрватском казненом праву", Удружење за међународно кривично право, Тара, 2013, 261–269.

⁶ М. Шкулић, "(Не)могућност непосредне примјене међународног кривичног права у Србији", Удружење за међународно кривично право, Тара, 2012, 129–132.

ност оног који има политичку моћ. Највиши стандард у кривичном праву који служи том циљу јесте начело *nullum crimen, nulla poena sine lege*.⁷ Иначе, принцип легалитета у међународном кривичном праву разликује се од истог принципа у националним правним системима. У међународном кривичном праву постоји очигледна тежња за одржањем равнотеже између спровођења правде и правичности према оптуженом, при чему се узима у обзир и очување свјетског поретка.⁸ То указује на флексибилно схватање принципа законитости у међународном праву због чега се често у пракси прешироко и еластично тумачи.

Иако национално и међународно кривично право чине једну цјелину у логичком смислу, у екстензивном смислу, тј. смислу правних правила кроз која, у ствари, егзистирају и дјелују, чине двије одвојене нормативне цјелине. Поштовање људских права противива *corpus* правила међународног кривичног права у цјелини, али су једино код злочина против човјечности фундаментална права појединца и људска група непосредни и искључиви објект кривичноправне заштите. На Сталном међународном кривичном суду је тежак и изазован задатак да међународно кривично право у погледу његове садржине и примјене приближи стандардима стриктне легалности.⁹

На крају, постоје аутори који с правом постављају питања да ли је злочин против човјечности ново кривично дјело у односу на кривично законодавство које је важило у вријеме оружаних сукоба. Оно је "ново" само по својим општим елементима, али је "старо" по инкриминисаним радњама које чине суштину његовог неправда, а које су биле обухваћене другим кривичним дјелима, у највећој мјери кривичним дјелом злочин против цивилног становништва из члана 142. КЗ СФРЈ, што се посве јасно види из поређења законских описа ова два кривична дјела.¹⁰

4. ПРАКСА СУДОВА У БИХ И ОДЛУКА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА У ПРЕДМЕТУ МАКТОУФ И ДАМЈАНОВИЋ

У овом раду осврнућемо се и на увијек актуелно питање кривичног права, питање ретроактивне примјене кривичног закона у пракси судова у Босни и Херцеговини.¹¹ Досадашња пракса судова у БиХ, Суда БиХ и Уставног суда БиХ, била је, по мишљењу многих, заснована на потпуно погрешним основима која се поједностављено могу свести на два основна полазишта. Прво, у суђењима за кривична дјела по "међународном праву" не важи принцип легалитета, забране ретроактивне примјене кривичног закона и обавезне примјене блажег закона. Друго, ако је кажњавање по закону времена извршења кривичног дјела неадекватно тј. казна није пропорционална тежини злочина, да би се задовољно принцип правичности и принцип владавине права дозвољено је одступити од начела законитости из члана 7. став 1. ЕКЉП. У том случају суди се према општим начелима међународног права и ретроактивно се примјењује КЗ БиХ, не да се обезбиједи блаже, него

⁷ Р. Етински, "Непосредна примјена међународног кривичног права у правном поретку Републике Србије", Удружење за међународно кривично право, Тара, 2012, 166–168.

⁸ Џ. Р. В. Д. Џоунс, С. Паулс, *Међународна кривична пракса*, Фонд за хумантирано право, Београд, 2005, 402.

⁹ М. Крећа, "Појам међународног кривичног права (МКП)", Удружење за међународно кривично право, Тара, 2012, 17–18.

¹⁰ М. Бабић, Да ли је злочин против човјечности ново кривично дјело?, <http://www.nezavisne.com/index/kolumne/Da-li-je-zlocin-protiv-covječnosti-novo-krivično-djelo>, 27. август 2014.

¹¹ Више о томе: Д. Кауриновић, М. Благојевић, "Повратно дејство кривичног закона – актуелно питање судске праксе у Босни и Херцеговини", *Страни правни живот*, 2/2008, 107–149.

теже кажњавање изрицањем нове врсте казне затвора (дуготрајни затвор) која није била законом прописана у вријеме извршења кривичног дјела.

Већина одговора на многобројне дилеме судске праксе у Босни и Херцеговини налази се у пресуди Великог вијећа ЕСЈП у предмету *Мактоуф и Дамјановић против БиХ*.¹² Апликанти су, у кривичном поступку који је спроведен пред Судом БиХ, оглашени кривим за извршење кривичног дјела ратног злочина против цивилног становништва из члана 173. став 1. Кривичног закона Босне и Херцеговине (КЗ БиХ) из 2003. године и осуђени на казне затвора у трајању од пет односно једанаест година. Један од апликаната поднио је апелацију Уставном суду БиХ која је одбијена. Залажући се за ретроактивну примјену КЗ БиХ из 2003. године, Суд БиХ и Уставни суд БиХ своја правна схватања заснивају на два кључна тумачења основних захтјева принципа легалитета из члана 7. ЕКЈП. Прво, Уставни суд посебно указује на тумачење члана 7. ЕКЈП и закључује да нема кршења члана 7. ЕКЈП уколико је осуда заснована на злочину према "међународном праву" у вријеме када је дјело почињено. Друго, према мишљењу Уставног суда ратни злочини представљају "злочине по међународном праву" у универзалном смислу надлежности за процесуирање тако да и осуда за таква дјела, сходно закону који је накнадно прописао и утврдио одређена дјела као кривична дјела и прописао посебну кривичну санкцију, а који то нису били по законодавству које је било на снази у вријеме када су дјела почињена, не би било супротно члану 7. став 1. ЕКЈП.¹³

Међутим, ЕСЈП се у својој одлуци позвао на досадашњу судску праксу и нагласио да гаранција која се даје чланом 7. ЕКЈП, суштински елемент владавине права, има истакнуто мјесто у систему заштите који пружа Конвенција, као што је и подцртано чињеницом да се према члану 15. не дозвољава никакво одступање од овог правила у вријеме рата или другог ванредног стања. Она се треба тумачити и примјењивати као што то и произилази из њеног предмета и сврхе, тако да пружа дјелотворну заштиту од произвољног прогона, осуђивања и кажњавања.

Надаље, ЕСЈП је истакао да два Кривична закона из 1976. године (КЗ СФРЈ) и 2003. године (КЗ БиХ) прописују различит распон казни за ратне злочине, а утврђујући који је закон блажи у погледу минималне казне, без икакве сумње утврдио да је блажи КЗ из 1976. године.¹⁴ У таквим околностима постоји реална могућност да је ретроактивна примјена закона из 2003. године била на штету апликаната у погледу изрицања казне, па се не може рећи да им је била осигурана дјелотворна заштита од наметања веће казне, што представља повреду члана 7. Конвенције.¹⁵

Суд се није сложио са ставом Владе БиХ да уколико је неко дјело представљало кривично дјело према "општим правним начелима која признају цивилизовани народи" у склопу значења члана 7. став 2. Конвенције у вријеме његовог почињења, да тада правило које забрањује ретроактивност кривичних дјела и казни није примјенљиво. Овај став није у складу са *travaux preparatoires* (припремним документима у вези текста Конвенције) који имплицирају да се може сматрати да члан 7. став 1. садржи опште правило неретроактивности, а да члан 7. став 2. представља само контекстуално појашњење за аспект кривичне

¹² Пресуда ЕСЈП, *Мактоуф и Дамјановић против БиХ*, апликације број 2312/08 и 34179/08 од 18.07.2013.

¹³ Одлука Уставног суда БиХ број АП-1785/06 од 30.03.2007., тачке 73. и 76. образложења.

¹⁴ Пресуда ЕСЈП од 18.07.2013. године, тачка 69. образложења.

¹⁵ *Ibid.*, тачка 70. образложења.

одговорности из тог правила. Стога је јасно да они који су саставили текст Конвенције нису имали намјеру да дозволе било какав општи изузетак од правила неретроактивности.¹⁶

Треба подсјетити да је ЕСЉП први пут у својој пракси 17.09.2009. године заузео правно схватање према којем је и важење принципа обавезне примјене блажег закона (*lex mitior*) једна од гаранција принципа законитости из члана 7. став 1. ЕКЉП. Послије 2009. године, ретроактивна примјена кривичног закона је забрањена, осим у случају примјене блажег закона. Примјена блажег закона представља *ius cogens*, па га ниједно друго правило међународног или домаћег права не може искључити. Примјена блажег закона је дио уставне традиције европских држава, уставна гаранција и саставни дио општих начела права.¹⁷

Исто тако, у једном од паралелних мишљења судија ЕСЉП, у предмету *Мактоуф и Дамјановић против БиХ*, експлицитно је наведено да нема ретроактивне примјене кривичног закона, осим у корист оптуженог и да ниједно друго правило међународног или домаћег права не може довести до одступања од ове позитивне стране принципа законитости која управо подразумијева обавезну примјену блажег закона, те да то на пољу кривичног права у свим верзијама представља *ius cogens*.

Због тога је ЕСЉП утврдио да је дошло до повреде члана 7. Конвенције јер су у конкретним предметима морале бити примијењене казнене одредбе Кривичног закона из 1976. године.

На крају, у закључку једног од сагласних мишљења судија ЕСЉП је наведено да када су домаћи судови произвољно и ретроактивно примјењивали *lex gravior* (строжи закон) онда је дошло до кршења члана 7. став 1. ЕКЉП, а правно дејство утврђивања повреде члана 7. ЕКЉП јесте да се осуђујуће пресуде апликантима морају поништити од стране надлежног суда. Члан 7. прописује право од којег нема одступања, што је јасно наведено у члану 15. ЕКЉП. Уколико осуђујуће пресуде апликантима остану на снази, упркос закључку да представљају кршење члана 7., то би представљало *de facto* одступање од члана 7. У складу с тим, ако тужена држава и даље буде жељела кривично гонити учиниоце за наводна кривична дјела која су апликанти починили током рата у БиХ, неопходно је одржати поновљено суђење.

Са аспекта тумачења захтјева принципа легалитета занимљиво је мишљење професора Касезеа¹⁸ које је дао на постављено питање: Да ли би било одговарајуће и исправно правно гледајући на Суд БиХ примијени одредбе о ратним злочинима КЗ БиХ из 2003. године на кривична дјела почињена у оружаном сукобу у периоду 1992–1995. године? Одговарајући на питање професор Касезе наглашава да у Босни и Херцеговини, као и у великом броју других европских земаља, међународна правила се аутоматски примјењују, без било каквог изричитог *ad hoc* уграђивања у домаће право кроз неки посебни законодавни пропис. Из овог слиједи да су већ 1992. године и у наредним годинама злочини против човјечности били забрањени као међународни злочини и да су судови имали јурисдикцију над оваквим злочинима. Према томе, Суд БиХ може примјењивати члан 172. КЗ БиХ без икаквог кршења забране на ретроактивну примјену кривичних одредби. До истог закључка

¹⁶ *Ibid.*, тачка 72. образложења.

¹⁷ Пресуда ЕСЉП, *Scoppola protiv Italije*, представка број 10249/03 од 17.09.2009. године, тачке 38, 68. и 69. образложења.

¹⁸ А. Cassese, "Мишљење о могућности ретроактивне примјене неких одредби новог Кривичног закона Босне и Херцеговине", *Генерална дирекција за правна питања*, Савјет Европе, Страсбург, 2003.

би се могло доћи кроз примјену члана 7. став 2. ЕКЉП по којем овај члан не спречава да се суди или казни било које лице за радњу или пропуст који су, у вријеме када су почињени, били кривична дјела према општим начелима права, признатим од цивилизованих народа. Овај међународни споразум је сада постао дио националног права БиХ по члану II (2) Устава БиХ. Чини се неспорним да су радње или пропусти који су имали тежину злочина против човјечности били кривична дјела 1992–1995. године "дјела према општим начелима права, признатим од цивилизованих народа". Може се сматрати да ови општи принципи одражавају и садрже опште забране дјела и пропуста која представљају злочине против човјечности по и међународном обичајном праву и у већини правних система у свијету. Међутим, када је у питању принцип законитости у односу на казну, професор Касезе наглашава да КЗ БиХ прописује тежу казну од оне која је била предвиђена ранијим законима, па увијек треба примијенити блажу казну. Његов закључак почива на два правна основа. Прво, у међународном праву постоје општи принципи по којем када је један злочин предвиђен у два сукцесивна прописа, а један од њих намеће мање строгу казну, ова казна је та која мора бити одмјерена по принципу *favor libertatis*. Друго, овај принцип се експлиците спомиње у члану 7. став 1. ЕКЉП у којем се каже да се не смије одредити тежа казна "од оне која је била примјењивана у вријеме када је кривично дјело извршено". Према томе, Суд БиХ треба увијек примјењивати лакшу казну, кадгод постоји разлика у дужини казне између старе и нове кривичне одредбе. Јасно је да се ретроактивна примјена кривичног закона односи само на казну, а не и на остале елементе овог члана.

После доношења пресуде (*Мактоуф и Дамјановић*), од 2013. године до данас, престала је пракса ретроактивне примјене КЗ БиХ за сва кривична дјела ратних злочина, осим за кривично дјело злочини против човјечности из члана 172. КЗ БиХ. Према незваничним подацима, од укупног броја правноснажно пресуђених предмета ратних злочина, од 2003. до 2023. године, КЗ БиХ је ретроактивно примијењен у преко 50% предмета, с тим што се од 2013. ретроактивна примјена КЗ БиХ искључиво односи на злочине против човјечности. У 11% предмета (око 30 предмета), подношењем апелације Уставном суду БиХ, утврђена је повреда члана 7. ЕКЉП и наложено ново суђење у коме је примијењен КЗ СФРЈ и изречене блаже казне затвора. Дакле, у наведеним случајевима примијењен је закон времена извршења кривичних дјела (КЗ СФРЈ) поштујући принцип легалитета и обавезну примјену блажег закона који су прописани у најважнијим изворима међународног права (члан 15. став 1. МПГПП, члан 67. Женевске конвенције (IV), члан 75. став 4. тачка ц. Допунског протокола I, чланови 22, 23. и 24. Римског Статута, члан 49. став 1. Повеље о основним правима у Европској унији, па и члан 7. став 1. ЕКЉП који експлицитно забрањује изрицање строжије казне од оне која је била прописана у вријеме када је кривично дјело извршено). Наведени правни извори су нераздвојни дио система међународног кривичног права гдје су принцип легалитета и временско важење закона одређени на најпотпунији начин с аспекта заштите људских права, правне сигурности и владавине права. Истовремено, они су саставни дио међународног кривичног права, међународног обичајног права и садрже општа начела међународног права.

Одступајући од принципа легалитета и обавезне примјене блажег закона у односу на кривично дјело злочини против човјечности, судови досљедно настављају праксу за коју није спорно да у вријеме извршења дјела кривично дјело злочини против човјечности из члана 172. став 1. КЗ БиХ није било прописано, као посебно кривично дјело, законом који је био на снази у то вријеме (КЗ СФРЈ). У заузетим правним схватањима

такође није спорно да се према начелу законитости никоме не може изрећи кривично-правна санкција за дјело које, прије него што је учињено није било законом или међународним правом прописано као кривично дјело и за које законом није била прописана казна. Према начелу временског важења кривичног закона на учиниоца кривичног дјела примјењује се закон који је био на снази у вријеме учињења кривичног дјела, ако се после учињења кривичног дјела једном или више пута измијенио закон, примијениће се закон који је најблажи за починиоца. Међутим, чланом 4а. КЗ БиХ прописано је да чланови 3. и 4. КЗ БиХ не спречавају суђења и кажњавање било којег лица за било које чињење или нечињење које је у вријеме када је почињено представљало кривично дјело у складу са општим начелима међународног права. По мишљењу судова, оваквом законском регулативом преузете су одредбе члана 7. став 2. ЕКЉП и члана 15. став 2. МПГПП, те омогућено изузетно одступање од принципа законитости и временског важења кривичног закона.¹⁹ Наведену праксу подржава Уставни суд БиХ који закључује да нема кршења члана 7. ЕКЉП када је примијењен КЗ којим је злочин против човјечности прописан као кривично дјело и прописана казна за његово извршење иако тај закон није био на снази у вријеме извршења предметног дјела, јер став 2. члан 7. ЕКЉП, односно 4а. КЗ БиХ допушта изузетке у ретроактивној примјени материјалног права када се ради по предметима који се тичу ратних злочина и злочина кршења међународног хуманитарног права, које су прихватили цивилизовани народи, а предметни случај представља изузетак од правила из става 1. члана 7. ЕКЉП.²⁰ Судови једноставно крше одредбе члана 7. став 1. ЕКЉП, позивајући се на члан 7. став 2. ЕКЉП, иако члан 7. став 1. не допушта никакве изузетке.

Одмах се мора рећи да су судови поред недозвољене, ретроактивне примјене КЗ БиХ на основу члана 4а. (измјена закона из 2005!),²¹ ретроактивно примијенили и члан 7. став 2. ЕКЉП. Босна и Херцеговина није ставила резерве на ЕКЉП, која се у правном систему БиХ директно примјењује од 14.12.1995. године, као дана потписивања Дејтонског споразума²² и тако створила законске претпоставке за прописивање адекватних казни за тешке повреде међународног права. Дакле, ступањем на снагу ЕКЉП укинута је смртна казна, а умјесто ње није прописана адекватна казна затвора у трајању дужем од 15 година, па се од 14.12.1995. године за најтежа кривична дјела могла изрећи само казна затвора у складу са чланом 38. КЗ СФРЈ (прописан општи законски максимум од петнаест година). Подсејамо, према општем правилу међународног права израженом у члану 28. Бечке конвенције, одредбе међународних уговора не примјењују се ретроактивно осим ако се странке нису изричито другачије споразумјеле, а нису. То потврђују и одредбе члана 210. Устава СФРЈ. Према томе, не постоји никакав правни основ за директну примјену међународног кривичног права, па ни члана 7. став 2. ЕКЉП, прије 14.12.1995. године (дан потписивања Дејтонског споразума је и дан ступања на снагу Устава БиХ и ЕКЉП). Истовремено, потпуно је јасно да није могућа ни примјена КЗ БиХ из 2003. године који први пут у кривичном законодавству, након ратификације Римског статута 2002. године, прописује казну дуготрајног затвора (21 до 45 година) и кривично дјело злочини против човјечности.

¹⁹ Пресуда Суда Босне и Херцеговине број С1 1 К 017626 18 Крж 6 од 26.04.2019. године, тачка 118. образложења.

²⁰ Одлука Уставног суда БиХ број АП-3191/19 од 16.03.2021. године, тачка 51. образложења.

²¹ Д. Кауриновић, "Ретроактивна примјена кривичног закона", *Правна ријеч*, 7/2006, 541–554.

²² Д. Кауриновић, "Принцип легалитета и ретроактивна примјена кривичног закона", *Право и правда*, 1/2007, 197–228.

Наведена судска пракса занемарује чињеницу да су члан 4а. КЗ БиХ, као и члан 7. став 2. ЕКЉП, примјениви само у правним ситуацијама кад одређена чињења или нечињења нису била уопште прописана као кривична дјела, ни у националном (кривични закон), нити у међународном праву (међународне конвенције), а јесу, нити су за њих биле прописане кривичноправне санкције, а јесу. У таквим правним ситуацијама очигледно не постоје услови ни за суђење (нема законом прописаног кривичног дјела), нити кажњавање (нема законом прописане казне) према важећем унутрашњем правном систему. То су неке будуће ситуације у којима одређено чињење или нечињење може да угрози и повриједи основне људске вриједности признате од цивилизованих народа, а које се сматрају универзалним као нпр. живот, здрава животна средина, међународна безбједност и др. Поред тога, судови не поштују праксу ЕСЉП по којој је ретроактивна примјена кривичног закона забрањена, осим у случају примјене блажег закона. Дакле, примјена блажег закона представља *ius cogens*, па га ниједно друго правило међународног или домаћег права не може искључити. У смислу члана 18. ЕКЉП од гаранција које пружа члан 7. ЕКЉП не може се одступити, нити се та права могу ограничити. Европска конвенција о људским правима и основним слободама у члану 15. забрањује укидање права која проистичу из начела законитости у свим околностима, па и у случају рата или других ванредних стања.

5. ПРЕКРШЕНА ЉУДСКА ПРАВА И ОСНОВНЕ СЛОБОДЕ, ЊИХОВ УТИЦАЈ НА ПРЕСУДЕ ДОМАЋИХ СУДОВА

Људска права и основне слободе из ЕКЉП морају бити практична и ефикасна, а не теоријска и илузорна, привидна. Ово се односи и на одлуке ЕСЉП, јер ако се оне не изврше онда пресуде домаћих судова засноване на кршењу конвенцијских права та права чине теоријским и илузорним.²³ Према томе, право на примјену блажег закона из члана 7. ЕКЉП је теоријско и привидно, ако се у пракси не отклони његово кршење.

Одредбе члана 1. ЕКЉП намећу општу обавезу поштовања људских права због чега свака висока уговорна страна обезбјеђује свим лицима под својом јурисдикцијом права и слободе прописане у Одјелку I ЕКЉП. Једно од права из Одјелка I је и право на кажњавање само на основу закона односно принцип легалитета прописан у члану 7. ЕКЉП које у себи садржи и право на обавезну примјену блажег закона. Начело законитости је једно од универзалних конвенцијских права, тзв. право прве генерације. У смислу чланова 2. и 3. Статута Савјета Европе, Босна и Херцеговина као способна чланица Савјета Европе, прихвата принцип владавине права на основу кога сва лица (а не само нека) уживају људска права и основне слободе. Одредбе члана 46. ЕКЉП обавезују високе уговорне стране да се повинују и изврше правноснажне пресуде ЕСЉП.

Након одлуке ЕСЉП, дошло је до понављања кривичног поступка у предметима оптужених *Мактоуф и Дамјановић*, па су им примјеном института обавезне примјене блажег кривичног закона у поновљеним поступцима изречене казне затвора у знатно краћем временском трајању. Поставља се неизбјежно правно питање у погледу правног статуса осталих правноснажно осуђених лица за кривична дјела ратних злочина, према којима је ретроактивно примјењен КЗ БиХ из 2003. године као строжи закон. Конкретно, да ли пресуда ЕСЉП представља законски основ за понављање кривичног поступка и за осуђена лица која нису подносила апелацију Уставном суду БиХ односно представку ЕСЉП?

²³ *Scoppola protiv Italije, ibid.*, тачка 104. образложења.

За кориштење новог разлога за понављање кривичног поступка потребно је да се испуне слиједећи услови:

- постојање формалне одлуке ЕСЈП којом је утврђено да су у току кривичног поступка пред домаћим судом кршена људска права и основне слободе,
- постојање каузалитета између учињене повреде и донесене судске одлуке односно да је пресуда домаћег суда заснована на кршењу људских права и основних слобода,
- непостојање других процесних могућности којима се може отклонити повреда учињена у току кривичног поступка, осим понављањем кривичног поступка.²⁴

Терет доказивања испуњености наведених услова очигледно је на овлашћеном подносиоцу за подношење захтјева за понављање кривичног поступка. Одлучујући елемент представља доказивање узрочне везе између утврђеног кршења конкретних права и заснованост пресуде домаћег суда управо на повреди људских права и основних слобода које штити ЕКЉП. То практично значи да се повреде људских права и основних слобода утврђене одлуком ЕСЈП *ex lege* прихватају, док се узрочна веза између утврђених повреда и заснованости пресуде домаћих судова односно њена неправилност са аспекта повреде конвенцијских права мора посебно утврдити.

Одлука суда којом је утврђена повреда или ускраћивање људског права као разлог за понављање поступка односи се на сва лица у истој правној ситуацији, а независно од множине поступака услов је да се та повреда препознаје у судској одлуци поводом које је изјављен приједлог за понављање поступка.²⁵

Један од основа владавине права је једнакост грађана пред законом, формална и стварна једнакост која се огледа у једнакој примјени права. Различита лица се могу наћи у једном или више кривичних поступака у истој правној ситуацији или битно сличној ситуацији. Идентична правна ситуација означава скуп истих чињеничноправних елемената који чине предмет кривичног поступка, односно у кривичном поступку се одлучује о кривичној ствари што подразумемијева утврђивање постојања кривичног дјела, кривице и доношење одлуке о кривичноправној санкцији. У конкретном случају у питању су кривична дјела ратних злочина које карактерише идентично вријеме извршења дјела, вријеме рата или оружаног сукоба, кршење међународног права, цивилно становништво, ратни заробљеници, рањеници и болесници, нечовјечно поступање, мучења, убиства итд.

У свим осуђујућим пресудама у којима је примијењен КЗ БиХ из 2003. године осуђена лица су доведена у битно различит процесни положају у односу на поступке у којима је примијењен КЗ СФРЈ из 1976, јер је приликом изрицања казни затвора примјењен строжи кривични закон и у правилу изрицање казне затвора у дужем временском трајању. На овај начин су угрожени принципи једнакости грађана пред законом, правне сигурности, начело законитости, право на правично суђење, повјерење грађана у независни и непристрасни судски систем, односно сумња у владавину права уопште.

Са аспекта конвенцијских и уставних права, те процесних гаранција које пружа кривичнопроцесни закон, недопустиво је да се у истим или битно сличним кривичним предметима оптуженим лицима изричу казне затвора у различитом временском трајању,

²⁴ М. Шкулић, *op. cit.*, 1267.

²⁵ Б. Живковић, "Понављање поступка и дејство одлуке Уставног суда по уставној жалби", *Правни информатор*, 1/2012, 5–14.

примјеном различитих кривичних закона. Овакво поступање садржи и елементе непосредне дискриминације. Све правноснажне кривичне пресуде изречене су у оквиру стварне надлежности Суда БиХ, па контрадикторна и неуједначена примјена кривичног закона у оквиру истог суда, за иста кривична дјела, изрицањем различитих врста казни (казна затвора и казна дуготрајног затвора), сама по себи представља повреду права на правично суђење осуђених лица по строжем закону.

Није спорно правно дејство одлуке ЕСЉП према лицима која су поднијела представку ЕСЉП против БиХ због повреде конвенцијских права. Међутим, споран је правни положај осуђених лица која нису поднијела апелацију Уставном суду БиХ, нити представку ЕСЉП, а налазе се у практично истој правној ситуацији. Након доношења одлуке ЕСЉП у правном систему БиХ егзистира *ex lege* процесни разлог за понављање кривичног поступка. У смислу члана 41. ЕКЉП осуђеним лицима, подносиоцима представке није досуђена праведна накнада, али у таквој ситуацији понављање кривичног поступка представља ефикасан правни лијек који отклања правне последице кршења људских права и основних слобода.

6. ПОНАВЉАЊЕ ПАРНИЧНОГ ПОСТУПКА У СУДСКОЈ ПРАКСИ

Према члану 422. тачка 11. Закона о парничном поступку Републике Србије, поступак који је одлуком суда правноснажно завршен може се по приједлогу странке поновити ако је у поступку по уставној жалби Уставни суд утврдио повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слобода зајемчене Уставом у парничном поступку.

Једноставним упоређивањем законског текста наведеног члана и члана 327. став 1. тачка ф. ЗКП БиХ долази се до закључка да су у питању идентични законски разлози за понављање два различита судска поступка. Како до сада не постоји доступна судска пракса која се односи на понављање кривичног поступка свакако ће помоћи пракса и рјешавање правних питања од стране судова у парничном поступку.

Тако је у једној одлуци суд заузео правно схватање по коме се понављање поступка може тражити на основу одлуке Уставног суда по уставној жалби којом је утврђено кршење људског или мањинског права и слобода зајамчено Уставом у парничном поступку од стране сваког лица које се налази у истој правној ситуацији. Небитно је да ли се одлука Уставног суда о уставној жалби којом је утврђена наведена повреда односи на одлуку која је донијета у парничном поступку чије се понављање тражи. Дакле, неопходно је да у сваком предмету суд претходно утврди да ли се подносилац предлога за понављање поступка налази у истој правној ситуацији. Уколико се утврди да се налази у истој правној ситуацији онда има правни основ да на основу одлуке Уставног суда тражи понављање поступка у смислу члана 422. став 1. тачка 11. ЗПП-а, без обзира што лично није подносио уставну жалбу.²⁶

Пратећи наведену праксу у једној одлуци суд је подсјетио на одредбе члана 87. Закона о Уставном суду наглашавајући да, ако је појединачним актом или радњом повријеђено или ускраћено Уставом зајамчено људско или мањинско право или слобода више лица, а само неки од њих су поднијели уставну жалбу, одлука Уставног суда односи се и на лица која нису поднијела уставну жалбу, ако се налазе у истој правној ситуацији.²⁷

²⁶ Рјешење Врховног касационог суда број Рев 2 833/11 од 27. 12. 2011. године.

²⁷ Рјешење Врховног касационог суда број Рев 2 1879/15 од 21. 01. 2016. године.

На крају судска пракса понавља да су лица овлашћена да траже понављање поступка, на основу одлуке Уставног суда, странке у парничном поступку чије су уставне жалбе усвојене, као и она лица која нису поднијела уставну жалбу, а налазе се у истој правној ситуацији.

Дакле, дејство одлуке Уставног суда може се проширити и на лица која нису поднијела уставну жалбу, али под условом да Уставни суд оцијени да је то нужно у конкретном случају, те да исто изричито утврди својом одлуком, односно да својом одлуком суд одреди круг лица на која проширује дејство те конкретне одлуке.²⁸

7. ДЕЈСТВО ОДЛУКЕ ЕСЉП НА ДРУГА ЛИЦА

Имајући у виду карактер и значај повријеђеног права садржаног у члану 7. ЕКЉП, права прве генерације и врховног принципа кривичног права јасно је да се то право не може суспендовати или ограничити. Значај овог права је подигнут на ниво уставног принципа путем директне примјене ЕКЉП па се из наведених разлога не може односити само на једно лице и један конкретан предмет. Уосталом, у одлуци ЕСЉП се констатује да примјена строжег закона, без обавезне примјене блажег кривичног закона, сама по себи представља повреду члана 7. ЕКЉП. Стога туженој БиХ није наложена нека посебна мјера за извршење пресуде Мактоуф и Дамјановић, јер домаће право обезбјеђује ефикасно правно средство - понављање кривичног поступка као ванредни правни лијек за исправљање грешака учињених у правноснажним пресудама. Принцип легалитета из члана 7. ЕКЉП је једно од три људска права које се не може суспендовати за вријеме рата или друге јавне опасности (члан 15. ЕКЉП). Због тога је ово право садржано у свим пресудама у којима је предмет кривичног поступка била и правилна примјена кривичног закона односно обавезна примјена блажег кривичног закона у правним ситуацијама када је постојала дилема да ли примијенити закон времена извршења кривичног дјела или закон времена суђења. Захтјеви начела законитости се простиру на читав правни систем, а поготово на суђења за истородна кривична дјела у оквиру стварне надлежности истог суда.

Доношење одлука у предметима ратних злочина почињених за вријеме рата односно оружаног сукоба, мора бити јединствено или бар усаглашено у битним елементима да би суђење имало карактер правичног поступка. Свако оптужено лице које је правноснажно пресуђено упоредиво је са процесним статусом било ког другог правноснажно осуђеног лица за извршење истородног кривичног дјела по критерију погрешне примјене кривичног закона односно повреде члана 7. ЕКЉП. Компаративна анализа показује да ли су оптужена лица била једнака пред законом, да ли су имала правично суђење и одговор на питање да ли је држава чланица Савјета Европе обезбиједила правну сигурност и владавину права. Очигледна, и одлуком ЕСЉП утврђена повреда члана 7. ЕКЉП представља законски разлог за понављање кривичног поступка, а ускраћивање кориштења овог правног лијека другим лицима представља одржавање противправног стања насталог кршењем ЕКЉП. Како је у питању кршење права прве генерације, судови своју праксу морају да ускладе са захтјевима уставних и конвенцијских права. Ниједна одлука која је заснована на кршењу ЕКЉП не смије остати непромијењена у правном систему једне државе, а једини ефикасан правни лијек је понављање кривичног поступка. Конвенцијска права не смију бити прекршена, али ако је ипак дошло до повреде тих права не смије се ускратити заштита угрожених права

²⁸ Рјешење Апелационог суда у Београду број Гж 776/18 од 14. 03. 2018. године.

подношењем ефикасног правног лијека. Практично не постоји разлика између лица која су поднијела апелацију Уставном суду БиХ и представку ЕСЈП, на једној страни, и лица која нису користила наведена правна средства на другој страни. У односу на све њих је повријеђено право из члана 7. ЕКЈП уколико је у њиховим предметима примјењен строжи закон, КЗ БиХ из 2003. године. Једно лице је поднијело апелацију и представку (Мактоуф), док је друго осуђено лице поднијело само представку ЕСЈП (Дамјановић се директно обратио ЕСЈП који је утврдио да апелација Уставном суду БиХ није пружала разумну могућност успјеха, што значи да није била дјелотворан правни лијек, због чега је представка проглашена допустивом – тачка 60. образложења пресуде). Након доношења одлуке ЕСЈП, повреда права из члана 7. ЕКЈП на штету осуђених отклоњена је поводом захтјева за понављање кривичног поступка. Већина осуђених лица није подносила апелацију Уставном суду БиХ, а поготово не представку ЕСЈП, јер је у периоду од 2003. до 2013. године успостављена дуготрајна, устаљена судска пракса примјене строжег закона у предметима ратних злочина. Све повреде кривичног закона које се састоје у примјени кривичног закона који се није могао примјенити у предметима других лица резултирале су и повредама члана 7. ЕКЈП, јер је у тим предметима примјењен строжи умјесто блажег кривичног закона. Друга лица не смију сносити правне посљедице некориштења апелације и представке због пасивног односа и ситуације у коју их је довела погрешна, незаконита и неуставна судска пракса. Тим прије што је понављање поступка ванредни правни лијек који нема никаква процесна ограничења, није ограничен роком, издржаном казном, подношењем редовног правног лијека, амнестијом, и др., а ускраћивање права на правни лијек је забрањено у свим позитивним законодавствима.

Према пракси ЕСЈП битан је садржај права о коме се одлучује, да ли је прекршен члан 7. ЕКЈП, а не да ли је кориштена апелација или представка. Повреда права је била произвољна и противна начелу из члана 7. ЕКЈП. Ако су осуђена лица доведена у различит положај, треба им омогућити да искористе расположива правна средства за исправљање таквог недопуштеног стања. У предмету *Винчић против Србије*²⁹ ЕСЈП не прејудицира одлуку домаћег суда али дуготрајна различита пракса и правосудна неизвјесност сами по себи представљају кршење члана 6. ЕКЈП, па је овај предмет упоредив са предметом *Мактоуф и Дамјановић*, у коме ЕСЈП такође тврди да не прејудицира висину казне, али да је у тим предметима морао бити примјењен блажи кривични закон.

Да ли се ефекти одлуке ЕСЈП проширују и на друга лица која се налазе у истој ситуацији или постоји правни основ за ускраћивање права за коришћење ефикасног правног лијека, понављање кривичног поступка? Према члану II став 1. Устава БиХ, Босна и Херцеговина је обавезна обезбиједити највиши ниво међународно признатих права и основних слобода у складу са Анексом 6. Дејтонског споразума, што поред осталог значи да уживање права и слобода мора бити обезбијеђено без дискриминације по било ком основу. Сва осуђена лица се налазе у истој ситуацији, а могу се разликовати само по чињеници да ли су поднијела апелацију односно представку или не. Сви други елементи су идентични: постоји идентитет државе (БиХ), идентитет поступка (кривични), идентитет суда (Суд БиХ), идентитет примјењеног закона (КЗ БиХ) и идентитет повријеђеног права (члан 7. ЕКЈП).

²⁹ Пресуда ЕСЈП, *Винчић и др. против Србије* од 01. 12. 2009. године, апликација број 44698/06.

Ако је то тако онда постоји законски разлог за понављање кривичног поступка за сва лица, јер у правном систему не може егзистирати ниједна пресуда домаћег суда која је заснована на кршењу начела законитости (члан 7. ЕКЉП), пошто се право из члана 7. мора гарантовати сваком лицу под јурисдикцијом БиХ, а не само онима који су поднели апелацију или представку.

Одлука ЕСЉП не може бити ограничена на конкретан случај, јер је повреда члана 7. ЕКЉП очигледна у свим кривичним поступцима гдје се одлучивало о примјени блажег закона, а то су несумњиво сви предмети ратних злочина. Дакле, ЕСЉП је дао коначно тумачење члана 7. ЕКЉП, а домаћи судови су обавезни узети у обзир прецедентно право ЕСЉП, с обзиром на директну примјену конвенцијског права у правном систему БиХ. Судови су дужни јединствено поступати у истим или битно сличним ситуацијама јер то налажу начела једнакости грађана пред законом, правне сигурности и правичног поступка уопште. Повреда члана 7. ЕКЉП не може остати индивидуална повреда људских права ако је начело законитости врховни принцип кривичног права, а примјена блажег закона правна суштина свих кривичних поступака у предметима ратних злочина. Дакле, дејство одлуке ЕСЉП је примјењиво и на сва друга осуђена лица гдје постоји идентитет поступка, кривичног дјела, примијењеног кривичног закона и повреде конвенцијског права по истим стандардима који су утврђени у предмету *Мактоуф и Дамјановић*. Овдје су људска права и основне слободе изнад појединачног предмета и не могу добити индивидуални карактер, па је неприхватљиво важење одлуке ЕСЉП ограничити само на конкретан предмет да би се избјегла примјена ЕКЉП на све исте или битно сличне кривичне поступке. Недопустиво је да у правном систему егзистирају одлуке засноване на кршењу људских права и основних слобода, ако је одлуком ЕСЉП већ утврђено да је у два идентична кривична поступка дошло до повреде члана 7. ЕКЉП.

8. ЗАКЉУЧАК

Принцип законитости или легалитета је основно, водеће и најважније начело кривичног права, његов врховни принцип.

Принцип легалитета кривичног дјела је двострука заштита грађанске слободе: од самовоље законодавца и од самовоље судија.³⁰ Због тога судијама остаје једино да примени закон, суде по закону, право, како пише у закону, без страха, јер ако се гради систем владавине права, онда судије морају да предњаче у поштовању људских права и основних слобода.

Ванредни правни лијек, понављање кривичног поступка је једино ефикасно правно средство за отклањање штетних посљедица кршења људских права и основних слобода према осуђеним лицима против којих је вођен кривични поступак за кривична дјела ратног злочина и према којима је примијењен строжи умјесто блажег кривичног закона, повредом члана 7. ЕКЉП.

ЛИТЕРАТУРА

Бабић М., *Коментар Кривичног законика Републике Српске*, Графомарк, Бања Лука, 2021.

Етински Р., "Непосредна примена међународног кривичног права у правном поретку Републике Србије", Удружење за међународно кривично право, Тара, 2012.

³⁰ Т. Живановић, *Основи кривичног права, општи део*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд, 1922, 148.

- Живановић Т., *Основи кривичног права, опити део*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд, 1922.
- Живковић Б., "Понављање поступка и дејство одлуке Уставног суда по уставној жалби", *Правни информатор*, 2012.
- Касезе А., *Међународно кривично право*, Београдски центар за људска права, Београд, 2005.
- Кауриновић Д., Благојевић М., "Повратно дејство кривичног закона-актуелно питање судске праксе у БиХ", *Страни правни живот*, 2/2008
- Кауриновић Д., "Ретроактивна примјена кривичног закона", *Правна ријеч*, 7/2006
- Кауриновић Д., "Принцип легалитета и ретроактивна примјена кривичног закона", *Право и правда*, 1/2007
- Крећа М., "Појам међународног кривичног права (МКП)", Удружење за међународно кривично право, Тара, 2012.
- Лукић Р., *Систем филозофије права*, Савремена администрација, Београд, 1992.
- Муниврана Вајда М., "Новији развој међународних злочина и заповједне одговорности у хрватском казненом праву", Удружење за међународно кривично право, Тара, 2013.
- Сијерчић-Чолић Х. et. al., *Закон о кривичном/казненом поступку у БиХ*, Вијеће Европе/Европска комисија, Сарајево
- Стојановић М., *Коментар кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2007.
- Шкулић М., *Коментар законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2007.
- Шкулић М., "(Не)могућност непосредне примене међународног кривичног права у Србији", Удружење за међународно кривично право, Тара, 2012.

* * *

Damjan Kaurinović*

JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AS LEGAL REASON FOR REOPENING OF CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

The issue of temporal validity of the criminal code and its retroactive application, after the legislative reform in Bosnia and Herzegovina (2003), opened up several important and complex issues, which are still the subject of the sciences of criminal law and current judicial practice on the national and international level. The essence of the problem and the answers to all questions are within the requirements of the principle of legality and full protection of human rights and fundamental freedoms. This paper attempts to answer the question of whether all convicted persons, who are in the same or substantially similar situation, have the right to submit a request for a repetition in the criminal procedure even though they have not previously submitted a petition to the European Court of Human Rights. The extraordinary legal remedy, the repetition of criminal proceedings, is the only effective legal means of eliminating the harmful consequences of violations of human rights and fundamental freedoms against convicted persons who have been prosecuted for war crimes and to whom a stricter rather than a milder criminal law has been applied, in violation of Article 7 of the European Convention of Human Rights.

Keywords: nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, international criminal law, the judgment of the European Court of Human Rights, violation of human rights and fundamental freedoms, the repetition of criminal proceedings.

* President of the Court of Appeal of the Brčko District of Bosnia and Herzegovina, d.kaurinovic@asbd.ba

др Вељко Икановић*

КОМАНДНА ОДГОВОРНОСТ ПРЕМА КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ И СУДСКОЈ ПРАКСИ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Анстракт: *О командној одговорности се у Босни и Херцеговини прво почело говорити као о политичком питању око одлука Хашког трибунала и примјењивости Статута тог трибунала везано за командну одговорност у домаћем законодавству и пракси. Почевши од 2003. године, када је донесен Кривични закон Босне и Херцеговине у коме је прописана индивидуална и командна одговорност, о њој се говори као о правном питању. У овом раду проблематика командне одговорности се посматра кроз њен настанак, развој, примјену важећег законодавства и Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије који је важио у вријеме извршења кривичног дјела. Разлог за то је што раније кривично законодавство није познавало командну одговорност, а залагање одређених правосудних и стручних кругова за ретроактивну примјену важећег закона онемогућено је одлукама Европског суда за људска права и Уставног суда БиХ, гдје је садржана примјена Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, у свим предметима ратних злочина (осим кривичног дјела Злочини против човјечности).*

Кључне ријечи: *командна одговорност, ретроактивност, чињење и нечињење.*

1. УВОД

У кривичноправној теорији и пракси кривична одговорност команданата или надређених који су издали наређење за извршење злочина или су на други начин учествовали у њиховом директном извршењу никада није била спорна. Овдје се ради о тзв. директној командној одговорности и одговорност, односно кривица тих надређених утврђује се помоћу општих института кривичног права: извршилаштва, саизвршилаштва и саучесништва. Проблем се јавља када треба доказати кривицу лица која су заузимала положаје унутар државних и војних организација и која су имала наредбодавна овлашћења, која нису наредила извршење злочина, али је њихов допринос злочину значајан. Овај проблем се настоји разријешити успостављањем специфичног облика хибридне кривичне одговорности, који се у теорији и пракси назива командна, заповједна или индиректна командна одговорност. Ово је сложено правно питање на које се задовољавајући одговор са ставовима који подржавају примјену института командне одговорности, као и супротне ставове, може дати само послије кратког осврта на сам појам командне одговорности, историјски развој, њено мјесто у законодавству и судској пракси.

* Судија Врховног суда Републике Српске и редовни професор Факултета правних наука Универзитета Алертон Бања Лука, e-mail: veljisa@gmail.com

Разрјешење законодавног и практичног оквира командне одговорности у Босни и Херцеговини у њеној примјени на протекли ратни сукоб није могуће без расправљања питања поштовања начела законитости приликом процесуирања лица оптужених за командну одговорност. Све то отвара питање примјене Кривичног закона СФРЈ (КЗ СФРЈ) који је у изворном или преузетом облику важио до 2003. године, његових одредби о начину извршења кривичног дјела, облику виности и посебним кривичним дјелима непријављивања кривичног дјела и учиниоца и слично.

2. ПОЈАМ КОМАНДНЕ ОДГОВОРНОСТИ

Једнако као што је то у домаћем праву и у међународном кривичном праву субјективна кривична одговорност (заснована на узрасту, урачунљивости и кривици – виности) представља претпоставку за примјену кривичних санкција према учиниоцима међународних кривичних дјела.¹ Овако одређена она је лична, субјективна одговорност која искључује кривичну одговорност за другог или објективну одговорност.² Зато је правило да у сваком конкретном случају надлежни међународни кривични судски орган мора да утврди све психичке елементе свијести и воље на страни учиниоца дјела у вријеме предузимања радње извршења конкретног кривичног дјела имајући у виду све изведене личне и материјалне доказе.

Међутим, природа и карактер међународних кривичних дјела условили су да поред субјективне кривичне одговорности постоји још један основ за кажњавање учинилаца таквих дјела.³ То је у теорији кривичног права веома споран начин кажњавања по основу командне одговорности.⁴ Ради се о веома сложеном, тешко одредивом и неуједначеном појму о коме у правној теорији не постоји јединствено термилошко одређење.⁵ Чак се и за сам назив користи онолико термина колико има и аутора који се том материјом баве тако да се користе називи:⁶ одговорност надређеног (*superior responsibility*), одговорност за радње потчињеног (*responsability for conduct of subordinates*), посредна одговорност надређеног (*indirect superior responsibility*), одговорност за пропусте да се дјелује (*responsability for failure to act*) или одговорност команданта за радње потчињених (*liability of a commander for the acts of his subordinates*).⁷ Данас је у међународном кривичном праву ова врста кривичне одговорности предвиђена у члану 28. Римског статута Међународног кривичног суда.⁸

¹ D. Jovašević, L.J. Mitrović, V. Ikanović, *Krivično pravo, Opšti dio*, Panevropski univerzitet Apeiron, Banja Luka, 2017, 137–139.

² G. Stefani, G. Lévassieur, B. Bouloc, *Droit penal general*, Paris, 2000, 295.

³ B. Lukšić, "Genocide and command responsibility", *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu*, Split, 4/2001, 283–291.

⁴ M. Šćerpanović, M. Ivanović, "Komandna i zapovjedna odgovornost u međunarodnom krivičnom pravu", *Pravni život*, Beograd, 12/2005, 505–517.

⁵ Поједини аутори уместо појма командна, за ову врсту одговорности користе термине "командујућа" одговорност, одговорност надређеног, одговорност претпостављеног, одговорност за другог. Б. Чејовић, *Међународно кривично право и командна одговорност*, Зборник радова, Релевантна питања међународног кривичног права, Тара, 2003, 113–131.

⁶ D. Derenčinović, "Kritički o institutu zapovjedne odgovornosti u međunarodnom kaznenom pravu", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Zagreb, 1/2001, 23–44.

⁷ I. Brkić, *Zapovjedna kaznena odgovornost i načelo zakonitosti u međunarodnom kaznenom pravu*, *Hrvatska pravna revija*, Zagreb, 8/2001, 80–82.

⁸ Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda, *Službeni glasnik BiH*, Međunarodni ugovori, 2/02.

О правној природи командне одговорности у правној теорији схватања још увијек нису јединствена. Према једном схватању, које потиче из англосаксонског правног система, командна одговорност се сматра посебним обликом одговорности за злочин другог лица које је подређено оптуженом. Ово схватање је усвојено и у пракси Међународног трибунала за кривично гоњење лица одговорних за тешка кршења међународног хуманитарног права на територији бивше Југославије након 1991. (МКСЈ – Хашки трибунал)⁹ и Међународног суда за ратне злочине почињене на подручју Руанде (МКСР – Трибунала за Руанду).

Према другом схватању командна одговорност постоји као одговорност за посебан злочин, различит од злочина потчињеног лица. Овде се, заправо, ради о одговорности за кривично дјело нечињења, односно пропуштања дужног надзора или занемаривање своје дужности од стране команданта.¹⁰

Према трећем схватању командна одговорност или одговорност заповједника представља посебну категорију кршења закона и обичаја ратовања будући да она произилази из злочина њему подређених лица, а не облик личне одговорности. Овај облик одговорности се јавља само код међународних кривичних дјела у ужем смислу.

Постоји и схватање према коме командна одговорност представља облик одговорности за саучесништво, као облик одговорности за кажњиво пропуштање *sui generis*. Према овом схватању одговорност заповједника се не заснива на злочинима које су извршили њему потчињена лица, већ зато што није лично поступио тако да усвоји неопходне и разумне мјере којима би таква дјела спријечио или казнио њихове учиниоце.¹¹

Командна одговорност се може сматрати дериватом злочина који су извршили потчињени гдје надређени не учествује нити мора учествовати у извршењу таквог злочина. Довољно је само да је он показао да није спријечио такве злочине или није казнио њихове учиниоце, те да је његов пропуст допринио извршењу дјела.¹²

У својој суштини командне одговорности указују на обавезу надређених лица да спријече злочине почињене од стране подређених или других лица која се налазе под њиховом контролом. Ту постоје и одређени стандарди сазнања које надређени морају да испуне под овим условима.¹³ У теорији међународног кривичног права постоје три доктрине о командној одговорности – основу одговорности претпостављеног.¹⁴

1. доктрина о кривици претпостављеног – њен творац је немачки правник Опенхајм. Она је формулисана у Нирнбершкој пресуди,

2. доктрина о апсолутној кривици претпостављеног – она произилази из члана 33. Римског статута сталног Међународног кривичног суда у Хагу који се заснива на негативним претпоставкама и

3. доктрина о условној или ограниченој кривици претпостављеног – она потиче из пресуде Врховног суда Њемачке донетој у Лајпцигу 1924. године у предмету Довер Кастрл.

⁹ Члан 7 "Индивидуална кривична одговорност" Ажурираног Статута Међународног кривичног суда за бившу Југославију.

¹⁰ М. Мажјћ, "Komandna odgovornost", *Jugoslovenska revija za krivično pravo i kriminologiju*, Beograd, 1–2/2000, 225–240.

¹¹ D. Jovašević, V. Ikanović, *Međunarodno krivično pravo*, Panevropski univerzitet Apeiron, Banja Luka, 2015, 132.

¹² A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Oxford, 1999, 124.

¹³ I. Bantekas, "Istorijski razvoj doktrine komandne odgovornosti u međunarodnom pravu", *Komandna odgovornost u domaćem i međunarodnom pravu*, Beograd, 2003, 11.

¹⁴ V. Đ. Degan, B. Pavišić, V. Beširević, *Međunarodno i transnacionalno krivično pravo*, Beograd, 2011, 533–534.

3. ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ КОМАНДНЕ ОДГОВОРНОСТИ

Прве трагове командне одговорности као посебне врсте кривичне одговорности налазимо у одређеном облику у најранијим правним списима. Један од првих таквих трагова датира још из 1439. године када је француски краљ Шарл VII из Орлеана издао наређење према коме је "сваки заповједник или његов замјеник одговоран за злоупотребе, злодјела или преступе који су учињени од стране припадника његове јединице".¹⁵

Доктрина командне одговорности касније се помиње у бројним документима, посебно војним законима и приручницима из XVII вијека, као што су Енглески ратни закон (*English Laws of war*) и Приручник шведског краља Густава. Ови закони су били правно неодређени у смислу да ли уопште представљају закон, која је то врста закона, да ли је њима успостављена одговорност починилаца и која врста одговорности, да ли кривична, грађанска или обавеза да се предузме нека врста дисциплинских мјера. Други проблем је била примјена ових закона гдје се поставља питање да ли су починиоци били кажњавани пред судовима и којим судовима.¹⁶

У току америчког грађанског рата (1861–1865) Општом наредбом број 100 америчког предсједника Абрахама Линколна од 24. августа 1863. године прокламован је "Законик Френсиса Либера" (*Lieber Code*) који је поставио правила за поступање владиних снага у рату. У Либеровом закону, чији је циљ био да на неки начин регулише вођење борбених активности током грађанског рата није изричито поменута ова доктрина, али је код команданта Вирца у случају Андерсонвил логора дјелимично обухваћена и командна одговорност. Једна од тачака оптужнице га је теретила да није предузео никакве мјере да спријечи злочине против ратних заробљеника, нити да казни своје подређене за злочине коју су тамо почињени.

Први писани међународни правни извор који је предвиђао обавезе и одговорности војних команданата за поступке (чињења и нечињења) својих потчињених је Хашка конвенција из 1907. године. У Додатку број 4. у одредби члана 1. изричито је прописано да милиција или добровољачка јединица морају на свом челу да имају лице које је одговорно за поступке потчињених, ако жели да има статус пуноправно зарађене стране, као и да ужива правну заштиту коју овој ратујућој страни пружа управо хашко право. Конвенција је у члану 43. предвидјела дужност команданта да предузме све неопходно потребне мјере које су у његовој моћи како би поново успоставио и обезбиједио у што већој мјери ред и јавну безбједност, као и важеће право на окупираној територији.

Даљи развој командне одговорности у теорији и пракси међународног кривичног права везан је за случај када је Војна комисија САД 1945. године на судском процесу у Манили оптужила генерала Томојуки Јамашиту,¹⁷ команданта јапанских снага на Филипинима, за злочине извршене у Другом свјетском рату на бојиштима на Далеком истоку. Њему је оптужницом стављено на терет "да је заповиједао оружаним снагама Јапана, па је противзаконито занемарио и није извршио своју дужност заповједника у контроли операција лица под његовом командом дозвољавајући им да изврше брутална звјерства и друге тешке злочине против народа САД и њихових савезника, нарочито на Филипинима

¹⁵ D. Jovašević, V. Ikanović, *op. cit.*, 144–147.

¹⁶ I. Bantekas, *op. cit.*, 12.

¹⁷ B. Brkić, "Zapovjedna komandna odgovornost i načelo zakonitosti u međunarodnom kaznenom pravu", *Hrvatska pravna revija*, Zagreb, 8/2001. godine, 80–82.

чиме је прекршио законе ратовања. Будући да су злочини били толико распрострањени Јамашита је морао за њих знати, али је занемарио и пропустио да испуни своју дужност као команданта – да надзире дјеловање своје војске дозвољавајући јој да изврши тешке злочине и прекрши законе рата".¹⁸ На судском процесу генерал Јамашита је оглашен кривим и осуђен на казну смрти вешањем која је извршена 23. фебруара 1946. године.¹⁹

У националним законодавствима одговорност команданата за своје потчињене је први пут изричито унијета у Теренско упутство копнене војске САД донијето 1956. године. У овом Упутству у тачки 501. изричито је одређена одговорност за радње потчињених.

Одговорност за поступке потчињених познавало је и раније југословенско Упутство о примени правила међународног ратног права у оружаним снагама СФРЈ донијето 1988. године.²⁰ У одредби члана 21. овог Упутства наведено је неколико случајева одговорности за поступке потчињеног:²¹ 1. командант је лично одговоран за кршење ратних закона уколико је знао или могао знати да се јединице или појединци који су му потчињени припремају да крше те законе, а не предузме мјере да спречи њихово кршење, 2. командант је лично одговоран ако зна да је до кршења ратних закона већ дошло, а не оптужи лица која су одговорна за та кршења закона, 3. командант који није овлашћен да оптужи таква лица, а није их пријавио надлежном војном команданту, такође је лично одговоран и 4. командант је одговоран као учесник или подстрекач уколико непредузимањем мјера против лица које крши ратне законе дозволи јединицама које су му потчињене да и даље врше таква дјела.²²

Потом је Први Допунски протокол уз Женевске конвенције о заштити жртава међународних оружаних сукоба из 1977. године²³ говорио о командној одговорности у члану 86. став 2.²⁴ Према овој одредби чињеница да је неко кривично дјело које представља повреду ових конвенција учинио потчињени не ослобађа његове старјешине кривичне или дисциплинске одговорности под следећим условима:²⁵ а) уколико су они знали или су имали информације које су им омогућавале да закључе под околностима које су владале у то вријеме да је потчињени извршио или да ће извршити такву повреду и б) ако нису предузели све могуће мјере у границама своје могућности да спрече или сузбију такво дјело.

Статут Хашког трибунала из 1993. године такође у члану 7. став 3. предвиђа командну одговорност. Оптужена особа је индивидуално одговорна уколико су он или она стварно знали или су имали разлог да знају кроз извјештаје оптуженој особи или кроз друге начине да су се трупе или друге особе под његовом или њеном контролом спремале да учине или су учиниле такве прекршаје, а оптужена особа је пропустила да подузме неопходно потребне и разумне кораке да спречи такве прекршаје.²⁶

¹⁸ M. Sassoli, A. Bouvier, *How Does Law Protect in War*, Geneva, 1999, 696–699.

¹⁹ G. Mettraux, *Pravo komandne odgovornosti*, Beograd, 2009, 6–7.

²⁰ *Službeni vojni list broj 10/88*.

²¹ B. Kozjak, "Zapovjedna odgovornost u međunarodnom i hrvatskom kaznenom pravu", *Odvjetnik*, 5–6/2001, 37–40.

²² Д. Јовашевић, "Историјски развој идеје о одговорности за међународне злочине", *Пешчаник*, 8/2010, 130–141.

²³ *Ženevske konvencije i dopunski protokoli*, Zbirka dokumenata, JCK, Beograd, 1997, 227.

²⁴ F. Bačić, "Zapovjedna odgovornost posebno s obzirom na ratne zločine prema četiri Ženevske konvencije iz 1949. godine", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2/2001, 139–146.

²⁵ B. Brkić, "Zapovjedna kaznena odgovornost – mogući teoretski i praktični aspekti", *Hrvatska pravna revija*, 2/2002, 111–116; D. Derenčinović, "Kritički o institutu zapovjedne kaznene odgovornosti u međunarodnom kaznenom pravu", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 1/2000, 23–44.

²⁶ Пресуда Међународног трибунала за бившу Југославију у предмету IT-96-21Т од 6. новембра 1998.

Наиме, учињено међународно кривично дјело не ослобађа од одговорности како његовог учиниоца, тако и његовог претпостављеног ако је знао или могао да зна да је тај потчињени имао везе за извршењем таквог дјела или га је извршио, а претпостављени је пропустио неопходне и разумне мјере да спријечи извршење таквог дјела или пак да казни његове извршиоце.

На идентичан начин командну одговорност предвиђа Статут међународног кривичног трибунала за Руанду са сједиштем у граду Аруши (Танзанија) у члану 6. став 3. као и други међународни документи.

У свим наведеним изворима међународног кривичног права јасно се указује да командна одговорност не представља вид објективне одговорности за учињено кривично дјело. Она се, додуше, јавља на основу непоступања надређеног са циљем да изврши дужност чињења. Одговорност у том случају постоји ако он лично не обави оно што се од њега тражи по међународном праву тј. не предузме неопходне и разумне мјере да спријечи или казни злочине својих потчињених. Пропуст је кажњив јер међународно право првенствено њему намеће такву обавезу, а за његово непоштовање такве обавезе предвиђа кривичне последице.²⁷

Дакле, командна одговорност је, заправо хибридни облик одговорности која се састоји од композитних елемената традиционално присутних у различитим категоријама облика одговорности.²⁸ Наиме, овдје се ради о кривичној одговорности која има двојаки карактер и то²⁹: а) одговорност за нечињење и б) одговорност из нехата.

Тако војни старјешина или други претпостављени не може одговарати за учињено кривично дјело свог потчињеног самом чињеницом да је он био "претпостављени свом подређеном као непосредном извршиоцу кривичног дјела", већ у сваком конкретном случају треба доказати да је он знао или је пак с обзиром на околности случаја могао да зна да се припрема извршење неког међународног кривичног дјела или да је такво кривично дјело извршено, а да при томе он сам није учинио оно што је било у његовој моћи да спријечи извршење таквог дјела или пак што није спровео одговарајући поступак пошто је сазнао за извршење таквог кривичног дјела.

Да би се кривична одговорност везала за пропуштање чињења надређеног, потребно је постојање три елемента:³⁰ 1. сазнање о дјелима која су извршили њему потчињени, 2. моћ да спријечи или казни дјела потчињених и 3. дужност да то уради.

4. РИМСКИ СТАТУТ

Римски статут Међународног кривичног суда³¹ посвећује читав члан 28. одговорности командујућих и других претпостављених лица. Тако је војни заповједник или лице које поступа у том својству кривично одговорно за међународна кривична дјела која су извршиле снаге под његовом командом и контролом због његове грешке у спровођењу

²⁷ J. M. Henckaerts, L. Doswald Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, 2005–2006, 558–561.

²⁸ G. Mettraux, *op. cit.*, 43–44.

²⁹ B. Brkić, "Zapovjedna kaznena odgovornost – mogući teoretski i praktični aspekti", *Hrvatska pravna revija*, 2/2002. godine, 111–116; Ž. Burić, "Zapovjedna odgovornost", *Hrvatska pravna revija*, 11/2004, 75–79.

³⁰ D. Jovašević, "The Command responsibility in criminal law – international criminal law and law of Republic of Serbia", *International Law Yearbook*, Ottawa, 3/2010, 39–49.

³¹ M. Sjekavica, "Stalni međunarodni kazneni sud", *Pravnik*, 1/2002, 73–87.

контроле над тим снагама у два случаја:³² 1. када је знао или захваљујући околностима требало да зна да његове снаге извршавају или да су спремне да започну са извршавањем таквог злочина или 2. када није предузео све неопходне и разумне мјере у својој могућности да спречи извршење тих злочина или да преда ствар властима надлежним за вођење кривичног поступка.³³

Такође претпостављено лице ће бити кривично одговорно за кривична дјела која су извршили његови потчињени под његовом ефективном контролом који су последица његове грешке у спровођењу контроле над тим потчињенима у сљедећим случајевима:³⁴ 1. када је претпостављени знао или свјесно занемарио информације које јасно указују да потчињени извршавају или се спремају да изврше такве злочине, 2. када је кривична активност била под ефективном контролом и одговорношћу претпостављеног и 3. када је надлежни орган пропустио да предузме све неопходне и разумне мјере у његовој могућности да спречи извршење злочина или да преда ствар властима надлежним за вођење кривичног поступка.

Према схватањима заступаним у правној теорији за постојање командне одговорности потребно је кумулативно испуњење више услова:³⁵ 1. да је појединац или чак читава јединица, која је потчињена одређеном војном старјешини или политичкој личности у државној хијерархији, извршили међународно кривично дјело из надлежности сталног Међународног кривичног суда у Хагу, 2. да је потчињени (непосредни извршилац кривичног дјела) у вријеме предузимања радње био под ефективном контролом претпостављеног (надређеног), односно да је претпостављени имао фактичку власт над потчињеним, 3. да претпостављени није наредио извршење међународног кривичног дјела и да није у њему учествовао као саизвршилац или саучесник, 4. да је претпостављени знао или је бар према околностима случаја могао да зна да се потчињени спрема да изврши или да је пак извршио међународно кривично дјело и 5. да претпостављени није предузео неопходно потребне и разумне мјере³⁶ које су у његовој моћи да спречи извршење међународног кривичног дјела или ако је то дјело учињено, против његовог учиниоца није покренуто кривично поступак.

5. КРИВИЧНИ ЗАКОН БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Домаћи кривичноправни систем у БиХ чврсто стоји на становишту да основ за примјену казни и других кривичних санкција представља кривична одговорност као лична (индивидуална) и субјективна одговорност извршиоца кривичног дјела или саучесника. Поред субјективне кривичне одговорности, Кривични закон БиХ из 2003. године познаје и институт командне одговорности.³⁷ Командна одговорност, која је као вид "објективне" одговорности утврђена Статутом сталног Међународног кривичног суда, може бити примјењивана и од

³² P. Novoselec, "Temeljne crte novele Kaznenog zakona (Zapovjedna odgovornost)", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2/2003, 258–287.

³³ D. Jovašević, *op. cit.*, 39–49.

³⁴ B. Kozjak, *op. cit.*, 37–40.

³⁵ D. Derenčinović, "Implementacija materijalnopravnih odredaba Statuta Međunarodnog kaznenog suda (Rimski statut) u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2/2003, 897–902.

³⁶ Ovde se radi o specifičnom obliku nečinjenja – nepreduzimanju neophodno potrebnih i razumnih mera prema neposrednom izvršiocu međunarodnih krivičnih dela. A. Ashwort, *op. cit.*, 113.

³⁷ D. Jovašević, V. Ikanović, *op. cit.*, 214.

стране домаћих судова у кривичним поступцима према учиниоцима одређених кривичних дјела из главе седамнаест Кривичног закона под називом: "Кривична дјела против човјечности и вриједности заштићених међународним правом".

Следећи оваква рјешења, Кривични закон БиХ у члану 180. под називом: "Индивидуална и командна одговорност" заправо прописује кривичну одговорност и кажњавање за случај "командне одговорности". Практично овом је законском одредбом утврђено биће посебног међународног кривичног дјела нечињења које има више облика испољавања.

У овој законској одредби је предвиђен посебан облик кривичне одговорности за лице које планира, нареди, учини, подстрекава или помаже у планирању, припремању или вршењу сљедећих кривичних дјела:³⁸ 1. геноцида, 2. злочина против човјечности, 3. ратног злочина против цивилног становништва, 4. ратног злочина против рањеника и болесника, 5. ратног злочина против ратних заробљеника, 6. противправно убијање и рањавање непријатеља, 7. противправно одузимање ствари од убијених и рањених на ратишту и 8. повреда закона или обичаја рата.

Командант односно надређени је одговоран за планирање и издавање незаконитих наредби које повлачи његову одговорност за дјелатности које представљају припремање, саучесништво или извршење ових најтежих кривичних дјела данашњице. Учиниоца се за ове радње кажњава казном која је у закону прописана за наведена кривична дјела.

При томе је изричито предвиђено да службени положај било ког лица, било да се ради о шефу државе или владе или о одговорном службеном лицу владе не ослобађа такво лице од одговорности за ова кривична дјела, нити може да утиче на изрицање блаже казне.

Такође, чињеница да је неко лице поступало по наређењу владе или њој надређеног лица не ослобађа га од кривице, али може утицати на ублажавање казне ако суд у конкретном случају на бази свих околности учиненог дјела и личности учиниоца процијени (дође до увјерења) да то интереси правичности захтјевају. Своју одлуку суд је дужан да образложи у донијетој судској одлуци.

Предмет нашег интересовања је други облик ове кривичне одговорности који се односи на надређено лице чије подређено лице учини неко од сљедећих међународних кривичних дјела: 1. геноцида, 2. злочина против човјечности, 3. ратног злочина против цивилног становништва, 4. ратног злочина против рањеника и болесника, 5. ратног злочина против ратних заробљеника, 6. противправно убијање и рањавање непријатеља, 7. противправно одузимање ствари од убијених и рањених на ратишту и 8. повреда закона или обичаја рата.

Два су услова за кривичну одговорност надређеног лица у овом случају: 1. да је надређено лице знало или је могло да зна да се његово подређено лице спрема да учини неко од наведених међународних кривичних дјела или да је већ учинило такво кривично дјело и 2. да је надређено лице пропустило да предузме нужне и разумне мјере да спријечи извршење таквог међународног кривичног дјела или да учиниоца таквог кривичног дјела казни.³⁹

У ставу 2 се каже да је надређени одговоран ако је знао или ако је према околностима могао да зна да се његово подређено лице спрема да почини злочин или га је већ

³⁸ *Ibid.*, 215.

³⁹ Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост*, Ниш, 2010, 189–190.

починило. Ово нас упућује да је извориште ове одредбе члан 86 (2) Допунског протокола I и члан 28 став 1 тачка б) Статута МКС.

6. КОМАНДНА ОДГОВОРНОСТ ЗА КРИВИЧНА ДЈЕЛА ПОЧИЊЕНА У РАТУ У БИХ ОД 1992. ДО 1995. ГОДИНЕ

О томе да ли је командну одговорност боље прописати у кривичном закону као посебан облик одговорности или као посебно кривично дјело у Босни и Херцеговини не постоји јединствено мишљење. Различити су аргументи који се користе у прилог једном или другом схватању и тешко да ће се у догледно вријеме о томе приближити супротстављена схватања. Ситуација коју имамо у кривичном закону је производ утицаја дијела међународних стручњака који су учествовали у реформи кривичног законодавства у БиХ, а посебно који су били задужени за праћење процесуирања кривичних дјела ратних злочина. Очигледно је да је законодавно рјешење производ досљедног подржавања пресуда Хашког *ad hoc* трибунала.

Све док су предмети командне одговорности суђени пред судом у Хагу није било практичних проблема који би се рефлектовали на рад правосуђа у БиХ. Тек када је тај суд почео да уступа предмете командне одговорности Суду БиХ дошло је у научној и стручној јавности до спорења око могућности примјене Кривичног закона БиХ на кривична дјела почињена у току рата од 1992. до 1995. године. Проблем је представљала чињеница да Кривични закон СФРЈ није садржавао одредбе о командној одговорности, а Суд БиХ је чврсто стао на становиште да је у тој ситуацији могућа ретроактивна примјена Кривичног закона БиХ. Основ за то се налазио у тумачењу да је командна одговорност постала саставни дио међународног обичајног права, конвенцијског права и слично и да се учинилац може казнити и без поштовања начела нуллум цримен нулла пена сине леге. Овакав став је био изражен и за друга кривична дјела против човјечности, па чак и за она која су била прописана у КЗ СФРЈ али за која по мишљењу суда не била прописана "адекватна казна".

Овакво схватање је примјењивано у више предмета, а подржавао га је и Уставни суд БиХ када је одлучивао по апелацијама против одлука Суда БиХ. У ствари грубо и свјесно се газило начело законитости ради тежње да се изричу казне у дужем трајању које нису могле бити изречене по ранијем закону. Супротна схватања која су долазила из дијела научне и стручне јавности нису допирала до оних који су закон примјењивали. Мора се признати да је у тим схватањима подјела била изражена више по националној него по научној линији. Бројни приговори оваквом ставу упућивани су посебно због тога што су скоро сви оптужени по командној одговорности у том периоду били Срби, а тек касније лица друге националности. Тада се већ почело трагати за могућом примјеном КЗ СФРЈ, разматрајући и искуства судова у Републици Хрватској и Србији.

Примјена правила командне одговорности на оружани сукоб у БиХ појавила се пред Судом БиХ, зато што је он једини надлежан да суди у предметима ратних злочина осим ако их не уступи правосуђу ентитета и Брчко Дистрикта БиХ. Већину предмета против оптужених по основу командне одговорности Суд БиХ је задржао у својој надлежности тако да се о примјени института командне одговорности и судској пракси може говорити углавном пред тим судом. Судовима у Републици Српској до сада још није уступљен ни један предмет командне одговорности који би био правноснажно окончан. Само у једном предмету који је затечен у његовој надлежности одлучивао је Окружни суд у Бијељини.

Окружни суд у Бијељини је у једном предмету ослободио оптужене за кривично дјело ратни злочин против цивилног становништва из члана 142 став 1 преузетог КЗ СФРЈ и кривично дјело ратни злочин против ратних заробљеника из члана 144 истог закона. Оптуженима се стављало на терет да "нису спријечили нити казнили командире водава страже за обезбјеђење логора и стражаре..." Суд налази да "КЗ бивше СФРЈ не познаје институт командне одговорности – одговорности за радње потчињеног" тако да дјела за која се оптужени терете нису прописана као кривична дјела из којих разлога их је суд ослободио од оптужбе. Против ове пресуде јавни тужилац није изјавио жалбу тако да о том питању недостаје став Врховног суда Републике Српске.⁴⁰

У Федерацији БиХ Кантонални суд у Бихаћу је у предмету уступљеном од Суда БиХ ослободио од оптужбе четворицу оптужених, и то тројицу оптужених за кривично дјело ратни злочин против ратних заробљеника из члана 175 тачке а) и б) у вези са чланом 29, а све у вези са чланом 180 став 1 КЗ БиХ (командна одговорност), а једног за кривично дјело ратни злочин против ратних заробљеника из члана 175 тачке а) и б) у вези са чланом 180 став 2 КЗ БиХ (командна одговорност). Дакле, суђено је по закону који није био на снази у вријеме извршења кривичног дјела (КЗ БиХ) али је пресуда донесена на основу члана 299 тачка ц) ЗКП ФБиХ јер није доказано да су оптужени учинили дјело за које су оптужени.⁴¹ Суд се није бавио питањем примјене закона (ретроактивне) јер би тада морао донијети ослобађајућу пресуду по сасвим другом основу, зато што кривично дјело у вријеме извршења није било кривично дјело или евентуално примијенити КЗ СФРЈ по одредбама о нечињењу.

До дјелимичне промјене ове праксе Суда БиХ дошло је након доношења одлуке Европског суда за људска права (ЕСЉП) у предмету Мактоуф и Дамјановић (број апликације 2312/08 и 34179/08), као и праксе Уставног суда БиХ у примјени ове одлуке, гдје је имплицирана примјена Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије (КЗ СФРЈ), у свим предметима ратних злочина (осим кривичног дјела Злочини против човјечности).⁴²

Поједини аутори сматрају да Кривични закон СФРЈ у својим одредбама не садржи све институте који су у том времену били познати у међународном конвенцијском, као и обичајном праву, због чега се поставило оправдано питање примјене таквих института према домаћем законодавству.⁴³ Све наведено је од значаја у контексту разматрања праксе Суда БиХ по питању командне одговорности и да ли има командне одговорности по Кривичном закону СФРЈ, као важећем закону у вријеме извршења кривичних дјела ратног злочина на подручју БиХ у периоду од 1992. до 1995. године.

Суд БиХ полази од тога да су елементи командне одговорности прописани чланом 180. став 2. КЗ БиХ, а једнаки су елементима које познаје Статут МКС-а (члан 28.) и Статут МКСЈ-а (члан 7. став 3.), при чему је најзначајније да су суштински идентични елементима који су били признати у међународном обичајном праву у вријеме почињења кривичног дјела.

⁴⁰ Пресуда Окружног суда у Бијељини бр. 12 0 К 002720 12 К од 29. 11. 2018.

⁴¹ Пресуда Кантоналног суда у Бихаћу бр. 01 0 К 007646 13 К од 04. 07. 2014.

⁴² Н. Vučinić, Е. Granić Čizmo, "Primjena instituta komandne odgovornosti u svjetlu KZ SFRJ i KZ BiH", *Bilten sudske prakse*, 10/2020, 20.

⁴³ *Ibidem*.

Овакво схватање испољено је у предмету Рашевић и др., гдје је Суд БиХ истакао да се у складу са начелом законитости оптужени не могу сматрати одговорним у складу са теоријом одговорности која није постојала у вријеме извршења кривичних дјела, због чега је потребно утврдити да ли су оптужени подлијегали праву одговорности надређеног *tempore criminis*. Ово правно питање суд разрјешава тако што закључује да је међународно обичајно право, а самим тим и командна одговорност као њен дио, давно, прије 1992. године, била "саставни дио домаћих закона", што је било прихваћено од стране свих правних система. Да су оптужена лица у вријеме извршења кривичних дјела (1992–1995) могла разумно предвидјети кривичну одговорност према начелу командне одговорности свједочи и чињеница да је то начело било изричито уграђено у Допунски протокол I од 1978. године, при чему чињенице његове непримјенљивости на цивилне надређене исте не екскулпира одговорности, обзиром да је начело командне одговорности било довољно доступно кроз постојеће уговорно право, на основу чега су оптужени, за предметне оптужнице ратних злочина, у релевантном периоду могли бити свјесни да је то врста активности у којој њихово учешће носи извјесне кривичне посљедице.⁴⁴ Суд закључује: "оптужени су били свјесни да могу кривично одговарати у складу са принципима међународног хуманитарног права у вријеме када су кривична дјела почињена".⁴⁵

Супротно изнесеном сматрамо да није било потребе за уграђивањем командне одговорности као посебне врсте одговорности у КЗ БиХ, с обзиром да се у општим одредбама кривичних закона, па и КЗ СФРЈ који је био на снази у вријеме извршења кривичног дјела, може пронаћи могућност примјене одредби о командној одговорности. Овдје се ради о начину извршења кривичног дјела нечињем, прописном у члану 30 КЗ СФРЈ. Што се тиче обавезе на чињење она се за војне старјешине може тражити у одредби члана 21 Упутства о примјени правила међународног ратног права у оружаним снагама СФРЈ из 1988. године. За остала лица која нису војне старјешине обавеза чињења се мора тражити у општим начелима међународног али и домаћег права. Ово се односи на ситуацију уколико је то надређено лице знало или је могло знати да се њен подређени спрема учинити такво дјело, односно да је већ учинио такво дјело, а надређено лице је пропустило да предузме нужне и разумне мјере да спречи извршење кривичног дјела.

Ако је подређени починио кривично дјело а надређени није предузео мјере да починилац тог дјела буде кажњен радило би се о кривичном дјелу непријављивање кривичног дјела и учиниоца из члана 199 КЗ СФРЈ. Овом ставу упућују се приговори да је казна запријеђена за ово кривично дјело ниска, да се на њега као на свако кривично дјело примјењује застарјелост и слично. У ствари сви су приговори засновани на томе да су кривичне санкције несразмјерне и да се не смије дозволити застаријевање ових кривичних дјела али се губи из вида да је начело законитости изнад тога и да суд не треба да буде законодавац већ чувар закона.

О примјени члана 30 КЗ СФРЈ одредио се Основни суд Брчко Дистрикт БиХ⁴⁶ оглашавајући кривим оптуженог да је починио кривично дјело – Ратни злочин против цивилног становништва – из члана 142 Кривичног закона СФРЈ у вези са чланом 30 Кривичног закона СФРЈ. "Оптужени је у својству заповједника Приједорске сатније-чете, имајући стварну и

⁴⁴ Н. Vučinić, Е. Granić Čizmo, *op. cit.*, 34.

⁴⁵ Суд БиХ, *Предмет Рашевић и други*, Х-КР-06/275, првостепена пресуда од 28.02.2008, 115.

⁴⁶ Пресуда Основног суда Брчко Дистрикта БиХ, бр: 96 0 К 120313 19 К од 3. 2. 2022.

ефективну контролу над свим припадницима сатније који су учествовали у нападу, поступио супротно правилима међународног хуманитарног права и одредбама члана 3 став 1. тачка а) Женевске конвенције о заштити грађанских лица за вријеме рата од 12. 08. 1949. године и члана 86. и 87. Допунског протокола уз Женевске конвенције од 12. 08. 1949. године о заштити жртава међународних оружаних сукоба (Протокол II), када је дана 14. 09. 1992. године, око 14 часова из непосредне удаљености посматрао потчињеног припадника сатније Приједор како извршава убиство рањеног српског цивила М.В., у дворишту куће Љ.М., у непосредној близини жељезничке станице "Велики Буквик", при чему је пропустио да, у границама своје моћи, предузме радње које је био дужан да изврши, како би спријечио наведено убиство, а након тога, уз знање и свијест да је његов потчињени учинио кривично дјело, пропустио да предузме потребне мјере да учинилац кривичног дјела, извршеног над оштећеним цивилом српске националности, буде кажњен". Пресуда је донесена на основу споразума о признању кривице и против ње није било жалбе.

Суд БиХ у једној пресуди оптуженог за кривично дјело Ратни злочин против цивилног становништва из члана 173. став 1. тачка ц) Кривичног закона Босне и Херцеговине у вези са чланом 180. став 2. истог закона, ослобађа од оптужбе на основу члана 284. тачка а) Закона о кривичном поступку Босне и Херцеговине, јер дјело за које се оптужује није кривично дјело.⁴⁷ Оптужени је "у својству команданта Диверзантског вода из непосредне удаљености посматрао припадника – војника Диверзантског вода Е.В. како извршава убиство цивила дванаестогодишњег дјечака српске националности С.С., а након тога уз знање и свијест да је његов подређени учинио кривично дјело пропустио да предузме нужне и разумне мјере да учинилац кривичног дјела предузетог према поменутом оштећеном лицу српске националности буде кажњен."

Овдје се "оптужени С.Х. терети се да, као де иуре и де факто команднат Диверзантског вода, није подузео нужне и разумне мјере да његов подређени, који је починио кривично дјело, буде кажњен."

Овакву одлуку суд образлаже тиме што "Основни постулати кривичног права су да се нико не може огласити кривим за одређено дјело, ако то дјело у вријеме када је учињено није било прописано као кривично дјело. Вијеће налази да пропуштање оптуженог да подузме нужне и разумне мјере да учинилац кривичног дјела буде кажњен, није као такво било прописано важећим КЗ СФРЈ, нити међународним прописом на који се оптужба позива.

Вијеће напомиње да је индивидуална кривична одговорност према КЗ СФРЈ основ кажњивости, те да се у кривичном праву одговорност за другога не може претпостављати, него уколико је постојао пропис међународног, службеног или војног права који је оптуженог обавезивао на одређено чињење (како то прописује члан 30. КЗ СФРЈ) то је Тужилаштво било дужно навести у самом оптужном акту, као бланкетни пропис који обавезује на неку позитивну радњу, чињење."

Апелационо одјељење тог суда одбило је жалбу тужиоца и потврдило ову пресуду са образложењем да⁴⁸ "... у конкретном случају, а као што је то већ претходно наведено, осим цитирања дијелова пресуда, тужилаштво жалбом није конкретизовало на који начин је одговорност нечињењем, као облик командне одговорности био примјенив и по КЗ СФРЈ. У том

⁴⁷ Пресуда Суда БиХ, бр. S1 1 K 020147 17 KrI, од 08. 05. 2019.

⁴⁸ Пресуда Суда БиХ, бр. S1 1 K 020147 19 Krž 16 од 28. 10. 2019.

контексту, тужилаштво жалбом не указује да ли је до оптуженог Х. дошла било каква информација о убиству дјетета, односно да ли је био упознат да је дјечак убијен од стране њему подређеног припадника вода. Исто тако, важно је указати да жалбом није указано и какве је обавезе оптужени имао, као командир вода, у погледу санкционисања оптужене као извршиоца дјела из којег разлога је жалба тужилаштва одбијена као неоснована."

Као што видимо судска пракса није конзистентна, судови немају јединствен став о примјени члана 30 КЗ СФРЈ, а све са тежњом да по сваку цијену омогуће прикривену ретроактивну примјену члана 180 КЗ БиХ.

ЛИТЕРАТУРА

- Ashwort A., *Principles of Criminal Law*, Oxford, 1999.
- Bačić F., "Zapovjedna odgovornost posebno s obzirom na ratne zločine prema četiri Ženevske konvencije iz 1949. godine", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2/2001.
- Bantekas I., "Istorijski razvoj doktrine komandne odgovornosti u međunarodnom pravu", *Komandna odgovornost u domaćem i međunarodnom pravu*, Beograd, 2003.
- Brkić B., "Zapovjedna kaznena odgovornost – mogući teoretski i praktični aspekti", *Hrvatska pravna revija*, 2/2002.
- Brkić I., "Zapovjedna kaznena odgovornost i načelo zakonitosti u međunarodnom kaznenom pravu", *Hrvatska pravna revija*, 8/2001.
- Burić Ž., "Zapovjedna odgovornost", *Hrvatska pravna revija*, 11/2004.
- Vučinić H., Granić Čizmo E., "Primjena instituta komandne odgovornosti u svjetlu KZ SFRJ i KZ BiH", *Bilten sudske prakse*, 10/2020.
- Degan V. Đ., Pavišić B., Beširević V., *Međunarodno i transnacionalno krivično pravo*, Beograd, 2011.
- Derenčinović D., "Kritički o institutu zapovjedne odgovornosti u međunarodnom kaznenom pravu", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 1/2001.
- Derenčinović D., "Implementacija materijalnopравних odredaba Statuta Međunarodnog kaznenog suda (Rimski statut) u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2/2003.
- Jovašević D., Ikanović V., *Međunarodno krivično pravo*, Panevropski univerzitet Apeiron, Banja Luka, 2015.
- Jovašević D., Mitrović Lj., Ikanović V., *Krivično pravo, Opšti dio*, Panevropski univerzitet Apeiron, Banja Luka, 2017.
- Jovašević D., "Istorijski razvoj idele o odgovornosti za međunarodne zločine", *Peščanik*, 8/2010.
- Jovašević D., "The Command responsibility in criminal law – international criminal law and law of Republic of Serbia", *International Law Yearbook*, 3/2010.
- Јовашевић Д., *Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост*, Ниш, 2010.
- Kozjak B., "Zapovjedna odgovornost u međunarodnom i hrvatskom kaznenom pravu", *Odvjetnik*, broj 5–6/2001.
- Lukšić B., "Genocide and command responsibility", *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu*, 4/2001.
- Majić M., "Komandna odgovornost", *Jugoslovenska revija za krivično pravo i kriminologiju*, 1–2/2000.
- Mettraux G., *Pravo komandne odgovornosti*, Beograd, 2009.
- Novoselec P., "Temeljne crte novele Kaznenog zakona (Zapovjedna odgovornost)", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2/2003.
- Sassoli M., Bouvier A., *How Does Law Protect in War*, Geneva, 1999.
- Stefani G., Levasseur G., Boulloc B., *Droit penal general*, Paris, 2000.
- Sjekavica M., "Stalni međunarodni kazneni sud", *Pravnik*, 1/2002.
- Henckaerts J. M., Doswald Beck L., *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, 2005–2006.
- Чејовић Б., "Међународно кривично право и командна одговорност", *Зборник радова, Релевантна питања међународног кривичног права*, Тара, 2003.
- Šćerpanović M., Ivanović M., "Komandna i zapovjedna odgovornost u međunarodnom krivičnom pravu", *Pravni život*, 12/2005, 2005.

* * *

Veljko Ikanović, PhD*

**COMMAND RESPONSIBILITY UNDER CRIMINAL LEGISLATION
AND CASE LAW IN BOSNIA AND HERZEGOVINA**

Summary

The legal nature of command responsibility in domestic law in Bosnia and Herzegovina is still a matter of dispute in legal science, the professional public and judicial practice. Regarding the legal nature of command responsibility, which is prescribed in Article 180 paragraph 2 of the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina, as the criminal offense "Individual and command responsibility", the prevailing understanding is that it is a form of criminal responsibility, and not a separate criminal offense. The problem arises in the application of the law to crimes committed during the war from 1992 to 1995, when the Criminal Code of the SFRY was in force. Since after the decisions of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, retroactive application of the new law is no longer possible, different interpretations of the possible application of Article 30 of the Criminal Code of the SFRY have now appeared. The jurisprudence of the Court of Bosnia and Herzegovina, as well as the courts that decided in these cases, is not consistent and shows uncertainty caused by the desire to make the CC of SFRY similar to the CC of BiH due to the now stricter punishment and the impossibility of statute of limitations. This is a difficult task because we believe that it is only possible to apply Article 30 of the Criminal Code of SFRY to the form of responsibility and Article 199 for failure to report a criminal offense.

Keywords: command responsibility, retroactivity, commission and omission.

* Supreme Court of the Republika Srpska Judge and Full Professor of the Faculty of legal science, University Apeiron, Banja Luka, veljisa@gmail.com.

др Драган Дакић*

РУДАРЕЊЕ КРИПТОВАЛУТА КАО ACTUS REUS МЕЂУНАРОДНОГ ЗЛОЧИНА¹

Апстракт: Кроз недавне легислативне активности у оквиру Европске уније дошло је до извјесног регулаторног повезивања криптовалута и права животне средине и то истовремено са активностима на увођењу екоцида у ЕУ законодавство. Предмет истраживања у овом раду се односи на могућност међународног кривичног права *de lege ferenda* да пружи недостајући регулаторни оквир за рударење криптовалута. У овом раду је коришћен метод компарације којим настојимо да утврдимо актуелни регулаторни оквир криптовалута. Даље, коришћен је метод индукције и дедуције приликом одређивања предметно релевантних карактеристика криптовалута. Исти научни методи су коришћени у дијелу рада у којем је анализиран појам екоцида, његовог описа и елемената. Метод правне анализе је коришћен за утврђивање оправданости контекстуализације рударења криптовалута и *actus reus*—а злочина екоцида. Главни закључци у раду су да постоје методолошки, нормативни и супстантивни изазови поменуте трипартидне конструкције који отежавају деривирање релевантности међународног кривичног права за утврђивање регулаторног оквира рударења криптовалута.

Кључне ријечи: криптовалуте, рударење, екоцид, БРИКС, ЕУ, САД.

1. УВОД

Појава криптовалута је доњела дубоку трансформацију у свету финансија и дигиталних трансакција. *Bitcoin*, *Ethereum* и друге криптовалуте су привукле значајну пажњу и усвајање, доводећи у питање традиционалне финансијске системе и постављајући важна питања о њиховој дефиницији, регулисању и правним импликацијама. Истовремено, растућа забринутост око питања животне средине која је праћена истовременим нормативним активностима инспирисали су нас да истражимо утицај рударења криптовалута на животну средину као и потенцијалну везу овог поступка са екоцидом. Наведена анализа је проведена у оквиру истраживачког питања које се односи на могућност међународног кривичног права да се јави као регулатор рударења криптовалута и заснива се на позитивном хипотетичком приступу. Питање да ли и на који начин међународно кривично право се може јавити као регулатор криптовалута ћемо истражити кроз анализу појма криптовалута и њиховог правног регулисања у упоредним правним системима, затим кроз анализу криптовалута у међународноправном контексту. У првом дијелу рада

* Доцент, Правни факултет у Крагујевцу, ddakic@jura.kg.ac.rs.

¹ Раd је настао као резултат рада на пројекту Нормативно кодирање вештачке интелигенције: изабрана питања - NomoCodeAI-034, финансиран од стране Центра за научноистраживачки рад САНУ и Универзитета у Крагујевцу

ћемо анализирати регулаторне оквира за криптовалуте у државама БРИКС-а, Сједињеним Америчким Државама и Европској унији и тако настојати да опишемо његово стање као и да уочимо елементе на основу којих можемо извести номиналне карактеристике криптовалута како бисмо утврдили које од њих су од значаја за предмет истраживања. На описани начин настојимо да осим дефиниције појма криптовалута, одредимо и њихов статус у компаративним регулаторним приступима. Иако нуде неколико предности као што су брже и сигурније трансакције, номиналне карактеристике криптовалута представљају значајне регулаторне изазове и на неке од њих ћемо овде указати.

У следећем дијелу рада анализираћемо међународноправни контекст криптовалута кроз однос поступка рударења криптовалута и заштите животне средине као и могућност да се овај поступак подведе под *actus reus* злочина екоцида. Основ за овакво повезивање смо нашли у мјеродавности међународног права заштите и очувања животне средине за питања рударења, што је исказано и кроз недавне легислативне активности на нивоу Европске уније, као и у рађању новог међународног злочина екоцида. Кроз дискусију о односу посматране праксе рударења криптовалута и животне средине очекујемо да ћемо доћи до оквира у којима се одвија теоретска дебата. Ови резултати ће нам послужити да утврдимо у ком смјеру се дебата контекстуализује како бисмо са тим упоредили хипотетички оквир заузет у овом раду. У дијелу рада који истражује могућност да се рударење квалификује као *actus reus* злочина екоцида испитаћемо начин на који се конструише овај појам у смислу његове правне дефиниције, описа дјела извршења и увођење у кривичноправну материју. Циљ нам је да на овај начин што прецизније одредимо *actus reus* злочина екоцида и његову подударност са процесом рударења.

2. ПОЈАМ И РЕГУЛИСАЊЕ КРИПТОВАЛУТА У УПОРЕДНИМ ПРАВНИМ СИСТЕМИМА

Појава криптовалута је својевремено схваћена као апокалиптична појава због свог потенцијала да из корјена промјени финансијски сектор у свијету. Међу главним разлозима њиховог перципирања на описани начин издвајају се евидентна ерозија устављених односа и надлежности националних, регионалних и глобалних финансијских институција као и појава нових недржавних субјеката са значајним капацитетима у овој области. Профитабилност криптовалута је омогућила њихово ширење и прикупљање значајних инвестиција упркос многим нерјешеним питањима које оне собом носе. Овде прије свега мислимо на правна питања која су у односу на традиционалне валуте детаљно уређена како на националном тако и на међународном нивоу. Изазови у погледу правног регулисања криптовалута се јављају већ код настојања да дефинишемо овај појам. Наиме, у оптицају је више дефиниција. Међу њима издвајамо оне које се користе у компаративним јурисдикцијама за које сматрамо да одражавају најважније аспекте правног приступа регулисању криптовалута.

Тако Chudinovskikh и Sevryugin у свом раду у којем анализирају правну регулативу криптовалута у БРИКС-у и Евроазијској Економској Унији, нуде дефиницију према којој "Криптовалута је врста дигиталне валуте чије су операције засноване на методама криптографије. Ријеч 'крипто' долази из грчког, што значи 'скривено' или 'приватно'. Криптовалута, дакле, значи новац који је скривен и приватан – а самим тим и сигуран –

путем шифровања или кодирања."² Осим оваквог поимања, постоји објашњавање овог феномена које нуди Scott истражујући правне оквире у Сједињеним Америчким Државама. Наиме, овај аутор полази од статуса и регулаторног оквира електронског новца и виртуелних валута како би прецизније одредио појам криптовалута.³ Пратећи овај приступ, аутор разликује двије врсте електронског новца који се може подијелити у двије категорије и то: централизовани електронски новац и децентрализовани електронски новац. Централизовани електронски новац издаје централна власт као што је влада или финансијска институција, док децентрализовани електронски новац не контролише ниједна централна власт и функционише независно од централне банке. Криптовалуте, овај аутор наводи као примјер децентрализованог електронског новца.⁴

Међу најновијим легислативним активностима свакако је Уредба о тржиштима криптоактиве (енг. Markets in Crypto-assets, даље MiCA) коју је 20. априла 2023. године усвојио Европски парламент. Легислативни приступ овом питању не одступа од оног који су заузеле компаративне јурисдикције, те се у својим најбитнијим сегментима односи на спријечавање прања новца и заштиту корисника, што је исказано кроз његове циљеве, а то су пружање правне сигурности за крипто-активу која није покривена постојећим законодавством о финансијским услугама, подршку иновацијама и поштојој конкуренцији, обезбеђивање одговарајућег нивоа заштите потрошача и инвеститора и промовисање финансијске стабилности. Можемо рећи да је у питању први непосредни наднационални регулаторни оквир који на свеобухватан начин регулише питања емисије криптовалута, њиховог промета, заштиту потрошача и инвеститора. Осим тога, садржи и одредбе које се односе на заштиту животне средине.⁵

Ипак, криптовалуте немају јединствен правни статус у посматраним интеграцијама односно јурисдикцијама. Тако, у Руској федерацији криптовалуте нису признате као средство плаћања, али је изостала и забрана њиховог коришћења, што је довело до развоја судске праксе прије појаве законских оквира. Тако је нпр. Арбитражни суд у Москви 2018. године, прихватио да се криптовалуте укључе у стечајну масу као дио имовине стечајног дужника.⁶ Након овога, 2020. године, Руска федерација је усвојила законске оквири за коришћење криптовалута чије прометавање мора да буде усклађено са стандардима борбе против прања новца и заштите потрошача што подразумева откривање идентитета њихових корисника. Такође, од исте године у Русији постоји Закон о дигиталној финансијској имовини⁷ који се примјењује и на криптовалуте у дијелу који се односи на њихово издавање, промет, трансакције и депоновање.

Ситуација у Кини је посебно занимљива због чињенице да је ова држава пионир у области али својевремено и један од највећих "рудника" криптовалута. Наиме, директно стимулисање развоја и унапређења тзв. *blockchain* технологија у Кини је 2009. године

² M. Chudinovskikh, V. Sevryugin, "Cryptocurrency Regulation in the BRICS Countries and the Eurasian Economic Union", *BRICS Law Journal*, 6/2019, 63–81.

³ SD. Hughes, "Cryptocurrency regulations and enforcement in the U.S.", *Western State Law Review*, 45/2017, 5–6. *Ibidem*.

⁵ Crypto-assets: green light to new rules for tracing transfers in the EU, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230414IPR80133/crypto-assets-green-light-to-new-rules-for-tracing-transfers-in-the-eu>, 2. новембар 2022.

⁶ M. Chudinovskikh, V. Sevryugin, *op. cit.*

⁷ Российская газета: Новости сегодня в России и мире, <http://www.rg.ru/>, 7. новембар 2022.

дало позитивне ефекте на зачеће и развој криптовалута које су привукле велике инвестиције.⁸ Међутим, 2017. године Кина је увела забрану емисије криптовалута, те наредила емитентима да инвеститорима рефундирају прикупљена средства. Наведено је имало за посљедицу гашење домаћих берзи криптовалута или њихову миграцију у друге јурисдикције. Од 2018. године укинута је приступ иностраним крипто тржиштима. Можемо рећи да је у смислу поопштравања контроле слична ситуација и у Бразилу, посматрано од 2015. године.⁹ Национална комисија за хартије од вриједности је увела обавезе емитената криптовалута које се односе на транспарентност тј. укидање псеудонимности у крипто-пословању.¹⁰ Питање опорезивања криптовалута такође је регулисано у Бразилу.

Међу државама БРИКС-а можемо рећи да најсвеобухватнију регулативу која уређује правни оквир за поступање са криптовалутама, укључујући рударење, куповину, продају, размјену и њихово коришћење као средство плаћања има Бјелорусија.¹¹ За разлику од ових тенденција, САД настоји да створи законски оквир који ће омогућити заштиту учесника на тржишту криптовалута али одржавајући баланс са захтјевом развоја конкурентног и иновативног тржишта.¹² Напори федералних власти се задржавају на нивоу надзора над тржиштем, док се легислативна функција углавном врши од стране законодаваца у државама чланицама федерације.¹³

Правна дисхроност је очигледна, али ипак постоји довољно елемената на основу којих можемо извести опште номиналне карактеристике криптовалута. Ове карактеристике се односе прије свега на њихову децентрализацију, јер функционишу путем дигиталних мрежа чија се чворишта налазе у различитим јурисдикцијама (тзв. *blockchain* технологије), због чега централне банке и друге финансијске институције немају контролу над њима; из ове карактеристике директно произилази анонимност или псеудонимност трансакција; сигурност трансакција и верификација јединица се врши интернетском техником тзв. криптографије (енкрипције); нематеријалне су и постоје само у дигиталном облику те се њихово прометовање може искључиво вршити у дигиталном окружењу и ограничене су емисије тј. њихова максимална понуда је унапријед одређена.

3. КРИПТОВАЛУТЕ У МЕЂУНАРОДНОПРАВНОМ КОНТЕКСТУ

Нема сумње да наведене карактеристике криптовалута представљају својеврсне изазове за међународно право. Као што видимо, регулаторни приступи у државама се крећу у распону од апсолутне забране, преко толерантног нерегулисања, па до детаљне уређености и надзора. Све ово ствара значајне правне проблеме јер се пословање криптовалутама одвија истовремено кроз различите јурисдикције. Осим тога, недостатак уни-

⁸ M. Chudinovskikh, V. Sevryugin, *op. cit.*

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ Comissão de Valores Mobiliários: Parecer de Orientação sobre criptoativos e o mercado de valores mobiliários, <https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/cvm-divulga-parecer-de-orientacao-sobre-criptoativos-e-o-mercado-de-valores-mobiliarios>, 13. новембар 2022.

¹¹ M. Chudinovskikh, V. Sevryugin, *op. cit.*

¹² Погледати SD. Hughes, *op. cit.*

¹³ Као препоручени узор узима се њујоршки "BitLicense" регулаторни оквир за предузећа са виртуелним валутама која послују у Њујорку. Он налаже компанијама да се придржавају одређених правила и прописа који се односе на спријечавање прања новца, сајбер безбједност, заштиту потрошача и друге области. Погледати C. W. Usman, "Oversight and regulation of cryptocurrencies: BitLicense", *Cryptofinance: A New Currency for a New Economy*, 2022, 105–120.

формности у правном приступу криптовалутама доводи до примјене различитих стандарда у различитим финансијским системима, што осим правних и финансијских, представља и изазове у техничком смислу. Децентрализованост криптовалута отежава и одређивање мјеродавног права те погодује криминалним активностима као што су прање новца, финансирање тероризма, корупција, избјегавање пореза исл. Са међународноправног аспекта управо децентрализованост се може сматрати најосјетљивијом карактеристиком. Наиме, међународно право је прихватило перцепцију појма "валута" као творевину државног правног система.¹⁴ Као такав, овај појам је уско везан за државни суверенитет како је то својевремено утврдио Стални суд за међународно право (РСИЈ) у предмету тзв. *Serbian Loans*. Овде треба подсјетити да је се коријен данашње па и крипто-екстракције валута ван обима државног суверенитета у међународном праву налази баш у овом случају.¹⁵ У овој линији резоновања о суверенитету су и одредбе Уговора о оснивању Међународног монетарног фонда.¹⁶

Даље, из чињенице да недостаје међународноправни оквир регулисања криптовалута произилазе и бројни други недостаци практичне природе и тичу се бројних питања као што су рјешавање спорова, заштита инвестиција, механизми међународне сарадње и друго. За сада се чини као да ће формирање међународноправног корпуса у овој области осликавати регулаторни развој на националним и регионалним нивоима тј. да ће се кретати од посредних ка специјалним нормама и даље ка свеобухватној легислативи. Претходно поменута МиСА уредба Европске уније је извјесна потврда наведеног. Нашу пажњу у вези овог акта заокупљају двије чињенице и то, прво амбиција његових доносиоца да установе глобалну матрицу за нормирање питања дигиталних добара укључујући и питања криптовалута, и друго чињеница да *MiCA* садржи одредбе о заштити животне средине. Због њеног економског значаја, несумњиво је да ће правни стандарди Европске уније посредно или непосредно остварити глобални утицај, који, како видимо подразумева и еколошки аксиом у регулисању криптовалута.

Ово нам је занимљиво јер се на тај начин криптовалуте макар посредно уређују нормама еколошког права. Већ смо видјели како се нормама еколошког права утиче друга привредно – финансијска питања,¹⁷ али о томе овде неће бити више ријечи. У наставку ћемо истражити да ли регулаторно повезивање криптовалута и права животне средине може да упути на мјеродавност норми међународног кривичног права за успостављање правног оквира за криптовалуте. Оваква трипартитна колизионост се чини могућа прије свега због 1) начина на који функционише тржиште криптовалута – рударење, и 2) настојањима да се уведе пети међународни злочин – екоцид. Сходно томе, потребно је представити утицај рударења криптовалута на животну средину а потом испитати да ли постоји могућност подвођења ове радње под *actus reus* екоцида.

¹⁴ C. Proctor "Cryptocurrencies in International and Public Law conceptions of money", *Cryptocurrencies in Public and Private Law* (eds. D. Fox, S. Green.), Oxford University Press, 2019.

¹⁵ C. Zimmermann, *A Contemporary Concept of Monetary Sovereignty*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 11– 16.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ М. Палевић "Правни оквири економског коришћења Каспијског мора", *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније* (ур. С. Соковић), Правни факултет, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2021, 83–98.

3.1. Рударење криптовалута и животна средина

Бројна истраживања се баве односом рударење криптовалута и животне средине. Доминантан став у литератури је да рударење криптовалута, које представља процес додавања и верификације трансакција *blockchain*-у, има негативан утицај на животну средину због велике потрошње енергије. У том смислу de Vries истиче да рударење криптовалута попут биткоина троши значајну количину електричне енергије јер подразумјева провођење технички захтјевног процеса – калкулације која за свој крајњи циљ има обраду финансијских трансакција без посредника. Примарно гориво за сваки од ових прорачуна је електрична енергија. Ради увида у размјере потрошње енергије у овом поступку можемо навести дескриптиван податак по којем потрошња електричне енергије на рударење криптовалута у САД је еквивалентна укупној потрошњи за освјетљавање свих домова у овој држави.¹⁸ Процес рударења, како објашњава de Vries је изузетно енергетски неефикасан јер се заснива на мјерљивим јединицама као и времену потребном за рударење нових блокова у *blockchain*-у што се повећава сразмјерно повећању броја рудара.¹⁹ Овај аутор сматра да прелазак на енергетски ефикасније методе рударења, као што је коришћење обновљивих извора енергије, нуди рјешење за еколошке проблеме повезане са рударењем криптовалута. Сличну визуру односа између пораста коришћења криптовалута и деградације животне средине дају и Schinckus и други.²⁰

Према методолошком приступу занимљив је рад Erdogan и других²¹ у којем аутори истражују узрочну везу између потражње за криптовалутама и деградације животне средине. Ови аутори су утврдили које криптовалуте имају, а које немају негативне ефекте по животну средину, уважавајући ограничења саме студије која се односе на доступност података. Из ове различитости аутори предлажу мјере којима би се неутралисали негативни еколошки ефекти, међу којима су формализовање трансакција криптовалутама, примена лиценци за трговину криптовалутама и наметање еколошких пореза.²² И аутори попут Alonso-a и други,²³ разматрали су однос рударења и прометовања криптовалута, економије и животне средине. Ови аутори указују на позитивне економске ефекте рударења криптовалута, као што је отварање радних мјеста, али уједно указују и на то да се за ову врсту економског напретка плаћа еколошки данак.²⁴

Ипак, не треба занемарити ни још један ефекат рударења криптовалута о којем су писали Miskiewicz и други.²⁵ Ови аутори анализирају везу између пораста крипто трансакција које су довеле до економског развоја а тиме и до обезбјеђивања додатних сред-

¹⁸ Climate and Energy Implications of Crypto-Assets in the United State, White House: <https://www.whitehouse.gov/ostp/news-updates/2022/09/08/fact-sheet-climate-and-energy-implications-of-crypto-assets-in-the-united-states/>, 17. новембар 2022.

¹⁹ A. de Vries, "Bitcoin's Growing Energy Problem", *Joule*, 5/2018, 801–805.

²⁰ C. Schinckus, C.P. Nguyen, F. C. H. Ling, "Crypto-currencies Trading and Energy Consumption", *International Journal of Energy Economics and Policy*, 10/2020, 355–364.

²¹ S. Erdogan, M. Yakubu, A. S. A. Sarkodie, "Analyzing asymmetric effects of cryptocurrency demand on environmental sustainability", *Environmental Science and Pollution Research*, 29/2022, 723–733.

²² *Ibidem*.

²³ S. L. Nández Alonso, J. Jorge-Vázquez, M. Á Echarte Fernández, R. F. Reier Forradellas, "Cryptocurrency Mining from an Economic and Environmental Perspective. Analysis of the Most and Least Sustainable Countries", *Energies*, 14/2021, 254.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ R. Miskiewicz, K. Matan, J. Karnowski, "The Role of Crypto Trading in the Economy, Renewable Energy Consumption and Ecological Degradation", *Energies*, 15/2022, 3805.

става за проширење паметних и зелених технологија намјењених декарбонизацији економског раста; и повезаног пораста емисије штетних гасова која појачава ефекат стаклене баште и доводи до деградације животне средине у дугорочном смислу. Међутим, ови аутори сматрају да примјена иновативних технологија, хардвера и протокола за рударење и депоновање криптовалута може помоћи да се елиминише прекомјерна потрошња енергије и деградација животне средине како би се користили позитивни ефекти криптовалута. Додатно, ови аутори такође предлажу зелени порез на емисије угљен-диоксида до којег долази услед трговања криптовалутама односно током рударења.²⁶

Један надамце занемарен аспект загађења које проузрокује рударење криптовалута дали су *Vries* и *Stoll*.²⁷ Наиме, док већина истраживања о утицају криптовалута на животну средину се фокусира на емисије угљеника због повећања потражње за енергијом, ови аутори су анализирали пораст тзв. е-отпада, који настаје када се одбаци електрична или електронска опрема потрошена у процесу рударења. Овај отпад је од еколошке важности јер може да изазове проблеме као што су загађење земљишта токсичним хемикалијама и испирањем тешких метала, као и загађење ваздуха и воде услед неправилне рециклаже. Ови аутори истичу да ће е-отпад на глобалном нивоу расти за 100% до 2050. године, а да ће рударење још више повећати наведени проценат.²⁸

Из горње анализе о односу посматране праксе рударења криптовалута и животне средине можемо извести закључак да се дебата одвија у оквирима анализирања њене енергетске ефикасности, њених економских ефеката и проузроковања пораста е-отпада. Већина аутора предлаже пореске и сличне мјере како би се прикупила средства за неутралисање негативних ефеката рударења криптовалута као и коришћење обновљивих извора енергије. Ипак, све ове "зелене" грађанскоправне мјере су још увјек у сфери приједлога и не мијењају међународноправни пејзаж, као ни праксе од утицаја на животну средину. Оно што смо претходно идентификовали као чињеницу која може битно утицати на национално и међународноправно регулисање рударења криптовалута као еколошки девастирајуће праксе, јесте рађање новог међународног злочина – екоцида. У наставку ћемо истражити да ли постоји могућност подвођења радњи рударења под *actus reus* екоцида.

3.2. Рударење криптовалута као *actus reus* међународног злочина

Ако бисмо утврдили да рударење криптовалута представља *actus reus* међународног злочина, несумњиво бисмо ову праксу довели у контекст строго дефинисаних правила међународног кривичног права. Ипак, када се у литератури разматра способност међународног кривичног права да се јави у улози макар посредног регулатора криптовалута, дискусија се прије свега односи на анализу норми које су релевантне за трансакције криптовалутама, а којима се инкриминише прање новца,²⁹ прописује борба против финансирања тероризма,³⁰ и слични финансијски злочини³¹ чијем извршењу погодују

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ A. de Vries, *op. cit.*

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ C. Albrecht, K. M. Duffin, S. Hawkins, V. M. Morales Rocha, "The use of cryptocurrencies in the money laundering process", *Journal of Money Laundering Control*, 22/2019, 210–216.

³⁰ A. Majumder, R. Megnath, S. Dipayan, "A conceptual study on the emergence of cryptocurrency economy and its nexus with terrorism financing", *The Impact of Global Terrorism on Economic and Political Development*, 2019, 125–138.

³¹ A. Trozze *et al.* "Cryptocurrencies and future financial crime", *Crime Science*, 11/2022, 1–35.

техничке карактеристике ових дигиталних добара као што су децентрализација и анонимност/псеудонимност. За разлику од тога, предмет нашег интересовања је однос међународног кривичног права према рударењу криптовалута које суштински такође потпада под технички аспект трансакција ових добара. Из досадашње анализе појма рударења можемо закључити да је питању процес верификације трансакција на *blockchain* мрежи рјешавањем сложених математичких једначина помоћу рачунарског хардвера које доводи до стицања одређене количине криптовалуте, којом приликом се троше велике количине енергије. Како смо видјели управо ова посљедња чињеница представља повезницу криптовалута и еколошког права, односно права заштите животне средине, те криптовалута и међународног кривичног права путем екоцида.

Сам појам екоцида је схваћен као злочин који укључује уништавање животне средине, посебно у вези са климатским и енергетским кризама које угрожавају људски живот. За разлику од осталих ужих злочина против животне средине, екоцид је шире концептиран и односи се на активности које наносе значајну штету животnoj средини.³² Његовим увођењем у материјално кривично право, било национално било међународно, постало би могуће да се појединци и правна лица позову на одговорност за радње које наносе значајну штету животnoj средини односно представљају *actus reus* овог (међународног) злочина. Stock сугерише да би препознавање екоцида као злочина могло помоћи да се отклони јаз између грађанскоправног и кривичноправног приступа питањима заштите животне средине које, истина, није лишено изазова као што су они који се тичу јурисдикције, прикупљања доказа и провођења у пракси.³³ И овде треба истаћи проблем недостатка правне дефиниције посматраног појма, што отежава и одређивање његовог *actus reus*-а. Наиме, у свом чланку у којем анализира изазове у дефинисању екоцида, Ранђеловић представља више потенцијалних дефиниција овог злочина које су у оптицају у литератури, али које по њеном суду нису адекватне да буду прихваћене од стране кривичног права управо због недовољне одређености описа кривичног дјела.³⁴

Према Robinson-у, комбиновање међународног кривичног права (МКП) и права животне средине до којег нужно долази приликом дефинисања екоцида, отвара нова питања која у почетку нису очигледна, а међу којима се издвајају она у вези усклађивања ове двије предметно различите гране права.³⁵ Ипак, овај аутор тврди да постоје принципјелни, нормативни и стратешки разлози због којих злочин екоцида као међународно кривично дјело треба да буде усклађен са еколошким правом, тј. правом животне средине, не негирајући тренутну недостатност, али и трајну потребу за установљавањем адекватних критеријума за то.³⁶ Palarczyk такође види проблем у усклађивању ове двије гране права али према томе заузима прагматичнији став.³⁷ Наиме, он сматра да утврђена хуманоцентричност модерног међународног кривичног права није погодна за комбино-

³² C. Stock, "A Fifth core crime: Crime of ecocide as a new puzzle of the international criminal law", *Yearbook of International & European Criminal and Procedural Law*, 1/2022, 248–284.

³³ *Ibidem*.

³⁴ В. Ранђеловић, "Изазови у дефинисању екоцида у праву Европске уније", *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније* (ур. С. Соковић), Правни факултет, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2022, 369–380.

³⁵ D. Robinson, "Ecocide — Puzzles and Possibilities", *Journal of International Criminal Justice*, 20/2022, 313–347.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ D. Palarczyk, "Ecocide Before the International Criminal Court: Simplicity is Better Than an Elaborate Embellishment", *Crim Law Forum*, 2023.

вање са комплекснијим вриједносним конгломератима које карактерише међународно право животне средине, што уједно представља главни узрок институционалне нереспонзивности Међународног кривичног суда по предметном питању.³⁸ Према њему, фокус међународног кривичног права је заштита хуманума, што значи да језички и нормативни оквир Међународног кривичног суда нису адекватно прилагођени за третирање штете по животну средину као самосталног кривичноправног питања. Узимајући у обзир наведено, за разлику од Robinson-a, Palarczyk предлаже средњи приступ који се фокусира на максимизирање еколошког потенцијала постојећег међународног кривичноправног оквира, а не на напоре ка његовој револуционарној промјени.³⁹

У смислу дефинисања екоцида и описа његовог извршења, потребно је указати и на недавне легислативне активности у оквиру Европске уније. Европски парламент је путем надлежног одбора прихватио да се екоцид укључи у корпус ЕУ права путем измјена и допуна постојеће Директиве ЕУ о заштити животне средине кроз кривично право.⁴⁰ Иначе, овај извор секундарног права ЕУ налаже државама чланицама инкриминацију дјела као што су нелегално одлагање отпада, испуштање опасних материја и уништавање станишта, садржи одредбе о кривичноправној одговорности правних лица за негативан утицај на животну средину те предвиђа међудржавну сарадњу у вези свих аспеката њеног провођења. Као таква, предметна Директива у битној мјери већ отклања неке од главних изазова који би настали инкриминасањем екоцида. Такође, вјерујемо да би увођење екоцида на овај начин било усаглашено са захтјевима који се могу извести из главних карактеристика кривичног права, а које су означене као фрагментарност, акцесорност и супсидијарност.⁴¹

Што се тиче измјена саме Директиве, 5. априла 2023. године посланици политичких група у Европском парламенту су подржали одлуку о покретању међуинституционалних преговора о укључивању екоцида у њен опсег.⁴² Из дискусија о утврђивању нацрта амандмана⁴³ на предметну Директиву, дефиниција екоцида је сагласна оној коју је дао експертски панел у оквиру иницијативе "Стоп екоцид" и могла би се превести као незаконите или безобзирне радње почињене уз знање починиоца да постоји велика вјероватноћа за наступање озбиљне и широко распрострањене (обимне) или дугорочне штете по животну средину проузроковану тим радњама.

Евидентно је да је одређивање појма а тиме и радње извршења екоцида поступак праћен сложеним методолошким и номотехничким изазовима који битно отежавају његово увођење у кривичноправну материју како на националном тако и на међународноправном нивоу. Но без обзира на описане изазове који тим поводом настају, можемо прихватити да је екоцид оно дјело које испуњава следеће критеријуме: "1. постоји озбиљна и опсежна или трајна еколошка штета; 2. постоје међународне последице; 3. проузрокова-

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ Directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law.

⁴¹ В. Раићеловић, "Кривичноправна заштита животне средине у законодавству Републике Србије и стандарди Европске уније", *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније* (ур. С. Соковић), Правни факултет, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2021, 297–312.

⁴² The Brussels Times, *European Parliament agrees on the recognition of ecocide in EU legislation.*

⁴³ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law and replacing Directive 2008/99/EC, <https://commission.europa.eu/select-language?destination=/media/26303>, 13. март 2023.

ње опустошења".⁴⁴ Сада, да ли нешто од наведеног самостално или кумулативно одражава рударење криптовалута и ако одражава, да ли је то довољно да се међународно кривично право *de lege ferenda* јави као регулатор овог аспекта криптовалута?

Као што смо видјели, многи аутори доводе у везу процес рударења криптовалута и повећање емисије штетних гасова као и стварање додатних количина е-отпада што јесте еколошки неприхватљиво. Такође, кроз анализу смо указали и на то да постоје разлике у степену штетности рударења различитих криптовалута као и то да су негативни ефекти по животну средину балансирани у односу на економске бенефите овог процеса као и то да су негативни утицаји отклоњиви коришћењем обновљивих извора. Дакле, у доминантном дијелу литературе изостаје кривичноправна контекстуализација ових пракси. Чак и уколико бисмо уз претходно описане и све друге методолошке, нормативне-нотехничке и субстантивне изазове успјели да из релевантности међународног еколошког права дерибирамо примјенљивост *de lege ferenda* међународног кривичног права на питање рударења криптовалута због евентуалне подударности овог процеса са *actus reus*-ом екоцида, проблем би настао код *mens rea* овог злочина и његовог доказивања.

4. ЗАКЉУЧАК

Питање да ли и на који начин међународно кривично право се може јавити као регулатор криптовалута смо истражили кроз анализу појма криптовалута и њиховог правног регулисања у упоредним правним системима, затим кроз анализу криптовалута у међународноправном контексту. У првом дијелу рада након анализе регулаторних оквира за криптовалуте у државама БРИКС-а, Сједињеним Америчким Државама и Европској унији закључено је да без обзира на правну дисхроност и изостанак униформног међународноправног приступа ипак постоји довољно елемената на основу којих можемо извести опште номиналне карактеристике криптовалута и то: децентрализација, анонимност или псеудонимност трансакција, коришћење криптографије (енкрипције), нематеријалност, ограничена емисија. Ове карактеристике, иначе погодне за прекограничне криминалне активности попут прања новца, финансирање тероризма, корупцију, избјегавање пореза исл. су различито третиране у различитим јурисдикцијама (од апсолутне забране, преко толерантног нерегулисања па до детаљне уређености и надзора), што доводи до примјене различитих стандарда у различитим финансијским системима те осим правних и финансијских, представља и изазове у техничком смислу.

У дијелу рада који се бави анализом међународноправног контекста криптовалута, истражили смо однос рударења криптовалута и заштите животне средине као и могућност да се овај поступак подведе под *actus reus* злочина екоцида. Основ за овакво повезивање смо нашли у мјеродавности међународног права заштите и очувања животне средине за питања рударења што је исказано и кроз недавне легислативне активности на нивоу Европске уније, као и у рађању новог међународног злочина екоцида. Дискусија о односу посматране праксе рударења криптовалута и животне средине указала нам је на то да се дебата задржава у оквирима анализирања њене енергетске ефикасности, њених економских ефеката и проузроковања пораста е-отпада. Већина аутора предлаже пореске и сличне мјере како би се прикупила средства за неутралисање негативних ефеката руда-

⁴⁴ М. А. Gray, "The international crime of ecocide", *California Western International Law Journal*, 26/1996, 216, наведено према В. Ранђеловић (2022), *op. cit.*, 369–380.

рења криптовалута као и коришћење обновљивих извора енергије. Дакле, у доминантном дијелу литературе изостаје кривичноправна контекстуализација ових пракси. Ипак, све ове "зелене" грађанскоправне мјере су још увјек у сфери приједлога и не мијењају међународноправни пејзаж као ни праксе од утицаја на животну средину што је створило потребу да истражимо могућност међународног кривичног права да се јави у улози регулатора рударења.

У дијелу рада који истражује могућност да се рударење квалификује као *actus reus* злочина екоцида указали смо да је поступак одређивање овог појма а тиме и радње његовог извршења праћен сложеним методолошким и номотехничким изазовима који битно отежавају његово увођење у кривичноправну материју како на националном тако и на међународноправном нивоу. Бројни методолошки изазови произилазе из отежаног комбиновања субстантивно, предметно и догматски различитих грана права (међународног кривичног права и међународног права заштите и очувања животне средине), за потребе дефинисања екоцида и његовог увођења у кривичноправну материју. Практични аспекти нормативне и номотехничке различитости ове двије гране права отежава међународноправно кривично санкционисање дјела против животне средине као самосталног дјела. Чак и уколико бисмо да успјели да уз присутне методолошке, нормативне и субстантивне изазове да из релевантности међународног еколошког права деривирамо примјенљивост *de lege ferenda* међународног кривичног права на питање рударења криптовалута због евентуалне подударности овог процеса са *actus reus*-ом екоцида, проблем би настао код *mens rea* овог злочина и његовог доказивања. Због наведеног, тешко је одбранити хипотезу да међународно кривично право може да пружи макар посредни регулаторни оквир за рударење криптовалута.

ЛИТЕРАТУРА

- Albrecht C., Duffin K. M., Hawkins S., Morales Rocha V. M., "The use of cryptocurrencies in the money laundering process", *Journal of Money Laundering Control*, 22/2019.
- Chudinovskikh M., Sevryugin V., "Cryptocurrency Regulation in the BRICS Countries and the Eurasian Economic Union", *BRICS Law Journal*, 6/2019.
- Climate and Energy Implications of Crypto-Assets in the United State, White House, <https://www.whitehouse.gov/ostp/news-updates/2022/09/08/fact-sheet-climate-and-energy-implications-of-crypto-assets-in-the-united-states/>, 17. новембар 2022.
- Comissão de Valores Mobiliários: Parecer de Orientação sobre criptoativos e o mercado de valores mobiliários, <https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/cvm-divulga-parecer-de-orientacao-sobre-criptoativos-e-o-mercado-de-valores-mobiliarios>, 13. октобар 2022.
- Crypto-assets: green light to new rules for tracing transfers in the EU, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230414IPR80133/crypto-assets-green-light-to-new-rules-for-tracing-transfers-in-the-eu>, 2. новембар 2022.
- de Vries A. "Bitcoin's Growing Energy Problem", *Joule*, 5/2018.
- Erdogan S., Yakubu M., Sarkodie A. S. A., "Analyzing asymmetric effects of cryptocurrency demand on environmental sustainability", *Environmental Science and Pollution Research*, 29/2022.
- Gray M. A., "The international crime of ecocide", *California Western International Law Journal*, 26/1996.
- Hughes SD., "Cryptocurrency regulations and enforcement in the U.S.", *Western State Law Review*, 45/2017.
- Majumder A., Megnath R., Dipayan S., "A conceptual study on the emergence of cryptocurrency economy and its nexus with terrorism financing", *The Impact of Global Terrorism on Economic and Political Development*, 2019.
- Miskiewicz R., Matan K., Karnowski J., "The Role of Crypto Trading in the Economy, Renewable Energy Consumption and Ecological Degradation", *Energies*, 15/2022.
- Palarczyk D., "Ecocide Before the International Criminal Court: Simplicity is Better Than an Elaborate Embellishment", *Crim Law Forum*, 2023.

- Палевић М. "Правни оквири економског коришћења Каспијског мора", *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније* (ур. С. Соковић), Правни факултет, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2021.
- Proctor, C. "Cryptocurrencies in International and Public Law conceptions of money", *Cryptocurrencies in Public and Private Law* (eds. D. Fox, S. Green.), Oxford University Press, 2019.
- Ранђеловић В., "Изазови у дефинисању екоцида у праву Европске уније", *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније* (ур. С. Соковић), Правни факултет, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2022.
- Ранђеловић В., "Кривичноправна заштита животне средине у законодавству Републике Србије и стандарди Европске уније", *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније* (ур. С. Соковић), Правни факултет, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2021.
- Robinson D., "Ecocide – Puzzles and Possibilities", *Journal of International Criminal Justice*, 20/2022.
- S.L. Nández Alonso, J. Jorge-Vázquez, M.Á Echarte Fernández, R.F. Reier Forradellas, "Cryptocurrency Mining from an Economic and Environmental Perspective. Analysis of the Most and Least Sustainable Countries" *Energies*, 14/2021.
- Schinckus C., Nguyen C. P., Ling F. C. H., "Crypto-currencies Trading and Energy Consumption", *International Journal of Energy Economics and Policy*, 10/2020.
- Stock C., "A Fifth core crime: Crime of ecocide as a new puzzle of the international criminal law", *Yearbook of International & European Criminal and Procedural Law*, 1/2022.
- Trozze A. et al. "Cryptocurrencies and future financial crime", *Crime Science*, 11/2022.
- Usman C. W., "Oversight and regulation of cryptocurrencies: BitLicense", *Cryptofinance: A New Currency for a New Economy*, 2022.
- Zimmermann C., *A Contemporary Concept of Monetary Sovereignty*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

* * *

Dragan Dakic PhD*

CRYPTOCURRENCY MINING AS ACTUS REUS OF INTERNATIONAL CRIME

Summary

Recent legislative activity within the European Union connected between cryptocurrencies regulation and environmental law. The subject of research in this paper concerns the ability of International Criminal Law de lege ferenda to provide a regulatory framework for cryptocurrency mining. This tripartite collision of Cryptocurrencies – Environmental Law – International Criminal Law seems to be possible primarily because of 1) the aforementioned regulatory interconnection, and 2) emergence of a fifth international crime – ecocide, which is rooted rather in ecology than in legal science. The method of comparative analysis has been used to determine operating regulatory framework of cryptocurrencies. Furthermore, the methods of induction and deduction were used for the purpose of determination of the subject-relevant characteristics of cryptocurrencies. The same scientific methods were used in the part of the research in which the concept of ecocide, its description and elements were analyzed. The method of legal analysis was used to determine the justification of the contextualization of cryptocurrency mining and the actus reus of the crime of ecocide. The work contains two main limitations, namely: in terms of the scope, the research examines the possibility of international criminal law to regulate mining as a technical characteristic of cryptocurrencies through eco-

* Assistant Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac, ddakic@jura.kg.ac.rs.

cide; and in terms of scholar input, in the part of the article addressing the relationship between mining and the environment, we have accepted dominantly present positions in the scholarship. The intended innovation of this work lies in the fact that it looks at the relationship between (mining) cryptocurrencies and international criminal law outside the usual frameworks that are normally focused on the prevention of money laundering, the prohibition of terrorist financing, corruption, etc. Given that the inquiry is mainly focused on de lege ferenda legal categories, the value of this work is mainly theoretical. The main conclusions in the paper are that there are methodological, normative and substantive challenges to the mentioned tripartite construction that make it difficult to derive the relevance of international criminal law for determining the regulatory framework of cryptocurrency mining.

Keywords: cryptocurrencies, mining, ecocide, BRICS, EU, USA.

Никола Пауновић*

РЕГРУТОВАЊЕ ДЕЦЕ ЗА УЧЕШЋЕ У ОРУЖАНИМ СУКОБИМА СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ПРАКСУ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА

Апстракт: Регрутовање деце за учешће у оружаним сукобима се сматра једним од најтежих облика повреде њихових права у временима рата. Без обзира да ли до регрутације деце долази добровољним или принудним путем, чињеница је да она кроз учешће у оружаним сукобима бивају изложена различитим облицима експлоатације и злоупотреба. Услед немогућности да правилно одмере изложеност ризицима учешћа у оружаним сукобима, деца се сматрају нарочито рањивим жртвама регрутације. Препознајући потребу штетности наведене праксе међународна заједница је настојала да кодификована обичајна правила у вези са регрутацијом деце уобличи у правно обавезујуће нормативне документе и тиме пошаље јасну поруку о њеној неприхватљивости. Узимајући у обзир наведено, у раду се настоји анализирати нормативни развој правила о забрани регрутације деце за учешће у оружаним сукобима, уз посебан осврт на отворена питања предметне проблематике. Имајући у виду да је оснивањем Међународног кривичног суда и развојем његове јуриспруденције тематика регрутације деце за учешће у оружаним сукобима дошла до изражаја у одређеним случајевима, у раду се посебна пажња усмерава и на разматрање његове релевантне судске праксе. У закључним разматрањима се истиче да пракса показује да се, упркос томе што су правила од значаја за заштиту деце од учешћа у оружаним сукобима детаљно нормирана како на међународном и националном плану, случајеви њихове виктимизације и даље масовно дешавају, што указује на потребу појачаног превентивног деловања усмереног ка подизању свести о значају штетности наведене праксе.

Кључне речи: регрутовање, деца, оружани сукоби, Међународни кривични суд, судска пракса.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Приликом разматрања проблематике регрутације деце за учешће у оружаним сукобима прва асоцијација се уобичајено везује за њихову активну партиципацију у непријатељствима и то у својству припадника оружаних снага односно оружаних група. Ипак, треба имати у виду да је овај облик искоришћавања деце само један у низу облика њихових злоупотреба у оружаним сукобима.¹ У том смислу, потребно је истаћи да осим виктимиза-

* Други секретар у Министарству спољних послова Републике Србије и студент докторских студија на Правном факултету Универзитета у Београду. Е-mail: panik925@gmail.com.

¹ А. Millard "Children in Armed Conflicts: Transcending Legal Responses", *Security Dialogue*, 2/2001, 187–200.

ције деце као бораца односно војника, у пракси може доћи до њихове експлоатације у вези са деловањем оружаних група. Тако, деца могу бити изложена виктимизацији у том контексту и као извиђачи, кувари, носачи, стражари, гласници или у другим сличним улогама.² Имајући у виду ширину и размере штетних последица учешћа деце у оружаним сукобима постаје очигледно због чега се предметна проблематике налази у сталном фокусу интересовања стручне и научне јавности, са основним циљем да се укаже на потребу нормативног регулисања, санкционисања и превенције ове деструктивне и погубне праксе.

Иако су идеје о нормативном уобличавању правила од значаја за заштиту деце од учешћа у оружаним сукобима постојале и пре Другог светског рата, први конкретни помаци учињени су након његовог завршетка и то тек у другој половини двадесетог века. До тога је дошло 1977. године кроз усвајање два допунска протокола уз Женевске конвенције из 1949. године о заштити жртава међународних и немеђународних оружаних сукоба, чиме је у оквирима међународног хуманитарног права заокружен нормативни прогрес у овој области.³ Даљи развој правила о неприхватљивости регрутације деце за учешће у оружаним сукобима настављен је у области међународног права детета у којој најзначајнији документ оличава Конвенција о правима детета из 1989. године.⁴ При томе, треба имати на уму да нормативни развој изложених правила није завршен усвајањем овог документа, већ је напротив настављен, о чему сведочи доношења Факултативног протокола о учешће деце у оружаним сукобима уз Конвенцију о правима детета који садржи разрађене и надограђене норме из сфере ове проблематике.⁵

Остварена нормативна достигнућа на нивоу међународног хуманитарног права и међународног права детета настављена су и у области међународног кривичног права, до чега је посебно дошло до изражаја ступањем на снагу Римског статута Међународног кривичног суда 2002. године и развојем његове јуриспруденције.⁶ Пратећи резултате постигнуте на међународном плану и национална кривична законодавства су кренула путем инкриминисања регрутације деце за учешће у оружаним сукобима.

Из приложеног се може уочити да постоји читав низ нормативних докумената како на међународном и националном нивоу којима су предметна правила регулисања. Наведена чињеница допринела је постојању одређених нормативних разлика међу њима, што нас наводи на потребу анализирања отворених питања која могу настати у пракси.

² UNICEF, "Children recruited by armed forces or armed groups", <https://www.unicef.org/protection/children-recruited-by-armed-forces>, 2. 5. 2023.

³ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977?activeTab=default>, 3/5/2023; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/apii-1977>, 3. 5. 2023. Вид. више у: K. Barstad, "Preventing The Recruitment Of Child Soldiers: The ICRC Approach", *Refugee Survey Quarterly, Children At Risk* 4/2008, 142–149.

⁴ United Nations. "Convention on the Rights of the Child." Treaty Series, vol. 1577, Nov. 1989. Вид. више у: J. de Berry, "Child Soldiers and the Convention on the Rights of the Child", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 575, Children's Rights*, 2001, 92–105.

⁵ Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflicts, General Assembly resolution A/RES/54/263 of 25 May 2000. Вид. више у: D. Helle, "Optional Protocol on the involvement of children in armed conflict to the Convention on the Rights of the Child", *IRRC*, 839/2000, 797–823.

⁶ UN General Assembly, Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998. Вид. више у: S. Masol, "War Crimes of Conscription, Enlistment and Use of Child Soldiers", *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict, Themenschwerpunkt: The Child in International Law*, 3-4/2020, 193–208.

Једно од таквих питања односи се на то проблематику сврсисходности разликовања добровољне и принудне регрутације у контексту ангажовања деце за учешће у оружаним сукобима. С друге стране, питање које због уочених разлика између усвојених нормативних докумената на међународном и националном плану изазива посебну пажњу јесте старосна граница испод које није дозвољено користити децу у оружаним сукобима. Коначно, поставља се питање да ли заштиту деце од регрутације у предметне сврхе треба везивати само за случајеве њихове активне партиципације у оружаним сукобима или би је требало проширити и на остале случајеве у којима долази до њиховог учешћа у другим улогама у вези са деловањем оружаних група. У циљу долажења до одговора на ова питања потребно је осим нормативног разматрања правила о регрутацији деце за учешће у оружаним сукобима у националним законодавствима, у међународном хуманитарном праву, у међународном праву детета и у међународном кривичном праву, анализирати и релевантну судску праксу Међународног кривичног суда.

2. РЕГРУТОВАЊЕ ДЕЦЕ ЗА УЧЕШЋЕ У ОРУЖАНИМ СУКОБИМА У МЕЂУНАРОДНОМ ХУМАНИТАРНОМ ПРАВУ

У оквирима правила обичајног међународног хуманитарног права које је идентификовао Међународни комитет црвеног крста у својој студији, у поглављу 39 које се бави лицима којима је потребна посебна заштита садржана су три правила од којих се два директно односе на проблематику регрутовања и учешћа деце у оружаним сукобима. То су: 1) правило 136 које се бави аспектом регрутовања деце војника и 2) правило 137 које анализира учешће деце војника у непријатељствима.⁷ У склопу изнетих правила Међународни комитет Црвеног крста је у својој студији констатовао да су ове норме, као део обичајног хуманитарног права, применљиве како у међународним, тако и у немеђународним оружаним сукобима. У прилог истакнутој констатацији Међународни комитет Црвеног крста се позвао на чињеницу да су наведена правила садржана не само у Допунским протоколима уз Женевске конвенције из 1949. године, Конвенцији о правима детета, Статуту Међународног кривичног суда и другим међународним документима од предметног значаја, већ и у војним приручницима и националним законодавствима већине земаља.⁸ Ипак, док је питање забране регрутовања и учешћа деце у оружаним сукобима неспорно, дотле извесне дилеме изазива питање старосне границе испод које није дозвољено њихово ангажовање ради учешћа у непријатељствима, будући да пракса показује да постоји неподударност између захтева које постављају усвојени међународни документи и решења која су усвојена у националним оквирима. О предметном сведочи чињеница да је у једној групи докумената усвојено правило да је забрањено регрутовање и учешће деце испод петнаест година живота, док је у другој групи опредељена повишена старосна граница сходно којој је забрањено њихово коришћење у непријатељствима испод осамнаест година живота.⁹

У међународном хуманитарном праву конкретне одредбе о заштити деце жртава међународних и немеђународних оружаних сукоба садржане су у допунским протоколи-

⁷ J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law Volume I: Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 482–489.

⁸ International Humanitarian Law Databases, "Rule 136 Recruitment of Child Soldiers", <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule136>, 2. 5. 2023.

⁹ International Humanitarian Law Databases, "Rule 137. Participation of Child Soldiers in Hostilities", <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule137>, 2. 5. 2023.

ма уз Женевске конвенције из 1949. године. У том смислу треба указати да Допунски протокол уз Женевске конвенције о заштити жртава међународних оружаних сукоба (Протокол I) у члану 77 посебну пажњу посвећује заштити деце жртава. У изложеном контексту значајно је истаћи да протокол налаже странама у сукобу да предузму све могуће мере да деца која нису навршила 15 година не учествују директно у непријатељствима, те да се уздрже од њиховог регрутовања у своје оружане снаге. Приликом регрутовања лица која су навршила 15 година али нису навршила 18 година живота, стране у сукобу ће настојати да дају приоритет онима који су најстарији. Ако, у изузетним случајевима, деца која нису навршила 15 година учествују директно у непријатељствима и нађу се у власти противничке стране, она ће сходно предметном члану допунског протокола и даље уживати посебну заштиту, без обзира на то да ли су или нису ратни заробљеници.¹⁰ С друге стране, Допунски протокол уз Женевске конвенције о заштити жртава немеђународних оружаних сукоба (Протокол II) у члану 4 став 3 гарантује посебну заштиту деци, што нарочито подразумева да се пруже потребне гаранције: а) да деца која нису навршила 15 година живота неће бити регрутована у оружане снаге или групе, нити ће им се дозволити да учествују у непријатељствима, ни када су заробљена; б) да се деца привремено склоне из подручја у коме су избила непријатељства у безбедније подручје унутар земље, ако је то потребно и да се обезбеди, ако је то могуће, да децу прате лица која су одговорна за њихову безбедност и благостање.¹¹

Из приложеног се може приметити да је у изложеним актима усвојеним у оквирима међународног хуманитарног права опредељено да се старосна граница испод које није дозвољено регрутовати и искоришћавати децу за учешће у оружаним сукобима постави на петнаест година. При томе, треба имати у виду да су предметни акти појам регрутације везали превасходно за директно учешће у непријатељствима, што наводи на закључак да је интенција на овом месту била да се примарно пружи заштита деци војницима. У сваком случају, ови акти не придају значај природи регрутовања деце као основу за разликовање између кажњивог и некажњивог поступања, што се препознаје по томе што је изостало прављење разлике између принудне и добровољне регрутације деце за учешће у оружаним сукобима.

3. РЕГРУТОВАЊЕ ДЕЦЕ ЗА УЧЕШЋЕ У ОРУЖАНИМ СУКОБИМА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ ДЕТЕТА

Надовезујући се на остварена нормативна достигнућа међународног хуманитарног права међународна заједница је настојала да и на плану међународног права детета препозна и адекватно регулише заштиту деце од регрутације за учешће у оружаним сукобима. У прилог реализацији ових идеја сведочи Конвенција о правима детета која нормира посебну одредбу садржану у члану 38, о потреби држава чланица да обезбеде заштиту деце од њиховог учествовања у сукобима. Тако, већ став 1 члана 38 сведочи о повезано-

¹⁰ S. Diaz "An Elusive Mandate: Enforcing the Prohibition on the Use of Child Soldiers", *Children's Legal Rights Journal*, 3/2019, 268.

¹¹ F. Tinsae Birhane, "Targeting of Children in Non-International Armed Conflicts", *Journal of Conflict and Security Law*, 2/2021, 377–400. Вид. више у: O. Owiso, "International Law and the Protection of Children Associated with Armed Forces and Armed Groups: Reconciling Normative Standards on Recruitment", *Humanitäres Völkerrecht: Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, Themenschwerpunkt: *The Child in International Law*, 3-4/2020, 248–260.

сти и међусобној условљености међународног хуманитарног права и међународног права детета, што се рефлектује у томе да Конвенција о правима детета поставља императив да државе чланице обезбеде поштовање правила међународног хуманитарног права која се примењују на њих у оружаним сукобима, а која се односе на дете. О изложеној вези говори и став 4 истог члана који налаже да у складу са обавезама на основу међународног хуманитарног права да штите цивилно становништво у оружаним сукобима, државе чланице треба да предузимају све практично изводљиве мере како би обезбедила заштита и брига о деци погођеној оружаним сукобом. С тим у вези, у складу са ставом 2 и 3 овог члана потребно је да државе чланице предузимају све практично изводљиве мере како лица која још нису навршила петнаест година живота не би непосредно учествовала у сукобима и да се уздржавају од регрутовања у оружане снаге лица која још нису навршила петнаест година живота, те да при регрутовању оних лица која су навршила петнаест година живота али не осамнаест настоје да дају предност најстаријима.¹²

Основу која је постављена Конвенцијом о правима детета у области заштите деце од регрутације за учешће у оружаним сукобима разрађена је усвајањем Факултативног протокола о учешћу деце у оружаним сукобима.¹³ Темелни концепт предметног протокола се осликава у члану 1 и 2 кроз императив да државе уговорнице предузму све могуће мере како би се обезбедило да припадници њихових оружаних снага који још нису навршили 18 година не узимају директно учешће у непријатељствима, нити да подлежу обавезној регрутацији у своје оружане снаге. Сходно члану 3 овог протокола дозвољава се подизање минималне старосне границе за добровољну регрутацију лица у своје државне оружане снаге у односу на ону постављену чланом 38 став 3 Конвенције о правима детета. У сваком случају, потребно је да свака држава уговорница предвиди минималну старосну границу од које ће бити дозвољена добровољна мобилизација у њене државне оружане снаге као и опис гаранција које су усвојене како би се обезбедило да таква мобилизација не буде принудна. Изложене гаранције треба да обухвате: а) да таква регрутација буде стварно добровољна и да буде спроведена уз изричито пристанак родитеља или законских старатеља тог лица; б) да су та лица у потпуности информисана о обавезама које произлазе из такве своје службе, и в) да та лица обезбеде поуздан доказ о својим годинама пре него што буду примљена у државну војну службу.¹⁴

С друге стране, треба имати у виду да предметни протокол у члану 4 истиче да оружане групе које нису оружане снаге државе, не би требало под било којим околностима да регрутују или искоришћавају у непријатељствима лица млађа од 18 година. У том смислу потребно је да буду предузете све могуће мере за спречавање регрутације и искоришћавања ове деце, укључујући усвајање неопходних законских мера којима се такви поступци забрањују и квалификују као кривично дело.¹⁵ У циљу како предметна правила не би остала мртво слово на папиру протокол уводи и обавезу мониторинга остварених активности

¹² C. Jesseman, "The protection and participation rights of the child soldier: An African and global perspective", *African Human Rights Law Journal*, 1/2001.

¹³ M. Happold, "The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict", *Yearbook of International Humanitarian Law*, 3/2000, 226–244.

¹⁴ M. J. Dennis, "Newly Adopted Protocols to the Convention on the Rights of the Child", *The American Journal of International Law*, 4/2000, 789–796.

¹⁵ И. Церовић, "Деца у оружаној сукобу и међународно право", *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2010, 325–339; Вид. више у: Т. Шурлан, "Правни статус и заштита деце у оружаним сукобима : нове тенденције", *Безбедност: часопис Државног секретаријата за унутрашње послове НР Србије*, 3/2012, 121–137.

држава уговорница, о чему сведочи члан 8 који налаже обавезу подношења свеобухватног извештаја о мерама које су предузете за спровођење одредаба везаних за учешће и регрутацију деце у оружаним сукобима, једном у пет година Комитету за права детета, који може од њих да тражи додатне информације које су битне за спровођење овог Протокола.¹⁶

Узимајући у обзир претходно изнето, може се уочити да је у анализираним актима усвојеним у оквирима међународног права детета опредељено да се старосна граница испод које није дозвољено регрутовати и искоришћавати децу за учешће у оружаним сукобима постави на осамнаест година. Сам појам регрутације се у овим актима везује за непосредно учествовање деце у сукобима односно за узимање директног учешћа у непријатељствима, што указује да је и на овом месту интенција била да се примарно пружи заштита деци војницима. Ипак, охрабрује чињеница да Факултативни протокол уз Конвенцију о правима детета у контексту регрутације у оружане групе које нису оружане снаге државе потенцира да лица млађа од 18 година не би требало под било којим околностима да буду регрутована или искоришћавана у непријатељствима. Такође, треба имати на уму да се у предметним актима усвојеним у оквирима међународног права детета и то у Факултативном протоколу уз Конвенцију о правима детета придаје значај разликовању између принудне и добровољне регрутације деце за учешће у оружаним сукобима у контексту прављења дистинкције кажњивог и некажњивог поступања. С тим у вези да би се радило о добровољној регрутацији у своје оружане снаге и тиме некажњивом поступању потребно је да кумулативно буду испуњени дефинисани услови које се односе на постојање доказа о тачном узрасту детета, о информисаности о његовим обавезама, о постојању родитељске сагласности, али и стварној добровољности. На овај начин уведена је на мала врата опасност од различитих злоупотреба у погледу доказивања истинске добровољности, а које могу довести до исхода да њихови учиниоци остану некажњени, а деца жртве незаштићени. Ово разликовање може довести и до неједнаког уживања заштите између деце жртава принудне регрутације која ће то права свакако уживати и деце жртава формално проглашене добровољне регрутације, а фактички принудне регрутације која услед наведеног правила неће бити у прилици да остваре заштиту њихових права по овом протоколу.

4. РЕГРУТОВАЊЕ ДЕЦЕ ЗА УЧЕШЋЕ У ОРУЖАНИМ СУКОБИМА У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

У контексту разматрања изложене проблематике потребно је имати у виду да су у надлежности Међународног кривичног суда основаним Римским статутом најтежа кривична дела, која су као таква проглашена од стране целокупне међународне заједнице.¹⁷ То су сходно члану 5 Римског статута кривично дело: а) геноцида; б) злочина против човечности; в) ратни злочини; г) агресија.¹⁸ Имајући у виду наведено постаје очигледно да се регрутација деце за учешће у оружаним сукобима може подвести под ратне злочине. Следећи предметну логику Римски статут у члану 8 нормира као посебне облике регрутацију деце за учешће у оружаним сукобима и то како оним међународног, тако и оним немеђународног карактера. Сходно изложеном у члану 8 б садржане су друге озбиљне повреде закона и ратних обичаја који се примењују у међународном оружаном сукобу, а

¹⁶ D. Weissbrodt, J. C. Hansen, N. H. Nesbit "The Role of the Committee on the Rights of the Child in Interpreting and Developing International Humanitarian Law", *Harvard Human Rights Journal*, 2011, 115–153.

¹⁷ Вид. више у: М. Шкулић, *Међународни кривични суд, надлежност и поступак*, Досије, Београд, 2005.

¹⁸ М. Шкулић, *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, 240.

према утврђеним правилима међународног права. У ове повреде се убраја и регрутовање или на било који други начин стављање у војну службу деце испод 15 година старости у националне оружане снаге или њихово коришћење за активно учествовање у борби (члан 8 б ххvi). С друге стране, у члану 8 е су нормиране друге озбиљне повреде закона и обичаја до којих дође у оружаним сукобима који нису међународног карактера, а које су предвиђене одговарајућим одредбама међународног права. У ове повреде се такође подводи и регрутовање или на било који други начин стављање у војну службу деце испод 15 година старости, у националне оружане снаге или њихово коришћење за активно учествовање у борбама (члан 8 е vii).¹⁹

Као што се може приметити у размотреним актима усвојеним у оквирима међународног кривичног права опредељено да се старосна граница испод које није дозвољено регрутовати и искоришћавати децу за учешће у оружаним сукобима постави на петнаест година. Осим уског схватања регрутације деце у контексту њиховог активног учествовања у борбама, овим актима забрањено је и на било који други начин вршити стављање деце у војну службу односно у националне оружане снаге. Наведено указује да је на овом месту интенција била да се пружи заштита не само деци војницима, већ и деци која су у контексту оружаног сукоба ангажована на другим задацима. Међутим, треба истаћи да се у предметним актима усвојеним у оквирима међународног кривичног права не придаје значај разликовању између принудне и добровољне регрутације деце за учешће у оружаним сукобима у контексту прављења дистинкције кажњивог и некажњивог поступања, чиме се њима пружа шири заштита од различитих злоупотреба којима могу бити изложена.

У досадашњој пракси Међународног кривичног суда издвојила су се три случаја у којима је разматрана проблематика регрутовања деце за учешће у оружаним сукобима. То су случајеви: 1) Тужилац против Томаса Дила;²⁰ 2) Тужилац против Боска Нтаганда²¹ и 3) Тужилац против Доминика Онгвена.²² Сваки од изложених случаја је специфичан сам по себи, будући да је Међународни кривични суд поступајући у њима анализирао различита питања од значаја за тематику регрутовања деце за учешће у оружаним сукобима. Случај Међународни кривични суд против Томаса Дила је карактеристичан по томе што је разматрана сврсисходност разликовања између добровољне и принудне регрутације деце за учешће у оружаним сукобима. С друге стране, случај Међународни кривични суд против Боска Нтаганда је специфичан по томе што је у њему разматрана повезаност између регрутације деце и њихове сексуалне експлоатације током оружаних сукоба. Напоследку, треба указати да је случај Међународни кривични суд против Доминика Онгвена значајан по томе што се овде радило о специфичној ситуацији у којој је оптужено лице претходно било жртва регрутовања деце за учешће у оружаним сукобима.²³

¹⁹ З. Стојановић, *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 96–98.

²⁰ International Criminal Court, Lubanga Case, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, <https://www.icc-cpi.int/drc/lubanga>, 3. 5. 2023.

²¹ International Criminal Court, Ntaganda Case, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06, <https://www.icc-cpi.int/drc/ntaganda>, 3. 5. 2023.

²² International Criminal Court, Ongwen Case, The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, <https://www.icc-cpi.int/uganda/ongwen>, 3. 5. 2023.

²³ The World Future Council, International Criminal Court continues series of judgments condemning crimes against child soldiers, <https://www.worldfuturecouncil.org/about/>, 3. 5. 2023.

Томас Лубанга Дило је осуђен 14. марта 2012. године, да је, као саизвршилац, извршио ратне злочине који се састоје од регрутовања и ангажовање деце млађе од 15 година у Патриотске снаге за ослобођење Конга и њихово коришћење за активно учешће у непријатељствима у контексту оружаног сукоба који није међународног карактера.²⁴ Претресно веће се уверило ван сваке разумне сумње да су оптужени и његови саизвршиоци као део заједничког плана регрутовали и користили дечаке и девојчице млађе од 15 година у снагама Уније конгоанских патриота и Патриотских снага за ослобођење Конга између 1. септембра 2002. и 13. августа 2003. године. Ове формације су користиле децу млађу од 15 година да активно учествују у непријатељствима, укључујући и током битака. Они су током релевантног периода коришћени као војници и као телохранитељи виших званичника, укључујући оптужене. Томас Лубанга је био председник ових формација, а докази показују да је он истовремено био и главнокомандујући војске и њен политички вођа, због чега је имао координациону улогу у вези са њиховим активностима. Био је укључен у планирање војних операција и играо је кључну улогу у пружању логистичке подршке, укључујући обезбеђивање оружја, муниције, хране, униформи, војних оброка и других потребних залиха трупа. Активно је подржавао иницијативе за регрутацију, лично користио децу млађу од 15 година међу својим телохранитељима и редовно их је ангажовао као чуваре других чланова особља ових формација. Из приложеног, веће је закључило да су ови доприноси Томаса Лубанге, узети заједно, били од суштинског значаја за заједнички план који је резултирао регрутацијом девојчица и дечака млађих од 15 година за учешће у овим формацијама и њиховом употребом за активно учешће у непријатељствима.²⁵

Посебан значај овог случаја се огледа у томе што је Међународни кривични суд разматрао проблематику сврсисходности разликовања принудне и добровољне регрутације деце за учешће у оружаном сукобима, надовезујући се на став већа Специјалног суда за Сијера Леоне који је у предмету Тужилац против Фофана и Кондева констатовао да појам регрутације обухвата и добровољни и присилни пријем у службу оружане снаге или групе, при чему је присилна регрутација тежи облик кривичног дела, нашавши да је разлика између ове две категорије донекле неприродна. Ово стога што је приписивање добровољног учлањења у оружане снаге детету млађем од 15 година, посебно у конфликтном окружењу у којем су кршења људских права распрострањена, према схватању овог већа, упитно.²⁶

Боска Нтаганда је 8. јула 2019. године пред Међународним кривичним судом проглашен кривим за злочине против човечности (убиство и покушај убиства, силовање, сексуално ропство, прогон, присилно премештање и депортација) и ратне злочине (убиство и покушај убиства, намерно усмеравање напада на цивиле, силовање, сексуално ропство, наређивање расељавање цивилног становништва, регрутовање деце млађе од 15 година у оружане групе и њихово коришћење за активно учешће у непријатељствима, намерно усме-

²⁴ M. Happold, "Prosecutor v Thomas Lubanga, Decision of Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court, 29 January 2007", *The International and Comparative Law Quarterly*, 3/2007, 713–724.

²⁵ International Criminal Court, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Case Information Sheet, ICC-PIDS-CIS-DRC-01-017/21, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CaseInformationSheets/LubangaEng.pdf>, 3. 5. 2023. Вид. више у: J. Easterday, "Introductory Note To The International Criminal Court: Prosecutor V. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment Pursuant To Article 74 Of The Statute And Decision On Sentence Pursuant To Article 76 Of The Statute", *International Legal Materials*, 5/2012, 1018–1205.

²⁶ Special Court for Sierra Leone, The Prosecutor v. Moinina Fofana, Allieu Kondewa (the CDF Accused), SCSL-04-14-T, 2 August 2007, <https://www.refworld.org/cases,SCSL,46e123dc2.html>, 3. 5. 2023, para. 192.

равање напада на заштићене објекте и уништавање имовине противника).²⁷ До наведеног закључка је претресно веће дошло након што је утврдило да су Унија конгоанских патриота и њено војно крило, Патриотске снаге за ослобођење Конга у периоду од 6. августа 2002. године до 31. децембра 2003. године биле укључене у немеђународни оружани сукоб са противничком страном, у Итурију, округу у ДР Конгу. Понашање ових формација било је резултат унапред осмишљене стратегије усмерене ка таргетирању цивилног становништва, а извршени злочини су се десили у складу са њиховом политиком, у чијем спровођењу је значајну улогу имао и Боска Нтаганда. Иако изнети докази нису поткрепили све инциденте на које је указао тужилац, утврђено је да је у вези са сваким од изнетих основа одговорности део оптужби доказан ван сваке разумне сумње. Из тог разлога је веће закључило да је Боска Нтаганда био одговоран као директни извршилац за делове оптужби који се односе на убиство као злочин против човечности и на убиство као ратни злочин и прогањање као злочин против човечности, док је за преостала кривична дела осуђен као посредни извршилац.²⁸ Жалбено веће Међународног кривичног суда је 30. марта 2021. године потврдило ову осуђујућу пресуду.²⁹ Нарочити значај овог случаја је у томе што је Међународни кривични суд доносећи одлуку у предметном контексту изрекао кумулативне осуде осуђеном лицу оглашавајући га кривим за поједине тачке из оптужнице као непосредног извршиоца односно посредног извршиоца, на тај начин доводећи у везу између осталог регрутацију деце за учешће у оружаним сукобима са сексуалним насиљем којем су била изложена током њиховог коришћења у непријатељствима.

Претресно веће Међународног кривичног суда је прогласило 4. фебруара 2021. године Доминика Онгвена кривим, ван сваке разумне сумње, за низ злочина окарактерисаним као ратни злочини и злочини против човечности, извршеним у Уганди између 1. јула 2002. и 31. децембра 2005. године.³⁰ Конкретно радило се о следећим групама оптужби и то за: а) нападе на цивилно становништво као такво, убиство, покушај убиства, мучење, поробљавање, нарушавање личног достојанства, пљачка, уништавање имовине и прогон извршеним у нападима на кампове за интерно расељена лица Пајуле, Одек, Лукоди и Абок; б) сексуално и родно засноване злочине, укључујући присилни брак, мучење, силовање, сексуално ропство, поробљавање, присилну трудноћу и друге повреде личног достојанства; в) регрутацију деце млађе од 15 година у бригади Синија и њиховог коришћења за активно учешће у непријатељствима. Веће је закључило да су ови злочини извршени у контексту оружане побуне снага отпора против Владе Уганде. Формација Доминика Онгвена сматрана је повезана са Владом Уганде, а самим тим и непријатељем цивила који су живели у северној Уганди, а посебно оних који су били смештени у вла-

²⁷ J. Frivet, "Expanding IHL through ICL: How Prosecutorial Opportunism and Judicial Activism Redefined Intra-Party SGBV Crimes at the ICC", *Humanitäres Völkerrecht: Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, No. 1-2/2019, 53–66.

²⁸ International Criminal Court, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06, Case Information Sheet, ICC-PIDS-CIS-DRC-02-018/21, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CaseInformationSheets/NtagandaEng.pdf>, 3. 5. 2023.

²⁹ International Criminal Court, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06-2666, Public redacted version of Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019, <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-02/06-2666-red>, 3. 5. 2023.

³⁰ International Criminal Court, Trial Judgment, The Prosecutor v. Dominic Ongwen ICC-02/04-01/15-1762-Red, <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-02/04-01/15-1762-red>, 3. 5. 2023.

диним камповима за интерно расељена лица.³¹ Специфичност предметног случаја се огледа у статусу оптуженог који је претходно био дете војник и тиме жртва регрутације док се у овом случају суочавао са оптужбама за исте злочине извршене над њим.³² Одбрана је тврдила да би Онгвен требало да има користи од правне заштите која се иначе пружа деци војницима, укључујући искључење његове индивидуалне кривичне одговорности. Међутим, Претпретресно веће је одбацило овај аргумент.³³ У изјави на отварању суђења у децембру 2016. године, тужилац је потврдио да претрпљена виктимизација не може бити оправдање, нити изговор за виктимизацију других, тако да његово искуство као детета војника не може ослободити Суд да донесе одлуку да ли је оптужени крив за тешка кривична дела учињена као пунолетно лице.³⁴

5. РЕГРУТОВАЊЕ ДЕЦЕ ЗА УЧЕШЋЕ У ОРУЖАНИМ СУКОБИМА У НАЦИОНАЛНИМ ПРАВНИМ ИЗВОРИМА

У националним правним оквирима постоје сличности и разлике у вези са питањима од значаја за регулисање тематике регрутовања деце за учешће у оружаним сукобима, због чега је потребно појединачно размотрити предметна нормативна решења и како код земаља из бивших југословенских република, тако и шире посматрано из најутицајнијих упоредних законодавстава.

Пре свега треба указати да Кривични законик Србије у члану 372 инкриминише регрутовање деце за учешће у оружаним сукобима као једну од бројних радњи извршења ратних злочина, користећи формулацију - присиљавање на службу у оружаним снагама лица млађег од осамнаест година.³⁵ Кривични законик Црне Горе у члану 428 као и Кривични законик Србије нормира присиљавање на службу у оружаним снагама лица млађег од осамнаест година.³⁶ Кривични законик Хрватске у члану 91 тачка 29 такође као једну од низа радњи извршења ратних злочина нормира регрутовање деце у националне оружане снаге или оружане групе одвојене од оружаних снага државе или њихово коришћење за активно учешће у непријатељствима.³⁷ Кривични законик Северне Македоније у члану 404 нормира у склопу радњи извршења ратних злочина и регрутовање малолетника млађих од 15 година у оружане снаге или њихово коришћење за активно учешће у ору-

³¹ International Criminal Court, The Prosecutor v. Dominic Ongwen ICC-02/04-01/15, Case Information Sheet, ICC-PIDS-CIS-UGA-02-021/21,

<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CaseInformationSheets/OngwenEng.pdf>, 3. 5. 2023.

³² E. Baines, "Complex Political Perpetrators : Reflections on Dominic Ongwen", *The Journal of Modern African Studies*, 2/2009, 163–191.

³³ ICC Case Law on International Crimes Affecting Children, <https://www.futurelearn.com/info/courses/human-rights-and-international-criminal-law/0/steps/68741>, 3. 5. 2023.

³⁴ ICC, "Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, at the Opening of Trial in the Case against Dominic Ongwen", 6 December 2016, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-fatou-bensouda-opening-trial-case-against-3.5.2023>. Вид. Још и: D. M. Amann, "The Policy on Children of the ICC Office of the Prosecutor: Toward greater accountability for crimes against and affecting children", *International Review of the Red Cross*, 101/911/2019, 547.

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

³⁶ Кривични законик Црне Горе, *Сл. лист РЦГ*, бр. 70/2003, 13/2004 – испр. и 47/2006 и *Сл. лист ЦГ*, бр. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011 – др. закон, 40/2013, 56/2013 – испр., 14/2015, 42/2015, 58/2015 – др. закон, 44/2017, 49/2018 и 3/2020.

³⁷ Казнени закон, *НН* 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21, 114/22.

жаним сукобима.³⁸ За разлику од претходно размотрених националних кривичних законодавстава, Кривични законик Словеније инкриминише два кривична дела од значаја за проблематику регрутовања деце за учешће у оружаним сукобима.³⁹ С једне стране, Кривични законик Словеније регрутовање деце за учешће у оружаним сукобима нормира у склопу радњи извршења ратних злочина и то тако што прави разлику између учешћа деце у оружаним сукобима међународног и немеђународног карактера. У том смислу, треба указати да Кривични законик Словеније нормира у члану 102 тачка 2 као једну од могућих радњи извршења, која потпадају под друга кршења закона и обичаја који се примењују у међународним оружаним сукобима по меродавном међународном праву, регрутовање или укључивање деце млађе од петнаест година у државне оружане снаге или њихово коришћење за активно учешће у непријатељствима. Поред описане ситуације, предметни законик инкриминише у тачки 4 и регрутовање или укључивање деце млађе од петнаест година у оружане снаге или групе или њихово коришћење за активно учешће у непријатељствима у склопу других тежих кршења закона и обичаја који се примењују у немеђународним оружаним сукобима по важећем међународном праву. Међутим, осим наведеног, Кривични законик Словеније у члану 106 нормира и посебно кривично дело регрутовање војних плаћеника и лица млађих од осамнаест година. Наведено дело предузима лице које у току рата, оружаног сукоба или окупације, или у спровођењу или подржавању политике неке земље или организације, у оквиру систематског напада великих размера, нареди регрутовање лица млађих од осамнаест година у државне или друге оружане снаге и их употреби или нареди њихово коришћење за активно учешће у непријатељствима. Поред налогодаваца санкционише се и лице које регрутује, обучава или финансира обуку војних плаћеника.

У немачком законодавству у склопу поглавља 2 о ратним злочинима у члану 8 став 1 тачка 5 Закона о злочинима против међународног права нормирано је и регрутовање деце за учешће у оружаним сукобима. Сходно наведеном закону кажњава се лице које, у вези са међународним оружаним сукобом или оружаним сукобом који није међународног карактера, регрутује децу млађу од петнаест година у оружане снаге, или их ангажује у оружаним снагама или оружаним групама, или их користи за активно учествовање у непријатељствима.⁴⁰ У шпанском кривичном законнику је у члану 612 став 3 инкриминисано регрутовање особе млађе од осамнаест година током оружаног сукоба или њено коришћење за директно учешће у непријатељствима.⁴¹ У аустријском кривичном законнику у члану 321б став 4 тачка 2 у склопу ратних злочина инкриминисана је радња регрутовања или ангажовања лица млађих од 15 година у оружане снаге у вези са оружаним сукобом, као и регрутовања или ангажовања лица млађих од 18 година у оружане групе, те коришћења лица млађих од 18 година у циљу активног учешћа у непријатељствима.⁴²

³⁸ Кривични законик, *Службени гласник Републике Северне Македоније*, бр. 37/96, 80/99, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09 година, 51/11, 135/11, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15, 226/15 и 97/17.

³⁹ Казенски законик, *Урадни лист РС*, шт. 50/12 – урадно пречишћено беседило, 6/16 – попр., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20, 91/20, 95/21, 186/21, 105/22 – ЗНШПП и 16/23.

⁴⁰ Code of Crimes against International Law (CCAIL) of 26 June 2002 (Federal Law Gazette I, p. 2254), as last amended by Article 1 of the Act of 22 December 2016 (Federal Law Gazette I, p. 3150).

⁴¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

⁴² Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974, Strafgesetzbuch – StGB, StF: BGBl. Nr. 60/1974.

Из приложеног се може уочити да разлике у нормирању постоје у погледу дефинисања старосне границе испод које није дозвољено регрутовати и искоришћавати децу за учешће у оружаним сукобима. У неким случајева је та граница постављена на петнаест година, у другим случајевима је на осамнаест година, док постоје законодавства која комбинују обе изложене солуције. Такође, треба истаћи да се у анализираним актима, углавном не потенцира значај разликовања између принудне и добровољне регрутације деце за учешће у оружаним сукобима у контексту прављења дистинкције кажњивог и некажњивог поступања. У већини националноправних оквира се користи формулација регрутовање деце у оружане снаге или у оружане групе, као и њихово коришћење за активно учешће у непријатељствима. Ипак, на овом месту треба скренути пажњу да Кривични законик Србије и Кривични законик Црне Горе користе формулацију присиљавање на службу у оружаним снагама лица млађег од осамнаест година, што имплицира да су овим националним законодавствима обухваћени искључиво случајеви принудне регрутације.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Имајући у виду напред наведено може се приметити да како у међународним, тако и у националноправним оквирима постоји консензус о потреби инкриминисања и кажњавања регрутације деце за учешће у оружаним сукобима, као једном од најтежих облика њихове злоупотребе у временима рата. У том смислу, може се истаћи да је сазрела свест о неопходности одбацивања и осуђивања идеје о ангажовању деце за учешће у непријатељствима, о чему сведочи низ правно обавезујућих међународних аката, али и бројни војни приручници и национални извори који неизоставно нормирају забрану коришћења ове штетне праксе. Међутим, иако охрабрује наведени закључак, остаје чињеница да нису решена на конзистентан начин сва питања од значаја за униформну примену правила о забрани регрутације и ангажовања деце у оружаним сукобима. На овај начин правна сигурност постаје угрожена будући да се у одсуству сагласности о питањима која захтевају консензус појављује простор за различита тумачења и тиме дискрециона и арбитрарна поступања, што угрожава постизање идеала којем треба тежити оличеном у неопходности пружања једнаке и што свеобухватније заштите деци изложеној регрутацији за учешће у оружаним сукобима.

Претходно спроведена анализа показала је да у овом тренутку не постоје униформна схватања у погледу старосне границе испод које није дозвољено регрутовање и ангажовање деце за учешће у оружаним сукобима. Тако, док допунски протоколи уз Женевске конвенције као и Римски статут Међународног кривичног суда забрањују регрутовање деце млађе од петнаест година, дотле Конвенција о правима детета и Факултативни протокол о учешћу деце у оружаним сукобима предметну старосну границу проширују на децу млађу од осамнаест година. Управо полазећи од изнетих разлика на међународном плану, не треба да изненади ни чињеница да у националним оквирима постоје различити приступи приликом нормирања предметне старосне границе. У том смислу, поједина законодавства су се определила да забрану регрутовања вежу за узраст деце до петнаест година, док су друга одабрала старосну границу од осамнаест година, при чему треба имати на уму да постоје и законодавства која су обухватила обе описане ситуације у својим нормативним оквирима. У прву групу, како то показује напред размотрен компаративни преглед спада немачко законодавство, у другу италијанско, шпанско, али и законодавства већине бивших југословенских република, док се у трећу групу убрајају аустријско и словеначко законодавство.

Узимајући у обзир потребу пружања најшире могуће подршке и заштите деце од радњи које подразумевају њихово ангажовање у оружаним сукобима, те потребу стварања униформних стандарда који ће као такви бити универзално прихваћени, потребно је даље нормативне напоре усмеравати ка подизању старосне границе испод које није дозвољено њихово коришћење у непријатељствима. Наведено поступање треба да резултира исходом да што већи број земаља прихвати старосну границу од осамнаест година, што ће последично допринети и повећаној правној сигурности на глобалном нивоу. У прилог наведеном сведочи и дефиниција детета, која је дата у Конвенцији о правима детета, под којим се подразумева лице млађе од осамнаест година.

Такође, питање које изазива различита тумачења се односи на сам појам регрутације у смислу да ли се под њим обухватају схваћено у ужем смислу искључиво радње усмерене на ангажовање деце војника за учешће у непријатељствима или у ширем смислу и други облици њиховог коришћења у предметне сврхе. Тако, док допунски протоколи уз Женевске конвенције говоре о забрани узимања директног учешћа деце у непријатељствима, односно непосредног учествовања у сукобима како је то формулисано у Конвенцији о правима детета, докле Римски статут Међународног кривичног суда и Факултативни протокол уз Конвенцију о правима детета употребљавају формулације забране регрутовања или на било који други начин стављања у војну службу деце у националне оружане снаге односно искоришћавања деце у непријатељствима. Из изнетог се може закључити да је опсег инкриминисања прво наведене групе аката усмерен примарно на спречавање ангажовања деце војника за учешће у непријатељствима. С друге стране, под домашај друго наведене групе докумената потпада не само забрана ангажовања деце војника него и свако друго њихово коришћење у непријатељствима. Имајући у виду да су деца у временима сукоба изложена читавом низу злоупотреба потребно је даље нормативне кораке у предметном контексту усмеравати ка значају подизања свести о потреби пружања што свеобухватније заштите деце како би се могућности за њихову некажњиву виктимизацију свеле на најмању могућу меру. На овај начин ће заштиту уживати не само деца војници, него и деца извиђачи, стражари, гласници, као и деца у другим сличним улогама.

У вези са претходним питањем јесте и проблематика сврсисходности прављења разлике између принудне и добровољне регрутације деце за учешће у оружаним сукобима. Ово стога што свако ангажовање деце у непријатељствима доводи до њихове виктимизације, остављајући далекосежне трауматичне последице по њихов даљи развитак, због чега сама природа регрутације не би смела да послужи као основ за разликовање између дозвољеног и недозвољеног поступања. У предметном контексту контроверзе је пробудио Факултативни протокол уз Конвенцију о правима детета, који за разлику и од саме конвенције, али и од допунских протокола уз Женевске конвенције, те Римског статута Међународног кривичног суда, уводи не само појам добровољне регрутације, већ и услове под којима је она дозвољена. Остављање било каквог простора за прављење разлика на плану кажњавања начина путем којег је регрутација спроведена значи и сужавање опсега пружања заштите деци која су изложена овим штетним праксама. Из тог разлога, чини се да није сврсисходно прављење разлике између принудне и добровољне регрутације деце за учешће у непријатељствима.

У сваком случају, упркос појединим отвореним питањима чије решавање предстоји на путу реформисања правила од значаја за заштиту деце од регрутације и искоришћавања за учешће у оружаним сукобима, треба указати да охрабрује посвећеност и

пажња која се у стручним и научним круговима даје анализи ове проблематике. На плану превенције ових штетних пракси потребно је путем свих расположивих механизма радити на подизању свести о неприхватљивости и недопуштености ангажовања деце у оружаним сукобима, како би се постигло да се размере случајева њихове регрутације и искоришћавања у предметне сврхе смање, што би допринело изградњи безбеднијег и просперитетнијег друштва.

ЛИТЕРАТУРА

- Amann M. D., "The Policy on Children of the ICC Office of the Prosecutor: Toward greater accountability for crimes against and affecting children", *International Review of the Red Cross*, 101/911/2019, 537–549.
- Baines E., "Complex Political Perpetrators : Reflections on Dominic Ongwen", *The Journal of Modern African Studies*, 2/2009, 163–191.
- Berry de J., "Child Soldiers and the Convention on the Rights of the Child", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2001, 92–105.
- Birhane T. F., "Targeting of Children in Non-International Armed Conflicts", *Journal of Conflict and Security Law*, 2/2021, 377–400.
- Dennis M., "Newly Adopted Protocols to the Convention on the Rights of the Child", *The American Journal of International Law*, 4/2000, 789–796.
- Diaz S., "An Elusive Mandate: Enforcing the Prohibition on the Use of Child Soldiers" *Children's Legal Rights Journal*, 3/2019, 268.
- Easterday J., "Introductory Note To The International Criminal Court: Prosecutor V. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment Pursuant To Article 74 Of The Statute And Decision On Sentence Pursuant To Article 76 Of The Statute", *International Legal Materials*, 5/2012, 1018–1205.
- Frivet J., "Expanding IHL through ICL: How Prosecutorial Opportunism and Judicial Activism Redefined Intra-Party SGBV Crimes at the ICC", *Humanitäres Völkerrecht: Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, 1-2/2019, 53–66.
- Happold M., "The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict", *Yearbook of International Humanitarian Law*, 3/2000, 226–244.
- Happold M., "Prosecutor v Thomas Lubanga, Decision of Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court, 29 January 2007", *The International and Comparative Law Quarterly*, 3/2007, 713–724.
- Helle D., "Optional Protocol on the involvement of children in armed conflict to the Convention on the Rights of the Child", *IRRC*, 839/2000, 797–823.
- Henckaerts J.-M., Louise D.-B., *Customary International Humanitarian Law Volume I: Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 482–489.
- Jesseman C., "The protection and participation rights of the child soldier: An African and global perspective", *African Human Rights Law Journal*, 1/2001.
- Kristin B., "Preventing The Recruitment Of Child Soldiers: The ICRC Approach", *Refugee Survey Quarterly, Children At Risk December*, 4/2008, 142–149.
- Masol S., "War Crimes of Conscripting, Enlistment and Use of Child Soldiers", *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict, Themenschwerpunkt: The Child in International Law*, 3-4/2020, 193–208.
- Millard A. "Children in Armed Conflicts: Transcending Legal Responses", *Security Dialogue*, 2/2001, 187–200.
- Owiso O., "International Law and the Protection of Children Associated with Armed Forces and Armed Groups: Reconciling Normative Standards on Recruitment", *Humanitäres Völkerrecht: Journal of International Law of Peace and Armed Conflict, Themenschwerpunkt: The Child in International Law*, 3-4/2020, 248–260.
- Weissbrodt D., Hansen J., Nesbit N., "The Role of the Committee on the Rights of the Child in Interpreting and Developing International Humanitarian Law", *Harvard Human Rights Journal*, 2011, 115–153.
- Стојановић З., *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020.
- Церовић И., "Деца у оружаном сукобу и међународно право", *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2010, 325–339.
- Шкулић М., *Међународни кривични суд, надлежност и поступак*, Досије, Београд, 2005.

Шкулић М., *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020.

Шурлан Т., "Правни статус и заштита деце у оружаним сукобима: нове тенденције", *Безбедност : часопис Државног секретаријата за унутрашње послове НР Србије*, 3/2012, 121–137.

* * *

Nikola Paunović*

**RECRUITMENT OF CHILDREN TO PARTICIPATE IN ARMED CONFLICTS
WITH SPECIAL REFERENCE TO THE CASE LAW OF THE INTERNATIONAL
CRIMINAL COURT**

Summary

Recruiting children to participate in armed conflicts is considered one of the most serious forms of violation of their rights in times of war. Regardless of whether the recruitment of children is voluntary or forced, the fact is that they are exposed to various forms of exploitation and abuse through their participation in armed conflicts. Due to the inability to properly assess exposure to the risks of participating in armed conflicts, children are considered particularly vulnerable victims of recruitment. Recognizing the harmfulness of the mentioned practice, the international community tried to shape the codified customary rules regarding the recruitment of children into legally binding normative documents and thereby send a clear message about the unacceptability of their exposure to victimization. Taking into account the above mentioned, the paper tries to analyze the normative development of the rules on the prohibition of the recruitment of children to participate in armed combats, with a special focus to controversial issues of the subject matter. Bearing in mind that with the establishment of the International Criminal Court and the development of its jurisprudence, the topic of recruiting children to participate in armed conflicts came to the fore in certain cases, the paper pays special attention on the consideration of its relevant case law. In the concluding remarks, it is pointed out that the practice shows that, despite the fact that the rules of importance for the protection of children from participating in armed conflicts are regulated in detail both at the international and national levels, cases of their victimization still occur massively, which indicates the need for increased preventive action aimed at raising awareness of the significance of the harmfulness of the mentioned practice.

Keywords: recruitment, children, armed conflicts, International Criminal Court, case law.

* Second Secretary of the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Serbia and PhD student, University of Belgrade, Faculty of Law.

Никола Станковић*

ЗЛОЧИНИ ОСОБЉА МИРОВНИХ МИСИЈА

Апстракт: Рад анализира правни положај особља мировних мисија, са нарочитим акцентом на извршење злочина и правне последице по члана мисије као извршитеља злочина. У уводном сегменту аутор укратко поставља оквир рада кроз анализу мировних мисија, али и различитих категорија особља које у њима учествују. Потом се анализа усмерава ка систему нормативне и дипломатске заштите какву особљу пружа Организација Уједињених нација. У централном делу рада аутор анализира главне проблеме у ефективној примени института међународног кривичног права и заснивања надлежности Међународног кривичног суда, али и решења која литература нуди поводом истих. Рад износи и примере извршења сексуалне експлоатације и последичних злочина, али и различите примере у којима су чланови мисије учествовали у трговини људима. Аутор закључује да постоје нормативни, али и дипломатски начини који би омогућили заснивање надлежности поменутог суда, а да су додатни кораци неопходни у директној обуваћености особља надлежношћу суда, али и на стварању неопходне судске праксе.

Кључне речи: Мировне мисије, особље, злочини, сексуална експлоатација, трговина људима, Међународни кривични суд.

1. УВОД

"Плава беретка, или плави шлем који носите, треба да представља симбол наде за рањиво становништво Централноафричке Републике", изјава је специјалног изасланика Генералног секретара Организације Уједињених нација Парфаита Онанга-Анјанге поводом оптужби да су припадници мировних операција у овој афричкој земљи починили серију сексуалних деликата.¹ Да би уопште могли да се упустимо у анализу извршења злочина од стране особља и последице поводом њих, као и неке њене практичне аспекте, морамо се у уводном делу упознати како са мировним мисијама, тако и са положајем особља које чини састав неке мировне мисије Организације Уједињених нација (ОУН).

Повеља ОУН ни на једном месту не спомиње постојање, организацију и спровођење мировних операција.² Оне настају путем преседана и кроз међународно обичајно право резбаре своје место у међународној пракси, систему ОУН.³

* Сарадник у настави на Правном факултету Универзитета у Београду, nstankovic@ius.bg.ac.rs.

¹ Fresh allegations of sexual abuse made against UN peacekeepers in Central African Republic, <https://www.un.org/africarenewal/news/fresh-allegations-sexual-abuse-made-against-un-peacekeepers-central-african-republic>, 15. мај 2023.

² Б. Милисављевић, *Нове мировне мисије Организације Уједињених нација*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2007, 9.

³ E. Osmancavusoglu, "Challenges to the United Nations Peacekeeping operations in the Post-Cold War Era", *Journal for International Affairs*, 4/2000, 2.

Мировне мисије ОУН представљају специфичну *sui generis* творевину Уједињених нација насталу услед потребе практичног деловања ради очувања мира и безбедности, а услед чињенице да првобитно конципирани систем колективне безбедности кроз период хладног рата није функционисао.⁴ Завршетком хладног рата, како се поново успостављао ефективитет ОУН, тако је и број мировних операција у свету константо повећаван.⁵ Не отварајући овде сложено питање односа традиционалних и модерних мировних операција, аутор износи још две важне напомене. Прва се тиче принципа на којима мировне операције почивају. Наиме, мировне операције, поготово у контексту модерних операција у међународној заједници данашњице, вођене су принципима пристанка на њихово одашиљање од стране релевантних држава, непристрасности и употребом силе једино у случају самоодбране или заштите мандата мисије.⁶ Друга напомена за овај сегмент тиче се потребе изношења дефиниције мировних операција којом упознавање овог института заокружује, али и прецизира за потребе теме. Традиционално, ОУН дефинише мировне операције као операције које укључују војно особље, али без извршних надлежности које спроводе Уједињене нације зарад очувања или поновне успоставе међународног мира и безбедности у оним подручјима која су захваћена конфликтом.⁷ На самом крају двадесетог века, ОУН у ове операције укључује и различите цивилне категорије.⁸ Модерне мировне мисије су од толике важности за систем ОУН, да је чак формиран и посебан Департамент за управљање мировним операцијама.⁹

Овим је успостављена органска увертира за други сегмент увода – правни положај припадника мировних операција. Као што смо могли закључити из дефиниције у претходном пасусу, круцијални припадници мировних операција су припадници војске. Поред њих, нарочито у контексту модерних мировних мисија, особљем су обухваћени и припадници полиције, али и цивили.¹⁰

Организација Уједињених нација, међутим, не располаже сопственим особљем ни у једној од наведених категорија. Она зависи управо од воље својих чланица да јој на располагање ставе одређени број лица у тим категоријама.¹¹ Свака земља чланица ОУН која оптира да учествује у реализацији мировних операција назива се Земљом доприносиоцем (Troop contributing country) и она води посебне преговоре са Организацијом у погледу детерминисања улоге и функција које ће особље те земље имати у конкретной мисији.¹² Државе закључују посебне споразуме са ОУН који се називају Меморандуми о споразумевању. Ови акти дефинишу административне, логистичке и финансијске услове под којима ће особље неке државе оперисати у једној мировној операцији.¹³ Такође, од врло је важно споменути и уговоре о статусу снага које Организација УН закључује са

⁴ Б. Милисављевић, *op. cit.*, 9.

⁵ *Ibidem*.

⁶ What is peacekeeping, <https://peacekeeping.un.org/en/what-is-peacekeeping>, 15. мај 2023.

⁷ S. A. N. Tshiband, "Peacekeeping: A Civilian Perspective?", *Journal of Conflictology*, 2/2010, 2.

⁸ *Ibid.*, 3.

⁹ S. Giles, "Criminal Prosecution of UN Peacekeepers: When Defenders of Peace Incite Further Conflict Through Their Own Misconduct", *American University International Law Review*, 1/2017, 151.

¹⁰ M. Ercan Yilmaz, "UN peacekeeping in the Post-Cold War era", *International Journal on World Peace*, 2/2005, 15.

¹¹ E. Weir, *Greater expectations: UN Peacekeeping and Civilian Protection*, <https://www.refworld.org/pdfid/4a76aaf42.pdf>, 15. мај 2023.

¹² *Ibidem*.

¹³ Deployment and Reimbursement, <https://peacekeeping.un.org/en/deployment-and-reimbursement>, 15. мај 2023.

странама у сукобу, а који, између осталог, регулишу правни статус операције и њених чланова, кривичну и грађанску одговорност мисије.¹⁴

У погледу правне заштите коју ужива особље мисије, најопштија поставка јесте да особље мировне операције полаже право на привилегије и имунитете функционалног карактера.¹⁵ Оно особљу мировних мисија пружа заштиту искључиво у погледу оних повреда домаћег правног поретка које учине у вршењу свог мандата.¹⁶ Када овој чињеници додамо и статистички податак да тренутно преко стотину хиљада људи ужива статус особља, а да је током 70 година деловања ОУН кроз институт мировних мисија, тај статус уживало готово милион људи – не зачуђује појава злоупотребе тог положаја чији најдрастичнији облици дефинитивно залазе у домен међународног кривичног права.¹⁷ Злоупотребе мировних операција ОУН постале су глобална појава.¹⁸

2. ЗАШТИТА ОСОБЉА МИРОВНИХ МИСИЈА У ОКВИРУ СИСТЕМА ОУН

Континуирана промена природе конфликта у међународној заједници доприноси усложњавању мировних мисија.¹⁹ Анализа нормативне заштите коју поредак ОУН заснован на Повељи ОУН пружа члановима мировне мисије је од кључног значаја за разумевање злочина особља јер та заштита, заједно са неадекватним системом санкционисања (о чему ће тек бити речи у раду) ствара код особља осећај недодирљивости као иницијалне каписле у извршењу неког злочина или прекорачењу мандата.

Идући од општег па посебном, члан 105. Повеље ОУН прописује да Организација, али и њено особље уживају привилегије и имунитете који су потребни за постизање њених циљева, односно за самостално обављање функције. Дакле, општа норма полази од функционалног схватања привилегија и имунитета.²⁰ Макар у теорији то подразумева да се не ради о апсолутном, па чак ни пуном имунитету, већ о имунитету који се искључиво везује за службене радње.²¹ Међутим, нарочито у контексту злоупотребе ове заштите, пракса поприлично широко тумачи круг радњи које се могу сматрати службеним радњама.²² Сама по себи, наведена норма није довољна и захтева додатну разраду.²³

Одредбе Конвенције о привилегијама и имунитетима Уједињених нација из 1946. године посвећене привилегијама и имунитетима, аналогно примењују и на особље мисије.²⁴ Често се држава у којој се заснива мандат мисије позива на правила из ове конвенције када са ОУН закључује Споразуме о статусу снага.²⁵

¹⁴ Б. Милисављевић, *op. cit.*, 131.

¹⁵ К. Jennings, "The Immunity Dilemma: Peacekeepers' Crimes and the UN's Response", *E-International Relations*, 2017, 1.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ UN Peacekeeping: 70 Years of service and sacrifice, <https://peacekeeping.un.org/en/un-peacekeeping-70-years-of-service-sacrifice>, 15. мај 2023.

¹⁸ А. Harrington, "Victims of Peace: Current Abuse Allegations against U.N. Peacekeepers and the Role of Law in Preventing them in the future", *ILSA Journal of Comparative and International Law*, 12/2005, 10.

¹⁹ S. Giles, *op. cit.*, 151.

²⁰ Б. Милисављевић, *op. cit.*, 149.

²¹ К. Jennings, *op. cit.*, 1.

²² *Ibidem*.

²³ Б. Милисављевић, *op. cit.*, 149.

²⁴ *Ibid.*, 149–150.

²⁵ *Ibid.*, 150.

Такође, особље ужива заштиту какву му пружају институти Међународног хуманитарног права.²⁶ Данас преовлађује становиште да је генерално прихваћено право оружаних сукоба обавезујуће за снаге Уједињених нација, без обзира на то да ли делују у оквиру мировне операције или принудне операције.²⁷ Првенствено се овде ради о заштити коју пружају Женевске конвенције, пратећи Протоколи, али и правила међународног обичајног права.²⁸ Према, овде постоји врло важно ограничење које се може довести у везу са особљем мисије. Оно се огледа у чињеници да не постоје норме које су експлицитно упућене особљу мисија, те се на њих аналогно примењују правила која важе за учеснике у сукобу било које друге државе као субјекта међународног јавног права, а многе захтеве које оно поставља једино могу испунити државе чланице, не и сама Организација.²⁹ Овај нормативни систем који почива како на мултилатералним конвенцијама, али и дубоко укореном обичајном праву пружа незанемарљив степен заштите члановима мисије. Наравно, он такође трпи и неке недостатке, а који имају драстично негативне ефекте на другој страни исте медаље – злочина над особљем мировних мисија. Међутим, то није предмет овог рада, те се тим питањем овде нећемо бавити.

Искуства из праксе, нарочито у Камбоџи, Сомалији, Руанди и Босни и Херцеговини, показала су да овакав степен нормативне заштите није ни изблиза довољан.³⁰ Услед потребе праксе, али и јаке жеље држава чланица да се особљу пружи адекватнија заштита, 1999. године на снагу ступа Конвенција о безбедности особља Уједињених нација и другог повезаног особља која управо констатује да ниједан постојећи механизам заштите особља у оквиру Уједињених нација није одговарајући.³¹ Ова конвенција је усвојена готово пет година раније 1994. године.³² Конвенција заштићено особље дели у две групе.³³ Прву групу чини особље именовано од стране Генералног секретара које улази у војно, полицијско и цивилно особље једне операције Уједињених нација.³⁴ Другу групу чини оно особље које именује Генерални секретар или Међувладина организација споразумно са компетентним органом ОУН (рецимо када је НАТО алијанса пружала подршку Заштитним снагама ОУН у БиХ).³⁵ Доношењем ове конвенције сматра се да су критичне правне празнине у међународном праву у погледу заштите особља – превазиђене.³⁶

Привилегије и имунитети прописани овом конвенцијом су у првом плану усмерени на заштиту особља од убиства, киднаповања, других напада на личност и слободу...али и успостављају забрану претње било којом од наведених радњи...³⁷ Да би припадници мировне мисије могли да рачунају на привилегије и имунитете неопходно је да се

²⁶ C. Greenwood, *Protection of Peacekeepers: The Legal Regime*, <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1377&context=djcil&httpsredir=1&referer=>, 15. мај 2023.

²⁷ Б. Милисављевић, *op. cit.*, 155.

²⁸ *Protection of Peacekeepers: The Legal Regime*, <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1377&context=djcil&httpsredir=1&referer=>.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Б. Милисављевић, *op. cit.*, 151.

³¹ *Ibidem*.

³² E. Bloom, "Protecting Peacekeepers: The Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel", *The American Journal of International Law*, 2/1995, 621.

³³ *Ibid.*, 623.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ E. Bloom, *op. cit.*, 623.

³⁶ *Ibid.*, 621.

³⁷ Б. Милисављевић, *op. cit.*, 152.

понашају у складу са правним поретком државе под мандатом и да делују у потпуности непристрасно.³⁸ Нажалост, овде се пракса и теорија поприлично разилазе, а што ћемо кроз практичне примере и доказати.

3. МОГУЋНОСТИ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА У ПОГЛЕДУ ОДГОВОРНОСТИ ОСОБЉА ЗА ИЗВРШЕНЕ ЗЛОЧИНЕ

Питање кажњавања особља мировних мисија од стране ОУН тренутно је везано искључиво за интерни систем кажњавања.³⁹ Он се своди на мере репатријације појединца и забране учествовања у будућим мировним операцијама.⁴⁰ У међународном праву се конституисало правило међународног обичајног права које подразумева обавезно изузимање особља мировне мисије од надлежности било ког органа државе у којој се мисија заснива, а што се остварује уговором о статусу снага.⁴¹ Јурисдикција над особљем, као и питања грађанске и кривичне одговорности остају у искључивој надлежности националних правних поредака.⁴² Овде аутор сматра да се налази суштина проблема, а која није нужно везана за конкретну физиономију и овлашћења ОУН, већ за однос субјективитета држава и међународних организација и за одсуство политичке воље држава које одашиљају особље, да се са њиховим злоделима обрачунају у пуном капацитету. Државе су једини изворни субјекти међународног права.⁴³ Иако су у смислу ентитета који поседују све релевантне конститутивне елементе, поред њих укључене и међународне организације, аутор је става да неминовно државе задржавају примарнију улогу у међународној заједници, чак и у односу на кровну међународну организацију каква је ОУН. Друго, државе не желе да улазе у процес санкционисања оних држављана иза којих су сами стали да ће адекватно представљати њихову земљу у одређеној мировној мисији. Тиме би негативно утицали не само на свој углед на националном нивоу и спрам народа који је носилац суверенитета једне државе, већ и на међународном плану у очима међународне заједнице. Дакле, и на унутрашњем и спољашњем плану постоји ризик од угрожавања суверене власти, те је држави најпрактичније да одређени случај само "закопа". Уколико би држава казнила своје држављане за кривична дела извршена у мисији, онда би она признала и сопствену кривицу за пропусте у управљању сопственим националним контингентом.⁴⁴ Конкретни примери ове тезе тек следе у делу посвећеном практичним примерима. Оно што додатно компликује питање одговорности јесте чињеница да је ОУН носилац права и обавеза мисије на међународном нивоу, па се само она може појавити као примарно одговорна за извршење ових злочина и кривичну, како и грађанску одговорност.⁴⁵

Мере које ОУН предузимају су по својој природи пре превентивног, него реактивног карактера. Као примере ћемо навести Смернице УНХЦР – а о превенцији и реакцији на сексуално насиље над избеглицама из 1995. године; Смернице Високог представника за људска права о људским правима и трговини људима; Билтен Генералног секретара Кофија Анана о мерама заштите од сексуалне експлоатације и насиља из 2003, али и о релевантним

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ S. Giles, *op. cit.*, 164.

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ Б. Милисављевић, *op. cit.*, 158.

⁴² S. Giles, *op. cit.*, 164.

⁴³ М. Крећа, *Међународно јавно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2022, 145.

⁴⁴ Б. Милисављевић, *op. cit.*, 157.

⁴⁵ *Ibid.*, 156.

правилима међународног хуманитарног права четири године раније и навешћемо још Компилацију смерница Департмана за мировне операције из 2004. године.⁴⁶

Са становишта међународног права било би пожељније заснивати међународну јурисдикцију.⁴⁷ Ово нас и доводи до питања примене института, али и институција међународног кривичног права. Оно представља кривично право међународне заједнице.⁴⁸ У формалном смислу, реч је систему правила међународног права која утврђују међународна кривична дела у надлежности Сталног међународног суда *ratione materiae*.⁴⁹

Формирање Међународног кривичног суда (Суд) се по многима сматра великим искорак у еволутивном процесу међународног права.⁵⁰ Суд је основан 1998. године када је чак 120 земаља изгласало доношење Статута Међународног кривичног суда у Риму, а који ће у пракси добити назив сада већ чувеног – Римског статута (Статут).⁵¹ Статут је ступио на снагу 1. јула 2002. године.⁵² Неке од водећих светских сила, међутим, нису приступиле Римском статуту, попут САД-а, Русије, Индије и Кине.⁵³ Задатак суда је да истражује и, када постоји потреба, суди појединцима за злочине против међународне заједнице и међународних интереса, међу којима су и злочини против човечности.⁵⁴ Аутор сматра да се злочини на које се примарно фокусирамо у раду – сексуална експлоатација и трговина људима, највише могу приближити овој групи злочина. Притом, иако није реч о класичним случајевима у којима би Суд имао јасан интерес да води поступак зарад очувања интереса међународне заједнице, макар када је реч о пуким размерама, специфичност односа ауторитета којим располаже члан мировне мисије и са друге стране положај рањивости у којем се налазе жртве ових злочина – не чине их ништа мање повредом најважнијих интереса међународне заједнице.⁵⁵

Римски статут дефинише злочине против човечности као оне акте учињене у склопу раширеног и систематичног напада усмереног на било које цивилно становништво, са знањем о том нападу које укључује чак 11 различитих радњи.⁵⁶ Поред овог, нарочито се силовање може третирати и као геноцид, али и као ратни злочин – у зависности од околности случаја.⁵⁷ Узимајући у обзир све сложенији мандат мировних мисија, аутор је става да ће се врло брзо, ако већ и не могу, ови случајеви тумачити и у контексту процесуирања особља мировних мисија.

⁴⁶ Погледати: М. О'Brien, *Overcoming boys-will-be-boys syndrome: Is prosecution of peacekeepers in International Criminal Court for trafficking, sexual slavery and related crimes against women a possibility?*, <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1554856&fileId=1563466>, 15. мај 2023.

⁴⁷ Б. Милисављевић, *op. cit.*, 157.

⁴⁸ М. Крећа, *op. cit.*, 669.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Е. Neumayer, "A New Moral Hazard? Military Intervention, Peacekeeping and Ratification of the International Criminal Court", *Journal of Peace Research*, 5/2009, 3.

⁵¹ Understanding the International Criminal Court, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/understanding-the-icc.pdf>, 15. мај 2023.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Е. Neumayer, *op. cit.*, 5.

⁵⁴ About the Court, <https://www.icc-cpi.int/about/the-court>, 15. мај 2023.

⁵⁵ S. Giles, *op. cit.*, 182.

⁵⁶ Чл. 7 Римског статута.

⁵⁷ S. Giles, *op. cit.*, 151.

Радња у смислу злочина против човечности на коју се аутор примарно позива јер сматра да је аргументација за заснивање основа одговорности пред овим судом око ње најчвршћа јесте тачка (г) која се тиче радње силовања, сексуалног ропства, присилне проституције, присилне трудноће, присилног стерилисања, и сваког другог облика сексуалног злостављања овакве или сличне природе.⁵⁸ Као што ће практични примери показати, нарочито у контексту мировних мисија на афричком континенту – ови злочини су готово учестала појава, пропратни елемент мисија о којем се или ћути, или не предузима довољно, како од стране саме ОУН, али и осталог особља мисије унутар које се ти злочини одигравају. Аутор би овој тачки придодao и тачку (ц) која укључује поробљавање у елементе бића овог дела, али и тачку (е) која се тиче мучења.

Став 2 истог члана дефинише неке радње које се подводе под злочине против човечности. У том смислу поробљавање значи вршење појединачних или свих овлашћења која проистичу из права својине над неким лицем, а која подразумевају вршење ових овлашћења у трговини лицима, посебно женама и децом, а мучење се дефинише као намерно проузроковање бола и тешких патњи, физичких или душевних, над особом која се држи у притвору или је под контролом окривљеног; мучењем се не сматра nanoшење бола или патње који су проузроковани случајно или су настали као пратећа последица примене законских санкција.⁵⁹ Рецимо, нема дилеме у нашим очима да су елементи поробљавања били присутни у готово 200 стотине кафића, барова и клубова на Косову у којима су жене и девојчице биле форсиране на принудни рад.⁶⁰ Са друге стране, бројни примери о којима ће тек бити речи, а нарочито у контексту сексуалне експлоатације сугеришу да су ови чиновни, најалост, често били праћени и мучењем жртава.

Захтев масовним и систематским кршења људских права представља суштинско ограничење за успостављање надлежности Суда.⁶¹ Ово се приписује команди која се спроводи у току извођења мировних мисија, а због које особље не може имати посебну политику која је неопходна за успостављање злочина против човечности.⁶²

Још једна формална, али међутим врло важна препрека, враћа нас систему ОУН, прецизније Савету безбедности и овлашћењу којем он располаже на основу члана 16. Статута.⁶³ Он отвара могућност Савету безбедности да путем резолуције усвојене у складу са главом VII Повеље одложи истрагу или гоњење за 12 месеци.⁶⁴ Оно што додатно доприноси политизацији и онемогућује покретање поступка против извршилаца поменутих кривичних дела јесте чињеница да Савет ово одлагање може вршити више пута.⁶⁵ Један аутор истиче како је Римски статут је писан без установљавања јасног правног основа за гоњење особља мировних мисија које изврши неке од злочина из јурисдикције Суда.⁶⁶ Као што у раду покушавамо да

⁵⁸ Закон о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда, *Службени гласник*, бр. 5/2001.

⁵⁹ Закон о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда.

⁶⁰ Погледати: "Boys will be Boys": Human trafficking and UN peacekeeping in Bosnia and Kosovo, https://www.researchgate.net/publication/50514217_Boys_will_be_boys'_Human_trafficking_and_UN_peacekeeping_in_Bosnia_and_Kosovo, 15. мај 2023.

⁶¹ Б. Милисављевић, *op. cit.*, 160.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Закон о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда.

⁶⁵ Погледати: Закон о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда.

⁶⁶ А. Harrington, "Victims of Peace: Current Abuse Allegations against U.N. Peacekeepers and the Role of Law in Preventing them in the future", *ILSA Journal of Comparative and International Law*, 1/2005, 22.

укажемо, не делимо став овог аутора и сматрамо да постоје правни путеви и начини за заснивање јурисдикције и у постојећим одредбама Статута. Међутим, заједничку тачку проналазимо у утиску да је било пожељно да је тај основ јасније и директније прописан, нарочито у контексту времена у којем је писан и усвајан.

Овде се онда оправдано отвара питање: "како омогућити заснивање поступка? Како имплементирати механизме међународног кривичног правосуђа тако да одговорна лица снесу одговорност, а жртве добију неки вид правде?"

Један од основних постулата правне науке јесте једнакост свих пред судом.⁶⁷ Од овог постулата се не може и не сме одступати ни на међународном плану. Поготово је ово релевантно када узмемо у обзир специфичну природу међународног јавног права које је консензуалне природе, али управо због те природе ближе идеалном праву.⁶⁸ Одступање од ове једнакости само доприноси ономе што се у пракси најалост већ дуго дешава – генерисању осећања некажњивости, недодирљивости особља.

Првенствено, надлежност Суда се базира на делегирању надлежности државе која је потписница Римског статута и на чијој се територији дело извршило, или још важније – чији је држављанин осумњичен за извршење дела из надлежности Суда.⁶⁹ Већ смо у ранијем делу указали на опште правило којим се земљи пријема ускраћује јурисдикција, стога акценат анализе мора бити на односу осумњиченог и државе из које он потиче.

Дакле, први начин заснивања надлежности би лежао у делегирању те надлежности Суду, а под кључним условом да је реч о потписници Римског статута. Овде аутор увиђа два проблема. Први је да државе, а из разлога о којима смо већ говорили, не желе ни самостално да процесуирају лица, а камоли да надлежност делегирају Међународном кривичном суду. Други проблем лежи у чињеници да земља која делегира особље Организацији не мора нужно бити потписница Римског статута. Суд почива на принципу комплементарности националним јурисдикцијама.⁷⁰ Фигурира као алтернативни метод када држава не успе у гоњењу извршилаца.⁷¹ Овај приступ представља плодно тло за даљи нормативни рад, али и политичко јачање у међународној заједници.

Такође, Савет безбедности може реферисати случај Суду путем резолуције, а на основу главе VII Повеље ОУН.⁷² Суд тада такође заснива своју надлежност, мада аутор ово не сматра адекватним решењем јер оно, слично члану 27. Римског статута о којем ће бити речи у наредном пасусу – омогућује политичке злоупотребе.

Решење које се аутору чини адекватније јер враћа одлуку у руке саме организације, али и државе пријема – јесте укидање имунитета и привилегија осумњиченима и тако отварање могућности држави пријема да поступак покрене.⁷³ Укидање имунитета би морало доћи или од стране Генералног секретара, или државе одашиљања.⁷⁴ Овде је врло занимљиво поимање природе имунитета које у самом старту ужива особље мисије. Наи-

⁶⁷ Б. Милисављевић, *op. cit.*, 161.

⁶⁸ Погледати: М. Крећа, *op. cit.*, 31.

⁶⁹ М. О'Brien, *op. cit.*, 39.

⁷⁰ S. Giles, *op. cit.*, 182.

⁷¹ *Ibidem.*

⁷² *Ibidem.*

⁷³ М. О'Brien, *op. cit.*, 39.

⁷⁴ Погледати: *Ibidem.*

ме, ако смо рекли да је реч о функционалном имунитету, онда злочини дефинитивно не могу бити обухваћени имунитетом јер је реч о радњама које излазе из оквира мандата мисије.⁷⁵ Штавише, члан 27. Римског статута прописује да службени статус не представља брану заснивању надлежности суда.⁷⁶ Свака званична позиција која може бити предмет заштите привилегијама и имунитетима јесте обухваћена формулацијом члана 27.⁷⁷ Централни проблем формулације члана, лежи међутим у томе да се питања имунитета и привилегија и обавеза држава потписница међу собом – не регулише.⁷⁸

Што се услова систематичности и распрострањености тиче, ове услове аутор такође сматра испуњеним. Наиме, у контексту злочина које аутор анализира и износи у раду, готово да нема извора у стручној, научној литератури који не говори о присуству сексуалне експлоатације, трговине људима, приморвања на принудни рад, поробљавању зарад проституисања. О систематичности сведоче случајеви особља које чак и организовано учествује у трговини људима, заштити трговаца, ланцима проституције, на свим командним нивоима. Аутор овде пре свега мисли на дешавања у Босни и Херцеговини, а о којима ће још бити речи у наставку рада.⁷⁹ Такође, не може се рећи да није било случајева у пракси да је елемент распрострањености био присутан. Подаци до којих је дошао Њу Јорк Тајмс (*New York Times*) сугеришу да је особље мисије само на Хаитију зачело на стотине беба кроз сексуалну експлоатацију, а које су понекад рађале и једанаестогодишње девојчице.⁸⁰ У погледу усмерености напада на цивилно становништво, очигледно је да је реч о становништву женског пола, најалост без обзира на године живота. Уколико је, као што смо већ увидели, потреба мисије наложила давање одређених привилегија и имунитета особљу мисије, а које се широко тумачи у пракси – аутор не види разлог да се и ови услови у пракси не тумаче шире. Тако би се омогућило Суду да заснује своју надлежност и да се успостави пракса кажњавања. Потом ово питање више не би могло тако лако да се политички искористи а да се та политика сакрије иза кулиса општих норми постављених системом ОУН и националним јурисдикцијама.

Затим, интересантно решење које аутор налази у истом извору јесте увођење одређених гаранција држави пријема да ће држава одашиљања спровести одговарајуће дисциплинске мере у доброј вери против извршилаца ових кривичних дела.⁸¹ Аутор ово сматра сувисним приступом јер, као што видимо, није да не постоје правни, камולי политички путеви да се обезбеди одговорност особља мисије, па чак и на међународном плану. Свакако, ово су само неки од путева којима можемо поћи, а који отварају врата заснивању надлежности Међународног кривичног суда и примени института међународног кривичног права. Притом, чак и када би ови путеви довели до заснивања надлежности, остају два врло важна ограничења суда. Наиме, суд је ограничен како процесно, тако и материјално.⁸² Суд је надлежан само

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibid.*, 42.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibid.*, 6.

⁸⁰ U.N. Peacekeepers in Haiti Said to Have Fathered Hundreds of Children, <https://www.nytimes.com/2019/12/18/world/americas/haiti-un-peacekeepers.html>, 15. мај 2023.

⁸¹ M. O'Brien, *op. cit.*, 39.

⁸² G. Le Moli, "Prosecuting Peacekeepers for International Crimes", *New Models of Peacekeeping Security and Protection of Human Rights. The Role of the UN and Regional Organizations* (eds. I. Caracciolo, U. Montuoro), 2018, 178.

за оне злочине који су се догодили након ступања на снагу Статута.⁸³ Материјални се тиче чињенице да су ови злочини јасно дефинисани.⁸⁴ Премда, аутор сматра да се тај моменат може пренебрегнути на основу све изнетог у овом сегменту.

4. СЕКСУАЛНА ЕКСПЛОАТАЦИЈА ОД СТРАНЕ ОСОБЉА МИРОВНИХ МИСИЈА

Новија пракса сведочи о томе да су углавном посреди злочини против жена, попут трговине људима, силовање, сексуално ропство и приморана проституција.⁸⁵ Учестале тврдње о извршењу ових злочина у претходним деценијама су радикално утицале на репутацију "плавих шлемова" и њихову перцепцију као силе која ради зарад заштите међународне заједнице.⁸⁶

Сексуална експлоатација и злоупотреба, а како је дефинисана од стране ОУН јесте свака извршена или покушана злоупотреба положаја рањивости, диференцијалне моћи, али и поверења у сексуалне сврхе, укључујући, не ограничавајући се притом на монетарну, друштвену или политичку добит због сексуалне или друге експлоатације.⁸⁷ Међутим, предмет наше анализе неће бити сачињен само од ових злочина, већ ћемо навести и неке примере који у ову групу не спадају, а све ради стицања комплетније слике о појави и проблему злочина особља. Свакако, оправдано завређују прво место у методолошком приступу и означени су као највећи фактор ризика у реализацији модерних мировних мисија.⁸⁸

Овај сегмент започињемо примером злоупотребе од стране особља у Демократској Републици Конго (Конго) с обзиром да нажалост представља репрезентативни пример страха сексуалне природе. Наиме, 2005. године је Канцеларија интерног надзора ОУН (Канцеларија) спровела истрагу операција у Конгу и констатовала постојање експлоатације жена и деце, како од стране припадника цивилног, али и војног особља ове мисије.⁸⁹ Одмах се морамо оградити опсервацијом да злоупотребе не врши наравно само цивилно и војно особље, већ и чланови хуманитарне помоћи, као и невладиног сектора који помаже активности операције.⁹⁰ Канцеларија интерног надзора, као тело ОУН, асистира Секретаријату и Генералном секретару у спровођењу његових надзорних дужности у погледу ресурса и особља Организације, служећи се притом интерном ревизијом, истрагом, инспекцијом и различитим облицима евалуације.⁹¹ Притом, ово тело располаже и оперативном независношћу, а коју црпи из ауторитета Генералног секретара.⁹² Специјал-

⁸³ *Ibidem.*

⁸⁴ *Ibidem.*

⁸⁵ М. O'Brien, *op. cit.*, 3.

⁸⁶ R. Boom, *Shaking Hands with the UN: Trading immunity for Impunity*, <https://ssrn.com/abstract=3300355>, 15. мај 2023.

⁸⁷ UN Peacekeeping Mission and its Nexus to Human Trafficking, https://tracc.gmu.edu/wp-content/uploads/2022/06/Kelley_UN-Peacekeeping-Mission-and-its-Nexus-to-Human-Trafficking.pdf, 15. мај 2023.

⁸⁸ J. Kim Westendorf, L. Searle, "Sexual exploitation and abuse in peace operations: trends, policy responses and future directions", *International Affairs*, 1/2017, 365.

⁸⁹ A. Ladley, *op. cit.*, 82.

⁹⁰ S. Spencer, "Making Peace: Preventing and Responding to Sexual Exploitation by United Nations Peacekeepers", *Journal of Public and International Affairs*, 16/2005, 168.

⁹¹ The Office of Internal Oversight Services, <https://oios.un.org/>, 15. мај 2023.

⁹² *Ibidem.*

ни представник Генералног секретара је констатовао да истрага није само расветлила одсуство одговорности и некажњавање ове злоупотребе, већ и дефицит воље командујућих официра мисије да сарађују са овим телом.⁹³ Међународном заједницом су одјекнула извештавања о вишем члану Мисије у Конгу који је континуирано правило порнографске филмове са избеглим женама и девојчицама, у којима је притом сам учествовао.⁹⁴ Такође је забележен случај жене која је била жртва силовања од стране припадника мисије, који јој је сексуалним чином заразио Хивом.⁹⁵ Ову неизлечиву болест, несвесна сопствене заразе – пренела је свом супругу и новорођеном детету.⁹⁶ Ови случајеви не само да задиру у ткиво међународног кривичног права, него и сведоче органској, системској целини међународног јавног права у тоталитету јер отвара питања релевантна за међународно право људских права, дипломатско и конзуларно право, међународно избегличко право. Ово су неки од илустративних примера међу готово 150 случајева експлоатације које је Канцеларија у својој истрази утврдила.⁹⁷

Задржавајући се још увек на Афричком тлу, пређимо на пример из Сомалије. Наиме, крајем прошлог века, италијанско војно особље у оквиру мировне мисије у Сомалији (УНО-СОМ I и II) се нашло пред очима међународне јавности када су се појавиле тврдње о сексуалним злочинима против жена и деце у овој афричкој земљи.⁹⁸ Иако о овоме постоје евидентни физички докази, попут фотографије на којој италијански војници сигналним пиштољем силују жену коју су претходно везали, италијанске власти су у јануару 1999. изјавиле да је процес истраге још увек у току, те да никакве оптужнице неће бити још увек подизане.⁹⁹ Нажалост, ова мировна операција остаће упамћена по сексуалним злоупотребима.¹⁰⁰

Мировна операција која нажалост такође оставља горак укус када је реч о мировним мисијама јесте операција у Камбоџи. Током ове операције, бројне су биле тврдње о томе да су припадници мировних мисија пружали заштиту сексуалним радницама у Камбоџи.¹⁰¹ Документована су и сведочења о бројним силовањима од стране припадника мисије бугарске националности.¹⁰² За свега годину дана, у периоду између 1992. и 1993. године, број сексуалних радника је скочио са око 6000 на готово 25000.¹⁰³ Исти је број новорођених беба које су зачели чланови мировних мисија, а што ће отворити врата радикалном повећању проституције, али и као добра увертира за следећи сегмент анализе – трговина људима.¹⁰⁴

Ови примери јесу с' краја прошлог века, али ни модерна пракса нажалост не показује да он јењава. Подаци из 2016. године наводе готово 69 различитих случајева

⁹³ A. Ladley, *op. cit.*, 82.

⁹⁴ S. Spencer, *op. cit.*, 169.

⁹⁵ A. Harrington, *op. cit.*, 13.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ S. Spencer, *op. cit.*, 169.

⁹⁸ M. O'Brien, *op. cit.*, 13.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ R. Nordås, S. Rustad, *Sexual Exploitation and Abuse by Peacekeepers*, [https://www.prio.org/download/publicationfile/1318/Sexual%20Exploitation%20and%20Abuse%20by%20Peacekeepers%20\(1\).pdf](https://www.prio.org/download/publicationfile/1318/Sexual%20Exploitation%20and%20Abuse%20by%20Peacekeepers%20(1).pdf), 15. мај 2023.

¹⁰¹ A. Harrington, *op. cit.*, 9.

¹⁰² M. O'Brien, *op. cit.*, 17.

¹⁰³ J. Westendorf, L. Searle, *op. cit.*, 366.

¹⁰⁴ S. Bakhti, *Sexual Exploitation and Abuse by UN Peacekeepers*, Malmö University, <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1482553/FULLTEXT01.pdf>, 15. мај 2023.

сексуалне експлоатације у чак 10 мисија.¹⁰⁵ Подаци из 2018. године доприносе овом тренду у негативном контексту јер говоре о постојању преко две хиљаде тврдњи сексуалне експлоатације.¹⁰⁶

Коначни осврт који уједно и обједињује наведене примере јесте појава, или можда још боље речено, синдром "дечаки ће бити дечаки". Додуше, интерпретација која је више у духу српскога језика јесте, макар према ауторовом мишљењу "једном дечаки, увек дечаки". Ове речи је изговорио Специјални представник за Камбоџу Јасуши Акаши када се отворило питање решења континуиране сексуалне експлоатације, па чак и насиља над женама и децом од стране припадника мировних мисија.¹⁰⁷ Наиме, с обзиром на то да су мировне мисије још увек превасходно сачињене од особља мушког пола, култура сексуалне експлоатације и ћутања о истој се развила унутар мисија Организације.¹⁰⁸ Управо ово понашање је подведено под појаву "једном дечаки, увек дечаки". Наравно, иако овај синдром колективног изговора јесте подвргнут процесу промена које јесу позитивне и огледају се примарно кроз именовање жене као Специјалног представника Генералног секретара за мировне операције у Бурундију или инклузију посебних саветника за родну равноправност у активности мисије – аутор ово не доживљава ни изблиза као адекватна и ефективна решења.¹⁰⁹

5. ПРИПАДНИЦИ МИРОВНИХ МИСИЈА КАО ТРГВОЦИ ЉУДСКИМ ЖИВОТА

Мировне мисије на простору Балкана спадају међу прве документоване случајеве постојања умешаности особља мировних мисија у трговину људима.¹¹⁰ Стога ће пажња у овом сегменту бити посвећена случајевима Косова, али и Босне и Херцеговине (БиХ).

Мировна мисија на Косову (УНМНИК) је у периоду од 1999–2004. године чинила огроман проценат клијентеле жена којима је трговано и које су биле приморане на проституисање.¹¹¹ Реч је о илегалним токовима људи који су примарно потицали из Бугарске, Молдавије и Украјине.¹¹² Трговина људима, нарочито када се ради о женама и деци која се граничи или се претвара у ропство, означена је као злочин против човечности или ратни злочин и спада у групу најозбиљнијих злочина према Римском статуту Међународног кривичног суда.¹¹³ С почетка миленијума, јавност се упознала са случајем америчког припадника ове мировне мисије који је шверцовао жене преко административног прелаза са остатком територије Републике Србије, притом користећи службени полициј-

¹⁰⁵ UN Peacekeeping Troops Sexual Solicitation: Between Protection and Exploitation, <https://ssrn.com/abstract=4417623>, 15. мај 2023.

¹⁰⁶ G. Le Moli, *op. cit.*, 163.

¹⁰⁷ N. Hirei, *Boys Will Be Boys: the sexual abuse and exploitation by the UN peacekeeping troops in the DRC*, https://www.academia.edu/34520162/Boys_Will_Be_Boys_the_sexual_abuse_and_exploitation_by_the_UN_peacekeeping_troops_in_the_DRC, 15. мај 2023.

¹⁰⁸ S. Martin, *Ending Sexual Exploitation & Abuse in UN Peacekeeping Missions*, https://peataskforce.org/uploads/tools/mustboysbeboysendingseainunpeacekeepingmissions_refugeesinternational_english.pdf, 15. мај 2023.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ J. Kelley, *UN Peacekeeping Mission and its Nexus to Human Trafficking*, https://traccc.gmu.edu/wp-content/uploads/2022/06/Kelley_UN-Peacekeeping-Mission-and-its-Nexus-to-Human-Trafficking.pdf, 15. мај 2023.

¹¹¹ M. O'Brien, *op. cit.*, 11.

¹¹² O. Simić, *op. cit.*, 84.

¹¹³ Protecting the human rights of women and girls trafficked for forced prostitution in Kosovo, <https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/09/eur700102004en.pdf>, 15. мај 2023.

ски аутомобил.¹¹⁴ Такође је забележен случај три члана полицијског особља мисије који су помагали власнику једног бордела на Косову у трговини женама.¹¹⁵ По заснивању надлежности Канцеларије, траг овом случају се, макар у јавности и општој литератури – губи. Ниједан од њих није суочена са кривичним оптужбама, како од стране међународног поретка, тако ни од националних.¹¹⁶

Такође, занимљив је пример полицајца из Пакистана. Наиме, овај појединац је као члан мировне мисије ухапшен 2003. године заједно са још три албанска држављанина због сумње да је учествовао у спровођењу сексуалног ропства.¹¹⁷ Он је осуђен само за недолично понашање и неиспуњавање дужности.¹¹⁸ Неке процене указују на то да је у једном тренутку готово две хиљаде жена подвргнуто сексуалном ропству на подручју Косова и Метохије.¹¹⁹ Подаци указују на то да је чак 200 објеката држало и приморавало жене на проституцију, које су притом путем трговине људи и доспели ту.¹²⁰

Иако је косовски пример са разлогом наведен први, тај разлог лежи у важности примера јер је реч о делу територије Републике Србије. Он временски долази тек након дешавања у Босни и Херцеговини. Наиме, распад Социјалистичке Федеративне Републике Југославије био је пропраћен крвавим сукобима. Године 1995. потписан је чувени Дејтонски споразум и стављена је дефинитивна тачка на борбе у Босни и Херцеговини.¹²¹ Исте године је резолуцијом Савета безбедности 1035 формирана мировна мисија за ову територију која ће свој мандат закључити тек 2002. године.¹²² Све до 1998. године, трговина људима није сматрана примарним проблемом мисије.¹²³ Тек наредне године, ОУН озбиљно приступа овом проблему, а као одговор на неколико извештаја о трговини, првенствено женама, у којој су учествовали чланови мисије који су доспели у јавност.¹²⁴ Неки од тих извештаја су оптуживали чланове Међународне полицијске јединице ОУН (IPTF) да су учествовали у трговини женама које су потом приморане на проституцију, па чак и да су неке од тих жена држали у заточеништву ради личне сексуалне експлоатације.¹²⁵

Поред овог, занимљив је и пример који се догодио 2000. године у Приједору. Ове године је извршена рација од стране надзорног особља IPTF – а уз помоћ Силе за стабилизацију у Босни и Херцеговини (SFOR) у којој је сексуалног ропства ослобођено тридесет четири особе женског пола, међу којима је било и девојчица.¹²⁶ Многе од њих су иден-

¹¹⁴ M. O'Brien, *op. cit.*, 11.

¹¹⁵ *Ibidem.*

¹¹⁶ *Ibidem.*

¹¹⁷ *Ibid.*, 12.

¹¹⁸ *Ibidem.*

¹¹⁹ C. Allais, "Sexual Exploitation and Abuse by UN Peacekeepers: The Psychosocial Context of Behaviour Change, *Scientia Militaria*", *South African Journal of Military Studies*, 1/2011, 6.

¹²⁰ Protecting the human rights of women and girls trafficked for forced prostitution in Kosovo, <https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/09/eur700102004en.pdf>, 15. мај 2023.

¹²¹ Bosnia and Herzegovina – UNMIBH – Background, <https://peacekeeping.un.org/en/mission/past/unmibh/background.html>, 15. мај 2023.

¹²² *Ibidem.*

¹²³ O. Simić, *op. cit.*, 85.

¹²⁴ *Ibidem.*

¹²⁵ M. O'Brien, *op. cit.*, 5.

¹²⁶ *Ibidem.*

тификовале и потом дале званичне изјаве у којима су припадници мисије, али и највиши званичници ОУН идентификовани као корисници ових услуга.¹²⁷

Учешће особља у трговини људима се може посматрати са два аспекта, а на основу критеријума модалитета трговања људима. Први, а који можемо назвати посредним јер више спада у домен сексуалне експлоатације него трговине људима – јесте коришћење сексуалних услуга особа којима је трговано и које су на проституцију приморане.¹²⁸ Други аспект је врло важан за овај део рада и тиче се активне улоге које су у процесу трговине људима имали чланови особља. Чланови мировних мисија су веома активно пружали логистичку подршку криминалним групама које су трговале људима.¹²⁹ Та подршка се углавном састојала у фалсификовању или конфискацији докумената, превозу жртава преко граница, проналажењу нових жртава сексуалне експлоатације и трговине људима, али и сарадњи са различитим паравојним групацијама ради стицања профита од ових активности.¹³⁰ Нажалост, литература указује на то да су ови случајеви превасходно решавани кроз репатријацију, а након које ОУН не би даље спроводио истрагу, а камоли предузимао радње да се против ових лица предузму адекватне мере.¹³¹ Дакле, реч је о злочину без казне – присуству некажњивости.¹³² Ово појмовно решење, аутор проналази у доминантном делу литературе посвећене овим питањима.

Оно што је, макар је ауторов утисак такав, још већа опасност која задире, попут какве болести, у ткиво националних правних поредака, али и међународне заједнице је тенденција да се ове криминалне радње настављају и по престанку мировних мисија.¹³³ Ово важи како за трговину људима, тако и за сексуалну експлоатацију о којој смо раније говорили. На овај начин се релативизује смисао мандата мировних мисија чији се чланови од белих голубова са маслиновим гранчицама у кљуну, трансформишу у црне врानе које за собом остављају жртве.

6. ЗАКЉУЧАК

Засигурно је да је проблем извршења и санкционисања злочина особља присутан и да је одиста постао један лутајући мотив мировних мисија – попут какве сенке. Хиљаде случајева који се углавном заврше репатријацијом или неадекватним осудама сведоче о томе да тренутни систем не врши ни превентивну, ни реактивну функцију. Притом, учесталост и природа ових злочина у суштинској је супротности не само са мандатом мировних операција као *sui generis* института ОУН, већ и са природом читавог међународног права. Већ на том кораку, аутор види теоријску могућност у предузимању нормативних корака ка имплементацији института међународног кривичног права. Наиме, иако смо у раду видели да постоје могућности заснивања надлежности Суда и на основу постојећег нормативног система, он је прејудизиран применом аналогije, широким тумачењем, вољом домаћег правног поретка, али и Савета безбедности да се злочини санкционишу. Препреке одсуства јасне и прецизне нормативне грађе, уврежених правила међународног

¹²⁷ *Ibidem.*

¹²⁸ J. Kelley, *op. cit.* 9.

¹²⁹ *Ibidem.*

¹³⁰ *Ibidem.*

¹³¹ Погледати: M. O'Brien, *op. cit.*, 3–36.

¹³² *Ibid.*, 7.

¹³³ UN Peacekeeping Mission and its Nexus to Human Trafficking, *op. cit.*

обичајног права, дефицита политичке воље на националним и мултилатералним ступњевима – остају централни проблеми напретка на овом плану.

Остаје утисак да је најпрактичније решење укидање имунитета и привилегија особљу које овакве грозоте изврши, а које ће спровести, или макар подржати земља одашиљања. Нажалост, он такође почива на политичкој вољи Генералног секретара, Савета безбедности и државе одашиљања у првом плану. Свакако, то би омогућило државама у којима се мандат заснива да покрену поступак и осуде чланове мисије. Јачање принципа комплементарности такође представља пут који делује обећавајуће, али који и захтева доста политичке воље, која опет мора потећи из органа који окупља најснажније чланове међународне заједнице – Савет безбедности. Једини начин да се то догоди, макар је наш утисак такав, јесте да се тренд злочина настави, али и да постане драстичнији. Мере репатријације, блажих казни, искључења из даљих активности мисија – апсолутно нису довољни.

Поред овог практичног решења, аутор сматра да је потребно радити додатно на плану јачања основа за заснивање надлежности Међународног кривичног суда када национални пореци, услед разлога које смо навели, не успеју у санкционисању, или пак та санкција буде очигледно несразмерна учињеном злочину. Ти кораци би се огледали у изменама, или макар допунама Римског статута. Аутор је мишљења да када би се свега неколико случајева, на крилима политичке воље ОУН предвођене Саветом безбедности заиста затекло пред Међународним кривичним судом, да би то формирало неопходну праксу решавања ових злочина. По стварању те праксе, настали би преседани који би имали јаког утицаја на праксу и теорију, а од којих би драстично постало теже одступити – без обзира на факултативну природу судства у међународном праву.

ЛИТЕРАТУРА

- Allais C., "Sexual Exploitation and Abuse by UN Peacekeepers: The Psychosocial Context of Behaviour Change, *Scientia Militaria*", *South African Journal of Military Studies*, 1/2011.
- Bakhti S., *Sexual Exploitation and Abuse by UN Peacekeepers*, Malmo University, <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1482553/FULLTEXT01.pdf>.
- Giles S., "Criminal Prosecution of UN Peacekeepers: When Defenders of Peace Incite Further Conflict Through Their Own Misconduct", *American University International Law Review*, 1/2017.
- Greenwood C., *Protection of Peacekeepers: The Legal Regime*, <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1377&context=djcil&httpsredir=1&referer=>.
- Ercan Yilmaz M., "UN peacekeeping in the Post-Cold War era", *International Journal on World Peace*, 2/2005.
- Jennings K., "The Immunity Dilemma: Peacekeepers' Crimes and the UN's Response", *E-International Relations*, 2017.
- Kelley J., *UN Peacekeeping Mission and its Nexus to Human Trafficking*, https://traccc.gmu.edu/wp-content/uploads/2022/06/Kelley_UN-Peacekeeping-Mission-and-its-Nexus-to-Human-Trafficking.pdf.
- Kim Westendorf J., Searle L., "Sexual exploitation and abuse in peace operations: trends, policy responses and future directions", *International Affairs*, 1/2017.
- Le Moli G., *Prosecuting Peacekeepers for International Crimes, New Models of Peacekeeping Security and Protection of Human Rights. The Role of the UN and Regional Organizations* (eds. I. Caracciolo, U. Montuoro), 2018.
- Милицављевић Б., *Нове мировне мисије Организације Уједињених нација*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2007.
- Martin S., *Ending Sexual Exploitation & Abuse in UN Peacekeeping Missions*, https://pseataaskforce.org/uploads/tools/mustboysbeboysendingseainunpeacekeepingmissions_refugeesinternational_english.pdf.
- Neumayer E., "A New Moral Hazard? Military Intervention, Peacekeeping and Ratification of the International Criminal Court", *Journal of Peace Research*, 5/2009.

- O'Brien M., *Overcoming boys-will-be-boys syndrome: Is prosecution of peacekeepers in International Criminal Court for trafficking, sexual slavery and related crimes against women a possibility?*, <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1554856&fileId=1563466>.
- Osmancavusoglu E., "Challenges to the United Nations Peacekeeping operations in the Post-Cold War Era.", *Journal for International Affairs*, 4/2000.
- R. Nordås, S. Rustad, *Sexual Exploitation and Abuse by Peacekeepers*, [https://www.prio.org/download/publicationfile/1318/Sexual%20Exploitation%20and%20Abuse%20by%20Peacekeepers%20\(1\).pdf](https://www.prio.org/download/publicationfile/1318/Sexual%20Exploitation%20and%20Abuse%20by%20Peacekeepers%20(1).pdf).
- Spencer S., "Making Peace: Preventing and Responding to Sexual Exploitation by United Nations Peacekeepers", *Journal of Public and International Affairs*, 16/2005.
- Tshiband S. A. N., "Peacekeeping: A Civilian Perspective?", *Journal of Conflictology*, 2/2010.
- Harrington A., "Victims of Peace: Current Abuse Allegations against U.N. Peacekeepers and the Role of Law in Preventing them in the future", *ILSA Journal of Comparative and International Law*, 12/2005.
- Hirei N., *Boys Will Be Boys: the sexual abuse and exploitation by the UN peacekeeping troops in the DRC*, https://www.academia.edu/34520162/Boys_Will_Be_Boys_the_sexual_abuse_and_exploitation_by_the_UN_peacekeeping_troops_in_the_DRC.
- Weir E., *Greater expectations: UN Peacekeeping and Civilian Protection*, <https://www.refworld.org/pdfid/4a76aaf42.pdf>.

* * *

Nikola Stanković*

CRIMES BY PEACE MISSIONS PERSONNEL

Summary

The paper analyzes the legal position of peacekeeping mission personnel, with a particular emphasis on the commission of a crime and the legal consequences for a member of the mission as the perpetrator of the crime. In the introductory segment, the author briefly sets the framework of the work through the analysis of peace missions, as well as the different categories of personnel who participate in them. Then the analysis is directed towards the system of normative and diplomatic protection provided to personnel by the United Nations Organization. In the central part of the work, the author analyzes the main problems in the effective application of the institute of international criminal law and establishing the jurisdiction of the International Criminal Court, as well as the solutions that the literature offers regarding them. The paper presents examples of sexual exploitation and the resulting crimes, as well as various examples in which members of the mission participated in human trafficking. The author concludes that there are normative as well as diplomatic ways that would enable establishing the jurisdiction of the aforementioned court, and that additional steps are necessary in the more direct involvement of the staff in the jurisdiction of the court, as well as in the creation of the necessary court practice.

Keywords: Peace missions, personnel, crimes, sexual exploitation, human trafficking, International Criminal Court.

* Assistant Lecturer at the University of Belgrade – Faculty of Law, nstankovic@ius.bg.ac.rs.

Мирсен Алибашић*

ОБЕЛОДАЊИВАЊЕ ДОКАЗА ПРЕМА ПРОПИСИМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА

Апстракт: Поводом учињених кривичних дела могуће је водити кривични поступак како пред националним судовима тако и пред Међународним кривичним судом, који поступци нису регулисани на идентичан начин, већ постоје извесне разлике у прописима. У том контексту у овом раду се на систематичан начин представљају прописи о обелодањивању доказа у кривичном поступку у Републици Србији и пред Међународним кривичним судом, врши се њихово поређење и указује се на одређене разлике у регулисању. Обелодањивање доказа је од значаја с обзиром на правичност кривичног поступка и начело "једнакости оружја" у поступку. Такође, овим радом се приближавају прописи и случајеви из праксе који се директно тичу обелодањивања доказа и евентуалних ограничења у вези са тим. С обзиром на предмет који се истражује у овом раду, методи који се примењују су нормативни и упоредни метод, уз приказ одређених случајева у пракси Међународног кривичног суда.

Кључне речи: Обелодањивање доказа, Међународни кривични суд, кривични поступак.

1. УВОД

У кривичном поступку окривљени и бранилац имају право да осмисле стратегију одбране, односно да изаберу правац и начин своје одбране и да изнесу одбрану.¹ У ту сврху, право одбране да има сазнања о истраживањима која су надлежна државна тела (полиција, јавно тужилаштво или суд) спровела у кривичном поступку сматра се једним од темеља одбране.² У сврху трагања за истином потребно утврдити одређена правила о обелодањивању доказа, посебно имајући у виду да су истражне могућности државе надмоћне у односу на могућност окривљеног да спроводи истрагу у сврху своје одбране.³ Такође, право на правично суђење подразумева право окривљеног да има довољно времена да се припреми за одбрану, да комуницира са браниоцем, као и право на јавно слушање пред правичним и независним судом који ће поштовати општепризната начела поступка.⁴ Ради непристрасности у поступку важно је остварити "једнакост оружја" за

* Адвокат и студент докторских студија, mirsen.alibasic@hotmail.com.

¹ N. Živković, "Obelodanjivanje dokaza u prekrivičnom postupku i istrazi", *Strani pravni život*, 1/2020, 63.

² M. Pajčić, "Pravo okrivljenika na увид u spis predmeta tijekom prethodnog kaznenog postupka u правним sustavima nekih europskih država i praksi Europskog suda za ljudska prava", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 17(1)/2010, 25.

³ N. Živković, *op. cit.*, 72.

⁴ M. Newton, "Evolving equality: Development of the International Defense Bar", *Stanford Journal of International law*, 47/2011, 385–386.

обе стране, што је елементарна претпоставка сваког цивилизованог и фер суђења.⁵ То важи за кривични поступак пред националним судовима и пред Међународним кривичним судом. Будућност међународног суђења, ако не и глобалног мира, може парадоксално зависити од капацитета нашег односно националног врховног судства.⁶ Међутим, због склоности странака да одуговлаче са испуњењем своје обавезе обелодањивања доказа и да информације приказују што сажетије, странке често неће добити јасну слику о резултатима истраге противне стране. У таквој ситуацији тужилаштво је у бољем положају јер је по природи ствари надмоћно над окривљеним у погледу могућности прибављања информација пре суђења.⁷

Правила о обелодањивању доказа је важно разматрати пред Међународним кривичним судом с обзиром на то да се пред њим води поступак који представља својеврсну мешавину и конвергенцију правила континентално-европског (мешовитог) и англо-америчког (чисто акузаторског) типа поступка, с тим да битно доминирају елементи континентално-европског процесног система.⁸ У теорији се истиче да начело утврђивања истине није у потпуности прихваћено у поступку пред Међународним кривичним судом. Одређена правила Римског статута,⁹ којим је Међународни кривични суд основан, а готово она која се односе на уређење раних фаза поступка, попут истраге и фазе потврђивања оптужби, приближавају овај кривични поступак континентално-европском концепту утврђивања истине. Са друге стране, одредбе које регулишу фазу главног претреса у принципу су ближе адверзијалном моделу, те тако на пример претресно веће само може да затражи од странака да изведу одређени доказ, али га не може и *ex officio* извести.¹⁰ У континенталноевропским земљама, међу којима припада и Република Србија, као потписница Римског статута којим је основан Међународни кривични суд, увидом у списе предмета окривљеном се омогућава да сагледа "резултате" предистражног поступка и истраге. Другим речима, окривљени долази до сазнања које је доказе јавни тужилац прибавио. На тај начин окривљеном се омогућава да оствари једно од својих основних права, а то је да изабере правац и начин своје одбране и да изнесе одбрану. У земљама *common law* правног система у којима није заступљено начело материјалне истине, већ је акценат на "доказном двобоју" странака, не постоји институт увида у списе предмета, већ постоје правила која прописују обелодањивање доказа.¹¹ Дакле, информације и докази се откривају селективно, а такав вид откривања у правној литератури САД назива се *discovery*, док друге земље *common law* система користе израз *disclosure*. Судија Фортас (*Fortas*) је истакнуо у једној пресуди *Giles v. Maryland* да "кривични поступак није игра у којој је функција државе да надмудри и ухвати у клопку свој плен, већ да држава треба да трага за правдом, а не за жртвом. Одлуком Врховног суда САД из 1963. у предмету *Brady v. Maryland* утврђена је повреда права окривљеног на *due process* која је учињена на тај

⁵ О. Антић, "Pravo na odbranu kao osnovno ljudsko pravo", *Zbornik radova*, Правни факултет Универзитета у Истоћном Сарајеву, Сарајево, 2011, 110.

⁶ М. Крећа, "The res iudicata in jurisdictional decisions of the International Court of Justice", *Analni Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3/2014, 30.

⁷ N. Živković, *op. cit.*, 73.

⁸ М. Шкулић, *Међународни кривични суд – надлежност и поступак*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2005, 242.

⁹ Римски статут, 17. јул 1998, <https://www.icc-cpi.int/Publications/Rome-Statute.pdf>, 2. фебруар 2022. године.

¹⁰ А. Шкундрић, "Elementi načela utvrđivanja istine u normativnom okviru postupka pred Međunarodnim krivičnim sudom", *Crimen*, 2/2022, 17.

¹¹ N. Živković, *op. cit.*, 72–73.

начин што је тужилаштво пропустило да одбрани открије информације које указују на непостојање кривице или на мањи степен кривице, односно на кажњавање, независно од тога да ли је тужилаштво поступало злонамерно. Са друге стране оптужени пре суђења је дужан да обавести тужилаштво о одређеним одбранама – алибију, неурачунљивости и често самоодбрани. Поред тога, одбрана, као и тужилаштво, пре суђења мора да саопшти информације о вештацима или научним анализама које ће користити на суђењу.¹²

Међународноправни стандарди у вези са обелодањивањем доказа, који могу представљати компромис различитих правила о обелодањивању доказа, су прокламовани међународним документима на индиректан начин кроз гаранцију права на правично и непристрасно суђење и права на припремање одбране, и то у члану 14 ст. 1 и ст. 3 тач. б Међународног пакта о грађанским и политичким правима,¹³ затим у члану 10 Универзалне декларације о људским правима¹⁴ и у члану 6 ст. 1 и ст. 3 тач. б Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода¹⁵. Право окривљеног да буде упознат с доказима који га терете, односно с резултатима истраге, иако није изричито наведено, према пракси Европског суда за људска права произлази из чл. 6 ст. 3 (б) Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.¹⁶ Европски суд за људска права подсећа да је основни аспект права на правично суђење да кривични поступак, укључујући елементе таквог поступка, треба да буде контрадикторан и да треба постојати једнакост странака између тужилаштва и одбране. Право на контрадикторно суђење значи, у кривичном предмету, да се и тужилаштву и одбрани мора дати прилика да сазнају и коментаришу запажања која су поднела и доказе које је извела друга страна. Поред тога, члан 6. став 1. захтева да органи тужилаштва обелодане одбрани све материјалне доказе које поседују за или против оптуженог.¹⁷ У случају *P. G. and J. H. v. The United Kingdom* наводи се следеће: "По нашој процени, изузимање доказа без могућности да се провери њихова релевантност и значај представљало је материјалну неправилност. Када се за документ захтева имунитет од јавног интереса, на суду је да одлучи да ли тужбени захтев треба прихватити или не, како би успоставио равнотежу између јавног интереса и интереса странке која захтева обелодањивање доказа".¹⁸

2. ПРОПИСИ КОЈИМА СЕ УРЕЂУЈЕ ОБЕЛОДАЊИВАЊЕ ДОКАЗА

У складу са постављеном хипотезом и предметом овог рада, у овом делу биће представљени конкретни прописи кривичног поступка у Републици Србији и предсталним Међународним кривичним судом, који се односе на обелодањивање доказа, што ће омогућити да се упореде и пронађу прописи који имају идентичан или сличан циљ, као и

¹² D. Brown, "Evidence Disclosure and Discovery in Common Law Jurisdictions", *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, 25, 2018, 13–14.

¹³ Међународни пакт о грађанским и политичким правима, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/1971.

¹⁴ Универзална декларације о људским правима, <https://centarzztlj.rs/wpcontent/uploads/2021/04/2.-Univerzalna-deklaracija-o-ljudskim-pravima.pdf>, 12. јануар 2023. године.

¹⁵ Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода, донета од стране Савета Европе 1950. године, допуњена каснијим протоколима, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_MNE.pdf, 18. април 2023. године.

¹⁶ S. Trechsel, *Human Rights in Criminal proceedings*, Oxford University Press, 2005, 222.

¹⁷ Случај *I. J. L., G. M. R. and A. K. P. v. The United Kingdom*, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58800>, 3. мај 2023. године.

¹⁸ Случај *P. G. and J. H. v. The United Kingdom*, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59665>, 3. мај 2023. године.

да се пронађу разлике у прописима и идентификују ситуације које се различито регулишу у смислу обелодањивања доказа.

2.1. Прописи о обелодањивању доказа у Републици Србији

Обелодањивање доказа у кривичном поступку у Републици Србији произилази из општих права окривљеног, односно право окривљеног да разматра списе и предмете који служе као доказ – чл. 68 ст. 1 тач. 8 Законика о кривичном поступку¹⁹ (у даљем тексту: ЗКП), да непосредно пре првог саслушања прочита кривичну пријаву, записник о увиђају и налаз и мишљење вештака (чл. 68 ст. 1 тач. 6) и да се изјасни о свим чињеницама и доказима који га терете и да износи чињенице и доказе у своју корист, да испитује сведоке оптужбе и да захтева да се, под истим условима као сведоци оптужбе, у његовом присуству испитају сведоци одбране (чл. 68 ст. 1 тач. 10). У члану 251 ст. 1 ЗКП–а се наводи да окривљени, односно осумњичени који је саслушан по одредбама о саслушању окривљеног и његов бранилац имају право да разматрају списе и разгледају прикупљене предмете који служе као доказ.

У току истраге јавни тужилац је дужан да осумњиченом који је саслушан и његовом браниоцу омогући да у року довољном за припремање одбране размотре списе и разгледају предмете који служе као доказ. У случају да је више лица осумњичено за кривично дело, разматрање списа и разгледање предмета који служе као доказ може се одложити док јавни тужилац не саслуша последњег осумњиченог који је доступан (чл. 303 ст. 1 ЗКП-а). Такође, уређује се присуствовање извођењу доказа у истрази на тај начин што је јавни тужилац дужан да осумњиченом и његовом браниоцу упути позив о времену и месту испитивања сведока или вештака, као и да осумњичени и његов бранилац могу да присуствују увиђају (чл. 300 ст. 1 и 3 ЗКП-а).²⁰ Са друге стране осумњичени који је саслушан и његов бранилац су дужни да по прикупљању доказа и материјала у корист одбране обавесте јавног тужиоца о томе и да му пре завршетка истраге омогуће разматрање списа и разгледање предмета који служе као доказ (чл. 303 ст. 3 ЗКП-а), а уколико тако не поступи јавни тужилац ће одлучити о завршетку истраге (чл. 303 ст. 4 ЗКП-а). Наведеним ЗКП-ом нису прописане никакве мере уколико окривљени не изврши своју обавезу да упозна тужиоца с прикупљеним доказима и материјалима, а уколико јавни тужилац не поступа у складу са својом обавезом да омогући окривљеном увид у списе предмета у року довољном за припремање одбране, прописане мере нису ефективне²¹. Дакле, питање

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

²⁰ Законик о кривичном поступку у одредби члана 300 став 6 предвиђа уједно могућност предузимања доказних радњи без уредног позивања осумњиченог и браниоца уз заштитне гаранције ограничења (претходно одобрење судије за претходни поступак) у случају да се не може извршити достављање позива или да је учинилац непознат, И. Миљуш, *Начело једнакости "оружја" у кривичном поступку*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2021, 185. У поступцима за кривична дела за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности, јавни тужилац може испитати сведока и без позивања осумњиченог и његовог браниоца да присуствују испитивању ако оцени да њихово присуство може утицати на сведока. У том случају судска одлука се не може заснивати искључиво или у одлучујућој мери на том исказу сведока (чл. 300 ст. 2 ЗКП-а).

²¹ Разлог неефективних мера јесте њихова дуготрајност што онемогућује одбрану да буде благовремено обавештена о доказима у поседу тужиоца и да се припреми за одбрану. Ради се о томе да је у случају необелодањивања доказа могуће поднети приговор непосредно вишем јавном тужиоцу због неправилности у истра-

је колико ће савесно и једна и друга страна извршити своје обавезе и "открити карте" другој страни када их на главној расправи очекује доказно надметање, а правовремено откривање информација свакако увећава шансе за успех супротне стране.²² Ако је то неопходно ради заштите интереса националне безбедности, јавног реда и морала, интереса малолетника, приватности учесника у поступку или других оправданих интереса у демократском друштву, орган поступка који предузима доказну радњу наредиће лицима која саслушава, односно испитује или која присуствују доказним радњама или разгледају списе истраге да чувају као тајну одређене чињенице или податке које су том приликом сазнала и упозориће их да одавање тајне представља кривично дело, у складу са законом (чл. 304 ст. 1 ЗКП-а). У вези са обелодањивањем доказа, на припремном рочишту председник већа ће позвати странке, браниоца и оштећеног да образложе предложене доказе које намеравају да изведу на главном претресу, при чему ће их упозорити да се неће извести они докази који су им били познати, али их без оправданог разлога на припремном рочишту нису предложили (чл. 350 ст. 1 ЗКП-а).

Део праксе не тумачи дужност непристрасности јавног тужиоца, која је одређена у чл. 6 ст. 4 ЗКП-а, као дужност да суду достави све доказе и податке који иду у прилог окривљеном, већ само доказе и податке који указују на оправдану сумњу. Налази се да је јавни тужилац само дужан да их цени пре него што у оптужном акту изнесе закључак у погледу оправдане сумње. Упориште за то је дужност јавног тужиоца да упозна субјекте одбране са свим доказима (па и доказима у корист окривљеног) пружајући им прилику да предложе извођење доказа. Испуњење ове дужности сматра се довољним поштовањем захтева једнакости "оружја".²³ Осим тога, доктрина налази да је противно правичном вођењу поступка одсуство рока за обавештавање односно позивање одбране да присуствује доказним радњама, јер јавни тужилац неблаговременим обавештавањем може да омета одбрану да присуствује доказним радњама.²⁴ У вези са тим да су осумњичени и његов бранилац дужни да по прикупљању доказа и материјала у корист одбране обавесте јавног тужиоца о томе и да му пре завршетка истраге омогуће разматрање списка и разгледање предмета који служе као доказ, окривљени се практично приморава да сарађује с јавним тужиоцем. Оваква обавеза окривљеног супротна је праву окривљеног да се брани ћутањем јер је срж тог права да окривљени не износи било какве чињенице и доказе у поступку. То што је окривљени прикупио одређене доказе, односно што их поседује, у складу с правом да се брани ћутањем, не имплицира обавезу да такве доказе учини доступним јавном тужиоцу. Такође, с обзиром на то да је терет доказивања на јавном тужиоцу и с обзиром на постојање претпоставке невиности, није правилно захтевати од окривљеног да подноси било какве доказе.²⁵ Поред тога, уколико би се обавеза окривљеног да обелодани доказе из чл. 303 ЗКП-а схватила широко, тако да обухвата и обелодањивање доказа који не иду у прилог одбрани, таква обавеза окривљеног била би у супротности с привилегијом окривљеног да сам себе не оптужује. Међутим, с обзиром на то да се цео чл. 301 ЗКП-а, на који упућује чл. 303 ЗКП-а, односи на прикупљање доказа и

зи, који ако одбије приговор одбрана има право на подношење притужбе судији за претходни поступак, а све у складу са чланом 312 ЗКП-а, што представља дуготрајну процедуру.

²² N. Živković, *op. cit.*, 74.

²³ И. Миљуш, *op. cit.*, 202.

²⁴ *Ibid.*, 185.

²⁵ N. Živković, *op. cit.*, 70.

материјала у корист одбране, онда се и обелодањивање доказа може односити само на оне који иду одбрани у прилог.²⁶

2.2. Прописи о обелодањивању доказа пред Међународним кривичним судом

У поступку пред Међународним кривичним судом пре саслушања окривљени мора бити обавештен у разумном року о доказима на којима тужилац заснива своју оптужницу и који ће се извести на главном претресу. Веће које води претходни поступак може да изда наредбе које се тичу обелодањивања информација које ће се саопштити на главном претресу – чл. 61 ст. 4 тач. б Римског статута (у даљем тексту: РСт). Тужилац ће, у складу са ограничењима у погледу обелодањивања, у складу са Римским статутом и Правилима о поступку и доказима²⁷ (у даљем тексту: Правила), да дозволи одбрани да прегледа све књиге, документе, фотографије и други материјална предмете у поседу или под контролом тужиоца, а који су намењени да их тужилац користи као доказ за сврхе рочишта за потврђивање оптужбе или на суђењу (чл. 77 Правила). Тужилац ће доставити одбрани имена сведока које тужилац намерава да позове да сведоче и копије свих претходних изјава које су они дали. Ово се мора урадити довољно унапред како би се омогућила адекватна припрема одбране. Изјаве сведока оптужбе биће доступне у оригиналу и на језику који оптужени у потпуности разуме и говори. Ово правило подлеже заштити и приватности жртава и сведока и заштита поверљивих информација како је предвиђено Римским статутом и Правилима (чл. 76 Правила). Са друге стране, одбрана ће дозволити тужиоцу да изврши увид у све књиге, документе, фотографије и друге материјалне предмете у поседу или контроли одбране, а који су намењени за употребу од стране одбране као доказ за потребе рочишта за потврђивање или на суђењу (чл. 78 Правила). Одбрана ће обавестити тужиоца о својој намери да: (а) укаже на постојање алибија, у ком случају се у обавештењу наводи место или места на којима оптужени тврди да је био присутан у време када је наводни злочин учињен и имена сведока и све друге доказе на основу којих је оптужени намерава да се ослони на утврђивање алибија; или (б) да се позове на основу за искључење кривичне одговорности у ком случају се у обавештењу наводе имена сведока и сваки други доказ на који оптужени намерава да се ослони. Уз дужно поштовање рокова, обавештења ће бити дата довољно унапред како би се омогућило тужиоцу да се адекватно припреми и да одговори. Ово правило не спречава веће да нареди обелодањивање било ког другог доказа (чл. 79 Правила).

Након што, у складу са одредбама Римског статута судећем већу буде додељен предмет, оно је овлашћено да омогући коришћење докумената или информација као доказа који нису били коришћени у претходном току поступка, и то у складу са одговарајућим одредбама статута. Странке у поступку имају се обавестити о постојању наведених доказа довољно времена пре суђења како би се адекватно припремиле за његов даљи ток (чл. 64 ст. 3 тач. ц РСт). Тужилац ће у што краћем року открити доказе које поседује или који су под његовом контролом, а за које верује да показују или могу да покажу невиност оптуженог или да умање његову кривицу, или који могу да утичу на веродостојност доказног материјала оптужбе. У случају сумње у вези са применом овог става, одлуку ће доне-

²⁶ Г. Илић *et al.*, *Коментар законика о кривичном поступку*, Службени Гласник, Београд, 2018, 803.

²⁷ Правила о поступку и доказима, 10. септембар 2002, <https://www.icc-cpi.int/Publications/Rules-of-Procedure-and-Evidence.pdf>, 2. фебруар 2023. године.

ти суд (чл. 67 ст. РСт). Како би се странкама омогућило да се припреме за суђење и омогућило правично и експедитивно вођење поступка, претресно веће ће, у складу са одговарајућим правилима Римског статута, донети све неопходне налоге за обелодањивање докумената или информација које нису обелодањене, као и налоге за извођење додатних доказа. Да би се избегло кашњење и обезбедило да суђење почне на одређени датум, сви такви налози ће укључивати строге временске време границе које ће претресно веће држати под контролом (чл. 84 Правила).

Тужилац може да не открије ни у једној фази поступка, документе или информације који су му достављени као строго поверљиви и искључиво достављени у сврху прибављања нових доказа, осим уз пристанак оног субјекта који му је доставио информацију (чл. 54 ст. 3 тач. е РСт). У случајевима у којима извођење доказа или прослеђивање информација, према одредбама Римског статута, може довести до угрожавања безбедности сведока односно њихове породице, тужилац је овлашћен да у циљу спровођења процесних радњи које претходе самом суђењу, не обелодани о каквим доказима и информацијама је реч, те да уместо тога поднесе само кратак извештај. Ове мере имају се применити на начин који не прејудуцира кривицу окривљеног, не иде на штету његових права у поступку нити ове мере смеју бити од утицаја на правично и непристрасно суђење (чл. 68 ст. 5 РСт). У члану 82 Правила прописује се следеће у тачкама: 1) Када је материјал или информација у поседу или под контролом тужиоца који је заштићен чл. 54 став 3 (е) РСт, тужилац не може накнадно увести такав материјал или информације у доказе без претходног пристанка даваоца материјала или информација и адекватно претходно обелодањивање оптуженом; 2) Ако тужилац унесе материјал или информације заштићене чланом 54 став 3 (е) РСт у доказе, веће не може наредити подношење додатних доказа добијених од даваоца почетног материјала или информација, нити може, у сврху прибављања таквих додатних доказа, да позове пружаоца или заступника даваоца као сведока или наложити њихово присуство; 3) Ако тужилац позове сведока да уведе у доказе било који материјал или информацију који је заштићен чланом 54 став 3 (е) РСт, веће не може приморати тог сведока да одговори на било које питање у вези са материјалом или информацијом или њиховим пореклом, ако сведок одбије да одговори због поверљивости; 4) Право оптуженог да оспори доказе који су заштићени према чл. 54 став 3 (е) РСт, неће утицати на наведена ограничења; 5) Веће које се бави овим питањем може наредити на захтев одбране да се у интересу правде, материјал или информације у поседу оптуженог, који су прибављени под истим условима у смислу члана 54 став 3 (е) РСт, а који се уводи у доказе, подлежу истим правилима ограничења обелодањивања *mutatis mutandis*. У члану 81 Правила прописано у ставовима следеће: 1) Извештаји, меморандуми или други интерни документи које припрема странка, њени помоћници или заступници у вези са истрагом или припремом предмета нису предмет обелодањивања; 2) Када је материјал или информација у поседу или контроли тужиоца који морају бити обелодањени у складу са Римском статутом, ако обелодањивање може додатно штетити истрази која је у току, тужилац се може обратити већу које ће одлучити о томе да ли се материјал или информације морају открити одбрани. Међутим тужилац не може увести такав материјал или информацију у доказе током рочишта за потврђивање или суђење без адекватног претходног обелодањивања оптуженом; 3) Када су предузети кораци да се обезбеди поверљивост информација у складу са Римским статутом, такве информације неће бити откривени, осим у складу са истим тим члановима. Када обелодањивање таквих информација могу угрозити безбедност сведока, суд ће предузети мере да унапред обавести сведока;

4) Веће које се бави овим питањем ће на сопствену иницијативу или на захтев тужиоца, оптуженог или државе чланице Римског статута, предузети неопходне кораке да осигура поверљивост претходно наведених информација; 5) Када је материјал или информација у поседу или под контролом тужиоца, који се задржава према члану 68 став 5 РСт, такав материјал и информације не могу бити накнадно уведени у доказе током рочишта за потврђивање или главног претреса без адекватног претходног обелодањивања оптуженом; 6) Када су материјал или информације у поседу или контроли одбране подложни обелодањивању, исти могу бити заштићени у околностима сличним онима на основу којих се штите докази у поседу тужиоца, а уместо тога ће бити достављен сажетак односно извештај. Такав материјал и информације се не смеју накнадно увести докази током саслушања за потврђивање или суђења без адекватног претходног обелодањивања тужиоцу. Ради заштите поверљивих информација и доказа, прописи пред Међународним кривичним судом предвиђају меру односно могућност саслушања сведока и оштећених *in camera* у посебним просторијама и са заштитом идентитета, као и да се одбрани презентују извештаји или сажете изјаве сведока или да се пренебрегну односно да се уопште не изведу такви докази у поступку пред Међународним кривичним судом, све у складу са чл. 68 РСт и чл. 7 Правила. На крају, у вези са не/обелодањивањем доказа у општем смислу, чланом 81 Римског статута су прописани разлози за жалбу, међу којима је и право на жалбу због повреде поступка и због било ког другог разлога који се заснива на сумњи или одсуству поверења у праведно спроведен поступак или праведну одлуку.

2.3. Испитивање усаглашености прописа о обелодањивању доказа

Прописима Републике Србије и Међународног кривичног суда је на сличан начин регулисано право окривљеног да буде упознат са доказима у кривичном поступку, и то у благовременом року како би могао да припреми одбрану. Такође, на сличан начин је регулисана обавеза одбране да благовремено упозна поступајућег тужиоца о доказима које је одбрана прибавила и које намерава да изведе током кривичног поступка. Конкретне разлике о обелодањивању доказа у кривичном поступку у прописима Републике Србије и Међународног кривичног суда постоје у случају када јавни тужилац не обелодани или неблаговремено обелодани доказе којима располаже, затим у вези са присуствовањем извођења доказа током истраге и у вези мера којима се штите поверљиви подаци, безбедност сведока и оштећених и њихових породица, национални интереси, јавни ред и морал и приватност учесника у поступку.

У случају ако тужилац пред Међународним кривичним судом не обелодани одбрани доказе којима располаже, судско веће може наредити тужиоцу да обелодани одбрани доказе у одређеном року, како је то регулисано чланом 79 Правила. Мало другачији процесни механизам постоји уколико поступајући тужилац у кривичном поступку у Републици Србији не обелодани доказе одбрани, у вези чега одбрана или одбрана може поднети приговор због неправилности у спровођењу истраге непосредно вишем јавном тужиоцу у складу са чланом 312 ст. 1 ЗКП-а. Непосредно виши јавни тужилац ће у року од осам дана од дана пријема приговора донети решење о одбијању или усвајању приговора. Против овог решења јавног тужиоца није дозвољена жалба ни приговор. Решењем којим усваја приговор јавни тужилац ће издати обавезно упутство надлежном јавном тужиоцу да отклони утврђене неправилности у току истраге у складу са чланом 312 ст. 2 ЗКП-а. У случају да приговор буде одбијен, осумњичени и његов бранилац могу у року

од осам дана поднети притужбу судији за претходни поступак. Ако судија за претходни поступак оцени да је притужба основана, наложиће да се предузму мере за отклањање неправилности у складу са чланом 312 ст. 3 ЗКП-а.

У Кривичном поступку у Републици Србији је регулисано право окривљеног и његовог браниоца да могу присуствовати и учествовати у извођењу доказа које је тужилац прибавио током истраге, у смислу члана 300 ст. 1 и 3 ЗКП-а. Уколико јавни тужилац не жели да изведе одређени доказ одбрана може захтевати од судије за претходни поступак да наложи поступајућем јавном тужиоцу извођење тог доказа у складу са чланом 302 ЗКП-а. Међутим, то није регулисано у поступку пред Међународним кривичним судом на исти начин, већ се само указује да одбрана мора бити упозната са доказима односно са садржином записника и других докумената у којима су садржани наводи о чињеницама на које ти докази указују, а који су прибављени и изведени током истраге, у смислу члана 61 ст. 4 тач. б РСт и чл. 76 Правила. Дакле, одбрана пред Међународним кривичним судом не присуствује нити учествује непосредно у извођењу доказа које је тужилац прибавио.

У погледу мера којима се штите поверљиви подаци, безбедност сведока и оштећених и њихових породица, национални интереси, јавни ред и морал и приватност учесника у поступку, прописи пред Међународним кривичним судом предвиђају меру односно могућност саслушања сведока и оштећених *in camera* у посебним просторијама и са заштитом идентитета, као и да се одбрани презентују извештаји или сажете изјаве сведока или да се пренебрегну односно да се уопште не изведу такви докази у поступку пред Међународним кривичним судом, све у складу са чл. 68 РСт и чл. 7 Правила. Са друге стране у кривичном поступку у Републици Србији предвиђена је могућност саслушања тзв. осетљивих сведока посредно преко органа поступка или употребом техничких средстава за пренос слике и звука без присуства странака и других учесника у поступку или саслушање у посебним просторијама у складу са чл. 104 ст. 1, 2 и 3 ЗКП-а. Исто тако, јавно тужилаштво или суд могу наредити лицима која саслушавају, односно испитују или која присуствују доказним радњама или разгледају списе истраге, да чувају као тајну одређене чињенице или податке које су том приликом сазнали и упозориће их да одавање тајне представља кривично дело, у складу са чл. 304 ст. 1 ЗКП-а.

3. ОБЕЛОДАЊИВАЊЕ ДОКАЗА У ПРАКСИ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА

Неопходно је указати на неколико случајева у којима окривљени и његов бранилац не могу приступити одређеним доказима, или су временски на то ограничени, или су ограничени правилима којима се штите поверљиве информације. Тако на пример, у одлуци претпретресног већа у случају *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, указује се на то како је одбрана приговарала да тужилаштво није предочило све ослобађајуће доказе односно доказни материјал за припрему одбране пре рочишта за потврђивање оптужбе и да је то обавеза тужилаштва.²⁸ У вези са предочавањем односно обелодањивањем доказа усвојени су одређени стандарди, па тако на пример претпретресно веће у случају *Prosecutor v. Ruto and Sang*, наводи да обе стране у поступку имају обавезу обелодањивања доказа у одређеном времену. Међутим, ради ефикасности поступка тужиоцу се налаже да строго

²⁸ Одлука претпретресног већа ICC-01/04-01/06-803-tEN од 29. јануара 2007, <https://www.legal-tools.org/doc/5f11790cc0381207d12cfca0/>, 6. април 2023. године.

поштује рокове обелодањивања доказа, а од одбране се очекује да постепено припрема своје доказе након сваког обелодањивања доказа којим тужилац располаже и да до одређеног рока обелодани доказе којима располаже тужилаштву и суду.²⁹ Затим, у одлуци претпретресног већа у случају *Prosecutor v. Abd-Al-Rahman*, се наводи да у принципу не би требало да постоји потреба да суд интервенише у процесу обелодањивања доказа, осим уколико постоје сумње да се одређени докази не обелодањују. У овом случају судско веће сматра да је бранилац најпре требао да се обрати тужилаштву и да тражи одређена документа, па ако тужилаштво не достави документа онда да се обрати суду ради њиховог прибављања. Одбрана има право на све потенцијално ослобађајуће доказе које су под контролом тужиоца, а у случају сумње или спора око тога да ли одређени документи који се налазе у поседу тужиоца подлежу обелодањивању, веће ће донети одлуку која се тиче обавезе њиховог обелодањивања.³⁰ Такође, од стране истог већа у истом случају, сматра се да се не може тумачити као аутоматско право одбране да захтева приступ било ком документу у поседу тужиоца, без обзира на његову релевантност и потенцијални значај за поступак, и у принципу на тужиоцу је да утврди да ли нека ствар подлеже обелодањивању, а пошто нема веродостојних индиција да је тужилац прекршио своје обавезе обелодањивања, нема разлога да веће интервенише.³¹ Тужилац може тражити од већа да се одређени докази не обелодањују. Тако на пример, у одлуци жалбеног већа у случају *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, приликом оцене захтева тужиоца за необелодањивање идентитета сведока или делова изјава сведока, се образлаже да је обавеза претпретресног већа да узме у обзир све релевантне факторе и да пажљиво процени захтев тужиоца од случаја до случаја.³² У вези са тим, у одлуци претпретресног већа у случају *Prosecutor v. Ongwen*, у складу са критеријумима који су се до сада поштовали у вези са откривањем записника и других докумената, сматра се да је неопходно искључити приступ одбрани од сваког детаља или информације који би могли да доведу до откривања идентитета или локације жртава и сведока, као и од било ког другог детаља који би, ако се открије, могао да угрози њихову безбедност или ефикасност заштитних стратегија или мера које суд и други субјекти предузимају.³³ Одлуком претпретресног већа, у случају *Prosecutor v. Gaddafi*, веће напомиње да је један од разлога које је тужилац навео да не дозвољава обелодањивање траженог материјала одбрани јесте то што је господин Џонс "ad hoc бранилац са ограниченим мандатом" који продужава рокове свог заступања односно заступања без икаквог одобрења већа или овлашћења окривљеног". Међутим, веће подсећа да није поставило никаква ограничења у вези са мандатом браниоца у смислу временског трајања заступања.³⁴ Још један случај који се тиче прибављања доказа, односно прибављања оних доказа из предмета који је раније завршен, у одлуци претпретресног већа у случају *Pro-*

²⁹ Одлука претпретресног већа ICC-01/09-01/11-176 од 11. јула 2011, <https://www.legal-tools.org/doc/5f1177d9c0381207d12cf0d9/>, 6. април 2023. године.

³⁰ Одлука претпретресног већа ICC-02/05-01/20-384 од 12. маја 2021, <https://www.legal-tools.org/doc/616d6f22017a762b91725450/>, 6. април 2023. године.

³¹ Одлука претпретресног већа ICC-02/05-01/20-433-Corr од 23. новембра 2021, <https://www.legal-tools.org/doc/6152e6952b36e736047a9c8a/>, 6. април 2023. године.

³² Одлука жалбеног већа ICC-01/04-01/06-568 од 13. октобра 2006, <https://www.legal-tools.org/doc/5f1175e5c0381207d12cdd76/>, 6. април 2023. године.

³³ Одлука претпретресног већа ICC-02/04-01/15-134 од 12. новембра 2008, <https://www.legal-tools.org/doc/5f11785fc0381207d12cf601/>, 6.04.2023. године.

³⁴ Одлука претпретресног већа ICC-01/11-01/11-392-Red-Corr од 1. августа 2013, <https://www.legal-tools.org/doc/5f117b14c0381207d12d0e4b/>, 6. април 2023. године.

secutor v. Ntaganda, наводи се да не постоји посебан поступак за решавање захтева ове врсте, па је одобравање приступа траженом материјалу дискреционо питање судског већа на основу налаза да су такви материјали релевантни за тезу одбране. У том случају, веће је везано за своју обавезу да обезбеди безбедност и добробит сведока, жртава и других лица која могу бити угрожени и сходно томе, ако утврди да је тражени материјал релевантан за одбрану, да затражи мишљење страна и учесника у првом поступку како би се утврдило да ли су потребне било какве додатне заштитне мере или посебне редакције.³⁵

4. ЗАКЉУЧАК

Прописима којима се уређују спровођење кривичног поступка у Републици Србији и пред Међународним кривичним судом се, између осталог, регулише благовремено обелодањивање доказа у циљу правичног поступка и "једнакости оружја" тужиоца и одбране. Међутим, због специфичности поступка пред Међународним кривичним судом који је мешовити поступак два велика правна система – европскоконтиненталног и англосаксонског, у односу на правни систем Републике Србије постоје одређене разлике у начину регулисања обелодањивања доказа обзиром да правни систем Републике Србије припада искључиво европскоконтиненталном правном систему. У конкретном случају разлике у прописима о обелодањивању доказа постоје у случају када јавни тужилац не обелодани или неблаговремено обелодани доказе којима располаже, затим у вези са присуствовањем извођења доказа током истраге и у вези мера којима се штите поверљиви подаци, безбедност сведока и оштећених и њихових породица, национални интереси, јавни ред и морал и приватност учесника у поступку, у вези чега се примењују различите мере. Такође, у пракси Међународног кривичног суда нису ретки случајеви када тужилац не обелодањује доказе које поседује, и то најчешће из разлога ради заштите оштећених и сведока, нарочито имајући у виду надлежност Међународног кривичног суда који поступа у вези међународних кривичних дела која се прихватају као најтежа кривична дела у међународној заједници.

ЛИТЕРАТУРА

- Antić O., "Pravo na odbranu kao osnovno ljudsko pravo", *Zbornik radova*, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Sarajevo, 2011.
- Brown D., "Evidence Disclosure and Discovery in Common Law Jurisdictions", *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, 2018.
- Илић Г. *et al.*, *Коментар законика о кривичном поступку*, Службени Гласник, Београд, 2018.
- Živković N., "Obelodanjivanje dokaza u prekrivičnom postupku i istrazi", *Strani pravni život*, 1/2020.
- Kreća M., "The res iudicata rule in jurisdictional decisions of the International Court of Justice", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3/2014.
- Миљуш И., *Начело једнакости "оружја" у кривичном поступку*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2021.
- Newton M., "Evolving equality: Development of the International Defense Bar", *Stanford Journal of International law*, 47/2011.
- Pajčić M., "Pravo okrivljenika na uvid u spis predmeta tijekom prethodnog kaznenog postupka u правним sustavima nekih europskih država i praksi Europskog suda za ljudska prava", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 17(1)/ 2010.

³⁵ Одлука претресног већа ICC-01/04-02/06-806 од 1. септембра 2015, <https://www.legal-tools.org/doc/5f117706c0381207d12ce94c/>, 6. април 2023. године.

Škundrić A., "Elementi načela utvrđivanja istine u normativnom okviru postupka pred Međunarodnim krivičnim sudom", *Crimen*, 2/2022.

Trechsel S., *Human Rights in Criminal proceedings*, Oxford University Press, 2005.

Шкулић М., *Међународни кривични суд – надлежност и поступак*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2005.

* * *

Mirsan Alibašić*

DISCLOSURE OF EVIDENCE ACCORDING TO THE REGULATIONS OF THE REPUBLIC OF SERBIA AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Summary

Regarding the committed criminal acts, it is possible to conduct criminal proceedings both before national courts and before the International Criminal Court, which proceedings are not regulated in an identical manner, but there are certain differences in the regulations. In this context, this paper systematically presents the regulations on the disclosure of evidence in criminal proceedings in the Republic of Serbia and before the International Criminal Court, compares them and determines the provisions. The disclosure of evidence is important with regard to the regularity of criminal proceedings and the beginning of "equality of arms" in the proceedings. Also, this work approaches the regulations and cases from practice that directly concern the disclosure of evidence and possible restrictions in this regard. Considering the subject investigated in this paper, the methods applied are normative and comparative methods, with the presentation of specified cases in the practice of the International Criminal Court.

Keywords: Disclosure of evidence, International Criminal Court, criminal procedure.

* Attorney at law and Ph.D. student, mirsen.alibasic@hotmail.com.

Крсто Пејовић*

НАЧЕЛО *NE BIS IN IDEM* У ПРАКСИ МЕЂУНАРОДНИХ СУДОВА

Анстракт: Начело *ne bis in idem* је (једно од) врховно начело не само кривичне, већ и грађанске процедуре, иако ће у овом раду акценат бити стављен на његову кривично-правну природу. Иако се не ради о новом институту, управо напротив, обриси и домени овог начела чини се да нису ни дан данас посве јасни. Посебно када, како ћемо то видјети, ни пракса међународних судова, на коју се угледају национални судови, није конзистентна. Штавише, видјећемо да је пракса Европског суда за људска права у овом домену посебно "лутала". Наравно, то је сасвим нормално. Не само да се мијењало вријеме у коме су се одлуке доносиле, већ и доносиоци. Но, ипак би зарад правне сигурности, требало идентификовати критеријуме око којих бисмо се могли сложити да творе овај институт. У редовима који слиједе, позабавићемо се праксом међународних судова, међутим, неизоставан дио ће представљати доктринарни угао гледања.

Кључне ријечи: не два пута о истом, *ne bis in idem*, кривични поступак, Европски суд за људска права, Међународни кривични суд, Суд правде Европске уније.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

О важности овог начела најбоље свједочи чињеница да је исто инкорпорисано у уставима многих земаља. Чланом 36 Устава Црне Горе¹ је прописано да се никоме не може поново судити нити може бити поново осуђен за исто кажњиво дјело. Чланом 34, став 4 Устава Републике Србије² је прописано да нико не може бити гоњен ни кажњен за кривично дело за које је правноснажном пресудом ослобођен или осуђен или за које је оптужба правноснажно одбијена или поступак правноснажно обустављен, нити судска одлука може бити измијењена на штету окривљеног у поступку по ванредном правном лијеку. Истим забранама подлијеже вођење поступка за неко друго кажњиво дело. Изузетно, сходно ставу 5 истог члана, понављање поступка је допуштено у складу с казним прописима, ако се открију докази о новим чињеницама које су, да су биле познате у вријеме суђења, могле битно да утичу на његов исход или ако је у ранијем поступку дошло до битне повреде која је могла утицати на његов исход. Чланом 31, став 2 Устава Републике Хрватске³ је стипулисано да се никоме не може поново судити нити се може казни-

* Аутор је судија Основног суда у Котору и докторанд на Правном факултету Универзитета у Београду, krstop@yahoo.com.

¹ Устав Црне Горе (*Službeni list CG*, br. 1/2007 i 38/2013 – Amandmani I–XVI).

² Устав Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021).

³ Устав Republike Hrvatske (*Narodne novine RH*, br. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10 i 05/14).

ти у кривичном поступку за кривично дјело за које је већ правоснажно ослобођен или осуђен у складу са законом. Ставом 3 истог члана је прописано да се само законом, у складу са Уставом и међународним уговором, могу прописати случајеви и разлози за понављање поступка из става 2 овог члана.

Законик о кривичном поступку Црне Горе⁴ у члану 6, став 1 дефинише да никоме не може бити поново суђено за кривично дјело за које је правоснажном одлуком осуђен или ослобођен оптужбе. У ставу 2 истог члана се наводи да ова забрана не спрјечава понављање кривичног поступка у складу са овим закоником. Међутим, одредбом члана 425 црногорског ЗКП-а ("Понављање кривичног поступка на штету окривљеног") је прописано да се кривични поступак окончан правоснажном пресудом може поновити на штету окривљеног, ако: 1) се докаже да је до пресуде дошло усљед кривичног дјела судије или лица које је вршило доказне радње; 2) је пресуда којом се оптужба одбија донесена због одустанка државног тужиоца од оптужбе, а докаже се да је до овог одустанка дошло усљед кривичног дјела злоупотребе службеног положаја државног тужиоца; 3) се изнесу нове чињенице или поднесу нови докази који су сами за себе или у вези са ранијим доказима подобни да проузрокују осуду лица које је било ослобођено или његову осуду по строжем кривичном закону.

Када је у питању црногорски легислативни оквир, поставља се питање уставности одредби члана 6, став 2 и члана 425 ЗКП-а. Ово из простог разлога што Уставом није прописано, за разлику од уставних рјешења у Србији и Хрватској, да се ова забрана може под било којим условом дерогирати!

С друге стране, чланом 4, став 1 Законика о кривичном поступку Републике Србије⁵ је дефинисано да нико не може бити гођен за кривично дело за које је одлуком суда правоснажно ослобођен или осуђен или за које је оптужба правоснажно одбијена или је поступак правоснажно обустављен. Ставом 2 истог члана је прописано да правоснажна судска одлука не може бити измијењена на штету окривљеног. Одредбом члана 12, став 1 Закона о казненом поступку Републике Хрватске⁶ прописано је да нико не може бити поново кривично гођен за дјело за које је већ био суђен и за које је донесена правоснажна судска пресуда. Ставом 2 је, с друге стране, промовисано да се понављање (обнова) правоснажно окончаног кривичног поступка може спровести само у поступку и под условима прописаним законом. Не може се поновити кривични поступак против особе која је правоснажно ослобођена од оптужбе.⁷

Већ на овом упоредном приказу можемо закључити да је српски уставописац био "најплеменитији" у инаугурисању овог принципа. Наиме, за разлику од црногорског и

⁴ Законик о кривичном поступку Црне Горе (*Službeni list CG*, br. 57/2009, 49/2010, 47/2014 – одлука УС, 2/2015 – одлука УС, 35/2015, 58/2015 – др. закон, 28/2018 – одлука УС и 116/2020 – одлука УС).

⁵ Законик о кривичном поступку Републике Србије (*Службеник гласник РС*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС).

⁶ Закон о казненом поступку Републике Хрватске (*Narodne novine RH*, br. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19, 126/19, 130/20 i 80/22).

⁷ У Енглеској је доношењем *The Criminal Justice Act* 2003. године, такође уведен појам "свјежег/новог доказа" ("*fresh evidence*") као изузетак од правила "не двапут о истом" ("*double jeopardy*"). Основна идеја, увођењем таквог стандарда се базира на томе да нови доказ баца сумњу на ослобађајућу пресуду, Захтјев се може поднијети Апелационом суду (*the Court of Appeal*) који би поништио ослобађајућу одлуку и наредио ново суђење. Суд ће то урадити само онда када је у питању нов и убједљив доказ (*CJA 2003, s 78*).– А. Ashworth, M. Redmayne, *The Criminal Process*, Oxford University Press, 2010⁴, 397–399.

хрватског рјешења, дејство овог начела није лимитирао само на мериторне пресуде, већ и на формалну – одбијајућу пресуду, као и на рјешење о обустави поступка. С друге стране, најкрутији је свакако црногорски законописац. Овакав закључак неминовно произилази из чињенице да је, за разлику од хрватског и српског колеге, дозволио понављање поступка на штету окривљеног и када је правоснажно ослобођен. Остаје нам само да се озбиљно запитамо да ли у Црној Гори уопште важи ово начело које, наглашавамо, значи "не два пута о истом"?! Но, оваква нормативна конструкција, чини нам се, није у супротности са међународним стандардима, конкретно чланом 4, став 2 Протокола 7 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода (даље: ЕКЉП) о чему ће у сљедећем одјељку бити више ријечи. Оно што се свакако може констатовати да је заједничка карактеристика посматраних легислативних рјешења јесте да сви они, дејство овог принципа, базирају искључиво на судској одлуци.⁸

Правило *ne bis in idem* води поријекло из установа римског права које говоре о правоснажности и пресуђеној ствари.⁹ Прецизније, потиче из дјела римског говорника Марка Фабија Квинтилијана, а потиче из института римског права *bis de eadem re ne sit actio* (у истој ствари није допуштено двапут тужити), будући да је само вођење поступка имало посљедице по лице против кога се води поступак.¹⁰

Начело забране поновног суђења¹¹ произилази из виталних интереса правне сигурности и правичности, који у вези с овим принципом, у многим националним кривичнопроцесним законодавствима односе превагу у односу на принцип истине, онда када се "сукобе".¹² Уобичајено се одређује као процесно начело које спрјечава примјену државног *ius puniendi* према лицу против кога је у вези са истом кривичном ствари поступак вођен или му је изречена казна.¹³ Ријеч је о забрани поновног суђења (*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*) која се везује за немогућност поновног суђења ако је поводом исте кривичне ствари већ правоснажно окончан поступак, без обзира на то да ли је у њему изречена казна.¹⁴ Искључена је могућност кажњавања за исто дјело (*nemo debet ius puniri pro uno delicto*), а то претпоставља да је претходни поступак завршен правоснажним осудом и изрицањем казне.¹⁵

Васиљевић тврди да се ово начело не односи само на консекутивно вођење поступка (након што је претходни правоснажно окончан), већ и на паралелно вођење два

⁸ Упор. М. Шкулић, "Начело *ne bis in idem* са становишта српског казненоправног система, уставноправне праксе и ставова Европског суда за људска права", *Билтен Врховног касационог суда Србије*, 2/2019, 225.

⁹ Г. П. Илић *et al.*, *Коментар Законика о кривичном поступку*, ЈП Службени гласник, Београд, 2022, 86.

¹⁰ В. Цветковић, "Ne bis in idem", *Билтен Врховног касационог суда Србије*, 2/2017, 169. Упор. С. Ненадић, "Начело *ne bis in idem*", *РКК*, 2/14, 143.

¹¹ Зупанчић тврди да главни проблем у вези са доктрином *ne bis in idem* је да води у логички ћорсокак, који потиче од скривене основне премисе, које учесници у судском поступку нису свјесни, а односи се на независно постојање "ствари" *per se* – праћене дјелом различитим правним квалификацијама једног, наводно, кривичног догађаја – В. М. Зупанчић, "Ne bis in idem (zabrana ponovnog suđenja za isto djelo) – la belle dame sans merci", *Crimen*, 2/2011, 171.

¹² М. Škulić, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Мисија OSCE-а у Црној Гори, Podgorica, 2009, 84.

¹³ Г. П. Илић, "Начело *ne bis in idem* у прекршајном поступку", *Казнена реакција у Србији – VIII део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018, 150.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ В. Бајовић, "Начело *ne bis in idem*", *Казнена реакција у Србији – IV део – Тематска монографија* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду Београд, 2014, 239.

поступка (литиспенденција).¹⁶ Неизјашњавање кривичне доктрине око питања литиспенденције би, према ријечима *Илића*, гледано из перспективе стандарда људских права и основних слобода у кривичном поступку, могла позитивно оцјенити, с обзиром да се аргументом истог правнозаштитног циља тешко може бранити могућност паралелног вођења поступака против истог лица за два разноврсна кривична дјела.¹⁷

Уставни суд Републике Србије се, при оцјени да ли је дошло до повреде овог начела руководи одговорима на слjedeћа питања: (1) да ли су оба поступка која су вођена против неког лица вођена за дјело које по својој природи представља кажњиво дјело, односно да ли је прва казна по својој природи казнено-правна; (2) да ли су дјела због којих се неко лице казнено гони иста (*idem*); (3) да ли је постојала двострукоост поступка (*bis*); (4) да ли су два поступка довољно тијесно повезана у садржинском и временском погледу, а у оквиру ког је потребно утврдити слjedeће критеријуме: а) да ли су се у различитим поступцима оствариле усклађене сврхе које се међусобно надопуњују и чине један јединствени поступак, те се тим поступцима обухватају различити аспекти противправног понашања; б) да ли је дуалитет тих поступака предвидљива посљедица, како у праву тако и у пракси, истог оспораваног понашања (*idem*); ц) да ли су ти поступци вођени на начин како би се што више избјегло дуплирање у прикупљању и оцјени доказа, сарадњом различитих надлежних тијела како би се чињенице утврђене у једном поступку користиле у другом поступку, те д) да ли је казна изречена у поступку који је први правоснажно окончан узета у обзир у поступку који је касније правоснажно окончан, и то на начин да укупан износ свих санкција буде сразмјеран извршеном дјелу.¹⁸

2. ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Европски суд за људска права (даље: ЕСЉП или у оквиру овог поглавља Суд), повреду овог принципа сагледава кроз одредбу члана 4, Протокола 7 уз Конвенцију. Ставом 1 овог члана је прописано да се нико не може судити нити се може поново казнити у кривичном поступку у надлежности исте државе за дјело због кога је већ био правоснажно ослобођен или осуђен у складу са законом и кривичним поступком те државе. Међутим, у смислу става 2 истог члана, прописано је да одредбе претходног става не спречавају обнову поступка у складу са законом и кривичним поступком дате државе, ако постоје докази о новим или новооткривеним чињеницама, или ако је у ранијем поступку дошло до битне повреде која је могла да утиче на његов исход. На крају, овај се члан не може ставити ван снаге на основу члана 15 Конвенције, сходно ставу 3. Према Експланаторном извјештају уз Протокол 7, одлука је коначна (*final*), ако је према традиционалном изразу, стекла снагу *res iudicata*. Ово је случај када је неопозива, тј. када против ње не постоје редовни правни љекови или када су странке исцрпили такве правне љекове или су дозволиле да истекне рок за њих, а да их нису искористиле.¹⁹

¹⁶ Т. Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Савремена администрација, Београд, 1981, 117.

¹⁷ Г. П. Илић, *op. cit.*, 152.

¹⁸ Одлука Уставног суда Републике Србије, *Уж-3312/2016* од 5. априла 2018. године. Погледати и слjedeће одлуке истог суда: *Уж-1207/2011* од 12. јуна 2014; *Уж-1285/2012* од 26. марта 2014, *Уж-11106/2013* од 19. маја 2016; *Уж-4751/2013* од 12. маја 2016; *Уж-5075/2015* од 5. априла 2018; *Уж-6835/2012* од 12. новембра 2014. Све одлуке Уставног суда РС цитиране у раду, сем уколико није друкчије наведено, преузете су са сајта Суда <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>.

¹⁹ Експланаторно мишљење се може пронаћи на страници <https://rm.coe.int/16800c96fd>, 15. 5. 2023.

Енгел и други против Холандије²⁰ – У овом предмету, Суд је дефинисао правила за разумијевање појма "кривична оптужба" у аутономном значењу Конвенције (додуше, и сам Суд, у ставу 82, ограничава ову детерминацију за дјела из војне службе). У том смислу, релевантне су сљедеће околности: (1) као први критеријум, Суд је навео да треба утврдити да ли одредбе које дефинишу неко дјело које је предмет оптужбе, сходно законодавству Државе уговорнице, припадају кривичном праву, дисциплинском праву или оба у исто вријеме. Ово је међутим само полазна основа. Ова индикација има само формално и релативно значење; (2) сама природа дјела је фактор од већег значаја. Када се војник нађе у ситуацији да је оптужен за дјело или пропуштање наводно супротно закону који се примјењује на оружане снаге, Државе уговорнице би, у принципу, требале да покрену против њега прије дисциплински, него кривични поступак и (3) степен строгости казне. Друштво које почива на владавини права, сврстаће у "кривичну" сферу одузимање слободе које се може примијенити као казна, изузев оних, који по својој природи, трајању или начину извршења, не може бити значајно штетна.

У предмету **Барагиола против Швајцарске** (бр. 17626/90 од 21. октобра 1993), ЕСЉП је констатовао да се начело *ne bis in idem* примјењује у оквирима једне државе.

Оливеира против Швајцарске²¹ – Возило гђе Оливеира је 15. децембра 1990. године, док је возила по путу прекривеном ледом и снијегом, промијенило правац, прво ударајући у једно, а затим у друго возило, при чему је путник у другом возилу доживио озбиљне повреде. Полицијски магистрат је 12. августа 1991. године осудио подносиатељку представке за прекршај, сходно члану 31 и 32 Федералног Закона о саобраћају, јер није успјела да контролише своје возило, као и због тога што није кретање возила прилагодила условима пута, на казну од 200 швајцарских франака. Посебно је утврдио да је пут био прекривен ледом и снијегом и да је возило скренуло правац на другу страну пута, ударајући једна кола, прије него што се сударила са другим. Канцеларија окружног тужиоца је 25. јануара 1993. године, издала осуђујућу наредбу, којом је подносиатељка осуђена на 2.000 швајцарских франака због немарног изазивања физичких повреда, супротно члану 125 Кривичног законика Швајцарске, наводећи повреде које је претрпио г. М., као резултат судара његовог и возила апликанта. Окружни суд у Цириху је, одлучујући о жалби апликанта, умањилу казну коју је утврдио јавни тужилац за 200 ЦХФ коју је претходно одредио полицијски магистрат.

Суд је, анализирајући овај случај, указао да је ово типичан примјер како један акт конституише више прекршаја. Међутим, за разлику од ранијих случајева, карактеристика овог случаја је у томе што је један казнени акт подијељен на два одвојена прекршаја, односно, у овом случају пропуст да се контролише возило и нехатно наношење физичких повреда. У таквим случајевима, већа казна ће обично апсорбовати мању казну. Стога, не постоји ништа у овој ситуацији што би навело на кршење члана 4 Протокола 7.

Франз Фисцхер против Аустрије²² – У овом предмету апликант је 6. јуна 1996. године, док је возио под дејством алкохола, оборил бициклисту који је преживио фаталне

²⁰ *Енгел и други против Холандије*, бр. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8. јун 1976. Све одлуке ЕСЉП цитиране у раду, сем уколико није посебно указано на други извор, су преузете са сајта <https://hudoc.echr.coe.int>, 15. 5. 2023.

²¹ *Оливеира против Швајцарске*, бр. 84/1997/868/1080, 30. јул 1998.

²² *Франз Фисцхер против Аустрије*, бр. 37950/97, 29. мај 2001.

повреде. St. Polten административни одбор је нашао да је крив за одређени број прекршаја против саобраћаја, наређујући му да плати 22.010 аустријских шилинга у супротном биће активирано 20 дана затвора. Накнадно, 18. марта 1997. године Окружни суд у St. Poltenu је, сходно одредби члана 81, став 2 Кривичног законика, утврдио да је апликант крив јер је проузроковао нехатну смрт "након што је дозволио себи да буде алкохолисан", и осудио га на шест мјесеци затвора. Иако се жалио и истицао стандарде инаугурисане у пресуди *Градингер*, Апелациони суд је одбио жалбу. У представци Суду, апликант је истакао да је два пута кажњен због тога што је возио под дејством алкохола. Анализирајући ситуацију у овом случају, а након што се бавио аргументима странака, Суд је навео да онамо гдје су различита дјела базирана на једном акту, а притом су вођени консекутивно, један након право-снажне одлуке у другом, Суд мора испитати да ли такви прекршаји имају исте битне елементе (*essential elements*). Суд је поновио да се члан 4. Протокола 7 не односи само на право да се не буде два пута кажњен, већ и на право да се два пута не суди. Оно што је у овом предмету одлучујуће јесте то да је на бази једног акта, апликант суђен и кажњен двапут, јер се административни прекршај о вожњи под дејством алкохола из Закона о саобраћају и посебне околности из члана 81, став 2 Кривичног законика, како су интерпретирани од стране националних судова, не разликују у битним елементима. Због тога је установљено кршење члана 4 Протокола 7. Треба напоменути да је релевантни члан Закона о прекршајима прописивао као прекршај ситуацију у којој особа вози под дејством алкохола. С друге стране, члан 80, став 1 Кривичног законика је прописивао да је кривично дјело, кажњиво од једне године затвора, ако се проузрокује смрт из немара. Међутим, онамо гдје има мјеста примјени посебних околности из члана 81, став 2, максимална казна се може изрећи и до три године затвора. У наставку је цитиран члан 81, став 2 који се примјенује на особе које дозволе себи, макар и из немара, то постану интоксирани алкохолем.

Марести против Хрватске²³ – Апликант је 16. јуна 2006. године од стране Прекршајног суда у Пазину оглашен кривим зато што је дан раније, око 19.00 сати на аутобуском стајалишту, док је био под утицајем алкохола, вербално напао извјесног Д. Р., ударајући га шаком неколико пута у главу и наставио га ударати ногама и шакама по тијелу и изречена му је казна затвора у трајању од 40 дана. Одлука је постала правоснажна 25. јуна 2005. Међутим, 15. новембра 2005. године Општинско државно тужилаштво у Пазину је поднијело Оптужни предлог против апликанта оптуживши га за тешке тјелесне повреде према Д. Р. Претходно спајајући три поступка, Општински суд је апликанта огласио кривим, између осталог и за инцидент од 15. јуна 2005. године, јер је утврђено да је приступио Д. Р. и вербално га напао, а затим га наставио ударати шакама и ногама по тијелу. Осуђен је на затворску казну, а вријеме већ издржане казне по осуди Прекршајног суда требало се урачунати у ту казну.

Разматрајући да ли је дошло до повреде члана 4 Протокола 7, Суд је најприје испитао да ли је прва казна по својој природи била кривичноправна. Утврдио је да је по својој природи укључивање дјела о ком је ријеч у Закон о прекршајима против јавног реда и мира послужило као јемство заштите људског достојанства и јавног реда, вриједности и интереса који редовно спадају у сферу заштите кривичног права. Ова одредба је усмјерена према свим грађанима, а не према скупини која има посебан положај. Уз све то, Суд је нашао да су примарни циљеви у утврђивању дјела о ком је ријеч – казна и одвраћање – а то су оби-

²³ *Марести против Хрватске*, бр. 55759/07, 25. јун 2009.

љежја кривичних санкција. Када је у питању казна, она се утврђује с обзиром на највећу могућу казну коју предвиђа мјеродавно право. У овом случају апликант је осуђен на 40 дана затвора, па је Суд поновио да у друштву које је предидељено за владавину права, када запријеђена и стварно изречена казна апликанту укључује губитак слободе, постоји претпоставка да оно што му се ставља на терет представља "оптужбу за кривично дјело". Стога, Суд је закључио да природа дјела о ком се ради, заједно са тежином казне, је таква да доводи осуду подносиоца захтјева у сферу "кривичног поступка". Дајући одговор на питање да ли су дјела иста (*idem*), Суд је указао да је апликант у односу на прекршај и кривично дјело проглашен кривим као исти окривљени и за исто понашање и у истом временском оквиру. Иако дефиниција прекршаја не садржи наношење тјелесних повреда, ипак је тај елемент пресудан за постојање кривичног дјела. Међутим, Прекршајни суд је изричито навео да је окривљени, *inter alia*, крив и за ударање Д. Р. у главу својим шакама. На тај начин физички напад на Д. Р. је тако представљао елемент прекршаја за који је подносиоца оглашен кривим. У кривичном поступку, апликант је поново осуђен за ударање Д. Р. На крају, дајући одговор на питање да ли је постојала двострукост поступка (*bis*), Суд је навео да су и прекршајни и кривични поступак покренути на основу полицијског извјештаја. Суд закључује, да су домаће власти допустиле двострукост кривичног поступка потпуно свјесне претходне осуђујуће пресуде у односу на подносиоца захтјева за исто дјело. Стога, дошло је до повреде члана 4, Протокола 7.

Сергеу Золотухин против Русије²⁴ – У овом случају апликант је најприје, 4. јануара 2002. године, осуђен за прекршај зато што је "псовао на јавном мјесту и није реаговао на прекоре" и изречена му је прекршајна казна од три дана затвора. Недуго потом, 23. јануара 2002. године, против њега је покренут кривични поступак због сумње да је извршио кривично дјело против јавног реда, укључујући опирање јавном службенику који је рјешавао повреду јавног реда. Иако га је у једном дијелу ослободио, национални судови су га огласили кривим за вријеђање државног службеника према члану 319 КЗ-а.

Анализирајући да ли се предметни прекршај може подвести под појам "кривични" у аутономном концепту Конвенције, Суд је, указујући на стандарде који су елаборисани у предмету Марести констатовао да се предметни прекршај мора, у аутономном конвенцијском значењу оквалификовати као "кривични". Приликом детерминисања да ли се ради о истим дјелима (*idem*), Суд је, најприје направио сажетак досадашњих приступа Суда у анализи овог сегмента (в. ст. 70–77). Суд је у ст. 82 истакао да заузима становиште да се члан 4 Протокола 7 мора схватити на начин да забрањује кривични прогон или суђење за друго "дјело" у мјери у којој оно произилази из истовјетних чињеница или чињеница које су у бити исте. Након што је анализирао понашање апликанта, Суд је констатовао да се није радило о трајном чину (на терет су му стављена три кривична дјела – при чему се ниједно није десило у истим просторијама), него су то биле различите манифестације истог понашања у једном броју засебних прилика. Суд је установио да су се чињенице које су довеле до оптужбе за прекршај против апликанта односиле на кршење јавног реда у облику псовања полицијских службеника, те одгуравања другог службеника, при чему су те исте чињенице, твориле средишњи елемент оптужбе, према ком је апликант прекршио јавни ред изговарајући простоте, пријетећи војном службенику насиљем и опирајући му се. Дакле, те чињенице у два поступка су се само разликовале у једном елементу и то

²⁴ *Сергеу Золотухин против Русије* (ВВ), бр. 14939/03, 10. фебруар 2009.

пријетњи насиљем, које нису биле споменуте у прекршајном поступку. Стога, Суд је закључио да су оптужбом за кривично дјело обухваћене чињенице прекршаја у цјелости и да, обратно, прекршај против јавног реда и мира није садржавао никакве елементе који не би били садржани у кривичном дјелу против јавног реда. Чињенице ова два дјела, стога, треба сматрати битно истима²⁵ у смислу одредбе члана 4 Протокола 7. Анализирајући да ли је дошло до дуплирања поступака, Суд је констатовао да је одлука Прекршајног суда постала правоснажна прије него што је започео кривични поступак. Надаље, Суд је посебно акцентовао да се члан 4 Протокола 7 примјењује и онда када је појединац био само кривично гоњен у поступку који није довео до његове осуде, јер овај члан забрањује да и ко буде поново 1) подложен прогону, 2) суђен и 3) кажњен за исто дјело. Иако је у прекршајном поступку апликант био осуђен и одслужио тродневну казну, а касније у кривичном поступку, ослобођен за исто дјело, дошло је до кршења члана 4 Протокола 7.

Маргуш против Хрватске²⁶ – У овом предмету, поступак против апликанта је најприје обустављен, да би потом био осуђен на четрнаест година затвора у поступку који је услједио након њега. Суд је констатовао да је одлука у првом кривичном поступку против окривљеног, који је окончан доношењем одлуке о обустављању поступка, донијета прије него што је Конвенција ступила на снагу у односу на Хрватску. Та околност, сматрао је Суд, није од значај јер "право да се не буде оптужен или кажњен два пута за исто дјело не може се искључити у односу на поступак вођен прије ратификације, будући да је дотична особа осуђена за исто дјело након ратификације": Приликом установљења да ли су дјела иста, Суд је констатовао да су оптужбе у неким тачкама у оба поступка биле исте. Међутим, оно што је Суд морао да утврди јесте да ли обустављање поступка може тумачити као правоснажно ослобађање или осуду апликанта. Суд је утврдио да прва одлука није претпостављала никакву истрагу о оптужбама поднесеним против апликанта и није представљала оцјену његове кривице (донијета је на основу Закона о опросту). Међутим, и поред тога Суд је ово питање оставио отвореним (тач. 67). Нови поступак против апликанта је вођен јер је Врховни суд закључио да први поступак није могао бити обустављен, из разлога што се радило о "међународним злочинима", због чега се у конкретном радило о темељном недостатку поступка, због тога су били испуњени услови које треба испунити на темељу одредбе става 2, члана 4 Протокола 7 за понављање поступка. Стога, није дошло до повреде члана 4 Протокола 7.²⁷

Муслија против Босне и Херцеговине²⁸ – Рјешењем Прекршајног суда од 16. августа 2004. године, апликант је осуђен, јер је 12. фебруара 2003. године, око 18.40 h, физички напао своју супругу у њеном стану у Какњу. Неколико пута ју је ударио по глави и наставио је да је удара по тијелу у присуству њихове млдб. дјеце. Оглашен је кривим за прекршај против јавног реда и мира из члана 3, став 1, тачка 2 Закона о јавном реду из 2000. године, због чега му је изречена новчана казна у износу од 150 КМ. Рјешење је постало правоснажно 19. октобра 2004. године. С друге стране, 18. септембра 2003. годи-

²⁵ Упор. – Н. Мрвић-Петровић, "Поштовање начела *ne bis in idem* при суђењу за сличне прекршаје у кривичном дјелу", *НБП – Журнал за криминалистику и право*, 2/2014, 32.

²⁶ *Маргуш против Хрватске*, бр. 4455/10, 13. новембар 2012.

²⁷ Интересантно је да ЕСЈП у овом предмету није желио да се изјашњава о томе да ли обустављање поступка може да се сматра правоснажним осуђењем или ослобођењем од оптужбе. Додуше, национални судови би морали, понајприје да се о тој околности изјасне. Но, из реторике коју је Суд употријебио, дало би се закључити да би одговор на ово питање од стране Суд био негативан.

²⁸ *Муслија против Босне и Херцеговине*, бр. 32042/11, 14. јануар 2014.

не, кантонални тужилац је поднио оптужницу против апликанта Општинском суду у Какњу, због наношења тешке тјелесне повреде бившој супрузи. Деветог јануара 2008. године, Општински суд је огласио апликанта кривим за кривично дјело наношења тешке тјелесне повреде, те му изрекао затворску казну од три мјесеца.

При анализи да ли је прекршајна казна била кривична, Суд је, с истим аргументима као у претходно наведеним предметима, установио да природа прекршајног дјела таква да осуду апликанта доводи у сферу "кривичног", у смислу члана 4 Протокола 7. Надаље, Суд је утврдио да је апликант оглашен кривим за исти поступак према истој жртви и у исто вријеме, како у прекршајном тако и у кривичном поступку. Иако Закон о јавном реду из 2000. године не укључује наношење тјелесне повреде, што је кључни моменат код кривичног дјела, ипак су национални судови у свом рјешењу изричито навели, *inter alia*, да је апликант крив што је ударио бившу супругу у предјелу лица и цијелог тијела. Тако, физички напад представља обиљежје прекршаја за који је апликант оглашен кривим. Суд је нашао да је национални кривични суд морао обуставити кривични поступак након доношења "правоснажне" одлуке у првом поступку. Стога, повријеђен је члан 4 Протокола 7.

А. и Б. против Норвешке²⁹ – Околности овог предмета су исувише комплексне да би се овдје могле концизно интерпретирати. Стога, овдје ће се, што је уједно и најважније, изложити закључак до ког је Суд дошао у погледу разматрања битних елемената за примјену начела *ne bis in idem*. Суд је нагласио да би државе требале бити у могућности легитимно изабрати комплементарне правне одговоре на друштвено неприхватљиво понашање путем различитих поступака кој чине повезану цјелину, како би се ријешили различити аспекти одређеног друштвеног проблема, под условом да укупност тих правних одговора не представља прекомјеран терет за појединца на ког се односе. Посљедица члана 4 Протокола 7, не може бити забрана државама уговорницама да организују своје правне системе како би осигурале одређивање стандардне управне санкције на незаконито плаћање пореза. Овим чланом се не забрањују правни системи који заузимају "интегрисан" приступ друштвено штетним понашањима која су у питању, а посебно приступ који укључује упоредне фазе правног одговора на недјела, од стране различитих тијела и у различите сврхе. Оно што произилази из примјене теста "довољно уске повезаности...у нарави и времену", јесте то да се тај тест неће испунити ако недостаје један од та два елемента – суштински или временски. Питање је ли одлука "правоснажна" или није, не поставља се ако нема стварног дуплирања поступка, већ само код комбинације поступака за коју се сматра да представља интегралну цјелину. Да би се Суд увјерио како нема дуплирања суђења или кажњавања (*bis*), националне власти морају показати да су поступци били комбиновани на цјеловит начин, тако да творе кохерентну-повезану цјелину. Стога, материјални услови за одређивање постоји ли довољна блиска веза у нарави, укључују: (а) јесу ли се различитим поступцима настојале остварити комплементарне сврхе те тиме обухватити, не само *in abstracto*, већ и *in concreto*, различити аспекти спорног друштвено недозвољеног понашања; (б) је ли дуалитет дотичних поступака предвидљива посљедица, како у праву, тако и у пракси, истог оспораваног понашања (*idem*); (ц) јесу ли мјеродавни поступци вођени на начин како би се што више избјегло дуплирање у прикупљању и оцјени доказа, понајприје примјереном сарадњом између различитих надлежних тијела како би се чињенице утврђене у једном поступку користиле и у другом поступку и (д) изнад свега, је ли казна изречена у поступку који је први постао правоснажно окончан, узет у

²⁹ А. и Б. против Норвешке (ВВ), бр. 24130/11 и 29758/11, 15. новембар 2016.

обзир у поступку који је касније правоснажно окончан, чиме се спрјечава да дотични појединац не би у коначном сносио прекомјеран терет, с тим да ће овај ризик постојати у најмањој мјери уколико постоји механизам којим се осигурава да укупан износ свих санкција буде сразмјеран. Иако је повезаност у нарави довољно јака, и захтјев повезаности у времену ипак преостаје да буде испуњен. То пак не значи да се два поступка морају водити истодобно од почетка до краја. Али, временска веза мора бити присутна, како би се појединац заштитио од неизјесности, одлагања и прекомјерног одуговлачења поступка.

Михалацхе против Румуније³⁰ – Полиција је апликанта зауставила на аутоцести. Подвргнут је испитивању издахнутог ваздуха. Будући да је резултат био позитиван, замолили су апликанта да пође с њима у болницу ради давања биолошког узорка како би се утврдила количина алкохола у његовој крви, што је он одбио. Јавно тужилаштво је покренуло кривични поступак против апликанта због одбијања подвргавању биолошком испитивању, што је било кажњиво сходно Правилнику Владе. Међутим, тужилац је 7. августа 2008. године, обуставио кривични поступак због тога што дјело није довољно озбиљно да би представљало кривично дјело. Међутим, истом одлуком којом је обуставио поступак, тужилац је изрекао апликанту управну санкцију која се састоји од новчане казне у износу од 1.000 румунских леја (RON – око 250 еура). Рјешење тужиоца није оспорено правним љековима. Апликант је 15. августа 2008. године уплатио новчану казну. Међутим, поступајући по сопственој иницијативи Више јавно тужилаштво је укинуло претходно наведено рјешење, као и управну санкцију и уједно наложило понављање кривичног поступка. Недуго затим, 18. новембра 2009. године, након оцјењивања доказа из списка, национални суд је осудио апликанта на казну затвора у трајању од једне године, уз примјену условне осуде.

ЕСЈП је најприје утврдио да је правна одредба на темељу које је јавно тужилаштво гонило апликанта и казнило га рјешењем од 7. августа 2008. године била кривично нарави. Када је у питању "управна санкција", Суд је примијетио да је изречена у максималном износу. Њена сврха није уклањање штете коју је узроковао апликант, већ кажњавање и одвраћање од извршења других кривичних дјела. Стога, иако дефинисана као "управна" ова казна је имала репресивну и одвраћујућу сврху и стога је слична кривичној санкцији. Даље, неспорно, апликанту је, и у поступку доношења рјешења од 7. августа 2008. године, а и доцнијом пресудом од 18. новембра 2009. године, суђено на основу истих чињеница и исте оптужбе, дакле, суђено му је и кажњен је два пута за исто кривично дјело. Суд је даље примијетио а с позивом на стандарде из пресуде *А. и Б. против Норвешке*, да ова два поступка нису комбинована на интегрисан начин како би заједно творила смислену цјелину. Међутим, најспорније је било одговорити на питање да ли је рјешење од 7. августа 2008. године било правоснажно "ослобођење" или "осуда". У одговору на то питање, Суд је нагласио да је у сваком предмету заправо важно да ли је предметну одлуку донијело тијело власти које судјелује у судовању у предметном националном правном систему, те да ли је том тијелу власти домаћим правом додијелена надлежност за утврђивање извршења дјела и, према потреби, кажњавање незаконитог понашања за које је оптужена одређена особа. Чињеница да то није пресуда, не може довести у питање ослобођење или осуду појединца, с обзиром на то да такав процедурални и формални аспект не може имати утицај на учинке саме одлуке. Стога, на питање да ли је само

³⁰ *Михалацхе против Румуније* (ВВ), бр. 54012/10, 8. јул 2019.

поступање суда нужно за постојање одлуке, одговор је био негативан. Суд је даље кренуо да детерминише појмове "ослобођење" и "оптужба". Анализирајући члан 4 Протокола 7, Суд је навео да намјеран одабир ових ријечи указује на то да је "кривична" одговорност утврђена на темељу оцјене околности предмета, другим ријечима да је проведена оцјена основаности предмета. Што се тиче конкретног предмета, а имајући овлашћења тужиоца да спроводи истрагу, саслушава свједоке, обустави поступак и изрекне управну санкцију, Суд је сматрао да се оцјена тужиоца у овом предмету односила и на утврђивање "кривичне" одговорности апликанта. Узимајући у обзир и чињеницу да је подносиоцу представке изречена одвраћујућа и репресивна санкција, то је рјешење од 7. августа 2008. године, представљало његову "осуду" у материјалном значењу тог израза. Суд је утврдио да је рјешење постало правоснажно истеком рока од 20 дана након његовог достављања апликанту. Иако апликант није два пута кажњен за исте чињенице (јер је сходно рјешењу Вишег тужилаштва могао остварити поврат новца), овдје се ипак ради о два узастопна поступка који су се односили на исте чињенице. Међутим, с обзиром на одлуку вишег тужилаштва, Суду је преостало да утврди да ли се ради о понављању поступку у смислу става 2 члана 4 Протокола 7. Понављање поступка, наглашава Суд, могуће је под строгим условима: одлука о понављању поступка мора бити оправдана појавом нових или новооткривених чињеница или утврђивањем битне повреде у претходном поступку која би могла утицати на исход предмета. Ти су услови алтернативни и нису кумулативни. Што се тиче конкретног предмета, јасно је да се понављање односило на исте оне чињенице које су биле предмет Рјешења од 7. августа 2008. године. На темељу изнијетог, Суд је утврдио да је дошло до повреде члана 4 Протокола 7.

Смоковић против Хрватске³¹ – У овом предмету је битан став Суда према ком се обустављање поступка због застарјелости се не може подвести ни под појмом "осуда" ни под појмом "ослобођење од оптужбе" у духу одредбе члана 4 Протокола 7. Није дошло до повреде члана 4, Протокола 7.

Бајчић против Хрватске³² – Чињенице овог предмета су сљедеће – апликант је 13. октобра 2004. године, возећи прекомјерном брзином, проузроковао саобраћајну незгоду у којој је једна особа изгубила живот. Полицијска испостава у Ријечи је 25. новембра 2004. године поднијела прекршајну пријаву против апликанта пред Прекршајним судом у Ријечи, који је 31. јула 2006. године издао прекршајни налог, налазећи да је апликант крив, осуђујући га на новчану казну од 700 хрватских круна (око 95 еура) за прекорачење брзине, 400 HRK због вожење возила које није било исправно и 3.000 HRK због напуштања лица мјеста без обавјештења полиције. Ова одлука је постала правоснажна 31. јула 2006. године. С друге стране, Тужилаштво у Ријечи је 9. јуна 2005. године подигло Оптужницу против апликанта због изазивања саобраћајне незгоде које је за последицу имало смрт другог лица. Опћински суд у Ријечи је 21. марта 2011. године прогласио апликанта кривим и осудио га на казну затвора од једне године и шест мјесеци.

Суд је, уз позив на ранију праксу, констатовао да су оба поступка била кривична по природи. У анализи аспекта "*idem*" у оквиру овог начела, неспорно је да су се оба поступка водила поводом саобраћајне незгоде. Суд је примијетио да је у пресуди кривичног суда једино, као контактна тачка између тог и прекршајног поступка, била наведена

³¹ Смоковић против Хрватске, бр. 57849/12, 12. новембар 2019.

³² Бајчић против Хрватске, бр. 67334/13, 8. октобар 2020.

прекомјерна брзина. Остали елементи из прекршајног налога нису били укључени у кривичну оптужбу (дефектно возило и незадржавање на лицу мјеста). Дакле, само у случају "прекомјерне брзине" (*speeding*) постоји *idem* елемент из принципа *ne bis in idem*. У оцјени да ли је дошло до дуплирања поступака, Суд је нагласио да је сврха прекршајних поступака да се казни апликантова грешка за неповиновање саобраћајним прописима, првенствено брзини, како би се обезбиједио несметани саобраћај и превенирало понашање које може угрозити јавну безбједност. С друге стране, циљ кривичног поступка је био да казни понашање апликанта због узроковања смрти пјешаку. Слједом тога, Суд је прихватио да су два сета поступака вођена са комплементарном сврхом и имали су за циљ да погоде различите аспекте непоштовања саобраћајних прописа. Иако је истина да је Прекршајни суд у Ријеци укључио смрт пјешака у чињеничном опису случаја, јасно је, из текста ове одлуке, да је апликант кажњен само због прекомјерне брзине (*sic!* – К. П.). Уз то, по хрватском праву, проузроковање смрти у саобраћају не може бити предмет расправљања пред прекршајним судовима. Кривични суд је, уз све то, користио доказе које је извео Прекршајни суд у Ријеци и прибавио спис тог суда. Дакле, ова два сета поступака су формирали кохерентну цјелину. Када је у питању временска веза, Суд је примијетио да су оба сета поступака највјероватније почела истовремено, а уз то су неко вријеме и вођена паралелно. Стога, није било кршења члана 4 Протокола 7 уз Конвенцију.

Милорад Улемек против Србије³³ – Што се тиче чињеница овог предмета, релевантно је то да је против апликанта донесена Наредба о одузимању имовине стечене криминалном дјелатношћу. Након исцрпљивања правних љекова, апликант је у два наврата поднио и захтјев за понављање поступка, за које домаћи судови нијесу имали разумијевање, односно такви захтјеви су одбачени/одбијени. ЕСЈП се у овом предмету суочио са питањем "казне", односно да ли се ова мјера може подвести под тим концептом. Примијетио је да су налози за трајно одузимање имовине повезани и зависе од извршења кривичног дјела довољне тежине. Даље, Суд је примијетио да формулација релевантног мјеродавног оквира снажно сугерише да је систем усмјерен против имовине, а не против особе. Друго, национално право препознаје могућност одузимања имовине преминуле особе која никада није била оптужена нити осуђена за било које кривично дјело уколико сумња да је таква имовина проистекла из кривичног дјела. Треће, за разлику од кривичноправних новчаних казни, степен одговорности починиоца није битан за утврђивање износа имовине која је проглашена заплијењеном. Даље, налози за трајно одузимање имовину, не могу се извршити затвором, услјед неплаћања, што је важан елемент кривичноправних новчаних казни. Суд је сматрао да трајно одузимање имовине има превентивни карактер и показује да је таква мјера осмишљена да спречи незакониту употребу имовине која је предмет налога. Дакле, налог није представљао "казну" у смислу члана 7, став 1, друга реченица Конвенције.

3. ПРАКСА СУДА ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Када је у питању дјеловање Суда правде Европске уније (даље: СПЕУ) о домањају овог начела, релевантне су одредбе чл. 54–58 Конвенције о имплементацији Шенгенског споразума (даље: CISA), којима се регулише транснационални *ne bis in idem*, али

³³ Милорад Улемек против Србије, бр. 41680/13, 2. фебруар 2021. године.

не и онда када се начело примјењује унутар територија једне од странака уговорница.³⁴ Чланом 54 CISA-а је дефинисано да особа чији је поступак правоснажно окончан у једној страни уговорници не може бити кривично гоњена у другој страни уговорници за исте радње под условом, ако је изречена казна, да је извршена, да се управо извршава или се више не може извршити по законима стране уговорнице која ју је изрекла.³⁵

Gozutuk i Brugge³⁶ – У овом предмету СПЕУ је пресудио да принцип *ne bis in idem*, прописан чланом 54 CISA-е се такође примјењује на процедуре гдје је даље кривично гоњење забрањено, као што су поступци у којима је јавни тужилац Државе чланице обуставио кривични поступак у тој држави, без укључивања суда, онда када је окривљени испунио одређене обавезе и, нарочито, платио одређену суму новца одређену од стране јавног тужиоца.

Miraglia³⁷ – СПЕУ је установио да се принцип *ne bis in idem* не примјењује у ситуацијама када су правосудни органи једне државе уговорнице прогласили случај затвореним, након што је јавни тужилац одлучио да не настави са гоњењем само на бази чињенице да је кривични поступак започет у другој држави уговорници против истог окривљеног за иста дјела, без икаквог утврђивања о меритуму предмета.

Van Straaten³⁸ – СПЕУ је у овом предмету закључио да члан 54 CISA-е мора бити тумачен тако да релевантни критериј за примјену овог члана је идентитет материјалног акта, схваћен као постојање групе чињеница које су нераскидиво повезане, независно од правне класификације која им је дата или од заштићеног правног интереса. Овај принцип се мора примијенити када су правосудна тијела једне државе уговорнице правоснажно ослободила окривљеног од оптужбе због недостатка доказа.³⁹

Gasparini i dr.⁴⁰ – СПЕУ је у овом предмету закључио да се принцип *ne bis in idem* примјењује и на судске одлуке Државе уговорнице, када је оптужени ослобођен од оптужбе зато што је застарјело кривично гоњење. Принцип се, при томе, односи на особе чије суђење је коначно окончано пред Државом уговорницом. Међутим, кривични суд Државе уговорнице не може дозволити да заробљена добра буду у слободној циркулацији на њеној територији само зато што је кривични суд друге Државе уговорнице нашао, када су у питању иста добра, да је оптужба за кријумчарење застарјела.

Van Esbroeck⁴¹ – Принцип *ne bis in idem* је примјењив на кривичне поступке у једној држави уговорници за акте за које је иста особа већ била осуђена у другој држави

³⁴ Z. Burić, "Načelo *ne bis in idem* u europskom kaznenom pravu – pravni izvori i sudska praksa Europskog suda", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 3–4/2010, 823.

³⁵ Све одлуке СПЕУ цитиране у раду, сем уколико није указано на други извор, су преузете са сајта тог суда <https://curia.europa.eu>.

³⁶ *Huseyin Gozutok* (C-187/01) и *Klaus Brugge* (C-385/01), пресуда од 11. фебруара 2003. године. Ово је први случај у коме је СПЕУ донио пресуду у којој је дао тумачење члана 54 CISA-е, Z. Burić, *op. cit.*, 825.

³⁷ *Filomeno Mario Muraglia*, C-469/03, пресуда од 10. марта 2005.

³⁸ *Jean Leon Van Straaten protiv Norveške u Penubliке Италије*, C-150/05, пресуда од 28. септембра 2006.

³⁹ Принцип *ne bis in idem* у САД се односи само на кажњавање више пута за исти акт од стране суверена или владе. Међутим, ако неко учини нешто што је и федерални и државни злочин, та особа се може казнити двапут. R. V. del Carmen, C. Hemmens, *Criminal Procedure – Law and Practice*, Cengage Learning, 2015¹⁰, 12. За примјену овог принципа у италијанском кривичном процесном праву, вид. F. Izzo, *Compendio di Diritto Processuale Penale, Simone Guuruduco*, XXXIV edizione, 2022, 531–533.

⁴⁰ *Giuseppe Francesco Gasparini u op.*, C-467/04, пресуда од 28. септембра 2006.

⁴¹ *Leopold Henru Van Esbroeck*, C-436/04, пресуда од 9. марта 2006.

уговорници, иако Конвенција није била на снази у задњепоменутој Држави уговорници, у вријеме када је особа осуђена, у мјери у којој је Конвенција била на снази у дотичним државама уговорницама у вријеме када је суд пред којим је покренут други поступак процјенио услове примјењивости на принципу *ne bis in idem*.

Luka Menci⁴² – У овом предмету СПЕУ је испитивао да ли има кршења принципа *ne bis in idem* у случају гдје су и кривична и управна-административна санкција биле изречене због пропуста да се плати ПДВ. Суд је закључио да је овакво дуплирање поступка и казни довело до ограничења овог принципа које захтијева оправдање. Конкретно, национално законодавство у којем је допуштено дуплирање поступка и санкција кривичне природе мора имати циљ у општем интересу који може оправдати дуплирање поступка и санкција, при чему ти поступци и санкције морају имати додатне циљеве; мора се успоставити јасна и прецизна правила која омогућавају појединцима да предвиде које радње или пропусти могу бити подложни таквом дуплирању поступка и санкција; мора се осигурати да су поступци координирани како би се додатна штета која настане за дотичне особе као посљедица дуплирања поступка ограничила на оно што је строго потребно; и мора се ограничити тежина свих изречених казни на оно што је строго потребно у односу на тежину дотичног казног дјела. При томе, на националном суду је да се увјери да, узимајући у обзир све околности из главног поступка, терет који за дотичну особу конкретно настаје због примјене националног прописа из главног поступка и кумулирања прогона и санкција које он допушта није претјеран у односу на тежину почињеног казног дјела.

Klaus Bourquain⁴³ – У овом предмету СПЕУ је закључио да се принцип *ne bis in idem* примјењује на кривичне поступке покренуте у држави уговорници против оптуженог чије је суђење за иста дјела, као она за која се суочава са кривичним гоњењем, коначно окончано у другој држави уговорници, иако, према закону државе у којој је осуђен, казна која му је изречена никада не би могла бити извршена.

Vladimir Turanský⁴⁴ – Принцип *ne bis in idem* се не може примјенити на одлуку којом орган Државе уговорнице, након што испита основаност предмета који му је предочен, донесе налог, у фази прије подизања оптужнице против лица осумњиченог за кривично дјело, о обустављању кривичног поступка, гдје одлука о суспензији, према националном закону те државе, не забрањује даље кривично гоњење и самим тим не искључује нови кривични поступак за иста дјела, у тој држави.

М.⁴⁵ – Члан 54 CISA-е треба тумачити у смислу да се рјешење о обустави поступка и неупућивању предмета суду надлежном за доношење пресуде, које у држави потписници споразума у којој је то рјешење донесено спрјечава нова суђења за иста дјела против особе на коју се односило поменуто рјешење, осим ако се против наведене особе не појаве нови докази, треба сматрати одлуком којом се изриче правоснажна пресуда у смислу тог члана, што на тај начин спрјечава нова суђења против исте особе за иста дјела у другој држави потписници споразума.

⁴² *Luka Menci*, C-524/15, пресуда од 20. марта 2018.

⁴³ *Klaus Bourquain*, C-297/07, пресуда од 11. децембра 2008.

⁴⁴ *Vladimir Turanský*, C-491/07, пресуда од 22. јануара 2008.

⁴⁵ *М.*, C-398/12, пресуда од 5. јуна 2014.

*Norma Kraaijenbrink*⁴⁶ – СПЕУ је, *inter alia*, закључио да се члан 54 Конвенције о примјени Шенгенског споразума од 14. јуна 1985. године, мора тумачити у смислу да релевантни критеријум за потребе примјене тог члана је идентитет материјалних дјела, схваћених као постојање скупа чињеница који су нераскидиво повезани, без обзира на правну квалификацију или заштићени правни интерес.

4. МЕЂУНАРОДНИ КРИВИЧНИ СУД

Међународни кривични суд (даље: МКС) имплементацију принципа *ne bis in idem* анализира кроз одредбу члана 20 Римског статута Међународног кривичног суда. Ставом 1 тог члана (који носи назив "*Ne bis in idem*") је прописано да, сем уколико није прописано овим статутом, ниједној особи неће бити суђено пред Судом за понашање за која је та особа већ осуђена или ослобођена од стране овог суда. Ставом 2 истог члана је прописано да се ниједној особи неће поново судити од стране другог суда за дјела реферисана у члану 5 Статута за које је та особа већ осуђена или ослобођена од стране МКС-а. Ниједној особи, сходно ставу 3, којој је суђено од стране другог суда за понашање прописано члановима 6, 7, 8 или 8 бис овог статута, неће бити суђено за исто дјело, осим уколико је: (а) сврха тог поступка заштита дотичне особе од кривичне одговорности за злочине који су под јурисдикцијом МКС или (б) поступак није спроведен независно и непристрасно у складу са нормама међународног права и норме су биле примјењене на начин да, у датим околностима, нису конзистентне са намјером да се та особа приведе правди.⁴⁷

*Одлука о приговору прихватљивости др Саиф Ал-Ислам Гадафија*⁴⁸ – Одлучујући у овом предмету, МКС се позвао на праксу и терминологију која је постојала у Статутима Међународног кривичног суда за бившу Југославију и Међународног кривичног суда за Руанду. Цитирао је одломак из одлуке Одјељења за жалбе Међународног кривичног суда за Руанду у предмету *Семанза*, у коме је наведено да се *non bis in idem* принцип примјењује у односу на особу којој је ефективно било суђено. У овом предмету, требало је дати одговор на питање на које се одлуке односи овај принцип. Анализирајући нормативни оквир и судску праксу, Суд је прихватио да се ово правило односи искључиво на правоснажну осуду или ослобођење.

*Одлука о захтјеву одбране да се привремено застане са поступком*⁴⁹ – Овдје је Суд изразио мишљење да када једном почне доказни претрес у кривичном суђењу, то показује опасност у смислу правила *ne bis in idem*. Суспензија или обустављање поступка након тога, поставља терен за изјашњавање о двострукој кажњивости. Слиједом тога, бојазан од двоструке кажњивости би довео до одбацивања оптужби када је други поступак инициран или је почео.

*Тужилац против Bemba Gombo*⁵⁰ – Суд је нагласио да се члан 20, насловљен као "*ne bis in idem*" односи на ситуације гдје је особа већ била осуђена или ослобођена, и/или пред овим или другим судом. Суд је поновио стандарде који су усвојени у раду Међуна-

⁴⁶ *Norma Kraaijenbrink*, C-367/05, пресуда од 18. јула 2007.

⁴⁷ Све одлуке МКС-а цитиране у раду су преузете са сајта овог суда <https://www.legal-tools.org/cld>. Одлуке су претраживане простим укуцавањем кључних ријечи у пољу за претрагу, међутим, махом се ради само о сегментираним релевантним одлукама/мишљењима.

⁴⁸ ICC-01/11-01/11-662 од 5. априла 2019. године.

⁴⁹ ICC-02/05-03/09-410 од 26. октобра 2012. године.

⁵⁰ ICC-01/05-01/08-3343, 21. март 2016. године – пресуда.

родног суда за Руанду, гдје је наведено да више осуда служе да опишу пуну одговорност окривљеног и да обезбиједи цијелу слику његовог или њеног понашања. Вијеће у овом предмету се сложило са тим да осуде за више кривичних дјела су дозвољени ако та кривична дјела имају друкчије материјалне елементе, нпр. сваки захтијева доказ о чињеници који, као такав, није захтијеван у другом поступку.

*Тужилац против Гадафија*⁵¹ – У овом предмету Вијеће је стало на становишту да се процјена домаћих поступака треба фокусирати на наводном понашању, а не на правној карактеризацији тог понашања. Односно, то не значи да ти случајеви у домаћим оквирима морају бити названи "међународним злочинима", већ могу бити и "обични злочини" да би се активирала примјена начела *ne bis in idem*.

5. УМЈЕСТО ЗАКЉУЧКА

У претходна три цјелине смо се осврнули на мјеродавну праксу три међународна суда. Простим упоређивањем можемо уочити одређене сличности, али и безмале разлике. Тако, нпр. из досадашњег духа одлука ЕСЉП, могао би се извести закључак да примјену принципа "не двапут о истом" тај суд примјењује само када је донесена одлука од стране националног органа, којом су докази подвргнути анализи. Тачније, одлука донесена због застарјелости гоњења не би била довољно да активира гаранције промовисане чланом 4, Протокола 7, у оквиру јуриспруденције ЕСЉП. С друге стране, СПЕУ је децидно навео и да таква одлука улази под окриље овог концепта. Најстрожи у свом резонувању је, чини нам се, МКС, који као једино мјеродавну одлуку за примјену овог принципа, узима пресуду националног суда.

Оно што је свакако интересантно на бази ове упоредне праксе јесте да и данас, колико год се покушало са њеном кодификацијом, имамо оштре и подијељене ставове око садржине овог начела (посебно видјети издвојена мишљења у предмету ЕСЉП – *Mixalacxe*). Посебну ноту у свему томе је дала пресуда Европског суда за људска права – *А. и Б. против Норвешке*, гдје се заиста уводе појмови више апстрактне и казуистичке природе, но конкретне и апликабилне. Но, чини нам се да се стандард инаугурисан у тој пресуди са незнатним осцилацијама конзистентно примјењује у пракси како тог суда, тако и у пракси националних судова. Међутим, не можемо а да не приметијемо да је ЕСЉП доношењем задњепоменуте пресуде, на својеврстан начин инклинирао ка "реанимацији" националних одлука. Но, колико год овај приступ био сложен, морамо посебно апострофирати предмет *Бајчић*. Наиме, чудно је да ЕСЉП у овом предмету није установио повреду члана 4, Протокола 7. Иако је препознао да је и прекршајни суд у чињеничном опису, без потребе проширујући исти, додао и ударце (који као такви, а према пракси ЕСЉП, чине дио прекршаја), ипак је то релативизовао новом реториком "да је јасно да он за то није осуђен". Овакав приступ, чини нам се, је заиста еклатантни покушај Суда да пошто-пото, свакако не убједљивим разлозима, подржи националну одлуку. Ова пракса је, што је горе, јако опасна, јер постаје нејасно који су то критеријуми које ће у наредном периоду ЕСЉП узимати као релевантне приликом процјене критеријума "idem".

Но, било како било, оно што је сигурно када је у питању принцип *ne bis in idem*, јесте да "сва врата нису још увијек затворена". Напротив, нису ни близу тога. Живот ће и пред националним и пред међународним судовима изнијети још дилема.

⁵¹ ICC-01/11-01/11-344-Red, 31. мај 2013. године – одлука о прихватљивости.

На бази презентоване судске праксе, било би тешко одгонетнути да ли би рецимо одлука надлежног тужиоца о одбацивању кривичне пријаве могла да представља *res iudicata* у аутономном значењу члана 4, Протокола 7 уз ЕКЈП. Мишљења смо, иако то захтијева једну детаљнију анализу, да би и ова одлука могла да буде препрека новом вођењу поступка. Међутим, ту треба имати у виду двије ситуације. Једну, када се ради о дјелу гдје имамо оштећеног, који може у улози супсидијарног тужиоца да поднесе приватну кривичну тужбу, када би се овај принцип активирао тек по евентуалном истеку рокова да оштећени преузме гоњење, односно поднесе приговор вишем државном тужиоцу (односно, након "правоснажности" такве одлуке). С друге стране, ако то не би био случај, таква одлука би свакако била основ за активацију овог принципа. Ово из разлога (а везани стандардом из пресуде *Micalacxe*) јер је надлежни правосудни орган оцијенио изведене доказе и на бази њихове оцјене установио да нема основа за спровођење истраге. Међутим, поставља се питање да ли би тужилаштво поново могло покренути кривични поступак, на бази новооткривених доказа, у смислу става 2, члана 4 Протокола 7 уз Конвенцију.⁵² Но, далеко битније би било давање одговора на питање шта уколико јавни тужилац одбаци кривичну пријаву сходно начелу опортунитета.⁵³ Увјерени смо да би и у том случају, а слиједећи праксу ЕСЈП и СПЕУ, одговор морао бити позитиван. *Шкулић*, с правом, актуелизује у духу овог института, и питање шта се дешава у ситуацијама када закључењем споразума о признању кривице, јавни тужилац наведе да ће одустати од гоњења за кривична дјела која нису обухваћена споразумом.⁵⁴ Мишљења смо да би и у том контексту морало важити ово начело. Међутим, осим разлога до сада истицаних и незаобилазан сегмент који би суд морао имати у виду јесте и *animus contrahendi*. У коначном, ова ситуација захтијева и један шири приступ националних судова. Наиме, могли би говорити о томе да је тужилац већ оцијенио доказе и на бази тих доказа, а налазећи да очигледно постоји основана сумња да је окривљени извршио одређено кривично дјело, одустао од гоњења за то дјело, због претежнијих интереса.

ЛИТЕРАТУРА

Ashworth A., Redmayne M., *The Criminal Process*, Oxford University Press, 2010⁴.

Бајовић В., "Начело *ne bis in idem*", *Казнена реакција у Србији – IV део – Тематска монографија* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду Београд, 2014.

Бурић З., "Начело *ne bis in idem* у еуропском казненом праву – правни извори и судска пракса Еуропског суда", *Зборник Правног факултета у Загребу*, 3–4/2010.

Цветковић М., "Правило '*ne bis in idem*' у пракси Врховног касационог суда", *Билтен Врховног касационог суда Републике Србије*, 2/2017.

Цветковић В., "*Ne bis in idem*", *Билтен Врховног касационог суда Србије*, 2/2017.

Del Carmen R. V., Hemmens C., *Criminal Procedure – Law and Practice*, Cengage Learning, 2015¹⁰.

Илић Г. П., *et al.*, *Коментар Законика о кривичном поступку*, ЈП Службени гласник, Београд, 2022.

Илић П. Г., "Начело *ne bis in idem* у прекршајном поступку", *Казнена реакција у Србији – VIII део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018.

Izzo F., *Compendio di Diritto Processuale Penale*, Simone Giuridico, 2022³⁴.

Мрвић-Петровић Н., "Поштовање начела *ne bis in idem* при суђењу за сличне прекршаје у кривична дјела", *НБП – Журнал за криминалистику и право*, 2/2014.

⁵² Упор. М. Шкулић (2017), *op. cit.*, 226.

⁵³ Упор. *Ibid.*, 226–227.

⁵⁴ *Ibid.*, 228.

Ненадић С., "Начело *ne bis in idem*", *PKK*, 2/14.

Škulić М., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Мисија OSCE-а у Српјој Гори, Podgorica, 2009.

Шкулић М., "Начело *ne bis in idem* са становишта српског казненоправног система, уставноправне праксе и ставова Европског суда за људска права", *Билтен Врховног касационог суда Србије*, 2/2019.

Васиљевић Т., *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Савремена администрација, Београд, 1981.

Zupančić М. В., "Ne bis in idem (zabrana ponovnog suđenja za isto djelo) – la belle dame sans merci", *Crimen*, 2/2011.

* * *

Krsto Pejović*

THE NE BIS IN IDEM PRINCIPLE IN THE CASE LAW OF THE INTERNATIONAL TRIBUNALS

Summary

In the previously written lines, we presented the relevant case law of the European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and the International Criminal Court, when it comes to the application of the ne bis in idem principle. By comparing the jurisprudence of these international tribunals, similarities as well as significant differences can be observed. It seems to us that there is no longer any dispute about the factual situation being taken as a relevant criterion when determining the "idem" element. On the other hand, there is no general consensus based on the jurisprudence of these three courts as to whether it must be a judicial decision and whether it must be exclusively a conviction or acquittal. On the other hand, when it comes to the practice of the European Court of Human Rights, we have noticed that this court, for decades now, has failed to codify its practice in this domain. An attempt to do so resulted in the judgment of A. and B. v. Norway. Although, from the point of view of legal certainty, this is certainly a good solution, the sharp arguments of both the judges of that court and the legal opinions speak of the inapplicability and casuistry resorted to by the ECHR in passing this judgment. However, the good thing is that national courts have begun to widely apply the standards from this judgment, so only time will show how good this solution really is.

Keywords: double jeopardy, ne bis in idem, criminal procedure, European Court of Human Rights, International Criminal Court, Court of Justice of the European Union.

* The judge of the Basic Court in Kotor and PhD student at the Faculty of Law University of Belgrade, krstop@yahoo.com.

Никола Милосављевић*

КОНВЕРГЕНЦА НАЧЕЛА СПЕЦИЈАЛНОСТИ И НАЧЕЛА ОГРАНИЧЕНЕ ОБРАДЕ ПОДАТАКА О ЛИЧНОСТИ У ПОСТУПКУ ЕКСТРАДИЦИЈЕ¹

Апстракт: *Заштита података о личности представља израз заштите личности појединца и људских права. Уопште гледано заштита личности појединца, као и његових људских права ограничава се кривичним правом и потребом кажњавања учинилаца кривичних дела. Стога увек постоји тензија у односима између ове две гране права. У раду који следи аутор се бави проблемом односа начела специјалитета у екстрадицији и начела ограничене обраде податка о личности. Испитује се да ли долази до преклапања наведених начела у појединим правилима, као и да ли наведена начела могу имати исто основно полазиште. Циљ рада је објаснити однос начела које припадају различитим гранама права и њихово међусобно дејство.*

Кључне речи: *начело специјалитета, екстрадиција, начело ограничене обраде података о личности, конвергенца, међународна правна помоћ у кривичним стварима.*

1. УВОД

Заштита података о личности у ери дигиталног развоја представља све актуелнију тему. Посебно осетљиву област у том погледу представља обрада података у кривичном поступку, узимајући у обзир последице вођења овог поступка. Још осетљивије је питање преноса података о личности у другу државу. Тако долазимо и до проблема међународне помоћи у кривичним стварима. У овој области посебно долази до непрекидне потребе за вагањем између потребе очувања безбедности применом *ius puniendi* државе и заштите података о личности и права појединца са друге.

Управо из тог разлога је у Закону о међународној правној помоћи у кривичним стварима,² чланом 9, који носи помало негодговарајући рубрум "Тајност података", у другом ставу предвиђено да се подаци о личности могу користити искључиво у кривичном или управном поступку у вези са којим је поднета замолница. На први поглед делује да је ова одредба израз начела ограничене обраде података о личности, прописаног чл. 5. ст. 1 тач. 2) Закона о заштити података о личности,³ према којем се подаци могу обрађивати

* Асистент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, nmilosavljevic@jura.kg.ac.rs

¹ Рад је настао као резултат рада на пројекту Нормативно кодирање вештачке интелигенције: изабрана питања - NomoCodeAI-034, финасиран од стране Центра за научноистраживачки рад САНУ и Универзитета у Крагујевцу

² Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима – ЗМППКС, *Службени гласник РС*, бр. 20/2009.

³ Закон о заштити података о личности – ЗЗПЛ, *Службени гласник РС*, бр. 87/2018.

само у складу са сврхом за коју су прибављени, а не и у друге сврхе. Ипак, ограничење обраде података о личности на појединачни поступак по замолници, може бити израз и других начела осим овог. Овде посебно треба узети у разматрање начело специјалитета, које се примењује у поступцима екстрадиције.

У раду који следи извршићемо анализу два наведена начела, најпре начела специјалитета у екстрадицији, а затим и начела ограничене обраде података о личности. Ова анализа ће нам послужити како бисмо у крајњем могли да одговоримо да ли наведена одредба представља израз начела ограничене обраде података о личности, или начела специјалитета или пак долази до конвергенције ова два начела. Одговор на ово питање ће нам омогућити да боље објаснимо однос који постоји између, с једне стране, потребе кажњавања учинилаца кривичних дела и са друге потребе заштите људских права и људске личности уопште, што представља једно од најзначајнијих питања правне науке.

2. НАЧЕЛО СПЕЦИЈАЛНОСТИ

Начело специјалности представља посебно начело у ЗМППКС, јер је прописано само код изручења окривљеног или осуђеног. Другим речима, за разлику од општих начела и услова прописаних чл. 7. ЗМППКС, овај услов специјалитета важи само у поступцима екстрадиције.⁴ Законом се прописује да ако изручење буде дозвољено, изручено лице не може да буде кривично гоњено, подвргнуто извршењу кривичне санкције или изручено трећој држави за кривично дело извршено пре изручења, а које није предмет изручења.⁵ Као што видимо у случају када се допусти изручење према изрученом се не може водити поступак нити извршити санкција за друга дела осим за оно за које је изручен. Ово се првенствено односи на дела која је окривљени учинио пре екстрадиције, те уколико учини дело након екстрадиције, ово ограничење неће важити. Сем тога, држава молиља након што спроведе поступак према окривљеном за који је тражила изручење нема право да одлучује о екстрадицији евентуалној трећој земљи, већ то може учинити само замољена држава.⁶ Од принципа специјалитета су прописана два додатна изузетка. Следећим ставом се предвиђа да наведено правило неће важити у случајевима када се изручено лице изричито одрекло гаранције која се пружа овим начелом и када изручено лице, иако је имало могућности, није напустило територију државе којој је изручено у року од 45 дана од дана условног отпуста или извршене кривичне санкције, или ако се вратило на територију те државе.⁷ Овиме се заправо даје могућност окривљеном да одлучи о примени овог правила и да евентуално он допусти кривично гоњење и успоставља рок од 45 дана у коме он мора напустити државу молиљу, јер ће у супротном бити подвргнут гоњењу као и свако лице које се на територији те државе нађе.

Начело је у основи врло једноставно, али је много теже објаснити његову природу и *ratio* његовог увођења. Историјски гледано начело специјалитета развило се из обичајног међународног права, па је касније кодификовано. Иако екстрадицију налазимо још у најстаријем међународном уговору између Египћана и Хетита, начело специјалитета се развило релативно касно. Тек крајем XIX века државе почињу да примењују да се инсти-

⁴ М. Бабић, *Међународно кривично право*, Правни факултет, Бања Лука, 2011, 215.; А. Хоћанин, *Екстрадиција као установа међународне кривичноправне помоћи*, мастер рад, Крагујевац, 2014, 28.

⁵ Чл. 14. ст. 1. ЗМППКС.

⁶ М. Симовић, *Међународно кривично право*, Правни факултет, Источно Сарајево, 2013, 543.

⁷ Чл. 14 ст. 2. ЗМППКС.

тут екстрадиције злоупотребљава, те се изручени окривљени кажњава и за друга кривична дела осим за она за која је заштита призната. Правило ће први пут бити кодификовано међународним уговором између Француске и Луксембурга из 1844. године, а затим ће се полако ширити и на уговоре других земаља, мада се већ тада примењивало кроз међународни обичај.⁸ У складу са оваквим развојем је схватање природе овог начела као *pactum ad hoc*. Према овом схватању, екстрадиција представља уговор за себе, код које држава молиља замолницом упућује понуду замољеној држави, која даје свој пристанак на изручење. Како уговор важи само за тај појединачни случај, окривљени не може бити гоњен нити кажњен због других дела која нису предвиђена уговором.⁹

Осим овог објашњења у теорији се могу наћи и друга. Тако према једном практичном објашњењу је принцип специјалитета код екстрадиције условљен анализом услова за екстрадицију од стране државе примаоца захтева. Услови који се морају испунити за екстрадицију не би имали никаквог смисла без овог правила.¹⁰ Држава молиља би могла да захтева изручење за дело које је екстрадицибилно, а да окривљеног казни и за дело које то није.¹¹ Отуда оно представља систем контроле услова за оцену екстрадицибилности.¹² Према другом схватању, правило постоји како би се заштитили појединци од политичког прогона.¹³ Наиме, иако се у начелу домаћи држављани не екстрадирају, у складу са обавезама из међународног права, државе не изручују окривљене у оне државе у којима им прети политички прогон или дискриминација по том основу. Стога у циљу заштите појединаца од политичког прогона се не дозвољава да окривљени буде кажњаван за друга дела осим оних наведених у замолници. Постоји и схватање према коме принцип специјалитета представља посебан вид имунитета окривљеног кога се он може одрећи или који може укинути замољена држава уколико по новој замолници омогући вођење поступака и за друга дела.¹⁴

Сва наведена теоријска схватања могу се класификовати у две групе: позитивистичка и природноправна.¹⁵ Позитивистичка схватања подразумевају да је екстрадиција израз поштовања једне државе према другом у складу са принципом међународног права да *par in parem non habet imperiam*. Окривљени који се налази на територији замољене државе налази се под њеним суверенитетом. То значи да само та држава у границама свог суверенитета има право да одлучи хоће ли га или не изручити другој држави на процесуирање и кажњавање. Уколико би држава молиља окривљеног гонила за дело за које замо-

⁸ M. A. Boyle, "The Speciality Doctrine: Self-Serving Interpretations" *Suffolk Transnational Law Review*, 18/2, 1995, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sujmlr18&collection=journals&id=635&startid=&end=660>, 26.04.2023, 630–632.

⁹ S. Z. Feller, "Reflections on the Nature of the Speciality Principle in Extradition Relations" *Israel Law Review*, 12/4, 1977, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/israel12&collection=journals&id=476&startid=&end=535>, 26.04.2023, 484–486.

¹⁰ М. Бабић, *op. cit.*, 215.; S. Z. Feller, *op. cit.*, 485.

¹¹ K. E. Levitt, "International Extradition, the Principle of Speciality, and Effective Treaty Enforcement" *Minnesota Law Review*, 76/4, 1992, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mmlr76&collection=journals&id=1033&startid=&end=1056>, 26. април 2023, 1025.; С. Рудан, *Екстрадиција као установа међународне кривичноправне помоћи*, магистарски рад, Нови Сад, 2003, 58.; А. Хоћанин, *op. cit.*, 29.

¹² S. Z. Feller, *op. cit.*, 482.

¹³ K. E. Levitt, *op. cit.*, 1019; М. Бабић *op. cit.*, 215.

¹⁴ С. Рудан, *op. cit.*, 58.

¹⁵ K. E. Levitt, *op. cit.*, 1020.

љена држава није дала одобрење то представља повреду суверенитета те државе.¹⁶ У складу са овим је схватање о изручењу као *ad hoc* уговору, јер управо би вођење поступка према окривљеном представљало повреду међународног уговора између држава.¹⁷ Коначно, према овом схватању, без начела реципроцитета би сам поступак екстрадиције замољене државе остао без смисла и не би га имало сврхе спроводити уколико би држава молила могла да кажњава за сва кривична дела. Овакво схватање има своје практичне последице, јер према њему само замољена држава може одустати од специјалитета и дозволити вођење поступка и за друга дела. Окривљени се према овом схватању не може позивати на начело специјалитета, јер није странка у међународним односима. Отуда он само има могућност да затражи од замољене државе да се успротиви покретању поступка за дела која нису предвиђена замолницом уколико до тога дође.¹⁸

Природноправна схватања суштински су усмерена према окривљеном као лицу коме треба пружити заштиту. Према овом схватању, окривљени може бити субјект међународних односа онда када је потребно заштитити његова права.¹⁹ Овде би начелно спадала схватања о начелу специјалитета као механизму за спречавање политичког прогона и дискриминације, као и схватања према којима се начелом специјалитета обезбеђује имунитет окривљеном. Другим речима, начело специјалитета представља израз заштите личности окривљеног у кривичном поступку, као и заштите његове личности уопште. У складу са тим, окривљени се самостално може позвати на начело специјалитета и исто тако одрећи примене начела специјалитета. Према овом схватању окривљени нема потребе да се обраћа замољеној држави за помоћ, већ се сам може позвати на специјалитет. Имајући у виду да се махом екстрадирају страни држављани ово схватање је далеко повољније за окривљеног, јер је мало вероватно да ће замољена држава имати посебан интерес да упути протест држави молила за окривљеног који није њен држављанин.²⁰

Иако је начело специјалитета готово општеприхваћено, њему се на различите начине приступа у различитим земљама. Тако на пример Израел не дозвољава екстрадицију уколико начело специјалитета није гарантовано међународним уговором између Израела и државе молиле.²¹ Амерички судови су подељени у погледу начина прихватања начела специјалитета. Једна група судова, са ослоном на прву групу схватања, не дозвољава окривљеном позивање на начело специјалитета и води поступке према окривљеном осим уколико замољена држава не упути протест. Друга група судова пак дозвољава да се и окривљени позове на специјалитет.²² У Србији је у превази друго схватање, те се према окривљеном може водити поступак само за она дела за која је изручен, а за евенуално друга дела настала пре екстрадиције, држава молила мора поднети нову замолницу, или пак тражити од окривљеног да допусти да се према њему води поступак и за дела која нису наведена у замолници.²³

¹⁶ S. Z. Feller, *op. cit.*, 485; С. Рудан, *op. cit.*, 59.

¹⁷ S. Z. Feller, *op. cit.*, 487.

¹⁸ K. E. Levitt, *op. cit.*, 1026–1027.

¹⁹ *Ibid.*, 1021.

²⁰ *Ibid.*, 1035–1036.

²¹ S. Z. Feller, *op. cit.*, 477.

²² M. A. Boyle, *op. cit.*, 641.

²³ С. Рудан. *op. cit.*, 58.

Из свега наведеног је јасно да начело специјалитета може имати два корена: суверенитет замољене државе или заштиту права на личну безбедност окривљеног, зависно од схватања које се узме у обзир. Отуда се његов однос према наведеном правилу из чл. 9. ЗМППКС мора одредити с обзиром на оба наведена схватања. Ипак потребно је да претходно анализирамо и начело ограничене обраде података о личности.

3. НАЧЕЛО ОГРАНИЧЕНЕ ОБРАДЕ ПОДАТАКА О ЛИЧНОСТИ

Начело ограничене обраде података о личности, односно начело ограничења сврхом обраде података о личности (*purpose limitation principle*) је развијано и пре доношења Опште уредбе о заштити података о личности,²⁴ па и пре Директиве о заштити података о личности,²⁵ која јој је претходила. Ово начело је први пут било предвиђено Конвенцијом Савета Европе о заштити података о личности и документима ОЕЦД-а. Било је признато и кроз право на приватност, где га је постепено развијао Европски суд за људска права у Стразбуру. Осим тога, начело је развијано и у правима појединих националних држава.²⁶ Ипак, на овом месту ћемо се ограничити на правни оквир који је дат GDPR-ом и ЗЗПЛ.

Законом о заштити података о личности предвиђено је да се подаци могу прикупљати у сврхе које су конкретно одређене, изричите, оправдане и законите и даље се не могу обрађивати на начин који није у складу са тим сврхама.²⁷ Како се наводи у теорији, овај принцип је дводелан, односно састоји се из две целине.²⁸ Првом, која се назива обавеза спецификације предвиђа се да се подаци прикупљају само у сврхе које су изричите, оправдане и законите. Другом целином се установљава правило да се подаци не могу даље обрађивати ван сврха које су спецификоване.

Обавеза спецификације сврхе прикупљања подразумева обавезу руковоаца или обрађивача, да пре прикупљања података мора лице на које се подаци односе упознати са сврхом или сврхама обраде података. То проистиче из захтева да сврха мора бити конкретно одређена и изричита. Конкретно одређена спецификација сврхе је остварена уколико је могуће јасно закључити које обраде долазе у обзир, а које не. Ово је начешће испуњено обавештењем које руковалац мора упутити лицу на које се подаци односе пре прикупљања података. Ипак спецификација не треба да буде ни претерано детаљна ни писана правничким језиком. Изричито одређена спецификација сврхе је остварена уколико је у довољној мери недвосми-

²⁴ Општа уредба о заштити података о личности (*Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC*) – GDPR, *Official Journal L* 119, 4.5.2016, 1–88.

²⁵ Директива о заштити података о личности (*Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data*) – DPD, *Official Journal L* 281, 23/11/1995 P. 0031 – 0050.

²⁶ C. Jasserand, "Subsequent Use of GDPR Data for a Law Enforcement Purpose: The Forgotten Principle Purpose Limitation," *European Data Protection Law Review*, 4/2, 2018, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/edpl4&collection=journals&id=167&startid=&endid=182>, 26. април 2023, 154.

²⁷ Чл. 5. ст. 2. ЗЗПЛ.

²⁸ A. Roos, "Core Principles of Data Protection Law," *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 39/1, 2006, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ciminsfri39&collection=journals&id=106&startid=&endid=134>, 26. април 2023, 111.

слена и јасно изражена.²⁹ Притом врло је значајно да спецификација сврхе буде извршена пре прикупљања података.³⁰ Поред ових формалних услова присутна су и два суштинска. Прво је неопходно да је прикупљање података законито, што подразумева да мора постојати одређени законски основ по коме руководиоца прикупља податке. Другим речима, потребно је да је законом предвиђена сврха обраде тих података. Уз то неопходно је и да прикупљање буде оправдано. Услов оправданости и законитости је превод енглеског термина *legitimate* из текста GDPR-а. Оправдано и законито на први поглед могу звучати као синоними, али је услов оправданости другачији од услова законитости. Док законитост подразумева постојање основа у закону, оправданост подразумева да је прикупљање било у сврху која је и легитимна, тј. у складу са основним принципима правног поретка. Другим речима, потребно је испитати не само да је постојао основ у закону за обраду података, већ и да ли је примена такве норме легитимна, односно у складу са основним начелима правног поретка и посебно са људским правима.³¹ Како појам *legitimate* има шире значење од просте законитости, овакав превод је био одговарајући.

Други део правила представља његову суштину. Забрањује се да се подаци даље обрађују на начин који није у складу са тим сврхама. *Ratio* ове одредбе је првенствено заштита интереса појединца. Појединац мора бити упознат са легитимном сврхом због које се врши упад у део његове личности и свака сврха која излази изван ових оквира се мора сматрати недопуштеном. Ипак, овде није реч о генералној забрани. Законодавац није искључио у потпуности употребу података у друге сврхе, већ је само ограничио употребу на сврхе које су у складу са сврхама које су спецификоване и испуњавају наведене услове.

Одредбом чл. 6. ЗЗПЈ прописана су два случаја у којима је могуће прикупљене податке употребити и у друге сврхе ван прописаних. Прво, *ratione materiae* је прописано да се, ако се даља обрада врши у сврхе архивирања у јавном интересу, у сврхе научног или историјског истраживања, као и у статистичке сврхе, сматра да се подаци о личности не обрађују на начин који није у складу са првобитном сврхом. Иако је одредба помало нејасна због примене дупле негације, њоме је установљен изузетак од правила да се подаци могу користити само у спецификоване сврхе. Због различитих потреба као што је развој науке, статистичка анализа или похрањивање података законодавац је нашао за сходно да обраду података у том домену либерализује. Претпоставка је да обрада у ове сврхе неће извршити негативан утицај на личност појединца.³²

Други случај није везан за конкретне врсте обраде, већ је реч о општем изузетку према коме је могуће обрадити податке и у друге сврхе уколико су оне у складу са спецификованим. Прописано је да ако обрада у сврху која је различита од сврхе за коју су подаци прикупљени није заснована на закону који прописује неопходне и сразмерне мере у демократском друштву ради заштите циљева који су побројани чланом 40. ЗЗПЈ,³³ или

²⁹ Z. R. Kostadinova, *Purpose limitation under the GDPR: can Article 6(4) be automated?*, мастер рад, Универзитет у Тилбургу, <https://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=146471>, 26.04.2023, 31–32.

³⁰ A. Roos, *op. cit.*, 112.

³¹ Z. R. Kostadinova, *op. cit.*, 33.

³² P. de Hert, J. Sajfert, "The fundamental right to personal data protection in criminal investigations and proceedings: framing big data policing through the purpose limitation and data minimisation principles of the Directive (EU) 2016/680", *Brussels privacy hub working paper*, 7/31, 2021, 10. <https://ssrn.com/abstract=4016491>, 26. април 2023

³³ То су: 1) националне безбедности; 2) одбране; 3) јавне безбедности; 4) спречавања, истраге и откривања кривичних дела, гоњења учинилаца кривичних дела, или извршење кривичних санкција, укључујући спре-

на престанку лица на које се подаци односе, руковалац је дужан да оцени да ли је та друга сврха обраде у складу са сврхом обраде за коју су подаци прикупљени. Инсистирање на законитости, неопходности и сразмерности опомиње на праксу Европског суда за људска права, који управо примењује ове критеријуме када одлучује о ограничењу људских и мањинских права и слобода. Ово стога што наведено правило представља изузетак од људских права, те је сходно томе потребно испитати према општим правилима за ограничење људских права да ли је ограничење оправдано.³⁴ Сходно наведеном накнадна употреба мора бити у складу са законом, неопходна и сразмерна. Поред ових фактора у теорији се сматра да су од значаја и критеријуми рационалности, равноправности и правичности.³⁵ Услов законитости ће бити испуњен у оним ситуацијама када је изузетак или ограничење прописано законом. Неопходност је испуњена онда када постоји нека друштвена потреба која је јасно изражена. Пропорционалност, односно сразмерност је остварена у оним ситуацијама када је ограничавање људских права примерено конкретnoj ситуацији. Осим тога побројани су и циљеви услед којих може доћи до овог ограничења.³⁶

Општа уредба о заштити података о личности и Закон о заштити података о личности уводе поред наведеног и један додатни услов – да додатна сврха обраде буде у складу са спецификованом сврхом.³⁷ У теорији је овај услов схваћен као продужетак принципа пропорционалност.³⁸ Додатна сврха обраде може бити очигледно усклађена или очигледно неусклађена са спецификованом сврхом. Ово ће по правилу бити случај када је додатна сврха очекивана са становишта лица на које се подаци односе.³⁹ Уколико то није случај потребно је извршити тест компатибилности. Тест компатибилности се врши имајући у виду критеријуме који су прописани законом: 1) да ли постоји веза између сврхе за коју су подаци прикупљени и друге сврхе намераване обраде; 2) околности у којима су подаци прикупљени, укључујући и однос између руковоаца и лица на које се подаци односе; 3) природу података, а посебно да ли се обрађују посебне врсте података о личности, односно подаци о личности у вези са кривичним пресудама и кажњивим делима; 4) могуће последице даље обраде за лице на које се подаци односе и 5) примену одговарајућих мера заштите, као што су криптозаштита и псеудонимизација. Ови критеријуми раније нису били предвиђени Директивом о заштити података о личности, али су били примењивани у пракси због чега их је законодавац коначно и унео у GDPR и ЗЗПЈ. Оно што је карактеристично за њих јесте да су апстрактно постављени. То оставља могућност да суд у сваком конкретном случају испита да ли је и у којој мери нова сврха у складу са спецификованом или не. Ради појашњења, *Article 29 Working party*, као група која окупља тела надлежна за заштиту

чавање и заштиту од претњи по јавну безбедност; 5) других важних општих јавних интереса, а посебно важних државних или финансијских интереса Републике Србије, укључујући монетарну политику, буџет, порески систем, јавно здравље и социјалну заштиту; 6) независности правосуђа и судских поступака; 7) спречавања, истраживања, откривања и гоњења за повреду професионалне етике; 8) функције праћења, надзора или вршења регулаторне функције која је стално или повремено повезана са вршењем службених овлашћења у случајевима из тач. 1) до 5) и тачке 7) овог става; 9) лица на које се подаци односе или права и слобода других лица; 10) остваривања потраживања у грађанским стварима.

³⁴ C. Jasserand, *op. cit.*, 159.

³⁵ A. Roos, *op. cit.*, 111.

³⁶ C. Jasserand, *op. cit.*, 161–163.

³⁷ *Ibid.*, 160.

³⁸ Z. Mateeva, "Conditions for lawful personal data processing by data controllers as per the general data protection regulation", 5., <https://www.researchgate.net/publication/341980226>, 26. април 2023.

³⁹ Z. R. Kostadinova, 36–37.

података о личности у Европи, саставила је списак поткритеријума према којима је могуће оценити да ли су наведени критеријуми испуњени, што додатно олакшава рад.⁴⁰ Осим испуњења наведених критеријума, подразумева се и да додатна обрада мора бити извршена од стране истог руковоаца или по налогу истог руковоаца.⁴¹

Оно што се може донекле сматрати недостатком наведеног начела, као и изузетка, јесте да није било веће провере у пракси. Суд правде Европске уније се овим питањем није бавио детаљније. На одређену праксу налазимо у поступцима који су водили Француски и Белгијски органи надлежни за заштиту података о личности против компаније Фејсбук (*Facebook*), која је неовлашћено податке корисника преносила компанијама које су имале "plug in" на Фејсбуку.⁴² Оваква накнадна сврха се није могла сматрати усклађеном са оригиналном сврхом због које су подаци прикупљени и која је била у обавештењу спецификована. Ван ових примера, начело још увек није детаљније анализирано у судској пракси, те се о њему још увек релативно мало зна. Оно што је могуће закључити јесте да начело представља израз општег принципа да лице на које се подаци односе мора имати контролу над коришћењем података о личности као делу његове личности. Имајући у виду да је реч о важном принципу од њега се може одступити само изузетно, што се види и из строгости услова који су прописани.

4. КОНВЕРГЕНЦИЈА ДВА НАЧЕЛА

Након што смо се упознали са оба начела, неопходно је да анализирамо спорну одредбу чл. 9. ст. 2. ЗМППКС да се подаци о личности могу користити искључиво у кривичном или управном поступку у вези са којим је поднета замолница. Наведено правило, имајући у виду да се односи на податке о личности и начин на који је постављено, суштински би требало да представља израз начела ограничене обраде података о личности. Другим речима, ако су подаци прикупљени у вези са поступком за једно кривично дело не могу бити коришћени у поступку који се води за друго кривично дело. У питању је различита сврха, те самим тим нема ни даље обраде. Међутим, оно што је интересантно јесте чињеница да се у наведеном правилу инсистира на појму поступак, а не сврха. Наиме, као што видимо обрада података је ограничена на поступак по замлоници за коју су подаци тражени. Иако и различитост поступка суштински представља различитост сврхе, инсистирање законодавца на овом појму заправо би могло да укаже да је у питању израз начела специјалности. Управо је суштина начела специјалитета да се надлежност државе молиље не може протезати и на остале поступке уколико замољена држава то не одобри. Подаци представљају део личности окривљеног, те окривљени ни једним својим делом личности не може бити подвргнут другом поступку без одобрења замољене државе или свог пристанка.

Наведена дилема није само теоријска, већ има и битне практичне последице. Уколико је реч о начелу ограничене обраде података о личности, то значи да се на наведено правило могу применити изузеци из чл. 6. ЗЗПЛ и да би држава молиља могла, уколико су испуњени услови о којима је раније било речи, да податке из једног поступка примени у другом поступку. С друге стране, ако је наведено правило израз начела специјалитета држава молиља то неће моћи да учини без сагласности замољене државе или

⁴⁰ *Ibid.*, 37–38.

⁴¹ C. Jasserand, *op. cit.*, 10.

⁴² Z. R. Kostadinova, *op. cit.*, 47.

пристанка окривљеног. Коришћење података није исто што и вођење кривичног поступка према окривљеном, али ипак може имати импликације по безбедност самог окривљеног.

Кључним за решавање ове дилеме сматрамо правило из чл. 6. ст. 3. ЗЗПЈ. Наиме, овим правилом је прописано да се одредбе ст. 1. и 2. наведеног члана, којим су прописани изузеци од начела ограничене обраде, не примењују на обраду коју врше надлежни органи у сврхе спречавања, истраге и откривања кривичних дела, гоњења учинилаца кривичних дела или извршења кривичних санкција, укључујући спречавање и заштиту од претњи јавној и националној безбедности. Овим правилом је установљена суперматрија правила кривичног права у односу на право заштите података о личности у овом домену.⁴³ Наиме, раније смо објаснили да правило о специјалитету у поступцима екстрадиције представља израз начела заштите личне безбедности окривљеног у поступку. Интерес заштите личне безбедности је постављен као значајнији у односу на интересе које држава може остварити искључивањем принципа ограничене обраде података о личности. Осим тога, треба имати у виду да начело специјалитета представља и израз поштовања суверенитета друге државе. Уколико би се применом изузетка из ЗЗПЈ могло заобићи правило о начелу специјалитета, то би значило и повреду суверенитета замољене државе. Коначно, у складу са начелом специјалитета је да се ни један део личности окривљеног не може подвргнути другом кривичном поступку за који није тражена екстрадиција. Отуда би било исправно закључити да је наведено правило из чл. 9. Ст. 2. ЗМППКС заправо један облик начела специјалитета.

Међутим, начело специјалитета се примењује само у поступцима екстрадиције, док се правило из чл. 9. ст. 2. ЗМППКС односи на све поступке међународне кривично-правне помоћи. Поред тога, погрешно би било закључити да начело ограничене обраде података нема апсолутно никакав утицај на наведено правило. Стога би према нашем мишљењу било најисправније закључити да је овде реч о конвергенци два начела, односно да је наведено правило израз како једног тако и другог начела. Конвергенција је у овом случају могућа због тога што наведена начела потичу из истог основа. Реч је о праву на заштиту интегритета личности појединца. Другим речима, личност појединца не може бити повређена ни у једном аспекту, било да је реч о његовој физичкој или правној личности израженој кроз податке о личности. Стога како је основ наведена два начела исти, не постоји препрека да начела конвергирају у заједничком правилу.

5. ЗАКЉУЧАК

Спроведеном анализом је најпре утврђена природа и разлог увођења начела специјалности у поступак екстрадиције. У овом погледу постоје два схватања – позитивистичко и природноправно, где је према првом основ увођења овог правила у поштовању суверенитета замољене државе, док је према другом примарна заштита окривљеног посебно од политичког прогона. Према првом схватању окривљени се не може позивати на специјалитет, већ то може само учинити држава молиља, док се према другом и окривљени може позвати на то правило.

С друге стране, начело ограничене обраде података о личности подразумева двоструко правило које обезбеђује да руковалац подацима мора спецификовати сврху за коју

⁴³ C. Jasserand, *op. cit.*, 166.

прикупља податке и да не сме обрађивати податке на начин који није у складу са спецификованом сврхом. Осим тога, сврха мора бити у складу са законом, изричита и јасно одређена. Одступања од овог начела су праћена бројним условима који се морају испунити, што произилази из значаја које ово право има за област права. Поред услова пропорционалности, неопходности и законитости, GDPR и ЗЗПЈ уводи се и услов усклађености са ранијом сврхом обраде као додатни услов.

Спорно правило из чл. 9. ст. 2. ЗММПКС, према нашем мишљењу, много је ближе начелу специјалитета него начелу ограничене обраде података о личности, имајући у виду језичко, али и логичко и системско тумачење. У самом тексту одредбе се инсистира на ограничениости поступка, а правило о изузецима од начела ограничене обраде података о личности се не примењује у кривичним стварима. Ипак, како оба начела у својој основи служе истој сврси, односно заштити личне безбедности појединца, суштински у правилу из чл. 9. ст. 2. ЗММПКС долази до конвергенције два наведена начела.

ЛИТЕРАТУРА

- Андоновић С., *Заштита података у електронској јавној управи у Републици Србији – правни аспекти*, докторска дисертација, Универзитет у Београду Правни факултет, 2019.
- Бабић М., *Међународно кривично право*, Правни факултет, Бања Лука, 2011.
- Boyle M. A., "The Speciality Doctrine: Self-Serving Interpretations" *Suffolk Transnational Law Review*, 18/2, 1995, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sujnlr18&collection=journals&id=635&startid=&end=660>
- De Hert P., Sajfert J., "The fundamental right to personal data protection in criminal investigations and proceedings: framing big data policing through the purpose limitation and data minimisation principles of the Directive (EU) 2016/680", *Brussels privacy hub working paper*, 7/31, 2021, <https://ssrn.com/abstract=4016491>
- Jasserand C., "Subsequent Use of GDPR Data for a Law Enforcement Purpose: The Forgotten Principle Purpose Limitation", *European Data Protection Law Review*, 4/2, 2018, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/edpl4&collection=journals&id=167&startid=&end=182>
- Kostadinova Z. R., *Purpose limitation under the GDPR: can Article 6(4) be automated?*, мастер рад, Универзитет у Тилбургу, <https://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=146471>
- Levitt K. E., "International Extradition, the Principle of Speciality, and Effective Treaty Enforcement" *Minnesota Law Review*, 76/4, 1992, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mnlr76&collection=journals&id=1033&startid=&end=1056>
- Mateeva Z., "Conditions for lawful personal data processing by data controllers as per the general data protection regulation", <https://www.researchgate.net/publication/341980226>
- Roos A., "Core Principles of Data Protection Law," *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 39/1, 2006, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cimlsfri39&collection=journals&id=106&startid=&end=134>
- Рудан С., *Екстрадиција као установа међународне кривичноправне помоћи*, магистарски рад, Нови Сад, 2003.
- Симовић М., *Међународно кривично право*, Правни факултет, Источно Сарајево, 2013.
- Hahn I., "Purpose Limitation in the Time of Data Power: Is There a Way Forward?" *European Data Protection Law Review*, 7/1, 2021, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/edpl7&collection=journals&id=37&startid=&end=50>
- Feller S. Z., "Reflections on the Nature of the Speciality Principle in Extradition Relations" *Israel Law Review*, 12/4, 1977, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/israel12&collection=journals&id=476&startid=&end=535>
- Хоћанин А., *Екстрадиција као установа међународне кривичноправне помоћи*, мастер рад, Крагујевац, 2014.

* * *

Nikola Milosavljević*

**THE CONVERGENCE OF THE SPECIALITY PRINCIPLE AND PURPOSE
LIMITATION PRINCIPLE IN EXTRADITION PROCEEDINGS**

Summary

Data protection represents the form of protection of an individual's personality and human rights. On the other hand, the protection of an individual's personality, as well as his human rights, is limited by the necessity of punishing the perpetrators of criminal offenses. Therefore there is always the tension between these two branches of law. In the following paper, the author examines the relations between the specialty principle in extradition proceedings and the purpose limitation principle. The subject of the paper is to analyze if there is a field of overlap between these two principles, and if they have the same basis. The paper aims to describe the relation between these two principles that are ruling different branches of law, as well as their interconnections.

Keywords: specialty principle, extradition proceeding, purpose limitation principle, convergence, international cooperation in criminal law.

* Lecturer, University of Kragujevac – Faculty of Law, nmilosavljevic@jura.kg.ac.rs.

Анђелија Стевановић*

ХУМАНИТАРНА ИНТЕРВЕНЦИЈА – ХУМАНИ ЧИН ИЛИ ЗЛОЧИН?

Апстракт: Ауторка у раду покушава да разграничи појаву хуманитарне интервенције као условно речено хуманог чина, у својству инструмента заштите међународног мира – што је један од разлога постојања овог института, и хуманитарну интервенцију као једну врсту агресије (злочина) моћнијих држава према политички и економски слабијим државама у одређеним случајевима. Приказује како се јавила идеја о хуманитарној интервенцији, на који начин је могуће оправдати предузимање хуманитарне интервенције и који су услови за то. Док са друге стране критикује предузимање такве интервенције под неистинитим изговором заштите људских права, као и због непоштовања правила међународног јавног права којима се забрањује употреба силе, осим уз одобрење Савета безбедности – посебно са освртом на такозвану хуманитарну интервенцију НАТО алијансе 1999. године на Косову и Метохији, односно на територији СР Југославије.

Кључне речи: хуманитарна интервенција, одобрење Савета безбедности, агресија, употреба оружане силе, заштита људских права.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Идеја хуманитарне интервенције је да се пружи помоћ народу у државама у којима долази до систематског кршења људских права, када не постоји нити један други механизам за заштиту права, већ само употреба силе, која је одобрена од стране Савета безбедности. Међутим, у пракси није увек тако. У историји је "хуманитарна интервенција" представљала један од основа колонијалне политике коју су спроводиле велике силе у међународним односима – како би се прикрила права намера, а то је економска експлоатација.¹ Одмах можемо уочити да хуманитарна интервенција у стварности представља изговор који јаче силе користе за наметања своје воље слабијима, уместо да служи као механизам заштите права. Поред тога, сматра се да се замисао о хуманитарној интервенцији јавила још пре два века, тачније у XIX веку, на шта је свакако утицао пораст моћи тадашњих западних држава и Русије, уз истовремено слабљење Турске, ти најранији случајеви хуманитарних интервенција, углавном, су били везани за заштиту мањина, и то пре свега оних верских. Практика предузимања хуманитарних интервенција која је постојала током XIX века готово ишчезава у првој половини XX века. То ишчезавање поклапа

* Студент докторских студија на Правном факултету Универзитета у Београду, међународноправна ужа научна област, истраживач приправник у Институту друштвених наука у Београду, andjelija.stevanovic21@gmail.com

¹ М. Пауновић, "Хуманитарна интервенција као злоупотреба начела забране употребе силе у међународном праву", *Југословенска ревија за међународно право*, 1-3/1999, 150.

се са тежњом међународне заједнице да ограничи, односно забрани рат, што је учињено Пактом Друштва народа и Бријан-Келоговим пактом.²

Како је током Другог светског рата дошло до незапамћених страдања народа и до масовних кршења људских права, међународна заједница је након завршетка рата, оснивањем Организације Уједињених нација (у даљем тексту: УН) изричито забранила употребу било какве врсте силе у међународном праву. Посебно се у Повељи УН обавезују сви чланови да се у својим међународним односима уздржавају од претње силом, или употребе силе против територијалног интегритета или политичке независности сваке државе или на сваки други начин који је несагласан са циљевима УН.³ Једини изузетак од овог правила је урођено право народа на самоодбрану у случају оружаног напада, док Савет безбедности не предузме мере потребне за очување међународног мира и безбедности. Даље, подразумева се да ће о мерама које предузму чланови при вршењу овога права на самоодбрану бити обавештен Савет безбедности и оне неће ни на који начин да доведу у питање овлашћење Савета безбедности да по Повељи УН предузме у свако доба такву акцију ако је сматра нужном ради одржавања или успостављања међународног мира и безбедности.⁴ Оружана интервенција на основу одлуке Савета безбедности, у смислу главе VII Повеље, представља дозвољени изузетак од когентног правила о забрани употребе силе. Таква одлука Савета безбедности може у принципу бити донета и у случају тешких и масовних повреда људских права, под општим условима неопходним за предузимање колективних мера од стране Савета безбедности, о чему ће бити нешто више речено у наредним поглављима овог текста.

Међутим, оружана интервенција без изричитог одобрења Савета безбедности, или позива легалне владе, конституисала би акт агресије. Хуманитарна интервенција не фигурира, нити се може подвести под изузетке од забране претње и употребе силе у односима између држава.⁵ Из наведеног закључујемо да је, поред самоодбране, сваки други облик употребе силе у међународном праву забрањен, уколико није претходно одобрен од стране Савета безбедности. Уочава се да у ставовима релевантних ауторитета, институција и субјеката међународне заједнице, постоје разлике у приступу питања права на хуманитарну интервенцију, ипак, генерално се може рећи да преовлађује став према коме су УН, односно Савет безбедности УН, једино тело у међународној заједници које има право на доношење одлуке о предузимању хуманитарне интервенције коришћењем силе. Међутим, и у том случају питање њене оправданости остаје отворено, како због ограничења УН из чл. 2. став 7. Повеље УН, тако и због непостојања сагласности о критеријумима њене примене.⁶ Неретко се примењују различити критеријуми у зависности од тога које државе су у питању, заправо, који је крајњи циљ интервенијента. Како онда можемо да схватимо појаву хуманитарних интервенција без претходног одобрења Савета безбедности и како то да међународна заједница толерише хуманитарне интервенције које су предузимане у претходном периоду без одобрења Савета безбедности? Да ли је појавом института хуманитарне интервенције покушано заобилажење забране употребе силе и проналажење начина, или условно речено изговора, на који би моћније државе могле да

² Н. Раичевић, "Еволуција хуманитарне интервенције у међународном праву", *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Г. Обрадовић), Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2021, 150.

³ Члан 2, став 4 Повеље Уједињених нација

⁴ Члан 51 Повеље Уједињених нација

⁵ М. Крећа, *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 199.

⁶ С. Савић, "Међународно право и хуманитарна интервенција", *Међународни проблеми*, 1/2007, 13.

контролишу мање, економски и политички слабије државе? Као и који су то услови за предузимање такве врсте интервенције према другим државама? Како бисмо покушали да дамо одговор на ова питања, морамо прво дефинисати и разумети сам појам хуманитарне интервенције.

2. ПОЈАМ ХУМАНИТАРНЕ ИНТЕРВЕНЦИЈЕ

Интервенција у међународном праву је мешање у односе између других држава, а нарочито у унутрашње послове друге државе, са циљем да се утицајем, претњом или употребом силе нагнале да одређену ствар учине,⁷ односно једнострано мешање једне државе у ствари друге државе у циљу да одржи или промени садашње стање ствари.⁸ Постоји више обилка интервенције у међународном праву – оружана, која је изричито забрањена Повељом УН, затим доношењем Декларације начела међународног права о пријатељским односима и сарадњи између држава, забрана је проширена и на политичку, економску, културну, као и дипломатску, финансијско-економску или пропагандну интервенцију.⁹

Закључујемо – интервенција као таква заправо има више појавних облика, међутим најконтроверзнији облик је управо хуманитарна интервенција. Концепт хуманитарне интервенције представља насилну интервенцију једне државе у ствари друге државе, да би се тако заштитили сопствени национални интереси, или ради спречавања масовног кршења људских права у некој држави, али је право на хуманитарну интервенцију, без обзира да ли се ради о мултилатералној или унилатералној акцији, веома контроверзан појам, па тако *prima facie*, у Повељи УН постоји генерална забрана насилне интервенције једне државе у ствари друге и није експлицитно предвиђен изузетак у односу на то.¹⁰

Хуманитарна интервенција важи као ексклузивна ствар најмоћније државе света која своје деловање заснива на претпоставци о суштинској симбиози силе и морала, силе и цивилизацијске надмоћи. Из тога се, потом, изводи наводна дужност моћних земаља, односно најмоћније земље света, да свима другима наметне своје вредности и своје схватање морала, а у крајњој линији да их перманентно држи у стању наметнуте незрелости. Такав "морални апсолутизам", у коначном, искључује могућност слободне моралне аргументације и дијалога. У ствари, ту и није реч о моралној премоћи него премоћи силе, трајној дисквалификацији међународних правних норми и наметању унилатерализма путем морализације политике.¹¹ Интервенције су вршене, а и данас им се прибегава (противправно), ради заштите начела хуманости, односно заштите људских права у тој држави, и то оружаним путем.¹² Дакле – долази до употребе силе у одређеној држави, за коју се сматра да спроводи масовна кршења људских права и под тим изговором се предузима сила, како би се заштитили држављани државе у којој се хуманитарна интервенције врши, без сагласности те државе. Из ове дефиниције могу се уочити пет битних елемената хуманитарне интервенције по којима се она разликује од неких сличних установа. Најпре, хуманитарна интервенција може бити предузета само употребом оружане силе, те сви

⁷ Н. Даниловић, "Нови интервенционизам и хуманитарна интервенција у међународној пракси", *Мегатренд ревија*, 2/2020, 81.

⁸ М. Бартош, *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1954, 281.

⁹ М. Крећа, *op. cit.*, 195.

¹⁰ М. Шкулић, *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022, 221.

¹¹ М. Савић, "Етика хуманитарних интервенција", *Социолошки преглед*, 4/2009, 527.

¹² М. Пауновић, *op. cit.*, 149.

они други облици страног утицаја на побољшање стања људских права у некој држави не могу се сврстати у ову установу. Што се тиче субјеката као другог битног елемента хуманитарна интервенције, оружана сила може бити употребљена било од стране држава или међународних организација, док је пасивни субјект увек држава. Следећи битан елемент представља разлог за предузимање хуманитарне интервенције, а то је озбиљно и масовно кршење људских права у некој држави. Лица која се штите хуманитарном интервенцијом, тј. њени бенефицијари морају бити држављани државе против које се интервенише, што представља четврти битан елемент. Последњи битан елемент искључује постојање сагласности државе против које се интервенише ради заштите људских права, јер се у противном ради о интервенцији уз пристанак државе чија легалност није спорна.¹³

Проблем настаје јер хуманитарна интервенција као таква није изричито дозвољена у међународном праву, већ се њена легалност оправдава потребом да се заштите људска права. Не треба губити из вида да хуманитарна интервенција не налази своје правне основе ни у једном међународном правном акту. Напротив, као што је напред наведено, употреба силе у међународним односима је забрањена. Како би се евентуално могло говорити о допуштености хуманитарне интервенције, поједини аутори су настојања да је представе као део међународног обичајног права, које по својој правној снази парира најзначајнијим међународним актима, каква је Повеља УН.¹⁴ Изражене су разлике у тумачењу норми обичајног права као критеријума права примене хуманитарне интервенције. За настанак међународног обичајног правила, неопходно је да буду испољена два елемента – општа пракса и свест о правној обавезности, јер како и сам Суд правде у свом Статуту дефинише – обичај је доказ опште праксе прихваћене као право.¹⁵ Када се имају у виду елементи неопходни за настанак обичаја, не може се закључити да је хуманитарна интервенција постала део међународног обичајног права. Најпре, пракса на том плану није била једнообразна, општа нити континуирана. Државе су се различито понашале у случају озбиљног и масовног кршења људских права у свету. Оне су некада предузимале војне интервенције, али су често остајале само неми посматрачи људских страдања.¹⁶ Било би тешко доказати праксу, а камоли свест о правној обавезности обичајног правила, имајући у виду да је у последње време најмање 133 држава одбацило идеју о унилатералној хуманитарној интервенцији, како индивидуалним, тако и колективним актима. Штавише, тренутно је на снази сасвим супротан међународноправни обичај – о забрани интервенције. Чак је и Међународни суд правде закључио да (нарочито у случају Никарагве против САД, 1986) међународно обичајно право не дозвољава једностране хуманитарне интервенције, и да, напротив, "принцип неинтервенције произилази из међународног обичајног права."¹⁷ Ако би се пракса употребе силе у посебним случајевима усталила као акт у "стању крајње нужде", или томе слично, онда је то за међународно право враћање уназад, на услове који су постојали пре усвајања Повеље УН. То би значило пружање могућности да ово право буде узурпирано, првенствено од снажнијих држава.¹⁸

¹³ Н. Раичевић, *op. cit.* 151–152.

¹⁴ Ј. Радмановић, "Хуманитарна интервенција у контексту злочина агресије из члана 8bis Римског статута", *Гласник адвокатске коморе Војводине часопис за правну теорију и праксу*, 1/2022, 138.

¹⁵ Члан 38 Статута Међународног суда правде

¹⁶ Н. Раичевић, *op. cit.*, 154.

¹⁷ Б. Кривокапић, "On the concepts of humanitarian intervention and preventive self-defence" *Adrias*, 14/2007, 64.

¹⁸ С. Савић, *op. cit.*, 38.

Закључује се да нема места легалности хуманитарне интервенције у међународном праву, да не постоји нити један међународни инструмент којим се изричито дозвољава оваква употреба силе против других држава, чак и да постоје масовна кршења људских права, без одобрења Савета безбедности не сме долазити до употребе оружане силе или било какво друго мешање и интервенисање у послове других држава.

С друге стране, ако заиста стање у одређеној држави представља претњу по светски мир и безбедност, тада ће и Савет безбедности, кроз предвиђену процедуру донети одлуку о легалној употреби силе од стране самих УН, па зашто онда овде уводити обичајно право и растељиве критеријуме, који омогућавају разне злоупотребе. Стога смо мишљења да је цео концепт хуманитарне интервенције у основи погрешан и омогућава да моћне државе спроводе агресију ради остваривања сопствених интереса, а да то онда правдају хуманитарним разлозима.¹⁹ Уосталом, пракса је показала да ниједна од интервенција које су предузимане под заставом хуманости никада није била мотивисана само, па ни преваходно, човекољубљем и другим несобичним поривима. Напротив – сви познати случајеви кажују да су државе интервенисале користећи хуманитарне разлоге само као покриће за своје стварне (политичке) циљеве, као што су смена непослушног режима, обезбеђење приступа нафти и другим сировинама, добијање војних база и сл. При томе, интервенције су по правилу извођене на начин који је значајно веће или мање гажење хуманитарног права, укључујући и доказане ратне злочине и злочине против човечности. У осталим случајевима радило се о акцијама спасавања талаца у страним државама, које су међутим, по правилу изазвале већу штету од користи.²⁰

Много пута је ова установа међународног права била злоупотребљивана, јер је послужила као средство за остварење посебних интереса у иностранству, док је на другој страни у појединим случајевима долазило и до правога покоља становништва, а да остале државе нису ништа предузимале.²¹ Тако има појава да, зависно од историјског периода и иницијатора (предводника) одређене хуманитарне интервенције, у неком периоду она бива квалификована као правно недозвољена (илегална), док у другом времену, иста таква акција бива проглашена легалном, чак и оправданом.²² Сведоци смо таквог различитог третмана држава у случају кршења људских права, у зависности од тога јесу ли те државе савезници јаким силама или не, као што је случај Турске и њеног вишегодишњег лошег односа према Курдима, на чијој територији никада није дошло до било какве врсте интервенције тим поводом, иако постоје докази о масовним кршењима људских права, који заправо у стварности представљају прави основ за покретање акција као што је хуманитарна интервенција. Таква прављења разлика најбоље илуструје Вилкинс: "Истина је да ми никада нећемо извршити притисак на савезнике попут Турака, који злостављају Курде, иако ћемо извршити притисак на земље које нису наши савезници за много мања злостављања њихових грађана."²³ Из оваквог контекста можемо да схватимо да је хуманитарна интервенција ништа друго, до показивање моћи јачих држава над слабијима, у

¹⁹ М. Шкулић, "Злочин против мира као "капитално" међународног кривично дело", *Ревиија за криминологију и кривично право*, 2-3/2015, 13.

²⁰ Н. Даниловић, *op.cit.*, 86.

²¹ С. Миленковић, "Хуманитарна интервенција и данашње међународно право", *Зборник радова Правно-економског факултета у Нишу* (ур. С. Поповић), Правно-економски факултет у Нишу, Ниш, 1966, 188.

²² С. Савић, *op.cit.*, 20.

²³ Б. Вилкинс, "Хуманитарне интервенције", *Хуманитарне војне интервенције* (ур. Ј. Бабић, П. Бојанић), Службени гласник, Београд, 2008, 113.

моментима када слабије државе условно речено показују своју "непослушност" јачима. Тада се слабије државе оптужују да заправо оне саме крше међународно право у одређеним сегментима и тиме се правдају зверски напади на исте, који се спроводе путем оружане примене силе јачих држава. Што управо можемо видети на примеру случаја такозване хуманитарне интервенције на СР Југославију, која је спроведена од стране НАТО алијансе, без одобрења Савета безбедности и која је донела неупоредиво више штете него користи у смислу заштите људских права, али је са друге стране донела користи онима који су под изговором заштите људских права спровеле слободно можемо рећи злочин агресије над овом државом.

3. ИНТЕРВЕНЦИЈА НАТО АЛИЈАНСЕ ПРОТИВ СР ЈУГОСЛАВИЈЕ 1999

Иако је свака оружана интервенција забрањена, као што смо видели у претходном одељку, земље чланице НАТО савеза, основаног на бази чл. 51 Повеље УН, нападе су непрекидним ваздушним ударима Југославију 24. марта 1999. године. Као главни разлог наведена су хуманитарна страдања, то јест непоштовање људских права албанске националне мањине у Југославији.²⁴ Започети оружани сукоб је класичан пример агресије, по свим правилима међународног права и сасвим јасно забрањене тим истим правилима. На жалост, Савет безбедности Уједињених нација није имао "снаге" да то утврди, упркос јасним и прецизним правним овлашћењима и могућностима. Већ на почетку тог сукоба постало је сасвим јасно да је политика, односно, неправо однело превагу над правом.²⁵ Дакле, несумњиво је да је агресија НАТО на Југославију значила флагрантно кршење једне од најзначајнијих одредби Повеље УН, која се односи на одржавање мира и право употребе оружане силе. Она је директно супротна и одредбама Декларације УН о пријатељским односима између држава (резолуција Генералне скупштине 2625) и резолуцији Генералне скупштине о дефиницији агресије.²⁶ НАТО је војно политички савез који је настао као инструмент заједничке одбране држава чланица, и он би имао право да у складу са чланом 5. Атлантске повеље војно интервенише против сваке државе која би извршила агресију на било коју од чланица Савеза. Међутим, више је него очигледно да тадашња СРЈ није извршила агресију ни на једну државу у свом окружењу, а посебно није извршила агресију на било коју чланицу НАТО, тако да се нису стекли услови из члана 51. Повеље за ову врсту војне интервенције. Такође, Савет безбедности није донео никакву одлуку којом би се одобрила употреба оружане силе против СРЈ, због наводних повреда људских права на Косову и Метохији, тако да се није стекао ни други услов за легалну употребу силе против СРЈ.²⁷

Често се у литератури овај пример наводи као хуманитарна интервенција на Косову. Међутим, то није исправно јер је војна интервенција предузета против СР Југославије и на читавом подручју ове државе. Чак и да су напади НАТО-а извођени само на Косову, неопходно је ту интервенцију окарактерисати као напад на Југославију јер је нарушен територи-

²⁴ М. Пауновић, *op.cit.*, 156.

²⁵ М. Старчевић, "Агресија НАТО против Југославије и међународно хуманитарно право", *Југословенска ревија за међународно право*, 1-3/1999, 136.

²⁶ М. Митић, "Агресија НАТО на Југославију – негација међународног права", *Југословенска ревија за међународно право*, 1-3/1999, 80.

²⁷ З. Драгишић, "Суверенитет и хуманитарна интервенција", *Српска политичка мисао*, 2/2009, 57–58.

јални интегритет и политичка независност те државе.²⁸ Бомбардовање СР Југославије је први конфликт таквог типа који се одиграо на подручју Европе након Другог светског рата. НАТО снаге су, под изговором "масовног кршења људских права" албанског становништва на територији Косова и Метохије, поставиле СРЈ једну врсту, слободно можемо рећи, ултиматима приликом преговора у Рамбујеу. Противно међународном праву, Косово је требало да постане НАТО протекторат, а УН нису имале никакву улогу осим што је Савет безбедности "позван" да својом резолуцијом поздрави овај споразум. Њиме је био одобрен велики политички утицај грађана Косова на политику СР Југославије, али је забрањивао било какво мешање у прилике на Косову од стране југословенске владе.²⁹ Верованије тумачење би било да је постављање таквих услова било део веће организоване стратегије САД-а, како би блокирале сваки вид могућег дипломатског договора и тиме створиле изговор за рат. Кисинџер је приметио да је конференција у Рамбујеу "изговор за бомбардовање".³⁰ Ниједна суверена држава на свету не би прихватила услове постављене у Рамбујеу, што нам говори да намере нису били преговори, већ постављање претешких, неприхватљивих услова СР Југославији, како их не би прихватила, те како би се изнашли разлози за почетак оружане интервенције против СР Југославије, која не налази правно упориште ни у једном међународноправном документу, нити је у складу са међународним јавним правом.

Агресијом НАТО држава на Југославију и учешћем у томе, нису погажени само општи принципи и најважнија правила савременог међународног права, већ, на разне начине, и највиши правни акти као и други прописи самих држава, што још једном показује да је овај поход извршен не само без икаквог правног упоришта, већ насупрот важећим нормама међународног права, али и унутрашњег права држава у питању.³¹ На основу свега наведеног, можемо закључити да је интервенција НАТО против СР Југославије 1999. године са правног аспекта била агресија, са политичког аспекта подршка сепаратистичком покрету, а са моралног аспекта злочин.³² Како се ове интервенција не може назвати хуманитарном ни у ком случају, у наставку ћемо покушати да прикажемо на који начин би заправо требало спровести хуманитарну интервенцију и који би то циљеви требало да оправдају употребу силе у међународном праву. Циљеви које је НАТО алијанса имала приликом бомбардовања СР Југославије свакако нису били оправдани ни у правном, политичком, ни моралном смислу. Зашто за такав напад на територијални интегритет једне државе и спровођење акта агресије, нити једна држава чланица НАТО алијансе није одговарала на међународноправним правилима прописан начин питање је које остаје нерешено до данас.

4. ХУМАНИТАРНА ИНТЕРВЕНЦИЈА – ИДЕЈА ХУМАНОГ ЧИНА

Чак и поред свих горенаведених аргумената против хуманитарне интервенције, постоје аутори који тврде да је хуманитарна интервенција добар механизам заштите у борби против масовних кршења људских права. Оправдавање хуманитарне интервенције

²⁸ Н. Раичевић, *Хуманитарна интервенција у међународном јавном праву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2008, 240–241.

²⁹ Џ. Памфри, "Даље руке од Југославије", *НАТО рат и сукоб на Косову*, (ур. М. Јевтић), Драслар партнер, 1999, Београд, 9.

³⁰ D. Gibbs, *First do no harm – Humanitarian intervention and the destruction of Yugoslavia*, Vanderbilt University Press, Nashville, 2009, 190.

³¹ Б. Кривокапић, "Агресија НАТО на Југославију – грубо кршење норми унутрашњег права", *Југословенска ревија за међународно право*, 1-3/1999, 109.

³² З. Драгишић, *op.cit.*, 61.

се обично огледа у аргументима моралних интереса, потребе права и поштовања потреба својих становника, као и дужности заштите права и интереса становника.³³ Ефикасна превенција сукоба, као непресушног извора људске патње, захтева испуњење три основна услова. Прво, нужно је имати потребно знање о крхкости стања и ризика који из таквог стања произлазе. Друго, потребно је исправно предвидети какве ће последице имати мере које су предузете и да ли су такве мере подесне да направе разлику у односу на постојеће стање и треће потребна је политичка воља, посебно у улагању озбиљних напора у решавању проблема становништва погођеног сукобима.³⁴ Такође, да би до разматрања да ли до интервенције треба да дође, првенствено би требало да постоје одређена дешавања на територији државе против које се планира предузимање интервенције. Мора се радити о сталним, понављаним и у широким размерама предвођеним међународним злочинима од стране државне власти, те да је такво стање само по себи претња миру, затим, ниједна држава која интервенише не би смела од те исте интервенције имати користи.

Приликом вршења интервенције, предност би требало дати колективној акцији, у односу на интервенцију једне државе, и приликом интервенције не смеју бити вршени међународни злочини – као нешто што се само по себи и природи ствари подразумева.³⁵ Закључујемо да је неопходно да постоје чврсти докази да долази до кршења људских права у некој држави, и да је у тој мери масовно да је неопходна реакција међународне заједнице. Такође, поједини аутори наглашавају да, уколико се не би спроводила хуманитарна интервенција у случају масовног кршења људских права држављана, може доћи до парадокса да су странци у тој држави, која крши људска права, више заштићени међународним правом, него сами држављани те државе. Јер у случају да дође до кршења права странаца од стране поједине државе, постоје механизми међународног права којима њихова држава може да их заштити – право самоодбране, којима се штите права и имовина странаца.³⁶

Неки аутори додају још један занимљиви услов за предузимање интервенције – а то је да се треба уверити и да ли држава која предузима интервенцију поштује људска права својих грађана. На тај начин би се спречила апсурдна ситуација да држава која сама крши људска права више "брине" о тим правима становништва друге државе, него онога на свом подручју.³⁷ Што често може бити случај, да се под изговорима лажне моралности оптужују друге државе за кршења људских права, док у стварности држава интервенијент сама не поштује права својих држављана, само под другачијим околностима, а самим тим и другачије таква дела представља јавности. Долазимо до питања које се јавља имајући у виду наведено, а то је – да ли у случају да постоји одобрење Савета безбедности и доказа кршења људских права можемо оправдати употребу силе, тј. да ли међународна заједница може спровести хуманитарну интервенцију? Мишљења смо да све и да постоји одобрење Савета безбедности и да долази до кршења људских права, и даље је спорно да ли је таква интервенција у складу са начелом немешања УН у унутрашњу надлежност држава чланица садржаном у чл. 2(7) Повеље.

³³ А. Гризолд, "Хуманитарна интервенција – опет актуелно питање", *Међународне студије*, 1/2003, 6–7.

³⁴ В. Искра, "Хуманитарна интервенција", *Правник: часопис за правна и друштвена питања*, 81/2005, 57.

³⁵ В. Ђ. Деган, "Интервенција НАТО снага против Савезне републике Југославије 1999.: правна анализа", *Политичка мисао*, 4/1999, 92–93.

³⁶ D. Wolf, "Humanitarian intervention", *Michigan Journal of International law*, 1/1988, 340.

³⁷ Д. Лапаш, "Нека размишљања о допуствости једностране употребе силе у савременом међународном праву", *Годишњак Академије правних знаности Хрватске*, 1/2010, 46.

Дилема се огледа у томе да ли Савет безбедности може озбиљно и масовно кршење људских права подвести под неки од разлога за предузимање принудних мера. Имајући у виду да чл. 24(2) налаже Савету безбедности да у извршавању својих дужности поступа у складу са циљевима и начелима УН, као и да чл. 39 користи врло широку формулацију по којој је довољно да постоји било каква претња међународном миру и безбедности, не би се могло оспорити право Савета да одобри ХИ, пошто он том приликом не поступа *ultra vires*.³⁸ Стога, уколико постоје докази о кршењима људских права и реакција Савета безбедности може бити допуштена и легална, у мери у којој се његови акти односе превасходно на заштиту људских права од држава које та права својим држављаним ускраћују.

Између осталог, треба поменути и извештај Међународне комисије о интервенцији и државној суверености (International Commission on Intervention and State Sovereignty), који носи назив "*The Responsibility to protect*" (Дужност пружања заштите), којим се наглашава да постоје три посебне дужности. Дужност превенције, коју треба разумети као акцију у кризним тренуцима, пре избијања самог сукоба, када је очигледно да постоји одређена опасност по становништво. Затим, дужност реаговања, која следи након што дужност превенције није била успешна, односно, није дошло до побољшања ситуације применом одређених мера превенције. На крају, ту је и дужност поновне изградње, која подразумева пружање помоћи, неке врсте "опоравка" државе, након што је спроведена војна интервенција, која се огледа у стабилизацији и поправљању односа који су довели до саме кризне ситуације.³⁹ Уколико би хуманитарна интервенција била спроведена на овакав начин, уз испуњавање формалних услова (постојање одобрења Савета безбедности) и са циљевима који су искључива заштита људских права, за чије кршење постоје поуздани докази – таква хуманитарна интервенција би била оправдана, како са легалног тако и са моралног аспекта. Међутим, уколико би се под изговором кршења људских права, које није на адекватан начин ни доказано, спровела хуманитарна интервенција без одобрења Савета безбедности, чији је стварни циљ насилна промена недемократске (некооперативне) власти, економско искоришћавање слабијих држава, остваривање било каквих политичких или војних циљева таква интервенција не би била ни легална, нити морална, а по најмање хуманитарна. Стога, међународна заједница треба да посвети много већу пажњу овом институту, зарад правог очувања међународног мира, безбедности и сигурности свих држава, а не само политички и економски моћнијих.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Сама идеја хуманитарне интервенције није у бити лоша – идеја да постоји један универзални механизам заштите људских права и слобода, у случајевима када поједине Владе угрожавају права сопствених грађана на најбруталније начине. Међутим, јако је важно да циљеви хуманитарне интервенције буду само и искључиво заштите људских права. Поред оправданог циља, требало би и да буде испуњен и формални део, а то је да постоји одобрење међународне заједнице – Савета безбедности. Оцену стања у критичним државама требало би дати на основу извештаја неутралних тела, која би требало да буду послата у надзор, и која би на транспарентан начин могла да изнесу своје виђење

³⁸ Н. Раичевић, *op.cit.*, 165–166.

³⁹ Више у: "*The Responsibility to Protect: Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*", International Development Research Center, Ottawa, 2001.

ситуације, али и реалну слику дешавања. Такође, приликом интервенције би требало примењивати оружану силу само у крајњим случајевима и само до оне мере у којој је неопходна, дакле без прекорачивања и уз поштовање правила међународног хуманитарног права. Сведоци смо да је у прошлости дошло до предузимања хуманитарних интервенција у појединим случајевима и из циљева који нису били хуманитарне природе, већ ради испуњења одређених политичких, економских и војних интереса моћнијих држава. Хуманитарна интервенција се у таквим случајевима користи само као изговор за мешање у послове других држава и може се отворено назвати употребом силе – која је изричито забрањена у међународном праву. Нажалост, одређеним државама бива дозвољен овај вид употебе силе, управо из горенаведених разлога, те њима овакав вид отвореног кршења међународног јавног права пролази несанкционисано, што се не би смело дешавати у пракси. Још једном видимо како међународни односи и политика утичу на међународну заједницу. Решења за оваква непоштовања међународног права требало би потражити у формирању независних тела која би санкционисала свако непоштовање међународних правила, како већ постојећа тела на међународном нивоу, нису до сада санкционисала најмоћније државе приликом отвореног кршења међународног јавног права. Без обзира на то која држава или међународна организација је прекршила норму међународног права, требало би да све државе одговарају подједнако у односу на кршења међународног права, пошто смо, на примеру интервенције на СР Југославију имали прилику да видимо флагрантна кршења међународног права од стране припадника снага НАТО алијансе, за која нико није одговарао. Уништена инфраструктура, убијање цивила, уништавање културних добара, проузроковање еколошког загађења, коришћење недозвољених средстава ратовања – бомбардовање бомбама са осиромашеним уранијумом и касетним бомбама, напади без разликовања циљева и остала кршења међународног хуманитарног и међународног јавног права су олако названи колатералном штетом, а не својим правим именом – злочином агресије.

Са друге стране, требало би посебним међународним актом, који до сада није донет и који би требало да уреди ово јако осетљиво питање, које је посебно подложно злоупотребима, оставити могућност за интервенисање, али под јако строгим условима, који би требало да важе за све државе подједнако. Међутим, поједини аутори сматрају да имајући у виду чл. 103 Повеље, нови уговор не би могао садржати одредбе које би противречиле конститутивном акту ОУН. Дакле, решења садржана у будућем уговору могла би само прецизирати поједине одредбе Повеље УН, без њиховог мењања. Због тога би овај начин регулисања, имао ограничен домашај. Овакав начин регулисања отворио би и проблем положаја држава чланица ОУН-а које не ратификују међународни уговор о хуманитарној интервенцији.⁴⁰ Поред већ постојећих правила, потребно би било прецизно и јасно дефинисање у којој мери кршења људских права доводе до одобрења Савета безбедности и требало би усталити праксу, да се у истим случајевима исто и поступа. Сматрамо да би требало да постоје чврсти докази да је дошло до кршења људских права, а да би те доказе требало да обезбеди посебно неутрално тело, које би било састављено од стране независних експерата, и које би требало да поднесе извештаје о стању у држави након посете исте, јер често се води одређена пропаганда против одређених држава из политичких разлога, те се не може олако узети тврдње да долази до кршења људских

⁴⁰ Н. Раичевић, "Предлози за будуће регулисање хуманитарне интервенције", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 67/2014, 224.

права уколико рецимо докази потичу из штампе или држава које имају одређене политичке или економске претензије према држави која је оптужена за кршење људских права. Иако поједини аутори тврде да је некада до интервенције било неопходно да дође, чак и без поштовања предвиђених процедура, како би се што пре спречила "хуманитарна катастрофа" испоставило се да је права хуманитарна катастрофа настала тек након предузимања такозване хуманитарне интервенције, која је заправо ту исту катастрофу требало да спречи. Стога, требало би се строго придржавати горенаведених правила, а посебно размотрити извештај Међународне комисије о интервенцији и државној суверености – Дужност пружања заштите, који теоријски има добру основу и применити такав начин спровођења хуманитарне интервенције у пракси, посебно последњи део који се односи на одговорност за поновну изградњу друштва које је било погођено интервенцијом.

Да закључимо – хуманитарна интервенција је институт међународног права који поставља можда и најтеже дилеме приликом своје примене, а са друге стране не постоји ниједан међународни акт који би детаљније уредио ова питања. Док, са друге стране примена хуманитарне интервенције није тако ретка и има велику заступљеност у међународном праву, зато би задатак за међународну заједницу требало да буде следећи – установавање услова за њену примену, који би се примењивали подједнако за све, и обезбедити да се интервенције које се предузимају мимо тих услова не називају погрешно интервенцијама, већ злочинима агресије и санкционисати исте.

ЛИТЕРАТУРА

- Бартош М., *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1954.
- Вилкинс Б., "Хуманитарне интервенције", *Хуманитарне војне интервенције*, (ур. Ј. Бабић, П. Бојанић), Службени гласник, Београд, 2008.
- Gibbs, D., *First do no harm – Humanitarian intervention and the destruction of Yugoslavia*, Vanderbilt University Press, Nashville, 2009.
- Гризолд, А., "Хуманитарна интервенција – опет актуелно питање", *Међународне студије*, 1/2003.
- Даниловић Н., "Нови интервенционизам и хуманитарна интервенција у међународној пракси", *Мезатренд ревија*, 2/2020.
- Деган, В. Ђ., "Интервенција НАТО снага против Савезне републике Југославије 1999.: правна анализа", *Политичка мисао*, 4/1999.
- Драгишић, З., "Суверенитет и хуманитарна интервенција", *Српска политичка мисао*, 2/2009.
- Искра, В., "Хуманитарна интервенција", *Правник: часопис за правна и друштвена питања*, 81/2005.
- Крећа М., *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016.
- Кривокапић, "On the concepts of humanitarian intervention and preventive self-defence" *Adrias*, 14/2007.
- Кривокапић Б., "Агресија НАТО на Југославију – грубо кршење норми унутрашњег права", *Југословенска ревија за међународно право*, 1-3/1999.
- Лапаш Д., "Нека размишљања о допустивости једностране употребе силе у савременом међународном праву", *Годишњак Академије правних знаности Хрватске*, 1/2010.
- Миленковић С., "Хуманитарна интервенција и данашње међународно право", *Зборник радова Правно-економског факултета у Нишу* (ур. С. Поповић), Правно-економски факултет у Нишу, Ниш, 1966.
- Митић М., "Агресија НАТО на Југославију – негација међународног права", *Југословенска ревија за међународно право*, 1-3/1999.
- Пауновић М., "Хуманитарна интервенција као злоупотреба начела забране употребе силе у међународном праву", *Југословенска ревија за међународно право*, 1-3/1999.
- Радмановић Ј., "Хуманитарна интервенција у контексту злочина агресије из члана 8bis Римског статута", *Гласник адвокатске коморе Војводине часопис за правну теорију и праксу*, 1/2022.
- Раичевић Н., "Еволуција хуманитарне интервенције у међународном праву", *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Г. Обрадовић), Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2021.
- Раичевић Н., "Предлози за будуће регулисање хуманитарне интервенције", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 67/2014.

- Раичевић Н., *Хуманитарна интервенција у међународном јавном праву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2008.
- Савић М., "Етика хуманитарних интервенција", *Социолошки преглед*, 4/2009.
- Савић С., "Међународно право и хуманитарна интервенција", *Међународни проблеми*, 1/2007.
- Старчевић М., "Агресија НАТО против Југославије и међународно хуманитарно право", *Југословенска ревија за међународно право*, 1-3/1999.
- Шкулић М., *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022.
- Шкулић М., "Злочин против мира као "капитално" међународног кривично дело", *Ревија за криминологију и кривично право*, 2-3/2015.
- Wolf D., "Humanitarian intervention", *Michigan Journal of International law*, 1/1988.

* * *

*Andjelija Stevanović**

HUMANITARIAN INTERVENTION - HUMANITARIAN ACT OR CRIME?

Summary

In the paper, the author tries to delineate the appearance of humanitarian intervention as a conditionally humane act, in the capacity of an instrument for the protection of international peace - which is one of the reasons for the existence of this institute, and humanitarian intervention as a type of aggression (crime) by more powerful states towards politically and economically weaker ones states in certain cases. It shows how the idea of humanitarian intervention came about, how it is possible to justify undertaking humanitarian intervention and what are the conditions for it. While on the other hand, he criticizes the undertaking of such an intervention under the false pretext of protecting human rights, as well as for non-compliance with the rules of international public law that prohibit the use of force, except with the approval of the Security Council - especially with reference to the so-called humanitarian intervention of the NATO alliance in 1999 in Kosovo and Metohija, that is, on the territory of FR Yugoslavia.

Keywords: humanitarian intervention, Security Council approval, aggression, use of armed force, human rights protection.

* Student of PhD studies at the Faculty of Law of the University of Belgrade, specialized in international law, junior researcher at the Institute of Social Sciences in Belgrade, andjelija.stevanovic21@gmail.com.

Арсич Катарина*

АГРЕСИЈА КАО МЕЂУНАРОДНО КРИВИЧНО ДЕЛО С ОСВРТОМ НА НАДЛЕЖНОСТ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА

Апстракт: У раду се анализира злочин агресије као међународно кривично дело, његови корени и развој. Указује се на најважније историјске тренутке који су утицали на развој норме о забрани агресије. У раду се посебан нагласак ставља на улогу Резолуције Генералне скупштине УН 3314 којом је усвојена дефиниција агресије. Ова резолуција је важна, између осталог, јер је била основ за усвајање дефиниције агресије на Ревизорској конференцији Римског статута Међународног кривичног суда у Кампали како би Међународни кривични суд могао да врши јурисдикцију и за ово кривично дело. Такође, разматра се надлежност Међународног кривичног суда за процесуирање злочина агресије, као и специфичности: да ли је агресија злочин државе или појединца, однос Међународног кривичног суда и Савета безбедности и вршење универзалне кривичне јурисдикције. У раду се анализира природа забране агресије као *ius cogens* норме, али и указује на недостатке постојеће дефиниције агресије, с једне стране узимајући у обзир да се искључиво употреба оружане силе сматра злочином агресије, и с друге стране, узимајући у обзир нове трендове безбедносних претњи и актера.

Кључне речи: агресија, Међународни кривични суд, *ius cogens*, Римски статут, Савет безбедности.

1. УВОД

Усвајањем Римског статута 17. јула 1998. године основан је Међународни кривични суд "као стално судско тело и надлежан је за вођење кривичног поступка против лица за које постоји основана сумња да су починила најтежа кривична дела од међународног значаја".¹ Иако је Римским статутом прописано да Међународни кривични суд има јурисдикцију за процесуирање учинилаца за злочин геноцида, злочине против човечности, ратне злочине и злочин агресије, овај суд није могао да врши надлежност за злочин агресије до усвајања дефиниције агресије, односно док се не одреди биће овог кривичног дела, што је и учињено на првој Ревизионој конференцији Римског статута у Кампали, на којој су државе чланице консензусом усвојиле резолуцију којом се амандманом на Рим-

* Докторанд Универзитета у Београду – Правног факултета, katarina.arsic16@gmail.com.

¹ Закон о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 5/2001.

ски статут допуњује дефиниција агресије.² Према наведеном решењу, злочин агресије представља "планирање, припремање, покретање или извршење, од стране лица које је у позицији да ефективно врши контролу или управља политичком или војном акцијом државе, акта агресије које, по свом карактеру, тежином и размером представља очигледно кршење Повеље Уједињених нација".³ Према наведеним амандманима, агресију може учинити једна држава против друге државе сходно специфичним делима агресије прописаним у Резолуцији Генералне скупштине УН 3314 из 1974. године.⁴ Дакле, амандманима из Кампале, државе су на ревизионој конференцији Римског статута потврдиле да агресија представља "употребу оружане силе од стране државе против суверенитета, територијалног интегритета или политичке независности друге државе, или која је на ма који други начин неспојива са Повељом Уједињених нација".⁵ Остаје политичко питање зашто оваква дефиниција није прихваћена и приликом доношења Римског статута.

Зашто је онда агресија као кривично дело спорна и какве су могућности и ограничења Међународног кривичног суда да врши надлежност за ово кривично дело? У раду ћемо се прво осврнути на најважније историјске тренутке који су утицали на то да агресија буде дефинисана на овај начин и како су државе дошле до ове дефиниције. Затим ћемо анализирати саму надлежност Међународног кривичног суда, покушаћемо да одговоримо на питање зашто је она важна, али и која су ограничења самог суда поводом овог кривичног дела имајући у виду број држава које су прихватиле надлежност Међународног кривичног суда, надлежности Савета безбедности у погледу очувања мира, али и сагледавање агресије као злочин "лидера". На самом крају, покушаћемо да идентификујемо нове трендове и претње, у каквом су они односу са актуелном дефиницијом агресије и размотрићемо које су предности и мане решења усвојеним у Кампали.

2. ИСТОРИЈСКИ АСПЕКТ

Агресија као начин решавања спорова је некада била дозвољена, мада треба имати у виду да је прво суђење због започињања неправедног рата забележено још у 13. веку, али и да је то до краја Првог светског рата била реткост.⁶ На Хашким конференцијама, одржаним 1899. и 1907. године, државе су се обавезале да ће спорове решавати мирним путем, али јасне забране вођења агресорског рата том приликом није било.⁷ У међуратном периоду, Пактом Друштва народа из 1919. године државе чланице су се обавезале да ће територијални интегритет и политичку независност осталих држава чланица штитити у случају спољне агресије, иако пакт по себи није забрањивао рат.⁸ Веома важну улогу у развоју индивидуалне кривичне одговорности (о којој ће више бити речи у наставку рада) јесте чињеница да је цар Вилхем II Версајским

² М. Тесла, "Злочин агресије као међународно кривично дело", *Војно дело*, 6/2016, 65–66; М. Scharf, "Universal Jurisdiction and the Crime of Aggression", *Harvard International Law Journal*, 53:2/2012, 359 и 361; N. Weisbord, "Prosecuting Aggression", *Harvard International Law Journal*, 49:1/2008, 170; М. Симовић, "Агресија у међународном кривичном праву", *Годишњак Факултета правних наука Бања Лука*, 3:3/2013, 179.

³ S. Darcy, "Accident and Design: Recognising Victims of Aggression in International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, 70/2021, 108; М. Scharf, *op. cit.*, 362.

⁴ S. Darcy, *op. cit.*, 109; М. Scharf, *op. cit.*, 362.

⁵ Definition of Aggression, United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX), Article 1.

⁶ М. Тесла, *op. cit.*, 61.

⁷ S. Koran, "The International Criminal Court and Crimes of Aggression: Beyond the Kampala Convention", *Houston Journal of International Law*, 34:2/2012, 237–238.

⁸ М. Тесла, *op. cit.*, 52.

споразумом означен као одговоран за избијање Првог светског рата и за злочин против међународног морала, као и за кршење споразума.⁹ Пре свега треба имати у виду да је Пакт Друштва народа имао за циљ да раздвоји допуштену употребу силе од агресивне, јер рат није био забрањен, а тек је Женевским протоколом о мирном решавању међународних спорова из 1924. године предвиђено да прибегавање рату представља кршење обавеза предвиђених овим протоколом и Пактом Друштва народа. Тачније, Женевски протокол је агресорски рат квалификовао међународним злочином.¹⁰ Такође, Општим уговором о забрани рата (Брајан-Келоговим пактом), потписаним 1928. године, државе су се не само одрекле рата као инструмента националне политике и обавезале да спорове решавају мирним путем, већ је и свакој држави чланици пакта која би била мета агресивног рата било омогућено право да захтева компензацију против агресора. Поред тога што је државама чланицама омогућио репресалије против прекршиоца, омогућио је државама и да одбију да признају агресивни рат као стицање права. Имајући у виду да до почетка Другог светског рата само четири државе (Аргентина, Боливија, Ел Салвадор и Уругвај) нису прихватиле Брајан-Келогов пакт, сматра се да је овај уговор прерастао у међународно обичајно право.¹¹ И поред покушаја да забране вођење агресорског рата, сви напори држава да до ефективне забране у међуратном периоду дође били су слабог домета, пре свега јер није било дефиниције агресије, иако је било предлога за њено усвајање. Готово сви уговори донети у међуратном периоду односили су се на забрану вођења агресорског рата и обавезе које по том основу произилазе за државу агресора.¹²

Велику улогу у афирмацији агресије као међународног злочина имао је Међународни војни трибунал у Нирнбергу који је агресорски рат сматрао подгрупом злочина против мира. Овај трибунал, као и Међународни војни трибунал у Токију, донео је пресуде за кривично дело агресије, а поткрепљење је пронашао у чињеници да је државама било забрањено вођење агресорског рата. Нирнбершки принципи сматрају се осномом да се сходно међународном обичајном праву суди учиниоцима за злочин агресије под велом универзалне кривичне јурисдикције. Колико је доношење ових пресуда важно, говори и чињеница да је Генерална скупштина Уједињених нација 1946. године резолуцијом потврдила принципе међународног права признате Статутом и пресудама Међународног војног трибунала, што поједини аутори виде као израз правне свести међународне заједнице.¹³ Треба имати у виду да у Лондонској декларацији, којом је основан Међународни војни трибунал у Нирнбергу 1945. године, није постојао злочин агресије, већ пре злочин против мира, а све у намери да се докаже да злочин против мира није накнадно донет пропис, већ израз међународног права које је у настајању. Злочин против мира је дефинисан као "планирање, припрема, покретање или вођење агресорског рата, или рата којим се крше међународни уговори, споразуми или уверења или учешће у заједничком плану или завери за постизање било чега од наведеног".¹⁴ Штавише, за Међународни војни трибунал у Нирнбергу агресија није обичан, већ "виши међународни злочин".¹⁵ Иако је било

⁹ N. Weisbord, *op. cit.*, 162; S. Koran, *op. cit.*, 240.

¹⁰ N. Weisbord, *op. cit.*, 163; S. Koran, *op. cit.*, 233–234; M. Тесла, *op. cit.*, 54–55.

¹¹ M. Тесла, *op. cit.*, 55–56; N. Weisbord, *op. cit.*, 163.

¹² M. Тесла, *op. cit.*, 55–57.

¹³ *Ibid.*, 57–59 и 61; M. Scharf, *op. cit.*, 379.

¹⁴ B. Ferencz, "Can Aggression Be Deterred By Law?", *Pace International Law Review*, 34:2/1999, 345–346; N. Weisbord, *op. cit.*, 164.

¹⁵ S. Darcy, *op. cit.*, 104; C. Kreß, "On the Activation of ICC Jurisdiction over the Crime of Aggression", *Journal of International Criminal Justice*, 16:1/2018, 3; N. Jurdi, "The Domestic Prosecution of the Crime of Aggression after

критике да се за овај злочин судило ретроактивно, мишљење Нирнбершког суда било је да суди на основу обичајног међународног права, пре свега на основу права које је настало после Првог светског рата, укључујући и Брајан-Келогов пакт.¹⁶ Индивидуална кривична одговорност је била препозната и у пресудама Међународног војног трибунала. Према мишљењу главног тужиоца Џексона, који могућност процесуирања учинилаца за кривично дело агресије сматра најважнијим исходом Нирнбершког суђења, појединац који започне рат за то ће одговарати лично. Идеја је била да стандарди који су се за овај злочин примењивали над припадницима нацистичке Немачке буду примењиви и на све друге нације ако то буде било потребно.¹⁷

Доношењем Повеље Уједињених нација државе су се изричито одрекле рата, што показује и одредба Повеље која се односи на забрану претње и употребе силе. Међутим, Повеља такође не садржи дефиницију агресије, нити дефинише који акти представљају агресију, већ овлашћује Савет безбедности да у сваком појединачном случају процени да ли постоји нарушавање мира или агресија и сходно томе да донесе мере. И за такву одлуку, неопходна је једногласност сталних чланица Савета безбедности или бар одсуство вета. Иако су чланице Савета безбедности у обавези да у складу са чланом 1. Повеље Уједињених нација спречавају агресију имајући у виду принципе правде и међународног права, имали смо прилике да видимо да чланице Савета безбедности, поготову сталне чланице готово увек иступају у складу са својим политичким ставовима, због чега Савет безбедности није могао да донеси одлуке због вета.¹⁸ Декларација о принципима међународног права о пријатељским односима и сарадњи између држава такође потврђује да је агресија злочин против мира који повлачи одговорност у међународном праву.¹⁹

Тек је Резолуцијом 3314 Генералне скупштине Уједињених нација из 1974. године дата конкретна дефиниција агресије и то је она дефиниција која је прихваћена и амандманима из Кампале. Према наведеној резолуцији, свако прво отпочињање оружане силе представља извршење агресије. Такође, резолуција потврђује да је агресорски рат заправо злочин против међународног мира, али и да повлачи међународну одговорност. Оно што је према многим ауторима остало отворено питање, а што је и касније произвело дилеме, јесте то што дефиниција не прописује да ли се ради само о деликту државе или и о деликту појединца.²⁰ Резолуција указује да само агресија која представља рат јесте међународни злочин и да не постоји оправдање за чињење оружане агресије, а законитим се неће сматрати никакво стицање територије које проистекне из агресије.²¹

Оно што је такође важно у вези са овом резолуцијом, јесте то што садржи акте који чине агресију. То су: "а) инвазија или напад на територију једне државе од стране оружаних снага друге државе, или свака војна окупација, чак и привремена, која произађе из такве инвазије или напада, или свака анексија територије или дела територије друге

the International Criminal Court Review Conference: Possibilities and Alternatives", *Melbourne Journal of International Law*, 14/2013, 4.

¹⁶ M. Drumbl, "The Push to Criminalize Aggression: Something lost amid the gains?", *Case W. Res. J.Int'l L.* 41: 291/2009, 295; C. Kreß, *op. cit.*, 3.

¹⁷ B. Ferencz, *op. cit.*, 345; M. Scharf, *op. cit.*, 360; C. Kreß, *op. cit.*, 3.

¹⁸ M. Tesla, *op. cit.*, 58; B. Ferencz, *op. cit.*, 356; M. Симовић, *op. cit.*, 173.

¹⁹ M. Tesla, *op. cit.*, 59.

²⁰ M. Tesla, *op. cit.*, 60–61; N. Weisbord, *op. cit.*, 168; M. Drumbl, *op. cit.*, 297.

²¹ M. Симовић, *op. cit.*, 174.

државе употребом силе; б) бомбардовање које изврше оружане снаге једне државе против територије друге државе или употреба било каквог оружја једне државе против територије друге; в) блокада лука или обала једне државе извршена оружаним снагама друге; г) напад оружаних снага једне државе на копно, море, ваздушни простор или морнарицу и ваздухопловну флоту друге државе; д) коришћење оружаних снага једне државе које се налазе на територији друге државе на основу споразума са том државом, супротно условима предвиђеним у споразуму, или, пак, било какав продужетак њиховог присуства на тој територији после истека споразума; њ) одлука једне државе да своју територију коју је ставила на располагање другој држави, ова друга држава користи за извођење аката агресије на трећу државу; е) одлука једне државе да, било у своје име или у име друге државе, упути оружане банде, трупе, припаднике нередовних снага или најамника да изврше акте оружаног напада против друге државе, а да се ти акти по тежини могу упоредити са наведеним актима, или значајно учешће државе у томе".²²

Оваква енумерација колико је корисна, толико је и опасна, јер као што илуструје и наводи акте агресије, може и искључити неке друге акте који би се такође могли окарактерисати као агресија. Тога су били свесни и доносиоци ове резолуције, јер се у члану 4. констатује да побројани акти нису исцрпљујући, и да Савет безбедности може утврдити и да други акти представљају акт агресије, што је довело до појединих мишљења да за злочин агресије може постојати кривично гоњење тек кад Савет безбедности утврди да је нека држава учинила тај акт.²³ Иако донета у форми резолуције, ова дефиниција јесте важна имајући у виду да је том приликом агресија проглашена злочином против међународног мира и повлачи међународну одговорност, што није било случај у прошлости, када се нападачки рат сматрао легалним актом.²⁴ Поједини су овлашћења Савета безбедности да процени да ли се неки други акт може сматрати актом агресије сматрали кршењем принципа *nullum crimen sine lege*.²⁵ Резолуција такође указује да ослободилачка борба у контексту колонијалних режима и права народа на самоопредељење, не може се сматрати агресијом.²⁶ У тренутку доношења, ова дефиниција се није могла сматрати правнообавезујућом јер као резолуција Генералне скупштине УН нема обавезујућу правну снагу. Комисија за међународно право је такође у нацрту Закона против мира и безбедности човечанства потврдио да је агресија злочин према међународном обичајном праву, али није навела елементе злочина.²⁷ Потом је уследило доношење Римског статута и амандмана из Кампале.

3. МЕЂУНАРОДНИ КРИВИЧНИ СУД И ЗЛОЧИН АГРЕСИЈЕ

Иако су амандмани из Кампале ступили на снагу 17. јула 2018. године,²⁸ пут до омогућавања Међународном кривичном суду да врши надлежност за злочин агресије није ишао лако. Требало је наћи компромис око саме дефиниције агресије, посебно имајући у

²² Definition of Aggression, United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX), Article 3.

²³ М. Тесла, *op. cit.*, 61; М. Вучић, "Агресија као међународни злочин", *Међународни проблеми*, 69:1/2017, 85; М. Симовић, *op. cit.*, 175.

²⁴ М. Тесла, *op. cit.*, 53;

²⁵ N. Weisbord, *op. cit.*, 188–189.

²⁶ М. Тесла, *op. cit.*, 62.

²⁷ M. Scharf, *op. cit.*, 373; C. Kreß, L. Holtzendorff, "The Kampala Compromise on the Crime of Aggression", *Journal of International Criminal Justice*, 8/2010, 1181.

²⁸ M. Wong, "Aggression and State Responsibility at the International Criminal Court", *International and Comparative Law Quarterly*, 70/2021, 961–962.

виду да су званичници великих сила које често прибегавају интервенционизму желели да избегну да и сами буду оптужени за злочин агресије. Још приликом доношења Римског статута било је неслагања држава око дефиниције агресије, јер неке државе, попут арапских, су за основу дефиниције желеле дефиницију из Резолуције 3314 ГС УН, неке друге које имају нуклеарно оружје су показале мало интересовање за само оснивање суда, док су Сједињене Америчке Државе инсистирале да очувају вето СБ УН у овом погледу. У том смислу, усвојен је компромис да ће дефиниција агресије бити разматрана и усвојена у форми амандмана на Статут. Треба имати у виду да постоје мишљења и да дефиниција из Резолуције 3314 није погодна за статут кривичног суда јер је оваква дефиниција пре свега требало да буде водич за Савет безбедности УН током вршења његове надлежности сходно Повељи УН. У ту сврху је била основана Специјална радна група за злочин агресије која је састојала од држава чланица и нечланица Римског статута како би радили на дефиницији агресије.²⁹ Међутим, ниједна од пет сталних чланица Савета безбедности, као ни неке војно моћне државе попут Индије, Пакистана, Ирана или Египта нису прихватиле ове амандмане. С друге стране, неке НАТО државе попут Немачке, Шпаније, Холандије, Пољске и Белгије су прихватиле амандмане.³⁰ Они који сматрају да због високог прага дефиниције злочина агресије, ограничене надлежности овог Суда, као и веома малог броја ратификација ових амандмана Суд ће, ако уопште буде вршио јурисдикцију због злочина агресије, своју надлежност вршити веома мало посебно имајући у виду да је од 123 чланице Римског статута, само 45 прихватило амандмане из Кампале.³¹

Пошто амандмани обавезују само оне државе чланице Римског статута које су их ратификовале или прихватиле видимо врло јасно намеру, па чак и опрез држава које су прихватиле Римски статут, да у случају да нису сагласне са усвојеном дефиницијом агресије, не прихвате надлежност Међународног кривичног суда у односу на тај злочин.³² То значи да у погледу злочина агресије Међународни кривични суд не може да врши јурисдикцију према држављанима или на територији државе која није прихватила надлежност овог суда, односно Суд има надлежност за злочин агресије само за лица који су држављани држава које су прихватиле Римски статут и амандмане из Кампале и уколико је злочин учињен на територији друге чланице Статута. За држављане нечланица Статута овај суд то може урадити само уколико му Савет безбедности упуту случај.³³ С друге стране, појединац чија држава није прихватила амандмане, а који учини агресију на територији државе чланице која је прихватила Статут, не може бити процесуиран за тај злочин.³⁴ И у погледу вршења надлежности Међународног кривичног суда, поставило се више практичних питања око специфичности злочина агресије: да ли је у питању злочин државе или појединца, однос Међународног кривичног суда и Савета безбедности и вршење универзалне кривичне јурисдикције.

²⁹ В. Ferencz, *op. cit.*, 351 и 354; N. Weisbord, *op. cit.*, 168; N. Weisbord, "Judging Aggression", *Columbia Journal of Transnational Law*, 50:82/2011, 86.

³⁰ S. Darcy, *op. cit.*, 110.

³¹ *Ibid.*, 109; United Nations Treaty Collection, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=XVI-II-10-b&chapter=18&clang=_en, 13. мај 2023.

³² S. Murphy, "Aggression, Legitimacy and International Criminal Court", *The European Journal of International Law*, 20:4/2010, 1149.

³³ *Ibid.*, 1154; A. Dapo, A. Tzanakopoulos, "The Crime of Aggression in the ICC and State Responsibility", *Harvard International Law Journal - Online Journal*, 58/2017, 35; M. Wong, *op. cit.*, 973-974.

³⁴ N. Jurdi, *op. cit.*, 2, 5-6 и 15.

Постоји став да за разлику од геноцида, злочина против човечности и ратног злочина, агресију је могуће извршити само у име државе, што повлачи одговорност државе, али повлачи и одговорност појединца. Заправо, одговорност државе је *sine qua non* услов за одговорност појединца, односно суд када врши јурисдикцију за злочин агресије, мора прво да размотри одговорност државе за дело агресије. У томе је специфичност када је у питању надлежност Међународног кривичног суда за злочин агресије јер за остала три кривична дела у јурисдикцији овог Суда, није потребно утврдити одговорност државе.³⁵ То смо јасно могли да приметимо и у амандманима из Кампале према којима агресију може учинити *лице* које врши контролу и управља акцијом (политичком или војном) државе. Такође, треба напоменути да Међународни кривични суд нема надлежност да пресуђује у споровима између држава. То значи да и поред утврђивања одговорности државе за агресију за потребе утврђивања индивидуалне кривичне одговорности треба имати у виду следеће – постојање одговорности државе не ослобађа појединца индивидуалне одговорности и обрнуто.³⁶ То да агресија може бити и одговорност државе и одговорност појединца и да су те две одговорности у спречи, показује и пракса Међународног суда правде. И док је у случају *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* Међународни суд правде био става да Резолуција 3314 представља међународно обичајно право, дотле је у случају *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* истакао да, иако Уганда није водила, одговорна је за противправну употребу силе у ДР Конго. Том приликом је истакнуто да је забрана агресије један од основних циљева међународне заједнице, између осталог и да је агресија противправна употреба силе, а њена забрана препозната перемторна норма.³⁷ Суд је у својој пракси такође истакао да је забрана агресије брига свих држава.³⁸ Интересантно је да се Суд, када је СРЈ тужио државе чланице НАТО поводом НАТО интервенције против СРЈ 1999. године, прогласио ненадлежним.³⁹

Сматра се да се снаге и организације унутар државе агресора не могу означити као агресори, већ могу само бити у функцији сарадње са лидером у току вршења агресије.⁴⁰ Међународни кривични суд има надлежност да суди само појединцима за међународне злочине који повлаче индивидуалну кривичну одговорност. То значи да чак и појединци, када поступају у званичном својству представника државе учине неко дело, та дела се приписују и држави. Заправо, злочин агресије подразумева да би Међународни кривични суд требало да утврди одговорност државе као предуслов за утврђивање индивидуалне кривичне одговорности за ово дело. Агресија се посматра као злочин који угрожава читаву међународну заједницу, и сходно томе, супротна је природи државе.⁴¹ Такође, иако усвојено решење из Кампале препознаје и планирање и иницирање агресије, Марфи сугерише да је из дефиниције изостао термин "покушај" чињења агресије, као што Римски статут то прописује за

³⁵ М. Тесла, *op. cit.*, 65; В. Ferencz, *op. cit.*, 350; М. Wong, *op. cit.*, 962 и 966; М. Вучић, *op. cit.*, 86.

³⁶ М. Wong, *op. cit.*, 970–972.

³⁷ М. Drumbl, *op. cit.*, 298; Т. Weatherall, *Jus cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, 224.

³⁸ *Ibid.*, 226.

³⁹ Б. Милисављевић "Одговорност међународних организација с освртом на захтеве Републике Србије", *Српска политичка мисао*, 23:52/2016, 139.

⁴⁰ Н. Ковачевић, С. Каровић, М. Ковач, "Оружана агресија у савременим међународним односима", *Војно дело*, 2/2017, 53.

⁴¹ А. Даро, А. Tzanakopoulos, *op. cit.*, 33; N. Jurdi, *op. cit.*, 3–4.

било које друго кривично дело. Он додаје да је у дефиницији нејасно да ли се недовршена прелиминарна дела сматрају агресијом. Затим сугерише да дефиниција не препознаје акте као што је притисак на државе на капитулацију без примене оружане силе додајући да она не инкриминише све акте агресије, већ само оне које по "природи, тежини и обиму представљају очигледно кршење Повеље УН".⁴² Постоје и критике да није добро то што се агресија назива само злочином лидера, и да само они могу за то бити одговорни. Указују да су процеси који су пред *ad hoc* трибуналима вођени против нижих службеника за кривична дела геноцида, ратних злочина или злочина против човечности били кључни за оптужбе против лидера.⁴³ Предмет критике јесте било то што агресију везује само за лица на водећим положајима, али и нејасне квалификације као што су "природа, тежина и обим" акта или "очигледно" кршење Повеље УН.⁴⁴ Видимо да је јако тешко изводљиво али и није немогуће да се сви услови поклопе да би се лидеру неке државе судило због агресије. Можемо закључити да су државе, нарочито велике силе (које често и врше агресију), веома водиле рачуна да на сваки могући начин смање или онемогуће изручење свог лидера због овог кривичног дела. Чак и да дође до смене власти, на основу претходно наведеног става да ће за утврђивање индивидуалне кривичне одговорности бити неопходно утврдити и одговорност државе, можемо изразити сумњу да ће држава прихватити да буде одговорна за агресију, чак и ако је у питању акт бивше власти.

Имајући у виду надлежност Савета безбедности у погледу квалификације агресије, Комисија за међународно право је предложила да било какве тужбе за злочин агресије не би требало да буду поднете док Савет безбедности не квалификује да је нека држава учинила злочин агресије. Можемо да приметимо да у том случају шефови појединих држава (пре свега сталних чланица Савета безбедности) практично не би одговарали за злочин агресије. С друге стране, постоје аутори који сматрају да упркос томе, такви званичници могу бити процесуирани уколико дође до промене владе, уколико агресорска држава буде побеђена током оружаног сукоба или уколико Савет безбедности формира *ad hoc* трибунал.⁴⁵ Наведено решење не само да би умањило улогу Међународног кривичног суда, јер би то била и политичка квалификација, већ Савет безбедности нема искључиву надлежност у погледу доношења одлуке да ли се дело агресије догодило. То право имају и Генерална скупштина УН и Међународни суд правде УН. Усвојено је компромисно становиште да претходно одређење агресије од другог органа треба да буде процедурална за Међународни кривични суд.⁴⁶ Када је у питању однос Међународног кривичног суда са Саветом безбедности, Међународни кривични суд може вршити јурисдикцију за злочин агресије било које државе уколико овом суду Савет безбедности упути ситуацију. Додатно, може вршити јурисдикцију када држава чланица учини агресију, а уз то је и Савет безбедности је донео одлуку да је агресија учињена. Напоследку, када Савет безбедности није донео одлуку ни шест месеци након догађаја, Предистражно веће овог суда може овластити тужиоца да спроведе истрагу.⁴⁷ Иако је компромис из Кампале Међународном кривичном суду омогућио вршење јурисдикције, он је онемогућио Савету

⁴² S. Murphy, *op. cit.*, 1150.

⁴³ M. Drumbl, *op. cit.*, 315.

⁴⁴ M. Тесла, *op. cit.*, 67.

⁴⁵ B. Ferencz, *op. cit.*, 350 и 353.

⁴⁶ N. Weisbord, *op. cit.*, 198–200 и 207; C. Kreß, L. Holtzendorff, *op. cit.*, 1194–1195.

⁴⁷ M. Scharf, *op. cit.*, 362; N. Jurdi, *op. cit.*, 13.

безбедности монопол над одређивањем злочина агресије.⁴⁸ Узимајући у обзир да ниједна стална држава Савета безбедности није прихватила надлежност Међународног кривичног суда за злочин агресије, тешко можемо очекивати да било која од њих неће искористити вето како би заштитила себе или свог савезника који није прихватио амандмане из Кампале и тако спречити да се нађу пред Међународним кривичним трибуналом због овог дела. Још једну ствар треба имати у виду а то је да је Римским статутом дефинисано да је надлежност Међународног кривичног суда комплементарна са националним кривичним надлежностима.⁴⁹ То значи да државе чланице које су прихватиле Римски статут обавезне да за кривична дела прописана овим статутом процесуирају учиниоце и да је Међународни кривични суд последња инстанца – уколико су државе чланице невољне или нису у могућности да их процесуирају.⁵⁰ За разлику од на пример Међународног кривичног трибунала за Југославију и Међународног кривичног трибунала за Руанду који су имали првенство за случајеве, то је код Међународног кривичног суда обрнуто.⁵¹ Још током преговора у Кампали, поједине државе попут Сједињених Америчких Држава су имале бојазан да би ови амандмани могли да стимулишу државе да у своје домаће законодавство имплементирају злочин агресије, а неке државе тај институт већ имају, и под велом универзалне кривичне јурисдикције процесуирају учиниоца. Такве одредбе које би државама омогућиле да суде појединцима трећих држава за злочин агресије поједине ауторе су забринуле јер би таква суђења нарушила начело суверене једнакости држава. Због тога је Комисија за међународно право била става да само међународни судови треба да суде за злочин агресије, а национални само ако је у питању њихов држављанин.⁵² Универзална кривична јурисдикција подразумева да свака држава за одређена кривична дела од општег значаја може да процесуира извршиоце, без обзира на то где се злочин догодио, држављанства учиниоца или жртве јер такви злочини погађају читаво човечанство, што је посебно прихваћено процесуирање одговорних за ратне злочине и злочине против човечности после Другог светског рата. Без обзира на то што су такви спорови вођени за опште добро, често су политички мотивисани и осетљиви. Зато су Сједињене Америчке Државе инсистирале да се усвоји став да ови амандмани не треба да се тумаче било као право, било као обавеза држава да врше јурисдикцију над злочиним агресије коју је учинила друга држава.⁵³ Што се тиче самог злочина агресије као таквог, већ смо навели да је у питању злочин "лидера", имајући у виду став Међународног суда правде у случају *Arrest Warrant* из 2002. године да шефови држава, председници Влада и министри спољних послова имају имунитет у иностранству за вршење својих дужности, као и за учешће у међународним активностима у име своје државе докле год су на тим позицијама и не могу бити процесуирани у страни држави чак ни за међународна кривична дела. И када више не буду били на тим позицијама, остаје им имунитет за дела учињена у службеној дужности. Судије Међународног суда правде нису биле сагласне око става да ли се међу-

⁴⁸ C. Kreß, *op. cit.*, 7-8; K. Kreß, L. Holtzendorff, *op. cit.*, 1197 и 1203.

⁴⁹ Закон о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 5/2001.

⁵⁰ M. Scharf, *op. cit.*, 364. N. Jurdi, *op. cit.*, 3; J. Trahan, "Is Complementarity the Right Approach for the International Criminal Court's Crime of Aggression – Considering the Problem of Overzealous National Court Prosecutions", *Cornell International Law Journal*, 45:3/2012, 571.

⁵¹ J. Trahan, *op. cit.*, 571.

⁵² M. Вучић, *op. cit.*, 80 и 92–93.

⁵³ *Ibid.*, 90; M. Scharf, *op. cit.*, 359, 364, 366–369 и 381.

народна кривична дела могу подвести под акте учињене у службеној дужности, међутим, оно што је Међународни суд правде истакао, јесте да је могуће судити високим званичницима попут бившег шефа државе уколико му његова држава повуче имунитет. Такође, у теорији постоји став да се прихватање надлежности Међународног кривичног суда сматра повлачењем имунитета.⁵⁴ Што се тиче надлежности Међународног кривичног суда, Римски статут врло јасно наводи да званично својство представника државе или међународни имунитет нису релевантни у поступку пред Међународним кривичним судом, али Статут такође забрањује суду да од држава захтева хапшење или предају званичника треће државе уколико би на тај начин држава прекршила своје обавезе према међународном праву, односно дипломатском имунитету званичника.⁵⁵ Интересантно је да је претходно Комисија за међународно право у Нацрту злочина против мира и безбедности човечанства истакла да држава која је жртва агресије нема право да процесуира агресора, што је било веома критиковано зато што је у супротности са територијалним принципом јурисдикције, као и због тога што је Комисија имунитет државних званичника прихватила у апсолутном смислу.⁵⁶ Већ видимо да се мишљења о дозвољености вршења универзалне кривичне јурисдикције над високим званичником неке државе не поклапају, чак и када су у питању друга међународна кривична дела, а не само агресија.

4. ПРИРОДА НОРМЕ О ЗАБРАНИ АГРЕСИЈЕ И ЗАКЉУЧАК

Када је у питању забрана претње и употребе силе у складу са чланом 2(4) Повеље Уједињених нација, она се сматра једном од најважнијих норми међународног права која се убраја у *jus cogens* норму и као таква има *erga omnes* карактер, а акт агресије сматра се озбиљним кршењем перемпторне норме.⁵⁷ Према Комисији за међународно право "перемпторна норма општег међународног права (*jus cogens*) јесте норма коју је прихватила и признала целокупна међународна заједница држава као целина као норму од које никакво одступање није допуштено и која може бити измењена само новом нормом општег међународног права истог карактера".⁵⁸ Комисија за међународно право забрану злочина агресије сматра не само обичајним међународним правом, већ и перемпторном нормом која обавезује све државе, за који је предвиђена индивидуална кривична одговорност, међутим само у смислу "агресивне употребе силе".⁵⁹ То што је агресија уврштена у *jus cogens* норму говори о томе да је у питању виша, супериорна норма.⁶⁰ Такође, то додатно појачава обавезу државе и да се уздржавају од агресије, али и да процесуирају оне који учине агресију.

Постоје критике да свођење агресије само на примену војне, оружане силе није довољно. Иако се агресија посматра у смислу оружаног напада, односно војним средствима, у теорији се ипак препознаје да постоје и друга средства агресије као што су пропагандна, политичка, економска, научна, из области културе или здравства, док деловање агресије може бити усмерено не само на територијални интегритет, суверенитет и политичку независност државе, већ и економију и економски потенцијал, животне услове и

⁵⁴ M. Scharf, *op. cit.*, 385.

⁵⁵ *Ibid.*, 385–386.

⁵⁶ N. Jurdi, *op. cit.*, 5–6.

⁵⁷ S. Murphy, *op. cit.*, 1152. M. Wong, *op. cit.*, 982–983.

⁵⁸ Report of the International Law Commission, United Nations, 2022, 12.

⁵⁹ *Ibid.*, 86–87. V. Ferencz, *op. cit.*, 349.

⁶⁰ Б. Милисављевић, "Нека отворена питања у вези *jus cogens* норми у међународном праву", *Harmonius, Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 2020, 153.

стандард грађана, људска права и слободе грађана, а које нису постали део дефиниције.⁶¹ На пример, Повеља Организације Америчких Држава познаје појмове принудних мера било економске било политичке природе.⁶² Узимајући у обзир да постоје и унутрашњи сукоби, и претње као што су тероризам, сајбер напади или угрожавања животне средине, тешко да се само међудржавни конфликти могу сматрати оружаним нападом који угрожава суверенитет, стабилност и територијални интегритет држава, а постоје аутори који чак и доводе у питање да агресија у међудржавном смислу представља највећу претњу данашњице за колективне и безбедносне интересе.⁶³ Иако је компромис из Кампале јако важан јер је усвојена дефиниција агресије и Међународном кривичном суду омогућено да врши јурисдикцију, дефиниција не садржи агресију коју би учинили недржавни актери или који су последица нетрадиционалних претњи попут сајбер криминала или других организованих група.⁶⁴ Постоје аутори који сматрају да ће Међународни кривични суд за сваки сајбер напад који по свом обиму узрокује штету људима и стварима, одредити да ли је у питању агресија или не,⁶⁵ али треба имати у виду да се надлежност суда за простира само у оној мери у којој је то дефинисано у Кампали – примена оружане силе од стране појединца у државном својству, а сајбер нападе често врше недржавни актери.

Такође, поред несагласности око дефиниције, појам агресије се често и злоупотребава. Чињеница да велике силе прибегавају интервенционизму, а своје активности правдају другим изразима попут хуманитарне интервенције или операције за заштиту људских права како би наводно предузеле акције у циљу хуманости и ради међународне заједнице. И агресија се често у савременим односима често замењује речима војна интервенција, интервенција или кампања.⁶⁶ Линија између агресије и на пример хуманитарне интервенције није јасна.⁶⁷ Постоје аутори који сматрају да дефиниција агресије може погрешно да укључи и хуманитарне интервенције које се спроводе у циљу спречавања људске патње. У том смислу, агресија се није ни разматрала у форми хуманитарне интервенције.⁶⁸ Посебно можемо да поставимо питање и шта је са одговорношћу недржавних актера као што су међународне организације где је дошло до злоупотребе хуманитарне интервенције, као што је на пример НАТО интервенција супротно Повељи УН. Поред одговорности НАТО, у наведеном случају поставља се и питање одговорности УН због пропуштања да реагује.⁶⁹ Као критика истиче се да државе у складу са максимумом *par in parem non habet imperium* не би требало да покрећу поступке против трећих држава за злочин агресије, али да то не би требало да ради ни међународни суд, јер су државе чланице УН, приликом доношења Повеље УН, имале намеру да надлежност за злочин агресије оставе Савету безбедности, да је агресија пре свега политички злочин нанет страном држави који изазива апстрактну штету а не патњу појединцима и угрожавање људске безбедности и да стога његово утврђивање захтева политичку оцену.⁷⁰ Као што можемо да

⁶¹ Н. Ковачевић, С. Каровић, М. Ковач, *op. cit.*, 52; М. Симоновић, *op. cit.*, 174.

⁶² М. Domb, "Defining Economic Aggression in International Law: The Possibility of Regional Action by the Organization of American States", *Cornell International Journal*, 11:1/1978, 85–88.

⁶³ М. Drumbl, *op. cit.*, 306–308.

⁶⁴ S. Koran, *op. cit.*, 233–234.

⁶⁵ N. Weisbord, *op. cit.*, 149.

⁶⁶ Н. Ковачевић, С. Каровић, М. Ковач, *op. cit.*, 51 и 54.

⁶⁷ Ferencz, *op. cit.*, 357.

⁶⁸ М. Drumbl, *op. cit.*, 312.

⁶⁹ Б. Милисављевић, *op. cit.*, 139.

⁷⁰ М. Вучић, *op. cit.*, 80–82.

видимо, питање агресије је било важно политичко питање још приликом доношења Резолуције Генералне скупштине УН 3314. Такође, сама усвојена дефиниција агресије је врло државоцентрична – и као субјекат и као објекат агресије препознаје државе као главне субјекте међународног јавног права. Да ли ће или не дефиниција бити модификована, зависиће или од договора, или од будуће праксе држава. Што се тиче саме надлежности Међународног кривичног суда за злочин агресије, у актуелном међународном система, где сталне чланице Савета безбедности имају могућност да себе и своје савезнике заштите ветом, тешко можемо очекивати значајну судску праксу у погледу процесуирања злочина агресије на међународном нивоу.

ЛИТЕРАТУРА

- Вучић М., "Агресија као међународни злочин", *Међународни проблеми*, 69:1/2017, 78–102.
- Weatherall T., *Ius cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- Weisbord N., "Prosecuting Aggression", *Harvard International Law Journal*, 49:1/2008, 161–220.
- Weisbord N., "Judging Aggression", *Columbia Journal of Transnational Law*, 50:82/2011, 83–168.
- Wong M., "Aggression and State Responsibility at the International Criminal Court", *International and Comparative Law Quarterly*, 70/2021, 961–990.
- Даро А., Tzanakopoulos A., "The Crime of Aggression in the ICC and State Responsibility", *Harvard International Law Journal – Online Journal*, 58/2017, 33–36.
- Darcy S., "Accident and Design: Recognising Victims of Aggression in International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, 70/2021, 103–132.
- Domb M., "Defining Economic Aggression in International Law: The Possibility of Regional Action by the Organization of American States", *Cornell International Journal*, 11:1/1978, 85–105.
- Drumbl M., "The Push to Criminalize Aggression: Something lost amid the gains?", *Case W. Res. J.Int'l L.* 41:291/2009, 291–319.
- Jurdi N., "The Domestic Prosecution of the Crime of Aggression after the International Criminal Court Review Conference: Possibilities and Alternatives", *Melbourne Journal of International Law*, 14/2013, 1–20.
- Ковачевић Н., Каровић С., Ковач М., "Оружана агресија у савременим међународним односима", *Војно дело*, 2/2017, 48–63.
- Koran S., "The International Criminal Court and Crimes of Aggression: Beyond the Kampala Convention", *Houston Journal of International Law*, 34:2/2012, 231–288.
- Kreß C., "On the Activation of ICC Jurisdiction over the Crime of Aggression", *Journal of International Criminal Justice*, 16:1/2018, 1–17.
- Kreß C., Holtzendorff L., "The Kampala Compromise on the Crime of Aggression", *Journal of International Criminal Justice*, 8/2010, 1179–1217.
- Милисављевић Б., "Одговорност међународних организација с освртом на захтеве Републике Србије", *Српска политичка мисао*, 23:52/2016, 131–145.
- Милисављевић Б., "Нека отворена питања у вези ius cogens норми у међународном праву", *Harmonius, Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 2020, 151–169.
- Murphy S., "Aggression, Legitimacy and International Criminal Court", *The European Journal of International Law*, 20:4/2010, 1147–1156.
- Симовић М., "Агресија у међународном кривичном праву", *Годишњак Факултета правних наука Бања Лука*, 3/2013, 172–183.
- Scharf M., "Universal Jurisdiction and the Crime of Aggression", *Harvard International Law Journal*, 53:2/2012, 358–389.
- Тесла М., "Злочин агресије као међународно кривично дело", *Војно дело*, 6/2016, 52–69.
- Trahan J., "Is Complementarity the Right Approach for the International Criminal Court's Crime of Aggression – Considering the Problem of Overzealous National Court Prosecutions", *Cornell International Law Journal*, 45:3/2012, 569–601.
- Ferencz B., "Can Aggression Be Deterred By Law?", *Pace International Law Review*, 341:2/1999, 341–360.

* * *

Katarina Arsić*

**AGGRESSION AS INTERNATIONAL CRIME WITH REFERENCE
TO THE JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT**

Summary

*The paper analyzes the crime of aggression as an international crime, its roots and development. It indicates the most important historical moments that influenced the development of the norm on the prohibition of aggression. The paper emphasizes the role of UN General Assembly Resolution 3314, which adopted the definition of aggression. This resolution is important because it was the basis for the adoption of the definition of aggression at the Revision Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court in Kampala so that the International Criminal Court could exercise jurisdiction over this crime also. Additionally, the paper analyzes the jurisdiction of the International Criminal Court for prosecuting the crime of aggression, as well as the specifics: whether aggression is a crime of the state or of an individual, the relationship between the International Criminal Court and the Security Council and the exercise of universal criminal jurisdiction. The paper analyzes the nature of the prohibition of aggression as a *ius cogens* norm, but also points to the disadvantages of the existing definition of an aggression, on the one hand taking into account that only the use of armed force is considered as a crime of aggression, and on the other hand, taking into account new trends in security threats and actors.*

Keywords: aggression, International Criminal Court, jus cogens, Rome Statute, Security Council.

* PhD student, University of Belgrade, Faculty of Law, katarina.arsic16@gmail.com.

**ПРАВОСУДНО
ОРГАНИЗАЦИОНО ПРАВО
– МЕЃУНАРОДНИ И ЕВРОПСКИ
СТАНДАРДИ, УСТАНОПРАВНА ПРАВИЛА**

др Миленко Крећа*

РЕГИОНАЛНИ И ГЛОБАЛНИ СТАНДАРДИ О НЕЗАВИСНОСТИ СУДСТВА СА ОСВРТОМ НА ВЕНЕЦИЈАНСКУ КОМИСИЈУ

Апстракт: Аутор разматра питања која се тичу независности судства у светлу глобалних и регионалних инструмената који се баве овим питањем.

Инструменте, глобалне и регионалне, дели у две групе:

– инструменте дизајниране у форми обавезног права, који, по правилу, садрже опште, декларативне одредбе о независности судства. Ради се, углавном, о инструментима који за примарни предмет имају људска права, и

– инструменте дизајниране у форми "меког права" (*soft law*) који садрже специфичне одредбе о независности судства.

Повлачећи разлику између два облика независности судства, посебно анализира стандарде који се односе на именовање кроз избор судија, како у међународним инструментима тако и у националним правима, финансијске аутономије те облика изражавања, окупљања и удруживања судија.

На основу прегледа примене релевантних стандарда предлаже решења на основу критеријума владавине права.

Даје, такође, оцену активности Венецијанске комисије.

Кључне речи: независност судства, врсте независности, границе судске независности, критеријуми за именовање судија, поступак именовања судија, финансијска аутономија, слобода изражавања, окупљања и удруживања судија, Венецијанска Комисија.

ОПШТЕ НАПОМЕНЕ

1) Независност судства је предмет бројних инструмената, како глобалних тако регионалних и националних, дизајнираних у форми *ius strictum*-а и форми тзв. меког права (*soft law*).

1.1. Од глобалних инструмената обавезујуће природе ваља навести: Међународни пакт о грађанским и политичким правима;¹ Међународну конвенцију о заштити права

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, Ех судија *ad hoc* Међународног суда Правде и Европског суда за људска права, раније члан Венецијанске Комисије и Сталног Арбитражног суда у Хагу.

¹ Члан 14. Пакта.

свих радника миграната и чланова њихових породица;² Конвенцију о правима детета;³ Међународну конвенцију за заштиту свих лица од принудног настанка.⁴

Општа карактеристика одредби о независности судства у наведеним обавезујућим инструментима је да су генералне природе, да поседују инструментално значење у оквиру заштите људских права и слобода или специфичне категорије права и слобода или правног положаја одређене категорије лица. Рецимо, Међународни пакт о грађанским и политичким правима стипулише:

"1. Сви су једнаки пред судовима. Свако лице има право да његов случај буде расправљан правично и јавно пред надлежним, независним и непристрасним судом, установљеним на основу закона који одлучује о основаности сваке оптужбе подигнуте против њега у кривичним стварима или о оспоравању његових грађанских или политичких права...⁵ Тако, *mutatis mutandis*, гласе и одговарајуће одредбе других обавезујућих инструмената универзалне или квазиуниверзалне природе.

1.2. У форми "мекког права" релевантни глобални извори обухватају:

– Базичне принципе независности судства усвојене на 7. Конгресу Уједињених Нација о превенцији злочина и поступању са прекршиоцима од 1985. године подржане од Генералне скупштине Уједињених нација Резолуцијама 40/32 од 29. новембра 1985. и 40/146 од 13. децембра 1985;

– Процедуре за ефективну имплементацију Базичних принципа независности судства усвојене од Економског-социјалног савета Уједињених нација Резолуцијом 1989/60 и подржане Резолуцијом Генералне скупштине Уједињених Нација 44/162 од 15. децембра 1989;

– Нацрт Универзалне Декларације у независности судства ("*Singhvi Declaration*") припремљен од стране Подкомисије за спречавање и заштиту мањина (E/CNA/SUB.2/1968/20/Add.I and Add.II (Corr I), а подржан од стране Комисије УН за људска права Резолуцијом 1989/32;

– Бангалорски принципи о судству усвојени од Судске групе за јачање судског интегритета и ревидирани на округлом столу врховних судија одржаном у Хагу новембра 2002;

– Универзална судијска Повеља прихваћена од стране Међународне асоцијације судија новембра 1999;

– *Burgh House* Принципи о независности међународног судства које је израдила студијска група Светског удружења за међународно право.

У ову групу, по својој природи, улазе и резолуције Комисије за људска права 2004/33 и 2003/39 о интегритету судског система и Независности и непристрасности судства, *judges and assessors* и независности правника.

2) Поред универзалних инструмената, судска независност је предмет регионалних инструмената – европских, америчких и афричких. У овом рад бавићемо се преважно европским инструментима.

² Члан 18. Конвенције.

³ Члан 37. Конвенције.

⁴ Члан 11. Конвенције.

⁵ Члан 12 Конвенције.

2.1. Европска Конвенција за заштиту људских права је основни обавезујући инструмент европског регионалног права који се дотиче независности судства. Члан 6(1) Конвенције на општи начин утврђује да:

"Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама, или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом образованим на основу закона".

У том смислу формулисан је и члан 47 (Право на делотворан правни лек и поштено суђење Повеље о фундаменталним правима Европске уније потписане и прокламоване од стране Председника Европског парламента, Савета и Комисије 7. децембра 2000. године.

2.2. "Меко право" о независности судства у регионалним европским оквирима чине:

– Препорука No.R (94) 21 Комитета министара државама чланицама о независности, ефикасности и улози судија;

– Препорука No.R (2000) Комитета министара државама чланицама о слободи вршења правничке професије;

– Препорука No.R (2000) 19 Комитета министара државама чланицама о улози јавног тужиоца у систему кривичне правде;

– Европска повеља о Статуту за судије (DA/Doc. (98)).

3) Између инструмената обавезујуће природе и оних који припадају *corpus-у* "меког права" о независности судства, поред формалне разлике у правној снази постоје и супстанцијалне разлике.

Инструменти обавезујуће природе садрже, по правилу, опште деклараторне принципе о независности судства у функцији заштите људских права и слобода. Другим речима, *ratio legis* одредаба о независности судства није у одређивању специфичних стандарда већ је инструменталне природе у перцепцији независног судства као гаранта остваривања људских права и слобода која конкретно инструменти установавају.

Иако су људска права и слободе од фундаменталног значаја, изгледа неспорно да независност судства у свом домашају превазилази људска права. Тачно је да су појединци и људске групе крајњи адресати правних правила, али је друштвена и правна реалност, како у националним оквирима тако и у међународној заједници, која подлеже утицају судства знатно сложенија.

Независно судство је услов законитости и владавине права у тоталитету друштвених односа које право уређује, и, као таква, једна од фундаменталних основа демократије.

Инструменти меког права за разлику од обавезујућих инструменат, постављају специфичне стандарде независности судства у његовим релевантним видовима.

Будући "меко право" ти стандарди нису *per se* обавезујући, пре представљају *opinio juris* у оквиру општег и регионалног међународног права који се имплементирају одговарајућом законодавном техником унутрашњег права.

3.1. Правила о независности судства су творевина унутрашњих права. Зачета у Великој Британији почетком XVIII века, прихваћена су у Уставу САД и државама *Common law*, као и другим државама.

До осамдесетих година прошлог века концепт независности судства развијан је преваходно као институт унутрашњег права са бројним варијацијама које су изражавале национално виђење института.

Почетком 90-тих, формирањем *corpus-a* релативно кохерентних међународних инструмената о независности судства, долази до обрнутог процеса, процеса прилагођавања националних правила о независности судства међународним стандардима отелотвореним у тим инструментима. Тај процес је посебно изражен међу чланицама Савета Европе захваљујући у значајној мери јуриспруденцији Европског суда за људска права и активности Венецијанске комисије.

Процес није мимоишао ни Велику Британију, државу у којој је принцип независности судства и настао.

Наиме, претпоставка независности судства од које полазе релевантни међународни инструменти је подела власти на законодавну, извршну и судску. Великој Британији до доношења *British Constitutional Reform Act (2005)* подела власти није била у том погледу стриктно спроведена. У рукама лорда канцелара била су спојена овлашћења иманентна трима властима – законодавној, извршној и судској – а у неким врстама случајева апелациона надлежност била је повезана са извршном влашћу.⁶

Међународни инструменти о независности судства служе као нека врста катализатора хармонизације националних прописа, модел према коме се, нарочито у чланицама Савета Европе, дизајнирају одговарајући национални прописи. Хармонизацију одликује флексибилност не само због опште природе одредаба релевантних међународних инструмента, већ услед примене института поља слободне процене (*Margin of Appreciation*) који је стекао право грађанства у јуриспруденцији Европског суда за људска права, а који подразумева меру дискреционих овлашћења државе у извршавању преузетих обавеза.

ПРАВНИ СТАНДАРДИ О НЕЗАВИСНОСТИ СУДСТВА⁷

4) Обично се о конкретној ствари говори "стандардима о независности судства".

Израз је понешто преширок и непрецизан. Постоји теоријска и практична разлика између правних стандарда *in abstracto* и правних стандарда *in vivo* или примене стан-

⁶ Lord Woolf, *The Rule of Law and Change Constitution*, 2004; R. Stevens, *Law and Politics: The House of Lords as a Judicial body*, 1978.

⁷ У неким инструментима, како универзалним тако и европским, појам "судства" и "судова" се широко схвата. Широко у мери која отвара питање да ли су одговарајући стандарди применљиви у потпуности на овако одређен појам судова.

Наиме, у једном броју универзалних (рецимо, Међународна конвенција за заштиту свих лица од принудног нестанка; Међународни пакт о грађанским и политичким правима) и европских инструмената (нпр. Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода), фигурира израз "судови и трибунали" (*Courts and Tribunals*) или, чак, само "трибунали". При том се не дају никакве назнаке да ли се одговарајући стандарди примењују једнако и на судове и на трибунале.

Појмови "суд" и "трибунал" се, посебно у јуриспруденцији Европског суда за људска права, не поклапају. Примера ради, Европски суд за људска права је у случају *Ringelsen v. Austria* нашао да је управно тело (*Grundverkehrsbehörde*) - трибунал (ЕХСР, 16. July 1971). Ту квалификацију је дао и у другим случајевима. Од интереса је и чињеница да *travaux préparatoires* Конвенције о људским правима не дају јасне индикације шта се под "трибуналом" подразумева. Из јуриспруденције Суда произилази, дакле, да трибунал може бити и део извршне власти.

дарда у пракси. Разлика у конкретној ствари изражава општу дихотомију у смислу права у формалном и права у материјалном смислу речи.

У овом раду бавићемо се одговарајућим правним стандардима о независности судства. Стандарди *in vivo* подразумевају другу врсту анализе – било ширу анализу праксе националних судова кроз оптику независности или анализу репрезентативног случаја (*Case Study*).

Појам независности судства

5) Парадигма независности судства инкорпорисана у све релевантне међународне инструменте. Комисија за људска права је у више наврата истакла да је право на независан и непристрасан трибунал "апсолутно право које не трпи изузетке".⁸

Обично се независност судства одређује као независност судске власти од извршне и законодавне власти. Овакво одређење изгледа преуско и изражава само један, институционални елемент независности судства јер, и у систему стриктне поделе власти, независност судства није обезбеђена. Она може бити угрожена и као последица деловања ванинституционалих, државних ентитета. Стога, коректно схваћена независност судства би подразумевала независност од "директног или индиректног мешања било које личности или ентитета" доношењу одлука.⁹ *In concreto*, то значи независност судства како од извршне и законодавне власти националне државе тако и од неформалних група попут интересних група и група за притисак, појединаца, међународних тела и организација, те медија. Другим речима, независност од било ког спољњег утицаја.

Поред независности од спољњег утицаја (екстерна независност), судска независност би обухватала и интерну независност у смислу слободе суда да одреди услове унутрашње администрације, укључујући политику ангажовања персонала, системе информисања и расподелу буџетских трошкова.¹⁰ Или, статус записника о већању суда *in camera*.

Екстерна и интерна независност чине органску целину бивајући у функционалној вези. Екстерна независност *per se* не даје пуни ефекат, уколико није праћена интерном независношћу. Изгледа очигледно да би интерна зависност суда од спољњих утицаја, посебно од извршне власти, крњила екстерну независност.

6) Од независности суда као органа у смислу судске власти треба разликовати независност судија. Иако су ове две независности у тесној дијалектичкој вези, између њих постоји суптилна разлика. Независност судија не постоји без независности судства у смислу судске власти, али независност судства не значи аутоматски и независност судија. Потоња се не састоји само од независности било спољњег утицаја него и вршења судских овлашћења независно од осталих судија, на бази сопственог судијског поверења и спровођења правде. Дакле, независност судства је независност *ab extra*, а независност судије *ab intra* независност *ab intra*.

7) У неким документима независност и непристрасност судова се имплицитно третирају као синоними.

⁸ Communication No. 263/1987, Case of Miguel Gonzales del Rio, v. Peru, para 52.

⁹ Burgh House Принципи о независности међународног судства, para. 1. (1,1).

¹⁰ *Ibidem*, 1 (1,3).

Иако се ради о повезаним појмовима између постоји концептуална разлика.

За разлику од независности која је превасходно институционалне, објективне природе, непристрасност је субјективне природе, ствар субјективног односа према судској функцији. Поред тога, независност суда је питање опште позиције суда у конкретном правном и друштвеном амбијенту, док је непристрасност ствар позиције судије у односу на конкретан спор. Отуда могуће је да иначе независан суд пристрасан *in casu*.

Непристрасност суда значи субјективно неутралан став суда у смислу одсуства предрасуда, симпатија или анимозитета према било којој странки у спору.

Као стање свести судије непристрасност може бити цењена на основу субјективног и објективног критеријума. У пракси Европског суда непристрасност судије подразумева кумулацију ова два критеријума.

У случају Светлана Науменко в. Ukraine, Европски суд је нашао да субјективни критеријум непристрасности није испуњен, будући да је судија поднео "протест" који је Трибунал чији је члан разматрао. По налазу суда, та чињеница је довољна да дискредитује субјективну непристрасност *in casu*, јер нико не може бити тужилац и судија у сопственом случају.¹¹

Објективни критеријум непристрасности подразумева постојање гаранција у смислу чињеница или стања које искључују легитимну сумњу у непристрасност суда.

Као пример легитимне сумње и непристрасност може се навести налаз Европског суда у Castillo Algar v. Spain случају. У том случају, Суд је нашао да одговарајућа сумња постоји на основу чињенице да је о *meritum*-у случају требао да одлучује судија који је претходно донео одлуку да постоји довољно доказа за потврђивање оптужнице.¹²

Пристрасност суда је релативне, отклоњиве природе. *Modus operandi* је у том смислу изузеће судије или судије који не пружају довољне гаранције непристрасности.

Бангалорски принципи судске активности дају прецизна руководна начела у погледу разлога за изузеће. Разлози се тичу како саме одлуке тако и поступка на основу кога се одлука доноси.¹³

¹¹ ECHR Judgement, 9 November 2004, Application 41984/98, para 97.

¹² ECHR Judgement of 28 October 1988, paras 47, 51.

¹³ Непристрасност подразумева:

- 2.1. судија ће вршити своју дужност без фаворизовања, предубеђења или предрасуда;
- 2.2. судија ће обезбедити да његово или њено понашање, у суду и ван суда одржава и јача поверење јавности, правне професије и странака у непристрасности судије и судства;
- 2.3. судија ће, колико год је то разумно могуће, настојати да се понаша тако да избегне ситуације због којих може бити неопходно да судија буде изузет из разматрања или одлучивања у предметима;
- 2.4. судија неће свесно, у току поступања, или могућег будућег поступања у предмету, давати коментаре за које би се могло оправдано претпоставити да могу утицати на окончање таквих поступака или угрозити манифестовану правичност. Нити ће судија давати било какве изјаве, јавно или на други начин који могу утицати на правичност суђења о било ком лицу или било ком питању;
- 2.5. судије ће се изузети из поступања у предмету у коме судија није у могућности да донесе непристрасном одлуку, или то разумном посматрачу може деловати као да судија није у могућности да донесе непристрасну одлуку. Такви поступци укључују, али се не ограничавају, на случајеве када:
 - 2.5.1. судија има стварно предубеђење или предрасуду у вези са једном од страна у спору или лично сазнање о спорним доказним чињеницама у вези са спорним доказима;
 - 2.5.2. судија је претходно поступио као адвокат или је био материјални сведок у спорном предмету;

Границе судске независности

8) Судска независност није апсолутна. Ако би се схватила у том смислу, судска независност би се, од гараната владавине права, лако могла трансформисати у судски фундаментализам, агресивно коришћење судске власти ван оквира важећег, позитивног права.

Судска независност у себи садржи елемент суштинске зависности. Као орган који примењује право, суд је у вршењу своје надлежности заведен од релевантних правних правила како процедуралних тако и супстанцијалних.

Границу судске независности у том смислу можда онајбоље осликава *dictum* Међународног суда правде у случају који се тичао Fisheries Jurisdiction случају у коме је, између осталог, истакао:

Суд "не може донети пресуду *sub specie legis ferendae*, или антиципирати право пре него што га законодавац донесе".¹⁴

9) Поступање на супротан начин би, у принципу, представљало негативну страну судске независности или њену злоупотребу. У делу доктрине, поготово англосаксонске, овакво поступање суда се назива судским активизмом (*judicial activism*) у смислу креативног тумачења које излази из дозвољеног оквира тумачења, често са ослоном на природноправно резонавање.¹⁵

10) Наведени општи критеријум трпи ограничења у зависности од низа чињеница чија анализа превазилази оквире овог рада.

Указаћемо, међутим, на једну од релевантних чињеница која је у конкретној ствари од посебног интереса, а тиче се правних средстава за такозвану "мирну промену" у праву, као контраст револуционарної промени права.

Право је, по дефиницији, конзервативно и да би одговорило својој социјалној функцији неопходно га је мењати.

У погледу правних средстава мирне промене разликујемо два система:

а) промена права законодавном интервенцијом;

б) промена права тумачењем суда.

11) У првом систему улога суда је суштински ограничена на примену постојећег, важећег права у границама наведеног *dictum* Међународног суда правде. Примена права, подразумева и извесну слободу суда у тумачењу правног правила, која се, међутим, изражава, углавном, кроз екстензивно тумачење и тумачење путем аналогije.

12) Други систем допушта да и судије стварају право (*judge made law*). Обично се везује за систем *common law*-а, мада није непознат ни континенталном систему. Судија се у овом систему ослања на природноправно резонавање које се не поклапа са позитив-

2.5.3. судија, или члан породице судије има економски интерес у решењу предмета спора.

Изузеће судија неће бити захтевано уколико ниједан други трибунал није у могућности да се бави предметом, или уколико би, по хитности, неделовање могло довести до угрожавања правде.

¹⁴ Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgement, ICJ Reports, 1974, para 53.

¹⁵ Carrington, Paul and Crampton, Judicial Independence in Excess: Reviving the Judicial Duty of the Supreme Court, Cornell Law, vol. 94; Starr Kenneth, The Supreme Court and its Shrinking Docket, Minnesota, Law Review, vol. 90.

ним правом или еволутивно схватање телеолошког метода, које циљ правног правила сматра варијабилним зависно од момента у коме се правило тумачи. Добру илустрацију оваквог схватања даје судија Алварез у свом издвојеном мишљењу у случају који се тича допуштености резерви на Конвенцију о спречавању и кажњавању злочина геноцида. Говорећи о тумачењу мултилатералних уговора судија Алварез каже да их не треба тумачити "узимањем у обзир припремних радова, они се одвајају од таквих радова и добијају самосталан живот: они могу да се упореде са бродовима који напуштају бродоградилница и плове самостално, немајући везе са својим бродоградилницама. Такви уговори треба да се тумаче не гледајући уназад већ унапред".¹⁶

Ваља напоменути да је еволутивно схватање телеолошког метода у тумачењу правног правила посебно заступљено у јуриспруденцији Европског суд правде и Европског суда за људска права.

СТАНДАРДИ КОЈИ СЕ ТИЧУ ИМЕНОВАЊА/ИЗБОРА СУДИЈА

Критеријуми за именовање / избор судија

13) Што се тиче критеријума за избор судија, постоји висок степен поклапања како у погледу позитивних тако и у погледу негативних критеријума.

14) Позитивни критеријуми за избор судија своде се суштински на објективност и транспарентност.

Објективност подразумева, како предвиђа Мишљење бр. 1 Консултативног савета европских судија, да избор и каријера судија требају бити утемељени на "способностима, имајући у виду квалификације, интегритет, способност и ефикасност".

Готово идентичну формулацију садржи и препорука (94) 12 Комитет; министара о независности, ефикасности и улози судија.

Мишљење је, изгледа, од Венецијанске комисије прихваћено као релевантан европски стандард у погледу основа избора и напредовања судија.¹⁷ Наглашава се да способност (*merit*) није једино ствар правног знања, аналитичких вештина или академске изврности, већ да, такође, треба да укључује питања карактера, просуђивања, доступности, вештине комуницирања, ефикасности у изради пресуде итд.¹⁸

Однос између професионалних, правних квалификација и личних особина као критеријума за избор судија варира.

Док Базични принципи Уједињених нација у први план стављају "интегритет и способност уз одговарајућу обуку или правне квалификације",¹⁹ остали инструменти стављају на исту раван личне и професионалне критеријуме за избор судије.

15) Негативни критеријуми, као директан атак на независност судства, се, по правилу, везују за два момента:

¹⁶ ICJ Reports 1951, p. 53.

¹⁷ Report on the Independence of the Judicial System, part I: The Independence of Judges, Adopted by the Venice Commission as its 82 Plenary Session, 12-13 March 2010, p. 6.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Принцип 10 Базичних принципа.

15.1. Избор судија на бази политичке припадности. Комитет за права човека је, испитујући извештај Боливије о примени пакта о грађанским и политичким правима, истакао, *inter alia*, да "номинација судија треба да буде заснована на њиховој компетентности, а не политичкој припадности".²⁰

У извештају који се тичао Судана, Комитет је нагласио да "наизглед и у стварности судство није истински независно, да многе судије нису биране на основу њихових правних квалификација..."²¹

15.2. Дискриминација по било ком основу укључујући расу, боју коже, пол, религију, национално или социјално порекло и слично. Избор мотивисан политичком припадности судије представља, такође, облик дискриминације.

Забрана дискриминације у избору судија не односи се на тзв. позитивну дискриминацију. Штавише, позитивна дискриминација се индиректно квалификује као један од елемената независности судства. У Lotimer House смерницама стоји, између осталог, да "избор судија на свим нивоима судства треба бити заснован на способности (*merit*) са одговарајућом одредбом о прогресивном отклањању неравнотеже и других историјских фактора дискриминације".²² Разматрајући извештај Судана о примени пакта о грађанским и политичким правима, Комитет за људска права је квалификацију да судство у тој земљи није истински независно образложио и чињеницом да "само неколико немуслимана и жена врши судске функције на свим нивоима и препоручио, *inter alia*, именовање квалификованих судија жена и припадника мањина."²³

Поступак избора / именовања судија

16) Питање ко бира судије је, нема сумње, од великог утицаја на независност судства. Разумно је, напиме, претпоставити да, уколико избор врши извршна власт без било каквих коректива, политички опортунитет може превагнути над објективним критеријумима у избору судија.

Пракса држава у избору судија је различита. Она не само да се разликује од државе до државе, већ разлике постоје и у оквиру једне државе зависно од врсте судова.

17) *Grosso mondo*, постоје два система стицања статуса судије: систем избора и систем именовања.

17.1. Систем избора подразумева два модела: народним гласањем на начин идентичан или суштински сличан избору политичких представника и избором од стране представничког тела или независног, специфично дизајнираног тела за избор судија.

17.2. Систем именовања судија подразумева именовање судија од извршне власти. Овај систем је широко прихваћен у међународној заједници и могао би се окарактерисати као базични систем. У циљу смањења, у идеалној варијанти искључивања, политичког опортунитета приликом именовања судија, комбинује се са пар корективних механизма; одобре-

²⁰ Concluding Observations of the Human Rights Committee on Bolivia, UN Doc. CCPR/C/79/Add.74, para 34.

²¹ Concluding Observations of the Human Rights Committee on Sudan, UN, Doc. CCPR/C/79/Add.85, para 21.

²² Lotimer House Guidelines for the Commonwealth on Parliamentary Supremacy and Judicial Independence, 1988, Principal II, 1.

²³ UN Doc. CCPR/C/79/Add.85, para 21.

њем парламента, консултацијама са репрезентативним представницима судске и правничке професије и коришћењем независне комисије као консултативног тела.

18) Јединствен европски стандард о избору / именовану судија не постоји.

Препорука No.R94 Савета Европе формулисана је еклектички, будући да даје предност судском већу, као телу надлежном за избор судија, али уважава и остале системе избора.

Препорука предвиђа да:

"тело које доноси одлуку о избору и напредовању судија треба да буде независно од владе и управе. У циљу да се обезбеди његова независност, правила треба да осигурају да су, на пример, његови чланови изабрани од стране судства и да само тело одлучује о процедуралним правилима.

Међутим, тамо где уставне или правне одредбе и традиције дозвољавају да судије бира влада, треба да постоје гаранције да су поступци избора судија транспарентни и независни у пракси и да одлуке неће бити доношене под утицајем било ког разлога изузев оних који се тичу објективних критеријума..."

19) У разради правила о независном судском телу најдаље је отишла Европска Повеља о закону за судије и Мишљење бр. 10 Консултативног већа европских судија. Европска Повеља о закону за судије предвиђа "интервенцију једног тела независног од извршне и законодавне власти" у односу на сваку одлуку која се тиче селекције, избора судија, напретка у каријери или престанка службе судије.²⁴

У формацији ове одредбе реч "интервенција" носи амбивалентно значење. Сугерише тумачење да је улога тела формалне природе и да се своди на мешање у ствар коју води други орган. Из одредбе тачке 3.1. Повеље произилази, међутим, да "интервенција" има знатно шире значење од граматичког. Јер, тело "независно од извршне и законодавне власти" доноси "одлуку о именовану... на место судије и распоређивање одређени суд или се "одлука доноси на предлог или препоруку овог органа, са његовом сагласношћу или на основу његовог мишљења".

Независно тело би, према Европској повељи о Закону за судије било компоновано тако што би најмање половину чланова чиниле судије изабране од стране њихових колега на начин који гарантује најшире представљање судства.

Мишљење бр. 10 Консултативног већа се на општи начин бави композицијом Судског већа. Говори о Већу састављеном искључиво од судија или о Већу мешовитог састава – од судија или лица која нису судије не наводећи бројчани однос ове две групе чланова. Тежиште се ставља на избегавање "перцепције личног интереса, сопствене заштите и кронизма".

20) Позиција Венецијанске комисије могла би се оквалификовати као еклектичка.

Артикулисана је у оквиру дихотомије "старе демократије" / "нове демократије".

Комисија констатује да у неким старијим демократијама извршна власт има одлучујућу улогу у избору судије. Налази, међутим, да такав систем избора може добро

²⁴ Тачка 3.1. Повеље.

функционисати у пракси захваљујући ограничењима које намеће правна култура и дуга традиција.²⁵

Одсуство традиције у "новим демократијама", по мишљењу Комисије, намеће потребу доношења изричитих уставних и правних одредаба како би се спречила политичка злоупотреба у избору судија.

Оне би подразумевале да:

20.1. именовање судија редовних судова не треба да буде у надлежности Парламента због опасности да политичка разматрања превагну над објективним способностима кандидата.²⁶ Правило не важи за уставне судове;

20.2. одговарајући метод избора судија, Комисија види у установљењу судског савета чија би позиција била гарантована Уставом. Савет би требао да има одлучујући утицај о избору и напредовању судија, као и у изрицању дисциплинских мера.²⁷ Композиција Савета је мешовита. Већину чланова Савета би требало да чине чланови изабрани од стране судства. У циљу демократског легитимитета остали чланови Савета би били бирани од Парламента међу личностима са одговарајућим правним квалификацијама.²⁸

21) Изгледа да Комисија придаје претерани значај "правној култури и дугој традицији" као основу за повлачење разлике између "нових" и "старих" демократија у погледу одговарајућег модела избора судија који би обезбеђивао независност судства. Иако утицај правне културе и традиције може бити значајан, тешко да могу представљати непремостиву брану извршној власти поготово у периодима када би судске одлуке могле вршити значајан утицај на политичке токове у држави.

На то индиректно упућује и коначни закључак Комисије у коме стоји, *inter alia*, да поштујући различитост правних система, "Венецијанска комисија препоручује да државе које то још нису учиниле размотре установљење једног независног судског савета или сличног тела".²⁹ Другим речима, иако *per se* именовање судија од стране извршне власти не мора да угрожава независност судства, пожељно је да се избор судија поверава независним телима како би се било каква политичка разматрања искључила из поступка избора судија.

22) У том правцу се креће и резоновање Комисије за људска права.

У случају Лихтенштајна, који је у перцепцији Венецијанске комисије неспорно "стара демократија", Комисија је нашла да интервенција извршне власти у избор судија коришћењем одлучујућег гласа владајућег Принца подрива независност судства.³⁰

По уставу Лихтенштајна судије поставља владајући Принц.³¹ Селекцију кандидата за судије врши заједничка комисија којом председава владајући Принц који има одлучујући глас. Комисија може препоручити кандидате Диети (представничко тело)

²⁵ CDL-AD(2007)028.

²⁶ *Ibidem*, para. 47.

²⁷ *Ibidem*, paras. 48, 49.

²⁸ *Ibidem*, para. 50.

²⁹ Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges, t. 32.

³⁰ Concluding Observations of the Human Rights Committee on Lichtenstein, UN doc. CCPR/CO/81/LIE, para 12.

³¹ Члан 11. Устава.

само са пристанком Принца. Уколико Диета изабере препорученог кандидата, он или она биће постављен за судију од стране Принца.³²

Финансијска аутономија

23) Релевантан елемент судске независности је и финансијска аутономија. Оту-да и одговарајући међународни инструменти садрже одредбе о финансијским изворима за судски систем.

Те одредбе су формулисане на суштински сличан начин и могле би се свести на дужност државе да "обезбеди адекватна финансијска средства за вршење судске власти"³³ како би "статус судија и њихове плате одговарале достојанству њихове професије и терету одговорности".³⁴

У материји финансирања судства искристалисало се пар стандарда:

23.1. Буџет судства је део државног буџета о коме одлуку доноси надлежни државни орган. При том је овај орган дужан да одреди судству адекватна финансијска средства као обезбеђење његове независности. Финансирање судства не сме бити засновано на дискреционим одлукама надлежних органа, већ треба да обезбеди стабилно финансирање на основу објективних и транспарентних критеријума. У том смислу, кохерентну смерницу даје Latimer House Guidelines. Смерница предвиђа да:

"Да би се судство могло извршавати своје функције према највишим стандардима треба обезбедити довољно и одрживо финансирање. Ти фондови, изгласани од законодавства, требају бити заштићени од отуђивања. Распоређивање или ускраћивање средстава не могу бити коришћена као средства за вршење неподесне контроле правосуђа".

Венецијанска комисија стандард одређује на следећи начин:

"Одлуке о локацији финансијских средстава судовима имају се доносити уз најстрожије поштовање принципа судске независности и судство треба да има могућност да изрази своје мишљење Парламенту о предложеном буџету, по могућности преко судског већа".³⁵

23.2. Финансијска средства лоцирана судству постају буџет судства у смислу да судови аутономно одлучују о њиховом распоређивању. Другим речима, судови стичу једну меру финансијске аутономије која, међутим, није апсолутна. Рецимо, плате судија, или барем основне плате, одређују се општим актима који важе за државне службенике.

Као корелатив финансијске аутономије судства, стоји одговорност судства за донете одлуке законодавној и извршној власти.

23.3. Неки међународни инструменти, ценећи суштински значај стабилног и умереног финансирања по независност судства, предвиђају уставно или законско одређивање овог питања.³⁶

³² Члан 96. Устава.

³³ ИВА Минимум стандарда независности судства.

³⁴ Препорука R94, 12 Савета Европе.

³⁵ Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges, Adopted by the Venice Commission at its 82nd plenary Session, para. 52-55.

³⁶ Рецимо, основна начела УН о независности судства, пара. 11, ИБА Минимум стандарда независности судства.

Слобода изражавања, окупљања и удруживања судија

24) Слобода изражавања, окупљања и политичког организовања, као универзалне слободе *ratione personae*, односе се у принципу и на судије. То несумњиво произилази из формулације одговарајућих чланова Пакта о грађанским и политичким правима и Европске конвенције о људским правима које у релевантним члановима предвиђају да "свако има слободу..." на изражавање, окупљање и организовање.³⁷ У Мишљењу бр. 3 Консултативног Савета европских судија стоји, између осталог, да "судски систем једино може исправно функционисати уколико судије нису изоловане од друштва у коме живе... Као грађани, судије уживају фундаментална права и слободе заштићена, посебно европском Конвенцијом о људским правима..."

Ова права, међутим, нису апсолутно заштићена права. По својој природи она су квалификована права која подлежу одређеним ограничењима. У том смислу може се навести одредба члана 11. Европске конвенције која предвиђа да се за вршење права на слободу мирног окупљања и слободу удруживања с другима неће постављати никаква ограничења осим оних која су прописана законом и неопходна у демократском друштву, а односе се и на припаднике оружаних снага, полиције или државне управе.³⁸ У односу на слободу изражавања члан 10. Конвенције каже да, будући да коришћење ових слобода повлачи за собом дужности и одговорности, оно се може подвргнути формалностима, условима, ограничењима или казнама прописаним законом и неопходним у демократском друштву... ради очувања ауторитета и непристрасности судства.³⁹

Ratio ових ограничења лежи у особеној природи дужности и одговорности којима су судије обавезане и потреби да се обезбеди независност и непристрасност судства као легитимним циљевима у сврху наметања специфичних ограничења изражавања, удруживања и окупљања судија укључујући њихово политичко деловање.⁴⁰

Слобода изражавања судија

25) О слободи изражавања судија уставни, по правилу, ћуте. Ниједан устав чланаца Савета Европе не предвиђа посебна ограничења слободи изражавања судија.

Међутим, ограничења слободе изражавања судија предмет су законских одредаба и кодекса понашања судија.

Рецимо, у немачком Закону о судству прилично место заузима принцип умерености (*Mäßigungsgebot*). У складу са тим принципом, судијама се не ограничава слобода давања политичких изјава, али том приликом судија се не сме позивати на своју функцију. Изузетак постоји једино на слободу изражавања која се тиче правних питања на предавањима и чланцима у правним часописима. Суд је дужан чувати тајност разматрања *in camera*.⁴¹

³⁷ Члан 22(1) Пакта о грађанским и политичким правима; члан 19(2) Пакта; члан 10 Европске конвенције.

³⁸ Члан 11(2) Конвенције.

³⁹ Члан 10(2) Конвенције – слобода изражавања.

⁴⁰ Report on the freedom of expression of judges, Adopted by the Venice Commission at its 103rd Plenary Session (19-20 June 2015) on the basis of comments by: Mr Milenko Kreća, Mr Johan Hirschfeldt, Mr Christoph Grabenwarter, para 80.

⁴¹ *Ibidem*, para 18.

Насупрот томе, румунски Закон о статусу судија (2004) забрањује судијама да изражавају или испољавају своја политичка уверења.⁴² Судије, такође, не могу јавно изражавати своје мишљење о поступцима који су у току, као што им није дозвољено да коментаришу или оправдају у штампи или аудиовизуелним програмима пресуде у чијем доношењу су учествовали.⁴³

Аустријски Закон о судијама и тужиоцима, пак, у делу који се односи на слободу изражава судија на општи начин је обавезу верности држави и закону.⁴⁴

Кодекс судске руске федерације усвојене на Сверуској конференцији судија 2012. године предвиђа да би судије требало да сарађује са мас медијима како би се обезбедило адекватно праћење судских активности.⁴⁵ Специфичност Кодекса је у томе што судијама дозвољава коментаре пресуде и изражавања мишљења о установљеној пракси у процесном и материјалном праву.⁴⁶

У важећем Кодексу етике чланова судства Малте (2010), чланови судства су, међутим, у обавези да обесхрабре лица да у њиховом присуству дискутују о случајевима који су *ius iudice*.⁴⁷

Слобода организовања

26) За разлику од слободе изражавања, слобода удруживања судија је једном броју чланица Савета Европе уставна материја.

Постоји уставна забрана политичке активности у Азербејџану;⁴⁸ Мађарској;⁴⁹ Јерменији;⁵⁰ Црној Гори;⁵¹ Пољској;⁵² Румунији;⁵³ Србији;⁵⁴ Словачкој⁵⁵ и др.

27) Ограничења политичке активности судија садрже и законске одредбе у многим чланицама Савета Европе као и етички кодекси.

Законске одредбе које се тичу ограничења политичке активности судија могу се, по својој природи, поделити у две групе.

Једну групу чине одредбе прохибитивне природе, формулисане на јасан и недвосмислен начин. Рецимо, у Хрватској Закон о судовима предвиђа да судија не може бити члан политичке странке нити се бавити политичком активношћу (члан 94 Закона).

Слично у Румунији,⁵⁶ Турској⁵⁷ и другим чланицама Савета Европе.

⁴² Члан 8. Закона.

⁴³ *Ibidem*, пара 19

⁴⁴ *Ibidem*, пара 22.

⁴⁵ Члан 13. пара 1 Кодекса.

⁴⁶ *Ibidem*, пара 24.

⁴⁷ Члан 13. Кодекса.

⁴⁸ Члан 126 Устава.

⁴⁹ Члан 26 Устава.

⁵⁰ Члан 98 Устава.

⁵¹ Члан 54 Устава.

⁵² Члан 178 Устава.

⁵³ Члан 40 Устава.

⁵⁴ Члан 55 Устава.

⁵⁵ Члан 37 Устава.

⁵⁶ Закон о статусу судија од 2004. године.

⁵⁷ Члан 51 Закона о судијама и јавним тужиоцима No. 2802.

Другу групу чине одредбе које судијама дају квалификовано право бављења политичком активношћу. Услови под којима се судија може бавити политичком активношћу, укључујући и припадност странкама, су, међутим, формулисани на начин који то право може учинити декларативним.

Рецимо, у Немачкој на основу Закона о судству из 1972, а амандирано 2009, судије не само што могу бити чланови политичких странака, него се могу кандидовати за посланика у Парламенту. Уколико буду изабрани статус судије им је суспендован. Међутим, према тумачењу Уставног суда судија се може политички ангажовати само у мери која је компатибилна са поверењем јавности за независно и неутрално обављање функције.⁵⁸ Субјективни стандарди попут овог отварају преширок простор за различита тумачења.

За илустрацију се може навести резоновање Уставног суда и Врховног административног суда Аустрије који се односи на стандард "поверење јавности" који је прихваћен и у аустријском законодавству. Као политички ангажман који није компатибилан са поверењем јавности Врховни административни суд наводи:

– чињеницу да судије заговарају монархију као облик владавине певајући императорску химну;⁵⁹

– поверење јавности у судству је уздрмано "уколико судија имплицира да је судство у целини или неки судија подмитљив, цитирањем Шарла Мориса Таљерана "судство је проститутка политике".

ОЦЕНА АКТИВНОСТИ ВЕНЕЦИЈАНСКЕ КОМИСИЈЕ

28) Основана је 1990. године под снажним утицајем глобалних геополитичких промена – растакања биполарне структуре и пада берлинског зида – како би се извршила транзиција у овим земљама на премисама вредности прокламованих и Савету Европе – људским правима, демократији и владавини права. Званичан назив Комисије је индикативан у том смислу – Комисија за демократију путем прва.

Чланство Комисије које је у почетку чинило 18 западно-европских држава нагло је нарастало на 60 држава пријемом источноевропских земаља и одлуком Комитета на министара Савета Европе о амандирању Статута Савета из 2002. којим је Комисија отворена за чланство и неевропским земљама. Тако је изашла из оквира консултативног тела Савета Европе и прерасла у транснационално консултативно тело о уставним стварима.

29) Активности Комисије су вишеструке:

а) припрема мишљења о нацрту устава и амандмана и о законодавству у уставном домену (закони који регулишу функционисање државних институција попут уставних судова и омбудсмане и примену људских права);

б) бави се питањима релативним ван националних граница у облику научних семинара и конференција под окриљем Универзитета демократије (UNIDEM), израдом студија и извештаја као основе за смернице или кодексе добре праксе (рецимо, питање

⁵⁸ Report on the freedom of expression of judges, Adopted by the Venice Commission at its 103rd Plenary Session on the basis of comments by: Mr Milenko Kreća, Mr John Hirsfeldt, Mr Christoph Grabenwarter, para 48.

⁵⁹ Supreme Court, 7 Oct. 1991, Ds24/21,

забране политичких партија) или референдумима, и одсечна даска за израду међународних конвенција (типичан пример оквирна конвенција о заштити националних мањина), и

в) примене уставних принципа и вредности превасходно кроз сарадњу са националним уставним судовима; у овом облику активности, Комисија на захтев уставног суда делује као *amicus curiae*.

30) Упадљива је јака веза између Комисије и Савета Европе.

Испољава се у више одредаба Статута Комисије:

– Ревидирани Статут Комисије усвојен је резолуцијом (2002) 3 Комитета министара Савета Европе од 21. фебруара 2002. године;

– представници Комитета министара, Парламентарне скупштине Савета Европе, Конгреса регионалних и локалних власти Европе и Веће региона Венето могу присуствовати састанцима Комисије;⁶⁰

– Европска заједница биће овлашћена да учествује у раду Комисије;⁶¹

– Комитет министара може у складу са чланом 20(д) Статута Савета Европе позвати било коју нечланицу Савета да се придружи Комисији;⁶²

Комисија сваке године подноси извештај Комитету министара о својим активностима који садржи и назнаку будућих активности;⁶³

– Комисији у раду помаже Секретаријат Савета Европе,⁶⁴

– Комитет министара може амандирати Статут након консултација са Комисијом.⁶⁵

31) Мишљења Комисије *ex definitione* не поседују обавезујућу снагу.

Међутим, формална природа мишљења Комисије је једна ствар а супстанцијална дејства тих мишљења је друга ствар.

Државе адресати мишљења Комисије могу се поделити у две основне групе:

а) државе које прихватају и имплементирају мишљење Комисије, и

б) државе које у целини или делом не прихватају мишљење Комисије.

32) Препоруке Комисије прихватају, по правилу, државе које куцају на врата Европске Уније. Оне препоруке Комисије и стварности третирају као одлуке, признајући им тако обавезујућу снагу *de facto*.

Поступајући на тај начин државе – кандидати за чланство у Европској Унији жртвују део унутрашњег суверенитета (*summa potestas*) и права на унутрашње самоопредељење зарад прагматичког политичког циља – пријема у чланство Европске Уније.

Прагматизам тако долази у конфликт са неким фундаменталним правилима. Рецимо, члан 4(2) Уговора о Европској Унији обавезује Унију да "поштује једнакост

⁶⁰ Члан 2(4) Статута.

⁶¹ Члан 2(6) Статута.

⁶² Члан 2(5) Статута.

⁶³ Члан 7 Статута.

⁶⁴ Члан 8 Статута.

⁶⁵ Члан 9(1) Статута.

држава чланица пред уговорима као и њиховим националним идентитетима, инхерентним у њиховим фундаменталним структурама, политичким и уставним..." (курзив наш).

У том смислу дизајниране су и смернице Уједињених нација из 2009. које упозоравају да "опције и савети морају бити пажљиво прилагођене локалном контексту, признајући да ниједна величина не одговара сваком уставном моделу или процесу".⁶⁶ Надаље, да израда устава треба да буде "суверени национални процес, који, да би био легитиман и успешан, мора бити у националном поседу и вођству".⁶⁷

33) Друге државе, укључујући и неке чланице Европске Уније имају релаксиран однос према Комисији у распону од одбијања Мишљења Комисије⁶⁸ – до избегавања да се о релевантним уставним питањима тражи мишљење Комисије.⁶⁹

Hoffman-Riem, бивши члан Комисије је на основу "прелиминарног интерног прегледа" материјала, које му је Секретаријат Комисије дао на увид, закључио је да је у периоду 2009-2012. "у многим случајевима релевантна држава није поштовала препоруке из мишљења Комисије".⁷⁰

34) Пракса држава – адресата мишљења Комисије се уклапа у конструкцију меког права (*soft law*).

Битна карактеристика "меког права" је дуалитет у погледу његовог дејства у смислу да за једне државе конституише правне обавезе а за друге државе моралне или политичке обавезе. Основ дуалитета је неједнакост држава праћен одговарајућим облицима притиска – у конкретном случају условљавањем чланства у Унији. То јасно произилази из позиције Уније посебно када се ради о независности судства:

"Комисија (Европске Уније - М. К.) ће пажљиво пратити... и узети у обзир да ли ће амандмани бити имплементирани у складу са мишљењима Венецијанске Комисије".⁷¹

Изјава је дата у вези са амандманима на Устав Мађарске, а релевантна је *a fortiore* у односу на кандидата за пријем у Унију.

У домену независности судства као пример се може навести постављење судија.

Тако ни Немачка ни Аустрија нису поверила постављење судија судским већима, док се Велика Британија и Холандија и даље ослањају на парламентарни модел именовања судија подржавајући принцип уставне супрематије. У исто време, кандидатима за

⁶⁶ UN Secretary General, Guidance Note on the UN Assistance to Constitution Making Process, p. 4.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 2.

⁶⁸ Пољска је, рецимо, одбацила Мишљење Комисије о амандманима на Акт од 25. јуна 2015. о Уставном трибуналу квалификујући га као политичко што је довело до дугог спора те земље и Комисије. Види: CDL-REF(2016)060-e (Position regarding draft Opinion of the Venice Commission on the Constitutional Tribunal od 22 July 2016) у коме Пољска истиче, *inter alia*, да "Венецијанска Комисија није способна да да мишљење задовољавајућег квалитета у суштинском смислу", изражавајући сумњу у погледу потребе даље сарадње са Комисијом о тој ствари.

⁶⁹ У питању уставне процедуре ревизије влада Белгије је предузимала кораке да спречи Комисију да узме у разматрање жалбу једне од опозиционих партија о амандману на члан 195. Устава Белгије. Председник владе Белгије је упутио писмо Секретаријату Парламентарне Скупштине тражећи да се жалба не упућује Комисији, те упутио у том смислу и Меморандум Комисији. – Belgian Government's Memorandum for the Attention of the Venice Commission, CDL-REF(2012)019 of May 16, 2012.

⁷⁰ Wolfgang Hoffman-Riem, The Venice Commission of the Council of Europe, Standardo and Impact, EJIL vol. 25, No. 2, p. 589. За трећину случајева Комисија нема податке о реакцијама држава.

⁷¹ European Commission Press Release IP/12/395 од 25. априла 2012.

чланство и чланицама Уније које се сматрају "новим демократијама", именовање судија од стране савета се одређује као "опште наслеђе".

35) Активност Комисије може се посматрати у правнотехничком и правнополитичком смислу.

У правнотехничком смислу, мишљења Комисије одликује висок степен квалитета. Дизајнирана са ослонцем на богату, у техничком виду кристализовану праксу, отелотворену у импозантном броју мишљења и студија.⁷² Пракса Комисије формирана, углавном, у односу на тзв. нове демократије, повремено изгледа готово униформно, као затворен систем који једва да познаје дисонантне тонове.

Оваквој пракси је у значајној мери допринела хомогеност органа Комисије и процедура доношења мишљења.

Члан 4. Ревидираног Статута Комисије усвојеног од Комитета министара 2002. године, главну улогу поверава Бироу Комисије који чине председник Комисије, три потпредседника и четири остала члана.

Члан 6 (1 бис) Правила процедуре предвиђа да чланове Бироа предлаже "Комитет мудрих особа" изабран од Комисије на предлог проширеног Бироа (чланови Бироа + представници суб-Комисија).

О хомогености тела Комисије говори, примера ради, чињеница да је Комисија од оснивања до 2022. имала само два председника а први председник Комисије је, по истеку мандата, биран за првог подпредседника.

Персонална слика тела Комисије мења се у значајној мери по принципу ротације.

Председник, подпредседници и остали чланови Бироа, као и председници и подпредседници подкомисија бирају се већином гласова. Гласање је јавно, по правило, за једног кандидата.

Статут Комисије, као и Правила процедуре "практично ћуте"⁷³ о процедури припреме мишљења. Члан 14 Правила процедуре једноставно каже да мишљења, као и опште извештаје, припрема један или више извештача које именује председник Комисије. У ствари, у пракси највећи део у припреми мишљења пада на експерте, а известиоци дају опште смернице о нетехничким питањима.

У пракси мишљење иде на предкомисију, у чијем раду могу учествовати и заинтересовани чланови Комисије, а потом на Комисију.

Суштинске расправе у Комисији готово и да нема. Обично се нацрти мишљења, барем у периоду када сам учествовао у њеном раду, усвајају акламацијом. Томе извесно доприноси и Правила процедуре, која у члан 3а(5) предвиђа да у дебати о мишљењима која се директно или индиректно односе на државу која их је именovala.

36) Није лако отети се утиску да се нека правила процедуре, нарочито оне која се тичу избора часника Комисије, именовања извештача и суб-комисија и слично, не могу похвалити суфицитом демократичности.

⁷² Комисија је усвојила 1110 мишљења и студија.

⁷³ M. de Visser, op. cit., p. 971.

37) Неколико ствари ваља поменути у вези са правнополитичком димензијом активности Комисије.

Конститутивни акти Комисије – Статут и Правила процедуре – не предвиђају *expressis verbis* стандарде које Комисија примењује приликом доношења мишљења. Општи стандард на који се Комисија ослања – "Заједничка баштина" (*common heritage*) деривира из Статута Савета Европе и подразумева три принципа – фундаментална права, демократију и владавину права.

Међутим, за потребе тела које тежи да се представи као транснационално консултативно тело, то није довољно.

Иако део система Савета Европе, Комисије се у ограниченој мери ослања на Европску Конвенцију о људским правима, као базични инструмент у конкретној материји, комбинујући одредбе Конвенције са својим мишљењима.

Ту праксу комбиновања *ius strictum*-а и меког права, Комисија протеже и на независност судског система. Рецимо, одредбе Европске Конвенције, члана 10 Универзалне декларације о људским правима и релевантним стандардима Уједињених нација, комбинује са сопственим гледиштима као и препорукама политичких тела попут Комитета министара, Парламентарне скупштине Савета Европе и његових Комитета.⁷⁴

Активност Комисије уклапа се у општу тенденцију тзв. конституционализације европског права. Идеја о европском праву као "новом правном поретку" постепено је развијана и пресудама Европског суда правде деведесетих година прошлог века добила изричит облик у пресудама у случајевима Кади и Ал Баракат.⁷⁵ У овим случајевима Европски суд правде "прокламовао је примат својих интерних уставних вредности над нормама међународног права".⁷⁶

То је илустрација фрагментације међународног права која иде против јединства међународног правног поретка.

Штавише, флексибилни приступ Комисије изражен у комбинацији *ius strictum*-а европског права као што је Европска Конвенција о људским правима и свог меког права отелотвореног у њеним мишљењима, иде корак даље и представља елементе фрагментације фрагмента општег међународног права.

Тзв. флексибилни приступ Комисије има своје рационално објашњење. Омогућава Комисији да отклони евентуални приговор о неједнаком поступању о својим релевантним уставним питањима у мишљењима. Рецимо, у четири новија мишљења.⁷⁷

Неједнак приступ Комисије је уочљив посебно када се ради о мишљењима која се тичу тзв. нових демократија и оних које се сматрају старим демократијама.⁷⁸

⁷⁴ Wolfgang Hoffmann – Riem, The Venice Commission of the Council of Europe, – Standards and Impacts, EJIL vol. 25, No. 2, p. 582.

⁷⁵ Case C-402/05P и C415/05. P. Kadi i Al Barakaat, International Foundation v. Council and Commission (2008), ECR I - 6351.

⁷⁶ G. dr Burca, The European Court of Justice and International Legal Order of the Kadi, Jean Monet Working Paper 01/09, p. 55.

⁷⁷ Island – CDL-AD(2013)10 010; Тунис CDL-AD(2013)032; Белгији CDL-AD(2010)010; и Мађарској CDL-AD(2011)001. Види, de Visser, *op. cit.*, pp. 971-991.

⁷⁸ B. paras. 21-23.

Флексибилни приступ Комисије се операционализује применом два критеријума зависно од државе у питању – критеријум зависно од државе у питању – критеријум стандарда који су опште наслеђе (*common heritage*) и критеријум најбоље праксе (*best practice*) мада Комисија не повлачи јасну разлику између ова два критеријума. "Најбоља пракса" се извесно не може узети за правни стандард, јер, по дефиницији представља руководна начела или метод који се формира годинама и који показује да је ефективнији од осталих.

ЛИТЕРАТУРА

- Buquicchio G., Granata-Mennghini S., *Conseil de l'Europe – Commission de Venice*, Rép. eur. Dalloz, avril 2014.
- Carrington, P. and Crampton, *Judicial Independence in Excess: Reviving the Judicial Duty of the Supreme Court*, Cornell Law, vol. 94.
- Rousseau D., "The Concept of European Constitutional Heritage", in *The Constitutional Heritage of Europe (Science and Technique of Democracy*, Np. 18).
- Suchocka H., *Europe's Constitutional Heritage and Social Differences*, in *The Constitutional Heritage of Europe (Science and Technique of Democracy*, No. 18).
- Lord Woolf, *The Rule of Law and Change Constitution*, 2004.
- M. de Visser, "A Critical Assessment of the Role of the Venice Commission in Processes of Domestic Constitutional Reform", *American Journal of Comparative Law*, 4/2015.
- Stevens R., *Law and Politics: The House of Lords as a Judicial body*, 1978.
- Report on European Standards as regards the Independence of the Judicial System: Part I – The Independence of Judges, CDL-AD(2010)004-e.
- Report on European Standards as regards the Independence of the Judicial System: Part II – The Prosecution Service, CDL-AD(2010)040-e.
- Report on judicial appointments, CDL-AD(2007)028-e.
- Report on the freedom of expression of judges, Adopted by the Venice Commission at its 103rd Plenary Session (19-20 June 2015) on the basis of comments by: Mr Milenko Kreća, Mr Johan Hirschfeldt, Mr Christoph Grabenwarter.
- Kenneth S., "The Supreme Court and its Shrinking Docket", *Minnesota, Law Review*, vol. 90.
- Gardbaum S., "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", *Am. J. Comp. L.* 49/2001.
- Kaarlo T., *From Copenhagen to Venice*, in Closa, C. & Kochenov, D. (eds.) "Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union", Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 225-246.
- Velaers, J. *Constitutional versus international protection of human rights: added value or redundancy? The Belgian Case*, in the light of the advisory practice of the Venice Commission, pp. 265-295 in "Revue interdisciplinaire d'études juridiques", 2016.77 on "The Contribution of the Constitution to the protection of human rights".
- Volpe V., *Drafting Counter-majoritarian Democracy. The Venice Commission's Constitutional Assistance*, Heidelberg Journal of International Law, ZaöRV76(2016), 811-846.
- Hoffmann – Riem W., "The Venice Commission of the Council of Europe, – Standards and Impacts", *EJIL*, vol. 25, No. 2.
- Al-Ali Z., *Constitutional Drafting and External Influence*, in *Comparative Constitutional Law*, 6, at 77.

* * *

Milenko Kreća, PhD*

**REGIONAL AND GLOBAL STANDARDS ON JUDICIAL INDEPENDENCE
WITH REFERENCE TO VENICE COMMISSION**

Summary

The author examines the legal framework for the independence of judges in the light of the standards promoted by the relevant universal and regional instruments.

The starting point of this analysis is that the existence of independent and impartial court is at the hearth of a judicial system, be it municipal or international, as the guarantee of legality and the rule of law.

As regards the framework for the appointment / election of judges, aims of the analysis are:

– to provide an overview of the various approaches taken by the states and relevant instruments, and

– to identify applicable standards from the rule of law perspective.

*The idea underlying the authors approach is that the principle of independence of judges is not intended to grant them personal benefits but to enable them to act *lege artis* applying the law to the facts in the frame of fair trial.*

It appears that the guarantees of the freedom of expression, freedom of association and assembly generally extend also to judges but in a specific way.

For, as stated by the Venice Commission, specificity of the duties and responsibilities which are incumbent to judges and the need to ensure impartiality and independence of the judiciary are considered as legitimate aims in order to impose specific restrictions on the freedom of expression, association and assembly of judges including their political activities.

Keywords: judicial independence; the kinds of independence; limits of judicial independence; criteria for judges's judges appointment; procedure of judges's appointment; financial autonomy; freedom of expression and association of judges; Venice Commission.

* Full professor, University of Belgrade, Faculty of Law, retired. Ex Judge *ad hoc* of the International Court of Justice and European Court of Human Rights, ex member of the Venice Commission and Permanent Court of Arbitration.

Академик др Владо Камбовски*

ВЛАДАВИНА ПРАВА И НАЧЕЛО СУДСКЕ НЕЗАВИСНОСТИ: ИЗАЗОВИ И ПЕРСПЕКТИВЕ

Апстракт: Од суштинског значаја за одређивање стварне независности судије намећу се бројна питања, између осталог како и где пронаћи правну норму чија ће примена у конкретном случају одговарати захтеву правде, да ли судија има слободу, знања и интегритет да проналази, тумачи и примењује је сагласно том захтеву, у којој је мери он продужена рука законодавца и "уста која изговарају закон" или постаје ко-стваралац права (поред законодавца), да ли има моћ да се супротстави законодавцу и да не примењује неисправан и неправедан закон.

Циљ реформе правосуђа је успостављање владавине права и осигурање независности правосуђа као основног принципа. Ова реформа захтева свеобухватне политичке промене, деполитизацију и ослобађање јавних институција, укључујући суд и тужилаштво, од политичке контроле. Основни принцип реформе је схватање владавине права као подређивања сваке моћи и власти праведном закону, који служи правди и природним људским правима. Независност правосуђа такође треба посматрати као израз основног људског права на заштиту пред независним и непристрасним судом. Без ових фундаменталних вредности, све промене у правосуђу свде се на структурне, институционалне или административне реформе, као што су промене врсте судова, надлежности или положаја Судског савета.

Кључне речи: владавина права, људска права, независност судства, суд, Судски савет.

1. УВОД

Владавина права и судска независност су универзални стандарди који стоје у чврстом унутрашњем јединству. Први постулат тежи ка радикалној промени концепта савремене државе и права, тако што у садржају појма државе трансформише смисао власти као империјума неограничене моћи појединаца или друштвених група у моћ исправног (праведног и легитимног) закона који влада над свима, док имплантацијом међународних норми и стандарда о људским правима мења карактер националног правног система дајући му све доминантније транснационалне елементе.

Начело независности судства, са друге стране, није обичан дериват таквих суштинских промена савремене државе и права, већ управо њихов *conditio sine qua non*, постулат без чијег остваривања је немогуће извести дубље промене друштвеног система.

* Редовни професор на Правном факултету Универзитета у Скопљу, у пензији, vladok@manu.edu.mk.

Инспирисано идејом правде и заштите природних људских права, заједно са гаранцијама за приступ правди и за ефикасност, квалитет и транспарентност судских поступака, ово начело је темељ на којем се заснива све значајнија улога суда као главног протагонисте владавине права и демократске правне државе.

Отуда, расправа о начелу судске независности у светлу постулата владавине права ни из далека не може да остане у границама потраге за одговарајућим уставним, законским или институционалним оквиром функционисања суда у релацијама са законодавцем и извршном влашћу, који је неопходан, али недовољан услов за оживотворење идеје правде путем владавине права. Она задире у много дубља питања, као што је питање положаја не само суда као институције правде, већ судије који изриче право, за кога су мудри Римљани сковали добру изреку: "Пред судијом и на отвореном мору, ми смо у Божјим рукама" (*Coram iudice et in alto mari sumus in manu Dei*). Данас се све већи број филозофа и теоретичара права пита – "шта је право"? у контексту, међународних *ius cogens* норми међународног казненог права, конвенцијских норми и забрана у све бројнијим конвенцијама о људским правима обавезујуће за државе потписнике међународних казних судова (посебно стални Међународни казни суд), других међународних судова (Међународни суд правде) и судова за заштиту људских права (Европски суд за људска права), регионалних, националних и субнационалних норми, укључивши ауторегулаторна правила у појединим друштвеним областима. У све комплекснијој материји права намећу се више питања од суштинског значаја за одређивање стварне независности судије: шта је извор права и како и где пронаћи правну норму чија ће примена у конкретном случају одговарати захтеву правде, да ли судија има слободу, знања и интегритет да проналази, тумачи и примењује сагласно том захтеву, у којој је мери он продужена рука законодавца и "уста која изговарају закон" или постаје ко-стваралац права (поред законодавца), да ли има моћ да се супротстави законодавцу и да не примењује неисправан и неправедан закон?

Етаблирање начела владавине права и независности судства (судије) очито подразумева много дубље реформе правних система држава из нашег региона, него што су уставне и законске промене које се односе на његове институционалне или организационе аспекте.

2. ВЛАДАВИНА ПРАВА: ПЕРСПЕКТИВЕ ЗАПАДНОГ БАЛКАНА

1. На међународном или регионалном нивоу (Савет Европе, Европска Унија), не постоји нормама дефинисан и конзистентан модел владавине права, из којег би се могли извести основни елементи његовог оживотворења у националном правном систему. *The World Justice Project*, који постаје данас све утицајнији међународни пројекат оцене стања са владавином права у 140 држава, дефинише владавину права као систем закона, институција, норми и просвећености заједнице који обезбеђују: одговорност – влада као и приватни актери су одговорни према закону; праведан закон – закон је јасан, објављен и стабилан и примењује се једнако према свима, осигурава људска права, као и имовинска, уговорна и процедурална права; отворена влада – процеси у којима се закон усваја, администрира, пресуђује и спроводи су доступни, правични и ефикасни; доступна и непристрасна правда – правду благовремено испоручују компетентне, етичке и независне институције које су неутралне и доступне, имају адекватне ресурсе и одражавају систем заједница којима служе. Четири универзална принципа су даље развијена у следећих осам фактора на чијој оцени се заснива годишњи *WJP Индекс владавине права*: ограничења

владиних овлашћења, одсуство корупције, отворена влада, основна права, ред и безбедност, спровођење прописа, грађанско правосуђе и казнено правосуђе (које се оцењује на основу показатеља о ефикасности истрага, брзине и ефикасности поступка, превентивне улоге система, непристрасност судства, непостојање корупције у судству, непостојање неоснованог уплитања државе, правичан процес и поштовање права оптуженог).

Као основно начело правног система, постулат владавине права инкорпорира стандарде који дефинишу основне вредности правног система као таквог и његове примене.¹ Његова функција је ограничавање политичке и сваке друге моћи у границама закона, подређеног јавном интересу поштовања и заштите природних, нерикосновених и једнаких индивидуалних слобода и права, и обезбеђивање ефективних институционалних механизма за балансирање моћи које спречавају злоупотребе закона ("мере предострожности", *J. Madison*). Садржај владавине права испуњавају правно-институционални принципи, чије остваривање омогућава оцену о његовом статусу носећег стуба државе и правног система: конституционализам и конституционална демократија, легитимитет закона и судска заштита људских слобода и права пред независним и непристрасним судом.

Инкорпорирање постулата независности суда међу кључним елементима појма владавине права је данас утемељено на концепту савременог конституционализма да власт треба да буде подређена не само позитивном праву (закону), али и захтеву за суштинску "конституционалну демократију".² За друштва у транзицији прихватање овог концепта имплицира разлаз са заблудама од почетка политичког плурализма и "владавине већине", односно "већинске воље народа" изражене на парламентарним изборима, као елементарног услова за ефективну демократију, легитимитета власти и претпостављене исправности закона које она доноси. Деформације политичког и правног система држава у транзицији су потвдиле сазнање да "већина" која је добила власт на изборима не мора увек да тежи ка правди, моралним вредностима и задовољавању јавног интереса, и да мајоритаризам не полаже априорно право на одређивање стварне суштине демократије и легитимности закона.³ Морају да постоје суштинска ограничења за владу и додатне гаранције за легитимитет њене владавине, као и за исправност закона помоћу којих влада, јер је илузија закона као "израза већинске воље народа" трагично разбијена страхотама тоталитарних система.⁴

Начело владавине права добија супстанцијални карактер учењем о такозваном "новом конституционализму", које полази од универзалних и природних људских слобода и права као основа за разликовање између неограничене "конститутивне моћи" (*constituent power*) и ограничене "конституисане моћи" (*constituted power*)⁵. Прва је изворна, апсолутна и самодовољна, јер је укореењена у људском достојанству и природна права, док друга произилази из прве и стога мора да буде ограничена уставом и законима, и да

¹ Видети: N. Reynolds, "Constitutionalism and the Rule of Law", *Constitutionalism and Rights* (eds. G. Bryner and N. Reynolds), Provo, Brigham Young University, 1987, 74.

² Colón-Ríos, I. Joel, *Weak Constitutionalism Democratic legitimacy and the question of constituent power*, 2012, Routledge, 17.; A. S. Arjomand (ed.), *Constitutionalism and Political Reconstruction*, Leiden–Boston, 2007, 6.; Г. Близнашки, *Общо учение за конституцията*, Софија, 2019, 266.

³ А. Ваčić, "Vladavina prava i institucije kontrole ustavnosti zakona", *Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava* (ur. J. Crnić, N. Filipović), Zagreb, 2000, 28.

⁴ L. Ferrajoli, "Ustavna demokratija", *Revus – Revija za ustavno teoriju in filozofijo prava*, 2012/18, 15.

⁵ Видети: A. S. Arjomand (ed.), *op.cit.*, 4.

функционише као јавна власт у општем интересу свих грађана. Отуда је темељни постулат конституционализма јемство, што подразумева истицање двеју основних функција устава: као највиши правни акт, он треба да гарантује природне слободе и права човека и принцип поделе власти, као и његову ефикасну примену. У светлу овог основног постулата, границе јавних овлашћења које поставља правни систем не свде се само на прецизно дефинисање и унутрашње разграничење надлежности скупштине-влада-судства, већ првенствено имају за циљ да поставе суштинска и прецизна ограничења за "дубину" јавне власти у односу на слободе и права појединца, кроз законски утврђене гаранције које произилазе из моралних и правних вредности. При томе, гарантна функција устава и правног система има за циљ помирење супротности између демократског плурализма и конституционализације слобода и права на којима се заснива постулат владавине права, као и превазилажење сукоба између индивидуалних природних слобода и народног суверенитета, успостављањем међузависности конституционализма и демократије.⁶

У синергији владавине права и конституционализма, устав државе (према *Хајеку*) је више правна надградња постављена да осигура одржање права, него извор свих закона, тако да демократска влада мора прихвати ограничења својих овлашћења, као што је и сам законодавац мора бити ограничен принципом владавине права ("закон је старији од законодавца").⁷ Став, да је основни циљ правног система да гарантује природне и неприкосновене индивидуалне слободе и права која претходе уставу, отелотворен је кроз уставне гаранције за остваривање принципа поделе власти и њихове међусобне контроле. Та ограничења ("власт ограничава власт") нису одраз никакве моралне политичке теорије, већ постулат наметнут искуственим сазнањем да се људи као носиоци власти не понашају увек у складу са непристрасним моралним принципима.⁸

2. Начело владавине права је веома комплексно, због хетерогености средстава, циљева, теоретског и практичног приступа и приоритета различитих актера. Тако, на пример, поједине међународне институције (USAID, Светска банка) и ЕУ наглашавају као најзначајнији приоритет изградњу правосудних капацитета, друге (Европски суд за људска права) – поштовање људских права и правично суђење, (Савет Европе и ЕУ) – борбу против корупције, независност правосуђа, непристрасност и обуке, (ОЕБС) – поштовање закона, јавни поредак и заштита права мањина. Поред признавања значаја залагања и помоћи међународне заједнице у јачању ових стандарда, постоје и критичке примедбе да у подстицању неопходних реформи у државама Западног Балкана није посвећена довољна пажња факторима свеприсутне политизације и историјског наслеђа, који утичу на културу права и однос према праву и одговорности за остваривање државних и јавних функција. У неким случајевима, форсирање појединих реформи може у таквом контексту производити и негативне последице, као што је залагање за јаке, независне судске савете (Судски савет у Северној Македонији, Високи савет судства у Србији), ако су чланови тих тела подложни политичким утицајима.⁹ Уз сву неодређеност појединих елемената самог концепта, која је сметња за ефикасност правних реформи и мерења њихових резул-

⁶ J. Habermas, "Constitutional Democracy, A Paradoxical Union of Contradictory Principles?", *Political Theory*, Vol. 29, 6/2001, 766.

⁷ Видети: F. A. Hajek, *Pravo, zakonodavstvo i sloboda*, Beograd – Podgorica, 2002, 72.

⁸ R. Hardin, Russell, *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, Oxford, 2003, 34.

⁹ Видети: H. Haide, *Rule of law challenges in the Western Balkans Independent consultant*, 23 October, Helpdesk Report, 2018, 2.

тата, ипак постоји сагласност да је један од првих показатеља његовог етаблирања као основног начела државе и права обезбеђивање квалитета и легитимитета закона, њихова ефикасна и неселективна примена и ефикасна заштита људских права пред независним и непристрасним судом.

Савет Европе дефинише владавину права као вишедимензионални концепт у складу с којим, међу осталим, јавна власт функционише у оквирима утврђених законима, у складу са принципима демократије и поштовања темељних права, а под надзором независних и непристраних судова. Ту дефиницију прихвата и ЕУ, која је владавину права прокламовала као темељну вредност и као једно од основних начела спољног деловања Уније (чланак 2. Лисабонског Уговора о Еуропској Унији из 2007. године: Унија је заснована на респекту људског достојанства, слободи, демократији, једнакости, владавину права и поштовања људских права, укључивши право лица која припадају мањинама). Као једна од заједничких вредности, владавина права је кључни и нужни услов за чланство у Унији у новом преговарачком оквиру (први кластер) за државе кандидаткиње, који се отвара први и затвара на крају успешних преговора.

Годишњи извештаји Европске комисије о напретку процеса интеграције држава Западног Балкана, као и бројни извештаји оцењивачких мисија ЕУ, Савета Европе и других међународних институција, домаће и стране научне студије, извештаји невладиних организација и других субјеката, дају основа за аргументоване закључке да не само да нема видљивог напретка у етаблирању начела владавине права, већ у већини ових држава постоји стагнација, па и назадовање изражено кроз јачање елемената ауторитарног владања. Организација *Freedom House* у својим годишњим извештајима о стању демократије годинама уназад опет понавља оцену да свих шест земаља Западног Балкана спада у групу мешовитих или хибридних режима, чак са тенденцијама промена које иду силазном путањом. Према *Индексу корупције Transparency International* за 2022. године, од земаља бивше Југославије, најбоље је рангирана Словенија као 41, затим Хрватска на 57. позицији, Црна Гора је на 65. месту листе, Косово на 84., Северна Македонија на 85 и Србија на 101. месту међу 180 земаља света. Прво место изван првих сто Србија дели са Албанијом, а од земаља Западног Балкана лошије се котира само Босна и Херцеговина на 110. месту. У извештају *TI* се посебно истиче да је "Западни Балкан познат по својој ниској отпорности на организовани криминал. Земље су биле споре у решавању овог ризика, а одговорним институцијама још увијек недостају адекватна средства и независност"¹⁰. Идентичне су оцене о стању корупције и Светске Банке. *WJP Rule of Law Index* за 2022. годину рангира земље Западног Балкана на следећим позицијама: Косово- 57, Северна Македонија- 63, БиХ-70, Србија- 83 и Албанија -87.¹¹

Озбиљне негативне оцене садржи *Тематски извештај Ревизорског суда ЕУ* под насловом "Владавина права на Западном Балкану" (и индикативним поднасловом: "Потпора ЕУ-а владавини права на западном Балкану: унаточ настојањима темељни проблеми остају нерешени") из 2022. године. Основна констатација је та, да шест земаља западног Балкана изван ЕУ-а (Албанија, Босна и Херцеговина, Косово, Црна Гора, Северна Македонија и Србија) примају финансијску потпору из неколико извора, међу којима највећи донатор је ЕУ, чија помоћ тим земљама се углавном пружа кроз Инструменат претпри-

¹⁰ Видети: *TI Index Transparency International Corruption Perceptions Index 2022*

¹¹ Видети: *World Justice Project 2022 Rule of Law Index, online ed. Washington, DC*

ступне помоћи (тренутачно ИПА II), да је та помоћ у периоду 2014 – 2020. године износила 700 милиона еура, да су мере ЕУ-а допринеле реформама у техничким и оперативним подручјима, као што су побољшање учинковитости правосуђа и израда релевантног законодавства, али да су имале слаб општи učinak на темељне реформе владавине права. Један од кључних разлога за изостанак очекиваних резултата је тај што у овим земљама постоји мањак преузимања одговорности и недостатак политичке воље за покретање потребних реформи, а у неким од њих јавна потпора реформама потребних за приступање ЕУ-у постаје све мања.¹² У Извештају се посебно истиће да provedba новог законодавства чији је циљ јачање независности, професионалности и контроле, као и одговорности судских и тужилачких тела и структура у циљу борбе против корупције и организованог криминала обележавају кашњења, углавном због недостатка политичке посвећености том циљу. У читавом региону (посебно у Албанији, Црној Гори и Србији), владини функционери (неки од њих високоранжирани) и посланици у парламенту и даље јавно и редовито коментирају текуће истраге и судске поступке, а понекад чак и појединачне судије и тужитеље. Даље, наводе се бројни конкретни случајеви грубог дезавуисања начела владавине права, као што је поновно именовање у Црној Гори седам председника судова на трећи узастопни мандат, упркос законском ограничењу, као и немогућност парламента да досегне квалифицирану већину за именовање судија Уставног суда, што оправдава закључак да су судство и тужилаштво и даље подложни политичком уплитању.

3. За све државе Западног Балкана остаје оцена о слабиим ефектима формално декларисаних реформи које треба да унапреде владавину права. Оне се свODE на побољшање институционалних капацитета судства, али уз назадовање законитости и судске независности и непристрасности. С једне стране, закони су усклађени са европским и међународним стандардима, а капацитети правосуђа су знатно побољшани (опрема, зграде, компјутеризација итд.), али је у исто време судство постало исполитизовано и мање одговорно. ЕУ је и сама допринела неуједначеном развоју владавине права погрешном комбинацијом захтева за структурне и процесне и реформе, које су се остваривале у зачараном кругу блокирања стварне моћи судства у односу на политичку власт.¹³

На најексплицитнији начин се те противречности инаугурисања начела владавине права рефлектују на подручје казнене правде и њеног функционисања, које се опет у највећој мери ослања управо на независност, непристрасност и ефективност суда. Улога система казнене правде има посебан значај зато што се налази на линији разграничења доброг и злог, ефективне или неефективне заштите људских слобода и права и превенције и репресије сваке злоупотребе моћи. Главни проблем, који се односи на утицај казненоправне реформе на јачање начела владавине права у нашем региону није у томе да се не зна у ком правцу и како треба унапређивати казнено законодавство, већ у томе како не само путем његове примене, већ и свеукупним односом друштва према криминалу и његовом сузбијању превазићи "културу некажњивости" и створити "културу правности" кроз ефективну и неселективну примену казног закона. У државама које нису изашле из "пост-конфликтне" фазе стабилизације, пост-транзиције и квалификатива "заробљене државе", "хибридног режима" или "недостатка демократије", као што су земље Западног

¹² Видети: European Court of Auditors: *Tematsko izvješće: vladavina prava na Zapadnom Balkanu*, 01/2022

¹³ M. Mendelski, "The EU's Pathological Power: The Failure of External Rule of Law Promotion in South Eastern Europe", *Southeastern Europe*, 39(3), 2015, 341.

Балкана, суштинске реформе могу да се остваре само ако се на највиши могући ниво уздигне култура поштовања и подршке владавине права.¹⁴

Насупрот таквог основног постулата демократске правне државе, казнена правда у нашим условима функционише према неписаним, али дубоко етаблираним правилима некажњивости као саставног, чак и кључног елемента партијске владавине државом и ендемске, системске корупције, одметнуте од уставних начела извршне власти, и потиснутог, слабог и неефикасног судства. Досадашње стратегије и програми реформе судства и система казнене правде у нашем региону се свode на институционалне промене и на легислативну реформу, без вођења довољно рачуна да ли путем прихватања различитих иновација додајемо нову погонску снагу иначе зарђалом механизму права, који ће избацивати још више неправедних резултата. Типичан пример су иновације које су унете у казненом поступку, давањем на пример, ширих овлашћења полицији или јавном тужилаштву (у име "ефикасније борбе против корупције и организованог криминала"). Те промене (увођење "специјалних истражних мера", тужилачка истрага, погађање о кривици, специјална јавна тужилаштва), су у "заробљеној држави" искоришћени више ради заштите високог криминала злоупотребе власти и корупције, него његовог ефикаснијег откривања и гоњења. У условима данас владајућег прилагођавања и толеранције криминала ("из нашег сокака") и његовог прихватања и чак подражавања као "стила живота", успостављање владавине права се не може спровести само сталним променама закона, које између осталог повећавају општу некохерентност правног система и тешкоће правосудним институцијама у њиховој примени.

Успостављање начела владавине права у свим његовим компонентама је једини пут за превазилажење општег стања "заробљене државе", у којем су дубоко потонуле државе Западног Балкана. Као свеобухватни подухват који прожима све елементе стварања и примене права, демократију и културу поштовања закона, као и успостављања праведних односа у друштву, оно се појављује као кључна претпоставка независности судства, која не може да се оствари без јуридикације и ограничавања моћи политичких партија, без департизације и замене "*spoil*" са "*merit*" системом регрутовања носилаца државних и јавних функција, без демократских процедура у одређивању јавног интереса, ефикасне борбе против крупције и организованог криминала итд. Овај захтев подразумева дубоке реформе саме државе, у првом реду доследном применом уставно прокламованог начела поделе власти и обуздавањем бескрупулозне и одметнуте извршне власти, конституционализацијом људских права и успостављењем ефективних механизма за њихову заштиту. Судови и друге правосудне институције не могу да се справе са нагомиланим проблемима "заробљене државе", којом владају организоване криминалне структуре уз вешто одржавану поданичку свест и прилагодљивог понашања грађана. Реформа судства у циљу јачања судске независности не може да се изведе без свеобухватне реформе политичког, економског и правног система.

3. ИЗАЗОВИ НЕЗАВИСНОСТИ СУДСТВА

4. Постулат независности судства је, заједно са другим стандардима савременог права, као што је право на судску заштиту права, право на правични поступак и друга права, плод еволуције универзалног концепта природних људских слобода и права, учвр-

¹⁴ C. Baroni et al., *Criminal justice reform in post-conflict States A guide for Practitioners*, UN Institute of Peace UN Office on Drugs and Crime, Vienna – New York, 2011, 115.

шћеног као део позитивног права Универзалном декларацијом о људским правима УН из 1948. године и каснијим међународним документима о људским правима. Без признавања тих атрибута људског достојанства као врхунске вредности и извора права, овај концепт би остао на равништу празног обећања, које нема никакву улогу у превазилажењу великих изазова пред којим је савремено друштво.

Из тих разлога, поштовање начела независности судства је постало данас један од критеријума за оцену заснованости правног и судског система државе на универзалним начелима о људским правима. На основу оцене, да ли је у држави осигурано право на независан суд, оцењује се степен њене демократичности и поштовања људских права. Универзална декларација о људским правима (чл. 10), Међународни пакт о грађанским и политичким правима (чл. 14), Европска конвенција о људским правима (чл. 6), данас и Повеља о основним људским правима Европске уније (чл. 47) изричито предвиђају право на судску заштиту основних права као нераздвојни део и основни услов за њихово поштовање и заштиту. Најцеловитије је ова идеја изражена у Европској конвенцији о људским правима (чл. 6 ст. 1), према којој је право на независан суд статуирано као основно људско право.¹⁵ Европски суд за људска права даје овом праву толики значај за демократско друштво, да не може да постоји оправдање за еветуално рестриктивно тумачење одредбе чл. 6 ст. 1 ЕКЉП.¹⁶ Као еманација ове концепције, парадигма независног и непристрасног суда се уздиже у моћну окосницу целог концепта људских слобода и права, постајући његов синоним: нема ефикасне правне заштите, а тиме ни самих слобода и права, без независности и непристрасности суда.

Треба истаћи да је тако схваћен постулат судске независности плод дубоких промена савременог друштва и њима изазване трансформације положаја и улоге суда. Појава све тежих облика колективног и индивидуалног насиља, злоупотребе власти, криминала, корупције, социјално-патолошких појава и других облика угрожавања све драгоценијих слобода и права, подстиче колективни осећај анксиозности и несигурности, подвојености и самоизолације. Савремени човек који живи у страху, суочен са агресијом свих врста, жуди за правном сигурношћу, за правдом, за независним и стабилним институцијама које ће штитити његове слободе и права. Мултифакторска анализа кључних детерминанти промена савременог друштва води закључку да, насупрот законодавној и извршној власти, централна институција ка којој су усмерена очекивања грађана постаје суд. "Јурисдикционализација" друштва није резултат неког конкретног покрета, свесно управљаног од стране државе, већ произлази из захтева за поштовање неприкосновене природе људских слобода и права.¹⁷ Под његовим притиском, у систему поделе власти баланс полако натеже ка јачању улоге суда, као арбитра између грађанина и државе у све бројнијим конфликтним ситуацијама изазваним нерационалном легислативном интервенцијом у све шире друштвене сфере (хиперинфлација прописа). Суд постаје арбитар не само у споровима између самих грађана, већ и између грађана и первертиране (и корумпиране) власти. Јачање начела судске независности и "гражење правде" постају основни покретачи

¹⁵ Видети и: Haris D., O'Bojl M., Varbrik K., *Pravo na Evropskata konvencija za čovekovi prava*, Vtoro izdanje, Skopje, 2009, 204.

¹⁶ Видети: J. Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava*, Strasbourgski acquis, Drugo izdanje, Zagreb, 2014, 1118.

¹⁷ P. Martens, "Le pouvoir judiciaire en Belgique: Institutions et mutations", *Les mutations de la justice* (eds. P. Robert, A. Cottino), Paris, 2001, 113.

судских реформи као централни ослонац за конституисање демократске правне државе.¹⁸ Поред свих државних органа који су дужни да циљ, средства и методе остваривања својих функција подреде апсолутном захтеву за поштовање људских слобода и права, највиша и задња инстанца њихове заштите је самосталан и независан суд као јавна служба правде, подређене испуњавању три циља: ефективна примена права у јавном интересу, улога независног арбитра између власти и појединца; и ефективна заштита индивидуалних слобода и права појединца.¹⁹ Ова концепција се рефлектује и на карактер судског поступка и овлашћења суда у вођењу поступка, имплицирајући јачање акузаторних елемената (за независну и самосталну судску власт може бити речи у акузаторном поступку; у инквизиторном поступку суд и није никаква власт, већ стварни господар поступка је држава, која господари и над судом).²⁰ Суд може да се трансформише у јавну службу правде ако је не само независан у односу на друге власти, већ и надређен над извршну власт у смислу успостављања контроле над законитошћу њених појединачних аката која тангирају индивидуална права.

Европски суд за љуска права је развио богату праксу тумачења одредбе о правичном поступку пред независним и непристрасним судом (чл. 6 ст. 1), формулишући своје ставове кроз бројне пресуде које имају карактер судских преседана. Не само примењујући норме Конвенције, већ и стварајући право путем њихове креативне интерпретације, Суд је дефинисао појам независности у смислу институционалне и личне независности судије од политичких или други утицаја (тако у случају *Ringisen c. Austria* од 1971. године). Овај захтев је испуњен када су задовољени услови који се односе на: начин именовања судија (без политичких притисака, од независног тела), трајање њиховог мандата (неограничен, непокретност), постојање гаранција против спољних притисака (од извршне власти, странака, јавности) и отклањање сумњи о "квази-независности" (нарочито у односу на "пара-судска" тела, као што је надлежност полицијских или управних органа за изрицање санкција у прекршајном поступку). Насупрот тог појма, непристрасност подразумева субјективну (одсуство предрасуда судије у конкретном случају), као и објективну непристрасност (постојање чињеница које рађају сумњу у непристрасност судије, његово претходно учешће у истом предмету итд.). Тест личне (субјективне) непристрасности је заснован на непостојању било каквих предрасуда или посебног субјективног односа судије према странкама у спору или његовом предмету. Кумулативни објективни тест непристрасности је заснован на непостојању било које објективне чињенице која ствара сумњу у његову непристрасност. При томе, не само што судија мора да буде непристрасан, већ његова непристрасност мора да је видљива и јасно демонстрирана (тако и Европски суд за љуска права, у случају *Thorgeirson vs. Ireland*, 1992).

Независна позиција суда у систему поделе власти као, условно речено, "опонента" моћи извршне власти и политике мора да буде постављена у чврстом законском оквиру који одговарај захтеву да суд мора да буде "установљен законом" (ЕКЛП, чл. 6 ст. 1). То значи да судски систем, његова организација, врсте судова, њихова надлежност, гаранције судске независности и непристрасности и друга питања у вези са остваривањем судске функције могу да буду уређени само уставом и законом, а не и прописима извршне

¹⁸ Видети: А. Bancaud, R. Philippe, "La place de la justice en France: un avenir incertain", *Les mutations de la justice* (eds. P. Robert, A. Cottino), Paris, 2001, 161.

¹⁹ Видети: V. Kambovski, *Sudsko pravo*, Skopje, 2010, 136.

²⁰ Видети: J. Vincent *et al.*, *Institutions judiciaires*, 7e édition, Paris, 2003, 158.

власти. "Установљеност законом" подразумева и законитост у остваривању функција суда: избор судија у сагласности са законом, законит састав суда (судско веће) итд. Према судској пракси ЕСЛП (*Belilos v. Switzerland* од 1988. године), појам "суда" садржи организациони и процесни елементат. Први подразумева надлежност за доношење правно обавезујућих одлука, које не могу да буду мењане или суспендовани од другог, вансудског тела, а други да судске одлуке извршава суд или посебан орган (казнене установе), али не и извршна власт.²¹ Процедурални елементат су процесне гаранције, обухваћене правом на правично суђење (ЕКЛП, чл. 6).

Међународни стандарди о независности и непристрасности суда (Основни принципи независности судства УН, усвојених на VII Конгресу УН о превенцији криминала и третман преступника у Милану 1985. године, Европска повеља о статусу судија Савета Европе од 1998. године, препоруке Комитета министара Савета Европе, посебно Препорука бр. П (94) 12 од 1994. године (Општа правила о независности судија), Монтреалска декларација о независности судства од 1983. године, Пекиншка декларација о принципима независности судства од 1995 године, Бејрутска декларација Прве арапске конференције о судству од 1999. године, Нацрт Универзалне декларације о независности судства ("Сингви Декларација") од 1989. године, Принципи судијског понашања из Бангалора од 2002 и други међународни документи), могу да се поделе у неколико група: правила која се односе на спровођење основног начела поделе власти; институционални стандарди о положају суда опште и о претпоставкама за његову независност; стандарди о статусу судија као носилаца судске функције; и стандарди који се односе на приступ правди и поступање судова.²² Међународни стандарди независности судства су истовремено и регулативна правила интерпретације и примене позитивно-правних норми (конвенција, устава, закона), и правни идеали, односно норме права у настајању (*in statu nascendi*) које моделирају национално судско право и као општа начела права дају моралну и правну основу суду у интерпретацији и примени правних норми.

5. Садржај појма независности и непристрасности суда и поред свих међународних норми и стандарда остаје у великој мери непотпун, јер имплицира одређену вредносну основу за његово прецизирање: независност суда у односу на шта и кога? На законодавца? На владу и државну управу? На јавно мишљење? На странке итд. Његов атрибутивни садржај у институционалном смислу очито не може да буде одређен сам по себи, већ у релацији суда са институцијама са којима је функционално повезан и, са друге стране, са остваривањем права на независан и непристрасан суд као основног људског права.

Уређивање институционалних односа суда са другим властима доследно начелу поделе, координације и узајамне контроле власти је главна, али не и довољна претпоставка за његову оптималну самосталност и независност која кореспондира са правом појединца на суђење пред таквим судом. Суд је везан за закон, који садржи опште норме путем којих на апстрактан начин одређује садржај људских слобода и права и односе међу појединцима. Правна норма је горња премиса права, коју поставља законодавац и од које мора да пође суд у изрицању права њеним тумачењем и коришћењем правног силогизма. Нема изрицања права без утврђивања доње премисе, коју испуњавају чињеничне претпоставке за примену опште норме у конкретном случају. Ако законодавац

²¹ J. Omejec, *op.cit.*, 1126.

²² Упореди: G. Corstens, J. Pradel, *European Criminal Law*, The Hague–London–New York, 2002, 379.

ствара (обликује) објективно и опште право, суд ствара (обликује) субјективно право, право појединца у конкретном случају.²³ При томе суд није обична трансмисија воље законодавца, а његов поступак стварања (признавања, утврђивања) субјективног права није механички чин. Без његовог поступка закон није право, већ само предвиђање шта треба да биде право, а законодавац – обичан колективни правни писац чија је фантазија преточена у правном тексту.

Према владајућем становишту данашње теорије и легислативне политике, суд не може да креира право (*ius dare*), али може и треба да прилагођава његов садржај, функције и циљеве на све динамичније друштвене промене. Он не може да замени законодавца, али није његов слепи послушник нити опонент, већ његов сарадник, који заједно са њим учествује у јединственом процесу промовисања универзалних вредности ("кооперативна улога" суда). Анализа овог концепта је од значаја за посматрање трансформације улоге суда у систему континенталног права, у коме је још доминантна идеја да сам закон обезбеђује правду и правичност, правну сигурност и друге правне вредности, а "кооперативна улога" суда и његов активизам су ограничени на тумачење закона и испуњавање са конкретним садржајем опште правне норме.

Насупрот рестриктивних уставних и законских ограничења (према уставима из нашег региона суд суди само на основу устава, закона и ратификованих међународних уговора, не и на основу судских преседана), у пракси националних судова у континенталном праву долази до све веће примене прецедентног права, пре свега Европског суда за људска права, нарочито у казненом поступку. Његове одлуке постају обрасци за тумачење позитивно-правних норми или за попуњавање правних празнина. За такав продор схватања о судског активизму, поред праксе међународних судова, је заслужан утицај англо-саксонског права, потакнут пробојем универзалног концепта људских слобода и права и приближавањем политичких идеологија, политичких и правних система.²⁴ Тај утицај доводи и до реформи процесних законодавстава којим се континентално казнено право приближава англо-саксонском правном свету (тужилачка истрага, *plea bargaining* итд.). Тренд јачања активизма националних судова путем евроконформног тумачења закона, чак и приближавање доктрини *stare decisis*, за сада ограничене на преседане ЕСЈП, имплицира одређену "непослушност" према националном законодавцу. Томе се супротставља велики део савремене правне мисли која има скептичне ставове према тенденцији јачања позиције и улоге суда у односу на законодавну власт. Они су засновани на аргументу недостатка легитимитета: да ли судије, који нису непосредно бирани на слободним изборима, имају већи легитимитет и ауторитет од изабраних представника законодавне власти? Ово питање се понавља како у системима који су засновани на англо-саксонској концепцији "*stare decisis*", тако и у системима у која постоји само супремација уставног суда над законодавцем. Да ли је реална опасност да суд, који има неприкосновену позицију и најшира овлашћења може да се одметне од сваке друге власти и да стекне апсолутни имунитет од сваке одговорности за могуће незаконите или неправедне одлуке?

Простор судских овлашћења у примени закона је *in fine* омеђен законом, тако да је минуциозна разрада материјалних и процесних норми које се дотичу независности суда

²³ Видети: N. Horn, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 3. Auflage, Heidelberg, 2004, 23.

²⁴ Видети: M. R. Damaška, *The Faces of Justice and State Authority – A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven–London, 1986, 92.

први услов за остваривање тог начела. У постављању законског оквира за остваривање функција суда, законодавац мора да пође од става да је суд институција која примењује закон на конкретне случајеве (казнена дела), истовремено штитећи људска права и правне и моралне вредности друштва. Ако судском одлуком може да се постигне максимум правде за појединца, максимум користи за социјалну стабилност може да се извуче из уношења социјалног и моралног аспекта у поштовању формалних законских одредби. Тиме се формални респект закона стално прилагођава новим социјалним вредностима, што даје динамизам целом систему под условом да је суд носилац таквог процеса. Законодавац треба да одреди циљеве и интересе којима суд треба да да предност код доношења одлука, а који високим степеном генерализације садржаја законских норми треба да буду изведени из општих циљева друштва и његовог развоја.

6. За одређивање унутрашње димензије независности суда је веома важно минуциозно разграничење његових надлежности од надлежности извршне власти (владе и државне управе). Тај захтев је наложен чињеницом да се судска функција понекад преклапа са управном функцијом у примени позитивног права и одлучивању о признавању или одузимању права грађана или о њиховом кажњавању у прекршајном поступку. Ради веће заштите није штетна конкуренција и преклапање њихових надлежности, али када се ради о ограничавању или одузимању права, императивни значај има принцип приоритета судске надлежности: екстензивна надлежност суда и рестриктивна надлежност извршне власти. То значи да уставом, и то на крајње лимитираним основама, може да се допусти да органи државне управе у конкретним случајевима могу да примењују принудна ограничења слобода и права, у мери у којој је то нужно за вршење извршне и управне функције, и под контролом законитости њихових аката од стране суда.

Питање уставних гаранција за јасно раграничење извршне и судске функције државе у судским системима у нашем региону није решено на начин који потпуно одговара начелу независности суда. Тако, на пример, сви устави, па и македонски Устав, садржи одређене кочнице као противтежу сталне тенденције за проширивање компетенције извршне власти у подручју уређивања људских права. Такав карактер имају гаранција права на судску заштиту против коначних одлука органа државне управе или других органа са јавним овлашћењима (Устав Северне Македоније, Амандман XX, чл. 13), и право жалбе или друге врсте правне заштите против првостепених појединачних аката органа државне управе или других органа са јавним овлашћењима (Устав Македоније, Амандман XXI, чл. 15). Међутим, одређивање услова и поступка за остваривање судске заштите је препуштено законима, и управу ту настају све могуће девијације мотивисане аспирацијом извршне власти да се помоћу закона, а још више у пракси, наметне над судством.

Друго подручје реалне моћи извршне власти да врши утицај на судове је систем финансирања преко државног буџета. Иако је у судским системима у нашем региону већ етаблиран принцип релативне самосталности судског буџета, ни из далека, у одсуству објективно фондираних мерила и критеријума за његово формирање, нису одклоњене аспирације извршне власти да контролише судство.

Независност суда у систему поделе власти и јавних функција намеће питање његове одговорности, јер као и свака јавна функција, и судска функција мора да буде подређена институционалној контроли. Судским реформама у државама из нашег региона ово осетљиво питање је превазиђено тако, да је контрола над радом судова концентрисана у посебна тела – високе савете судства, састављених од представника судија, скуп-

штине и извршне власти. Њихове ингеренције се законима константно проширују, тако да се тело (у Републици Македонији – Судски савет, у Србији после уставних промена – Високи савет судства), које по Уставу треба да гарантује независност судства, практично трансформише у тело који га угрожава, отварајући широка врата за политичке утицаје код одлучивања о избору судија, оцењивању њиховог рада или одговорности. Недостају, при томе, ефикасни инструменти за контролу над радом самог тог тела од стране судија и јасна решења о одговорности његових чланова за гарантовање независности судства.

7. Посебну пажњу заслужује функционална (јурисдикциона) независност судије, која је прилично запостављена у расправама о судским реформама. Одређивање стварног, материјалног садржаја начела судске независности и непристрасности у институционалном оквиру који уређује положај суда и његове односе са другим властима, као и са странкама, не објашњава увек све комплексне аспекте судске самосталности и, тиме, независности и непристрасности, у односу на утврђивање чињеничног стања, изналагања и тумачења правне норме која треба да се примени у конкретном случају.²⁵

Остваривање циља поступка – доношење праведне пресуде претпоставља утврђивање фактичког стања, одређеног иницијалним актом (тужба, оптужница) за његово покретање. Судија не може да проширује испитивање чињеница ван тог оквира, јер би тиме било повређено начело акузаторности, уведено данас и у казненом поступку, а он би изгубио улогу независног арбитра и трансформисао би се у тужиоца. Специфиност и сложеност судског утврђивања чињеница произлази из прихватања основног принципа слободног судијског уверења у оцењивању доказа. Тај принцип је логички предуслов судске независности и самосталности, који могу да буду ограничени или потпуно искључени ако, уместо тог принципа, оцена доказа се заснива на концепцији формалних доказа. Слободно судијско уверење може да буде ограничено изричитим законским забранама за прикупљање и коришћење одређених правно неваљаних доказа (докази обезбеђени применом тортуре, недозвољени медицински захвати итд.).

У казненом поступку суд је везан за оптужни акт тужиоца у односу на чињенични супстрат казненоправног случаја, али није везан за квалификацију која је дата од стране тужиоца. Важи правно правило: "*da mihi facta, dabo tibi ius*". Судија је једино овлашћен да на основу утврђених чињеница одреди шта је право и која правна норма треба да се примени, сагласно максими "*iura novit curia*", и примењује ту норму *ex officio*, без обзира на предлоге странака. Таква подела функција – да странке у поступку одређују фактички супстрат и да предлажу доказе, а да судија проналази норму која треба да се примени, не искључује узајамну условљеност и повезаност, тако да поменуто правило не мора да буде у колизији са диспозицијом тужиоца да одређује предмет поступка и да обе странке износе или оспоравају и чињеничне и правне елементе случаја. Супсумација чињеничног стања под одређену правну норму је силогистички поступак, у коме је чињенично стање доња, а правна норма горња премиса. У том поступку судија најпре утврђује које су све правно релевантне околности случаја презентирале, а потом улази у потрагу за правном нормом под којом може да се подведе тај случај. То је крупан херменеутички проблем, познат у литератури као "парадокс херменеутичког круга": после разјашњења свих фак-

²⁵ Видети опширније: V. Kambovski, *op.cit.*, 243.

тичких околности, судија тражи одговарајућу норму, али пре да је примени треба да про- тумачи њено значење, наслањајући се на своје знање и претходно искуство.²⁶

Питању слободе судије да проналази норму која треба да се примени, посебан значај даје захтев (тако македонски Закон о судовима, чл. 2) да "судије у примени права заштићују људске слободе и права". Та формулација даје широка овлашћења суду да се у сваком конкретном случају у примени Устава, закона или ратификованих међународних уговора позива и на све изворе и доктрину права о људским правима. У контексту овог разматрања спада и принцип, према коме суд не може да одбаци захтев за остваривање одређеног права са образложењем да постоји правна празнина и дужан је да одлучује о њему позивањем на општа начела права, осим када је то изричито забрањено законом (Закон о судовима, чл. 8 ст. 2). У казненом праву је попуњавање правних празнина забрањено *in malam partem* (на штету осумњиченог или оптуженог, јер је то супротно начелу законитости), али је дозвољено *in bonam partem* (у његову корист: тако код основа за искључење противправности казненог дела ван Кривичног законика). Суд је дужан да у сваком случају примени и све међународне норме и стандарде које се односе на заштиту људских права по службеној дужности.

Сумпсумација и правна квалификација случаја путем силогизма није самовољан чин, зависан само од претходног искуства или знања судије, иако не може да буде уређен прецизним процесним нормама. Општим правним и доктринарним правилима су одређени основи и границе интерпретације закона које се односе на рационалност и објективност судског тумачења, границе овлашћења судије, контроле и корекције тумачења на које је заснована судска пресуда и усаглашавање могућих разлика у тумачењу од стране виших судова. Основно правило судског тумачења је захтев да утврђивање смисла законске норме мора да полази од дијалектичког јединства правног текста и његовог унутрашњег садржаја- идеје правне норме и циља законодавца. Према томе, тумачење треба да уважава форму (законски текст) и садржај (идеја која је у њему садржана). Комплементарни значај имају и следећа правила: правна норма треба да се тумачи у контексту целине правног поретка; судија треба да тумачи закон полазећи, обрнутим редом, од текста ка реконструкцији идеје законодавца, водећи се од сопственог искуству, сагласно начелу њихове херменеутичке усаглашености. Исто тако, у тумачењу правне норме посебно важно место заузима уважавање аргумента правде и правичности.²⁷ Казненоправној норми треба да се да значење које је еманација идеје правде као идеје-водиље права, али не преко граница правног текста.

Јурисдикциона независност обухвата и слободу суда у одмеравању казне и других санкција у казненом поступку, према правилима која су само у једном делу погодна за правно уређивање нормама материјалног и процесног права (о врсти казни, границама кажњавања, о изузећу судије, о понављању главне расправе итд.), док већи део њих има искуствену, моралну и догматско-правну основу. Судија доноси одлуку о избору и врсти казне и других санкција према свом слободном уверењу о релевантности појединих олакшавајућих и отежавајућих, као и других околности (ублажавање казне), појединачно и у њиховој укупности, полазећи и од циљева кажњавања. То, да је досуђена казна резултат његовог слободног избора даје одмеравању казне хумани карактер и повећава одговор-

²⁶ Видети: *Seelmann* (2007), 395.

²⁷ R. Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 9. Auflage, München, 2005, 57.

ност судије за крајње савесно поступање у њеном избору. Кад би његов избор био фиксиран императивним правилима која претварају одмеравање казне у математичку операцију, нестало би било какво испитивање сопствене савести судије, а тиме и његова одговорност за праведност пресуде. Само слободан избор значи да је одлука судије субјективна у психолошком смислу, што подразумева и укључивање у њој и његових личних моралних и социјалних вредносних ставова. Из тог разлога, слобода судије да одреди казну по свом уверењу, држећи се начела правде и правичности и узимајући у обзир све последице своје одлуке, је веома важна компонента судске независности и непристрасности, која даје интегритет и ауторитет судској функцији.

Сложеност проблема повлачења граница слободе тумачења и других овлашћења суда, које одређују реални степен независности и самосталности суда, произлази из опасности да преширока дискрециона овлашћења суда могу да имају за последицу угрожавање слобода и права и њихове једнакости. Ради тога, сваки судски систем мора да унапређује методе и инструменте тумачења и примене закона уз њихово стално усаглашавање са потребом за обезбеђивање њихове једнообразне примене. Такву улогу преузимају врховни судови, који путем начелних ставова могу да утичу на ниже судове ради усаглашавања судске праксе, а да се то не сматра ограничавањем судске независности. Развијање такве "ауторегулаторне" функције виших судова је веома озбиљан изазов за савремену судску реформу, која мора да истражује и проналази нове методе усаглашавања судске праксе, не ограничавајући независност судије (Стратегија за развој судства Македоније за период 2023–2027, која се припрема, предвиђа механизме да се начелни ставови Врховног суда спусте и на равништу апелационих судова, путем усаглашавања око спорних питања, али остављајући слободу судијама основних првостепених судова, да тумаче и примењују закон по свом убеђењу).

8. Пред посебним изазовом је остваривање начела независности суда у казненем поступку, после спроведених реформи казненог поступка и увођења тужилачке истраге и акузаторне главне расправе у којој судија има пасивну улогу у извођењу доказа. "Модернизација" казненог поступка се одвија под великим утицајем међународних казнено-правних конвенција (о организованом криминалу, корупцији, тероризму итд.), путем веома динамичних уставних, законских и институционалних промена које се, симболично представљене, развијају на линији скретања "од десно ка лево" кроз апострофирање значаја ранијих фаза откривања и гоњења.²⁸ Поред прагматичних и утилитарних разлога повећања ефикасности репресивних активности, ослонац за ту тенденцију је и став да "конзервативна" позиција суда не може да пружи одговарајуће одговоре на нове неконвенционалне форме криминала, које траже и неконвенционалне одговоре.

Скретање "у лево", води ка институционалном јачању улоге јавног тужиоца и његових овлашћења у казненем поступку. Све те промене нису праћене одговарајућом реформом положаја и улоге јавног тужилаштва, чији уставни положај је и даље остао дефинисан као "јединствени и самостални државни орган" који гони учиниоце казних дела и друга законом утврђена кажњива дела (Устав Републике Македонија чл. 106 ст. 1, а тако и други уставни из нашег региона). Фактично наметање водеће улоге тужиоца у поступку, услед непостојања додатних гаранција за независност судије, доводе у праксу (такво је данас стање са македонским судством) до претварање суда у продужену руку

²⁸ V. Kambovski, *Organiziran kriminal*, Skopje, 2005, 351.

јавног тужилаштва: судија за претходни поступак нема велика овлашћења да врши увид над истрагом и над активностима јавног тужиоца и по правилу прихвата све његове предлоге (о притвору и другим процесним мерама), испитивање оптужнице је претворено у формални чин потврђивања (потврђује се готово сто процената подигнутих оптужница), а на главној расправи судији остаје да везаних руку посматра способности тужиоца или одбране у предлагању и извођењу доказа. Највећи је парадокс то, да је веома често укидање пресуда од стране апелационих пресуда због "погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања", што се ставља на терет судији (већу), који има веома скучене могућности да га утврђује, јер не може да изводи доказе по сопственој иницијативи (могло би се предвиди решење да се у таквом случају, пошто тужилац није успео да докаже одређено чињенично стање, предмет врати тужиоцу на даље поступање).

Заслугом међународних конвенција о организованом криминалу, тероризму и новим облицима криминала, у националне казненопроцесне системе продиру бројна нова решења, углавном процеснопрване природе, која су мотивисана захтевом за повећање ефикасности казног гоњења (специјалне истражне мере, коришћење заштићених сведока и сарадника правде, на плану материјалног права – проширена конфискација која има и процесне реперкусије итд.). Поред додатних аргумената у прилог њихове примене, повезане са појачаним судским гаранцијама, несумњиво је да поједине од тих иновација стављају на пробу и начело судске независности. Тако на пример, коришћење специјалних истражних мера је постало готово редовни начин прикупљања доказа, тако да се опасно приближава прихватању теорије о легалним, односно формалним доказима, који искључују слободу њиховог оцењивања од стране суда. Улога суда се своди на томе да донесе одлуку о њиховој примени, после чега му не остаје никакав простор за формирање свог слободног уверења или слободног оцењивања свих прикупљених доказа, јер се њихови резултати појављују као *probatio probatissima*. Слична упозорења важе и за увођење у наша процесна законодавства споразума о кривици (*plea bargaining* преузетог из англо-саксонског права, тако нови македонски ЗКП из 2010. године), путем којег се у пресуђивању појављује још један такав врхунски доказ – признање оптуженог. И коришћење тог процесног института доводи до потискивања улоге суда од стране јавног тужиоца (поред тужилачке истраге), независно од тога што суд, бар формално, како је предвиђено у ЗКП, треба да прихвати споразум јавног тужиоца и оптуженог и да на основу њега донесе пресуду. Логично је да се претпостави да је судија при томе увек изложен великом притиску од стране јавног тужиоца.

Уз непромењене улоге јавног тужилаштва, које и даље остаје дефинисано као "самосталан" али не и "независан" орган државне власти (другим речима остаје зависан од извршне власти), долази до фактичког потискивања начела независности суда (такво је стање са македонским судством, за које је довољно илустративан податак да проценат осуђујућих пресуда износи готово 90% од поднетих оптужница!).

9. Упркос опредељењу да доследна примена начела независности и непристрасности суда је била и остаје један од кључних реформских приоритета у процесима придруживања земаља Западног Балкана ЕУ, нема значајнијег напретка у њиховом спровођењу, тако да се оне свде углавном на институционалне и организационе промене. Није допринело бољем резултату, који би у првом реду значио ослобађање судија од утицаја политичких партија и плаћеног медијумског терора, снажно промовисање од стране ЕУ судских савета (Високог савета судства), као самосталних и независних државних органа

који треба да гарантују независност судства, изолујући функције именовања, унапређења и дисциплине судија и другог правосудног особља од страначких политичких утицаја и одлучивања. Судски савет Северне Македоније је Законом о судском савету из 2006. године добио надлежности, какве данас променама Устава Србије из 2022. године и Законом о Високом савету судства из 2023. године добија ово тело, у именовању, оцењивању рада, дисциплинских поступака и разрешење судија свих судова, спајајући данас (на основу новог Закона о судском савету из 2019. године) у персоналној унији и Судско-буџетски савет (председник Судског савета је председник и тог тела, које рапоредује средства из самосталног судског буџета).

Састав Савета чине 15 чланова: по функцији, чланови без права гласа су председник Врховног суда и министар правде, осам чланова бирају судије из својих редова, три члана бира Скупштина и два члана предлаже председник Републике, а избор врши Скупштина. У односу на чланове која бира Скупштина (пет), избор се врши огласом, на који могу да се пријави свако ко испуњава, поред македонског држављанства, услове који ни издалека не задовољавају критеријуме "истакнутог правника": дипломирани правник са 15 година радног искуства "у правној професији", са положеним правосудним испитом, који се у вршењу правне професије истакао "научним или професионалним радом или својим јавним деловањем", неосуђиван на казну затвора од најмање шест месеци за дело које га чини недостојним за вршење ове функције, и ужива углед и поседовање интегритета за вршење функције члана Савета. Овако одређени услови су омогућили да се за чланове овог тела са уставно одређеним функцијама гарантовања независности судства бирају анонимни правници из редова владајућих странака, стручни сарадници у судовима, правници са стажом у администрацији итд., без и једног професора права, познатог адвоката са дугогодишњом праксом, другог истакнутог правника који има драгоцена искуства у међународним институцијама итд. Формирана је и опстаје за цело време постојања Савета структура која под снажним и континуираним притисцима и налозима владајућих партија и утицајних политичара врши изборе судија и доноси друге одлуке уз прећутно одобравање или у сарадњи са члановима Савета из редова судија, који се плаше конфронтација са политичким факторима.

Једна од главних слабости функционисања овог тела, која може да се манифестује и уређењем статуса и надлежности Високог савета судства Србије, је непостојање правила о одговорности чланова Савета. Закон о судском савету Северне Македоније не садржи одредбе о одговорности и услове за разрешење како његових чланова изабраних од стране Скупштине, тако и од стране судија. Тиме је створена празнина у остваривању основног правног начела функционисања одговорности јавних функционера – да тело које врши избор под уставом или законом уређеним условима може и да разреши изабраног. Тај недостатак одговорности српски Закон о високом савету судства поправља решењем, заснованог на амандману на Устав Србије из 2022. године (Амандман XIV, члан 152 ст. 3 и 4 Устава), према којем пре истека времена на које је изабран, члану Високог савета судства престаје мандат ако сам то затражи или ако буде осуђен за кривично дело на казну затвора од најмање шест месеци; одлуку о престанку мандата члана Високог савета судства доноси Високи савет судства, а против одлуке дозвољена је жалба Уставном суду, која искључује право на уставну жалбу. Закон о Високом савету судства из 2023. године уставним основама за престанак функције члана Савета одредбом (чак у две одредбе, чл. 54 и чл. 56), додаје још једну: ако члан Савета учестало не учествује у раду Савета без оправданог разлога; о

престанку функције одлучује Савет. Проблематично у овим одредбама је то што одлуку о престанку доноси сам Савет, супротно правилу да такву одлуку треба да доноси тело које бира чланове Савета. Непрецизност законских решења о одговорности чланова овог тела и њиховом разрешењу оставља простор за злоупотребе њихових функција под утицајем спољних политичких утицаја, непотизма и других разлога, што се потврдило више пута у функционисању македонског Судског савета.²⁹

Новије функционалне анализе македонског Судског савета³⁰ дају аргументоване основе за закључак да је ово тело, које треба да остварује гарантну функцију, далеко испод нивоа његовог уставног положаја и европских стандарда о независности судства. Поред већ поменуте политичке инструментализације код избора и разрешења судија, његове основне слабости се испољавају у неотпорности према извршној власти у обезбеђивању финансијске независности и услова за рад судова (тако да судски буџет не достиже ни 50% процената од законски предвиђеног минимума). Исто тако, није успостављен тачан систем праћења и попуњавања упражњених судијских места, ефикасног праћења и оцењивања судија, није формиран сектор за анализу и статистику итд. Посебно је проблематичан нетранспарентан начин рада и одлучивања, који законом није постављен на захтеву за потпуну јавност његових седница (у Стратегији за развој судства за наредни петогодишњи период је предвиђено да све седнице Савета морају да буду и јавно преносене преко ТВ - и интернет комуникација). Нарочито нетранспарентност поступка избора судија, који треба да се остварује на начин доступан свим грађанима (јавни интервјуи са кандидатима, директан пренос расправе о кандидатима итд.), омогућава доношење одлука о избору међусобним тајним погађањем, прихватањем из вана донетих препорука о кандидатима и сличних махинација, који доводе у сумњу сваку одлуку Савета. Исто тако, Савет нема посебну методологију за оцењивање транспарентности и односа са јавношћу судова, која би била прилагођена за сваки суд посебно. Пропушање да се систематски следи и анализира стање судске мреже, прилива предмета (изнад 500.000 годишње), брзина поступака и број потребних судијских места има за последицу постојање у македонским судовима великог броја непопуњених судијских места (само Врховни суд је спао на готово половину од предвиђених места у систематизацији). То су недостаци и изазови са којима се може сусретати и Високи савет судства Србије, ако не буде постављен и не функционише на принципијелним основама његовог уставног положаја – не као највиша судска власт, јер то је Врховни суд, већ као најторитативнијег гаранта за самосталност и независност судске власти у систему поделе власти.

4. ЗАКЉУЧАК

Постулати реформе судства у функцији успостављања владавине права и етаблирања начела судске независности као његовог најснажнијег ослонца прожимају све сегменте државе и права, и зависне су и условљене од дубоких промена политичког система, департизације и извлачења свих јавних институција, укључивши судство и јавно тужилаштво, из стања "заробљене државе". Како су преговарачким оквиром (први кластер) ЕУ

²⁹ О оправданим резервама у односу на пререгулираност ове материје у уставним амандманима Устава Србије, избора чланова Високог савета судства из редова политички "подобних", опасности од стварања судијске олигархије и других изазова примене Закона о Високом савету судства видети: М. Радојевић, "Амандмани и промена Устава – Уставни амандмани из 2022. године", *Политичка ревија*, бр. 02/2022, 39.

³⁰ Видети: *Godžo, Mitov* (2020), 8.

за државе Западног Балкана кандидаткиње за чланство у ЕУ ти захтеви постављени као *conditio sine qua non* за напредак процеса придруживања, не остаје никакав простор за расправе да ли и на којим основама, према којим циљевима, са каквом динамиком и помоћу каквих активности треба да се одвија процес судских реформи.

Њихова полазна основа је схватање о владавини права као подређеност сваке власти и моћи исправном (праведном) праву, које служи правди и природним људским правима, и о судској независности као еманацiji основног људског права на заштиту пред независним и непристрасним судом. Без оваквог вредносног одређења, све промене у судству се свODE на структурну, институционалну или "административну" реформу (врсте судова, надлежности, положај Судског савета итд.). Таква реформа, како је показало искуство са судским реформама у нашем региону, не отклања успостављени дисбаланс између законодавне, извршне и судске власти, не омогућава уставно прокламовану координацију и узајамну контролу између њихових носилаца, и задржава суд на великој дистанци од позиције главног протагонисте владавине права и демократске правне државе.

ЛИТЕРАТУРА

- Arjomand A. S. (eds.), *Constitutionalism and Political Reconstruction*, Leiden–Boston, 2007
- Bancaud A., Philippe R., "La place de la justice en France: un avenir incertain", *Les mutations de la justice* (eds. P. Robert, A. Cottino), Paris, 2001
- Baroni C. et al., *Criminal justice reform in post–conflict States A guide for Practitioners*, UN Institute of Peace UN Office on Drugs and Crime, Vienna – New York, 2011
- Bačić A., "Vladavina prava i institucije kontrole ustavnosti zakona", *Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava* (ur. J. Crnić, N. Filipović), Zagreb, 2000
- Близнашки Г., *Общо учение за конституцията*, Софиа, 2019
- Vincent J. et al., *Institutions judiciaires*, 7e édition, Paris, 2003
- Damaška M. R., *The Faces of Justice and State Authority – A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven–London, 1986
- European Court of Auditors: *Tematsko izvješće: vladavina prava na Zapadnom Balkanu*, 01/2022
- Zippelius Y., *Juristische Methodenlehre*, 9. Auflage, München, 2005
- Kambovski V., *Organiziran kriminal*, Skopje, 2005
- Kambovski V., *Sudsko pravo*, Skopje, 2010
- Martens P., "Le pouvoir judiciaire en Belgique: Institutions et mutations", *Les mutations de la justice* (eds. P. Robert, A. Cottino), Paris, 2001
- Mendelski M., "The EU's Pathological Power: The Failure of External Rule of Law Promotion in South Eastern Europe", *Southeastern Europe*, 39(3), 2015
- Omejec J., *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava*, Strasbourgski acquis, Drugo izdanje, Zagreb, 2014
- Радојевић М., "Амандмани и промена Устава – Уставни амандмани из 2022. године", *Политичка ревија*, бр. 02/2022
- Reynolds N., "Constitutionalism and the Rule of Law", *Constitutionalism and Rights* (eds. G. Bryner and N. Reynolds), Provo, Brigham Young University, 1987
- Transparency International Corruption Perceptions Index 2022*
- Ferrajoli L., "Ustavna demokratija", *Revus – Revija za ustavno teoriju in filozofijo prava*, 2012/18
- Habermas J., "Constitutional Democracy, A Paradoxical Union of Contradictory Principles?", *Political Theory*, Vol. 29, 6/2001
- Haide H., *Rule of law challenges in the Western Balkans Independent consultant*, 23 October, Helpdesk Report, 2018
- Hajek F. A., *Pravo, zakonodavstvo i sloboda*, Beograd – Podgorica, 2002

- Hardin R., *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, Oxford, 2003
- Haris D., O'Bojl M., Varbrik K., *Pravo na Evropskata konvencija za čovekovi prava*, Vtoro izdanje, Skopje, 2009
- Horn N., *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 3. Auflage, Heidelberg, 2004
- Colón-Ríos, Joel I., *Weak Constitutionalism Democratic legitimacy and the question of constituent power*, Routledge, 2012
- Corstens G., Pradel J., *European Criminal Law*, The Hague–London–New York, 2002
- World Justice Project 2022 Rule of Law Index, online ed.* Washington, DC

* * *

Academician Vlado Kambovski, PhD*

THE RULE OF LAW AND THE PRINCIPLE OF JUDICIAL INDEPENDENCE: CHALLENGES AND PERSPECTIVES

Summary

The goal of judicial reform is to establish the rule of law and ensure the independence of the judiciary as a fundamental principle. This reform requires comprehensive political changes, depoliticization, and the liberation of public institutions, including the judiciary and prosecution, from political control. In the EU negotiation framework for the Western Balkans countries, these requirements have been set as a necessary condition for progress in the accession process, leaving little room for debate on how to carry out judicial reform based on what goals, at what pace, and through what activities.

The fundamental principle of the reform is the understanding of the rule of law as the subordination of every power and authority to proper law, which serves justice and natural human rights. Judicial independence should also be seen as the expression of the basic human right to protection before an independent and impartial court. Without these fundamental values, all changes in the judiciary boil down to structural, institutional, or administrative reforms, such as changes in the types of courts, jurisdictions, or the position of the Judicial Council. However, as the experience in our region has shown, such superficial reforms will not address the existing imbalance between the legislative, executive, and judicial branches of power, nor will they enable the constitutionally mandated coordination and mutual control among their holders. This superficial reform also keeps the judiciary at a distance from its crucial role as the main protagonist of the rule of law and a democratic constitutional state.

Keywords: rule of law, human rights, judicial independence, court, Judicial Council.

* Full professor at the Faculty of Law, University of Skopje, retired, vladok@manu.edu.mk.

др Иванка Марковић*

НЕЗАВИСНОСТ СУДИЈСКЕ ФУНКЦИЈЕ

***Апстракт:** Право на суђење пред независним и непристрасним судом је основно људско право гарантовано међународним актима који захтијевају да државе у својим уставима и законима обезбиједи гаранције те независности и непристрасности. Полазећи од претпоставке да је циљ реформе правосуђа у Републици Србији, поред осталог и обезбјеђивање услова за реализацију права на суђење пред независним судом, ауторка се у раду бави првенствено нормативним рјешењима која предвиђају гаранције независности правосуђа. Посебан нагласак се при томе ставља на релевантне одредбе Акта о промјени Устава Републике Србије, Закона о Високом савјету судства и Закона о судијама.*

***Кључне ријечи:** независност суда, Акт о промјени Устава Републике Србије, Закон о Високом савјету судства, Закон о судијама.*

1. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ

Право на судску заштиту пред независним и непристрасним судом је основно људско право које произилази из низа међународних докумената¹ којима се гарантује судска независност и самосталност.² Основна претпоставка за постојање судијске независности у сваком друштву јесте начело подјеле власти према којем извршна, законодавна и судска власт представљају три гране власти које су међусобно независне, одвојене једна од друге без могућности задирања у надлежности других власти. Међународни документи захтијевају од држава да кроз своје уставе и законе обезбиједи постојање независног суда, и то кроз досљедну примјену принципа подјеле власти и досљедно поштовање начела владавине закона. Прокламовањем наведених принципа обезбјеђује се независност судске власти на нормативном плану. Може се рећи да је ово право на европском континенту етаблирано чланом 6. став 1 Европске конвенције за заштиту људских права

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци; Потпредсједница Уставног суда Републике Српске, vankam2003@yahoo.com.

¹ Тако нпр. Универзална декларација о људским правима признаје основне принципе према којима свако лице има потпуно и једнако право на правично и јавно суђење пред независним и непристрасним судом који ће одлучити о његовим правима и обавезама и о кривичној одговорности (члан 10). Међународна повеља о цивилним и политичким правима гарантује да све особе морају бити једнаке пред судом и да код утврђивања било какве кривичне одговорности или обавеза, свако лице има право на правично и јавно суђење, без неоправданог одлагања, пред надлежним, независним и непристрасним судом успостављеним према закону. Видети текст докумената на <https://www.ombudsmen.gov.ba/documents/>, 14. април 2023.

² У овом раду се нећемо бавити питањем непристрасности, већ само питањем независности суда. О питању непристрасности суда, односно судија видети: И. Марковић, М. Бабић, "Родне предрасуде и судијска непристрасност", *Међународни стандарди о независности судства и самосталности тужилаштва* (ур. С. Ного), Удружење за међународно кривично право и "Intermex", Београд, 2016, 95–102.

и основних слобода којим је предвиђено да "приликом утврђивања грађанских права и обавеза или основаности било какве кривичне оптужбе против њега, свако има право на правично суђење и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним, законом установљеним судом".³

На међународном нивоу највећи значај имају одредбе Основних начела Уједињених нација о независности судства⁴ која су "израђена да би се помогло државама чланицама да обезбиједи и унапрјеђују независност судства", а у којима се, као прво начело, истиче: "Независност судства је зајамчена од државе и заштићена Уставом и националним законима. Дужност је свих установа, владиних и других, да поштују независност судства".⁵

Препорука (2010)12 Комитета министара државама чланицама о судијама: независност, дјелотворност и одговорности⁶ прописује: "сврха независности, како је дефинисана у члану 6. Конвенције, јесте да сваком лицу јемчи основно право да се о њеном предмету одлука донесе на правичном суђењу, искључиво на законским основама и без непримјереног утицаја" (тачка 3). Даље се наводи да је "независност појединачних судија заштићена независношћу правосуђа у цјелини". Као таква, она представља фундаментални аспект владавине права" (тачка 4.). Препоруком се још једном истиче: "Независност судија и судства требало би да буде садржана у уставу или на највишем могућем законском нивоу у државама чланицама, при чему ће се конкретнији прописи обезбиједити на законодавном нивоу" (тачка 7). У препоруци се изричито прави разлика између спољне и унутрашње независности судија. У том смислу се наводи да "спољна независност судија није прерогатив или привилегија дата у сопственом интересу судија, већ у интересу владавине права и лица која траже и очекују непристрасну правду. Независност судија би требало посматрати као јемство слободe, поштовања људских права и непристрасне примјене закона. Непристрасност и независност судија је од суштинске важности за гарантовање равноправности странака пред судовима" (тачка 11). Препорука у Поглавље III – говори о унутрашњој независности судија истичући да "начело судске независности значи независност сваког појединог судије у вршењу функција вођења судског поступка. При доношењу одлука судије треба да буду независне и непристрасне и способне да дјелују без икаквих ограничења, непримјереног утицаја, притисака, пријетњи или мијешања, непосредног или посредног, од стране било ког органа, укључујући и органе унутар правосуђа. Хијерархијска организација правосуђа не би требало да подрива индивидуалну независност. Виши судови не би требало судијама да дају упутства о томе какву пресуду треба да изрекну у појединим случајевима, осим код прелиминарних одлука или приликом одлучивања о правним лијековима у складу са законом" (тачка 22 и 23).⁷

³ Текст конвенције доступан на http://www.mhrr.gov.ba/ured_zastupnika, 14. април 2023.

⁴ Усвојени на Седмом конгресу Уједињених нација за спрјечавање злочина и поступање према преступницима, одржаног у Милану од 26. августа до 6. септембра 1985. и потврђени од Генералне скупштине у њеним резолуцијама 40/32 од 29. новембра 1985. и 40/146 од 13. децембра 1985. Не подлеже ратификацији јер није међународни уговор.

⁵ Текст Основних начела доступан на <https://media.cgo-cce.org/2013/06/15-Osnovna-nacela-nezavisnosti-sudstva.pdf>, 15. април 2023.

⁶ Препорука (CM/Rec (2010)12) усвојена је од стране Комитета министара 17. новембра 2010. године на 1098. састанку замјеника министара.

Текст доступан на https://www.uhs.hr/old/data_sve/docs/CM_Rec%20_2010--hr.pdf, 24. април 2023.

⁷ Поред наведених правних аката, постоје и други правни акти којима су дефинисани стандарди о независности и непристрасности суда, али их ми у оквиру овог рада нећемо посебно образлагати.

Судска независност се може посматрати као институционална независност, тј. независност судова као институција које врше судску власт од законодавне и извршне власти и као индивидуална независност која подразумева да "судија појединац обавља судску функцију независно, на основу закона и властите процјене чињеница, подржавајући независност правосуђа са индивидуалног и институционалног аспекта".⁸ Објективна компонента судске независности се огледа у карактеру саме институције судства, а субјективна компонента се манифестује као право сваког појединца да његова права и слободе одреди независни судија.⁹

Пред Европским судом за људска права више пута се расправљало о повреди права на правично суђење у контексту права појединца да о његовим правима или обавезама или о оптужби одлучује независан и непристрасан суд. Тако нпр. у пресуди *Campbell i Fell* Суд наводи: "Када утврђује да ли се орган може сматрати 'независним' од извршне власти и од странака у спору, ЕСЉП узима у обзир начин именовања његових чланова и дужину њихове функције, постојање заштите од спољних притисака и то да ли орган одаје утисак независности."¹⁰ Сматра се да је Суд, тумачећи норме Конвенције о заштити људских права и основних слобода у бројним случајевима који се тичу наведене проблематике, дефинисао појам независности у смислу институционалне и личне независности судије од политичких или других утицаја.¹¹ Институционална и лична независност судије постоји када су испуњени услови који се односе на: начин именовања судија (без политичких притисака, од независног тијела), трајање њиховог мандата (неограничен, непокретност), постојање гаранција против спољних притисака (од извршне власти, странака, јавности) и отклањање сумњи о квази-независности (нарочито у односу на "парасудска" тијела, као што је надлежност полицијских или управних органа за изрицање санкција у прекршајном поступку).¹² Приликом оцјене независности суда, Европски суд за људска права је дуго времена узимао у обзир све наведене критерије, доводећи их у међусобну везу, тако да је његов закључак да су мањкавости једног од четири критеријума довољне да подрију "независан и непристрастан суд образован на основу закона" често зависило од мјере у којој су те мањкавости неутралисале постојањем гаранција у вези са другим критеријем. Тако је Суд у неким случајевима прихватио постојање краћег мандата судије уколико је систем именовања био правичан.¹³ Међутим, Суд се у својој скорашњој пракси посебно бави захтјевом да је суд "образован на основу закона", као независним елементом теста поштовања члана 6 ЕКЉП. По њему, закључак да суд није образован у складу

⁸ Видети тачку 1.1, 1.2, 1.3 и 1.4 Етичког кодекса судија БиХ доступно на <https://pravosudje.ba>, 25. април 2023.

⁹ В. И. Марковић, М. Бабић, *op.cit.*, 92–93.

¹⁰ *Campbell and Fell*, став 78.

¹¹ Видети случај *Ringiesen c. Austria* од 1971. године

¹² Видети: В. Камбовски, "Међународне норме и стандарди о независности судства као подручје међународног казненог права", *Међународни стандарди о независности судства и самосталности тужилаштва* (ур. С. Ного), Удружење за међународно кривично право и "Интертех", Београд, 2016, 35–36.

¹³ Тако на пример у случају *Campbell u Fell против Уједињеног Краљевства*, пресуда од 28. јуна 1984, пред-ставке бр. 7819/77 и 7878/77, Суд је сматрао да је трогодишњи мандат кратак, али ипак прихватљив, будући да се за обављање судијских функција о којима је ријеч није исплаћивала накнада и да би било тешко регрутовати волонтере за функцију да је мандат дужи. Наведено према: L. Bianku, H. Smith *et al.*, *Независност и непристрасност правосуђа – Преглед релевантне праксе Европског суда за људска права* (ур. В. Braithwaite, С. Harby, G. Miletić), AIRE Centre, 2021, 42.

<https://www.roiplatform.org/wp-content/uploads/2021/09/independence-and-impartiality-of-judiciary-bcms.pdf>, 26. април 2023.

са законом јесте у одређеним околностима довољан да констатује повреду члана 6 ЕКЉП, те да нема потребе да разматра друге елементе независности и непристрасности из члана 6 ст. 1 ЕСЉП.¹⁴

2. ГАРАНЦИЈЕ НЕЗАВИСНОСТИ СУДА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Стварање услова за апсолутну реализацију начела судске независности и владавине права, засноване на релевантним међународним стандардима и начелима, у основи су реформи правосудних система држава које теже да достигну висок ниво демократизације друштва и заштите основних људских права и слобода. У том циљу, у Републици Србији је усвојен Акт о промени Устава Републике Србије¹⁵ који садржи 29 амандмана којима се мијењају одредбе Устава и ствара правни основ за доношење низа законских аката у области правосуђа.¹⁶

Уставним законом за спровођење Акта о промјени Устава Републике Србије¹⁷ предвиђено је да се Амандмани I до XXIX на Устав Републике Србије "примјењују од дана када их прогласи Народна скупштина ако у погледу примјене појединих Амандмана овим законом није другачије одређено" (члан 1), те да се усклађивање Закона о судијама, Закона о уређењу судова, Закона о јавном тужилаштву, Закона о Високом савјету судства и Закона о Државном вијећу тужилаца са наведеним Амандманима треба извршити у року од годину дана од дана ступања на снагу Амандмана, а одредбе других закона у року од двије године (члан 2). Амандманима на Устав Републике Србије извршене су измјене неопходне за успостављање досљедног принципа владавине права¹⁸ и стварање процесних гаранција за независност судства.¹⁹

Процесне гаранције за независност суда односе се на начин избора судија које, у концепту подјеле власти, морају омогућавати да избор судија врши самостално тијело, независно од законодавне или извршне власти. Тај концепт избора судија гарантује се Амандманом II на Устав Републике Србије којим се мијењају надлежности Народне скупштине које се односе на правосуђе, односно на вршење судске власти, ограничавајући их

¹⁴ *Ibid.*, 18.

¹⁵ Акт о промени Устава Републике Србије, који је усвојила Народна скупштина Републике Србије на Осмој посебној седници у Дванаестом сазиву, одржаној 30. новембра 2021. године и који је потврђен на републичком референдуму одржаном 16. јануара 2022. године.

Текст доступан на <http://www.parlament.gov.rs>, 24. априла 2023.

¹⁶ У Образложењу овог акта наводи се да је један дио уставноправних разлога за промјену Устава у дијелу о правосуђу посљедица оправдане критике домаће и међународноправне научне и стручне јавности, а да је преовлађујуће подстакнут активност Венецијанске комисије још 2007. године поводом Мишљења овог савјетодавног тијела Савјета Европе о Уставу Србије из 2006. године. Видети: Образложење Акта о промени Устава, 16.

¹⁷ Уставни закон, *Службени гласник РС*, бр 115/2021 од 30.11.2021. године, када је и ступио на снагу. Доступан на <https://www.propisi.net>, 25. април 2023.

¹⁸ С тим у вези треба поменути Амандман I на Устав којим се врши корекција члана 4. Устава на начин да се ријечи "међусобна контрола" мијењају ријечима "међусобно провјеравање". Опширније о овоме видети у: Образложење Акта о промени Устава Републике Србије, 21, текст доступан на <http://www.parlament.gov.rs/upload/documents>, 24. април 2023.

¹⁹ Препорука CM/Rec (2010)12 Комитета министара државама чланицама о судијама: независност, дјелотворност и одговорности, у тачки 7, прописује: "Независност судија и судства требало би да буде садржана у уставу или на највишем могућем законском нивоу у државама чланицама, при чему ће се конкретнији прописи обезбиједити на законодавном нивоу".

на избор четири члана Високог савјета судства,²⁰ и четири члана Високог савјета тужилаштва (двотрећинском већином од укупног броја народних посланика) као и на избор и престанак функције Врховног јавног тужиоца (већином од три петине гласова свих народних посланика),²¹ као и Амандманом XII којим се мијења одредба члана 150 Устава Републике Србије и дефинишу надлежности Високог савјета судства. Овом одредбом је предвиђено да је Високи савјет судства "независан државни орган који обезбјеђује и јемчи независност судова, судија, председника судова и судија поротника", те да "Високи савјет судства бира судије и судије поротнике и одлучује о престанку њихове функције, бира председника Врховног суда и председнике осталих судова и одлучује о престанку њихове функције, одлучује о премјештају и упућивању судија, одређује потребан број судија и судија поротника, одлучује о другим питањима положаја судија, председника судова и судија поротника и врши друге надлежности одређене Уставом и законом."

На независност судства, у контексту именовања судија, утиче и начин избора чланова тијела које је надлежно за именовање судија и друга питања у вези са вршењем њихове функције. У циљу стриктне подјеле законодавне, извршне и судске власти и онемогућавања њиховог међусобног утицаја и зависности, Амандманом XIII је измијењен члан 151 Устава Републике Србије тако да су из састава овог тијела изостављени представници извршне и законодавне власти. Високи савјет судства даље има 11 чланова од којих се шест чланова бира из реда судија, четири члана су истакнути правници, а председник Врховног суда улази у састав Високог савјета судства по функцији.²² Питање надлежности за избор чланова савјета из реда судија се уређује законом, уз ограничење да председници судова не могу бити бирани у састав Високог савјета судства, што је, према нашем мишљењу оправдано, будући да Високи савјет судства одлучује о питањима која могу на посредан начин да утичу на индивидуалну независност судија (нпр. премјештај судије).

Избор "истакнутих правника" у састав овог савјета врши Народна скупштина гласовима двије трећине свих народних посланика, а формални услов који неко лице мора

²⁰ Претходно овлашћење Народне скупштине да учествује у избору председника највишег суда, председника судова, јавних тужилаца, судија и замјеника јавних тужилаца већ се дужи низ година сматра спорним са аспекта правних гаранција судске независности и супротним међународним стандардима у овој области. Препорука CM/Res (2010)12, у члану 46., предвиђа: "Орган који доноси одлуке о избору и каријери судија требало би да буде независан од извршне и законодавне власти. У циљу гарантовања независности тог органа, најмање половину његових чланова требало би да чине судије које су изабрале њихове колеге.

²¹ Поређења ради, у Босни и Херцеговини у којој реформа правосудног система траје 20 година, избор Главног тужиоца Тужилаштва БиХ, Тужилаштва Федерације БиХ и БД БиХ, као и Републичког јавног тужиоца РС је у надлежности Високог судског и тужилачког вијећа, а не највише законодавног тијела. Устав Републике Српске у члану 121а. прописује да је Судство самостално и независно од извршне и законодавне власти у Републици Српској.

Према неким изјавама реформа правосудног систем је формално завршена усвајањем релевантних правних аката, али се често могу чути изјаве да она није дала очекиване резултате, те да се реформа мора наставити у правцу обезбјеђивања реализације прокламованих начела независности и непристрасности судија, као и ефикасности судског система. Стога сматрамо да је оправдано на овом мјесту навести да је реформа правосудног система у Босни и Херцеговини у току, односно да још увијек "траје".

²² Законом о високом судском и тужилачком вијећу Босне и Херцеговине је предвиђено да вијеће има 15 чланова међу којима су судије, тужиоци, адвокати и по један члан којег бира Парламент БиХ (који не обавља правосудну функцију и није посланик у Парламенту БиХ) и Вијеће министара БиХ на приједлог министра правде БиХ (а који не обавља правосудну функцију и није члан Вијећа министара БиХ). Дакле, могло би се рећи да састав чланова ВСТС-а БиХ није у потпуности усклађен са стандардима обезбјеђења независности суда јер у његовом саставу имамо чланове које бира орган извршне власти, а члана којег бира Парламент БиХ предлаже политичка партија на власти најчешће из редова својих симпатизера.

задовољити да би могло бити изабрано као "истакнути правник" јесте да има најмање десет година искуства у правној струци. Поступак избора започиње објављивањем јавног конкурса, те избором осам кандидата из реда пријављених од стране надлежног одбора Народне скупштине, између којих посланици бирају четири члана Савјета. Уставном нормом је, поред наведеног формалног услова, предвиђено да члан Високог савјета судства којег бира Народна скупштина мора бити достојан те функције и да не може бити члан политичке странке, те да ће се остали услови за избор и неспојивост са функцијом члана Високог савјета судства уредити законом. Синтагма "достојност за функцију" објашњена је Законом о судском савјету Србије²³ тако што је речено да "достојност подразумијева моралне особине које члан Савјета треба да посједује и понашање у складу са тим особинама. Моралне особине су: поштење, савјесност, правичност, достојанственост, истрајност и узорност, а понашање у складу са тим особинама подразумијева чување угледа Савјета и судства у вршењу функције и изван ње, свијест о друштвеној одговорности, очување самосталности, непристрасности, интегритета и достојанства у вршењу функције и изван ње и старање о очувању повјерења у рад и ауторитет Савјета и судства у јавности."²⁴ Истакнути правник је правни стандард који се може различито тумачити и који представља појам о којем се много полемисало у јавности.²⁵

Ако се пође од чињенице да пракса доношења одлука у законодавним тијелима показује да су одлуке резултат договора или компромиса између политичких партија, онда је логичан закључак да ће се и одлука о избору четири "истакнута правника" у састав Високог савјета судства доносити на исти начин. Дакле, немогуће је нормативним рјешењима апсолутно искључити утицај политике, односно политичких партија на било које питање које се расправља или о којем се одлучује у законодавном тијелу, па тако и на питање избора чланова Савјета. Чини се да су и приређивачи Акта о промјени Устава Републике Србије водили рачуна о могућности да се у скупштинској процедури не постигне квалификована већина приликом избора наведених чланова Високог савјета судства, те су посебном одредбом предвидјели да ће у случају да се то деси, последице истека законом пописаног рока за њихов избор, одлуку донијети комисија коју чине председник Народне скупштине, председник Уставног суда, председник Врховног суда, Врховни јавни тужилац и Заштитник грађана, већином гласова.

Одредбом Амандмана XIV којим је измијењен члан 152 Устава Републике Србије регулисан је мандат чланова, председника и потпредседника Високог савјета судства тако што је мандат чланова ограничен на пет година, без могућности поновног избора.²⁶ Поред овог ограничење, постоји ограничење и у погледу избора председника Високог савјета судства које се односи на забрану избора председника Врховног суда на позицију председника савјета. Сматрамо да су наведена ограничења у функцији очувања независности, непристрасности и професионализма Високог савјета судства, те да на посредан начин представљају и гаранцију независности и непристрасности суда. Амандманом XVI

²³ *Службени гласник РС*, бр. 10/23

²⁴ Видети члан 44. Закона о судском савјету Србије.

²⁵ Међутим, "истакнути правник" није појам који се сада први пут уводи у правни систем Републике Србије, јер је Уставом Републике Србије из 2006. године овај појам уведен код услова за избор судија Уставног суда.

²⁶ Према Закону о високом судском и тужилачком вијећу БиХ, чланови Вијећа имају мандат од четири (4) године и могу имати највише два (2) узастопна мандата од четири године. Особа која је имала два (2) узастопна мандата као члан Вијећа не може поново бити изабрана за члана Вијећа прије истека 4 (четири) године од краја претходног мандата.

предвиђено је да чланови Високог савјета судства не могу бити позвани на одговорност за мишљење дато у вези са вршењем функције члана Високог савјета судства и за гласање приликом доношења одлука, те да без одобрења Високог савјета судства не могу бити лишени слободе у поступку покренутом због кривичног дјела које су учинили као чланови Високог савјета судства.

Законом о судском савјету Србије²⁷ прецизирана су питања која се тичу положаја, надлежности, организације и начина рада Високог савјета судства, услови и поступак за избор изборног члана Савјета, трајање мандата и престанак његове функције и обезбјеђивање услова и средстава за рад Савјета. Законом су дефинисана питања која се тичу неспојивости функције, посла или приватног интереса са функцијом члана Савјета. Из одредбе члана 15. произилази: "Изборни члан Савјета из реда судија не може вршити судијску функцију за вријеме трајања мандата у Савјету. Изборни члан Савјета кога бира Народна скупштина не може бити на функцији у органу Републике Србије, аутономне покрајине, јединице локалне самоуправе, градске општине или јавној служби, бити члан политичке странке, нити политички дјеловати на други начин, бавити се јавним или приватним плаћеним послом, изузев наставне дјелатности на правном факултету, нити пружати правне услуге или давати правне савјете уз накнаду."

За разлику од наведеног рјешења, чланови ВСТС-а БиХ који се бирају из реда судија и након избора настављају са вршењем своје судијске функције, као што и адвокат који је члан ВСТС-а пружа своје адвокатске услуге. Чини се да је законодавац у Републици Србији, у циљу успостављања независног и непристрасног тијела које бира и именује судије, на ригорознији начин регулисао питања у вези са радом тог тијела. Поред изричитих забрана, Законом о судском савјету Србије предвиђено је да је са функцијом члана Савјета неспојива и друга функција, посао или приватни интерес који су противни достојанству и независности члана Савјета или штете угледу Савјета,²⁸ при чему нису прецизирани критеријуми на основу којих ће се утврђивати такав карактер. Изричито је дозвољено да члан Савјета обавља наставничку дјелатност.

Законом су (члан 17) таксативно набројане надлежности Савјета, међу којима је и надлежност одлучивања о постојању непримјереног утицаја на рад судије и суда и мјери за спрјечавање непримјереног утицаја, која на извјестан начин омогућава судији заштиту од таквих утицаја, односно на посредан начин заштиту институционалне и индивидуалне независности суда. Како би тијело које бира судије и одлучује о њиховим правима заиста и било независно и непристрасно у том поступку, законодавац је детаљно прописао процедуру избора чланова Високог савјета судства. Нормативно посматрано, створени су услови да Савјет буде заиста независно тијело и да одлуке доноси без утицаја органа извршне и законодавне власти. Међутим, да ли ће се тај циљ заиста и постићи, то зависи од низа других фактора, при чему највећи утицај има досљедна примјена наведених уставних и законских норми.

Као што је речено, гаранција судске независности јесте да је "суд образован на основу закона". Овај захтјев реализован је Амандманом V којим се мијења члан 143 Устава, те се под називом "Уређење судова" овим чланом прописује: "Оснивање, укидање,

²⁷ Службени гласник РС, бр. 10/23.

²⁸ О томе да ли је нека функција, посао или приватни интерес таквог карактера, одлучиваће ће Етички одбор Савјета којег чине судије именоване од стране Савјета на период од пет година.

врсте, надлежност, подручја и сједишта судова, састав суда и поступак пред судовима уређују се законом."²⁹ Тиме се наведена материја ставља у ранг законске материје, чиме се онемогућава да извршна власт, према свом нахођењу, доноси акте којима ће мијењати ова питања. Обзиром на процес доношења закона (иако је и тај процес под утицајем владајућих политика) који је дужи и компликованији, ова одредба даје извјесну сигурност у дуготрајност усвојених рјешења у вези са овом проблематиком, што посредно утиче и на независност суда.

Уставна гаранција индивидуалне независности судија предвиђена је Амандманом VI којим се мијења члан 144 Устава који сада гласи: "Судија је независан и суди на основу Устава, потврђених међународних уговора, закона, општеприхваћених правила међународног права и других општих аката, донетих у складу са законом. Забрањен је сваки непримјерен утицај на судију у вршењу судијске функције." Напомињемо да Препорука Комитета министара (2010)12 (поглавље III – Унутрашња независност) истиче: "Начело судске независности значи независност сваког појединог судије у вршењу функција вођења судског поступка. При доношењу одлука судије треба да буду независне и непристрасне и способне да дјелују без икаквих ограничења, непримјереног утицаја, притисака, пријетњи или мијешања, непосредног или посредног, од стране било ког органа, укључујући и органе унутар правосуђа. Хијерархијска организација правосуђа не би требало да подрива индивидуалну независност. Виши судови не би требало судијама да дају упутства о томе какву пресуду треба да изрекну у појединим случајевима, осим код прелиминарних одлука или приликом одлучивања о правним лијековима у складу са законом (тачка 22 и 23)."

Примјећујемо да гаранција индивидуалне независности судства садржи један неодређен појам, тј. "непримјерен утицај на судију" чија ће конкретна садржина зависити од низа околности и чињеница објективног карактера, као што су стварна и замишљена позиција моћи оног ко врши утицај, начин на који се врши утицај итд. Дакле, ради се о појму чије тумачење ће зависити од правног схватања које доминира на датом простору и у датом времену и подложно је промјенама.

Начин именовања судија као критериј на основу којег се утврђује постојање независности суда обухвата и услове за именовање. Стога се у контексту гаранције судске независности треба говорити и о овом аспекту. Међутим, прихватајући став да услови за именовање судија нису уставна материја, Амандманом VII на Устав Републике Србије прописано је да се услови за избор судије, као и услов за избор и мандат судије поротника, уређују законом. Закон о судијама³⁰ нормира положај судије, неспојивост са судијском функцијом, вредновање рада судије, материјални положај судије, услове и поступак за избор судије, престанак судијске функције, положај председника суда, положај судије поротника и дисциплинску одговорност судије.

Гаранција судијске независности везана је и за трајање мандата судије. У пракси Европског суда за људска права имамо пресуде у којима је заузето становиште да дужина

²⁹ Овим чланом је измијењен назив највишег суда у Републици Србији у Врховни суд, а забрањено је оснивање преких, привремених или ванредних судова. Видети текст Амандмана V.

³⁰ Закон је објављен у *Службеном гласнику РС*, бр. 10/2023, а одредбом члана 114 прописано је да закон ступа на снагу даном објављивања у Службеном гласнику Републике Србије и примјењује се од дана конституисања Високог савјета судства.

трајања мандата, сама по себи, не може бити одлучујући критериј за оцјену постојања или непостојања независности суда. Међутим, сталност ове функције, уз финансијску независност, упућује на виши ниво независности суда. Законом о судијама (члан 3) предвиђена је сталност и непреместивост судија изричитом одредбом да је судијска функција стална, те да судија врши функцију у суду за који је изабран. Судија не може бити, без сагласности, трајно премјештен ни привремено упућен у други суд, осим у случајевима предвиђеним Уставом и овим законом. Сталност судијске функције је дефинисана одредбом члана 13. тако што је прописано: "Судијска функција траје непрекидно од избора за судију до навршења радног вијека. Судијска функција може престати под условима предвиђеним Уставом и овим законом". У члану 18 законодавац је одредио и појам непреместивости судије тако што је предвидио да "судија има право да судијску функцију врши стално у суду за који је изабран, осим у случају прописаном Уставом и овим законом. Судија само уз своју сагласност може бити трајно премјештен или привремено упућен из једног у други суд, или упућен у Високи савјет судства, министарство надлежно за правосуђе, Правосудну академију или међународну организацију у области правосуђа. Сагласност се даје у писменом облику и мора да претходи доношењу рјешења о трајном премјештају, привременом упућивању или упућивању." Законом су нормиране и ситуације у којима може доћи до премјештаја судије и без његове сагласности, а одлуку о томе доноси Високи савјет судства.

У циљу обезбјеђења индивидуалне независности, законом је предвиђена међусобна независност судија (чл. 22) тако што је прописано да је судија "у вршењу судијске функције слободан у заступању свог схватања, утврђивању чињеница и примјени права. Судија није дужан да било коме, па ни другим судијама и предсједнику суда, објашњава своја права схватања, утврђено чињенично стање и примјену права, изузев у образложењу одлуке или кад то закон посебно налаже." Поред тога, судија има право на заштиту од непримјереног утицаја (члан 30), тако што може поднијети захтјев за заштиту од непримјереног утицаја Високом савјету судства. Начин подношења захтјева и поступак по захтјеву за заштиту од непримјереног утицаја прописује се актом Високог савјета судства.

Законодавац је прецизно нормирао ситуације које се односе на професионални и материјални статус судија, све у циљу обезбјеђивања услова за њихову независност и непристрасност, а један од тих услова, према нашем мишљењу, односи се и на немогућност да судија који је врши функцију предсједника суда поново буде биран на ту позицију (члан 77). Сматрамо да дуготрајно вршење функције предсједника ствара једну врсту неформалне моћи конкретног судије и омогућава му да због позиције коју обавља врши непримјерен утицај на судију, а самим тим и на његову независност. Тачно је да такав утицај може да врши и судија који обавља функцију предсједника суда у само једном мандату, али нам се чини да је та могућност много мања него у оним системима у којима не постоји наведено ограничење при избору предсједника суда.³¹ Важна гаранција индивидуалне независности судије јесте његова материјална независност која је гарантована чланом 5. овог закона, којим се изричито наводи да "износ плате и пензије судије гарантује његову независност и материјалну сигурност".

³¹ Могућност поновног избора на ту функцију, која постоји у законодавству Босне и Херцеговине довела је до тога да се у пракси веома често дешава да исти судија буде неколико пута биран за предсједника суда, што му, обзиром на његова овлаштења, даје одређену моћ, односно утицај на друге судије у том суду.

Гаранција спољне независности судова, односно независности судова од других државних органа, тј. извршне и законодавне власти, подразумева да судске одлуке не може преиспитивати орган друге двије власти, него само судски орган у законом прописаном поступку. Амандманом IV којим се мијења члан 142 Устава, изричито се дефинише да "судску одлуку може преиспитати само надлежни суд у законом прописаном поступку, као и Уставни суд у поступку по уставној жалби." Међутим, и даље остаје као уставна категорија начело да се "помиловањем или амнестијом изречена казна може без судске одлуке опростити у цјелини или дјелимично." Дакле, дозвољени су изузеци од претходног начела, јер знамо да одлуку о помиловању доноси Предсједник државе (у законом прописаном поступку), а Народна скупштина Закон о амнестији.³²

Поред наведених гаранција независности суда, пракса Европског суда за људска права приликом оцјене постојања независности суда установила је још један критеријум који се тиче спољашње оцјене о независности суда, односно утиска о независности. Уколико постоје сумње у независност суда, тражи се да те сумње буду, до одређене мјере, објективно оправдане.³³ Ако се утисак о независности суда изводи на основу нормативних рјешења прихваћених у некој држави у вези са правосудним системом, онда би се могло рећи да реформа правосудног система у Републици Србији, односно уставне и законске гаранције независности суда, дају основ за постојање високе оцјене независности суда. Међутим, спољашња оцјена независности суда или утисак о независности суда ће се моћи креирати тек након примјене наведених нормативних рјешења и њихових ефеката на вршење правосудне функције.

3. ЗАВРШНЕ НАПОМЕНЕ

Право сваког грађанина јесте да о његовим правима одлучује независан и непристрасан суд, основан на основу закона. Свака држава која тежи да достигне прихватљив ниво демократије, мора обезбиједити постојање такве судске власти која ће занста бити независна од осталих грана државне власти. У циљу обезбјеђења услова за остваривање овог захтјева, Република Србија је извршила измјене највишег правног акта тј. Устава и одговарајућих закона, чиме је створила адекватну нормативну основу за његову реализацију. Међутим, стварни ефекти извршене реформе и предвиђених нормативних гаранција независности суда ће бити мјерљиви тек након што се нормативна рјешења примијене у пракси.

³² Иако је ово изузетак који је тако рећи општеприхваћен, ауторка ових редова, као бивша чланица Комисије за помиловање има одређене резерве према овом рјешењу, које се односе на могућност политичких утицаја на даваоца помиловања и на законодавно тијело приликом доношења конкретних одлука из ове области.

³³ У предмету *Белилос против Швајцарске*, пресуда од 29. априла 1988. године, жена подносилац представке је тврдила да је о њеном случају одлучивало тијело у полицији које је сачињавао само један члан. Без обзира на врсту и број процесних механизма који су указивали да је услов да та једночлана комисија буде независна био дјелимично испоштован, Европски суд за људска права је нашао да је код утврђивања независности суда важно и да ли се он доживљава као независан. Суд је уочио да би обичан грађанин тог полицајца као јединог члана комисије доживио као припадника полиције, подређеног старјешинама и лојалног колегама, па је установио да се овдје ради о повреди члана 6 став 1 Конвенције.

ЛИТЕРАТУРА

- Камбовски В., "Међународне норме и стандарди о независности судства као подручје међународног казненог права", *Међународни стандарди о независности судства и самосталности тужилаштва* (ур. С. Ного), Удружење замеђународно кривично право и "Intermex", Београд, 2016
- Марковић И., Бабић М., "Родне предрасуде и судијска непристрасност", *Међународни стандарди о независности судства и самосталности тужилаштва* (ур. С. Ного), Удружење за међународно кривично право и "Intermex", Београд, 2016
- Bianku L., Smith H. *et al.*, *Независност и непристрасност правосуђа – Преглед релевантне праксе Европског суда за људска права* (ур. В. Braithwaite, С. Harby, G. Miletić), AIRE Centre, 2021, <https://www.rolplatform.org/wp-content/uploads/2021/09/independence-and-impartiality-of-judiciary-bcms.pdf>

ПРАВНИ ИЗВОРИ

- Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода
- Етички кодекс судија БиХ
- Закон о судском савјету Србије, *Службени гласник РС*, бр. 10/23
- Закон о високом судском и тужилачком вијећу БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 25/2004, 93/2005 и 48/2007
- Закон о судијама, *Службени гласник РС*, бр. 10/2023
- Међународна повеља о цивилним и политичким правима
- Основна начела Уједињених нација о независности судства
- Препорука (2010)12 Комитета министара државама чланицама о судијама: независност, дјелотворност и одговорности
- Универзална декларација о људским правима
- Уставни закон, *Службени гласник РС*, бр 115/2021 од 30.11.2021. године

* * *

Ivanka Marković, PhD*

JUDICIAL INDEPENDENCE

Summary

The right to a trial before an independent and impartial court is a basic human right guaranteed by international acts that require states to provide guarantees of independence and impartiality in their constitutions and laws. Analyzing the legal acts that were passed in the process of judicial reform in the Republic of Serbia, we can say that the Republic of Serbia has created an adequate basis for the realization of the aforementioned right, at the normative level. However, we are aware of the fact that only the normative independence of the judiciary has been achieved, while the actual independence of the judiciary will depend primarily on the way of applying the adopted legal acts.

Keywords: independence of the court, Act on changing the Constitution of the Republic of Serbia, Law on Judges, Law on the High Council of the Judiciary.

* Full professor of the University of Banja Luka – Faculty of Law; Vice president of the Constitutional Court of the Republic of Srpska.

др Мирјана Ђукић*

ЈАВНОТУЖИЛАЧКА ФУНКЦИЈА У ДОМЕНУ УСЛОВЉЕНОГ ОПОРТУНИТЕТА – ОСВРТ НА ПОЈЕДИНЕ СЕГМЕНТЕ НОВИХ РЕФОРМСКИХ ЗАХВАТА

Апстракт: *Условљени опортунитет као вид диверзификације кривичног поступка, осмишљен је најпре на међународном плану, ради постизања ефикаснијег кривичног поступка на пољу багателног криминалитета. Као такав, имплементиран је и у нормативним оквирима Републике Србије, а кроз еволуцију у истим, доживео извесне промене. Кроз нормативну анализу аутор у раду појашњава актуелне недостатке система примене овог вида диверзије у односу на пунолетне учиниоце кривичних дела, стављајући притом акценат на преширока овлашћења додељена јавном тужиоцу. Нова реформа правосудних закона која је захватила и Закон о јавном тужилаштву, темељи се углавном на променама организационо-техничког карактера. У њиховој се сенци само назиру веома слаби покушаји који би можда, уз улагање већег труда, водили у правцу разрешавања детектованих проблема. Ради избегавања самовоље јавних тужилаца у појединим предметима, која би се могла назвати и селективном правдом, нова би реформа требало да захвати и суштинска питања од значаја за реализацију начела законитости и задобијање, односно повратак поверења јавности у рад правосудних органа. Критички осврт на подручје примене условљеног опортунитета, утемељен на емпиријском делу истраживања, упућује на одређене закључке и предлоге de lege ferenda.*

Кључне речи: *овлашћења јавног тужиоца, условљени опортунитет, нови Закон о јавном тужилаштву*

1. УВОД

До првих реформских захвата кривичнопроцесног законодавства (2009) јавнотужилачка функција се одвијала у складу са основним начелима кривичног процесног права. Имплементацијом споразума о признању кривичног дела, еволутивним променама којима је био изложен институт условљеног опортунитета и касније, увођењем других врста страначких нагодби, јавни тужилац добија знатно шири процесна овлашћења.

Споразум о признању кривичног дела осмишљен ради поједностављења кривичне процедуре, наилази на критике о његовој нелегитимности, утемељене на непостојању нити горњег нити доњег лимита запрећене затворске казне за кривично дело поводом којег се постиже. Притом, одмеравање казне премашује начело монофункционалности, јер исту не одмерава само суд, већ у појединим случајевима јавни тужилац. Од првобитне идеје о успостављању условљеног опортунитета ради избегавања кривичног поступка код багателних кривичних дела, остали су данас само благи обриси. Наиме, и поред начелног хијерархијског

* Доцент, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици – Правни факултет, mirjana.djukic@pr.ac.rs.

устројства јавног тужилаштва, јавни тужиоци непоступајући по Општем обавезном упутству Републичког јавног тужиоца, значајно проширују подручје примене овог института.

Нова се реформа темељи на променама организационо-техничког карактера. Јесу ли оне само козметичке или и суштинске природе, питање је које одговор може пронаћи не само у нормативној анализи, већ и оживотворењу одредби новог Закона о јавном тужилаштву. Досадашња пракса указује на потребу за законском корекцијом хибридних кривичнопроцесних института, који чини се, још увек нису прилагођени нашим друштвеним приликама и околностима. Један од њих завређује засебну пажњу, зато што резултира непеналним мерама и изостанком процесуирања. С тога је, нужно испитати да ли уопште нови Закон дотиче закониту реализацију сложеног диверзионог модела у виду условљеног опортунитета према пунолетним учиниоцима кривичних дела. У редовима који следе биће представљене еволутивне промене којима је предметни институт био изложен, сагледани поједини проблеми са практичног аспекта, на чијем се разрешавању треба порадити у скорој будућности. Кроз анализу нових одредби Закона о јавном тужилаштву, Кривичног законика Републике Србије и Законика о кривичном поступку Републике Србије, у закључним разматрањима се дају одређене препоруке и предлози *de lege ferenda*.

2. ЕВОЛУЦИЈА УСЛОВЉЕНОГ ОПОРТУНИТЕТА – МЕЂУНАРОДНИ И НАЦИОНАЛНИ НОРМАТИВНИ ОКВИР

Условљено одлагање кривичног гоњења као вид одступања од начела легалитета у нашем праву егзистира две деценије. За собом има занимљиву историју и еволуцију, пропраћену за релативно кратак временски период извесним изменама. Сва је прилика да су оне продукт несналажења законодавца, а затим и појединих правосудних инстанци, приликом имплементирања нових елемената у кривични поступак, који већ за собом има дугогодишњу традицију уподобљену домаћим друштвеним приликама и потребама. Пре него укажемо на важећу законску регулативу, осврнућемо се на релевантне препоруке Савета Европе и основне карактеристике нормативних решења садржаних у првобитним законима.

Нормативном уобличењу условљеног опортунитета приступило се у складу са Препорукама Комитета министара Савета Европе. Иако немају правно обавезујући карактер, инволвиране су њихове одредбе у не само нашем, већ и правима других земаља које су предузеле значајне кораке на пољу реформе кривичнопроцесног законодавства. Прва је *Препорука бр. Р (87) 18 Комитета министара земаља чланицама у вези са поједностављењем кривичног правосуђа*¹, усвојена на 410-ом састанку заменика министара одржаног 17. септембра 1987. године. Јасно је уочен проблем дужине трајања кривичних поступака, повећања броја лакших кривих дела пред судовима, па се државама препоручује да као приоритете у систему кривичног правосуђа треба поставити: примену принципа дискреционог кривичног гоњења, примену скраћених процедура, вансудских поравнања као могуће алтернативе кривичном гоњењу, примену поједностављених кривичних процедура и поједностављење редовних кривичних поступака. Свака од наведених препорука заузима значајно место у домену постизања ефикасности кривичног поступка, а од значаја за условљени опортунитет је управо она која упућује на примену принципа дискреционог кривичног гоњења (*I. Discretionary prosecution*). Под окриљем дискреционог одлучивања, надлежни орган има две солуције, да предузме кривично гоњење али да од њега одустане и на другој страни да не предузме кривично гоњење.

¹ Recommendation No. R (87) 18 of the Committee of Ministers to Member States Concerning the Simplification of Criminal Justice (Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987 at the 410th meeting of the Ministers' Deputies).

Одлука о непредузимању кривичног гоњења може бити пропраћена једноставним упозорењем осумњиченог, или на другој страни може бити и условљена испуњењем одређених обавеза од стране осумњиченог (исплата новца у корист одређених организација, придржавање одређених правила понашања, одштета жртви кривичног дела, и слично) (I. а. 6.). Непредузимање гоњења у другопоменутој ситуацији наилази на подударност са институтом условљеног опортунитета. Приликом дискреционог одлучивања у овом смеру, наведено је да надлежни орган посебно треба водити рачуна о: једнакости свих грађана пред законом; личности учиниоца; тежини, природи, околностима и последицама почињеног кривичног дела; положају жртве; осуди од стране суда као и о томе какве би последице она могла оставити на учиниоца (I. а. 5.). Код такозваног условног непредузимања кривичног гоњења неопходан је пристанак осумњиченог (изричит или прећутан), који треба означавати израз слободне воље а никако дат под принудом или присилом (I. а. 7.), јер треба водити рачуна и о поштовању људских права загарантованих чланом 6. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода. Иста одредба предвиђа да се жртви треба омогућити репарација у кривичном, или парничном поступку. Код условног непредузимања гоњења, она се остварује у парници, јер не долази до покретања кривичног поступка. Приметно је међутим да поменута Препорука не задире у разматрање да ли би и који орган имао контролу над дискреционим овлашћењима јавнога тужиоца на пољу условљеног опортунитета, илити условног непредузимања кривичног гоњења. Тиме је самим државама препуштено да регулишу и дефинишу својеврсне корективне и истовремено контролне механизме у надлежности појединих субјеката, или пак из законске регулативе ове функције и субјекте изоставе.

Наредна је *Препорука Комитета министара државама чланицама о улози јавног тужиоца у систему кривичног правосуђа*², усвојена од стране Комитета министара Савета Европе 6. октобра 2000. године на 724-ом састанку заменика министара. Од непосредног значаја за институт условљеног опортунитета јесте део одредбе која се односи на функције јавнога тужиоца (*Functions of the Public Prosecutor*). Генерално је наглашено које функције јавни тужилац има у кривичном поступку (покретање кривичног поступка, спровођење истраге, заступање оптужбе, улагање правних лекова против судских одлука). Поред наведених, наглашава се да може одлучити и о алтернативама кривичном гоњењу, што јасно указује на одлучивање о преусмеравању или диверзији (3. - *decide on alternatives to prosecution*). Условљени опортунитет овде није подробније размотрен, јер је то већ учињено у претходној Препоруци, али је поновним указивањем на алтернативе кривичном гоњењу недвосмислено скренута пажња државама и надлежним органима гоњења да исте требају практиковати у што већем броју случајева који за предмет имају лакша кривична дела.

У праву Србије, условљени опортунитет добија нормативни оквир две године по усвајању Препоруке од 2000. године, у *Закону о изменама и допунама Законика о кривичном поступку од 2002. године*³. Државни тужилац је могао одложити кривично гоњење код кривичних дела за која је предвиђена новчана казна или казна затвора *до три године*, под условом да осумњичени прихвати једну од следећих мера: 1) да отклони штетну последицу нанету извршењем кривичног дела, или да надокнади причињену штету; 2) да испуни доспеле обавезе издржавања; 3) да плати одређени износ у корист хуманитарне организације, фонда или јавне установе, и 4) да обави друштвенокорисни, односно хума-

² Recommendation Rec (2000)19 of the Committee of Ministers to Member States on the role of Public Prosecution in the Criminal Justice System (Adopted by the Committee of Ministers on 6 October 2000 at the 724th meeting of the Ministers' Deputies).

³ Закон о изменама и допунама Законика о кривичном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 68/2002.

нитарни рад (чл. 236). Првобитна законска концепција овога института је као рок за испуњење ових обавеза предвиђала временски период у трајању од свега шест месеци, што је можда и последица карактера прописаних обавеза. Наиме, из законске формулације члана 236, уочава се да су све обавезе ресторативног карактера. Испуњење обавеза резултира одбацивањем кривичне пријаве, којом приликом државни тужилац о томе *не обавештава оштећеног, нити је потребно одобрење суда*. Оваква регулатива условног одлагања кривичног гоњења на недвосмислен начин указује на то да је поступање али и одлучивање поводом овог института било у искључивој надлежности државног тужиоца.⁴

Након свега две године уследиле су поновне измене *Законика о кривичном поступку*⁵, објављене 28. маја 2004. године. Суштина условног одлагања кривичног гоњења остала је неизмењена, а унете су две новине на које упућује чл. 26. Прва се односи на сагласност суда за реализацију условљеног опортунитета од стране јавног тужиоца. Друга, обогаћује систем обавеза које осумњичени треба испунити, тако што уз постојеће из претходног законика, додаје још две мере медицинског карактера – подвргавање одвикавању од алкохола и опојних дрога и подвргавање психосоцијалној терапији. И поред нововведених мера, остаје исти рок за испуњење обавеза, шест месеци.

Законик о кривичном поступку од 2006. године јесте садржао измене и допуне у погледу предметног института, али се неће узимати у разматрање из простог разлога што никада није био у примени. Стога ће у фокусу бити одредбе *Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку од 2009. године*⁶. И даље егзистирају обавезе које је предвиђао Законик од 2004. године, са тиме што су сада допуњене двома нових обавеза осумњиченог, а то су: извршење обавезе установљене правноснажном одлуком суда, односно поштовање ограничења утврђеног правноснажном судском одлуком и полагање возачког испита, обављање додатне возачке обуке или завршавање другог одговарајућег курса (чл. 236 ст. 1 тач. 7 и тач. 8). Код кривичних дела за која је забрањена новчана казна или казна затвора до три године, новелирани законик није прописивао сагласност суда као услов за реализацију условног одлагања кривичног гоњења. Ипак, одобрење суда је потребно у другим процесним ситуацијама, што значи да није у потуности занемарено. Како је условно одлагање гоњења могуће и за кривична дела за која је забрањена казна затвора преко три године а до пет година, за овакве случајеве нешто тежих кривичних дела потребна је сагласност суда као услов за реализацију условљеног одлагања кривичног гоњења (чл. 236 ст. 7). Поред ове, предвиђене су још две ситуације независне од тежине почињеног кривичног дела. Новитет овога закона огледа се у могућности јавног тужиоца да одустане од гоњења до завршетка главног претреса ако је по среди кривично дело за које је забрањена казна затвора до три године, под условом да осумњичени испуни одређене обавезе. Имајући у виду да условни одустанак наступа на главном претресу, свакако је неопходна сагласност суда (чл. 236 ст. 6). За испуњење одређених обавеза потребан је пристанак оштећеног. Када оштећени неоправдано ускрати недавањем пристања, испуњење обавеза, а јавни тужилац нађе да је испуњење таквих обавеза целисходно, затражиће од ванрасправног већа да одобри извршење таквих обавеза (чл. 236 ст. 5). Дакле, у овој ситуацији одобрење већа игра улогу корективног механизма.⁷

⁴ С. Кнежевић, Консесуалне форме одлучивања у предкривичном и кривичном поступку, *Правни живот*, 9/2011, 876.

⁵ Закон о изменама и допунама Законика о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 58/2004.

⁶ Закон о изменама и допунама Законика о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009.

⁷ С. Кнежевић, *op. cit.*, 876.

Ваља напоменути да је према одредбама Законика од 2009. године, предвиђена *дужност* јавног тужиоца да пре него поднесе предлог за спровођење истражне радње, испита постоји ли могућност за условно одлагање кривичног гоњења, и у том циљу обави разговор са осумњиченим, оштећеним, прикупи податке о којима сачињава службену белешку (чл. 236 ст. 9). То је добро решење законодавца јер се искључује одлучивање јавног тужиоца по сопственом нахођењу, те су институту условног одлагања гоњења подвргнута сва кривична дела за која је предвиђена новчана казна или казна затвора до три године. Тиме се постиже и принцип једнакости грађана пред законом на који под окриљем дискреционих овлашћења пледира првобитна Препорука од 1987. године.

Законик о кривичном поступку од 2011. године који се званично почео примењивати 2013. године⁸, уводи значајне измене на пољу условног одлагања кривичног гоњења, али је суштина у смислу остварења ресторативних циљева и ефикасности кривичног правосуђа остала неизмењена, налик његовим претходницима. Шири се подручје његове примене, допуњују и коригују одређене обавезе осумњиченог, продужује рок за испуњење истих, формализује одлука о условном одлагању гоњења, у фокусу је надзор над извршењем обавеза, ишчезава условни одустанак од гоњења, и слично.

Подручје примене условног одлагања кривично гоњења сада могу бити кривична дела за која је предвиђена новчана казна или казна затвора до пет година (чл. 283 ст. 1). У односу на своје претходнике овај закон помера горњи лимит забрањене казне затвора са три на пет година. Тиме се шири подручје примене овог и нститута на кривична дела која припадају сфери средњег криминалитета, али не изостаје могућност да то могу бити и озбиљнија кривична дела која носе висок степен друштвене опасности. У истом ставу поменутог члана таксативно су набројане обавезе које осумњичени може испунити: 1) да отклони штетну последицу насталу извршењем кривичног дела или да накнади причињену штету; 2) да плати одређени новчани износ у корист хуманитарне организације, фонда или јавне установе; 3) да обави друштвенкорисни или хуманитарни рад; 4) да испуни доспеле обавезе издржавања; 5) да се подвргне одвикавању од алкохола или опојних дрога; 6) да се подвргне психосоцијалном третману ради отклањања узрока насилничког понашања; 7) да изврши обавезу установљену правноснажном одлуком суда, или да поштује ограничење утврђено правноснажном судском одлуком. Да се приметити да је обавеза полагања возачког испита или додатна возачка едукација елиминисана из одредаба овог законика, док новитет представља отклањање узрока насилничког понашања тиме што ће се осумњичени подвргнути психосоцијалном третману.

Одлука којом јавни тужилац налаже осумњиченом испуњење обавеза формализује се у виду наредбе о одлагању кривичног гоњења. Ваља издвојити две новине којима се већа пажња посвећује испуњењу наложених обавеза, где се уочава интенција законодавца за чешћом али и успешном применом института условљеног опортунитета управо предвиђањем оних услова који погодују осумњиченом.

Прва је новина продужетак рока за испуњење неке од наложених обавеза. Наместо некадашњих шест месеци, тај рок је овим закоником предвиђен за упола дуже, те износи годину дана (чл. 283 ст. 2). Удвостручавање овог рока пружа прилику да се наложене обавезе испуне у целисти. Продужетак рока погодан је за испуњење обавеза медицинског карактера, док у погледу преосталих јавни тужилац сам одређује временски лимит сходно материјалним

⁸ Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13 и 45/13.

приликама осумњиченог, његовом радном статусу.⁹ Са тиме у вези, када је обавеза рецимо једнократна, а то ће бити случај са надокнадом причињене штете, тада рок за испуњење обавезе може износити и месец дана. Природи обавезе тужилац прилагођава дужину рока, чији је горњи лимит једна година. У неким законодавствима попут црногорског,¹⁰ осумњиченом се оставља рок од шест месеци за испуњење обавезе. Ово је законско решење вероватно последица природе обавеза које се могу наложити осумњиченом. Наиме, предвиђене су обавезе ресторативног, али не и медицинског карактера (чл. 272 ст. 1 тач. 1, 2, 3 и 4).

Друга је новина надзор над извршењем обавеза који врши повереник из органа управе надлежног за послове извршења кривичних санкција, у складу са прописом који доноси министар надлежан за послове правосуђа (чл. 283 ст. 2). Опште карактеристике поступка од момента доношења одлуке о одлагању гоњења, те налагању обавезе/обавеза, до тренутка обавештавања јавног тужиоца о испуњењу или неиспуњењу исте/истих, предвиђене су Законом о извршењу ванзаводских санкција и мера¹¹ (чланови 11-16). Овај контролни механизам кумулативно са продужењем рока за испуњење обавеза управо креира дисциплину осумњиченог која год да је обавеза у питању, под условом да је прилагођена његовом материјалном и здравственом стању.

За разлику од претходног законика, овде одобрење суда као услов за одлагање кривичног гоњења у потпуности изостаје.¹² За налагање обавеза није потребна сагласност оштећеног нити он може уложити приговор против решења којим јавни тужилац одбацује кривичну пријаву.¹³ Изостаје такође условни одустанак од кривичног гоњења који је претходни законик предвиђао. Премда условни одустанак суштински не представља сложени диверзиони модел, јер се кривични поступак покреће, а од њега надаље одустаје, сада је ускраћивањем његове примене надлежност јавног тужиоца у домену реализације усановне условљеног опортунитета ограничена искључиво на предистражну фазу поступка.

Измене и допуне овога Законика су уз извесне корекције на пољу примене условљеног опортунитета, остале и у важећем *Законику о кривичном поступку од 2021. године*.¹⁴ Сама концепција условљеног опортунитета остаје неизмењена, актуелне су исте обавезе, исти услови, изостаје одобрење суда, приговор оштећеног, егзистарају као подручје примене и даље кривична дела за која је предвиђена новчана казна или казна затвора до пет година. Приоритетна су међутим поједина питања која се тичу распоређивања средстава добијених применом условљеног опортунитета. Притом је обухваћен искључиво онај сегмент обавеза које се састоје у уплати новчаног износа на рачун прописан за уплату јавних прихода, који се користи за хуманитарне и друге сврхе. Процедура алокације новчаних средстава уређена је актом министра надлежног за послове правосуђа. Започиње расписивањем јавног конкурса од стране министарства надлежног за послове правосуђа, а исти спроводи комисија коју образује надлежни министар. Коначну одлуку о расподели средстава доноси Влада.

⁹ С. Бејатовић, Г. Илић, Ј. Киурски, Т. Мировић, С. Ненадић. *Приручник за примену начела опортунитета кривичног гоњења*, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2019, 22.

¹⁰ *Zakonik o krivičnom postupku, Službeni list CG*, br. 57/2009, 49/2010, 47/2014-odluka US, 2/2015-odluka US, 35/2015, 58/2015-dr.zakon, 28/2018-odluka US i 116/2020-odluka US.

¹¹ *Zakon o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera, Sl. glasnik RS*, br. 55/2014 i 87/2018.

¹² Г. П. Илић, М. Мајић, С. Бељански, А. Трешњев, Коментар законика о кривичном поступку, Службени гласник, Београд, 2013, 652.

¹³ *Ibid.*, 653.

¹⁴ *Zakonik o krivičnom postupku - ЗКП, Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021-одлука УС и 62/2021-одлука УС.

Надзор над извршењем обавеза овде је дефинисан на прецизнији начин у односу на закон који је претходио. Стављањем у први план алокације прикупљених средстава од примене установе условљеног опортунитета, важећи законик показује намеру да се више пажње треба посветити практичној страни овога института, као и да се додела прикупљених средстава треба вршити на основу прецизно утврђених критеријума, на који се начин контролише каналисање средстава. Строга контрола и надзор над распоређивањем новчаних средстава умањује могућност њихове злоупотребе.

Институт условног одлагања кривичног гоњења у *француском праву*¹⁵ конципиран је тако да представља одређени облик признања кривице пре покретања кривичног поступка, уз налагање обавеза осумњиченом (Art. 41-2). Може се рећи да је ова консесуална кривично-процесна форма задржала обриси првобитних импровизованих облика диверзије. Својеврсна нагодба између јавног тужиоца и осумњиченог постиже се код кривичних дела за која је предвиђена казна затвора до пет година. Без обзира на то што се не постиже током кривичног поступка, суд овде има улогу корективног механизма, тако што нагодбу може одбити, када је јавни тужилац у обавези да покрене кривични поступак. Покретање кривичног поступка наступа и уколико осумњичени не испуни наложене обавезе. За већину обавеза рок за испуњење је шедесет на оптимум шест месеци. Неплаћени рад у корист заједнице може трајати највише шездесет сати током периода који не сме бити дужи од шест месеци. Такође је исти рок предвиђен за накнаду штете жртви кривичног дела.

У *немачком праву*,¹⁶ установа условљеног опортунитета осмишљена је тако да је за њену реализацију потребна сагласност суда. Примењива је у односу на лакша кривична дела, док се дужина рока за испуњење обавеза који јавни тужилац одређује у наредби, прилагођава врсти саме обавезе. За поједине обавезе, попут обављања рада ради отклањања штетних последица кривичног дела, уплате новчаног износа у корист хуманитарне организације, отклањања штетне последице путем поравнања са оштећеним и похађања додатних саобраћајних курсева, закон предвиђа рок од најмање шест месеци, док за испуњавање обавезе издржавања у одређеном новчаном износу јавни тужилац у наредби може одредити рок од најмање годину дана (§ 153a). Посебна је одредба посвећена непокретању кривичног поступка код кривичних дела малог значаја, или како закон наводи, мале тежине. Реч је о ситуацијама када је учиниоцу прећено да ће се открити кривично дело које је починио. Тада јавни тужилац неће покренути кривични поступак према учиниоцу/осумњиченом, ако због тежине дела није неопходна кривична санкција (§ 154c (1)). Уколико пак исти осумњичени, као жртва изнуде и уцене исту пријави, па се на тај начин сазна да је починио кривично дело, тужилац неће покренути кривични поступак када због тежине дела није потребно изрицати кривичну санкцију (§ 154c (2)). У оба се случаја ради о такзваном чистом опортунитету, само је разлика у начину сазнања за учињено кривично дело.

Условљено одлагање кривичног гоњења у *аустријском праву*¹⁷ примењује се онда када јавни тужилац с обзиром на карактер и тежину кривичног дела оцени да кри-

¹⁵ Code de procédure pénale - Dernière modification le 02 janvier 2020 - Document généré le 29 janvier 2020, https://www.legislationline.org/download/id/8539/file/France_CPC_am022020_fr.pdf, 13. 03. 2023.

¹⁶ German Code of Criminal Procedure (Strafprozeßordnung – StPO), Code of Criminal Procedure as published on 7 April 1987 (Federal Law Gazette I, p. 1074, 1319), as last amended by Article 3 of the Act of 11 July 2019 (Federal Law Gazette I, p. 1066), https://www.legislationline.org/download/id/9178/file/GERM_CPC_en.pdf, 15. 03. 2023.

¹⁷ Code of Criminal Procedure of the Republic of Austria (1975, amended 2019) (German version), https://www.legislationline.org/download/id/8549/file/Austria_CPC_1975_am122019_de.pdf, 30. 04. 2023.

вично гоњење није у јавном интересу, те да вођење кривичног поступка и изрицање кривичне санкције не би остварило сврху кажњавања (§ 191). Беспотребна стигматизација осумњиченог који је извршио кривично дело за које је забрањена казна затвора до пет година, а притом за последицу нема лишење живота пасивног субјекта, је у првом плану, али је велика пажња посвећена и правима жртава (*Victim-Offender Mediation (VOM)*).¹⁸ Међу различитим облицима медијације, диверзиону меру у правом смислу представља онај модел који се примењује пре покретања кривичног поступка.¹⁹ За укључивање у процес посредовања потребна је обострана сагласност, осумњиченог и оштећеног. Овакав модел познају и друге земље. Наиме, према истраживању спроведеном у *Холандији* најчешће се примењује у односу на извршиоце вандализма просечне старости од 36 година, а даје успешне резултате на пољу смањења стопе рецидивизма.²⁰ Упоредивањем учинилаца који су приступили медијацији, и на другој страни оних који су процесуирани, дошло се до закључка да је већа склоност ка поновном извршењу кривичног дела присутна у другој групи (45%), док је у првој рецидивизам забележен у 33% случајева.²¹

Концепција условљеног опортунитета је у *словеначком праву*²², предвиђена налик Законику о кривичном поступку Републике Србије од 2009. године. Наиме, за њену реализацију се захтева пристанак оштећеног (чл. 162 ст. 5). Подручје примене могу бити кривична дела за која је предвиђена новчана казна или казна затвора до три године (чл. 162 ст. 1), а изузетно то могу бити и поједина кривична дела за која је забрањена казна затвора до пет година, које словеначки законодавац наводи у посебном ставу (чл. 162 ст. 2).²³ Пристанак оштећеног предвиђен је и у *хрватском праву*.²⁴ Јавни тужилац може применити условно одлагање гоњења код кривичних дела за која је предвиђена казна затвора до пет година, под условом да се испуне поједине таксативно набројане обавезе у периоду који не може бити дужи од годину дана.

2.1. Условљени опортунитет и неки сегменти нове реформе јавног тужилаштва

Новим реформским захватима је поред судске, захваћена и јавнотужилачка организација и уређење. Превелик утицај Народне скупштине на процес избора и разрешења јавних тужилаца, сматра је главним разлогом реформе, а њему се може прикључити и постојање пробног (трогодишњег) мандата јавног тужиоца приликом првог избора. Из контекста устав-

¹⁸ P. J. P. Tak, "Methods of diversion used by the prosecution services in the Netherlands and other western European countries", *Resource material series*, 74/2008, 63–64.

¹⁹ M. S. Groenhuisen, "Victim-Offender Mediation: Legal and Procedural Safeguard: Experiments and Legislation in Some European Jurisdictions", *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, Victim-Offender Mediation in Europe, 2000, 73–74. Медијација пре покретања кривичног поступка; медијација током кривичног поступка и медијација након окончања кривичног поступка.

²⁰ J. J. Dijk, S. Zebel, J. Claessen, H. Nelen, "Victim-Offender Mediation and Reduced Reoffending: Gauging the Self-Selection Bias", *Crime & Delinquency*, 6-7/2020, 958.

²¹ *Ibid.*, 960.

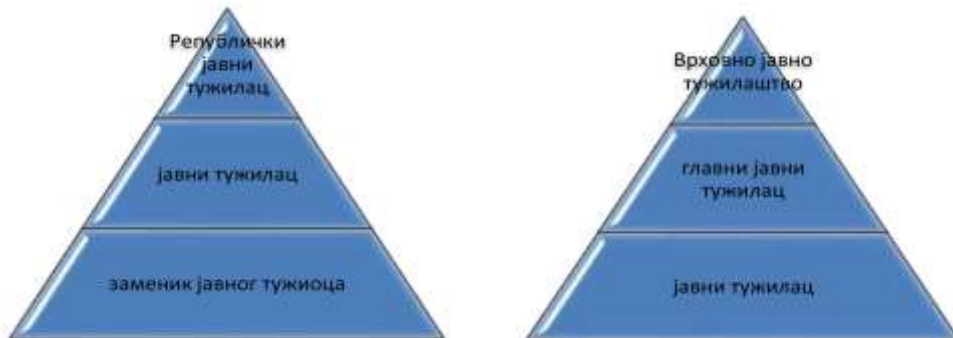
²² Criminal Procedure Code (1994 as of 2020), https://www.legislationline.org/download/id/9233/file/SLOV_CPC.pdf; 01.04.2023.

²³ Првобитна законска концепција је ограничавала примену условљеног одлагања кривичног гоњења на кривична дела за која је забрањена казна затвора до годину дана. Како је сведена на веома мали број кривичних дела, није заживела у пракси Словеније, све до 1998. године када се уведе значајне измене. Више о томе: Z. Fišer, "Državni tužilac kao subjekt skraćениh i pojednostavljenih krivičnih postupaka u Sloveniji", *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima- regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (ur. I. Jovanović, M. Stanisavljević), OEBS Misija u Srbiji, Beograd, 2013, 89–90.

²⁴ T. Bubalović, "Skraćени kazneni postupci u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu", *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima- regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (ur. I. Jovanović, M. Stanisavljević), OEBS Misija u Srbiji, Beograd, 2013, 268.

не реформе правосуђа, у наредном графичким приказима, као два кључна сегмента можемо издвојити измене у хијерархији и извесну деполитизацију јавнотужилачке функције.

Графикон бр. 1. Уставне измене у хијерархији јавног тужилаштва



Горе наведени графикон приказује стање у хијерархији према старом и према новом Уставу. Наместо Републичког, сада је уведена категорија Врховног јавног тужилаштва, јавни тужиоци постају главни јавни тужиоци, а њихови заменици који су их доскора само замењивали, постају јавни тужиоци.²⁵ Хијерархија и даље постоји, али је знатно ублажена. Знатно су проширена овлашћења јавних тужилаца, али то за собом повлачи и већу одговорност.

Графикон бр. 2. Избор чланова Високог савета тужилаштва



Јавне тужице као чланове Високог савета тужилаштва, према новом Уставу, више не бира Народна скупштина.²⁶ Притом је Високи савет тужилаштва једини овлашћен да бира главне јавне тужиоце и јавне тужиоце.

²⁵ Устав Републике Србије – Устав РС, *Службени гласник РС*, бр. 98 од 10. новембра 2006, 115 од 30. новембра 2021 - Амандмани I-XXIX, 16 од 9. фебруара 2022., чл 155 ст. 6.

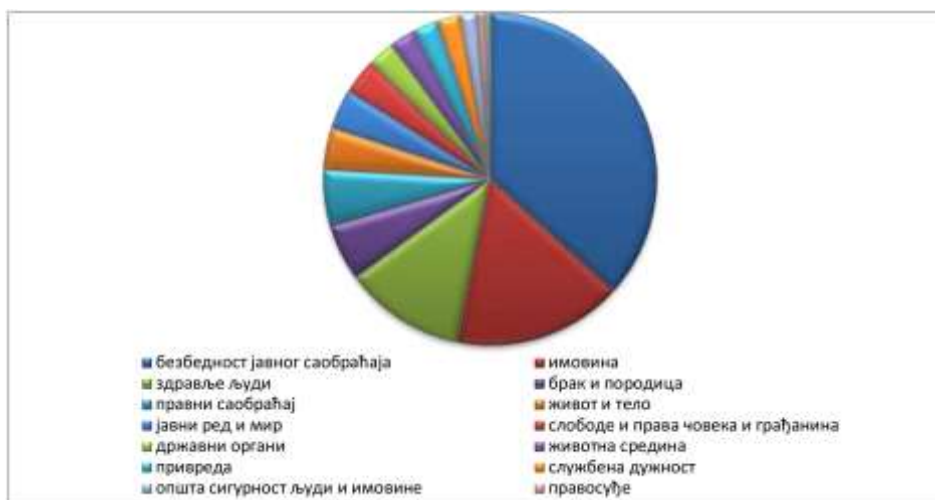
²⁶ Устав РС, чл. 163 ст. 1.

На овакву се реформу, чији су сегменти попут измене у хијерархији, деполитизације јавнотужилачке функције, уздигнути на ниво уставних категорија, дуго чекало, али се може поставити питање њене потпуности и сврсисходности код примене кључних кривичнопроцесних института чији су главни актери јавни тужиоци. Другим речима, поставља се питање да ли оваква, иако непотпуна деполитизација, може утицати на сужавање подручја примене условљеног опортунитета и да ли је она једини узрок проблему, или га пак треба тражити у можда свесном избегавању суштинске реформе? У досадашњој јавнотужилачкој пракси детектован је нимало бенигни проблем, који је, слободно се може рећи, изазвао неповерење не само лаичке, већ и стручне јавности. Прецизније, у фокусу су најпре кривична дела код којих се примењивао овај вид диверзије, а у тесној вези са њиме и чињење дисциплинских прекршаја од стране јавних тужилаца, непоступајући по Општем обавезном упутству Републичког јавног тужиоца.

Не би ли се осврнули на природу проблема, указаћемо најпре на то код којих је кривичних дела јавни тужилац применио предметни институт за период 2015-2021. Реч је наиме о предметима који су услед испуњења наложених обавеза окончани решењем о одбацивању кривичне пријаве, тако да кривични поступак није ни покренут. Анализа је извршена најпре у односу на групе кривичних дела, потом у односу на кривична дела понаособ.

Најчешћа је примена овога института забележена код кривичних дела против безбедности јавног саобраћаја (28369). За њима следе кривична дела која за објекат напада имају имовину (12710), здравље људи (9129), брак и породицу (4248), правни саобраћај (4226), живот и тело (3124), јавни ред и мир (3031), слободе и права човека и грађанина (2610), државне органе (2033), животну средину (1941), привреду (1892), службену дужност (1705), општу сигурност људи и имовине (1294). Ређа примена забележена је код кривичних дела против правосуђа (591), права по основу рада (258), полне слободе (110) и части и угледа (13). Сликовит приказ наведених података најбоље представља наредни, Графикон бр. 3.

Графикон бр. 3. Кривична дела код којих је примењиван условљени опортунитет у периоду 2015-2021



Извор: <https://www.stat.gov.rs/oblasti/pravosudje/punoletni-ucinioci-krivичnih-dela/>, *обрада аytmopa*

У односу на поједина кривична дела, анализа обухвата багателна али и она кривична дела којима се у знатном мери угрожавају основне људске и друштвене вредности. Тако је условљени опортунитет у периоду 2015-2021 примењен у односу на: убиство (5); тешку телесну повреду (772); лаку телесну повреду (1809); насиље у породици (1856); недавање издржавања (2121), крађу (8153); тешку крађу (173); грађење без грађевинске дозволе (644); пореску утају (686); угрожавање јавног саобраћаја (28280); насилничко понашање (1250); неовлашћену производњу и стваљање у промет опојних дрога (499); неовлашћено држање опојних дрога (8492); омогућавање уживања опојних дрога (33).²⁷ Поред багателних кривичних дела, уочава се да се предметни институт примењивао, иако у мањем броју случајева, у односу на она која за последицу имају лишење живота пасивног субјекта. У неким је земљама оваква последица препрека да се уопште осумњиченом понуди као опција условљено одлагање кривичног гоњења (Аустрија).

Како произилази из важеће законске концепције овога института, одлука о условном одлагању кривичног гоњења не подлеже судској контроли. Према принципу хирерахијске устројености требало би да макар буде усаглашена са упутствима Републичког јавног тужиоца, иако она немају законску снагу. Сврха издавања Општих обавезних упутстава јесте уједначено поступање јавних тужилаца и уједначена примена свих оних института код којих су главни актери јавни тужиоци. У односу на примену условљеног опортунитета, упутства су се мењала уназад неколико година. Према последњем издатом упутству од 2019. године,²⁸ мења се Опште обавезно упутство од 2018. године, а стављају ван снаге упутства издата 2010. и 2004. године. Измене се односе на кривична дела неовлашћено држање опојних дрога, које није предмет интересовања овога рада, грађење без грађевинске дозволе и пореску утају.

Премда упутство од 2019. године упозорава јавне тужиоце на немогућност примене условљеног опортунитета код кривичног дела грађење без грађевинске дозволе и кд пореска утаја, услед неиспуњења основних материјалних услова, спроведена анализа за дати период упућује на супротно. Одбачају кривичне пријаве услед испуњења наложених обавеза, јавни су тужиоци ипак прибегавали, у односу на прво кривично дело (2019 - 124, 2020 - 21, 2021 - 14), као и у односу на утају пореза (2019 - 80, 2020 - 11 и 2021 - 9), непоступајући тако у складу са одредбама Кривичног законика Републике Србије²⁹ и

²⁷ Републички завод за статистику РС: Пунолетни учиниови кривичних дела, Пријаве, оптужења и осуде у 2015. години, Билтен бр. 617, Београд, 2016, <https://publikacije.stat.gov.rs/G2016/Pdf/G20165617.pdf>, 06. 03. 2023; Републички завод за статистику РС: Пунолетни учиниови кривичних дела, Пријаве, оптужења и осуде у 2016. години, Билтен бр. 629, Београд, 2017, <https://publikacije.stat.gov.rs/G2017/Pdf/G20175629.pdf>, 06. 03. 2023; Републички завод за статистику РС: Пунолетни учиниови кривичних дела, Пријаве, оптужења и осуде у 2017. години, Билтен бр. 643, Београд, 2018, <https://publikacije.stat.gov.rs/G2018/Pdf/G20185643.pdf>, 06.03.2023; Републички завод за статистику РС: Пунолетни учиниови кривичних дела, Пријаве, оптужења и осуде у 2018. години, Билтен бр. 653, Београд, 2019, <https://publikacije.stat.gov.rs/G2019/Pdf/G20195653.pdf>, 08.03.2023; Републички завод за статистику РС: Пунолетни учиниови кривичних дела, Пријаве, оптужења и осуде у 2019. години, Билтен бр. 665, Београд, 2020, <https://publikacije.stat.gov.rs/G2020/Pdf/G20205665.pdf>, 08.03.2023; Републички завод за статистику РС: Пунолетни учиниови кривичних дела, Пријаве, оптужења и осуде у 2020. години, Билтен бр. 677, Београд, 2021, <https://publikacije.stat.gov.rs/G2021/Pdf/G20215677.pdf>, 10.03.2023; Републички завод за статистику РС: Пунолетни учиниови кривичних дела, Пријаве, оптужења и осуде у 2021. години, Билтен бр. 689, Београд, 2022, <https://publikacije.stat.gov.rs/G2022/Pdf/G20225689.pdf>, 10.03.2023.

²⁸ Републичко јавно тужилаштво, Опште обавезно упутство О. број 2/19, 22.07.2019. године.

²⁹ Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005-испр., 107/2005-испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019, чл. 219а и чл. 225. За сва четири облика кривичног дела

Законика о кривичном поступку³⁰, што је заправо и био главни разлог датог упозорења. У истом је периоду на снази био Закон о јавном тужилаштву који је овакво поступање јавних тужилаца подводио под тежи дисциплински прекршај,³¹ али се и у наредном периоду (2020-2021) наставило са истом праксом. Нови Закон³² питање одговорности јавних тужилаца у оваквим случајевима регулише на исти начин, подводећи их такође под тежи дисциплински прекршај. Улагање приговора против Општег обавезног упутства би можда у неким другим ситуацијама имало смисла, али је код поменутих кривичних дела без икакве сврхе и оправдања. Спроведена анализа код кривичног дела пореска утаја посебно за период од 2019. године упућује на озбиљни поремећај у вршењу јавнотужилачке функције, поремећај ширих размера, који даље захвата и сферу креирања пореске свести и дисциплине. Наиме, колико год били успешни напори креатора пореске политике да свест и дисциплину пореских обвезника креирају у неким разумним границама, оне лагано ишчежавају у негативном амбијенту који стварају јавни тужиоци. Пружајући самовољно могућност несавесним пореским обвезницима да олако избегну кривичну процедуру и адекватно санкционисање, јавни тужиоци креирају потенцијалне учиниоце кривичног дела пореска утаја, изазивајући такозвани ефекат угледања. Чини се да би се новом реформом могло очекивати продубљивање проблема. Доскора поступајући у конкретним предметима били су јавни тужиоци, а сада су то и некадашњи заменици јавних тужиоца. Уз то, дисциплинска одговорност јавних тужилаца и дисциплинске мере, у новом Закону креиране на исти начин, не могу имати превентивни ефекат. На то се надовезујући, ни сама забрана припадности јавних тужилаца политичкој партији, није гарант неспровођења селективне правде од стране истих. Ипак, преостаје да се види какву ће перспективу имати изнета новоуспостављена концепција јавног тужилаштва.

3. ЗАКЉУЧАК

За релативно кратак временски период, условљени опортунитет био је изложен честим изменама. Првобитна законска регулатива упућује најпре на кривична дела за које је забрањена новчана казна или казна затвора до три године, да би се временом тај лимит померио на пет година затворске казне, и као такав егзистира у важећем Законику. Слично је са одобрењем суда, које је првобитно било неопходно, а данас занемарено. Занемарен је такође и приговор оштећеног против одлуке којом се одбацује кривична пријава услед примене условљеног опортунитета, вишем јавном тужиоцу. Сумарни приказ упоредне законске регулативе упућује заправо на то да јавни тужилац временом постаје једини овлашћени процесни субјект на пољу примене условног одлагања кривичног гоњења.

грађење без грађевинске дозволе прописане су кумулативно новчана казна и казна затвора. Поменуте казне кумулативно су забрањене и код три облика кривичног дела пореска утаја.

³⁰ ЗКП, чл. 283. За примену условљеног опортунитета, потребно је да је осумњичени извршио кривично дело за које су прописане алтернативно, новчана казна или казна затвора у трајању до пет година.

³¹ Закон о јавном тужилаштву, *Службени гласник РС*, бр. 116 од 22. децембра 2008, 104 од 16. децембра 2009, 101 од 29. децембра 2010, 78 од 19. октобра 2011 - др. закон, 101 од 30. децембра 2011, 38 од 25. априла 2012 - УС, 121 од 24. децембра 2012, 101 од 20. новембра 2013, 111 од 15. октобра 2014 - УС, 117 од 29. октобра 2014, 106 од 21. децембра 2015, 63 од 15. јула 2016 - УС, чл. 104 ст. 1 тач. 5 и тач. 9; чл. 104 ст. 2. Јавни тужилац чини дисциплински прекршај, између осталог, ако не извршава писмена упутства надређеног јавног тужиоца; крши начело непристрасности и угрожава поверење грађана у јавно тужилаштво. Тежак дисциплински прекршај постоји ако је услед неке од наведених радњи дошло до озбиљног поремећаја у вршењу јавнотужилачке функције, или до тешког нарушавања угледа и поверења јавности у јавно тужилаштво.

³² Закон о јавном тужилаштву, *Службени гласник РС*, бр. 10/2023, чл. 115 ст. 1 тач. 7; чл. 115 ст. 2.

Изостанак корективних механизма као што је одобрење суда на пример, не би требало да доведе до самовоље јавног тужиоца, неједнакости грађана пред законом, већ у складу са принципима ресторативне правде и ефикасности правосуђа треба поступати у границама првобитно наведених препорука. Важећа законска концепција међутим *не упућује на обавезу јавног тужиоца* да преиспита постоји ли могућност примене условљеног опортунитета, макар код заиста лакших кривичних дела. Ова констатација произилази из формулације члана 293, који у ставу 1 предвиђа да јавни тужилац *може* одложити кривично гоњење. Ту се већ назире могућност да условљеним опортунитетом буду обухваћена само поједина кривична дела, или селективно само одређени учиниоци чак и кривичних дела која носе висок степен друштвене опасности.

Нова реформа јавног тужилаштва уздиже на ранг уставних категорија деполитизацију јавнотужилачке функције, као и извесне измене у хијерархији. Питање је међутим, да ли ће она имати утицаја на закониту реализацију предметног института. Оно што је за сада сасвим извесно јесте да решавање детектованих проблема треба тражити у кореним променама, почевши од промене свести јавних тужилаца која би примарно требало да обухвати степен друштвене опасности кривичних дела. Како год да се окарактерише досадашње поступање јавних тужилаца, било као несвесно или свесно непоступање по Општем обавезном упутству, излаз из проблема треба тражити и у изменама постојећег ЗКП. Чини се да би свакако најкоректније било вратити се на решења која нуди ЗКП од 2009. године, из више разлога. Најпре би се сузило подручје примене условљеног опортунитета и свело на кривична дела која заиста припадају пољу багателног криминалитета. Поред тога, законито поступање јавних тужилаца било би загарантовано повратком на судски контролни механизам, при чему се не мора нужно поново успоставити условни одустанак од кривичног гоњења, а уз то би и оштећени поново имали право приговора на решење о одбацивању кривичне пријаве.

ЛИТЕРАТУРА

- Бејатовић С., Илић Г., Киурски Ј., Мировић Т., Ненадић С., *Приручник за примену начела опортунитета кривичног гоњења*, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2019.
- Bubalović T., "Skraćeni kazneni postupci u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu", *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima- regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (ur. I. Jovanović, M. Stanisavljević), OEBS Misija u Srbiji, Beograd, 2013, 262–287.
- Groenhuijsen M. S., "Victim-Offender Mediation: Legal and Procedural Safeguard: Experiments and Legislation in Some European Jurisdictions", *The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice*, Victim-Offender Mediation in Europe, 2000, 69–82.
- Dijk J. J., Zebel, S., Claessen J., Nelen H., "Victim-Offender Mediation and Reduced Reoffending: Gauging the Self-Selection Bias", *Crime & Delinquency*, 6-7/2020, 949–972.
- Илић Г. П., Мајић М., Бељански С., Трешњев А., *Коментар законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2013.
- Кнежевић С., "Консесуалне форме одлучивања у предкривичном и кривичном поступку", *Правни живот*, 9/2011, 873–886.
- Tak P. J. P., "Methods of diversion used by the prosecution services in the Netherlands and other western European countries", *Resource material series*, 74/2008, 53–64.
- Fišer Z., "Državni tužilac kao subjekt skraćenih i pojednostavljenih krivičnih postupaka u Sloveniji", *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima- regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (ur. I. Jovanović, M. Stanisavljević), OEBS Misija u Srbiji, Beograd, 2013, 86–99.

* * *

Mirjana Đukić, PhD*

PUBLIC PROSECUTOR'S FUNCTION IN THE DOMAIN OF CONDITIONAL OPPORTUNITY - A REVIEW OF CERTAIN SEGMENTS OF THE NEW REFORM MEASURES

Summary

Conditional opportunity, as a form of diversification of criminal proceedings, was designed primarily on the international level, in order to achieve more efficient criminal proceedings in the field of petty crime. As such, it was implemented in the normative framework of the Republic of Serbia, and through its evolution, experienced certain changes. Through a normative analysis, the author clarifies the current shortcomings of the system of applying this type of diversion in relation to adult perpetrators of criminal acts, emphasizing the overly broad powers granted to the public prosecutor. The new reform of judicial laws, which also included the Law on Public Prosecution, is based mainly on changes of an organizational and technical nature. In their shadow, only very weak attempts can be seen, which, with more effort, could lead to solving the detected problems. In order to avoid the arbitrariness of public prosecutors in certain cases, which could also be called selective justice, the new reform should also cover essential issues of importance for the implementation of the principle of legality and gaining, that is, the return of public trust in the work of judicial authorities. A critical review of the field of conditional opportunity application, based on the empirical part of the research, points to certain conclusions and proposals de lege ferenda.

Keywords: public prosecutor's prerogatives, conditional opportunity, new Law on Public The Public Prosecutor's Office.

* Assistant Professor, University of Priština, Faculty of Law, mirjana.djukic@pr.ac.rs.

др Владимир Шебек*

РЕФОРМА ПРАВОСУДНИХ ЗАКОНА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ – АНАЛИЗА КОРУПТИВНИХ РИЗИКА

***Апстракт:** На основу спроведеног поступка јавне расправе на нацрте правосудних закона, студија има за предмет анализу објављених докумената са изнетим примедбама, предлозима и сугестијама, како Агенције за сузбијање корупције, тако и других државних органа, представника цивилног друштва, стручне јавности као и других заинтересованих страна. Оваква студија је спроведена са циљем ex-ante анализе нацрта закона која је усмерена на откривање системских слабости и ризика од корупције садржаним у нацртима сета правосудних закона из визуре Методологије за процену ризика од корупције у прописима. Оваква активност других заинтересованих организација и појединаца, поред надлежности Агенције за спречавање корупције, доприноси значају који анализа ризика од корупције у прописима има у борби против корупције, упркос изненађујућој чињеници да процена ризика од корупције у прописима није привукла већу пажњу академске јавности али и организације цивилног друштва. Поред изнетог, циљ овог рада је и представљање и анализа одговора Министарства правде по основу прихватања или не прихватања достављених предлога.*

***Кључне речи:** сет правосудних закона; корупција; ризик од корупције; анализа прописа; Агенција за спречавање корупције.*

1. УВОД У ПРЕДМЕТ ИСТРАЖИВАЊА

С обзиром на доношење уставних амандмана и њихово обавезујуће и вишеструко деловање на јачање уставног поретка и владавине права, а којима су извршене уставне промене у регулисању судске гране власти, посебно њене независности, наметнуло је обавезу државе да се изврши промена и усклађивање норми које чине правосудне законе. Поступак измена обухватио је Закон о уређењу судова, Закон о судијама, Закон о Високом савету судства, Закон о Високом савету тужилаштва и Закон о јавном тужилаштву (у даљем тексту: "сет правосудних закона").

Конституционализација независности правосуђа је стуб сваког система на основу вредности оличених у владавини права. Правосудни систем функционише у условима поделе власти, што је примарна гаранција владавине права. Дакле, у циљу стварања друштвеног амбијента у коме би правосуђе могло деловати самостално, било је потребно размотрити нормативне гаранције независности судства уз правила о политичкој одговорности уставних власти,¹ али и ојачати поверење у правосудни систем.²

* Доцент на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, vsebek@jura.kg.ac.rs.

¹ I. Pejić, "Constitutional referendum and judicial reform in Serbia", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* (ur. I. Pejić), Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 94/2022, 76.

² Важан аспект успеха реформе правосуђа је јавно мњење и поверење у правосудни систем. Ипак, не треба занемарити чињеницу да само трећина грађана уписаних у бирачки списак су заиста учествовали на устав-

Подсећања ради, све ово асоцира на пример још једне у низу реформи правосудног система Републике Србије, који је уназад две деценије претрпео значајне промене које су наилазиле на различите ставове јавности.³ Управо из ових разлога, реформа законодавног процеса у Републици Србији уводи концепт полазних основа за израду закона али предвиђа и уређење начина образовања, функционисања и одговорности радних група за израду прописа, као и детаљно уређење процеса учешћа заинтересованих страна и јавности у законодавном процесу. Полазећи од основа транспарентности и учешћа јавности у поступку реформе сета правосудних закона, на предлог Министарства правде, Одбор за правни систем и државне органе Владе донео је закључке⁴ о спровођењу јавне расправе о Нацрту закона о уређењу судова, Нацрту закона о судијама, Нацрту закона о Високом савету судства, Нацрту закона о јавном тужилаштву и Нацрту закона о Високом савету тужилаштва, у периоду од 12. децембра 2022. до 15. јануара 2023. године.⁵ Поред овог, утврђен је и Програм јавне расправе, који је заједно са прилозима утврђеним Пословником Владе, објављен на веб презентацији Министарства правде, са позивом свим заинтересованим странама да у току трајања јавне расправе доставе своје предлоге, сугестије, иницијативе и коментаре на нацрте закона.

Док научна и стручна литература обилује радовима који се тичу реформе правосуђа, који између осталог имају и за циљ системску борбу против корупције, до данас, анализа ризика од корупције у прописима није изазвала интересовање међународних организација или академских кругова, иако се о овоме говорило још пре неколико векова, те је, примера ради, и даље је актуелна Волтерова (Voltaire) сентенца "Нека сваки закон буде јасан, јединствен и прецизан. Тумачити га, готово увек значи покварити га."⁶ Уколико анализирамо доступну литературу, почетак јавног дискурса о овој теми представљао је Приручник за законодавце из 2003. године,⁷ који је вероватно и прва публикација која се бави питањем спречавања корупције у поступку израде правних аката. У даљем развоју механизма за спречавање корупције можемо издвојити и публикацију издату од стране Уједињених нација са сетом тзв. алата у борби против корупције, која наводи читав низ

ном референдуму. Док формални предуслови обезбеђују законитост уставне ревизије, легитимитет је "арматура" која је уграђена у темељ уставног промена. Иако је већина бирача гласала за уставну промену, у основи јесте свега око 18% свих уписаних бирача, док је око 13% бирача било против.

³ Више о реформи појединих области законодавства видети у: М. Шкулић, "Основни проблеми у примени новог Законика о кривичном поступку Србије и како 'реформисати реформу' српског кривичног процесног права", *Правни живот, тематски број – Право и начело савесности и поштења*, Том I, 9/2014 (ур. С. Перовић), Удружење правника Србије, Београд, 2014, 575–595; М. Škulić, "Dominantne karakteristike osnovnih velikih krivičnopravnih sistema i njihov uticaj na reformu srpskog krivičnog postupka", *Crimen*, 2/2013, 176–234.

⁴ Појединачни закључци о спровођењу јавне расправе се могу пронаћи на интернет сајту Министарства правде: Радне верзије прописа, <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, 13. мај 2023.

⁵ У оквиру јавне расправе, Министарство правде, уз подршку пројекта Европске уније и Савета Европе "Подршка реформи правосуђа у Србији", организовало је округле столове и то: у Нишу 21. децембра 2022. године, у Крагујевцу 23. децембра 2022. године, у Новом Саду 26. децембра 2022. године и у Београду 27. децембра 2022. године. Поред ових округлих столова, у Београду је 10. јануара 2023. године организован округли сто са представницима цивилног друштва. Извештаји са ових активности нису јавно доступни те у овом раду нису анализирани.

⁶ "Que toute loi soit claire, uniforme et précise: l'interpréter, c'est presque toujours la corrompre." (Dictionnaire philosophique, 1764, citations de Voltaire)

⁷ А. Seidman, R. Seidman, N. Abeysekere, *Assessing Legislation – A Manual for Legislators*, Chapter 9, 2003, 155–168, <https://www.iknowpolitics.org/sites/default/files/assessing20legislation20-2001.200320-20en20-20pi.pdf>, 14. мај. 2023.

превентивних механизма за генерални оквир у борби против корупције.⁸ Интересовање о овој теми посебно долази до изражаја утолико што је законодавство, по речима Нола (Noll, G. R.)⁹ природна мета за интересне групе које би желеле да у припреми правних аката уграде и своја интересовања.

Процена корупције се не односи директно на могућу корупцију законодавног процеса доношења прописа, као што је, на пример, подмићивање законодавца или незаконите праксе лобирања. Она је усмерена на тзв. регулаторне ризике од корупције који представљају постојеће или недостајуће карактеристике у конкретном пропису и које могу допринети корупцији без обзира на то да ли је ризик био намеран или не.¹⁰

Управо из наведених разлога предмет овог рада добија на значају упркос изненађујућој чињеници да процена ризика од корупције у прописима није привукла већу пажњу академске јавности, али и организација цивилног друштва.

Постоји, мада се ради о ретким праксама, да се нацрти закона објављују јавно, те претходно описана могућност анализе ризика од корупције омогућава организацијама цивилног друштва и осталој заинтересованој јавности да се укључе и да врше паралелни процес процене ризика од корупције у прописима. На тај начин се широј јавности пружа више информација о нацртима закона, што заузврат може промовисати снажнију дискусију о овим законима и смањити могућност законодаваца да заслепи бираче са "изненађујућим" правним актима. Повећана контрола од стране јавности такође повећава вероватноћу да креатори нацрта и законодавци искрено узму у обзир препоруке институције за проверу.¹¹

2. КРАТАК ПРИКАЗ ПРОЦЕНЕ РИЗИКА ОД КОРУПЦИЈЕ

Антикорупцијска процена законодавства или једноставније "провера корупције" је преглед форме и суштине нацрта или донетих законских аката, како би се открио и минимизирао ризик од будуће корупције коју би правила садржана у тим нормама могла олакшати.¹² Иако постоји одређена разлика између пракси различитих држава, условљених специфичностима правних система, ипак генерално, систем заштите од корупције захтева да нацрти прописа или постојећи правни акти, буду подвргнути процесу ревизије од стране одређене институције (или институција), које имају задатак да идентификују слабости и недостатке оних прописа који могу створити ризике од будуће корупције. Примери коруптивних фактора које су идентификовали системи за спречавање корупције укључују: нејасне дефиниције права и дужности јавних службеника; широка дискрецио-

⁸ United Nations office on drugs and crime – UNODC, *The global programme against corruption – UN anti corruption toolkit*, third edition, Vienna, 2004, 592, https://www.unodc.org/documents/treaties/toolkit/corruption_un_anti_corruption_toolkit_sep04.pdf, 14. мај 2023.

⁹ G. R. Noll, M. B. Owen "The political economy of deregulation: Interest groups in the regulatory process", *American Enterprise Institute for Public Policy Research*, 1983, 161.

¹⁰ В. Шебек, "Процена ризика за настанак корупције у прописима као критеријум усклађености са прописима ЕУ", *Усклађивања правног система Србије са стандардима Европске Уније* (ур. С. Соковић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2022, 381.

¹¹ S. Wijesinha, "Corruption Proofing Statutes and Regulations: The Next Big Thing in Anticorruption Strategy?", *GAB – The Global Anticorruption Blog* (Unpublished paper), 2018, <https://globalanticorruptionblog.com/2018/08/03/corruption-proofing-statutes-andregulations-the-next-big-thing-in-anticorruption-strategy/>, 14. мај 2023.

¹² T. Hoppe "Anti-Corruption Assessment of Laws ("Corruption Proofing") – Comparative Study and Methodology", *Regional Cooperation Council – RCC*, 2014, 12.

на овлашћења; преширока слобода доношења подзаконских аката и других прописа; језичка нејасноћа; неадекватне санкције; недостатак (или конфликт, односно међусобна неусклађеност) регулаторних и административних процедура, али исто тако и несразмерна оптерећења грађана у намери да остваре своја права.¹³

Недостаци у пропису могу да узрокују да коруптивно дело бива легализовано у случају да спровођење одредбе доведе до тога да таква врста понашања постаје дозвољена, искључујући могућност да учинилац за њега одговара, односно да се покрене истрага. Насупрот томе, коруптивно дело сматраће се легализованим неком одредбом у случају када би се у одсуству те одредбе то понашање сматрало кажњивим делом и ако би подразумевало одговарајућу врсту одговорности, као и покретање истраге. Такође, извршење коруптивног дела се омогућава у случају када би спровођење одредбе довело до ситуација у којима лако настају услови за извршење коруптивних дела. Овакве одредбе стварају код онога ко треба по њима да поступа идеју, да у таквим условима давање или примање мита, посредовање у давању или примању мита или чињење других коруптивних радњи постаје веома лако. Иако се конкретним одредбама коруптивна дела не чине дозвољеним, не искључује се одговорност за њихово чињење и не онемогућава се покретање истраге, те се овим одредбама коруптивна кривична дела олакшавају. Те одредбе су једноставно речено "позив" на чињење коруптивних дела.

На крају крајева, постоје само две категорије коруптивних ризика у прописима, односно "двосмисленост" и "недостатак механизма превенције". Двосмисленост може бити резултат нејасног језика или недоследне правне технике писања. У оба случаја недостатак јасности било ком кориснику прописа даје прилику да тумачење окрене у своју коруптивну корист. Закон може да буде веома јасан и без двосмислености а да при том и даље испољава недостатак механизма превенције. То кориснику закона омогућава да се упусти у корупцију уз умањен ризик од тога да ће за њу бити одговоран.

2.1 Методологија процене ризика од корупције у Републици Србији

Агенција за спречавање корупције (у даљем тексту: Агенција) на основу члана 6. тачка 12. Закона о спречавању корупције,¹⁴ даје мишљења о процени ризика од корупције у нацртима закона из области посебно ризичних за настанак корупције¹⁵ и мишљења о нацртима закона који уређују питања обухваћена потврђеним међународним уговорима у области спречавања и борбе против корупције, а на основу прописаног методолошког поступка. Методологија за процену ризика од корупције у прописима (у даљем тексту: "Методологија")¹⁶ развијена је како би се обезбедило спровођење надлежности Агенције у области процене ризика од корупције у прописима, односно изради мишљења о проце-

¹³ *Ibid.*, 13.

¹⁴ Закон о спречавању корупције, *Службени гласник РС*, бр. 35/19, 88/19, 11/21 – аутентично тумачење, 94/21 и 14/22.

¹⁵ Појам "посебно ризичних области" тумачиће се, према чл. 2 Закона о спречавању корупције као подручје идентификовано као такво у стратешком документу везаном за борбу против корупције. Видети: Ревидирани Акциони план за поглавље 23, усвојен на седници Владе 10. јула 2020. године. Доступно на: <https://mpravde.gov.rs/files/Revidirani%20AP23%202207.pdf>; 14. мај. 2023.

¹⁶ Агенција за спречавање корупције – АСК, *Методологија за процену ризика од корупције у прописима*, Београд, 2021. Више о надлежностима Агенције у оквиру процене ризика од корупције у прописима видети на сајту: www.acas.rs.

ни ризика од корупције, али такође и како би се усвојила правила усмерена ка елиминисању ризика од корупције у прописима.

Методологија за процену ризика од корупције у прописима првенствено има за циљ затварање улазних тачака за корупцију које су садржане у нацртима или донетим законима. Стога, главни потенцијал овакве методологије је да спречи будућу корупцију олакшану лошим законодавством. У оквиру оваквог рада постоје бројне користи.¹⁷ Наиме, једном пружен доказ о корупцији ће натерати ауторе прописа да размишљају унапред које ризике од корупције може открити оваква методологија процене ризика од корупције у конкретном пропису и како ове ризике могу избећи од самог почетка процеса израде. Такође, овакав приступ има потенцијал да побољша квалитет законодавства при самој изради нацрта. Практично искуство из развијених земаља показује да прилично "ригидна" правила добре израде закона могу заживети када јавни службеници схвате да чак и мала граматичка грешка у пропису може олакшати коруптивно дело. Поред наведеног, методологија која успоставља анализу ризика од корупције у прописима додатно обогаћује јавну дебату око нацрта прописа. У том погледу, не само да је успех пронаћи коруптивне ризике у нацртима прописа, већ и сам процес дебате пружа додатну вредност. Јавна доступност добре методологије за процену ризика од корупције свакако олакшава такве процесе.

Сам методолошки поступак процене ризика од корупције у прописима обухвата *две фазе*: припрему израде мишљења о процени ризика од корупције у прописима (који подразумева следеће узастопне активности: разматрање нормативног оквира у вези са прописом; разматрање образложења прописа; разматрање прописа који се процењује; утврђивање фактора ризика од корупције; утврђивање ризика од корупције; утврђивање информација у вези са лобирањем приватних интереса; разматрање других релевантних информација; процену штете која би могла да буде изазвана прописом) и припрему мишљења о процени ризика од корупције у прописима (садржи следеће делове: процену ризика од корупције у вези са законодавним процесом; детаљну анализу ризика од корупције и фактора ризика у одредбама и закључке).¹⁸

Решавање и уопште бављење проблемом корупције у правосуђу од пресудног је значаја за успостављање поверења јавности у институције и стварање атмосфере у којој ће у потпуности бити примењено начело владавине права. Борба против корупције у државним институцијама представља камен темељац успостављања поверења грађана у демократске процесе. Све државне институције изложене су ризику да буду схваћене као нетранспарентне и подложне корупцији. Зато није тешко закључити како су правосудне структуре на самом врху тог списка, ако се има у виду природа њиховог рада и изазови којима су изложени. Искуство многих демократских друштава указује на то да за делотворну борбу против корупције, јачање капацитета правосудних институција има кључни значај.

3. МЕТОДОЛОГИЈА ИСТРАЖИВАЊА

На основу спроведене јавне расправе о нацртима сета правосудних закона, студија има за предмет анализу изнетих примедби, предлога и сугестија, објављених у доку-

¹⁷ Наведене користи су описане у: Regional Anti-Corruption Initiative – RACI, *Методологија за процену ризика од корупције и прописима у Босни и Херцеговини*, Сарајево, 2017, 23–24.

¹⁸ Агенција за спречавање корупције – АСК, *Методологија за процену ризика од корупције у прописима*, Београд, 2021, 13.

ментима, како Агенције за сузбијање корупције, тако и других државних органа, представника цивилног друштва, стручне јавности као и других заинтересованих страна, са циљем *ex-ante* анализе наведеног садржаја усмерене на откривање системских слабости и ризика од корупције садржаним у нацртима сета правосудних закона.

Анализа на коју се ослања овај рад темељи се на комбинацији канцеларијског истраживања, те квантитативне и квалитативне анализе објављених примедби, предлога и сугестија. Опсег истраживања у себи обухвата више повезаних активности са различитим циљевима: *сврха прве*, пре свега информативне активности, била је прикупљање података о јавно доступним документима Агенције, као и других државних органа, представника цивилног друштва, стручне јавности као и других заинтересованих страна са изнетим примедбама, предлозима и сугестијама, који су се укључили у активности сходно формалном закључку Одбора за правни систем и државне органе Владе о спровођењу јавне расправе о Нацрту закона о уређењу судова, Нацрту закона о судијама, Нацрту закона о Високом савету судства, Нацрту закона о јавном тужилаштву и Нацрту закона о Високом савету тужилаштва, у периоду од 12. децембра 2022. до 15. јануара 2023. године. *Сврха друге* активности јесте систематизовање прикупљене грађе, прво по основу нацрта појединачних закона у сету правосудних закона, а друго, квантитативно одвајање прикупљене грађе и припрема за *трећу*, уједно о последњу – фазу анализе садржаја примедби, предлога и сугестија са циљем идентификовања фактора ризика од корупције и њихово систематизовање по категоријама ризика, имајући у виду стандарде предвиђене Методологијом. Ово, у коначном делу, омогућило је повратне информације представљене у резултатима истраживања.

Вредност овако спроведене методологије лежи у комбинацији стандарда методологије процене ризика од корупције у прописима и ставовима свих заинтересованих страна у поступку јавне расправе о нацртима сета правосудних закона. Оваква активност других заинтересованих организација и појединаца, поред надлежности Агенције, доприноси значају које анализа ризика од корупције у прописима има у борби против корупције, упркос изненађујућој чињеници да процена ризика од корупције у прописима није привукла већу пажњу академске јавности, али и организација цивилног друштва.

Истраживачки инструмент коришћен у овом истраживању јесте широк распон докумената креиран у јавној расправи нацрта сета правосудних закона како од стране Агенције, тако и тако и других државних органа, представника цивилног друштва, стручне јавности као и других заинтересованих страна, објављених на веб сајту Министарства правде, који садрже анализу нацрта сета правосудних закона, као и одговор надлежних о достављеним анализама. Након обраде и сажимања добијених података методом дескриптивне статистике, извршена је квантитативна и квалитативна анализа добијених података.

Полазећи од расположивих података и од чињенице да је анализа коруптивних ризика у прописима нови модалитет у борби против корупције, постављено је неколико истраживачких питања: 1. Које су квантитативне карактеристике примедби, предлога и сугестија, објављених у документима у апсолутом броју сета правосудних закона? 2. Које су квантитативне карактеристике примедби, предлога и сугестија, које се тичу конкретизованих фактора ризика од корупције у сету правосудних закона? 3. Које су квалитативне карактеристике примедби, предлога и сугестија, објављених у документима (сходно категорији фактора ризика од корупције)? 4. Који је одговор Министарства правде по кон-

кретним примедбама, предлозима и сугестијама, које се тичу наведених фактора ризика, то јест, да ли су прихватили или не?

4. РЕЗУЛТАТИ ИСТРАЖИВАЊА

Полазна тачка истраживања били су документи достављени Министарству правде са примедбама, предлозима и сугестијама на сет правосудних закона. Испитивали смо укупан број достављених и објављених прилога.

Истраживањем је утврђено да је Агенција на свом сајту објавила један документ са мишљењем о сету правосудних закона,¹⁹ са укупно 14 примедба и предлога (искључиво везаних за факторе ризика од корупције), те да су други државни органи, представници цивилног друштва, стручне јавности као и остале заинтересоване стране, доставили укупно 61 документ са укупно 354 примедбе и предлога. Уколико посматрамо примедбе, коментаре и предлоге који се тичу фактора ризика од корупције, издвојено је укупно 48 коментара на целокупан сет правосудних закона.

У Табели бр. 1., представљени су квантитативни показатељи истраживања полазне основе докумената:

Табела бр. 1: Квантитативни показатељи примедби, предлога и сугестија на сет правосудних закона

Сет правосудних закона	Агенција за спречавање корупције	Други државни органи, представници цивилног друштва, стручне јавности као и остале заинтересоване стране	
		Укупно предлога...	Идентификовани фактори ризика од корупције
Нацрт закона о јавном тужилаштву	5	83	22
Нацрт закона о судијама	3	101	14
Нацрт закона о Високом савету тужилаштва	3	39	2
Нацрт закона о Високом савету судства	3	77	8
Нацрт закона о уређењу судова	0	54	2
УКУПНО:	14	354	48

¹⁹ Агенција за спречавање корупције, *Мишљење о процени ризика од корупције у Нацрту закона о јавном тужилаштву, Нацрту закона о судијама, Нацрту закона о уређењу судова, Нацрту закона о Високом савету тужилаштва и Нацрту закона о Високом савету судства*, Београд, број: 014-011-00-0011/23-09 од 17.01.2023. године. Доступан на: https://www.acas.rs/storage/opinion_files/Mi%C5%A1ljenje%20o%20setu%20pravosudnih%20zakona%2017%2001%202023.pdf, 14. мај 2023.

Критеријум анализе фактора ризика у сету правосудних закона се користио како би се утврдио квантитативни учинак фактора ризика у апослутном броју и његово поређење са примедбама и предлозима Агенције, као надлежног органа за ове активности. Резултати показују да су други државни органи, представници цивилног друштва, стручне јавности као и остале заинтересоване стране доставили троструко више примедби са идентификованим факторима ризика од корупције у односу на Агенцију. Посматрано по нацртима појединачних закона, највећи број достављених коменара, више од половине, се односио на Нацрт закона о јавном тужилаштву и Нацрт закона о судијама (52%), те не изненађује и податак да је управо и највећи број идентификованих фактора ризика од корупције управо у нацртима ових закона (чак 75%).

Како је у структури истраживања наведено, извршено је и квалитативно испитивање коментара и резултата по достављеним коментарима од стране надлежне службе Министарства правде. Од укупног броја достављених коментара на сет правосудних закона, Министарство правде је прихватило 19, а делимично прихватило исто тако 19 коментара, што представља укупно 10,7% свих коментара. Посебно је интересно, са становишта предмета истраживања, резултат на достављене коментаре који се тичу уочених фактора ризика од корупције. Укупно, прихваћено је 5, а делимично прихваћено 2 коментара, што представља 14,6% свих достављених коментара који се односе на уочене факторе ризика од корупције. Прихваћене упућених примедби са факторима ризика од корупције су наведени од других државних органа, представника цивилног друштва, стручне јавности као и осталих заинтересованих страна, док ни једна примедба Агенције није прихваћена.

Посматрано појединачно по нацртима закона, највећи број прихваћених примедби (на основу којих су промењене одредбе сета правосудних закона) се односе на Нацрт закона о јавном тужилаштву (5), а следе прихваћене примедбе на Нацрт закона о судијама (2) и Нацрт закона о уређењу судова (1).

Како би истражили квалитативну компоненту достављених коментара на уочене факторе ризика од корупције, анализирали смо категорије фактора ризика као што је предвиђено Методологијом.²⁰ Од укупно констатованих 75 категорисаних коментара, више од две трећине (69,3%) се односи на прву категорију, тј. правну формулацију и кохерентност (са претежним подкатегијама: употреба недефинисаних појмова; нејасне, непрецизне и двосмислене формулације као и правне празнине), док се петина односи на трећу категорију (претежно са подкатегијама: неодређен, нејасан или дискрециони основ за одлучивање ; дискриминаторне одредбе).

5. ДИСКУСИЈА

Пре текста о неким од важнијих коментара на нацрте сета правосудних закона у вези са констатованим коруптивним факторима, неопходно је истаћи да је корупција феномен о којем се код нас необично много расправља у научним чланцима, књигама, зборницима радова. Чини се чак понекад и превише, односно можда се ипак корупцији придаје претерано велики значај. Такође се може рећи да готово паралелно са бројем раз-

²⁰ Категоризовано је пет фактора ризика: 1. Правна формулација и кохерентност; 2. Транспарентност и приступ информацијама; 3. Надлежност, процедуре, права, обавезе и интереси; 4. Механизми надзора и 5. Одговорност и санкционисање. Списак наведених категорија са детаљно наведеним поткатегијама и појашњењима се може пронаћи у Анексу бр. 3 Методологије за процену ризика од корупције у прописима.

личитих текстова – чланака и књига о корупцији, расте и број различитих теорија које покушавају да објасне узроке корупције, док је недовољан број оних који би се у основи бавили чињеницом да је понекад лош темељ прописа узрочник настанка корупције.

Корупција је и даље, упркос бројним напорима за њено сузбијање, озбиљан проблем у Републици Србији и представља претњу по дугорочну стабилност али и просперитет земље. Индекс перцепције корупције (CPI) са рејтинг листом већине светских земаља, који на годишњем нивоу објављује *Transparency International* (TI) показује дугогодишњу стагнацију Р. Србије која за последњу годину заузима 101. место од 180 земаља који су обухваћени овом анализом са скором од 36 (од могућих 100).²¹ Уколико анализирамо само овај податак, можемо да закључимо да се Србија налази у доњој половини светске листе са просечном оценом испод глобалног просека те да бележи и пад на листи (пад од пет места у односу на претходну 2021. годину), те да је системско решење један од приоритета у борби против корупције, а свакако сет правосудних закона чини основу за то.

Спроведено истраживање несумњиво доказује вредност јавне расправе и улоге научне и стручне јавности, као и организација и појединаца у анализи нацрта закона и предлозима унапређења. Сама чињеница да се друге организације и појединци у свакодневној пракси не сусрећу са анализом ризика од корупције, не подразумева *prima facie* да нису компетентни у поступку уочавања ризика од корупције у прописима, што се могло закључити, како из квантитативне, тако и квалитативне анализе коментара у вези са факторима ризика од корупције ка сету правосудних закона. Међутим, изненађујућа је чињеница да је практични домаћај овакве *ex-ante* анализе спроведене од стране Агенције остао готово мртво слово на папиру, с обзиром да ни једна од четрнаест примедби са предлозима за измену закона није усвојен. Сенку на мишљење Агенције додатно баца и количина примедби пристиглих од неформалних субјеката који су учили додатне факторе ризика од настанка корупције, иако сам назив у мишљењу Агенције стоји да се ради о "деталјној анализи" прописа... у вези са нацртима сета правосудних закона.

Изненађујућа је чињеница да нацрти сета правосудних закона у тексту обилују **нејасним, непрецизним и двосмисленим формулацијама** (формулација одредбе члана 24 Нацрта закона о Високом савету судства критикована је због постојања фактора ризика од корупције у овој категорији. Имајући у виду значај транспарентности рада Савета, у контексту синтагме независности и одговорности правосуђа, аутори примедбе су сматрали да је неопходно допунити одредбу овог члана и изричито навести да ће годишњи извештај о поштовању Етичког кодекса бити саставни део годишњег извештаја о раду Савета. Примедба прихваћена од стране Министарства правде); **недефинисаним појмовима** (члан 30 Закона о судијама нормира ново правно средство које судије могу да користе за заштиту своје независности и непристрасности у поступању. На основу њега, судија може поднети захтев за заштиту од непромереног утицаја Високом савету судства Због тога што овај израз, који нема уобичајено, широко распрострањено и јединствено значење, нигде није појашњен у закону, предложено решење може да представља фактор ризика од корупције који Методологија препознаје као употребу недефинисаних појмова); **правним празнинама** (чланом 18 Нацрта закона о јавном тужилаштву прописана је обавеза главног јавног тужиоца који је издао обавезно упутство да изјављени приговор достави коми-

²¹ Transparency International – TI, *Corruption Perceptions Indeks CPI 2021*, Berlin, Germany, 2023. Доступно на: https://images.transparencycdn.org/images/Report_CPI2022_English.pdf, 14. мај 2023.

сији Високог савета тужилаштва после истека прописаног рока. Међутим, нејасно је да ли уопште постоји механизам који гарантује њено испуњење, с обзиром да у Нацрту закона о јавном тужилаштву нема одредби које би санкционисале пропуштање главног јавног тужиоца да то учини или његово неблаговремено испуњавање законом прописане обавезе. Упућени приговор је прихваћен од стране Министарства правде); али и **неодређеним, нејасним или дискреционим основом за одлучивање** (члан 7 Нацрта закона о судијама такође припада оној групи чланова који нису довољно прецизни и чини одредбу подложну тумачењима. Први разлог томе је чињеница да одредба користи појам "може" који се уобичајено тумачи на негативан начин као "не мора").

На крају, нејасно је да Министарство правде на свом сајту није објавило, те самим тим ни одговорило на, коментаре са примедбама на постојање ризика за настанак корупције сачињеним од стране Агенције.

6. ЗАКЉУЧАК

Неспорно је да је усвајањем сета правосудних закона направљен важан корак ка независности правосуђа и владавине права, али је поред тога уочен тренд пада анализе системских слабости у нацртима прописа од стране институција и појединаца који су доставили своје коментаре на нацрте сета правосудних закона. Ово посебно долази до изражаја уколико посматрамо конкретну активност стручних лица Агенције, који су најстручнији и овлашћени да уочавају факторе ризика од корупције.

Прелиминарни докази о значају анализе и уочавања ризика од корупције, у сету нацрта правосудних закона, сугеришу разлоге за оптимизам, али у оном делу где интересовање и примедбе долазе од екстерних институција и појединаца, који су доставили образложене примедбе, коментаре и предлоге уочених фактора ризика од настанка корупције. Ово заправо потврђује да је јачање јавне расправе и укључивање свих заинтересованих субјеката у законодавни процес од пресудног значаја за успостављање поверења јавности у институције и стварање атмосфере у којој ће у потпуности бити примењено начело владавине права.

Стога, помало је изненађујуће да оваква методологија у борби против корупције није привукла већу пажњу академске, стручне али и шире јавности, али и међународних организација цивилног друштва. Овај рад је, у овом делу и делимично намењен да привуче конкретнију пажњу на процену ризика корупције у прописима. На крају крајева, превенција коруптивних дела је боља од закаснеле реакције на већ извршена.

ЛИТЕРАТУРА

- Агенција за спречавање корупције – АСК, *Методологија за процену ризика од корупције у прописима*, Београд, 2021.
- Агенција за спречавање корупције, *Мишљење о процени ризика од корупције у Нацрту закона о јавном тужилаштву, Нацрту закона о судијама, Нацрту закона о уређењу судова, Нацрту закона о Високом савету тужилаштва и Нацрту закона о Високом савету судства*, Београд, 2023.
- Noll G. R., Owen M. B. "The political economy of deregulation: Interest groups in the regulatory process", *American Enterprise Institute for Public Policy Research*, 1983.
- Pejić I. "Constitutional referendum and judicial reform in Serbia", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* (ur. I. Pejić), Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2022.

- Regional Anti-Corruption Initiative – RACI, *Metodologija za procjenu rizika od korupcije u propisima u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2017.
- Seidman A, Seidman R, Abeysekere N., *Assessing Legislation – "A Manual for Legislators"*, 2003.
- T. Hoppe" "Anti-Corruption Assessment of Laws ("Corruption Proofing") – Comparative Study and Methodology", *Regional Cooperation Council – RCC*, 2014.
- United Nations office on drugs and crime – UNODC, *The global programme against corruption – UN anti corruption toolkit*, third edition, Vienna, 2004.
- Wijesinha S, "Corruption Proofing Statutes and Regulations: The Next Big Thing in Anticorruption Strategy?", *GAB – The Global Anticorruption Blog* (Unpublished paper), 2018.
- Шебек В., "Процена ризика за настанак корупције у прописима као критеријум усклађености са прописима ЕУ", *Усклађивања правног система Србије са стандардима Европске Уније* (ур. С. Соковић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2022.
- Шкулић М. "Основни проблеми у примени новог Законика о кривичном поступку Србије и како 'реформисати реформу' српског кривичног процесног права", *Правни живот, тематски број: Право и начело савесности и поштења*, Том I, 9/2014 (ур. С. Перовић), Удружење правника Србије, Београд, 2014.
- Škulić M. "Dominantne karakteristike osnovnih velikih krivičnopravnih sistema i njihov uticaj na reformu srpskog krivičnog postupka", *Crimen*, 2/2013.

* * *

Vladimir Šebek, Ph.D.*

REFORM OF JUDICIAL LAWS OF THE REPUBLIC OF SERBIA – ANALYSIS OF CORRUPTION RISKS

Summary

On the basis of the public hearing procedure on the draft judicial laws, the subject of the investigation is the analysis of published documents with objections, proposals and suggestions, both of the Agency for the Suppression of Corruption, and of other state bodies, representatives of civil society, the professional public, and other interested parties. Such a study was carried out with the aim of ex-ante analysis of draft laws, which is aimed at detecting systemic weaknesses and risks of corruption contained in the drafts of a set of judicial laws from the perspective of the targeted Methodology for assessing the risk of corruption in regulations. This activity of other interested organizations and individuals, in addition to the competence of the Agency for the Prevention of Corruption, contributes to the importance that the analysis of the risk of corruption in regulations has in the fight against corruption, despite the surprising fact that the assessment of the risk of corruption in regulations has not attracted more attention from the academic public and civil society organizations. In addition to the above, the aim of this work is also to represent the attitude of the Ministry of Justice on the basis of acceptance or non-acceptance of submitted proposals.

Keywords: corruption, risks of corruption, corruption probe, Agency for Prevention of Corruption.

* Assistant professor, University of Kragujevac Faculty of Law, vsebek@jura.kg.ac.rs.

Бојана Кнежевић*

ШТА ДОНОСИ СУДИЈАМА ПОРОТНИЦИМА РЕФОРМА ПРАВОСУЂА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ?

Апстракт: У овом раду бавићемо се судијама поротницама, настанком пороте у Енглеској, затим увођењем поротног система у француско и њемачко правосуђе, као типичних представника европскоконтиненталног система, те званичним увођењем поротног система у правосуђе Књажевине Србије, развојем овог института и промјенама које је претрпио у посљедњих 150 година. Након тога ћемо пажњу усмјерити на важећи Закон о кривичном поступку Републике Србије и измјене које је донио, а које утичу на институт поротног суђења, као и процес који Србија пролази на путу придруживања Европској унији и промјенама које уноси у свој правосудни систем ради испуњавања услова за придруживање Европској унији, али и из разлога да у времену највећег развоја транснационалног криминалитета буде достојан партнер и пратилац осталим државама. Кад сагледамо све те аспекте домаћег правосуђа, моћи ћемо одговорити на питање колико су измјене Устава Републике Србије и доношење нових закона у оквиру правосуђа утицали на позицију судија поротника и да ли ће то помоћи да се спријечи да овај институт буде истиснут из правосудног система Србије у неким наредним годинама.

Кључне ријечи: поротни систем, судије професионалци, судије поротници, кривични поступак, Венецијанска комисија.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Термин *порота* односи се на грађане који учествују у судском поступку као судије и својим учешћем представљају друштво. Сам институт пороте има дугу историју. Учешће грађана у судским поступцима везује се за народне судове као први начин да се чује мишљење народа у судским поступцима и првобитно су везани за грађанске, а тек касније за кривичне поступке. Народни судови су нестали са појавом државе и стварањем класног друштва, након чега су процес водили судије по позиву уз учешће грађана, непосредно – током суђења, и посредно – учешћем у избору судија по позиву и контролом њиховог рада. Прве судије су били свештеници (стари Египат), затим угледни људи, који су морали добро познавати обичајно право, затим учени људи и на крају образовани правници.

Временом ће учешће грађана у вршењу судске функције бити у потпуности истиснуто из правосудног система, но ситуација се на подручју европског континента знатно мијења у XIX вијеку. Увођење идеје да грађани учествују у суђењу сматра се најбољим видом борбе против апсолутизма и истовремено представља заштиту слободе и права

* Стручни сарадник за јавне набавке, мастер правник, ужа научна област кривично право, bojana.msurs@gmail.com.

грађана, јер се вјерује како је то најбољи начин да се одржи осјећај правичности, којем тежи друштво у цјелини.

Поротно суђење се дијели на *право* и *неправо*, при чему право поротно суђење подразумева образовање посебног судског вијећа, које чине судије лаици, а назива се *порота*, док је назив за неправу облик поротног суђења *мјешовити суд*.

2. УВОЂЕЊЕ ПОРОТНОГ СИСТЕМА У ДЕВЕТНАЕСТОМ ВИЈЕКУ

Битно је примјетити да се поротни судови кроз историју појављују након револуција, а са циљем да се ограничи власт монарха, па су тако поротни судови у законодавство Француске унесени након Француске револуције, да би након револуције 1848. године били уведени у Њемачкој у форми мјешовитих судова Шефенгерихта (*Schöffengericht*).

Међутим, треба рећи да је много раније уведен поротни систем у Енглеској, почетком XIII вијека, а о самом настанку постоје двије теорије: једна према којој се порота развила из Енглеског народног суда, а према другој поријекло пороте треба тражити у старом франачком, односно норманском праву, у којем се прво развила *доказна порота* у грађанским стварима, а која је касније добила надлежност да се бави и кривичним стварима. Поред доказне пороте, постоје још и *оптужна порота* и *пресудна порота*, какву данас познајемо.

Поротни суд је састављен од судија поротника, који се баве рјешавањем чињеничних питања уз помоћ који утврђују и одлучују о питању кривице, док се суд бави правним питањем изрицања кривичне санкције. За разлику од поротног суда, који је тековина настала у XIII вијеку у Енглеској и који и данас постоји у изворном облику у земљама англосаксонског права, имамо и *присједнички суд*, чија се појава веже за Њемачку у деветнаестом вијеку.

Овај систем суђења назива се и *скабински систем*, а назив је добио по *скабинима*, судијама који се везују за рано германско право. У овом суду постоји једно вијеће, састављено од судија професионалаца и грађана (судија лаика), па се још назива и *мјешовити суд*, а тај систем је присутан и код нас. У овој варијанти вијећа поротници са судијама професионалцима одлучују како о чињеничним, тако и о правним питањима.

Једна исто интересантна чињеница јесте да су поротници у кривичним судовима у Енглеској биле и жене (*матроне*) у судским поступцима у којима су осуђена лица била женског пола, а при чему је за извршено кривично дјело била запријеђена смртна казна. Окривљене су притом тврдили да су у другом стању и због тога тражиле одлагање извршења казне до рођења дјетета.¹

Кад је ријеч о Француској, поротни систем је уведен Законом од 16. 8. 1790. године,² по угледу на Енглеску, са циљем да се сузбије политички апсолутизам, који је био изражен, те довео до корумпираности у судству³, будући да су судије мјеста наслеђивали или куповали, јер су краљеви сами постављали судије (себи одане људе), па се тако обра-

¹ Т. Бугарски, *Улога поротника у кривичном поступку*, Правни факултет, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2016, 13.

² Ч. Стевановић, "Поротно суђење у Србији крајем XIX и почетком XX века", *Зборник радова Правно-економског факултета у Нишу*, Ниш, 1994, 126.

³ Ч. Стевановић, *Нека питања у вези са учењем грађана у суђењу*, Правни факултет у Нишу, 1975, 66.

зовала *судијска аристократија*. Разлика између нижих и виших судијских мјеста била је само у цијени⁴ и уз то је и инквизициони поступак доприносио незадовољству грађана. Исте године у Француској је установљена оптужна порота са осам чланова и пресудна са дванаест чланова. У првим годинама судије професионалци су бирани из реда Јакобинаца, као и судије поротници.⁵ Поред разлога који су били искључиво политичке природе, постојали су правни разлози, што је исти проблем на који ће се указати у Књажевину Србији, а то је доказна теорија које су се судије професионалци морали придржавати, а која није обавезивала судије поротнике.

Оваквим стањем у француском правосудју први се бавио Монтескије, а затим и Волтер и други велики француски филозофи. Кад погледамо правосудне системе у оквиру земаља које припадају европскоконтиненталном систему можемо рећи да је француско увођење пороте у правосудје послужило као модел за увођење поротног система и у другим државама, али свака држава је приликом увођење поротног система обликовала га према свом националном законодавству и потребама.⁶

Русија је увела поротни систем први пут 1864. године, док 1917. године уводи мјешовити систем поротног суђења, да би 1993. године након распада Совјетског савеза, кад је донесен Устав инквизиторски поступак замијењен адверзијалним, а у циљу да се врати повјерење у нарушени правни систем, при чему је порота надлежна да суди само за најтежа кривична дјела за која је прописана казна 10 година или тежа, а посљедња регија у којој је уведено поротно суђење, било је у Чеченији 2010. године.⁷

Холандско право познаје судије професионалце у свом правосудном систему и у њему није увођена порота, осим у периоду кад су били под француском окупацијом (1810–1813). Данас су у Холандији доступне писане пресуде, а на суђењима је присутно седам грађана: један новинар, двоје су пријатељи или чланови породице, а остали чланови су ученици или студенти. Британски систем иде корак даље, па укључују и телевизијске преносе, видео-снимање, објављивање садржаја и докумената из судских списа и новинарима се омогућава потпуни приступ списима.

Оно што је од почетка представља предност код правог поротног суђења је у томе што порота није дужна да образлаже пресуду, јер не посједује правничко знање, али то није довођено у питање све док није покренут поступак пред Судом за људска права у случају *Tahquet v. Belgium*, при чему се окривљени позивао на чл. 6 Европске конвенције за људска права, због "необразложене пресуде". Према овом извору порота је увијек дужна да образложи пресуду, како би навела разлоге, којима оправдава своју одлуку.⁸

Битно је нагласити да са професионализацијом судства слаби улога пороте, а томе су допринијели и неки други фактори, као цијена вођења поступка, увођење смјер-

⁴ Б. Марковић, "Треба ли пороту реформисати или укинути", *Архив за правне и друштвене науке*, 1906, 109.

⁵ *Ibid.*, 111.

⁶ F. Gorphe, "Reforms of the Jury-System in Europe: France and Other Continental Countries", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2/1936, 155.

⁷ В. Турањанин, "Jury systems in Europe as the Anglo-Saxon type of trial", *Међународни научни скуп "Дани Арчибалда Рајса"*, Криминалистичко-полицијска академија, Њемачка фондација за међународну правну сарадњу (ИРЗ), Београд, 2014, 282.

⁸ Погледати више: M. Coen, J. Doak, *Embedding Explained Jury Verdicts in the English Criminal Trial*, University College Dublin and Nottingham Trent University, 2017; ECtHR 13 January 2009 and (2012) 54 EHRR 26 (Grand Chamber), 1.

ница приликом изрицања казни, као и одређивање минималне казне, због чега већина не жели изаћи пред пороту, већ се закључују споразуми о признају кривике.⁹

У правосудни системима са дугом традицијом учешћа грађана у правосудју јавност и даље оправдава, док државе које немају дугу историју учешћа пороте су склониле да је искључе, али не треба заборавити да улога судија поротника даје допринос и другим видовима учешћа грађана у правном систему једне државе.¹⁰

3. ИСТОРИЈАТ ИНСТИТУТА ПОРОТЕ У СРБИЈИ

Термин *порота* може се пронаћи у средњовјековној Србији у Душановом закону, али се тај појам није односио на пороту какву данас познајемо, већ је у том периоду она служила као један вид доказног средства, будући да су поротници били нека врста свједока, која се заклињала у истинитост тврдњи окривљеног. Винодолски закон из 1288. године уређивао је односе између кметова и феудалаца и управо је горепоменуто улогу додијелио пороти, таква улога пороте била је предвиђена и у средњовјековној Енглеској за вријеме Хенрија II.¹¹

Поротни систем у Србији је званично уведен у другој половини деветнаестог вијека, и то у виду мјешовитог суда, Законом о пороти од 21. октобра 1871. године, а сам почетак увођење поротног система у домаће законодавство враћа нас у 1868. годину, када је одржано засједање Велике народне скупштине на Топчидеру, на којој је затражено увођење пороте у правосудни систем приликом суђења за дјела разбојништва, опасне крађе и паљевине.

Разлог за увођење пороте за овако специфично побројана дјела треба тражити у томе што је Закон о устројству судова из 1865. године показао своје мањкавости у примјени одредби које су се односиле на начело законске оцјене доказа, гдје би судије биле "принуђене" да окривљене ослободе у недостатку доказа иако се знало да су извршили кривична дјела, а увођење судија поротника је дало простора за примјену начела о одлучивању по слободном судијском увјерењу. Из наведенога произилази да поротно суђење у Србији, за разлику од стања у већини европских земаља, није уведена искључиво из политичких разлога, већ као начин да се спријечи злоупотреба начела законске оцјене доказа. У другим земљама је био видљив политички карактер, да би се изузела надлежност од професионалних судија. Ипак, не треба занемарити да је увођењу поротног система претходило атентат који се десио 1868. године, када је убијен кнез Михајло, а на престо је дошао малољетни кнез Милан, који је владао уз трочлано Намјесништво и да је иницијатива за доношење Закона и увођење поротног система потекла од законодавне власти, а не од народа.

Први приједлог Закона подразумијевао је пороту каква је постојала у Енглеској и одбацио га је Државни савет, након чега је предложено да поротно суђење буде у форми мјешовитих судова, што је Државни савет одмах усвојио, а касније и Скупштина.

У изради Закона из 1871. године учествовао је тадашњи министар правде Стојан Вељковић, прво као предсједник Комисије, коју је формирао ранији министар правде, а

⁹ V. P. Hans, *The Twenty-First Century Jury: Worst of Times or Best of Times?*, Cornell Law School, New York, 2007, 3.

¹⁰ V. P. Hans, *Jury sistem around the World*, Cornell Law School, New York, 2008, 3.

¹¹ *Ibid.*, 34.

затим је и сам обављао ту дужност и доставио коначан приједлог Закона. Закон је предвиђао да судија поротник може бити грађанин који има минимално 30 година и да има стално мјесто боравка у Србији најмање пет година прије избора, као и да редовно плаћа пореске обавезе (чл. 1). Састав судског вијећа у том периоду су чинили тројица судија професионалаца и четворица судија поротника (чл. 29, ст. 1).

У мишљењу које је изнио Државном савету, Стојан Вељковић написао је како је мјешовити суд бољи избор, иако се првобитно залагао за поротни суд какав постоји у Енглеској, нагласивши да први подразумијева формирање два одвојена вијећа која долазе у сукоб, при чему порота није дужна да образлаже пресуду, а кривица не подразумијева бављење само фактичким већ и правним питањима. Поротници су приликом ступања на дужност морали да положе заклетву, која је била вјерског карактера. Претресом је руководио судија професионалац, онај који је најстарији по звању или по годинама службе, при чему треба напоменути да је постојала могућност да уз одобрење предсједавајућег поставља питања свједоцима.

На овом мјесту поменућемо још два податка из Закона о пороти – један се односи на стицај дјела, а други на гласање. У случају да је дошло до стицаја. Од којих за нека кривична дјела мјешовити суд није био надлежан, свеједно би се надлежност суда преносила и на та дјела (чл. 19, ст. 1). Гласање је било тајно и одвијало се на сљедећи начин: прво би гласало двоје судија поротника, па двоје судија професионалаца, па опет судије поротници и на крају предсједавајући, који је судија професионалац.¹²

Закон о пороти из 1871. године подијелен је у четири дијела: "О избору поротника", "О надлежности, саставу и раду поротних судова", "О жалби за касациони суд" и "Закључење".¹³

Већ након неколико година примјене овог закона показале су се његове мањкавости, јер су судије поротнике и физички и психички малтретирани и окривљени и чланови његове породице. Ишло се до тога да се заговарала идеја укидања поротног система, али то није било могуће будући да је Устав из 1868. године гарантовао постојање учешће грађана у суђењу.

Због свега наведеног је 1892. године донесен нови закон о пороти, јер се као највећи проблем примјене претходног закона показао штетан утицај који је вршен на поротнике у виду застрашивања, пошто је, уз претпоставку да најбоље познају окривљеног, почетно било предвиђено да поротници буду из мјеста гдје окривљени има пребивалиште. Измјенама Закона из 1892. године је одлучено да један поротник буде из општине одакле је оптужени и један из општине у којој је кривица учињена, а преостала двојица из мјеста гдје је сједиште суда (чл. 9).

Након свега три године дошло је до нових измјена, па ће тако Законом о пороти из 1895. године бити предвиђено да се број поротника смањи на два, а да број судија по позиву остане три и тако се формира вијеће петорице. И то је једна од ријетких ситуација у историјату пороте да је број судија професионалаца био већи од броја судија поротника.

¹² В. Турањанин, *Поротни систем у кривичном процесном праву Србије корак од нестанка*, Министарство правде Републике Српске, Град Бања Лука, Универзитет у Бањој Луци, Службени гласник Републике Српске, Српско удружење за кривичноправну праксу и теорију Београд, Бања Лука, 2014, 398.

¹³ М. Костић, А. Михајловић, "Поротно суђење у Србији (Традиција дуга 140 година)", *Пејшчаник X, Часопис за историографију, архивистику и хуманистичке науке*, 10/2012, 236.

Након десет година урађена је нова измјена. Законом о пороти из 1905. године било је предвиђено проширење стварне надлежности, па је поротни суд био надлежан и за кривична дјела лажног банкротства и лихварства, поред кривичних дјела злоупотребе службеног положаја учињених од стране чиновника.

Први свјетски рат и новостворена Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца 1918. године били су узрок укидања поротног суђења. Уз то треба поменути да крај Првог свјетског рата није затекао овај вид учешћа грађана у правосуђу у Војводини, Црној Гори, док је у Славонији била предвиђена порота за штампарска дјела и укинута је Видовданским уставом из 1921. године,¹⁴ а поротни систем је постојао у Србији, Босни и Херцеговини, Словенији и Далмацији.¹⁵ Поротни систем је укинут 1929. године, након чега је било предвиђено да на цијелој територији државе суде искључиво судије професионалци.

Овакав приступ ће се промијенити током Другог свјетског рата и формирана народноослободилачких одбора. Наредбом Врховног штаба НОВ и ПОЈ доћи ће до оснивања војних судова 1942. године, а они су се састојали од три члана, сталног предсједника вијећа и двојице *присједника*, за које су могли бити изабрани пунољетни и морално узорни грађани, а бирао их је народ непосредно на народном збору. На препоруку Националног комитета ослобођења Југославије из 1944. године одлучено је да поред сталних буду бирани и повремене судије.

Претходно наведено не чуди, јер се почетак народноослободилачке борбе догађа паралелно са рушењем раније власти и правног поретка, при чему се појављују прва јавна суђења која се проводе на збору под руководством члана штаба партизанске јединице. По завршетку Другог свјетског рата донесен је Закон о уређењу народних судова, који није правио разлику између услова приликом бирања судија по звању и судија поротника. Због недостатка правно образовног кадра, и за сталне судије бирани су лаици, односно није се тражило да у вијећима обавезно суде судије професионалци будући да су лица која су имала правно образовање била блиска пријератном режиму и власти и сматрало се да су преблагих према народном непријатељу. Законом о судовима из 1954. године било је предвиђено да за сталног судију буде изабрано лице са завршеним правним факултетом.¹⁶

Закон о кривичном поступку (у даљем тексту: ЗКП) из 1948. године увео је обавезу да судије поротници морају бити присутни све вријеме током главног поступка, чиме је до изражаја дошло начело непосредности. Устав из 1953. године неће ништа промијенити, док ће Устав из 1963. године дати простор да се законима који регулишу ову област уреди форма у којој ће грађани учествовати у судским поступцима. Овим Уставом се уводи судија појединац, односно судија професионалац, који је надлежан за рјешавање појединих предмета у грађанским и кривичним поступцима, док се истовремено спушта старосна граница за избор судија поротника на 27 година.

Према подацима из 1956. године, судије поротници су бирани из реда радника, службеника, земљорадника, занатлија, задругара, пензионера и домаћица, од чега су највећи број чинили службеници.¹⁷ Поред тога ће се тежити да у поступцима гдје је окри-

¹⁴ *Ibid.*, 38.

¹⁵ Ч. Стевановић, *op. cit.*, 67.

¹⁶ Ј. Вучетић, *Порота у кривичном поступку* (мастер рад), Правни факултет у Београду, Београд, 2014, 8.

¹⁷ И. Латифић, *Судије поротници и самоуправљање у правосуђу*, Сарајево, 1958, 40.

вљени малолетник буду ангажована лица која имају потребну стручност како би тај поступак спровели на професионалан начин, водећи рачуна о личности малолетника.

Уставом из 1974. године уводи се самоуправљање и предвиђа се да у суђењу учествују судије професионалци, радни људи и грађани.

4. ПРЕДНОСТИ И НЕДОСТАЦИ УЧЕШЋА ПОРОТЕ

Као што се може примијетити, главни разлог за увођење пороте у европскоконтинентални систем био је ограничење самовоље владара, која се, како се сматрало, одражавала кроз рад судија професионалаца, па се вјеровало да ће она бити ограничена увођењем судова у којима ће се и грађани питати за мишљење, тј. у којима ће им бити дата могућност да изразе свој став о неком питању.

Но, у пракси су се брзо показали недостаци поротног суда, при чему су двије слабости највише истицане: једна се односи на притиске и пријетње, као и разне утицаје којима су подложни, па је долазило до *нулификације*, док је друга видљива у сложеним предметима, гдје је долазило до изражаја њихов недостатак правног знања.

Како би се то избјегло, сматрало се да би било пожељно извршити реформу поротног система тако што би се поротницима пружила могућност да постављају питања током извођења доказа, будући да је, поред тога неопходно спријечити пасивност поротника.

Недостатак који се односи на стручно знање током рјешавања правних питања у мјешовитим судовима видљив је кроз инфериорни положај у односу на судије професионалце, па је њихова пасивност још и израженија.

5. РЕФОРМА ПРАВОСУЂА И СУДИЈЕ ПОРОТНИЦИ У СРБИЈИ ДАНАС

Кад направимо историјски преглед развоја поротног суђења у Србији, можемо да уочимо да се у ових 150 година није много тога промијенило, да се и даље поротни систем критикује, али се свеједно не укида. Разлог за увођење пороте у Европи јесте то што се хтјело стати украј политичком апсолутизму са непристрасним, односно независним судијама и превазићи доказна теорија, а ми се и данас управо бавимо ефикасношћу правосуђа и његовом независношћу. С друге стране, примједба на рад судија професионалаца у вези је са тим да случајевима приступају шаблонски, услед норме коју морају постићи и уопште велике количине предмета којима су затрпани.

Историјски преглед поротног суђења било је неопходно направити са циљем да се он боље разумије, а сад ћемо се осврнути на посљедњих 20 година и изазове са којима се носи правосудни систем Србије.

Србија и правосудни систем у Србији нису изоловани. Неопходно је кроз проучавање компаративних система и испуњавања услова за придруживање Европској унији усмјерити истовремено и пажњу на све предности и недостатке времена у којем живимо, што се прије свега намеће кроз убрзан развој технологије и развој науке не само кривичних већ и других области које непосредно и посредно утичу на кривичну област, а са којим се паралелно развија и криминалитет, а нарочито организовани. Истовремено се јача улога и значај међународног кривичног права и појављује се све већа потврда да је неопходно предузимати заједничке и систематизоване мјере у борби против криминалитета.

Земље Европске уније упорно раде на томе како би се створио хармонизован и примјенив правни систем на територији држава чланица, па се стварају скоро унифицирани приступи слободама и правима.¹⁸

Сарадња домаћих органа са Венецијанском комисијом траје већ више од 20 година, још од 2001. године. Опште активности Комисије дошле су до изражаја приликом ове сарадње, па је тако Комисија учествовала и утицала у већој или мањој мјери на доношењу Устава из 2006. године, као и измјена Устава које су донесене 2021. године, али и закона у оквиру правосуђа из фебруара 2023. године, као и специјализованог мишљења о појединим питањима. Венецијанска комисија се води слједећим принципима: демократијом, заштитом људских права и владавином права.¹⁹ Треба поменути да мишљење Комисије није обавезно, али на основу угледа који посједује, њено мишљење и оцјена се уважавају.

Први документ који је Венецијанска комисија усвојила је из 2001. године, али је он имао привремени карактер, јер се очекивало усвајање нових устава. Сљедеће мишљење од Венецијанске комисије затражио је министар правде и оно је усвојено 2005. године уз одређене напомене. Један од највећих изазова за државе које желе постати чланице Европске уније односи се на правосуђе и усаглашавање са европским стандардима. При том је стављена примједба на пробни мандат у трајању од пет година, приликом првог избора судија, као и на необезбјеђивање независности судства, која се управо губи у случају несталности судске функције.

Кад је ријеч о првој примједби, затражено је да се искључиво предвиди да ће судија по завршетку пробног периода бити изабран застално.²⁰

Устав је предвиђао и формирање заједничког вијећа за судије и тужиоце, које би чинило четири судије, четири јавна тужиоца, један адвокат и два професора права.

Оно што је сматрано највећим проблемом јесте учешће Народне скупштине у процесу избора и разрешења судија, те је тако нуђено рјешење да Високи савјет правосуђа предлаже кандидате, а да предсједник Републике буде тај који ће међу кандидатима изабрати судије и предсједника суда. Избор судије у Народној скупштини сматра се највећим политичким утицајем, а тиме и нарушавањем једног од основних начела – независности судија.

У коначном тексту Устава из 2006. године усвојене су одређене примједбе Венецијанске комисије, па је тако пробни мандат скраћен на три године и установљена је сталност функције приликом слједећег избора. Оно због чега је посебно било примједби јесте да ће након ступања новог устава све судије бити поново биране.

Велико опирање независности правосуђа какву прокламује шира европска заједница треба тражити и у темељној подјели власти на: законодавну, извршну и судску и балансу који треба да постоји међу њима, јер тај се баланс заснива на независности, али и међусобној контроли.

¹⁸ С. Бејатовић, "Кривичнопроцесно законодавство Србије и Европски стандарди", *Супротстављање савременим облицима криминалитета – анализа стања, европски стандарди и мере за унапређење*, Том 1, (ур. Д. Коларић), Криминалистичко-полицијска академија, Фондација "Ханс Зајдел", Београд, 2015, 24.

¹⁹ В. Петров, М. Прелић-Симовић, "Венецијанска комисија и уставна реформа правосуђа у Републици Србији", *Унификација права и правна сигурност: Зборник радова 33. сусрета Копачичка школа природног права – Слободан Перовић*, Том III, Београд, 2020, 526.

²⁰ *Ibid.*, 528.

С друге стране, рјешавање могућности да се врши политички утицај на правосудје, постиже се управо тиме да на избор судија нема утицаја законодавна или извршна власт, а исто се постиже формирањем независних тијела, која су најчешће правосудни савјети.²¹

Венецијанска комисија стоји на становишту да најмање половина чланова Савјета треба да чине судије, док сматрају да је неопходно да у Савјету сједе и представници других грана власти, чланови академске заједнице и правници практичари.²²

У 2013. години доћи ће до усвајања Националне стратегије реформе правосудја за период од 2013. до 2018. године, којом се жељело остварити повећавање ефикасности приликом вођења кривичних поступака.

Усљед свега тога долази до увођења нових института приликом вршења стандардизације поменуте стратегије, који ни у ком случају не припада европскоконтиненталном праву. Притом се не води рачуна о националним и другим специфичностима. Истовремено се константно трага за одговором како да кривични поступак буде ефикаснији, а да не иде на штету међународних и националних аката, као и загарантованих слобода и права учесника кривичног поступка.²³

Управо потврда наведеног је важећи ЗКП, из 2011. године, који је донио многе новине и нестала је јасна граница између европскоконтиненталног и англосаксонског права, која је раније постојала, увођењем одређених института у домаће законодавство, чак би се могло рећи "нагуравањем", без могућности да се претходно изврши темељна провјера, већ се на основу теоретских параметара и праксе других земаља уводе институти, како би се у што краћем периоду испунили услови да не бисмо каснили још и више за Европом и тиме од ње били изоловани понајвише финансијски, што и доводи до честих измјена закона.

У пракси имамо сложену ситуацију, судије поротници немају правно образовање, а понекад нису ни стручњаци у некој другој области, а требају рјешити правна питања, поврх свега тога се суд ослобађа обавезе да прикупља и изводи доказе. На странкама је одговорност да прибаве доказе и буду увјерљиве током главног претреса, јер само на основу тих доказа суд може да темељи своју одлуку, како нема дужности да утврђује истину. Уз то, ни истрага више није у рукама суда, већ једино може судија за претходни поступак да наложи јавном тужиоцу на приједлог осумњиченог и његовог браниоца и тиме ургира да одређени доказ буде изведен.

Тако је важећи ЗКП наишао на критике још и прије саме његове примјене, што потврђује и временски период на који се чекало на примјену. Иако је требало да ступи на снагу 01. 01. 2013. године, примјена Закона је одгођена за 01. 10. 2013. године.

Како примјеђује професор Бејатовић, обавеза суда да утврди чињенице са степеном извјесности којом се отклањају противрјечности је неупоредива у односу на ранију обавезу утврђивања истине, што нас даље води до начела *in dubio pro reo*.²⁴ Овакав при-

²¹ М. Колаковић-Бојовић, "Ставови Венецијанске комисије као оквир уставних промјена у области правосудја", *Зборник института за криминолошка и социолошка истраживања* (ур. Б. Кнежић, И. Стевановић), Београд, 2017, 31.

²² *Ibid.*, 33.

²³ С. Бејатовић, "Европски правни стандарди и национално кривично процесно законодавство", *Глосаријум*, 2/2018, 6.

²⁴ С. Бејатовић (2015), *op. cit.*, 27.

ступ, у којем судија само слуша оно што износе странке, без узимања учешћа у извођењу доказа, подсјећа више на парнични поступак.

Измјеном која је у уведена у претходни ЗКП 2009. године, те важећи ЗКП из 2011. године још више су проширене могућности закључења споразума о признању кривичног дијела и за најтежа кривична дјела, што додатно домаћи правосудни систем приближава англосаксонском, а улогу пороте обезвређује, по угледу на англосаксонско право, гдје у већини случајева не дође до главног претреса, јер се закључи споразум.

Наведене разлоге и професор Шкулић наводи као основ за противуставност ЗКП из 2011. године: елиминисање начела истине у кривичном поступку, увођење јавнотужилачке истраге на неквалитетан начин и кроз адверзијални концепт главног претреса.²⁵

До лимитираног дејства начела истине долази из разлога што је судија ограничен у току поступка, тј. његово мијешање у доказни поступак сведено је на минимум, будући да је надлежан да даје налог да се противрјечни или нејасни докази изведу, али свеједно није овлашћен да самоиницијативно изведе доказе. Из тог разлога је незамисливо да одлуке доносе судије поротници, који не могу да одговоре захтјевним и сложеним предметима. С друге стране, још увијек постоји жалбени разлог "због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања", па се поставља питање како то све довести у равнотежу а да ниједна полуга не буде у дисбалансу.²⁶

У пракси се може десити једна необична ситуација – да се судије поротници не слажу да мишљењем судије професионалца и тако га прегласају,²⁷ јер познате су последице таквог исхода, што је посебно проблематично у трочланим вијећима, гдје судија професионалац као предсједник вијећа образлаже одлуку са којом се не слаже, али још већа неповољност за судију професионалаца би се десила кад би таква одлука била укинута због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања.

Повећање броја предмета такође се може једним од оправдавања да поротни систем и даље постоји, јер се не може очекивати да у судским вијећима сједе искључиво судије професионалци, али истовремено треба тражити да се приступи озбиљније избору судија поротника, односно да се поопштре услови за избор.

Оно што је још посебно забрињавајуће јесте доња добна граница, која је спуштена на 18 година, па је тако за избор судије поротника довољно да лице буде пунољетно, што је по нашем мишљењу неоправдано, јер је неопходно стећи и одређено образовање, али и, много битније, животну искуство, на основу којег се може добро резонovati и доносити исправне одлуке, јер ипак се ту ради о кривичним дјелима за која запријеђене казне затвора нису ниске.

²⁵ М. Шкулић, "Реформа кривичног поступка Србије – Нови законик о кривичном поступку и могуће новеле", *Супротстављање савременим облицима криминалитета – анализа стања, европски стандарди и мере за унапређење*, Том 1 (ур. Д. Коларић), Криминалистичко-полицијска академија, Фондација "Ханс Зајдел", Београд, 2015, 39.

²⁶ С. Бејатовић, *Казнена политика и реформа кривичног процесног законодавства Србије*, Министарство правде Републике Српске, Град Бања Лука, Универзитет у Бањој Луци, Службени гласник Републике Српске, Српско удружење за кривичноправну праксу и теорију Београд, Бања Лука, 2014, 17.

²⁷ Т. Бугарски, *Улога поротника у кривичном поступку*, Правни факултет, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2016, 231.

Још одраније имамо потврду како треба вршити избор лица за судије поротнике, са којом смо сагласни, а како се у извору наводи, потребно је водити рачуна да лица имају неопходно знање, стручну спрему, опште образовање и искуство²⁸, што је предвиђено у Закону о судијама, којима се прописује да ће приликом избора судија поротника водити рачуна о полу, старости, занимању и друштвеном положају кандидата, о знању, стручности и склоности ка појединим врстама судских ствари (чл. 87).

Оно што је главна одлика судија јесте независност и ауторитет, а начином на који се сад бирају поротници, не постиже се ни једно ни друго.

Устав Републике Србије претрпιο је измјене у оквиру Петог дијела, који се односи на "Уређење власти", и то у дијелу који се тиче "Судова", па је тако предвиђено према измјенама да се може прописати да поред судија суде и судије поротници (чл. 142, ст. 7), док је у ранијој одредби стајало да у суђењу учествују судије и судије поротници, на начин утврђен законом. Сад је то ипак предвиђено као могућност, а не као искључива обавеза.

Измјенама се врши и промјена начина избора судија поротника, па је тако у Уставу сада предвиђено да је Високи савет судства независан државни орган који обезбјеђује и гарантује независност судова, судија, председника судова и судија поротника и да управо он бира судије и судије поротнике и одлучује о престанку њихове функције, одређује потребан број судија и судија поротника. Исто тако, одлучује и о другим питањима која се тичу положаја судија, председника судова и судија поротника и врши друге надлежности одређене Уставом и законом (чл. 150). Високи савет судства чини 11 чланова: шест судија које бирају судије, четири истакнута правника које бира Народна скупштина и председник Врховног суда (чл. 151).

Постојећа измјена је свакако направила промјену видљиву према ван и у складу је са условима које предвиђа Европска унија, али ту не треба бити крај у циљу побољшавања је потребно много пажљивије бирати лица која ће бити судије поротници.

Треба се угледати на Закон о малољетницима, који предвиђа да се за судије поротнике бирају лица која су стекла посебна знања из области права дјетета и преступништа младих, па се тако бирају из реда наставника, учитеља, васпитача, као и друга стручна лица која имају искуство у раду са дјецом и младима (чл. 44, ст. 1–2). То би требало примијенити приликом вођења и других поступака, што нас води до квалификоване пороте, при чему би били бирани грађани, који имају одређено стручно знање из одређених области. Професор Шкулић такође заступа идеју да треба задржати поротни систем и направити бољу селекцију при избору, предлажући да то буду правници у пензији или радно активни правници, истакнути правни стручњаци који нису судије или стручњаци из других области, те да треба вијеће уредити по угледу на поступке који се воде према малољетницима.²⁹

Кад мало боље погледамо одредбу, могли бисмо чак рећи да овако изабране судије поротници подсјећају на вјештаке, што, по нашем мишљењу, и није тако лош избор у односу на чињеницу да према статистичким подацима тренутно највећи број судија чине незапослена лица и пензионери³⁰, а то никако не значи да међу њима нема

²⁸ М. Кокољ, *Осврт на нека питања у вези са потребом постојања квалификоване пороте*, Гласник Правног факултета у Крагујевцу, Крагујевац, 1981, 234.

²⁹ М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Универзитет у Београду, Правни факултет – Центар за издаваштво, Београд, 2020, 94.

³⁰ М. Павловић, "Судије поротници и владавина права", *Crimen*, 2/2015, 170.

стручњака, али треба провјерити да ли их збиља има будући да судије поротници не суде само за "лакша" кривична дјела већ и за дјела за која је прописана казна 30 до 40 година или казна доживотног затвора. Кад су таква кривична дјела у питању, свакако је неопходно да у вијећу сједи лица која посједују стручност која се не односи само на правно образовање. И ту не би требало бити бојазни да би таква порота обезвриједила улогу вјештака, нити би била умањена улога судије професионалца, јер у тренутним вијећима сједи сувише пасивних судија поротника. Основна замјерка и недостатак пороте, који је истицан током развоја овог института, јесте подложност разним утицајима, нестручност и пасивност, који би се увођењем квалификоване пороте ријешили у доброј мјери.

Нереално би било очекивати да судија професионалац посједује натпросјечну стручност и знање из великог броја области са којим се сусреће током поступка, па тако током суђења, иако он доноси одлуку, мора се поуздати у налаз и мишљење вјештака, док би другачије било када би поред себе у вијећу имао судију поротника који има одређена знања, стручност и искуство из предметне области и тиме би се створила прилика за дискусију о налазу и мишљењу вјештака.

Замјерка да нема довољно стручног кадра, данас баш и не би наишла на одобравање, осим можда у мањим мјестима, али, с друге стране, и број предмета у таквим мјестима је мањи, па би се исплатио и додатни трошак који би на тај начин настао. Колико је овај проблем предмет расправе, види се из сљедећег извора, у којем ни прије 50 година пракса није показала заинтересованост стручних лица, те би требало размислити о одређеним и стимулацијама и одговорностима, како би се избор судија поротника вратио на задовољавајући ниво. Судија поротник који би био изабран на овај начин није вјештак, већ би добро познавао спорни предмет.³¹ Истовремено би се ријешило и проблем пасивност судија поротника, јер би били заинтересовани за такву дискусију.

Данас гласање подразумијева да судије поротници први гласају, а затим судије професионалци, но очекивати је да у пракси у сложенијим случајевима судије поротници чекају на одлуку судије професионалца, односно судија професионалаца, што је разлог више за увођење квалификоване пороте.

Како према једном извору можемо рећи да се у Њемачкој ово већ у пракси дешава, шефени се бирају на основу листе коју састављају градска вијећа, а бира их посебна комисија. Иако постоји правило да поротници треба да представљају све слојеве, односно структуралне дијелове друштва, у пракси су чешће ангажована лица која су по образовању и социјалном положају у рангу судија професионалаца.³²

Судије поротници су сведени на формалност, називају их и "дежурним спавачима", будући да се не укључују у дискусију током доношења одлуке, већ показују висок степен незаинтересованости. Како извор прави компарацију између других система, и за наведено питање налази се неколико рјешења: кроз категорију судија на обуци, тј. полазника обуке на Правосудној академији, судске савјетнике и увођењем правог поротног суда.³³

³¹ *Ibid.*, 234.

³² *Ibid.*, 169.

³³ М. Колаковић-Бојовић, *Организација правосућа у Републици Србији – реформски оквир и ЕУ стандарди*, Београд, 2018, 57.

Према релевантној литератури, учешће грађана у суђењу доживљава кризу, будући да су уочени многи недостаци у раду оваквих судова. Поред оних које смо већ помињали, ту је још: искључење могућности улагања правног лијека, ослобођење окривљених упркос изведеним доказима, ритуалност суђења, немогућност раздвајања чињеничних од правних питања, неодазивање поротника на позиве суда, због чега у Србији постаје пракса да се увијек бирају иста лица за судије поротнике³⁴. Према другом аутору установа учешћа грађана у суђењима оправдала је своје постојање и тиме се врши позитиван утицај на подизање правне свијести и развој морала код грађана, чиме се посредно смањује криминалитет као друштвена негативна појава и у рад судија уноси стварност свакодневног живота.³⁵

Услед свих ових проблема, који се појављују у оквиру поротног система, поједине земље бивше Југославије су искључиле судије поротнике из својих ЗКП, па тако у Закону о судском савјету и судовима Црне Горе и Закону о судовима Републике Српске постоји институт судије поротници, док у Републици Српској од 2003. године и Црној Гори од 2009. године ЗКП не познаје термин судије поротници, али основни судови још увијек имају листе судија поротника у случају да се појави предмет, који датира прије тих година. И додатни проблем који је уочен у једном од извора,³⁶ а са којим се слажемо, јесте непостојање досљедности током вршења реформи, него константно рушење свега постигнутог и кретање из почетка, без постојања неке врсте надоградње и узимања добрих сегмената из претходног законодавног оквира, а немање рутине ствара збуњеност и код оних који треба да примјене закон.

ЛИТЕРАТУРА

- Бејатовић С., *Казнена политика и реформа кривичног процесног законодавства Србије*, Министарство правде Републике Српске, Град Бања Лука, Универзитет у Бањој Луци, Службени гласник Републике Српске, Српско удружење за кривичноправну праксу и теорију Београд, Бања Лука, 2014.
- Бејатовић С., "Кривичнопроцесно законодавство Србије и Европски стандарди", *Супротстављање савременим облицима криминалитета – анализа стања, европски стандарди и мере за унапређење*, Том 1 (ур. Д. Коларић), Криминалистичко-полицијска академија, Фондација "Ханс Зајдел", Београд, 2015.
- Бејатовић С., "Европски правни стандарди и национално кривично процесно законодавство", *Глосаријум*, 2/2018.
- Бркић С., Бугарски Т., *Кривично процесно право I*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2020.
- Бугарски Т., "Судије поротници и оцена доказа по слободном судијском уверењу", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2014.
- Бугарски Т., *Улога поротника у кривичном поступку*, Правни факултет, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2016.
- Вучетић Ј., *Порота у кривичном поступку* (мастер рад), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014.
- Gorphe F., "Reforms of the Jury-System in Europe: France and Other Continental Countries", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2/1936.
- Ђурђић В., *Кривично процесно право – општи део*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2014.

³⁴ В. Ђурђић, *Кривично процесно право – општи део*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2014, 116.

³⁵ С. Бркић, Т. Бугарски, *Кривично процесно право I*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2020, 85.

³⁶ М. Колаковић-Бојовић, "Ефикасност кривичног поступка, реформа правосудја и приступни преговори са ЕУ", *Зборник института за криминолошка и социолошка истраживања* (ур. Ј. Крон), Београд, 2014, 200.

- Кокољ М, *Осврт на нека питања у вези са потребом постојања квалификоване пороте*, Гласник Правног факултета у Крагујевцу, Крагујевац, 1981.
- Колаковић-Бојовић М., "Ефикасност кривичног поступка, реформа правосуђа и приступни преговори са ЕУ", *Зборник института за криминолошка и социолошка истраживања* (ур. Ј. Крон), Београд, 2014.
- Колаковић-Бојовић М., "Ставови Венецијанске комисије као оквир уставних промјена у области правосуђа", *Зборник института за криминолошка и социолошка истраживања* (ур. Б. Кнежић, И. Стевановић), Београд, 2017.
- Колаковић-Бојовић М., *Организација правосуђа у Републици Србији – реформски оквир и ЕУ стандарди*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања Београд, 2018.
- Костић М., Михајловић А., "Поротно суђење у Србији (Традиција дуга 140 година)", *Пеичаник X, Часопис за историографију, архивистику и хуманистичке науке*, 10/2012.
- Латифић И., "Судије поротници и самоуправљање у правосуђу", *Преглед: часопис за друштвена питања*, Сарајево, 1958.
- Марковић Б., "Треба ли пороту реформисати или укинути", *Архив за правне и друштвене науке*, 1906.
- Павловић М., "Судије поротници и владавина права", *Crimen*, 2/2015.
- Петров В., Прелић-Симовић М., "Венецијанска комисија и уставна реформа правосуђа у Републици Србији", *Унификација права и правна сигурност: Зборник радова 33. сусрета Копачичка школа природног права, Слободан Перовић*, Том III, Београд, 2020.
- Стевановић Ч., *Нека питања у вези са учењем грађана у суђењу*, Правни факултет у Нишу, 1975.
- Стевановић Ч., "Поротно суђење у Србији крајем XIX и почетком XX века", *Зборник радова Правно – економског факултета у Нишу*, Ниш, 1994.
- Турањанин В., *Поротни систем у кривичном процесном праву Србије корак од нестанка*, Министарство правде Републике Српске, Град Бања Лука, Универзитет у Бањој Луци, Службени гласник Републике Српске, Српско удружење за кривичноправну праксу и теорију Београд, Бања Лука, 2014.
- Турањанин В., "Jury systems in Europe as the Anglo-Saxon type of trial", *Међународни научни скуп "Дани Арчибалда Рајса"*, Криминалистичко-полицијска академија, Њемачка фондација за међународну правну сарадњу (ИРЗ), Београд, 2014.
- Hans V. P., *The Twenty-First Century Jury: Worst of Times or Best of Times?*, Cornell Law School, New York, 2007.
- Hans V. P., *Jury system around the World*, Cornell Law School, New York, 2008.
- Coen M., Doak J., *Embedding Explained Jury Verdicts in the English Criminal Trial*, Cambridge University Press College, Cambridge, 2017.
- Шкулић М., "Реформа кривичног поступка Србије – Нови законик о кривичном поступку и могуће новеле", *Супротстављање савременим облицима криминалитета – анализа стања, европски стандарди и мере за унапређење*", Том 1 (ур. Д. Коларић), Криминалистичко-полицијска академија, Фондација "Ханс Зајдел", Београд, 2015.
- Шкулић М., *Кривично процесно право*, Универзитет у Београду, Правни факултет – Центар за издаваштво, Београд, 2020.

* * *

Bojana Knežević*

**WHAT DOES JUSTICE REFORM BRING JURY JUDGES
IN THE REPUBLIC OF SERBIA?**

Summary

We will present our opinion regarding the latest judicial reform in the Republic of Serbia and its impact on lay judges. First of all, it should be noted that a jury trial in the form we know today, if we exclude England, does not have a long tradition compared to other institutes. Nevertheless, it has gone through different phases in order to eliminate perceived shortcomings and improve the work of the judiciary. The basic shortcomings, which are mentioned, relate first of all to bias, i.e., susceptibility to various influences, inexperience and passivity of jury judges. We are afraid that even these latest changes in the judiciary will not contribute much to the abolition of a jury trial from the judicial system of Serbia in some time. We would even dare to say that the reason why it still exists is of a technical nature, since the courts are overwhelmed with cases and professional judges cannot be the only ones sitting in chambers. Our opinion is that the jury system should not necessarily be abolished, because it is still a reflection of a democratic society, which we strive for as part of the civilized world. Anyway, it should definitely be improved by changing the conditions for the selection of jury judges so that only individuals whose expertise suits such a serious profession can sit in chambers and who would be helpful to professional judges. In this way, the basic shortcomings would be eliminated and increase efficiency of work of the judiciary, so it would be the current situation for which we can apply the sentence: When they disagree with professional judges, jurors are harmful; when they agree, they are redundant.

Keywords: jury system, professional judges, lay judges, criminal procedure, Venice Commission.

* Expert associate of public procurement law, Master of law, specialized field of criminal law, bojana.msurs@gmail.com.

**МЕЂУНАРОДНО ЈАВНО ПРАВО
И ЕКОЛОГИЈА**

др Родољуб Етински*

НЕЛАГОДНИ СУСРЕТ КРИВИЧНОГ ПРАВА И МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА У ЧЛАНУ 7 ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА

Апстракт: *Кривично право и међународно кривично право сусрели су се на терену начела законитости у члану 7 Европске конвенције о људским правима 1950. године. Међународне околности, које су постојале после Другог светског рата и, нарочито, Нирнбершко суђење, дакле тадашњи развој међународног кривичног права, пресудно су утицали на тај сусрет преко текстуалног уобличавања члана 7 Европске конвенције о људским правима, односно преко неочекиваног и изненађујућег избора термина у том члану. Тај избор термина је узроковао, заједно са другим чиниоцима, стварање извесне термилошке конфузије у погледу начела законитости у пракси Европског суда за људска права. Међународноправни развој, који се догодио у вези са тим сусретом, подстакао је, такође, Комисију УН за међународно право да предложи сумњиво и проблематично проширење концепта општих правних начела 2022. године.*

Кључне речи: *начело законитости, општа правна начела.*

1. УВОД¹

Сусрет се догодио у околностима које су проистекле из ужаса Другог светског рата и које су се у области међународног кривичног права испољиле на Нирнбершком суђењу 1946. године. Нирнбершко суђење је било важна фаза у развоју међународног кривичног права.² У таквим околностима, сусрет је значајно допринео малој термилошкој конфузији у погледу начела законитости у Конвенцији за заштиту основних слобода и права, прихваћеној у Риму 4. новембра 1950. године (у овом тексту: Европска конвенција о људским правима или Конвенција). Утицао је, поред тога, на УН Комисију за међународно право да прошири концепт општих правних начела 2022. године на сумњив и проблематичан начин. Сусрет се догодио на терену кључног начела кривичног права, начела законитости, познатог по формулацији *nullum crimen, nulla poena sine lege*, које је прокламовано у члану 7 Европске конвенције о људским правима.³ Пресудно је утицао

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду у пензији, etinskirodoljub@yahoo.com

¹ Аутор дугује захвалност проф. др Зорану Стојановићу и проф. др Сањи Ђајић за мишљења и коментаре, који су сигурно побољшали рад. Одговорност за све евентуалне пропусте сноси, наравно, само аутор.

² S. Avramov, M. Krešić, *Međunarodno javno pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1988, 264; M. Шкулић, В. Бајовић, *Историја међународног кривичног правосуђа и основне одлике поступка пред сталним Међународним кривичним судом*, Досије, Београд, 2021, 397; Q. Wright, "The Law of the Nuremberg Trial." *American Journal of International Law*, 1/1947, 71.

³ Види о начелу законитости у кривичном праву: Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Misija OSCE u Crnoj Gori, Podgorica, 2010, 28–31; R. Velarde, A. Jaime, "Principle of Legality in Criminal Law", *LEX - Journal*

на текстуално уобличавање тог члана, односно на неочекивани и изненађујући избор термина у његовом тексту.⁴ Иза неочекиваног и изненађујућег избора термина стоје конкретне историјске околности, које су постојале у другој половини четрдесетих година прошлог века. После осврта на неочекивану текстуалну формулацију члана 7 Конвенције, указаћу на историјат настанка тог члана, те на његов правни живот, укључив еволуцију и грађање начела законитости у праксе Европског суда за људска права. Посебна пажња биће посвећена општим правним начелима из става 2 члана 7 Конвенције.

2. НЕОЧЕКИВАНА ТЕКСТУАЛНА ФОРМУЛАЦИЈА ЧЛАНА 7

Текст члана 7 Европске конвенције о људским правима гласи:

"1. Нико се не може сматрати кривим за кривично дело извршено чињењем или нечињењем које, у време када је извршено, није представљало кривично дело по унутрашњем или међународном праву. Исто тако, не може се изрећи строжа казна од оне која се могла изрећи у време када је кривично дело извршено.

2. Овај члан не утиче на суђење и кажњавање неког лица за чињење или нечињење које се у време извршења сматрало кривичним делом према општим правним начелима која признају цивилизовани народи."⁵

Коришћење термина "унутрашње или међународно право" у контексту дефинисања начела законитости у кривичном праву је неочекивано. Оно је неочекивано, посебно, ако се има у виду да је у другим члановима Европске конвенције о људским правима и у протоколима придодатим Конвенцији коришћен термин "закон". Термин "закон" је коришћен у чл. 2 Конвенције, у чл. 1 Протокола бр. 1, чл. 2 Протокола бр. 6, чл. 2 Протокола бр. 7 и чл. 1 Протокола бр. 12. Синтагма "у складу са законом" је коришћена у чл. 5, 8, 12 Конвенције, у чл. 2 Протокола бр. 4, и у чл. 1, 3 и 4 Протокола бр. 7. Ираз "прописано

of the Faculty of Law and Political Science / Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, 13/2014, 225–242; G. M. Flick, "The Principle of Legality", *New Journal of European Criminal Law*, 4/2015, 553–557; C. Sima, "Principle of Legality", *Revista Pro Lege*, 1/2016, 13–24. Види уопште о начелу законитости D. M. Mitrović, "Načelo zakonitosti", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1/2004, 55–78.

⁴ Види уопште о члану 7 Европске конвенције о људским правима Z. Stojanović, "Garantivna funkcija krivičnog prava", *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Đ. Ignjatović), VI deo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, 5–8; S. Carić, "Načelo zakonitosti u praksi Evropskog suda za ljudska prava", текст објављен 6. 9. 2019, <https://www.paragraf.rs/100pitanja/strazbur/nacelo-zakonitosti-u-praksi-evropskog-suda-za-ljudska-prava.html>, 4. 3. 2023; A. Krstulović Dragičević, "Načelo zakonitosti u praksi Evropskog suda za ljudska prava", *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, 2/2016, 403–433; I. Tomić, "Tumačenje, pravne praznine i načelo zakonitosti", *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, 2020, 125–127.

⁵ Енглески аутентичан текст гласи:

- "1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.
2. This Article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations."

Француски аутентичан текст гласи:

"1 Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

2 Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées."

законом" је коришћен у чл. 9, 10 и 11. Реч "законито" је употребљена у чл. 5 Конвенције, а израз "на основу закона" у чл. 6. Коришћење термина "општа правна начела" у контексту начела законитости је изненађујуће. Идеја да се општим правним начелима дефинише кривично дело је, заиста, изненађујућа.

Овде треба приметити да постоји извесна језичка неусклађеност у две аутентичне језичке верзије Конвенције у погледу термина "закон". У француској аутентичној верзији коришћен је термин "*loi*," који значи "закон". У енглеској аутентичној верзији је коришћен, међутим, термин "*law*", који има шире значење од термина "закон" и значи, такође, "право". У великој већини националних превода текста Конвенције термини "*law*" и "*loi*" преведени су националним изразима који значе "закон". Тако се у руском преводу користи термин "закон," у шпанском "*ley*," у немачком "*Gesetz*," у италијанском "*legge*" итд. Термини "*national or international law*", односно "*le droit national ou international*" из чл. 7 преведени су свуда као "национално или међународно право." Тако је енглески термин "*law*" у свим члановима Конвенције и протокола превођен као "закон", само је у чл. 7 преведен као "право". Ради потпуности овог терминолошког прегледа у различитим језичким верзијама треба додати да је у чл. 1 Протокола бр. 1 поред термина "закон" коришћен и израз "општа начела међународног права" (енг. "*general principles of international law*", односно фр. "*principes généraux du droit international*").

Данас може да изгледа чудно да су у вези са начелом *nullum crimen, nulla poena sine lege* коришћени поменути термини – "унутрашње или међународно право" и "општа правна начела" – а не термин "закон". Објашњење овог неочекиваног избора термина у члану 7 се налази у историјском контексту доношења Конвенције. Други светски рат и Нирнбершки процес, који је проистекао из рата, као и национална суђења везана за рат, су одлучујуће утицали на избор овакве терминологије.⁶

3. ИСТОРИЈАТ ЧЛАНА 7 ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА

3. 1. Припрема нацрта члана 7 Конвенције

Познато је да се правно извориште Европске конвенције о људским правима налази у Универзалној декларацији о људским правима, коју је усвојила Генерална скупштина Уједињених нација 10. децембра 1948. године. Добар део релевантне терминологије трансплантиран је из Универзалне декларације у Конвенцију. Став 2 члана 11 Универзалне декларације, који прокламује начело законитости у кривичном праву, био је полазиште за израду текста члана 7 Европске конвенције о људским правима. У тексту става 2 члана 11 су коришћени термин "национално или међународно право." У другим члановима Декларације се користи термин "закон".

Иако постоје записници са седница Комисија за људска права и њеног Комитета за драфтирање у вези припреме текста Универзалне декларације о људским правима у дигиталном облику, и иако су они доступни путем интернета, генезу текста става 2 члана 11 Декларације није лако утврдити. У три нацрта декларације, припремљеним од стране

⁶ 5. децембра 1952. ставила резерву на ст. 2 чл. 7 Конвенције, пошто тај став није био сагласан са ст. 2 чл. 103 Устава СР Немачке, којим је предвиђено да је акт кажњив једино ако је дефинисан законом као кривично дело пре него што је акт учињен. Она је повукла ту резерву 1. октобра 2001. године. Португалија је, такође, ограничили примену чл. 7 Конвенције. Council of Europe, Treaty Office, Full List, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=declarations-by-treaty&numSte=005&codeNature=0 24. 04. 2023>.

Секретаријата УН, САД и В. Британије током 1947. године нису коришћени термини "национално или међународно право" у релевантним члановима у којима је имплементирано начело законитости у кривичном праву.⁷ У нацртима Секретаријата и САД кривично дело (*offence*) се везивало за закон (*law*). У нацрту који је припремио Комитет за драфтирање Комисије за људска права 1947. године се говори о закону, а не националном или међународном праву.⁸ Истовремено са припремом Декларације, Комисија за људска права је радила и на припреми Нацрта пакта о људским правима. Представник СССР-а предложио је да текст релевантног члана Пакта гласи:

"Нико неће бити крив за било које кривично дело због чињења или нечињења које није чинило такво кривично дело у време када је извршено, нити ће бити теже кажњен него што је било предвиђено за такво кривично дело законом на снази када је кривично дело учињено. Ништа у овом члану не прејудуцира суђење и кажњавање за чињење било ког дела које је у време када је учињено био кривично дело према општим правним начелима признатим од цивилизованих народа."⁹

Овај текст се појавио у чл. 8 текста Нацрта декларације, који је припремио Комитет за драфтирање у мају 1948 године,¹⁰ па се може претпоставити да га је предложио представник СССР-а. У коначном тексту Декларације тај текст је нестало. Дакле, став 2 члана 11 Универзалне декларације о људским правима гласи: "Нико се неће сматрати кривим за било које кривично дело због чињења или нечињења које није чинило кривично дело, на основу националног или међународног права, у време када је учињено. Нити ће бити примењена тежа казна од оне која је била примењива у време када је кривично дело учињено."

Међународно право, као што је познато, обухвата и општа правна начела. Текстом става 2 члана 11 Декларацију су, дакле, обухваћена и општа правна начела. Могуће је да је текст става 2 члана 11 био компромис постигнут међу члановима Комитета за драфтирање, којим се пристало на израз шири од "закона," али који је, ипак, искључио експлицитно помињање општих правних начела.

Како је већ речено, став 2 члана 11 Универзалне декларације о људским правима се појавио као предлог за одговарајући члан у Европској конвенцији о људским правима. На састанку Одбора експерата за припрему нацрта Конвенције, у фебруару 1950, кометаришући предложени текст, представник Велике Британије је изразио забринутост да би се предложени текст могао разумети као напад на ваљаност пресуде из Нирнберга и зато је предложио да се дода други став:

"Ништа у овом члану не прејудуцира суђење или кажњавање било које особе за чињење дела, које је у време када је учињено, било кривично дело према општим правним начелима признатим од цивилизованих народа."¹¹

⁷ UN, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Drafting Committee, *International Bill on Human Rights*, E/CN. 4/AC.1/11, 12 June 1947, 30.

⁸ *Draft Outline of International Bill of Rights*, UN, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Drafting Committee, *International Bill on Human Rights*, E/CN. 4/AC.1/3, 4 June 1947, 10.

⁹ UN, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, *Report of the Drafting Committee to the Commission on Human Rights*, E/CN. 4/95, 21 May 1947, 29.

¹⁰ *Ibid.*, 6.

¹¹ Council of Europe, Commission on Human Rights, *Preparatory Work on Article 7 of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 21 May 1950, DH (57) 6, 4.

Очигледно, овај британски предлог био је веома сличан совјетском предлогу из 1948. Представник Луксембурга је критиковао став 2 члана 11 Универзалне декларације имајући у виду скорашњу праксу држава. Он је приметио да су после Другог светског рата многи текстови међународног права и националног права одбацили не само начело *nulla poena sine lege*, већ и начело *nullum crimen sine lege*. Додао је да су неке европске државе током рата и после рата направиле изузетке од забране ретроактивне примене кривичног закона. Неки би могли да мисле, рекао је представник Луксембурга, да би уношење формулације из става 2 члана 11 Универзалне декларације могло да чини моралну осуду такве праксе.¹² Имајући то у виду, он се, такође, заложиио да се у текст Европске конвенције, поред националног и међународног права, унесу и општа правна начела призната од цивилизованих народа. Подржан од Луксембурга, британски предлог је прихваћен и постао је став 2 члана 7 Европске конвенције о људским правима. Текст из члана 7 Европске конвенције о људским правима, готово у истоветном облику, трансплантиран је у члан 15 Међународног пакта о грађанским и политичким правима из 1966. године.

Формулације да нико не може бити сматрам кривим за кривично дело извршено неким актом, који у време чињења акта није представљао кривично дело по унутрашњем или међународном праву, те да то не утиче на суђење и кажњавање неког лица за акт који се у време извршења сматрао кривичним делом према општим правним начелима цивилизованих народа звучи непримерено предмету и циљу члана 7, те изгледа правно рогобатно и нелогично. Унутрашње право обухвата различите правне изворе, укључив устав, законе и подзаконске акте. Да ли термини "унутрашње право" значе да кривично дело може да буде прописано подзаконским актом? Међународно право обухвата међународне уговоре, међународно обичајно право као и општа правна начела. Иако су она покривена термином међународно право, ипак су посебно издвојена у ставу 2 члана 7. Некада историјске околности надјачају правну логику и економију правног нормирања. Силе победнице, у сваком случају СССР и Велика Британија, су желеле да Нирнбершко суђење и друга слична суђења после Другог светског рата заштите од каснијег правног преиспитивања и критике, те су се постарале да се то онемогући формулацијама у ставу 2 чл. 11 Универзалне декларације о људским правима, у чл. 7 Европске конвенције о људским правима и у чл. 15 Међународног пакта о грађанским и политичким правима.

3.1.1. Нирнбершка начела

Концепт правних начела, унет у став 2 члана 7 Европске конвенције о људским правима, потиче из Повеље Нирнбершког суда и пресуде тог Суда. Као што је познато, велике силе победнице у Другом светском рату, Француска, Велика Британија, САД и СССР, су 8. августа 1945. потписале Споразум о гоњењу и кажњавању главних ратних злочинаца Европске осовине, коме је придодата Повеља Међународног војног суда. Међународни војни суд је био надлежан за злочине против мира, ратне злочине и злочине против човечности. У Члану 6 Повеље су дефинисани наведени злочини. Међународни војни суд у Нирнбергу донео је пресуду 1. октобра 1946. године.

Четрдесет дана после доношења Нирнбершке пресуде, Генерална скупштина УН је Резолуцијом 95 (I), коју је донела на свом првом заседању 11. децембра 1946. године, потврдила начела међународног права призната Повељом Нирнбершког суда и пресудом тог Суда.

¹² *Ibid.*, 5 и 6.

Занимљиво је да је Генерална скупштина потврдила "начела међународног права," а не општа правна начела. У Повељи Нирнбершког суда начела се помуњу само у наслову другог дела Повеље, који гласи: "Надлежност и општа начела".¹³ У пресуди се помињу "фундаментална начела сваког права – међународног и домаћег," "опште начело правде," "општа правна начела", "општа начела правде" и "начела општег међународног права." Војни суд се много више бавио општим правним начелима, него начелима међународног права.¹⁴

Пошто их је прво потврдила Резолуцијом 95 (I) из 1946, Резолуцијом 177 (II) од 21. новембра 1947. године Генерална скупштина УН поверила је Комисији за међународно право да формулише начела међународног права, призната у Повељи Нирнбершког суда и у пресуди тог Суда, као и да припреми нацрт кодекса злочина против мира и безбедности и да при том јасно назначи место дато поменутиим начелима. Одмах по оснивању, на првом заседању 1949. године, Комисија за међународно право се подухватила повереног посла и следеће 1950. године усвојила је текст под насловом "Начела међународног права призната Повељом Нирнбершког суда и пресудом тог Суда".¹⁵ Ипак, чланови Комисије нису једнако видели поверени мандат. Не доводећи у питање Повељу и пресуду, Сел (*Scelle*) је показао извештај критичизам према начелима и упозорио де би Комисија требало да буде опрезна како се не би суочила са контрадикторностима када буде радила на кодификацији злочина против мира и безбедности.¹⁶ Спиропулос (*J. Spiropoulos*) је сматрао да је задатак Комисије да формулише начела Повеље и пресуде, а не да одреди који од њих јесте начело позитивног међународног права. Он је сматрао да би било опасно у то време да се одступи од тих начела или да се она критикују.¹⁷ У том смислу је говорио и Франсоа (*P. A. François*). Он је сматрао да је задатак Комисије само да свечано прокламује начела призната у Нирнбергу. Нагласио је да би сумњак Комисије у погледу тих начела произвеле штетан ефекат на светско јавно мњење.¹⁸ Комисија је 9. маја 1949. основала радну групу, коју су чинили Франсоа, Сандстром (*A. E. F. Sandström*) и

¹³ Овај део обухвата чланове од 6 до 13. Чланом 6 су дефинисани злочини за које је Војни суд био надлежан. Чланом 7 је предвиђено да службена позиција оптуженог, укључив позицију шефа државе или одговорних службеника у влади, не ослобађа од одговорности. У члану 8 стоји да поступање по наређењу владе или претпостављеног може да се узме као олакшавајућа околност, када Војни суд процени да правда то налаже. Члан 9 се односи на проглашење групе или организације криминалном организацијом. Према члану 10 проглашавање групе или организације криминалном биће валидно за националне судове и друге војне и окупационе судове. Сагласно члану 11 лица осуђена пред овим Војним судом могу да буду оптужена за друга кривична дела пред другим судовима. Члан 12 уређује питање суђења у одсуству. Члан 13 овлашћује Војни суд да усвоји правила поступка.

¹⁴ Војни суд каже да је одбрана оптужених истинчала да је фундаментално начело сваког права – међународног и домаћег – начело *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. У вези са тим Војни суд је приметно да ова максима, како је Суд назвао, не чини ограничење суверенитета, већ да је то опште начело правде. Нирнбершки суд је објаснио да међународни уговори као што је Пакт о одрицању од рата нису производи међународне легислатуре већ да се они баве општим правним начелима. Додаје да се право рата не налази само у уговорима већ и у обичајима и пракси држава која постепено добијају универзално признање и да се она деривирају из општих начела правде како их примењују правници и практикују војни судови. Он се позива да чврсто установљена правна начела, од којих је најважнији да је кривична одговорност индивидуална. Каже, такође, да једнако поступање према оптуженим треба да буде оосовно начело. Војни суд се позива на начело међународног права које штити представнике држава и каже да се оно не примењује на акте које је међународно право прогласило криминалним. Такође, говори о начелима општег међународног права о поступању према ратним заробљеницима.

¹⁵ *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, 374.

¹⁶ *Yearbook of the International Law Commission*, 1949, vol. I, 132, para 23.

¹⁷ *Ibid.*, para 24.

¹⁸ *Ibid.*, para 30.

Спиропулос и која је поднела први нацрт начела. Прво начело у нацрту је гласило: "Кршење међународног права може да чини међународни злочин иако га ниједан правни инструмент не одређује као такав."¹⁹ Тако би заиста могло да се формулише прво нирнбершко начело. Ипак, Комисија је ублажила бруталну отвореност ове формулације и преформулисала је предложено прво начело у следећа два начела. Прво начело у тексту усвојеном 1950. гласи: "Свако лице које учини акт који чини злочин на основу међународног права је одговорно и подлеже кажњавању."²⁰ Друго начело из тог текста гласи: "Чињеница да унутрашње право не намеће казну за акт који чини злочин на основу међународног права не ослобађа лице које учини такав акт одговорности на основу међународног права."

Резолуцијом 488 (V) од 12. децембра 1950. Генерална скупштина УН позвала је владе држава чланица да доставе своје опсервације на формулације Нирнбершких начела, које је припремила Комисија за међународно право. Генерална скупштина назива сада ова начела "Нирнбершким начелима". Мали број држава је одговорио.²¹ Од држава оснивача Нирнбершког суда одговорили су само Француска и САД. Само се Либан осврнуо на начело *nullum crimen, nulla poena sine lege*, тако што је поновио кључни став Нирнбершког суда у вези са тим начелом.

3.2. Начело законитости у нирнбершком издању

Агресорски рат није био експлицитно одређен као кривично дело у време када је почињен, нити је било каква казна била прописана за његово извршење, а такође, ниједан суд није био предвиђен да кажњава преступника. Међународни војни суд је, међутим, заузео став да је већ 1939. године агресиорски рат био имплиците дефинисан међународним правом као кривично дело. Нирнбершки суд се позвао на члан 1 Општег пакта о одрицању од рата, закљученог у Паризу 27. августа 1928. године (познатог као Бриан-Келогов пакт, *Briand-Kellogg Pact*). Одговарајући на приговор одбране оптужених у Нирнбергу у погледу законитости суђења за агресиорски рат, Међународни војни суд каже:

"Међутим, истицано је да Пакт није изричито озаконио, да су такви ратови злочини, или да није формирао судове да суде онима који такве ратове воде. Али то исто вреди и у погледу правила о рату, које садржи Хашка конвенција. Хашка конвенција од 1907. године забранила је прибегавање извесним методама вођења рата. Ови методи односе се на нечовечно поступање са заробљеницима, на употребу отровног оружја, злоупотребавање беле заставе и слично. Многе од тих забрана примењиване су много пре доношења Конвенције, али од 1907. године оне су свакако злочини кажњиви као повреде закона о рату; ипак Хашка конвенција нигде овакву праксу не обележава као злочиначку, нити је прописана икаква казна, нити се помиње какав суд, који ће судити и казнити преступника. Међутим, већ дужи низ година војни судови су судили и кажњавали појединце који су повредили правила о сувоземном ратовању које је ова Конвенција прописала. Према мишљењу Суда, они који воде агресиорски рат, чине оно што је исто тако незаконито и много теже него што је прекршај једне од одредаба Хашке конвенције. При тумачењу Пакта треба подсетити на то, да међународни закон (грешка у преводу, треба "међу-

¹⁹ Formulation of Nurnberg Principles, Doc. A/CN.4/22 Report by J. Spiropoulos, Spécial Rapporteur, *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, 189, 190.

²⁰ *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, 374.

²¹ Observations of Governments of Member States relating to the formulation of the Nürnberg principles prepared by the International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, 1951, vol. II, 104–109.

народно право", прим. Р. Е.) није производ међународног законодавног тела и да овакви међународни споразуми као што је Париски пакт, садрже опште принципе права, а не административна питања процедуре. Ратни закони налазе се не само у уговорима него и у обичајима и пракси држава, који постепено добијају опште признање као и у општим принципима правде које развијају правници а примењују војни судови. Ово право није статично, већ непрекидним прилагођавањем иде за потребама света који се мења. Заиста, у многим случајевима уговори само изражавају и дефинишу правне принципе, који већ постоје, с циљем тачнијег позивања на њих." ²²

Поткрепљујући овај став Међународни војни суд упућује на међународноправна збивања у периоду Друштва народа. Указује, између осталог, да су на састанку Скупштине Друштва народа, одржане 24. септембра 1927. године све тада присутне делегације (укључујући немачку, италијанску и јапанску) једнодушно прихватиле Декларацију о агресорском рату којом је агресорски рат проглашен међународним злочином. Нирнбершки суд помиње и Резолуцију од 18. фебруара 1928. прихваћену на Шестој панамеричкој конференцији од 21 америчке републике, у којој се каже да "агресорски рат представља међународни злочин против људског рода." Указује затим на члан 227 Версајског уговора о миру из 1919., којим је предвиђено формирање међународног суда ради суђења немачком цару "за највише повреде међународног морала и светости уговора."

Овде треба разликовати две ствари: ратне злочине и злочине против човечности, са једне стране, и злочин агресорског рата, са друге стране. Нирнбершко суђење није било прво међународно суђење за ратне злочине и злочине против човечности, али је било прво суђење за злочин агресорског рата. Могло би да се каже да су у време Другог светског рата постојала међународна правила о ратним злочинима и о злочинима против човечности, која су примењивана пре тог рата. Међутим, агресорски рат није био дефинисан, у сваком случају не експлицитно, као међународно кривично дело. Бриан-Келогов пакт о одрицању од рата из 1928. је био револуционарни преокрет у међународном праву. Државе су се одрекле рата као инструмента спољне политике, који је до тада сматран највишим изразом суверенитета држава. Пакт је брзо прихваћен од велике већине чланова међународне заједнице, укључив Немачку. Агресорски рат је проглашен злочином, али злочином за који је међународноправно одговорна држава, а не појединци. У преамбули Декларације Скупштине Друштва народа из 1927, која је претходила Бриан-Келоговом уговору, а на коју се позива Нирнбершки суд, стаји: "Скупштина убеђена да агресорски рат не може никада да служи као средство за решавање међународних спорова и, према томе, он је међународни злочин".²³

Поред тога, Нирнбершки суд је направио једну посебну правну конструкцију у вези начела *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Одговарајући на аргумент одбране да је то фундаментално начело сваког права, међународног и унутрашњег, и да се кажњавање *ex post facto* сматра одвратним у свим цивилизованим народима, Међународни војни суд је рекао да максима *nullum crimen sine lege* није ограничење суверенитета, већ је то једно опште начело правде. Кршећи уговоре, приметио је овај Војни суд, нападач

²² Нирнбершка пресуда од 1. октобра 1946. *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, 1948, 87.

²³ 1927 Declaration Concerning Wars of Aggression, Published online by Cambridge University Press: 05 June 2014, <https://www.cambridge.org/core/books/abs/travaux-preparatoires-of-the-crime-of-aggression/1927-declaration-concerning-wars-of-aggression/1625748877E59D76DF7C562AF64E9C95> 1. 04. 2023.

је морао знати да чини деликт "и далеко од тога да је неправедно казнити га, било би неправдно ако би се дозволило да његов деликт прође некажњено."²⁴ Није лако разумети како су општа правна начела дефинисала агресорски рат као међународно кривично дело. Приступ Међународног кривичног суда личи на природно правни приступ: војни судови примењују право које правници развијају из општих начела правде. Међународни уговори, према овом приступу, само изражавају и дефинишу правна начела. Анализирајући међународне уговоре и међународноправни развој у неком периоду, судије откривају правна начела и из њих развијају потребна правна правила. Међународни војни суд се позвао на Бриан-Келогов пакт, којим су се државе одрекле од рата као инструмента спољне политике, а затим, на међународноправни развој везан за криминализацију кршења правила обичајног ратног права и правила Хашке конвенције из 1907. Позвао се, такође, на члан 227 Версајског уговора о миру из 1919., којим је предвиђено суђење немачком цару "за највише повреде међународног морала и светости уговора." Цару није суђено, али треба знати да је цар провео остатак живота у интернацији у једном холандском дворцу. Тај холандски дворца је био у ствари једна већа кућа на некој пољани. Такав међународноправни развој је наговештавао да би тешко кршење Бриан-Келоговог пакта могао да има за последицу кривичну одговорност појединаца. Ипак, са становишта кривичног права, овакав метод идентификације постојања злочина агресорског рата је био близак судској легислацији. То је био атипичан приступ општим правним начелима из чл. 38 (1, ц) Статута Међународног суда правде. Видећемо касније у овом тексту да је овакав приступ општим правним начелима поново оживео у Комисији УН за међународно право, почетком треће деценије XXI века.

Вероватна нелагода неких актера нирнбершког суђења у вези са начелом законитости се манифестовала у два правца: у правцу заштите суђења од каснијих правних критика и у правцу претварања нирнбершког права у опште право. Први правац се испољио у ставу 2 члана 11 Универзалне декларације о људским правима, у члану 7 Европске конвенције о људским правима и у члану 15 Међународног пакта о грађанским и политичким правима. Други правац је видљив у настојању држава да преко Уједињених нација нирнбершко право трансформишу у опште међународно кривично право. Прво је Комисија за међународно право 1950. кодификовала нирнбершка начела, а затим је 1954. усвојила нацрт Кодекса о злочинима против мира и безбедности човечанства и 1994. други део тог нацрта. Усвојен је Статут Међународног кривичног суда у Риму 1998. године. У Кампали је 2010. године усвојена кривичноправна дефиниција агресије, која је унета у чл. 8 бис Статута и која је у међувремену ступила на снагу за државе уговорнице Статута, које су је прихватиле.²⁵ Статут Међународног кривичног суда упућује на општа правна

²⁴ У пресуди стоји: " In the first place, it is to be observed that the maxim nullum crimen sine lege is not a limitation of sovereignty, but is in general a principle of justice. To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighbouring states without warning is obviously untrue, for in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong, and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished. Occupying the positions they did in the government of Germany, the defendants, or at least some of them must have known of the treaties signed by Germany, outlawing recourse to war for the settlement of international disputes; they must have known that they were acting in defiance of all international law when in complete deliberation they carried out the designs of invasion and aggression. On this view of the case alone, it would appear that the maxim has no application to the present facts." Judgment of the International Military Tribunal, (Nuremberg), 1 October 1946, *American Journal of International Law*, 1/1947, 217.

²⁵ Види М. Škulić, "Zločin protiv mira kao 'kapitalno' međunarodno krivično delo," *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 2-3/2015, 9-40.

начела, али она тамо немају улогу коју су имала у Нирнбергу, већ чине правни инструмент без кога не може да функционише ниједан суд, па тако ни Међународни кривични суд. Општа правна начела из става 2 члана 7 Европске конвенције о људским правима отишла су у хибернацију, из које их Европски суд буду у изузетним ситуацијама.

4. ПРАВНИ ЖИВОТ ЧЛАНА 7 ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА

4. 1. Постављање темеља начела законитости у предмету *Сандеј Тајмс*

Европски суд је утврдио опште стандарде законитости у предмету *Сандеј Тајмс* 1979. године.²⁶ Конкретне околности предмета, као и начин како су стране у спору и Европски суд водили тај предмет, значајно су утицали на обликовање тих општих стандарда. Предмет је проистекао из спорне примене *common law*-а о непоштовању суда (*the law of contempt of court*). Непоштовање суда је кривично дело у енглеском праву, којим се суд штити у неометаном вршењу судске функције, али се штите од утицаја јавности и алтернативни механизми решавања спорова, као што су преговори штетника и оштећених. У то време је ово кривично дело било дефинисано у *common law*-у. Касније ће бити донет закон о том кривичном делу. Сандеј Тајмс је писао о преговорима између фармацеута и родитеља чија су новорођена деца била тешко оштећена леком талидомин, кога су пиле труднице. Пошто је у једном чланку од 24. септембра 1972. најавио да ће објавити нови чланак у коме ће извести о свим пропустима фармацеута у вези са испитивањем ефеката талидомина, на захтев јавног тужиоца, позивом на право о непоштовању суда, надлежни енглески суд је забранио објављивање тог чланка. Пошто је виши суд потврдио ту одлуку првостепеног суда, Сандеј Тајмс се обратио тадашњој Европској комисији за људска права, а Комисија је изнела предмет пред Европски суд за људска права. Сандеј Тајмс је тврдио да му је том забраном повређена слобода изражавања, јер је забрана објављивања чланка била незаконита. Она је била незаконита, према мишљењу Сандеј Тајмса, зато што је *common law* у погледу непоштовања суда био нејасан и несигуран и зато што је начело примењено у том предмету било толико ново да се није могло сматрати да је било прописано законом.²⁷ Имајући у виду тужбени захтев Сандеј Тајмса, Европски суд је испитивао законитост забране објављивања у контексту става 2 члана 10 Конвенције, дакле у контексту услова под којим је дозвољено да власт интервенише у слободу изражавања, а не у контексту члана 7 Конвенције, дакле у контексту *nullum crimen sine lege*. Обе ствари су биле на располагању тужиоца, али као велика медијска кућа, Сандеј Тајмс се определио само за члан 10. Европски суд се у пресуди не осврће на члан 7, кога помиње једино судија Зекиа у издвојеном мишљењу. Европски суд се суочио у овом предмету са неколико проблема. Непоштовање суда је у енглеском праву било предвиђено у *common law*-у, дакле у неписаном праву. Пошто је ствар доспела до Дома лордова (*House of Lords*), тада Врховног суда Велике Британије, један од судија је рекао да Дом лордова треба да покуша да отклони несигурност, као главни приговор постојећем праву.²⁸ Упркос томе, судије Дома лордова нису могле да се усагласе око тумачења тог прописа *com-*

²⁶ *Sunday Times v. The United Kingdom* (pred. br. 6538/74), Presuda od 26 aprila 1979.

²⁷ *Ibid.*, par. 46.

²⁸ *Ibid.*, par. 29.

mon law-а.²⁹ То су, дакле, биле околности предмета, које су утицале на формулисање општих стандарда законитости.

Европски суд је нашао, прво да и неписано право, *common law*, чини право, односно закон у смислу Конвенције.³⁰ Другачији налаз није био могућ, јер би он искључио Велику Британију из Конвенције, што би било бесмислено.³¹ Затим, Европски суд формулише квалитете које правни пропис, писан или неписан, треба да поседује. Прво, каже Европски суд, закон треба да буде доступан на одговарајући начин, дакле грађанима треба да буде омогућено на адекватан начин у датим околностима информација, у пресуди је коришћен термин "*indication*," о правним правилима која се примењују у датом случају. Термин "*indication*," дакле "назнака" или "наговештај" је коришћен, вероватно, због специфичности *common law*-а, као обичајног права, које извире из судске праксе. Друго, према овде формулисаној ставу Европског суда, правило се не може сматрати "законом", ако није формулисано са довољно прецизности да омогући грађанину да регулише своје понашање.³² То значи да се грађанину мора омогућити, ако је потребно уз одговарајући професионални савет, да предвиди, до степена који је разуман у датим околностима, последице које у погледу одређене активности може да очекује.³³ Последице не морају да буду предвидиве са апсолутном сигурношћу, јер је то, како каже Европски суд, недостижно. Сигурност је високо пожељна, констатује Европски суд, али упозорава да она може да повуче са собом претерану ригидност, а закону треба омогућити да еволуира или, како Европски суд каже "*keep pace*" са промењивим околностима.³⁴ Овај Суд је приметио да су многи закони неизбежно формулисани терминима који су у већој или мањој мери нејасни и чије тумачење и примена су питање праксе. Формулисање другог услова – довољна прецизност која омогућава предвидљивост – и елборација тог услова – нејасност термина коришћених у законима и значај праксе у њиховом разјашњавању – нису сасвим конзистентни и, вероватно, су инспирисани оним што је Европски суд имао пред собом у овом предмету.

Без обзира на извесну некорехтност енглеске судске праксе у погледу кривичног дела непоштовања суда, како је оно тада било установљено у *common law*-у, Европски суд је нашао да је у енглеском праву, како је оно извирало из судске праксе енглеских судова, било довољно индикација о томе шта је недозвољено понашање, те је нашао да је забрана објављивања чланка била у складу са законом. Нашао је, дакле, да је било довољно индикација у *common law*-у на основу којих је Сандеј Тајмс могао да зна да објављивањем чланка крши кривичну забрану, којом се обезбеђује поштовање суда. Вагајући два сукобљена јавна интереса – интерес да јавност буде обавештена о питању од великог јавног значаја и интерес неометаног одвијања процеса решавања спора, Европски суд је нашао да први интерес

²⁹ *Ibid.*, par. 50.

³⁰ *Ibid.*, par. 47.

³¹ Види о начелу законитости у англосаксонском праву В. Lim, "The Normativity of the Principle of Legality", *Melbourne University Law Review*, 2/2013, 372–414; D. Meagher, "The Common Law Principle of Legality", *Alternative Law Journal*, 4/2013, 209–213; B. Chen, "The French Court and the Principle of Legality", *University of New South Wales Law Journal*, 2/2018, 401–448; Ph. Sales, "Legislative Intention, Interpretation, and the Principle of Legality", *Statute Law Review*, 1/2019, 53–63; R. French, "The Principle of Legality and Legislative Intention", *Statute Law Review*, 1/2019, 40–52; J. N. E. Varuhas, "The Principle of Legality", *Cambridge Law Journal*, 3/2020, 578–614; L. Burton Crawford, "An Institutional Justification for the Principle of Legality", *Melbourne University Law Review*, 2/2022, 511–548.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

претеже, те да забрана, иако законита, није била неизбежна у демократском друштву и да, зато, чини повреду слободe изражавања, зајемчену чланом 10 Конвенције.

Утисак је да је Европски суд поставио своје темеље тумачења термина "закон" под утицајем *common law*-а и конкретних околности предмета. Концепт законитости, како је постављен у овом предмету, укључује два основна питања – шта се сматра законом и које квалитете треба да испуни акт који претендује да је закон да би стварно био закон. Поред тога, он укључује указивање на тензију, која је инхерентна закону, а то је супротност између прецизности и предвидивости, као услова правне сигурности, са једне стране, и општости, која је неизбежна ради примене закона на неограничени број променљивих ситуација, са друге стране. Разрешење ове тензије Суд тражи у пракси примене закона. Основни елементи општег концепта законитости, како су постављени у предмету *Сандеј Тајмс* 1979. године, актуелни су и данас и појављују се у пресудама из 2023. године.³⁵ Током времена, они су, ипак, надограђени новим садржајима.

4. 2. Еволуција и гранање начела законитости у праксе Европског суда за људска права

Једна еволутивна грана праксе Европског суда кретала се ка члановима 8–11 Конвенције. Наведним члановима се јемчи право на поштовање приватног и породичног живота; слобода мисли, савести и вероисповести; слобода изражавања; и слобода окупљања и удруживања. То нису апсолутна права и у другом ставу наведених чланова су наведени услови под којим је дозвољена интервенција државе у наведена права. Један од услова је да је интервенција била законита, дакле заснована на закону или у складу са законом. У тим члановима се користи енглески термин "*law*" и француски термин "*loi*" који су у великој већини националних превода држава уговорница преведени одговарајућим националним термином којим се означава закон. У тим прописима се користи, дакле, термин "закон", а не "национално или међународно право". Видели смо да је у предмету *Сандеј Тајмс*, Европски суд под овај термин подвео и *common law*. Током времена, Суд је у појединим предметима ширио значење термина "закон" да би у предмету *Вавричка н. Чешке Републике* 2021. године рекао да "писани закон није ограничен само на примарну легислацију већ укључује, такође, правне акте и инструменте нижег ранга."³⁶ Европски суд разуме, тако, сада под "законом" и подзаконске акте у контексту чланова 8–11 Конвенције.

Друга еволутивна грана се креће према члану 7 Конвенције. У предмету *Морк Џенсен н. Данске* из 2022. године Суд поновља оно што је већ рекао у више претходних предмета: "... када се говори о праву (*law, droit*) члан 7 се позива (*alludes*) на исти концепт као онај на који се Конвенција позива на другим местима када користи тај термин, концепт који обухвата законско право (*statutory law*) као и *case law*..."³⁷ Исту реченицу налазимо у ранијим предметима.³⁸ Тако је Европски суд, не својом кривицом, дошао до терминолошке конфузије. Под термином "закон" у члановима 8–11 Конвенције, Суд разуме и подзаконске акте, а под термином "национално или међународно право" у члану 7 Суд

³⁵ *Ovcharenko and Kolos v. Ukraine*, (пред. бр. 27276/15 and 33692/15), Пресуда од 12. јануара 2023, пара. 96; *Mustafa Hajili and Others v. Azerbaijan* (пред. бр. 69483/13 и 2 друге), Пресуда од 6. октобра 2022.

³⁶ *Vavřická and Others v. the Czech Republic*, (пред. бр. 47621/13 и 5 других), Пресуда од 8. априла 2021, пара. 269.

³⁷ *Mørck Jensen v. Denmark*, (пред. бр. 60785/19), Пресуда од 18. октобра 2022, пара. 37.

³⁸ *W.A. v. Switzerland*, (пред. бр. 38958/16), Пресуда од 2. новембра 2021, пара. 54; *Del Río Prada v. Spain* (пред. бр. 42750/09), Пресуда од 21. октобра 2013, пара. 91.

разуме само закон и судску праксу, али не и подзаконске акте. Термин "закон", који има јасно и прецизно значење, је тумачен широко, тако да обухвати и подзаконске акте, а термини "национално или међународно право," који имају широко значење, су тумачени рестриктивно, тако да обухватају само закон и судску праксу. При томе, желећи да остави утисак доследности, Суд понавља у више предмета фразу: "... када се говори о праву (*law, droit*) члан 7 се позива (*alludes*) на исти концепт као онај на који се Конвенција позива на другим местима када користи тај термин,...". Међутим, термин "*droit*" се користи само у члану 7. У другим члановима се користи термин "*law*", али не у оном смислу у коме се користи у члану 7. Поред тога, видели смо да Суд не приписује исто значење том термину у члановима 8–11 и у члану 7. У начелу један термин, који се понавља у једном правном тексту, треба да има увек исто значење. Одступања од тог начела се понекад догађају. У овом случају главна детерминанта значења термина је пракса држава уговорница. Ми смо сматрали да се људска права могу ограничити само законом. Због различитих разлога, државе интервенишу у људска права и подзаконским актима и, опет, због различитих разлога Европски суд то прихвата. У европској породици држава нема, међутим, државе која дефинише бића кривичних дела подзаконским актима, без обзира на терминологију члана 7. Државе уговорнице су, дакле, својим праксама одредиле различита значења ових термина. Овим није дата потпуна слика еволуције начела законитости у праксе Европског суда, већ је дат само онај део који је релевантан за предмет овог текста.

Следећа специфичност у еволуцији начела законитости тиче се прецизности и предвидивости закона. Европски суд је даље развио стандард прецизности и предвидивости закона кроз одређивање фактора од којих зависи тражени ниво прецизности и предвидивости. У предмету *НИТ С. Р. Л. н. Молдавије* из 2022. године, Суд каже да ниво прецизности, који се тражи од домаће легислације, зависи у значајној мери од садржине закона, поља његове примене и броја и статуса оних којима је упућен.³⁹ Ово је речено у контексту става 2 члана 10 Конвенције, дакле слободе изражавања, а тичао се одузимања лиценце за емитовање програма једној телевизијској компанији. Наведени став о факторима који одређују потребан ниво прецизности закона Суд је користио и у ранијим предметима.⁴⁰ У предмету *Линдон, Отчаковски-Лоренс и Џулај н. Француске* из 2007. године, Суд не говори о прецизности закона, већ о обиму појма предвидивости (*scope of the notion of foreseeability*) и каже да тај обим зависи у значајном степену од садржаја текста у питању, области у којој је предвиђено да се примењује и броја и статуса оних на које је адресиран.⁴¹ Европски суд је већ у предмету *Сандеј Тајмс* видео праксу примене закона као решење сукоба између прецизности, која може да учини закон ригидним, и општости, која је неопходна за примену закона на променљиве околности, али која угрожава предвидивост примене закона. У каснијим предметима Суд је даље развио овај став. У предмету *Овчаренко и Колос н. Украјине* из 2023. године Суд каже да постојање прецизне и доследне праксе тумачења правног прописа чини фактор који може да учини пропис предвидивим у погледу његовог дејства.⁴² Суд иде и даље од улоге праксе у разјашњавању непре-

³⁹ *NIT S.R.L. v. the Republic of Moldova* (пред. бр. 28470/12), Пресуда од 5. априла 2022, пара. 160.

⁴⁰ *Karácsony and Others v. Hungary* (пред. бр. 42461/13 и 44357/13), Пресуда од 17. маја 2016, пара. 125; *Delfi AS v. Estonia* (пред. бр. 64569/09) Пресуда од 16. јуна 2015, пара 122; *Cantoni v. France* (пред. бр. 17862/91) Пресуда од 11. новембра 1996, пара. 29.

⁴¹ *London, Otchakovsky-Laurens and July v. France*, (пред. бр. 21279/02 и 36448/02), Пресуда од 22. октобра 2007, пара 41; *Gorzelik and Others v. Poland* (пред. бр. 44158/98), Пресуда од 17. фебруара 2004, пара. 65.

⁴² *Ovcharenko and Kolos v. Ukraine* (пред. бр. 27276/15 и 33692/15), Пресуда од 12. јануара 2023, пара. 179.

цизних прописа и указује на општи значај праксе у примени прописа. У предмету *Горзелик п. Пољске* Суд каже примена сваке законске одребе, без обзира на њену јасноћу, укључује неизбежно судско тумачење.⁴³ Увек постоји потреба, примећује Суд, за разјашњавањем сумњивих места и прилагођавањем конкретним околностима. Дакле, према мишљењу Суда, маргина сумње у вези са граничним чињеницама сама по себи не чини законски пропис непредвидивим у његовој примени. Предвидивост није елиминисана, према Суду, нити чињеницом да се такав пропис може тумачити на више начина. Улога правосуђа је управо, закључује Суд, да распрши такве недоумоце у тумачењу, узимајући у обзир промене у свакодневној пракси.⁴⁴ Европски суд иде даље када је у питању члан 7 и тврди да је прогресиван развој кривичног права кроз судску легислацију (*judicial law-making*) чврсто укоренен у правној традицији држава уговорница и чини нужан део те традиције.⁴⁵ Суд тумачи члан 7 Конвенције тако да не забрањује постепено разјашњавање правила кривичне одговорности кроз судско тумачење од случаја до случаја, под условом да је резултат развоја у складу са суштином кривичног дела и да је био разумно предвидив.⁴⁶ Имајући у виду овакав развој у пракси Европског суда за људска права и, нарочито, подвођење *common law*-а под појам закона, могло би се данас наћи извесно оправдање за коришћење термина "национално право" у ставу 1 члана 7 Конвенције.

4. 3. Став 2 члана 7 Европске конвенције о људским правима у пракси Европског суда

Европски суд је потврдио специфичан карактер става 2 члана 7. Он сматра да је опште правило о законитости садржано у ставу 1, и да је став 2 резултат конкретних историјских околности. У предмету *Кононов п. Летоније*, Суд је приметио: "припремни радови (*travaux préparatoires*) Конвенције показују да је циљ другог става члана 7 био да специфицира да члан 7 не погађа законе који су донети у потпуно изузетним околностима на крају Другог светског рата у циљу кажњавања, између осталог, ратних злочина, тако да члан 7 нема за циљ да даје правни или морални суд ових закона."⁴⁷ У предмету *Мактоф и Дамјановић*, Суд је још јаснији када каже да је став 2 унет у члан 7 "да не би било никакве сумње у погледу ваљаности гоњења после Другог светског рата злочина учињених током рата."⁴⁸

Ипак, у неким предметима везаним за суђење за злочине учињене током Другог светског рата или током педесетих година у балтичким државама, Европски суд је потврдио да је злочин против човечности био инкриминсан општим правним начелима.⁴⁹ У два предмета Европски суд је одбио представку у погледу ретроактивне примене злочина против човечности од стране естонских судова, после стицања независности Естоније. Злочин против човечности није био предвиђен кривичним законом Естоније у педесетим годинама прошлог века. Позивом на став 2 члана 7, Европски суд је нашао да је тај злочин

⁴³ *Gorzelik and Others v. Poland, op. cit.*, пара. 65.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Norman v. the United Kingdom* (пред. бр. 41387/17), Пресуда од 6. јула 2021, пара. 60.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Kononov v. Latvia*, (пред. бр. 36376/04), Пресуда од 17. маја 2010, пара. 186.

⁴⁸ *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina*, (пред. бр. 2312/08 и 34179/08) Пресуда од 18. јула 2013, пара. 72.

⁴⁹ *Touvier v. France*, (пред. бр. 29420/95), Одлука Комисије од 13. јануара 1997; *Papon v. France* (но. 2), (пред. бр. 54210/00), Одлука од 15 новембра 2001.

у то време био забрањен општим правним начелима. При томе се Суд позвао на члан 6 Повеље Нирнбершког суда, који инкриминише злочин против човечности, и на Резолуцију бр. 95 Генералне скупштине УН из 1946. којом су потврђена нирнбершка начела, као и на кодификацију од стране Комисије за међународно право.⁵⁰ У предмету *Колк и Кисљиј н. Естоније*, Суд каже: "Иако је Нирнбершки суд био установљен да суди главним ратним злочинцима земаља Европске осовине за злочине које су учинили пре или за време Другог светског рата, Суд је приметио да је универзална валидност начела у вези злочина против човечности касније била потврђена, између осталог, Резолуцијом 95 Генералне скупштине Уједињених нација (11. децембар 1946.) и касније од стране Комисије за међународно право."⁵¹ Став Европског суда за људска права је, дакле, да начела које је применио Нирнбершки суд нису у време суђења имала општу валидност, већ да су је стекла касније потврдом Генералне скупштине УН. Такав став доводи у питање постојање нирнбершких начела у облику општих правних начела у време суђења. Општа правна начела имају, по дефиницији, општу валидност.

5. ОПШТА ПРАВНА НАЧЕЛА ИЗ СТАВА 2 ЧЛАНА 7 ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА

Комисија за међународно право УН почела је да ради на општим правним начелима 2017. године и 2022. је усвојила Нацрт закључака. Marcelo Vázquez-Bermúdez, специјални извештач за ову тему у Комисији, осврнуо се на нирнбершка начела у свом другом извештају. Инспириран, вероватно, горе наведеним ставом Европског суда за људска права, он каже да изгледа да су државе касније нирнбершка начела сматрале општим правним начелима у смислу чл. 38, става 1 (ц) Статута Међународног суда правде.⁵² У вези са правном природом начела, он запажа да су државе скренуле пажњу, између осталог, на чињеницу да су она била укључена у Повељу Међународног војног суда и потврђена у Резолуцији 95 (I) Генералне скупштине, те да су она била у сагласности са циљевима Повеље Уједињених нација, Резолуције 96 (I) Генералне скупштине, која потврђује геноцид као злочин на основу међународног права, и Конвенцијом о спречавању и кажњавању злочина геноцида.⁵³

Имајући у виду нирнбершка начела и став специјалног извештача у вези са њима, чланови Комисије за међународно право су констатовали да општа правна начела могу да буду деривирана само из међународног права. "Јасно је да нирнбершка начела, на пример, чине 'начела међународног права' формирана у оквиру међународноправног система, пошто она нису била деривирана из националних правних система..."⁵⁴ Овде Комисија упућује на Начело II, као на специфичан пример. У Начелу II је речено да чињеница да унутрашње право не одређује казну за акт који чини злочин на основу међународног права не ослобађа лице, које је учинило тај акт, одговорности на основу међународног права. Она је приметила да тумачење чл. 38, става 1 (ц) Статута Међународног

⁵⁰ *Penart v. Estonia*, (пред. бр. 14685/04), Одлука од 24. јануара 2006; *Kolk and Kislyiy v. Estonia*, (пред. бр. 23052/04 и 24018/04), Одлука од 17. јануара 2006.

⁵¹ *Kolk and Kislyiy v. Estonia*, *op. cit.*, 8.

⁵² International Law Commission, Seventy-second session Geneva, 27 April–5 June and 6 July–7 August 2020 *Second report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur*, 9 April 2020, пара 125.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ International Law Commission Seventy-third session Geneva, 18 April–3 June and 4 July–5 August 2022, *Third report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur*, 18 April 2022, пара 28.

суда правде омогућује такав закључак, јер текст тог параграфа, припремни радови и историја параграфа су далеко од тога да своде општа правна начела само на начела која извиру из националних правних система.⁵⁵ Комисија тако у Нацрт закључка бр. 3 разликује две категорије општих правних начела: а) она деривирани из националних правних система и б) она која могу да буду формирана у оквиру међународноправног система.⁵⁶ Нацрт закључка бр. 7 посвећен је идентификацији општих правних начела, која се формирају у оквиру међународноправног система. Нужно је утврдити да је међународна заједница потврдила начела као својствена (*intrinsic*) међународноправном систему, речено је у првом ставу Нацрту овог закључка. У другом ставу се каже, међутим, да први став не прејудуцира питање могуће егзистенције других општих правних начела формираних у оквиру међународноправног система.⁵⁷ Концепт општих правних начела, како је коришћен у пракси међународних судова није сасвим јасан и покушај његовог разјашњења заслужује сваку подршку. Велико је питање колико би проширење концепта општих правних начела на начела која се могу деривирати само из међународног права служило разјашњењу концепта. Комисија за међународно право говори о нирнбершким начелима као начелима међународног права, а онда их подводи под општа правна начела. Међународни судови користе концепт општих правних начела, као и начела међународног права и велико је питање да ли та два концепта треба спајати у један концепт. Општа правна начела се деривирају из саме природе права, те су она, по дефиницији, својствена сваком праву, како националном, тако и међународном или праву ЕУ, као *sui generis* праву. Сигурно је да су нека начела међународног права везана само за природу тог права и да нису погодна за примену у сваком правном систему. То управо показује пример на који се позвала Комисија, дакле Начело II, према коме чињеница да унутрашње право не одређује казну за акт који чини злочин на основу међународног права не ослобађа лице које је учинило тај акт одговорности на основу међународног права. Ако је Начело II заиста постало опште начело, а било би више аргумената да није него да јесте, то би могло да буде само начело које важи у међународноправном систему, а не и у унутрашњим правним системима. Могуће је да је ово што је сада урадила Комисија за међународно право у вези са општим правним начелима није последња реч Комисије и да ће она после евентуалних коментара држава и стручне јавности преиспитати спајање општих правних начела и начела међународног права.

6. ЗАКЉУЧАК

Сусрет међународног кривичног права и кривичног права на терену начела законитости у члану 7 Европске конвенције о људским правима 1950. године је резултирао, посматрано из данашњег времена, у неочекиваном и изненађујућем избору кључних термина у том члану. Рећи да чињење или нечињење треба да представља кривично дело "по унутрашњем праву," а не користити термин "закон", може се данас сматрати прешироком правном формулацијом, свакако недовољно прецизном са становишта начела законитости у кривичном праву. Ово тим пре јер се у другим члановима Конвенције, изван кривичноправног контекста, користи термин "закон". Ипак, подвођење *common law*-а под појам

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ International Law Commission Seventy-third session Geneva, 18 April–3 June and 4 July–5 August 2022, *Consolidated text of draft conclusions 1 to 11 provisionally adopted by the Drafting Committee*, 21 July 2022.

⁵⁷ *Ibidem*.

"закона" и у смислу кривичног закона, како је то учињено у предмту *Сандеј Тајмс*, може донекле да оправда израз "национално право". Делује још чудније, када се у ставу 2 члана 7 говори о кривичном делу "према општим правним начелима." Околности у којима се догодио сусрет, дакле жива сећања на ужасе Другог светског рата, суђење у Нирнбергу 1946. године, као и локална суђења везана за Други светски рат су пресудно утицала на избор ове терминологије. Избор такве терминологије био је мотивисан жељом да се онемогући касније правно оспоравање законитости нирбершког и других локалних суђења.

Овакав избор термина, пракса држава уговорница и специфични разлози у појединим предметима Европског суда за људска права су довели до извесне термилошке конфузије у пракси Европског суда за људска права у погледу начела законитости. Ова конфузија се испољава у том што Суд под термином "закон" у члановима 8–11 Европске конвенције о људским правима подводи *common law* и подзаконске акте, дакле значајно шири значење термина закон, а под изразом "унутрашње право" у члану 7 разуме само закон, дакле значајно сужава значење тог израза. Тако, у тумачењу ових термина, Суд одступа од њиховог обичног значења, а на то га присиљава пракса држава уговорница.

Став 2 члана 7 Конвенције је дубоко хиберниран у пракси Европског суда за људска права и коришћен је у малом броју предмета везаним за суђења за кривична дела учињена у балтичким републикама бившег Совјетског Савеза педесетих година прошлог века, пошто су оне стекле независност. Али, и када се позивао на став 2 члана 7, у тих неколико случајева, он није користио општа правна начела на начин на који их је користио Међународни војни суд у Нирнбергу 1946. Нирнбершки суд их је користио као инструмент којим злочин агресорског рата деривирао из Бриан-Келоговог уговора о одрицању од рата из 1928. године и из развоја међународног кривичног права у том периоду. Он је, дакле, злочин агресорског рата, као опште правно начело, деривирао из међународног права и одговарајућег међународноправног развоја. Европски суд за људска права их је користио као инструмент којим су кривична дела из Повеље Нирнбершког суда, потрђена резолуцијом Генералне скупштине УН, и даље елаборирана од стране Комисије УН за међународно право, промовисана у универзално међународно кривично право.

Начин на који су општа правна начела користили Нирнбершки суд и Европски суд за људска права утицао је да Комисија УН за међународно право у свом Нацрту закључака у вези општих правних начела из 2022. године прошири овај концепт, тако да у њега укључи и начела која се деривирају из међународног права, а које потврди међународна заједница. Она је, дакле, општим правним начелима, која се изводе из унутрашњег права држава, које припадају различитим правним системима, додала начела која се апстрахују из међународног права и која су понекад називана начелима међународног права. Питање је да ли је ово спајање сагласно са логиком општих правних начела.

ЛИТЕРАТУРА

Avramov S., Kreća M., *Međunarodno javno pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1988.

Burton Crawford L., "An Institutional Justification for the Principle of Legality," *Melbourne University Law Review*, 2/2022.

Carić S., "Načelo zakonitosti u praksi Evropskog suda za ljudska prava", tekst objavljen 6. 9. 2019, dostupan na <https://www.paragraf.rs/100pitanja/strazbur/nacelo-zakonitosti-u-praksi-evropskog-suda-za-ljudska-prava.html>, 4. 3. 2023.

Chen B., "The French Court and the Principle of Legality," *University of New South Wales Law Journal*, 2/2018.

- Етински Р., Ђајић С., Тубић Б., *Међународно јавно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2021.
- Flick G. M., "The Principle of Legality," *New Journal of European Criminal Law*, 4/2015.
- French R., "The Principle of Legality and Legislative Intention", *Statute Law Review*, 1/2019.
- Krstulović Dragičević, A., "Načelo zakonitosti u praksi Evropskog suda za ljudska prava", *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu* (Zagreb), 2/2016.
- Lim B., "The Normativity of the Principle of Legality," *Melbourne University Law Review*, 2/2013.
- Meagher D., "The Common Law Principle of Legality," *Alternative Law Journal*, 4/2013.
- Mitrović D.M., "Načelo zakonitosti", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1/2004.
- Sales Ph., "Legislative Intention, Interpretation, and the Principle of Legality", *Statute Law Review*, 1/2019.
- Sima C., "Principle of Legality", *Revista Pro Lege*, 1/2016.
- Stojanović Z., "Garantivna funkcija krivičnog prava", *Kaznena reakcija u Srbiji*, (ur. Đ. Ignjatović), VI deo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2016.
- Stojanović Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Misija OSCE u Crnoj Gori, Podgorica, 2010.
- Шкулић М., Бајовић В., *Историја међународног кривичног правосуђа и основне одлике поступка пред сталним Међународним кривичним судом*, Досије, Београд, 2016.
- Škulić M., "Zločin protiv mira kao 'kapitalno' međunarodno krivično delo," *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 2-3/2015.
- Tomić I., "Tumačenje, pravne praznine i načelo zakonitosti," *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, 2020..
- Varuhas J. N. E., "The Principle of Legality," *Cambridge Law Journal*, 3/2020.
- Velarde R., Jaime A., "Principle of Legality in Criminal Law," *LEX - Journal of the Faculty of Law and Political Science / Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, 13/2014.
- Wright Q., "The Law of the Nuremberg Trial," *American Journal of International Law*, 1/1947.

* * *

Rodoljub Etinski PhD*

UNEASY MEETING OF CRIMINAL LAW AND INTERNATIONAL CRIMINAL LAW IN ARTICLE 7 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Summary

Criminal law and International criminal law met in Article 7 of the 1950 European Convention on Human Rights on the terrain of the principle of legality. International circumstances at that time and, in particular, Nuremberg trial, had decisive impact on textual formulation of the Article and, particularly, on unexpected and surprising choice of terms used in the Article. Other Articles of the European Convention employed the term "law" (Fr. loi), but Article 7, which guarantees the principal of legality in criminal law, is referring to "criminal offence under national or international law" or criminal offences "according to the general principles of law". Broadness of the used expressions is unexpected and surprising. Instead of the term "law" (Fr. loi), used in other Articles, which might be expected in the context of the principle of legality in criminal law, Article 7 refers to very broad legal concepts. Subsequent practice of

* Full Professor, retired, Faculty of Law, University of Novi Sad.

the Contracting Parties in the application of the European Convention induced the European Court of Human Rights to interpret term "law" in Articles 8-11 of the Convention broadly so to include not only primary legislation, but legal acts and instruments of lower rang. The Court has interpreted expression "national law" in Article 7 narrowly to cover only statutory law. Interpretation of mentioned terms departed thus from their ordinary meanings. The choice of terms in Article 7 and some other factors resulted in certain terminological confusion regarding the principle of legality, as it is employed in the European Convention on Human Rights. Fully aware of origin and purpose of "general principles of law" in paragraph 2 of Article 7, the European Court applied them in very exceptional situations. The concept of general principles of law from paragraph 2 of Article 7 influenced, however, the UN International Law Commission to distinguish two categories of general principles of law: principles derived from national legal systems and principles formed only in international law system. Time will show whether such distinction will be accepted in international practice and doctrine. There are reasons for doubt.

Keywords: principle of legality, general principles of law.

др Милан Палевић*

ПРИВАТНЕ ВОЈНЕ КОМПАНИЈЕ И ПОКУШАЈИ УРЕЂЕЊА ЊИХОВОГ ПОЛОЖАЈА НА УНИВЕРЗАЛНОМ НИВОУ

Апстракт: Приватне војне компаније (ПВК) су друштвени конструкт, чије се постојање и тренд раста у безбедносној и корпоративно-финансијској компоненти модерног свет, не може пренебрегнути. Доктринарна промишљања на ову тему лоцирана су у различитим друштвеним сферама: моралној, социјалној, економској, политичкој, безбедносној и правној. Ни теорија међународног право није остала имуна на изазове наглог пораста броја, значаја и улоге ових, релативно нових чиниоца међународног живота. Са становишта међународног права, феномен ПВК покреће низ важних питања, од њиховог појмовног одређења, питања статуса ПВК и особља запосленог у њима, до питања обавеза и одговорности држава које их унајмљују, држава у којима су основане и имају седиште, и држава унутар којих изводе своје активности. Акцент у раду стављен је на питање међународноправног третмана ПВК, спрам кога се аутор реферирше кроз анализу релевантних међународних докумената универзалног нивоа.

Кључне речи: Приватне војне компаније, међународно хуманитарно право, право људских права, Монтре документ, Хагска конвенције о приватним војним/безбедносним компанијама, Кодекс понашања за пружаоце приватних безбедносних услуга.

1. УВОД

Друга половина 20. века, са постхладноратовском трансформацијом светског поретка као окосницом, обележена је и снажним успоном приватних војних компанија (ПВК). Оне су једна од најновијих недржавних оружаних структура, које углавном делују у нестабилним државама и конфликтним ситуацијама, и које долазе из једног неуобичајеног извора, приватног сектора, за разлику од традиционалног извора војног особља, јавног сектора, у који спадају владине, односно регуларне оружане снаге, у међународним или унутардржавним сукобима.¹ Неолиберално схватање државе, по коме она треба да има минималну улогу у друштву, представљало је погодну теоријску основу за приватизацију традиционалних државних функција, укључујући и оне у сфери безбедности.² Приватизација конфликта више није само тренд, већ и норма.³

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, шеф катедре за међународно право и међународне односе, mpalevic@jura.kg.ac.rs

¹ L. Cameron, "Private Military Companies: Their Status under International Humanitarian Law and its Impact on their Regulation", *International Review of the Red Cross*, Cambridge, 2006, 573.

² M. Savić, *Ekspanzija privatnih vojski*, <https://www.vreme.com/svet/ekspanzija-privatnih-vojski/>, 30. март 2023.

³ A. Sethi, "Military contracting: our new era of corporate mercenaries", <http://www.theguardian.com/commentis-free/2013/jan/23/military-contracting-corporate-mercenaries>, 28. април 2023.

ПВК су "приватни пословни субјекти који пружају војне и/или безбедносне услуге, без обзира на то како себе описују. Војне и безбедносне услуге укључују, посебно, обезбеђење и заштиту лица и објеката, као што су конвоји, зграде и друга места; одржавање и коришћење борбених система; чување затвореника; и саветовање или обуку локалних војних снага и безбедносног особља."⁴ Оне представљају легално основане међународне корпоративне фирме, које укључују у себи разноврсне војне потенцијале, војна или паравојна средстава, личне вештине и специјалности запосленог особља, а чији је основни циљ остваривање зараде, односно профита, путем задовољавања захтева и потреба својих клијената. Како се у основи ради о атипичном, али ипак корпоративном субјекту, односно подврсти традиционалних мултинационалних и транснационалних предузећа, претходној појмовној формулацији могло би се још и додати "да је у питању врста привредних предузећа која, ради стицања што већег профита, за финансијску надокнаду пружају услуге у домену војних, заштитних, безбедносних и сродних питања; с тим, да премда имају седиште, или главну управу, у једној држави, имају огранке у разним земљама и послују широм планете, запошљавајући особље чија држава држављанства није обавезно матична држава компаније."⁵

Претходни конгломерат дефиниција могуће је разложити на неколико кључних елемената. Пре свега, ПВК представљају *легално основане привредне субјекте*, који попут осталих фирми у матичној држави уживају сва права и преузимају све обавезе које произилазе из националног законодавства. ПВК плаћају порезе и подмирују сва остала, могућа и законом утврђена, јавна, финансијско-фискална потраживања матичне државе; склапају послове и друге врсте уговора и споразума, како са физичким и правним лицима матичне државе, тако и са представницима разних влада, међународних организација, невладиног сектора и мултинационалних компанија. ПВК углавном *послују на међународном тржишту* и запошљавају особље различитих држављанстава, па им је иманентан, и не само по наведеним основама, статус међународних фирми. На међународном тржишту ПВК своје услуге нуде разноврсним државним и недржавним ентитетима, са којима склапају уговоре и обавезујуће споразуме, у циљу *остваривања зараде*, односно профита. Вођење логиком максимизације профита, и природом посла којим се баве, ПВК у највећој мери своје пословне ангажмане везују за *иностранство*. Што се тиче услуга које пружају, те се активности могу лоцирати у три главне области: а. пружање војних услуга, које може укључити и учешће у оружаним сукобима; б. пружање војно консултантских услуга, које обухватају стратешке савете и обуку; и в. пружања војне подршке, у смислу давања и организовања логистике, одржавања војне технике и пружања обавештајних података.

ПВК не производе и не баве се лифровањем наоружања и војне опреме.

Када је реч о наоружаном особљу ових фирми, оно је претежно из редова искусних, бивших припадника војних и полицијских формација, где се, пре свега, узимају у обзир високообучени појединци специјализовани за наношење леталне силе.

⁴ The Montreux document, On pertinent international legal obligations and good practices for States related to operations of private military and security companies during armed conflict *file:///C:/Users/Korinik/Downloads/20192511-montreux-document_EN%20(1).pdf*, 4. април 2023.

⁵ В. Krivokapić, "Pravni položaj osoblja privatnih vojnih kompanija prema međunarodnom pravu oružanih sukoba", *Unifikacija prava i pravna sigurnost: Zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava - Slobodan Perović, Tom III* (ur. Jelena Perović - Vujačić), Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović, Beograd, 2020, 340.

Постоје различите врсте ПВК и мноштво теоријских покушаја да се класификују њихове разноврсне, претежно војне и безбедносне услуге, што је и разлогом упоредног коришћења више термина за ову врсту корпоративних ентитета, од који су најпознатија следећа три:

- а. Приватне војне компаније
- б. Приватне безбедносне компаније и
- в. Приватне војно-безбедносне компаније.

Како компаније под једним од прва два назива неретко у себи инкорпорирају и војне и безбедносне атрибуте, то се у широкој употреби усталио термин приватне војно-безбедносне компаније, а у нешто мањем обиму и термин приватне војне фирме.⁶ Због постојања високог степена неподударача декларативно исказане типологије ПВК са њеним фактичким теренским деловањем, веома је тешко направити прецизну дистинкцију између оних компанија које су чисто војног карактера од оних са искључиво безбедносним прерогативима. Један од могућих критеријума разликовања је да ли приватна компанија делује офанзивно или дефанзивно. За ПВК се истиче да су то компаније које офанзивно или активно делују, док приватне безбедносне компаније делују дефанзивно или пасивно.⁷ Други критеријум био могао бити моралне природе, односно да ли приватна компанија штити или напада људе за новац. У том случају, термин ПВК би требало сачувати за оне компаније које учествују у борбеним операцијама активно, и које имају опрему, обуку, људство и хијерархију сличну државној војсци.⁸

2. ПОКУШАЈИ РЕГУЛИСАЊА МАТЕРИЈЕ ПРИВАТНИХ ВОЈНИХ КОМПАНИЈА НА УНИВЕРЗАЛНОМ НИВОУ

У организованој међународној заједници покренуто је неколико иницијатива у циљу појмовног одређења, реафирмације и установљења правних стандарда којима би се уредиле активности ПВК и њихова усклађеност са стандардима релевантних области међународног права. У складу са изабраним предметним курсором, у наставку следе редови посвећени анализи три међународна документа која, мада необавезујућег карактера и са елементима меког права и права *de lege ferenda*, чини се кључно усмеравају правце развоја правне регулације материје ПВК и осталих приватнобезбедносних ентитета.

2.1. Документ из Монреа (2008)⁹

Ово је први међународни документ који се бави питањем одговорности држава за понашање ПВК. Мада није међународни уговор, нити се њиме ствара ново међународ-

⁶ P. W. Singer, *Corporate Warriors. The Rise of the Privatized Military Industry*, Cornell University Press, Ithaca and London, 2003, 8.

⁷ R. Mandel, Robert, "The Privatization of Security", *Armed Forces & Society*, 1/2001, 138.

⁸ M. Romić, G. Pavlović, "Neki aspekti odgovornosti država za akcije privatnih vojnih kompanija", *Политика*, 2/2011, 320.

⁹ На иницијативу швајцарске владе и Међународног комитета Црвеног крста (МКЦК), 2006. године, покренут је процес консултација између владиних стручњака из седамнаест држава света, укључујући представнике држава које су биле међу најугроженијим због активности ПВК (Авганистан, Ангола, Ирак, Сијера Леоне), као и оних које су најчешће прибегавале употреби ових ентитета (САД, Уједињено Краљевство, Француска, Аустралија, Канада). Консултовани су и представници невладиног сектора и представници приватних војних/безбедносних компанија. Тема је била регулисање сектора приватне безбедности. Као резултат овог процеса произашао је Документ из Монреа, који је септембра 2008. године, у коначном облику редигован од стране представника швајцарског министарства спољних послова и представника МКЦК.

но право и противречи постојећем (т. 3 и т. 4 Предговора), Монтре документ је у тренутку потписивања чинио најјаснији израз правних норми, те пословних, регулаторних и административних пракси, које су значајне са становишта уређења односа државе и приватног сектора безбедности у контексту оружаног конфликта.¹⁰

Кључна намена Документа је промоција и потврда важења и значаја поштовања норми међународног хуманитарног права (МХП) и права људских права (ПЉП) у области приватне безбедности (т.1 и т. 2 Предговора), односно дефинисање надлежности међународног права над ПВК, када су оне ангажоване у зони оружаног сукоба.¹¹ Иако у тексту оперише са термином "приватне војне и безбедносне компаније" (т.9/а Предговора), Документ се суштински односи на ентитет који називамо приватне војне компаније. Његова сврха није у промоцији ПВК, већ уређењу њиховог рада тамо где је донета одлука да се са њима уђе у уговорни однос (т. 7 Предговора).

У уводном појмовнику института (т.9 Предговора), садржана је прилично обухватна и прецизна дефиниција ПВК (приказана у делу рада посвећеном појму ПВК); одређење особља ПВК, и правно позиционирање врста држава релевантних за материју, где се под матичном државом подразумева држава у којој је ПВК основана и где јој се налази седиште; под територијалном државом, она на чијој територији делује ПВК; под државом контрактором, држава која директно уговара услуге ПВК (т. 9/ц/д/е Предговора).

У првом делу Документа садржан је предлог оквира за правно уређење положаја ПВК и утврђивање одговорности за њихове активности, на индивидуалном, корпоративном и националном нивоу. У њему се реферише на суштинска правна питања, као што су: питање положаја ПВК и њиховог особља према МХП, односно Женевским конвенцијама из 1949. године и одговарајућим протоколима из 1977. године; питање индивидуалне одговорности у различитим јурисдикцијама (Одељак Е и Ф), и најзад, питање обавезе држава да надзиру и контролишу активности ПВК, а све у циљу превенирања и сузбијања њиховог противправног понашања (Одељак, А, Б, Ц и Д). Државе се упућују да не уговарају са ПВК оне "активности које МХП експлицитно додељује државном агенту или органу, као што је вршење овлашћења одговорног службеника над логорима за ратне заробљенике или местима за интернирање цивила, у складу са Женевским конвенцијама"(А/2). Такође, државе потписнице се упозоравају на постојање таквих обавеза које се не могу пренети на ПВК, односно да оне као такве остају за државу чак и када се одређени послови уступе ПВК. Како се наводи у Документу, ако је држава окупациона сила, она остаје одговорна за осигурање јавног мира и безбедности и спречавање кршења МХП и ПЉП на окупираној територији и у случајевима када је део својих послова препустила уговореној ПВК. "Непреносивост" оваквих врста обавеза, садржана још у Женевским конвенцијама из 1949. године, поновљена је и у тачкама 3, 9, 14 и 18 Документа. Према слову Документа, државе су одговорне за прекршаје које су починили запослени ПВК, посебно када спроводе елементе владиног овлашћења или ако делују по упутствима или контролом државних органа (т.7). У таквим случајевима за државу важи иста обавеза – да не крши МХП и ПЉП – као да је сама деловала преко сопствених оружанних снага.

¹⁰ М. Д. Савковић, "Приватизација изградње мира: Приватне безбедносне компаније у савременим операцијама подршке миру", *докторска дисертација*, Факултет политичких наука Универзитета у Београду, Београд, 2015. 124–125.

¹¹ *Ibidem*.

Државе се поспешују да обезбеде поштовање МХП, и, у мери у којој се примењује у оружаном сукобима, и ПЛП, и да предузимају све одговарајуће мере како би осигурале да ниједна ПВК не крши МХП или се упушта у противправно понашање које утиче на људска права потенцијалних жртава. Потписнице Документа се охрабрују да осигурају кривичну одговорност прекршилаца МХП и ПЛП и процесуирају ратне злочине и тешка кршења људских права. У случају када појединац почини неки од "тежих прекршаја", потписнице имају три могућности на располагању: а) да му суде "код куће", б) да омогуће његово изручење у другу (заинтересовану) државу, или в) да његов случај уступе међународном трибуналу.¹² "У ситуацијама окупације, обавезе територијалних држава су ограничене на области у којима су оне у могућности да врше ефективну контролу" (т.13). У циљу избегавања правног вакуума у погледу надлежности за кривични прогон, дата је препорука да се такве околности имају на уму и предупређују на начин да се одредбе о надлежности детаљно прецизирају у тренутку самог перфектуирања конкретного уговора између државе и ПВК. Потписнице Документа се позивају на увођење института "одговорности надређених" (т.27), чиме се желео послати јасан сигнал владиним званичницима, директорима и менаџерима ПВК да и они могу бити сматрани одговорним за кршење норми МХП и ПЛП. Државе контрактори су се сложиле да ће обезбедити репарације за кршења МХП и ПЛП, проузрокованим незаконитим актима особља ПВК, када им се такво понашање може приписати у складу са међународним обичајним правом о одговорности држава (А/8). У једином ставу Документа који се директно односи на обавезе ПВК, наводи се да су оне дужне да се придржавају правила МХП и ПЛП, која су им наметнута важећим националним законом, као и других важећих националних закона, као што су: кривични закон, порески закон, закон о имиграцији, закон о раду, и посебни прописи о приватним војним или безбедносним службама (т.22).

У погледу правног уређења положаја особља ПВК, Документ, прећутно, одриче статус плаћеника особљу ПВК, подсећајући да се на њих примењују важеће норме МХП, и да те норме везују како ПВК тако и њихово особље, на начин да се оне морају поштовати током оружаног сукоба (Е/26), где се има у виду чињеница да се конкретни правни статус сваког од чланова особља конфигурише стандардима МХП, од случаја до случаја, у зависности од природе и околности послова у којима су инволвирани (Е/24). Ако се ради о цивилном особљу, оно се мора понашати у складу са статусом цивила који му одређује МХП, па, примера ради, такво особље не сме користити силу, нити бити наоружано убојитим оружјем, али не сме бити ни предметом напада. Ако, као цивили, ипак узму директног учешћа у оружаном непријатељствима, таква лица губе заштиту МХП и постају легитимна мета напада, односно стичу статус борца док год траје поменута ситуација. Тада им се евентуално може судити пред националним кривичним судом због "обичне" употребе оружане силе. Са друге стране, ако лица запослена у ПВК, у складу са чланом 4.а.4. Треће женевске конвенције из 1949. године,¹³ улазе у категорију лица

¹² *Ibidem.*

¹³ Члан 4 А/4. Женевске конвенције о поступању са ратним заробљеницима, од 12. августа 1949. године, под ратним заробљеницима, подразумева и "лица која прате оружане снаге иако непосредно не улазе у њихов састав, као што су цивилни чланови посада војних ваздухоплова, ратни дописници, снабдевачи, чланови радних јединица или служби чија је дужност да се старају о удобности оружаног снага, под условом да су за то добила дозволу од оружаног снага у чијој се пратњи налазе, док су ове дужне да им у ту сврху издају личну карту сличну приложеном образцу." Извор: https://www.tuzilastvorz.org.rs/public/files/pages/2021-03/zen_konvencija_3_cir.pdf

укључених у оружане снаге стране у сукобу, или су чланови организованих оружаних снага, група или јединица под командом одговорне државе - стране у сукобу, таква лица ће се сматрати борцима, сходно чему им МХП додељује и, ситуационо генерисан, статус ратних заробљеника. У том случају, они не могу бити кривично гоњени пред националним судовима због отвореног учешћа у оружаним непријатељствима, али, ако грубо прекрше неко од правила МХП, постају одговорни националном или међународном кривичном суду, односно могу бити кривично гоњени за чињење ратних злочина, злочина против човечности или злочина геноцида.

У другом делу Документа који се односи на добре праксе држава, и који је базиран на извештају експерата Радне групе МКЦК за плаћенике, под насловом "Међународни принципи за подстицање поштовања људских права од стране приватних безбедносних компанија у њиховим активностима", обрађена су питања која се тичу: делатности ПВК; граница дозвољених активности ПВК; система регистрације у матичним државама; поступка за избор и унајмљивање ПВК; услова за избор, контролу и установљење механизма надзора, у циљу обезбеђивања предуслова за правовремено и компетентно реаговање држава у складу са својим обавезама према међународном праву (ст. 4 Увода). Протежира се принцип по којем се само оним ПВК које раде у складу са правилима МХП може дозволити приступ у подручјима оружаних операција (А/П/2). Државама се препоручује да у своје интерне процедуре за избор и уговарање ПВК укључе посебне, обавезујуће одредбе, у погледу понашања особља ПВК (А/В/14/15), укључујући и правила о употреби силе и ватреног оружја, који су дозвољени "само када је то неопходно у самоодбрани или одбрани трећих лица" (А/IV/18). Матичним и територијалним државама се препоручује стварање транспарентних прописа у вези са лиценцирањем ПВК и имплементација адекватних инструмената за праћење активности и обезбеђивање њихове одговорности. Потписнице се позивају на увођење института "корпоративне кривичне одговорности" (А/IV/19), што представља новину у односу на индивидуалну кривичну одговорност запосленог у ПВК.

Генерално, у Документу из Монреа је покренуто низ проблема и дата прилично коректна решења, нарочито када се ради о статусу ПВК и њиховог особља у оружаном сукобу, и одговорности држава различитог правног некса за поступање и евентуално кршење МХП од стране ПВК. Државе више не могу избегавати своје обавезе тако што ће уступати послове приватном безбедносном сектору. Документ не покушава да регулише ПВК индустрију, већ више наличи подсетнику државама у погледу њихових обавеза када ангажују ПВК, или им дозвољавају да раде са њима или делују на њиховој територији.¹⁴ Међународноправне обавезе и добре праксе предложене у Документу углавном и реферишу на државе, мада се не може рећи да су ПВК и њихово особље у потпуности изузете из тих обавеза. Пун назив документа "Документ из Монреа о релевантним међународним правним обавезама и добрим праксама држава у вези са операцијама приватних војних и безбедносних компанија током оружаног сукоба", јасно указује на такву интенцију његових аутора. Иако су у Документу укључене и обавезе везане за поштовање ПЛЈП, фокус је, ипак, на примени норми и принципа МХП на ПВК и њихово особље у ситуацијама оружаног конфликта, где је и рационално очекивати примену МХП, што, опет, унеколико умањује опсег и примењивост Документа, лишавајући га ефикасности на пољима постконфликтних ситуација, изградње и ста-

¹⁴ N. D. White, "The Privatisation of Military and Security Functions and Human Rights: Comments on the UN Working Group's Draft Convention", *Human Rights Law Review* 11:1/2011, 135.

билизације мира, у којима се питања поштовања обавеза из корпуса ПЛП свакако намећу као примарна у односу на норме МХП. Документ, у основи легитимизује једну нову индустрију и њене специфичне услуге остављајући недореченим питања контроле и регулације њених носилаца. Питање примене понуђених стандарда и конкретно санкционисање незаконитих радњи, односно кршења правила МХП и ПЛП, такође остаје недоречено, ослоњено искључиво на добру веру ПВК и држава.

Препознат као "добар промотивни документ о постојећем међународном хуманитарном праву, Монтре документ ипак није успео да се позабави регулаторним јазом у одговорности коју државе имају у погледу понашања приватних војних и безбедносних компанија и њихових запослених".¹⁵ Неки га аутори, чак, виде "смоквиним листом" којим се прикрива "одсуство озбиљнијих напора да се ова индустрија регулише".¹⁶ Осим помнутих, основни недостаци Документа су његова необавезујућа природа, чињеница да се односи само на околности оружаних сукоба, и релативно мала подршка коју је добио у међународној заједници.

2.2. Нацрт Међународне конвенције о регулисању, надзору и надгледању приватних војних и безбедносних компанија (2010)¹⁷

Структура Нацрта се може посматрати кроз три тачке: а) кључне одредбе; б) механизми спровођења и в) изазови/приговори у вези Нацрта.

2.2.1. Опште/кључне одредбе

Нацрт настоји да уведе регулаторни оквир за активности приватних војних и безбедносних компанија. Он почива на премиси да постоје инхерентно владине, или државне функције, које не би требале да буду делегиране или екстернализоване, што је становиште очигледно засновано на посебном разумевању улоге државе, које, пак, не деле све владе, посебно не оне са најагресивнијим приступом приватизацији сектора безбедности, односно приватизацији државних функција уопште. У Нацрту су, као "изворно државни", назначени послови: директног учешћа у непријатељствима; узимања заробљеника; доношења закона; шпијунаже; обавештајног рада; преноса знања која имају војно-полицијску примену; коришћења и других активности у вези са оружјем за масовно уништење; и учешћа у пружању услуге притвора затвореника (чл. 2/и). Као такви, ови послови би били забрањени за ПВК, што је супротно Документу из Монреа, који је само идентификовао

¹⁵ A/HRC/10/14, para.44. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/105/00/PDF/G0910500.pdf?OpenElement>, 1. мај 2023.

¹⁶ J. Cockayne, "Regulating Private Military and Security Companies: The Content, Negotiation, Weaknesses and Promise of the Montreux Document", *Journal of Conflict & Security Law*, Oxford, 2008, 427–428.

¹⁷ Draft of a possible Convention on Private Military and Security Companies (PMSCs) for consideration and action by the Human Rights Council, file:///C:/Users/Korisnik/Downloads/A_HRC_WG.10_1_2-EN-1.pdf 1. мај 2023; Савет Уједињених нација за људска права је основао у јулу 2005. Радну групу за коришћење плаћеника као средства за кршење људских права и ометање остваривања права народа на самоопредељење. Радна група је на петнаестој седници Савета за људска права у Женеви, јула 2010. године, представила нацрт "Међународне конвенције о регулисању, надзору и надгледању приватних војних и безбедносних компанија", у коме је предложен регулаторни оквир за делатност ПВК са циљем заштите људских права и обезбеђивања одговорности. Исте године, октобра месеца, Савет је усвојио Резолуцију 15/26, којом је успостављена Међувладина радна група отвореног типа, како би допунила овај нацрт и размотрила могућност израде међународног регулаторног оквира за регулисање, праћење и надзор ПВК.

забране државама да екстернализују активности које МХП додељује државама, као што је: вршење овлашћења одговорног официра над ратним заробљеницима или логорима за интернирање. Дословна примена поменутих одредби Нацрта оставила би добар део приватног сектора безбедности без ангажмана и водила њиховом гашењу. Очигледно је да у овом погледу постоји некомпатибилност између Документа и Нацрта. Међутим, Нацрт ипак признаје да монопол државе на употребу силе не може бити апсолутан. Иако забрањује употребу силе од стране ПВК, у покушају да свргну владу, или на други начин наруше суверенитет државе, Нацрт предвиђа да ће особље ПВК често морати да носе оружје и употребљава га, али у стриктно утврђеним границама и околностима. По слову релевантних одредби Нацрта (чл. 18, ст. 3, 4 и 5), када користи силу, особље ПВК мора да буде уздржано, да минимизира штету, повреде и губитак живот, и може користити силу само да би се одбранило од "непосредне незаконите претње смрћу или тешке телесне повреде"; да би одбранило особе које имају уговор да штите под сличним околностима; да се одупре отмици и да спречи чињење "озбиљног злочина који би укључивао или укључује озбиљну претњу по живот или тешке телесне повреде".

Неке од општих одредби Нацрта (чл. 2, 3 и 4.) укључују и: дефинисање шта се сматра приватном војном и безбедносном компанијом; предвиђају обавезе држава да у оквиру своје јурисдикције и надлежности обезбеде да адресати поштују ПЉП и МХП; успостављају механизме за праћење и надзор над ПВК; правне лекове и одредбе о одговорности у случају незаконитих аката ПВК. Од држава чланица се захтева да предузму такве законодавне, административне, и друге мере, које могу бити неопходне како би се осигурало да ПВК и њихово особље буду сматрани одговорним за кршење важећег националног или међународног права (чл. 7 и 10). Осим уобичајених захтева у погледу ефикасности поступка, можда најзначајнији захтев Нацрта из ове групе гаранција јесте захтев да се ниједан споразум о имунитету од кривичног гоњења ПВК и њиховог особља, не примењује у случајевима када се јављају као прекршиоци ПЉП и МХП (чл. 19/4). Дакле, евентуални споразуми о имунитету не штите од кривичног гоњења или одговорности у случајевима кршења међународног права.¹⁸

2.2.2. Провођење евентуалне Конвенције

У погледу провођења будуће конвенције, у Нацрту је предвиђено неколико нивоа: а) *Национално законодавство* - као инстанца путем које би се истовремено обезбедило држави да извршава своје обавезе из Конвенције и обухвата мере/механизме као што су вођење истраге и кривично гоњење одговорних за непоштовање конвенцијских оквира. Нацрт конвенције захтева од држава чланица да "успоставе свеобухватан национални режим регулисања и надзора над активностима ПВК-а и њиховог особља на својој територији, укључујући сво страну особље, како би забраниле и истражиле незаконите активности како су дефинисане овом Конвенцијом, као и релевантним националним законима" (чл. 12/1/а). Да би се ово олакшало, од држава чланица се захтева да успоставе регистар и/или владино тело које ће деловати као национални центар за информације о могућим кршењима националног и међународног права од стране ПВК. Државе чланице

¹⁸ Ово је очигледно одговор на имунитет који је Привремени коалициони орган власти у Ираку дао особљу америчких ПВК у периоду 2004–2008. године, што је значајно допринело ставу да ПВК избегавају одговорност како на националном нивоу, због свог имунитета, тако и на међународном нивоу, због недостатка механизма усаглашености који се баве противправним актима недржавних ентитета.

ће истражити пријаве кршења МХП права и ПЉП од стране ПВК и осигурати кривично гоњење и кажњавање починилаца, као и укидање лиценци датих у складу са националним системом издавања дозвола, које захтева Нацрт конвенције (чл. 13/1,5 и 6).

Обавезе и одговорности за радње ПВК су у великој мери стављене на терет држава чланица, било да се ради о матичним државама, територијалним државама или државама контракторима. Нагласак на одговорности државе садржан је у чл. 4/1, који предвиђа да "свака држава чланица сноси одговорност за војне и безбедносне активности регистрованих ПВК, ако делују у њиховој јурисдикцији, без обзира да ли су ти ентитети уговорени са државом или не". Нацрт такође захтева да државе уговорнице обезбеде да све ПВК са уговором буду "обучене и поштују међународно право и међународно хуманитарно право" (чл. 4/2). Као позитиван легислативан искорак Нацрта, истиче се обавеза обезбеђивања реституције и/или обештећења жртвама незаконитих активности ПВК.

б) *Међународна сарадња и координација* – условљена је чињеницом да адресати делују у више јурисдикција. Нацрт позива државе потписнице да развијају и подстичу глобалну, регионалну, субрегионалну и билатералну сарадњу између правосудних органа, агенција за спровођење закона и финансијских регулаторних тела, у циљу праћења и контроле сваке употребе силе од стране ПВК. Идеја је да се путем сарадње на државном и међународном нивоу, боље одговори на изазове, као што су прекограничне операције, и да се обезбеди заштита ПЉП у свим ситуацијама у којима ПВК послују.

в) *Праћење и надзор од стране независног комитета стручњака* – функционисао би по моделу периодичних извештаја држава чланица, уз надлежности за периодичне надзоре и давање препорука за побољшање усаглашености пракси са одредбама Конвенције. С тим у вези, Нацрт утврђује основна правила која се примењују на активности ПВК и држава/организација које их запошљавају, као и начин надзора од стране предвиђеног Комитета за регулацију, надзор и праћење. приватних војних и безбедносних делатности. Поменути Комитет би се састојао од међународних експерата, и примао би извештаје од држава чланица о законодавним, судским и административним, или другим мерама, које су државе усвојиле да би спровеле Конвенцију, а у вези којих би Комитет давао запажања и препоруке (чл. 31/2). У оквиру истражног поступка по жалби, када добије поуздане информације, за које се чини да садрже утемељене индиције о "тешким или систематским повредама" Конвенције, и након што прими коментаре и запажања од држава у којима су се ти прекршаји десили, или где су компаније регистроване, Комитет може покренути поверљиву истрагу, коју предузимају један или више његових чланова. Таква истрага би, уз сагласност заинтересованих држава, могла да укључи и посету на лицу места. Добijени налази са терена би били прослеђени заинтересованим државама, и тај поступак би био поверљив, што не искључује могућност да се у годишњем извештају Комитета, након консултација са заинтересованим државама, ти налази изнесу у његовом годишњем извештају. (чл. 29 и чл. 33). Ако истражни поступак није дао задовољавајуће решење, Нацрт предвиђа коришћење Комисије за помирење, састављену од пет лица из Комитета, и/или из неке друге инстанце, уз сагласност страна у спору, са циљем постизања споразумног решења на основу поштовања Конвенције. Појединци или групе појединаца, који тврде да су жртве кршења од стране држава уговорница неког од права садржаних у Конвенцији, могу поднети петицију. Иако садржи читав низ понуђених механизма надзора и решавања спорова, заштита појединачне жртве и даље остаје заснована на традиционалној парадигми базираној на добијању претходне сагласности држава на факултативни поступак петиције на међународном нивоу, као својеврсне допуне правним лековима које

жртва преваходно треба да добије пред националним судовима и механизмима, што би се могло окарактерисати као релативно слаба страна, иначе прилично гломазног и сложеног система надзора и решавања спорова, која је у бити инхерентна степену развоја међународног права у целини. Но, за сваку је похвалу опциони систем жалби као и предложено стварање компензационог фонда за жртве противправних и неделиктних радњи ПВК и њиховог особља (чл. 28).

2.2.3. Приговори/изазови у вези Нацрта

Очекивани изазови у вези са евентуалном конвенцијом, првенствено су они са којим се сусреће сваки међународни уговор који за предмет регулисања има односе који су такође предмет сувереног регулисања од стране држава. У овом случају изазови су утолико израженији што евентуална конвенција има за задатак да на непосредан и посредан начин регулише безбедност – један од најбитнијих елемената државног суверенитета, а који се у крајњој линији тиче монопола силе. Осим овог општег изазова, постоје и изазови које можемо сврстати у номотехничке, а тичу се формулације кључних одредби, као што је поменуто дефинисање приватних војних и безбедносних компанија као и обима дозвољених активности. Даље, постоје изазови који могу бити политичке природе и тичу се дистрибуције права-одговорности-обавеза између заинтересованих страна: држава и компанија. Практични изазови су повезани са политичким изазовима и тичу се одредби у вези надзорних механизма и провођења евентуалне конвенције. Ови изазови условљени су природом делатности адресата која подразумева извођење активности у више јурисдикција истовремено, и, по правилу, у зонама где је државна власт врло ограничена.

У основи, Нацрт представља разумну полазну тачку за решавање проблематике све већег броја и све већег обима употребе ПВК у конфликтним и постконфликтним зонама широм света. С друге стране, он исказује и слабост јер се не бави ПВК као таквим, већ су му у фокусу искључиво обавезе држава које склапају уговоре са ПВК, или имају ПВК на својој територији, било као матичне државе или територијалне државе.

2.3. Међународни кодекс понашања за пружаоце услуга приватног обезбеђења¹⁹

У складу са Монтре документом, као његова својеврсна допуна, у септембру 2010. године, на иницијативу приватног сектора, а уз помоћ швајцарске владе, израђен је и развијен Међународни кодекс понашања за пружаоце услуга приватног обезбеђења (Кодекс).

Што се тиче сврхе овог документа, она се може посматрати у ширем контексту који се односи на потребу да се регулишу сва питања која се тичу употребе силе. У том смислу, његова сврха је да уведе систем принципа и стандарда који ће осигурати да приватне компаније које послују као пружаоци безбедносних услуга, поштују ПЉП и МХП током провођења својих операција. Кодекс има за циљ: а) успостављање општих принципа, критеријума и стандарда унутар сектора приватне безбедности, заснованих на ПЉП и МХП, и б) унапређивање одговорности корпоративног сектора безбедности кроз успостављање једног независног спољног механизма надзора и контроле. У Кодексу је садржан и основ за развој институционалног оквира који ће омогућити надзор и одговорност у примени његових правила.

¹⁹ International Code of Conduct for Private Security Service Providers, <https://observatoire-securite-privee.org/en/content/international-code-conduct-private-security-service-providers-icoc>, 20 април 2023.

Сам механизам је замишљен тако да укључи сертификацију ПВК; ревизију, надзор и извештавање о њиховом раду. Осим норми МХП и сродних грана права, Кодекс захтева поштовање свих важећих закона и прописа – владавину права и поштовање ПЛП, сарадњу са надлежним органима и вођење прописаних евиденција. У вези других питања из корпуса МХП, или у вези са њим, Кодекс се такође бави и трговином људима и принудним радом, захтевајући поштовање ПЛП, и увођење политике и процедуре за спречавање недозвољених активности, као и адекватну обуку за особље. Кодекс налаже ПВК да норме Кодекса уграде у своје политике и праксе обавезујући се тиме на његове принципе и стандарде. У формалном смислу то подразумева успостављање одговарајућих политика и процедура за осигурање усклађености са Кодексом, пружање обуке особљу о захтевима Кодекса, и примену одговарајућих механизма надзора како би се осигурало да се ПВК придржава правила Кодекса.

Како би горе наведено било постигнуто на свеобухватан начин, Кодекс јасно дефинише кључне термине (Одељак Б), као што су: "безбедносне услуге", "пружалац услуга приватне безбедности", "наоружано особље", "употреба силе" и "трговина људима", и то на следећи начин:

а) *безбедносне услуге* – подразумевају наоружано или ненаоружано чување и заштиту лица и објеката, као што су конвоји, инсталације, унапред одређене локације, имовина". Приметно је избегавање термина војно/војна и постављена рестриктивна дефиниција послова безбедности којима се ПВК могу бавити. Послови, попут заробљавања, притвора, затвора и ислеђивања, или директно учешће у оружаном сукобу, изостављени су са списка безбедносних услуга, мада нису и децидно забрањени;

б) *пружалац услуга приватног обезбеђења* – односи се на било који ентитет који клијентима нуди или пружа услуге приватног обезбеђења, укључујући наоружано или ненаоружано особље;

в) *наоружано особље* – односи се на сваког појединца који носи или рукује оружјем у обављању својих дужности као пружалац услуга приватног обезбеђења;

г) *употреба силе* – односи се на било коју радњу која укључује примену физичке силе од стране наоружаног особља у обављању својих дужности као пружаоца услуга приватног обезбеђења;

д) *трговина људима* – односи се на врвовање, превоз, пребацивање, скривање или примање лица путем претње, употребе силе или других облика принуде, отмице, преваре, обмане, злоупотребе моћи или рањивости, давање или примање плаћања или користи за постизање пристанка особе која има контролу над другом особом у сврху експлоатације.

До априла 2013. године, Кодекс је, поред седам држава, потписало и више десетина приватних компанија из сектора безбедности, што је убрзало пут институционализацији целокупног процеса и довело до оснивања асоцијације под називом Међународни кодекс понашања за пружаоце услуга приватног обезбеђења (Асоцијација), са седиштем у Женеви. У питању је иницијатива са више заинтересованих страна која се састоји од три стуба, које чине: а) државе б) приватне безбедносне компаније и в) организације цивилног друштва. Сви чланови учествују на Генералној скупштини Асоцијације и имају једнаку заступљеност у Управном одбору – извршном телу за спровођење одлука, које се састоји од 12 изабраних чланова (по 4 из сваке од категорија чланица), чиме је спречена ситуација да услед

фундаментално супротних гледишта на одређени проблем, једна група надгласа другу. Постоје две врсте чланица Кодекса. *Компаније чланице* су приватни пружаоци услуга обезбеђења који су се на прописани начин обавезали на принципе и стандарде утврђене у Кодексу, и које је Асоцијација прихватило као чланице. *Придružене компаније* су оне компаније које подржавају циљеве Кодекса и које су се пријавиле за статус придруженог члана Асоцијације. Иако се придружене компаније не обавезују на принципе и стандарде наведене у Кодексу, оне се слажу да промовишу циљеве Кодекса и подстичу њихово усвајање од стране осталих компанија, у својој делатности. Уочена разлика утиче на степен очекиване, односно нужне имплементације одредби Кодекса. Иако се чини да питања имплементације попут: а) успостављања одговарајућих политика и процедура, б) обезбеђење обуке за особље о стандардима и принципима Кодекса и в) успостављење механизма надзора; спадају у општа питања процесног карактера, ипак, постоје разлике у погледу обима и садржаја обавеза које из њих произилазе. Од компанија чланица се тражи да се у доброј вери на правно обавезујући начин посвете принципима и стандардима наведеним у Кодексу; да успоставе одговарајуће политике и процедуре како би осигурале усклађеност са Кодексом; да обезбеде обуку особља о захтевима Кодекса; да имплементирају одговарајуће механизме надзора и да добију сертификат од стране Асоцијације у предвиђеном року. Придружене компаније, с друге стране, нису обавезне да добију сертификацију од Асоцијације у предвиђеном року, и подлежу ограниченим захтевима за извештавање, праћење и процену поштовања Кодекса. Дакле, оне се, у строго правном смислу, не обавезују на принципе и стандарде наведене у Кодексу, укључујући ту и процесне одредбе, у пуном обиму. Придружене компаније прихватају Кодекс у степену његове промоције на пољу извршења/подржавања и ширења. Уопштено говорећи, компаније чланице су субјекти правних обавеза у класичном смислу, које би се могле сматрати облигацијама циља, док су обавезе придружених компанија, које произилазе из Кодекса, више моралне природе. Претходно наведено ствара утисак да се можда и есенцијално важне обавезе (Одељак Г), којима се уређује управљање/менаџмент, непосредно односе само на компаније чланице, а да су придружене компаније истим само морално обавезане. Ове обавезе се односе на формалну инкорпорацију Кодекса у политике компаније, избор и проверу особља и подизвођача; политику компаније и кадровске уговоре; обуку особља; управљање оружјем и ратним материјалом; извештавање о инцидентима; безбедно и здраво радно окружење; родно узнемиравање – дискриминацију; жалбени поступак и решавање спорова из уговора. Кодекс пружа детаљне смернице о свакој од ових обавези како би се осигурало да ПВК успоставе одговарајуће политике и процедуре и постигла усклађеност са Кодексом. Без обзира на наведено, са сигурношћу можемо сматрати да према Кодексу и једне и друге компаније имају заједничку обавезу да се подржавају свих важећих законских оквира; поштују ПЛЈП и МХП, у сваком тренутку; сарађују са релевантним органима у истрагама или истрагама у вези са њиховим пословањем; и одржавају одговарајућу евиденцију усаглашености са Кодексом.

Чланице Асоцијације, њих тренутно 248 (7 држава, 119 приватних безбедносних компанија, 50 невладиних организација и 72 посматрача), посвећене су, како стоји у преамбули Кодекса, одговорном пружању безбедносних услуга, подржавању владавине права, поштовању људских права/хуманитарног права и заштити интереса својих клијената. Асоцијација има за циљ да промовише, усмерава и надгледа примену Кодекса кроз: а) сертификацију компанија чланица према стандардима Кодекса; б) преглед самовредновања компанија и праћење и оцењивање усклађености приватних безбедносних компанија чланица са Кодексом, и в) обраду притужби о наводним кршењима Кодекса од стране приватних

безбедносних компанија чланица. Такође, чланице Асоцијације су се обавезале да ће: пословати у складу са принципима садржаним у Кодексу; да ће примењивати одговарајуће политике и надзор са намером да поступање њиховог особља увек буде у складу са тим принципима; да ће уговоре са својим особљем, подизвођачима и другим странама ускладити са Кодексом; да ће се придржавати Кодекса, чак и ако он није у укључен у уговор са клијентом; да неће закључивати свесно уговоре који су непосредно и суштински у супротности са принципима Кодекса, меродавним националним или међународним правом или меродавним локалним, регионалним или ПЉП; да ће своје уговоре тумачити и извршавати на начин који је у складу са Кодексом; да ће се придржавати, и од свог особља захтевати да се придржава меродавног права, укључујући МХП и ПЉП; да неће закључивати уговоре и њима подржавати или сервисирати било коју владу, лице или ентитет на начин који би био супротан санкцијама Савета безбедности УН; да ће у свом раду пружити подршку владавини права, поштовању људских права и заштити интереса клијената, као и да ће радити са заинтересованим странама на успостављању адекватног надзорног механизма и средних стандарда. Претходно изнета конгломерација обавеза, нарочито оних везаних за прохибицију активности које се директно или посредно "конфронтирају" са акцијама Савета безбедности УН (чл. 22), додатно су утврђена у чл. 23 Кодекса, на начин што се компанијама-потписницама изричито саопштава да неће бити прихватана образложења, попут "наређења више инстанце" (superior orders), "претње безбедности", "унутрашње нестабилности", којима би се евентуално покушало оправдати поступање у контексту наведених дела.

Општи принципи Кодекса који уређују употребу силе и понашање особља (Одељак Ф) укључују захтев да се сила користи само када је то строго неопходно и сразмерно претњи са којом се суочава; да се ненасилна средства користе кад год је то могуће и да се сила прекине чим се претња неутралише. Кодекс захтева да особље ПВК прође одговарајућу обуку о употреби силе и да у сваком тренутку поштује ПЉП и МХП. У вези са понашањем особља, у Кодексу су садржана и допунска правила и гаранције у погледу: притвора, хапшења лица, забране мучења или другог окрутног, нехуманог или понижавајућег поступања или кажњавања, сексуалне експлоатације и злостављања или родно заснованог насиља, трговине људима, забране ропства и принудног рада, забрана најгорих облика дечјег рада, дискриминације, идентификације и регистрације. О сваком од наведених принципа Кодекс пружа детаљне смернице, којима се осигурава да особље поштује ПЉП и МХП у сваком тренутку. Можда су од најопштијег интереса одредбе које се односе на питања трговине људима и принудног рада у оквиру делатности ПВК. Ово укључује посвећеност борби против трговине људима и принудног рада, као и захтев да ПВК обезбеде да њихово особље није укључено у такве активности. С тим у вези, Кодекс изричито захтева да ПВК имају политике и процедуре за спречавање и реаговање на све оптужбе о трговини људима или принудном раду.

Као што је напред већ истакнуто, основна сврха Кодекса је да уведе систем принципа и стандарда који ће осигурати да ПВК које послују као пружаоци безбедносних услуга, поштују ПЉП и МХП током провођења својих активности. Мада се првенствено односи на безбедносне услуге које се пружају у сложеним окружењима, стандарди и препоруке Кодекса важе и могу бити примењивани и у другим околностима. Од посебног је значаја чињеница да Кодекс представља развојни процес који укључује сва три актера приватнобезбедносне проблематике – државе, корпорације и невладин сектор. Формални узроци ограниченог домета Кодекса су садржани у његовој правној природи која није легислативног карактера, као и у нормирању употребе силе схваћене у ужем смислу. Нај-

већи недостатак Кодекса, као регулаторног инструмента, је што не садржи санкције које би могле бити изричане компанијама-потписницама.

3. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

У условима измењене природе оружаног сукоба, новог безбедносног окружења и мултипликације безбедносних изазова, појава ПВК, као респектабилног агента насиља, по себи намеће питање њиховог правног позиционирања, нарочито ако се има у виду чињеница да ове корпорације углавном настају унутар приватног сектора, ређе унутар државног. Као одговор на постављене изазове, унутар организоване међународне заједнице произашла су три универзална развојна инструмента: 1. Документ из Монреа 2. Нацрт конвенције УН о приватним војним и безбедносним компанијама и 3. Кодекс понашања за пружаоце приватних безбедносних услуга.

Документ из Монреа и Кодекс, познати и као "швајцарска иницијатива", садрже дефиниције кључних појмова везаних за праксу ангажовања приватног сектора безбедности у оружаном конфликту; попис бројних добрих пракси, али и правила поступања са ослоном на МХП. Документ представља потврду примењивости МХП на савремене оружане сукобе и својеврсан деманти тезе по којој ПВК делују у правном вакууму. Предвиђена је и корпоративна одговорност како би се избегла могућност пребацивања одговорности и њено избегавање од стране ПВК. Важење Документа ограничено је на оружани конфликт а саме његове одредбе су необавезујућег карактера. Такође, није јасно на који начин ће се успоставити функционална веза између Документа и Кодекса. Највећа мана "швајцарског развојног система" је у одсуству санкција и необавезујућој природи норми које се прописују.

У односу на *soft law* приступ Документа, "тврди", правнообавезујући развојни пут међународне регулативе ПВК, отелотворен је у Нацрту конвенције о приватним војним и безбедносним компанијама из 2010. године. Иако се у његовој преамбули указује на значај Документа из Монреа, постоје значајне разлике између ова два инструмента, како у погледу фокуса потоњег на активности ПВК у оружаним конфликтима, тако и његове дефиниције војних и безбедносних услуга, која се чини да је у неким деловима у супротности са забрањеним активностима наведеним у Нацрту, на пример у погледу притвора затвореника, а такође укључује радње које би водиле учешћу ПВК у оружаним сукобима, као што је руковање борбеним системима.²⁰ Постоје и неке реалне неусклађености између њихових материјалних одредби, посебно оних у погледу неслагања око тога шта се може пренети на ПВК, али и облика ова два међународна инструмента. Нацрт није ограничен на ситуације оружаног сукоба, већ у фокус ставља општа питања поштовања и заштите ПЛП. Формалноправно, Нацрт је развојни, *de lege ferenda* инструмент, лишен практичне ефективности, док је Документ из Монреа скуп необавезујућих правила меког права. Осим материјалних инкопатибилности ова два документа, проблем лежи и у шансама евентуалне конвенције да буде прихваћена од исте оне клијентеле која је интересно везана за "швајцарске иницијативе", које су очигледно пријемљиве недржавном, корпоративном сектору. "Проетатистички" дух Нацрта отвара могућност да евентуално усвојена конвенција, као правнообавезујуће међународно уговорно право, привуче другачију врсту клијената од оне која је окренута меком праву садржаном у

²⁰ N. D. White, *op. cit.* 137.

Документу из Монреа. Државе које се противе ПВК као модерном облику најамништва вероватно ће подржати процес претакања Нацрта конвенције у један правнообавезујући међународни инструмент, док ће државе повезане са ПВК следити Документ из Монреа.

Како год, у покушајима давања одговора на бројна и разноврсна питања која покреће феномен ПВК, ваља поћи од премисе да су ПВК војнопредузетничка профитабилна корпоративна удружења од интереса и за међународне односе и политику и међународно јавно право. Правна консолидација стабилног и обавезујућег оквира унутар којег делује особље ПВК, нарочито када прибегава сили, представља један од главних задатака организоване међународне заједнице. Као што је и председавајући Радне групе УН-а за плаћенике, Гомез дел Прадо, истакао, необавезујући инструменти којима се покушало регулисање ПВК индустрије, могу бити корисни механизми, и комплементарни једном међународном правно обавезујућем инструменту, али да сами остају недовољни.²¹ Тренутни регулациони вакуум у коме се налазе ПВК више се чини политичком преференцом великих сила него нерешивим и неизбежним правним вакуумом. Иако се оне не могу сматрати субјектима међународног права, чак ни у смислу *in statu nascendi*, ПВК су засигурно ентитети од значаја за међународни правни поредак, посебно онај део који се односи на ПЉП, МХП, као и, у извесној мери међународно кривично право. За њихову потпуну правну еманципацију аутор сматра неопходним усвајање једног универзалног међународног уговора. Развојни процес Нацрта конвенције из 2010. године, могао би, уз извесне корекције (у погледу проширења предмета регулисања, јаснијег дефинисања улоге и дозвољених активности ПВК, реалне номотехничке стабилизације и учвршћивања механизма надзора и санкционисања незаконитих радњи ПВК, те изналагања правнополитичког баланса између интереса представника индустрије ПВК и држава забринутих могућношћу легализације неке нове врсте најамништва), да послужи као реална основа за то.

Изгледи за конституисање правнообавезујућег уговора о ПВК реално постоје, али дебате у стручној јавности и организованој међународној заједници (о чему детаљније неком другом приликом), одражавају дубоке идеолошке и политичке разлике о основним питањима проблематике, пре свега о улози приватних извођача, и оне се могу показати као непремостиве, или бар тешко отклоњиве у скоројој будућности.

ЛИТЕРАТУРА

White N. D., "The Privatisation of Military and Security Functions and Human Rights: Comments on the UN Working Group's Draft Convention", *Human Rights Law Review* 11:1/2011.

Krivokapić B., "Pravni položaj osoblja privatnih vojnih kompanija prema međunarodnom pravu oružanih sukoba", *Unifikacija prava i pravna sigurnost: zbornik radova 33. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava - Slobodan Perović, Tom III* (ur. Jelena Perović - Vujačić), Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović, Beograd, 2020.

Mandel R., "The Privatization of Security", *Armed Forces & Society*, 1/2001.

Romić M., Pavlović G., "Neki aspekti odgovornosti država za akcije privatnih vojnih kompanija", *Politeuma*, 2/2011.

Савковић Д. Марко, "Приватизација изградње мира: Приватне безбедносне компаније у савременим операцијама подршке миру", *докторска дисертација*, Факултет политичких наука Универзитета у Београду, Београд, 2015.

²¹ José L. Gómez del Prado, "Why Private Military and Security Companies Should Be Regulated", *UN Working Group on Mercenaries*, p.5. <https://media.businesshumanrights.org/media/documents/76f22d8302b285cbac64fc737108197750c80594.pdf>, 11. мај 2023.

- Singer P. W., "Corporate Warriors. The Rise of the Privatized Military Industry", Cornell University Press, Ithaca and London, 2003.
- Cameron L., "Private Military Companies: Their Status under International Humanitarian Law and its Impact on their Regulation", *International Review of the Red Cross*, Cambridge, 2006.
- Cockayne James., "Regulating Private Military and Security Companies: The Content, Negotiation, Weaknesses and Promise of the Montreux Document", *Journal of Conflict & Security Law*, Oxford, 2008.

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ:

- Gómez del Prado, José L. "Why Private Military and Security Companies Should Be Regulated", *UN Working Group on Mercenaries*, p.5.; <https://media.business-humanrights.org/media/documents/76f22d8302b285cbac64fc737108197750c80594.pdf>.
- Savić M., Ekspanzija privatnih vojski, <https://www.vreme.com/svet/ekspanzija-privatnih-vojski/>.
- Sethi A., "Military contracting: our new era of corporate mercenaries", <http://www.theguardian.com/commentis-free/2013/jan/23/military-contracting-corporate-mercenaries>.

* * *

Milan Palević, PhD*

**PRIVATE MILITARY COMPANIES AND ATTEMPTS TO REGULATE
THEIR POSITION AT THE UNIVERSAL LEVEL**

Summary

Private military companies (PMCs) are a social construct, whose existence and growth trend in the security and corporate-financial component of the modern world cannot be ignored. Doctrinal reflections on this topic are located in different social spheres: moral, social, economic, political, security and legal. Even the theory of international law has not remained immune to the challenges of the sudden increase in the number, importance and role of these relatively new factors of international life. From the point of view of international law, the phenomenon of PVK raises a number of important issues, from their conceptual definition, the question of the status of PVK and the personnel employed in them, to the issue of the obligations and responsibilities of the countries that hire them, the countries in which they are founded and have their headquarters, and the countries within which they perform their activities. Emphasis in the work is placed on the issue of the international legal treatment of PVK, against whom the author refers through the analysis of relevant international documents of a universal level.

Keywords: Private Military Companies, International Humanitarian Law, Human Rights Law, Montre Document, Draft Convention on Private Military/Security Companies, Code of Conduct for Private Security Service Providers.

* Full professor of the Law Faculty of the University of Kragujevac, Head of the Department of International Law and International Relations.

др Ивана Миљуш,*

СПЕЦИЈАЛИЗАЦИЈА СЛУЖБЕНИХ АКТЕРА У ПОСТУПКУ ЗА КРИВИЧНА ДЕЛА ПРОТИВ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ

Апстракт: *Значајна препрека остваривања права на чисту, здраву и одрживу животну средину је недостатак специјализације службених актера у кривичном поступку за кривична дела против животне средине. Ауторка у првом делу рада излаже темељне одлике еколошког криминалитета и појавних облика еколошких кривичних дела, те издваја начелне тешкоће приликом њиховог откривања и доказивања. Централни део рада посвећен је истраживању значаја специјализације полиције, јавних тужилаца и судија са доктринарног, упоредноправног и практичног аспекта. Нарочита пажња посвећена је препорукама у погледу специјализације формулисаним на нивоу Савета Европе и Европске уније, на основу анализе добрих пракси откривања и доказивања, процесуирања и суђења за еколошка кривична дела. Специјализација у оквирима полиције и јавног тужилаштва поседује потенцијал да увећа број процесуираних предмета, олакша и убрза откривање и доказивање ових кривичних дела, допринесе темељним истрагама, ојача међуинституционалну и међународну сарадњу у кривичним стварима. Специјализација судија добија на значају у контексту суђења у разумном року, изрицања сразмерних кривичних санкција и мера, поступања са имовинскоправним захтевима и изградње поверења јавности у правосуђе.*

Кључне речи: *кривична дела против животне средине, специјализација, полиција, јавни тужилац, судија.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Право на "чисту, здраву и одрживу животну средину" први пут је на међународном нивоу, као универзално људско право, изричито проглашено и потпуније именовано Резолуцијом Савета за људска права УН 48/13 од 8. октобра 2021. године,¹ коју је затим потврдила Резолуција Генералне Асамблеје УН 76/300 од 28 јула 2022. године.² У циљу повећања настојања да се обезбеди "чиста, здрава и одржива животна средина за све", позване су земље потписнице да у оквирима својих јурисдикција усвоје политике, унапреде међународну сарадњу, ојачају изградњу капацитета и наставе са разменом добрих пракси, које се односе и на приступ правосуђу и делотворна правна средства. Добре прак-

* Доцент Правног факултета Универзитета у Београду, ivana.miljus@ius.bg.ac.rs.

¹ Human Rights Council Resolution 48/13 of 8 October 2021, "The human right to a clean, healthy and sustainable environment", A/HRC/RES/48/13

² Resolution adopted by the United Nations General Assembly 76/300 "The human right to a clean, healthy and sustainable environment", A/RES/76/300

се у овој области усмерене су и на отклањање једне од кључних препрека за остваривање права – недостатка специјализације у правосудју за решавање материје еколошког права.³

У нашој правној науци се раније увиђало да иако право на здраву животну средину није формално прописано у најважнијим међународним изворима права који се односе на основна људска права, из неких њихових одредби посредно се закључује да постоји право на здраву животну средину као једно од фундаменталних људских права.⁴ Ово право наслеђивано је у ранијим међународним конвенцијама, доводећи се у везу са људским достојанством и благостањем.⁵ У првом принципу Стокхолмске декларације садржани су елементи "на основу којих се може одредити стандард животне средине" и "препознају елементи одрживог развоја".⁶

Право на здраву животну средину гарантовано је уставима бројних држава⁷ и штити се националним законима, пре свега у домену законодавства у области животне средине. Обавезе државе које проистичу из овог права комплексне су природе, бројне и темеље се на равнотежи суштински супротстављених легитимних интереса. Држава има обавезу "спречавања даљег загађења животне средине", те дужност "очувања оних делова животне средине који су још незагађени", али и обавезу стварања "одговарајућег баланса између потребе за развојем и неопходности да тај развој не буде деструктиван по животну средину", те дужност "стварања услова за експанзију технологија које су еколошки прикладне и које минимално загађују животну средину и сл.", па би се сходно томе могло евентуално говорити о постојању људског права на "одговарајућу животну средину".⁸ У нашој кривичноправној доктрини наводи се и да је једно од основних људских права право на "здраву и релативно очувану природну средину", те да је заштићено "право на животну средину одређеног квалитета".⁹

Ultima ratio инструмент заштите животне средине од најтежих видова повреда је кривично законодавство путем прописивања разноликих инкриминација чијим се остваривањем првенствено угрожавају и повређују различита еколошка добра. Кривичноправна доктрина објашњава да је законодавац систематизовањем ових кривичних дела у засебну јединствену главу (Двадесет четврту) Кривичног законика Републике Србије¹⁰ (у даљем тексту: КЗ) препознао да животна средина има значај "примарног и самосталног

³ General Assembly, Human Rights Council Forty-third session 24 February–20 March 2020, Right to a healthy environment: good practices – Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, para 30., <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-environment/good-practices-right-healthy-environment>, 5. мај 2023.

⁴ О томе: М. Шкулић, "Право на здраву животну средину као људско право", *Приручник за заштиту животне средине* (ур. Марина Матић Бошковић), Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2011, 98–99.

⁵ Према првом начелу Стокхолмске декларације о животној средини (*Declaration on the Human Environment*) од 16. јуна 1972. године, човек има основно право на слободу једнакост и "одговарајуће услове живота". Овакви услови подразумевају да животна средина има квалитет да омогућава достојанство и благостање човека. Последица овог права је терет одговорности човека да "заштити и унапреди животну средину", како за садашње тако и за будуће генерације.

⁶ М. Дреновак – Ивановић, *Еколошко право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2021, 113.

⁷ Португалија (1976. године) и Шпанија (1978. године), биле су прве државе које су у својим уставима признале и гарантовале "право на живот у здравој животној средини".

⁸ М. Шкулић (2011), *op.cit.*, 99–100. Појам "одговарајуће животне средине" одговара и садржини првог прокламованог начела Стокхолмске декларације о животној средини.

⁹ З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2017⁶, 830.

¹⁰ Кривични законик Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

заштитног објекта", иако се овим кривичним делима пружа заштита и неким другим правним добрима, "попут живота и здравља људи, имовине и привреде".¹¹ Појам "животне средине", заштитни објект кривичних дела против животне средине, покушале су да дефинишу поједине међународне конвенције и законодавци националних држава. Гумачио га је и Међународни суд правде налазећи да животна средина није нека апстракција, већ "животни простор, квалитет живота и само здравље људи, укључујући и нерођене (будуће) генерације".¹² У појединим кривичним законодавствима издвајају се појединачни заштитни објекти према засебној природи појединих кривичних дела и специфичнијем објекту заштите (нпр. "природни ресурси и животна средина", "флора и фауна", "животиње"), а уочавају се и детаљне дефиниције загађења животне средине.¹³ Кривична дела против животне средине подразумевају радње чињења или пропуштања односно комбинацију чињења и пропуштања којима се повређују правила еколошког права, односно закона и низа прописа којима се штити животна средина узрокујући кривичноправно релевантну последицу у погледу животне средине/на еколошком добру.

Резултати криминолошких истраживања у нашој земљи показују да се на основу статистичких података у периоду од 2006–2021. године уочава за готово сва кривична дела против животне средине (осим инкриминације убијање и злостављање животиња) смањење броја осуда, а да су међу пријављеним кривичним делима против животне средине најзаступљенија шумска крађа, коју следе убијање и злостављање животиња, незаконит лов и пустошење шума, док су остала кривична дела из ове групе заступљена у знатно мањој мери.¹⁴ Последњих пар година бележи се пораст медијског извештавања о откривању и кривичном гоњењу за еколошка кривична дела, поклања се пажња формирању посебне јединице МУП – а РС за сузбијање еколошког криминала и заштиту животне средине, али се обавештава јавност и о најмањој заступљености ових кривичних дела и позивају надлежни државни органи да промене свест о озбиљности ових кривичних дела.¹⁵

Остваривање елемената кривичних дела против животне средине у кривичноправном материјалном смислу распрострањено је у оквирима националних јурисдикција у условима савременог индустријског и технолошког развоја, а њихово извршење на транснационалном нивоу сврстава се у један од најпрофитабилнијих облика транснационалне криминалне активности. У националним државама учестали су проблеми разумевања природе еколошких кривичних дела и њиховог откривања, гоњења, те суђења за ова дела. У оквирима Савета Европе указује се да деприоритизација кривичних дела од стране надлежних државних органа, недовољна сарадња релевантних националних органа,

¹¹ Н. Делић, *Кривично право посебни део*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2023³, 315.

¹² International Court of Justice, Reports of judgments, Advisory opinions and Orders – Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of the International Court of Justice of 8 July 1996 ("Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1. C.J. Reports 1996, p. 226"), para 29.

¹³ У кривичном законодавству Шпаније издвајају се три засебне главе кривичних дела односно три посебна заштитна објекта: кривична дела против "природних ресурса и животне средине" ("*delitos contra recursos naturales y el medio ambiente*"), кривична дела против "флоре, фауне" ("*delitos contra la flora y fauna*") и кривична дела против "животиња" ("*delitos contra los animales*"). Кривични закон Шпаније, у члану 325, утврђује детаљну законску дефиницију кривичног дела загађење природних ресурса и животне средине таксативно набрајајући загађења и одређујући последицу – наступање знатне (значајне) штете/могућност наступања знатне (значајне) штете по квалитет ваздуха, земљишта, воде или за животиње и биљке, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

¹⁴ Н. Лукић, *Зелена криминологија*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2023, 134–135.

¹⁵ Више о томе: *ibid.*, 170–171.

слаби капацитети сарадње и недовољна сарадња са суседним/или другим државама доведе до тога да држава постане "сигурна лука" за учиниоце еколошких кривичних дела и "привлачна за криминалне групе и мреже".¹⁶

2. ТЕШКОЋЕ ОТКРИВАЊА И ДОКАЗИВАЊА КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПРОТИВ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ

Тешкоће откривања и доказивања кривичних дела против животне средине доводе се у везу са њиховом *посебном и сложеном природом*. Она проистиче из својеврсног споја кривичног и управног права и повезаности кривичног права са другим бројним научним дисциплинама, те фактичке неопходности утврђивања објективних елемената дела на основу вештачења у области различитих наука и струка, у зависности од конкретног кривичног дела, односно од тога који је екосистем односно "елеменат животне средине" угрожен.¹⁷ Шкулић објашњава да се одговарајућа вештачења разликују у зависности од "особина еколошких последица које су наступеле", па се у кривичном поступку предузимају ветеринарска, ботаничка, микробиолошка и биолошка вештачења, хемијске, технолошке експертизе, техничка и техничко – технолошка вештачења.¹⁸

Истраживање ових кривичних дела захтева сарадњу јавних тужилаца и полиције са другим субјектима односно међуинституционалну сарадњу тј. официјелну комуникацију са надлежним министарствима, инспекцијама, институтима, заводима, агенцијама итд. "Слабост једне карике у ланцу потпуно паралише ефикасно откривање загађења животне средине."¹⁹ Прекогранична природа односно међународни карактер појединих кривичних дела против животне средине која захтева међудржавну сарадњу остварује се: 1. простирањем последица на подручје више држава (нпр. у случају загађења мора/ваздуха); 2. циљем који се постиже појединим делима (нпр. "незаконит промет опасног отпада у земље Трећег света"); 3. предузимањем незаконитих активности на подручју више држава.²⁰ Широки обим последица или прекограничне последице присутне су у области климатских промена, шумских пожара итд.

Вршење ових кривичних дела *преплиће се са остваривањем обележја других кривичних дела*, пре свега кривичних дела против здравља људи, против привреде и службене дужности, односно коруптивним кривичним делима, фалсификовањем исправа, али и другим облицима тешког и организованог криминалитета транснационалног карактера (нпр. трговина дрогама, трговина људима, тероризам и видови "сајбер" криминала), што захтева међусобну сарадњу полиције и тужилаштва држава. Организовано криминално деловање запажа се првенствено у вези са изношењем у иностранство и уношењем у земљу заштићене врсте биљака или животиња (природног добра) и у области уношења у земљу и поступања са опасним материјама или опасним отпадом. Еколошка кривична дела врше се и у контексту оружаних сукоба средствима ратовања.²¹

¹⁶ Consultative Council of European Prosecutors (CCPE), CCPE Opinion No. 17 (2022) on the role of prosecutors in the protection of the environment, Strasbourg, 4 October 2022, <https://rm.coe.int/opinion-no-17-2022-en/1680a875de>, 20. март 2023.

¹⁷ М. Плеић, "Kazneni progon i istraživanje kaznenih djela protiv okoliša", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 2/2016, 619.

¹⁸ М. Шкулић, *Криминалистика*, Универзитет у Београду Правни факултет, Београд, 2022, 477.

¹⁹ I. Ilić, "Penal policy of Serbia in criminal acts against environment", *Zbornik z međinardonej vedeckej konferencije Bratislavské právnické fóru*, 2013, 967.

²⁰ М. Плеић, *op.cit.*, 613.

²¹ Доктрина издваја броја питања у погледу делотворне заштите животне средине међународним кривичним правом у оквиру међународног правосуђа, с обзиром да пре свега Римски статут сталног Међународног

Поједине последице се изузетно тешко примећују односно уочавају се само уз помоћ стручних лица. *Тешко се доказују последице* кривичних дела против животне средине, пре свега загађење животне средине или ваздуха/воде/земљишта "у већој мери" или на "ширем простору", опасност по "опстанак риба"/"других водених животиња". Од оцене озбиљности последице односно обима штете по животну средину зависи да ли се противправном радњом остварује кривично дело, прекршај или привредни преступ, казнена дела чијим се прописивањем пружа заштита животnoj средини.²² Тежи облици појединих кривичних дела су кривична дела квалификована тежом последицом "уништење или оштећење животињског или биљног света великих размера" или "загађење животне средине у тој мери да су за њено отклањање потребни дуже време или велики трошкови", што се доказује сложеним и скупим вештачењима стручних лица и установа најразличитијих профила и области. Вештачењима се процењује утицај на животну средину, оштећења животне средине. Једна од одлика ових кривичних дела, а уједно и проблем у њиховом доказивању је да последице у великом броју случајева не наступају одмах, при чему се често ни не манифестују у општој јавности.²³ Већи број кривичних дела против животне средине нема жртву конкретно/конкретна физичка и правна лица, што доприноси томе да овај вид криминалитета одликује велика тамна бројка и тражи често проактивни приступ службених актера. Такође, стварне димензије последица неких кривичних дела испољавају се протеком значајног времена.²⁴

Откривање и доказивање појединих кривичних дела из ове групе захтева разноврсне бројне ресурсе и истражне технике. Ефикасност прикупљања доказа и података постиже се у контексту развоја савремених технологија употребом дрoнова, укључујући и оне са специфичним истражним алатима, мање или више аутономне, коришћењем сателита (сателитских анализа).²⁵

Поједина кривична дела врше се на "*софистициран*" начин (често испод "корпоративног вела") и "*добро организован начин*", *тајно (прикривено)* и захтевају "*мултидисциплинарни приступ*", па је истраживање и доказивање специфичан изазов за тужиоце јер тражи не само "темељно практично знање, капацитете и способности, већ и иновативне приступе у сарадњи и јаку тежњу за решавање изазова и сузбијање еколошког крими-

кривичног суда поставља "висок праг за конституисање" еколошког ратног злочина, користи неодређене појмове, нема правила о кривичним санкцијама и мерама које би биле адекватне да одклоне и сузбију еколошке штете, а да је упитна и воља Суда да се суочи са овим питањима. Видети: A. Lopez, "Criminal Liability for Environmental Damage Occurring in Times of Non-International Armed Conflict: Rights and Remedies", *Fordham Environmental Law Review*, 2/2006, 267–270.

²² Стојановић објашњава да у пракси један од најважнијих оријентационих критеријума треба да буду граничне вредности у погледу дозвољених загађења ваздуха/воде/земљишта прописане управноправним прописима (З. Стојановић, *op. cit.*, 832).

²³ Т. Лукић, "Откривање и истраживање еколошког криминалитета", *Ревија за кривично право* и криминологију, 1-2/2012, 220.

²⁴ У литератури се говори о могућности великог броја различитих жртава код ових кривичних дела, актуелним и "будућим жртвама" као и о флори и фауни ("нетрадиционалним жртвама"). О томе: Mark Hamilton, *Environmental Crime and Restorative Justice – Justice as Meaningful Involvement*, Palgrave Macmillan – Springer, Cham, 2021, 29.

²⁵ Шпанија је често цитиран пример европске државе у којој се употребљавају напредне истражне технике – коришћење дрoнова са мултиспектралном и термалном камером, пумпи са гасном абсорпцијом за узимање узорака из димњака, сателитске анализе нискофреквентних инфрацрвених таласа за анализу количине хлорофила који стварају биљке итд. (О томе: L. Colantoni, G. Sofia Sarano, M. Bianchi, *Fighting Environmental Crime in Europe – An Assessment of Trends, Players and Actions*, Istituto Affari Internazionali – Ambitus, Roma, 2022, 153–154.)

нала".²⁶ Према "Процени претње од тешког и организованог криминала" (СОСТА), еколошки криминал сврстава се у вид савременог криминалитета и све више добија обележје тешког криминалитета, јер се развија интензивно, сразмерно ширењу урбаних средина и примени нових технологија и индустрија.²⁷

Кривична дела против животне средине имају сложене одлике, али према прописаној казни, највећи број предмета је скраћеног кривичног поступка уређеног чл. 495–520. Законика о кривичном поступку²⁸ (у даљем тексту: ЗКП). Скраћење форме поступања подразумева извесно њено поједностављење мотивисано легитимним циљем ефикасности поступања, када су у питању кривична дела која се према прописаној казни могу сврстати у дела лакшег и средњег криминалитета. У правној доктрини се и наводи да је интенција законодавца да се за поступак за ова кривична дела истакне начело ефикасности.²⁹ Темелјне особености овог облика посебног кривичног поступка су одступања у одређеној мери од правила редовног (општег) кривичног поступка, пре свега: јавни тужилац предузима доказне радње пре оптужења у "најкраћем могућем року", ако по слободном уверењу оцени да нису испуњени услови за непосредно оптужење; у одређеној мери упрошћен садржај оптужног предлога у односу на оптужницу у редовном поступку; надлежност судије појединца да контролише оптужни предлог и суди у првостепенном поступку; краћи рокови за предузимање одређених кривичнопроцесних радњи.³⁰ Прописана казна за већину облика кривичних дела против животне средине, дозвољава да се примени институт одлагања кривичног гоњења (чл. 283. ЗКП) односно начело условљеног опортунитета кривичног гоњења. У кривичнопроцесној теорији упозоравало се да у оквирима јавнотужилачке организације треба имати у виду да за ова кривична дела начело опортунитета има оправдање само у неким случајевима, при чему када је угрожено јавно здравље тада нема места дискрецији јавног тужиоца у вези са кривичним гоњењем.³¹ Нарочит опрез налаже природа ових кривичних дела, јер остваривање појединих кривичних дела некада може да има и дуготрајно дејство, последице који се не могу елиминисати, регионални или чак глобални домашај, те утицај на постојећу, али и будућу популацију.³²

Поступак за теже облике кривичног дела уношење опасних материја у Србију и недозвољено прерађивање, одлагање и складиштење опасних материја (чл. 266. ст. 3. и 5. КЗ) спроводи се према правилима редовног кривичног поступка. За организовање вршења овог кривичног дела омогућена је примена правила ЗКП – а која се односе на организовани криминал, а у погледу поступања у овим предметима примењује се *lex specialis*,

²⁶ Consultative Council of European Prosecutors (CCPE), CCPE Opinion No. 17 (2022) on the role of prosecutors in the protection of the environment, *op. cit.*, 2–3.

²⁷ <http://www.mup.gov.rs/wps/wcm/connect/fb61b551-a863-42b3-a208-53892082f851/SOСТА+2019+-+Proc>, 13. мај 2023.

²⁸ Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 - одлука УС и 62/2021 - одлука УС

²⁹ I. Ilić, *op. cit.*, 967.

³⁰ Више о томе: И. Миљуш, *Начело једнакости "оружеја" у кривичном поступку*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2023, 508.

³¹ Т. Бугарски, "Кривични поступак за кривична дела против животне средине", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2015, 1636.

³² Према подацима тужилаштва на територији Републике Србије, током 2022. године за кривична дела из ове главе јавни тужиоци су одлагали кривично гоњење у односу на 255 осумњичених, од којих се највећи број теретило за кривично дело шумска крађа (163).

Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, тероризма и корупције,³³ који установљава "облик специјализоване надлежности" државних органа и прописује опште критеријуме за давање предности за избор на функцију у овим органима, практичне и формалне природе.³⁴

Кривични поступак може да буде сложен, што подразумева чињеничну сложеност кривичног дела/кривичних дела, доказну сложеност и уопште процесну сложеност. Неретко се води јединствен поступак због фактичке повезаности ових дела са другим кривичним делима и сложене природе кривичних дела: против једног окривљеног за више кривичних дела (истоврсних/којима се пружа заштита различитим заштићеним добрима); против више субјеката (нпр. правних лица и одговорних лица у правном лицу, више физичких лица/више окривљених у поступку за организовани криминал); према саучесницима/прикривачима/ лицима која су пружила помоћ учиниоцу након извршења кривичног дела; против више окривљених за више кривичних дела а да између кривичних дела за која се терете постоји међусобна веза (нпр. кривична дела против животне средине, привреде и службене дужности) и исти докази.

2.1. Значај специјализације у оквирима полиције и јавних тужилаштвава за кривична дела против животне средине

Највећи број кривична дела против животне средине бланкетног је карактера, тачније диспозиција кривичноправних норми којима су прописана ова кривична дела у делу има бланкетни карактер. Предузимањем радњи извршења кривичних дела крше се различити и бројни закони и прописи у области заштите животне средине, разуђени у великом броју извора управног права (уредбе, правилници и др.), који по својој природи често еволуирају, мењају се и доносе нови. Изузетно је отежано и захтева значајно утрошено време да се без претходно усвојених разноврсних правно-техничких знања и вештина и континуираних одговарајућих обука предузимају радње у циљу откривања и доказивања ових кривичних дела.

Јавни тужилац ће се по пријему кривичне пријаве/сознања на неки други начин да је кривично дело извршено, по правилу обратити посебним захтевом надлежним државним и другим релевантним органима и правним лицима ради пружања потребних обавештења односно често ће се официјелно обратити полицији да сама прикупи потребна обавештења и ради предузимања неких других мера и радњи да би се кривично дело и учинилац открили (чл. 282. ЗКП).³⁵ Задатак јавног тужиоца је да у службеној комуникацији са полицијом и релевантним органима (одговарајућим министарствима, секретаријатима, секторима итд.) и инспекцијским службама препозна да ли постоји релевантан степен сумње ("основи сумње") да је одређено лице учинило кривично дело односно "основи сумње" да се остварују елементи кривичног дела.³⁶

³³ Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, тероризма и корупције, *Службени гласник РС*, бр. 94/2016, 87/2018 - др. закон и 10/2023

³⁴ Више о томе: М. Шкулић, *Организовани криминалитет – појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Службени гласник, Београд, 2018², 424–428.

³⁵ Тако на пример еколошко-токсиколошка служба Градског завода за јавно здравље предузима узимање узорка за анализу. Утврђивање карактера отпада поверено је овом заводу чији службеници извршавају узорковање (вршење физичких, физичко – хемијских и хемијских испитивања да ли се ради о опасном отпаду).

³⁶ Природа појединих кривичних кривичних дела (нпр. која се односе на остављање опасног отпада) доводи неретко до вођења поступка, прецизније најраније фазе поступка (предистражног поступка), против НН лица.

Када су у питању кривична дела поједине природе, хитно/без одлагања деловање полиције, других надлежних управних органа и јавног тужиоца који руководи предистражним поступком је нужно. Постоји опасност да се докази рапидно изгубе или модификују у мери која онемогућава/отежава доказивање постојања елемената кривичног дела. Темелј за даље поступање надлежних органа узимање је узорака са загађеног еко – медија током предузимања увиђаја места, одмах/што пре по сазнању за извршено кривично дело.³⁷ Предмети увиђаја су оштећена или загађена подручја животне средине (отворени простори), оштећени/загађени природни објекти, постројења за пречишћавање, складишта отпада и друга складишта, производни објекти, просторије, депоније, возила итд.³⁸ Посебну важност имају ситуациона вештачења која се предузимају нарочито хитно током увиђаја јер се материје које загађују животну средину могу брзо распршити (испаривањем, разлагањем или разблаживањем), што може значајно променити концентрације, па се погрешно долази до закључка да се еколошко кривично дело заправо никада није остварило.³⁹ Приликом увиђаја места значајну улогу имају инспектори са потребном стручношћу, неопходном за проверу индикација постојања загађења еко-медијума.⁴⁰ Драгоцени докази су и резултат предузимања доказне радње увида у документацију, "изузетно значајне доказне радње" која је такође "хитног карактера".⁴¹

Важан темелј ефикасног поступања и доказивања еколошких кривичних дела је систематска комуникација надлежних државних органа, сарадња, координација и континуирана размена информација између њих.⁴² У литератури се запажа да је особеност сузбијања еколошког криминалитета управо у томе да су разнолики органи надлежни и стручни да поступају у најранијој фази поступка, па успешност борбе против еколошког криминалитета зависи од организације и међусобног односа органа који се баве откривањем и доказивањем ових кривичних дела.⁴³ Теоријска, стручна, практична обука тужилаца и рад у пракси у овој области значајни су јер дају кадрове способне да учествују у посебним курсевима или обукама за тужиоце у овој области.⁴⁴ Нарочито су важни заједнички тренинг-програми надлежних органа, "карика у ланцу" примене права о заштити и унапређењу животне средине. Комбинованим приступом унапређују и проширују знања, вештине и омогућавају размену различитих искустава, те правилно разумевање околности догађаја и квалификацију да ли се у противправним радњама стичу обележја кривичног дела.

Специјализација, под којом се подразумева образовање специјализованих тимова, у јавнотужилачкој пракси подиже се на ниво приоритета када је потребно одговорити на недовољно заступљене облике криминалитета, као што је еколошки криминалитет, те подићи на

³⁷ Т. Лукић (2012), *op. cit.*, 225. Значајни докази у предметима против животне средине су извештај о форензичком прегледу лица места са фотодокументацијом, записник о инспекцијском надзору, фотодокументација инспектората за заштиту животне средине.

³⁸ Kuchin Oleg Stas'evich, "The tactics of crime scene examination in the commission of environmental crimes", *Studia Prawnoustrojowe* 44, 2019, 359–360.

³⁹ М. Malish Sazdovska, В. Murgoski, L. Latifi, "Forensic Analysis in Environmental Crimes", *Kriminalistička teorija i praksa*, Vol. 5, 2/2018, 60

⁴⁰ I. Ilić, *op.cit.*, 967.

⁴¹ М. Шкулић (2022), *op.cit.*, 475.

⁴² Т. Лукић (2012), *op.cit.*, 225.

⁴³ М. Писарић, "Претпоставке за откривање еколошког криминалитета", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2015, 787.

⁴⁴ Више о томе: Лукић Т., Писарић М., "Специјализација правосудних и других органа у борби против еколошког криминалитета", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2012, 229–230.

виши ниво ефикасност правосудних органа.⁴⁵ Потреба специјализације проистиче из контекста неопходности мултидисциплинарног приступа, потребе брзине реаговања и практичног знања ком конкретном надлежном органу и организационој јединици се обратити у предистражном поступку, коме поверити вештачење у ранијим фазама поступка.⁴⁶ Осим тога, ефикасности специјализације у оквирима полиције за еколошки криминалитет, или чак специфичне области (кривична дела у вези са отпадом, борба против криволова, заштита биодиверзитета) доприноси специјализација у оквирима тужилаштва.

У Републици Србији образовање посебне јединице МУП-а за сузбијање еколошког криминала и заштиту животне средине важан је искорак у ефикаснијој борби против еколошког криминалитета. Специјализација се остварује и у оквиру одељења за сузбијање привредног криминалитета Управе криминалистичке полиције, у коме се одређени круг инспектора и других службених лица специјализује за кривична дела против животне средине, имајући у виду блиску повезаност и честу испреплетаност еколошког и привредног криминалитета.⁴⁷

Први пут се специјализација службених актера у поступку за кривична дела против животне средине помиње у Резолуцији Савета Европе (77) 28 од 28. септембра 1977. године о доприносу кривичног права за заштиту животне средине.⁴⁸ Прва њена препорука државама чланицама је да преиспитују класичан кривични поступак када су у питању ова кривична дела разматрањем формирања специјализованих одељења судова и специјализованих јавних тужилаца који ће се бавити еколошким предметима. У упоредном праву сусрећемо различито испољавање специјализације за истраживање и кривично гоњење еколошких кривичних дела пре свега: 1. специјализација полиције у оквирима организационих јединица (посебне јединице/службе/канцеларије), или специјализација појединачних полицијских инспектора и службеника; 2. специјализоване посебне службе за истраживање ових кривичних дела, посебни државни органи или мешовити истражни тимови; 3. формирање јединственог органа за истрагу и кривично гоњење (*ØKOKRIM* у Норвешкој) привредног и еколошког криминалитета у оквиру којег се образује тим за заштиту животне средине састављен од људи који су прошли посебну полицијску обуку, стручних лица у области

⁴⁵ Б. Вучковић, Л. Комлен Николић, Ј. Самуилов, *Јавно тужилаштво и заштита животне средине – Нормативни оквир и анализа проблема у примени* (ур. М. Матић Бошковић), Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, Београд 2022, 91.

⁴⁶ У овом контексту, реченица која се цитира у погледу појма специјализације добија свој пун смисао: "Специјалиста значи поседовати знање, контакте и да вам није потребно додатно време за проучавање права и судске праксе у тренутку започињања поступка у предмету" (J. Zezulová, "The Principle of Specialization of Public Prosecutors and Public Prosecutor's Offices in Environmental Crimes", *European Conference of Prosecutors Conférence européenne des procureurs Conférence europea dei procuratori*, Palermo, 2022, 1., <https://rm.coe.int/theme-2-zezulova/1680aba62c>, 6. април 2023.).

⁴⁷ Одељење за спречавање грађења без грађевинске дозволе и за заштиту животне средине при Првом основном јавном тужилаштву у Београду прво је одељење те врсте у тужилаштвима у земљи које је било формирано и радило током прошле године. Циљ овог одељења био је одређен двојак: 1. специјализовање заменика јавних тужилаца и тужилачких сарадника путем посебних едукација и семинара; 2. остваривање "мултисекторске сарадње на вишем нивоу са свим државним органима надлежним за спровођење закона у области заштите и очувања животне средине. Видети: "Тужилаштво проширује рад и по пријавама за екологију: Координација са инспекцијама на општинама Звездара, Врачар, Палилула, Стари град и Савски венац", *Блиц*, <https://www.blic.rs/vesti/hronika/tuzilastvo-prosiruje-rad-i-po-prijavama-za-ekologiju-koordinacija-sa-inspekcijama-na/tvij4pp>, 7. мај 2023.

⁴⁸ Council of Europe – Committee of Ministers *Resolution (77) 28 on the contribution of Criminal Law to the Protection of the Environment*.

природних наука и стручњака у области финансија; 4. специјално/посебно тужилаштво (Русија, Шведска); 4. одређивање у оквиру тужилачке организације тужилаца који ће поступати у овим предметима (интерна фактичка специјализација).⁴⁹

Велики број земаља има специјализоване тужиоце искључиво задужене за предмете који се односе на еколошки криминалитет, а типичан пример су земље Латинске Америке и САД.⁵⁰ Висок ниво специјализације остварује се у Бразилу. Специјализоване канцеларије тужилаштва поступају у грађанскоправној и кривичноправној материји, а у оквиру тужилачке организације раде и технички стручњаци. Шпанија се неретко бележи као пример значаја специјализације, јер је већа специјализација полицијских службеника и тужилаца у овој земљи повећала број процесуираних предмета.⁵¹ *Servicio de Protección de la Naturaleza* (SEPRONA), јединица *Guardia Civil*, једна је од агенција са највећом структуром, са око 1.800 агената, службених лица и подјединица специјализованим за поједина кривична дела из области животне средине. На државном нивоу у Шпанији образоване су специјализоване тужилачке канцеларије за животну средину и урбанистичко планирање, а специјализују се тужиоци на локалном нивоу широм земље.⁵²

У оквиру Савета Европе изводи се закључак да потреба специјализације извире из специфичности улоге јавног тужиоца у погледу кривичног гоњења за ова кривична дела која се огледа у *темељном истраживању* еколошких кривичних дела усмереног на све субјекте у ланцу одговорности (физичка, правна лица, саучесници) и утврђивање свих противправних радњи и евентуалне везе са другим кривичним делима као и потребе свести о вези између еколошког криминала и организованог криминала, насилног криминала, корупције, финансирања тероризма или са кривичним делима учињеним у контексту оружаног сукоба ратним методама и средствима.⁵³

3. ЗНАЧАЈ СПЕЦИЈАЛИЗАЦИЈЕ СУДИЈА ЗА КРИВИЧНА ДЕЛА ПРОТИВ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ

Основни аргументи у прилог образовања специјализованих кадрова за еколошки криминалитет у оквирима судова проистичу из потребе да се у земљама у којима се специјализују носиоци јавнотужилачких функција подржи специјализација у оквирима тужилаштва, омогући доследност у примени инкриминација којима се штити животна средина и изрицању кривичних санкција за ова кривична дела и да се отклони незадовољство јавности због суђења у овим предметима. Доктрина је опомињала да је пракса показала јасно постојање неповољног амбијента за процесуирање кривичних дела против животне средине. Национални судови не поклањају довољно пажње проблемима животне средине, а изостаје и компетентност у смислу поседовања одговарајућих посебних стручних знања судија која би се применила на "изузетно сложене чињеничне основице" код ових кривичних дела.⁵⁴ Приликом изрицања сразмерних кривичних санкција и мера

⁴⁹ Више о томе: Т. Лукић (2012), *op. cit.*, 227–229; L. Colantoni, G. Sofia Sarano, M. Bianchi, *op. cit.*, 87–157.

⁵⁰ О томе: G. (Rock) Pring, C. (Kitty) Pring, *Environmental Courts & Tribunals: A Guide for Policy Makers*, United Nations Environment Programme (UNEP), Nairobi, 2016, 41.

⁵¹ J. Zezulová, *op. cit.*, 3.

⁵² L. Colantoni, G. Sofia Sarano, M. Bianchi, *op. cit.*, 153.

⁵³ Consultative Council of European Prosecutors (CCPE), CCPE Opinion No. 17 (2022) on the role of prosecutors in the protection of the environment, *op. cit.*, 11.

⁵⁴ Т. Лукић, М. Писарић (2012), *op. cit.*, 223.

захтева се да се имају у виду неке особености еколошког криминалитета: 1. еколошки кривична дела воде неправедном богаћењу оних који остварују профит њиховим вршењем; 2. принципи еколошког одрживог развоја, нарочито начело предострожности, засновани су на превенцији, због чега је превенција нарочито важна приликом изрицања кривичних санкција за ова кривична дела; 3. онемогућавање "нарочито упорном учиниоцу" да понови кривично дело путем нпр. одузимања дозволе за обављање делатности или другог вида ограничења/суспендовања делатности, може да буде адекватна санкција или мера; 5. када је учинилац лице које није довољно образовано, могу да буду оправдане алтернативне санкције; 6. важно је и остваривање ресторативних циљева у виду налагања обнављања животне средине и отклањања штетних последица по животну средину.⁵⁵ Добре праксе у борби против еколошког криминалитета су и замрзавање и конфискација имовине и/или прихода и средстава еколошких кривичних дела и паралелне финансијске истраге усмерене на еколошка кривична дела и повезана кривична дела (праће новца).⁵⁶

Ређе се у упоредном праву и пракси држава (за разлику специјализације полиције и тужилаштва) сусреће специјализација судова и формирање посебних одељења, па чак и специјализованих већа у оквирима судова у кривичноправној материји, али се запажа тенденција развоја специјализације судија. Идеја о формирању једног међународног суда који ће имати искључиву надлежност за област животне средине у материји грађанског и кривичног права, остала је нереализована.⁵⁷ Водећи доктринарни аргумент против стварања међународног суда за животну средину, између осталих, био је да постојећи судови и трибунали имају капацитете/могу да их изграде да би решили питања у домену животне средине.⁵⁸ Међутим, присталице формирања посебног међународног кривичног суда указују да би се формирала јединствена знања о процени штете по животну средину и једнообразна јуриспруденција.⁵⁹

Пример специјализације судова за суђења у области заштите животне средине су аустралијске државе у којима се образују специјализовани судови за животну средину. Специјализовани суд искључиве, комбиноване односно свеобухватне надлежности је у аустралијској држави Нови Јужни Велс – Суд за земљиште и животну средину (*Land and Environment Court*). Овај суд је први специјализовани виши суд за животну средину на свету, основан 1. септембра 1980. године на основу Закона о суду за земљиште и животну средину из 1979. године (*Land and Environment Court Act 1979*). Надлежан је за управноправну, грађанскоправну и кривичноправну материју. Одрас је жеље да се искључиво на једном месту одлучује о питањима животне средине, планирања и изградње, права Аборигина на земљишту, да се јединствено тумаче нови закони и прописи и развије јуриспруденција у домену еколошког права. Увођење специјализације било је средство дости-

⁵⁵ B. Preston, "Principled Sentencing for Environmental Offences (Parts 1 and 2)" (October 16, 2006). Part 1: (2007) 31 Criminal Law Journal 91; Part 2: (2007) 31 Criminal Law Journal 142, 17, https://ssrn.com/abstract=2346472_10, маја 2023.

⁵⁶ О томе видети: Consultative Council of European Prosecutors (CCPE), CCPE Opinion No. 17 (2022) on the role of prosecutors in the protection of the environment, 10.

⁵⁷ Т. Лукић, М. Писарић (2012), *op. cit.*, 224.

⁵⁸ Е. Неу, *Reflections on an International Environmental Court*, Kluwer Law International, Hague, 2000, 3.

⁵⁹ Додатни аргументи који се наводе су, између осталог, и да би се на овај начин избегао проблем утврђивања да ли постоји оружани сукоб и које је природе (међународни или унутрашњи), а дају се и у одређеној мери позитивне прогнозе да би издвајање суђења за еколошки ратни злочин од других ратних злочина добило већи консензус у међународној заједници, с обзиром да је у питању сфера заштите животне средине (О томе: А. Lopez *op. cit.*, 271.).

зања доследности у доношењу одлука, смањења одлагања у поступању захваљујући разумевању одлика еколошких спорова, развоја еколошког права.⁶⁰ Критеријуми за избор судија у овом суду односили су се на дужину радног искуства у пракси, знања и стручност у погледу материје из надлежности суда, спремност да се знање и стручност унапређују, а у рад суда укључена су и стручна лица различитих профила, тзв. технички експерти. У оквиру општих циљева у кривичној материји, посебна сврха формирања специјализованог суда било је принципијелно кажњавање за еколошка кривична дела, доследност и транспарентност у изрицању кривичних санкција за еколошка кривична дела.⁶¹ Ради њихове реализације организују се за судије, стручна лица и особље суда континуиране обуке и конференције. Суд поседује најсавременију базу података о кривичним санкцијама изреченим за кривична дела против животне средине.

У првостепеном поступку судија појединац суди за кривична дела против животне средине у скраћеном кривичном поступку. Суд има и другостепену надлежност односно надлежност за одлучивање о жалбама између осталог против осуђујућих пресуда за еколошка казнена дела и против одлука о кривичним санкцијама изреченим од стране локалног суда. Пред овим судом води се кривични поступак за кривична дела којима се крше закони о планирању и еколошки закони. Прва осуда на затворску казну пред овим судом била је 1997. године за умишљајно кривично дело одлагање отпада на начин који би могао да нанесе штету животnoj средини, којом се јасно указало на озбиљност еколошког криминалитета, значај и домаћај последица загађења животне средине. Окривљеном је изречена максимална казна затвора за ово кривично дело (у трајању од 12 месеци) уз новчану казну. У литератури се цитирају речи судије у овом предмету у којима наглашава бројне отежавајуће околности случаја: "Ваше радње нису биле изоловани нити појединачни случајеви загађења, као што је већина случајева пред Судом. У питању је умишљајна радња понављана више пута недељно, током периода извршења кривичног дела, 128 недеља. Предузета је у циљу стицања финансијских добити. Довела је до најозбиљнијих еколошких штета и може да се претпостави вероватна штета по животну средину. Били сте свесни да ћете да проузрокујете штету животnoj средини. Били сте свесни да је оно што сте учинили противправно..."⁶²

4. ПРЕПОРУКЕ СПЕЦИЈАЛИЗАЦИЈЕ СЛУЖБЕНИХ АКТЕРА У ПОСТУПКУ ЗА ЕКОЛОШКА КРИВИЧНА ДЕЛА У ОКВИРИМА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Еколошком криминалитету у оквиру Европске уније према обиму и економским утицајима приписују се следеће одлике: 1. *четврта по реду највећа организована криминална активност* односно четврти је вид организованог криминалитета; 2. остварује на годишњем нивоу стопу раста 5–7%; 3. узрокује 80–230 милијарди евра годишњих губитака.⁶³ Запажа се да су разлози недовољне ефикасности у примени постојећег нормативног оквира у борби против ових кривичних дела, између осталог и недостатак свести

⁶⁰ Brian J. Preston, "Operating an environment court: The experience of the Land and Environment Court of New South Wales", *Environmental and Planning Law Journal*, Vol. 25, 2008, 388.

⁶¹ *Ibid.*, 389.

⁶² M. L. Pearlman, "The Land and Environment Court of New South Wales A Model For Environmental Protection", *Environmental Challenges* (ed. S. Belkin and S. Gabbay), Springer, Dordrecht, 2000, 399.

⁶³ European Commission, Combating environmental crime, https://environment.ec.europa.eu/law-and-governance/compliance-assurance/combating-environmental-crime_en, 13. април 2023.

о размерама и утицајима еколошког криминала, несврставање еколошког криминалитета у приоритете, недостатак људских ресурса за примену закона, те недостатак специјализације и обуке у оквиру полиције, тужилаштва и суда.⁶⁴

Анализом резултата примене Директиве Европског парламента и Савета 2008/99/ЕС од 19. новембра 2008. године о кривичноправној заштити животне средине ("*Environmental Crime Directive*") изведен је закључак да су неопходне промене у сфери кривичног материјалног и у одређеној мери кривичног процесног права у циљу унапређења ефикасности истрага и кривичних поступака за кривична дела против животне средине. Европски парламент и Савет усвојили су предлог нове Директиве о кривичноправној заштити животне средине и замени Директиве 2008/99/ЕС⁶⁵ у којој су првенствено: 1. прецизирана значења у погледу појединих елемената кривичних дела против животне средине (дефинисање одређених појмова који су били нејасни односно остављали шири простор за тумачење); 2. проширени минимални стандарди кривичноправне заштите животне средине уношењем нових кривичних дела против животне средине и инкриминација које су најтеже повреде права ЕУ о животној средини; 3. формулисана одговорност физичких и правних лица; 4. формулисана кривична одговорност за облике саучесништва (подстрекавање, помагање) и за фазу остваривања кривичног дела (покушај); 5. нормативно конкретизовани захтеви одређивања делотворних, сразмерних кривичних санкција које ће остварити превентивни ефекат (врсте кривичних санкција и мера, регулисање отежавајућих, олакшавајућих околности); 6. формулисани захтеви у оквирима организације рада полиције и кривичног правосуђа; 7. формулисани поједини кривично-процесни појмови, захтеви и права.⁶⁶ Спровођење ефикаснијих истрага и кривичних поступака према овом тексту постиже се спровођењем циљаних и редовних обука (на свим нивоима "ланца примене еколошког права"), формулисањем свеобухватне националне стратегије против еколошког криминала и мера за подизање свести о размери и значају еколошког криминала.⁶⁷

У Предлогу Директиве идентификоване су мере које имају потенцијал да подстичу откривање, истраживање, кривично гоњење и кажњавање за кривична дела против животне средине, а као прва се истиче тренинг и специјализација инспектора у оквиру органа управе, полиције, тужилаштва и судија кривичара. Предуслов остваривања ових мера је ангажова-

⁶⁴ Council of the European Union Brussels, 9 November 2020 (OR. en) 12717/20 ADD - European Commission, Brussels, 28.10.2020 SWD(2020) 259 final PART ½ - Commission Staff Working Document Evaluation of the Directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on the protection of the environment through criminal law ("*Environmental Crime Directive*"), 33–34, https://commission.europa.eu/system/files/2021-12/environmental_crime_evaluation_report.pdf, 13. април 2023.

⁶⁵ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law and replacing Directive 2008/99/EC, European Commission, Brussels, 15. 12. 2021, COM(2021) 851 final 2021/0422 (COD).

⁶⁶ Предлог Директиве дефинише појам "заинтересоване јавности" ("*public concerned*") – лица која су погођена или "вероватно ће бити погођена" кривичним делима против животне средине (члан 2 став 1 тачка 4 Предлога Директиве). Формулише се и право "заинтересоване јавности" да учествује у кривичном поступку у складу са националним правним системом, у виду одговарајућих права, на пример као "грађанска странка" (члан 14). Резолуција Савета Европе (77) 28 од 28. септембра 1977. године о доприносу кривичног права за заштиту животне средине наводи једну од препорука измена у класичном кривичном поступку условљену природом ових кривичних дела у виду признавање права појединцима или групама да се укључе у кривични поступак ради одбране интереса заједнице.

⁶⁷ A. Pingen, "Environmental Crime", *The European Criminal Law Associations Forum*, EUCRIM, 4/2021, 219.

ње додатних материјалних и личних ресурса, посебно у оквиру рада полиције и тужилаштва. Примена еколошког права, према тачки 28 Преамбуле, захтева стицање више вештина специјализацијом, јер су еколошка кривична дела по својој природи сложена и "техничке" природе. Наглашава се да учествовање у поступцима за ова кривична дела тражи мултидисциплинарни приступ и да је неопходан висок ниво правничких знања, техничка стручност, те и висок ниво обуке и специјализације у оквиру свих релевантних надлежних органа. Поставља захтев земљама чланицама Европске уније да обезбеде такву обуку која ће одговарати функцији надлежних органа који откривају, истражују, кривично гоне или суде за еколошка кривична дела. У циљу максималног увећавања професионализма и ефикасности "ланца примене еколошког права", такође треба размотрити образовање специјализованих истражних јединица, тужилаца и кривичне судије који суде у кривичним предметима у области животне средине. У погледу кривичних судова опште надлежности, могла би да се предвиди специјализована већа судија. Осим захтева специјализације службених актера, додатна гаранција ефикасности откривања, истраживања, гоњења и кажњавања за ова кривична дела је постојање техничких стручњака који треба да буду доступни свим релевантним органима за примену еколошког права.

Поменути општи захтеви конкретизовани су дужностима држава чланица у погледу обезбеђења неопходних ресурса и обуке: 1. довољног броја квалификованих полицијских службеника односно истражитеља, тужилаца и судија, техничких и технолошких ресурса неопходних за ефикасно обављање функција у циљу спровођења Директиве (члан 16 Предложене Директиве); 2. захтевања од одговорних за обуку судија, тужилаца, полиције, судског особља и запослених у надлежним органима укљученим у кривичне поступке и истраге да у редовним интервалима обезбеде специјализоване обуке у складу са циљевима Директиве и одговарајућим функцијама запосленог особља и власти (члан 17 Предложене Директиве).

Важан део односи се на препознавање еколошког криминалитета као облика организованог криминалитета и криминалитета у вези са другим тешким кривичним делима, пре свега коруптивним кривичним делима (корупција у привреди и тзв. "висока" корупција). С тим у вези, налаже се државама чланицама да омогуће примену делотворних истражних "алата" и за ова кривична дела, као што су тајни надзор комуникације, тајно праћење укључујући и електронски, контролисана испоруке, надзор над банковним рачунима и друге инструменте финансијске истраге. Њихова примена подлеже условима поштовања законитости (примена под условима прописаним националним законом), принципа сразмерности, основних људских права, супсидијарности (*ultima ratio* примене), у зависности од природе и тежине кривичних дела која треба да правдају њихову употребу и право на заштиту личних података. Акцент је на овим истражним техникама да би се извршила хармонизација на плану истражних радњи које се предузимају у циљу развоја прекограничне сарадње.

Области обуке службених актера у поступку су различите. Према Извештају Европске агенције за примену права и тренинг (*European Union Agency for Law Enforcement and Training* – CEPOL) обухватају између осталог специфичне истражне технике за поједине облике еколошког криминалитета (који се односе на отпад, дивље животиње, загађење животне средине, експлоатацију мора), алате за процену утицаја односно штете еколошких кривичних дела, поступање по пријавама узбуњивача, примену посебних доказних радњи када је реч о кривичним делима који имају међународноправну компоненту, форензика и

доказивање итд.⁶⁸ Истражитељи и полицијски службеници су највеће циљне групе. Еколошка кривична дела често прате други облици криминалитета, па су многе теме међусобно повезане. Констатује се да обука о еколошком криминалу треба да има холистички приступ, да теме као што су истражне технике привредног криминала, инфилтрирање криминала у правне послове, корупција и превара са документима треба да буду обрађене као хоризонтални аспекти, да се интегришу у активности обуке када је то релевантно.⁶⁹

4.1. Европска мрежа за еколошка кривична дела

Европска мрежа за еколошка кривична дела (*European Network for Environmental Crime* – ENVICRIMENET) основана је јуна 2011. године Резолуцијом Савета Европске уније⁷⁰ у циљу јачања сарадње у борби против еколошких кривичних дела, јер се запажа да се постижу резултати едукативним мерама и координисаним активностима, када су пре свега у питању одређена кривична дела против животне средине која имају интернационалну компоненту (нарочито недозвољена трговина отпадом).

По правној природи је "неформална мрежа" специјализованих истраживача на нивоу ЕУ за борбу против еколошког криминалитета, коју значајно подржава Европол и координира њене активности, те која користи већ постојеће правне оквире за своје деловање. Повезује полицијске службенике, службе за истраживање еколошких кривичних дела и друге надлежне органе за борбу против еколошког криминалитета као и јавне тужиоце и њихова удружења у државама Европске уније у намери да унапреди размену информација неоперативне природе и искустава о најбољим праксама ради ефикасне борбе против прекограничног еколошког криминалитета. Циљ ове мреже је и да се развије у будућности прикупљање криминалистичких обавештајних података. Њеним образовањем настоји се да се унапреди борба против еколошког криминалитета најпре путем изградње свести да је за овај вид борбе неопходан стратешки приступ, а затим путем тактичких анализа појединих облика еколошког криминалитета,⁷¹ размене истражних метода, обука полицијских службеника на основу формираних стандарда тренинга и размена најбољих стручних пракси. Активности овог форума нису оперативне природе.

У литератури се сарадња Европола и ове неформалне мреже издваја као један од облика неоперативних активности Европола у области еколошког криминала.⁷² Европска мрежа за еколошки криминал и Европол у мају 2014. године покренули су и заједнички изнели пројекат под називом "*The Intelligence Project on Environmental Crime*" (ИПЕС),

⁶⁸ European Union Agency for Law Enforcement and Training – CEPOL, *Operational Training Needs Analysis Environmental crime – Educate, Innovate, Motivate*, 25., <https://www.cepoleuropa.eu/newsroom/news/cepole-releases-first-training-needs-analysis-environmental-crime>, 5. мај 2023.

⁶⁹ *Ibid.*, 7.

⁷⁰ Council of the European Union, EU Council Resolution on the creation of an informal network for countering environmental crime 10291/11 d.d. 09-10 June 2011

⁷¹ Циљеви и мере које се Резолуцијом постављају су омогућавање земљама чланицама да "идентификују криминалне мреже за које постоји сумња да су умешане у недозвољени промет отпадом да би се утврдиле њихове везе са другим облицима (организованог) криминала, да се утврде руте, одредишта, *modus operandi*, трендови и врсте криминалних активности. Такође, издваја се да је циљ и мера утврђивање показатеља прекограничне или чак унутрашње криминалне активности у вези са еколошким криминалитетом (EU Council Resolution on the creation of an informal network for countering environmental crime).

⁷² V. Mitsilegas, F. Giuffrida, *The Role of EU Agencies in Fighting Transnational – New Challenges for Eurojust and Europol*, Brill, Leiden – Boston 2017, 89.

транспарентан пример њихове заједничке сарадње ради стицања бољег знања о врстама еколошких кривичних дела која утичу на државе чланице ЕУ, њиховом обиму и препрекама у борби против ових кривичних дела, као и идентификацији умешаности организационих криминалних група и претњи Европској унији.⁷³

4.2. Европска мрежа тужилаца за животну средину

Европска мрежа тужилаца за животну средину (*European Network of Prosecutors for the Environment* – Е.Н.П.Е)⁷⁴ основана је 2012. године и поседује статус међународног непрофитног удружења јавних тужилаца. Суштински је неформална "мрежа" јавних тужилаца који представљају тужилачке организације (чланове Удружења) и посматрача. Прокламује практичне циљеве као што су допринос заштити животне средине "подржавањем оперативног рада" тужилаца за еколошки криминалитет; унапређење размене информација и искустава у погледу кривичног гоњења за кривична дела против животне средине; размена искустава о истрагама, кривичном гоњењу и кривичним санкцијама у области животне средине. Подстиче и подржава међународну сарадњу, уочава и развија добру праксу за успешно кривично гоњење. Формулише смернице, инструменте, заједничке стандарде и приступе кривичном гоњењу за кривична дела у вези са животном средином. Дели програме обуке и сарађује са релевантним међународним организацијама. Развија односе са мрежама судија као што су ЕУ форум судија за животну средину (*EU Forum of Judges for the Environment* – EUFJE), Европол-ом,⁷⁵ Интерпол-ом и Евроцаст-ом. Једна од темељних препорука овог удружења је да специјализација за еколошка кривична дела треба да се примењује за свако кривично дело против животне средине, те да у овом смислу не треба разликовати мање и више озбиљна кривична дела за које би важила тужилачка и судијска специјализација.⁷⁶ Ефикасно кривично гоњење, осуда и санкционисање за кривична дела против животне средине захтева претходно стицање посебних знања, разумевање природе еколошког криминалитета и штете коју узрокује или може да изазове.⁷⁷

Три основне препоруке Пројекта "LIFE-ENPE" Радних група су: 1. *стварање специјализованих већа* која не суде искључиво за кривична дела против животне средине; 2. *могућност да жртве* (грађани, невладине организације и органи јавне власти) учествују у кривичном поступку као тзв. "грађанска странка"⁷⁸; 3. *могућност утврђивања висине*

⁷³ EnviCrimeNet, Intelligence Project on Environmental Crime (IPEC) Report on Environmental Crime in Europe, The Hague, 2015, 1, https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/ipcc_report_on_environmental_crime_in_europe_0.pdf, 13. април 2023.

⁷⁴ Европска мрежа тужилаца за животну средину основана је 2012. године у Бриселу. Оснивачи удружења (8 чланова) биле су тужилачке организације из седам европских држава. Почев од 2015. године чланство се проширивало на земље Латинске Америке и Северне Африке, на укупно 32 земље.

⁷⁵ Сарадња са Европолом остварује се преко процене претње од тешког и организованог криминала S.O.C.T.A (S.O.C.T.A – *Serious and Organized Crime Threat Assessment*).

⁷⁶ С. М. Billiet *et al.*, *Sanctioning Environmental Crime (WG4). Final report: key observations and recommendations, 2016–2020 of the ENPE*, 17.

https://www.eufje.org/images/DocDivers/WG4_Y4_Final_Report_Def.pdf, 30. мај 2023.

⁷⁷ *Ibid.*, 36.

⁷⁸ Шкулић запажа да је једна од одлика адверзијалног кривичнопроцесног система, за разлику од континентално – европског, да оштећени углавном не може да има својство овлашћеног тужиоца и по правилу нема могућност доказне иницијативе у кривичном нити има могућност да остварује имовинскоправни захтев у кривичном поступку. М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Дванаесто измењено и допуњено издање, Универзитет у Београду – Правни факултет, 2020, 19.

новчане накнаде "ex aequo et bono"; 4. специјализација тужилаца стварањем специјализованих јединица или одређивањем конкретних тужилаца за кривична дела против животне средине, при чему модел специјализације треба да буде унет у законске текстове како би се избегла зависност од појединаца (нпр. од главног тужиоца) и њихове ставове, приоритете и добру вољу.⁷⁹

Ова организација остварује сарадњу са форумом судија за еколошки криминалитет, па формулише смернице које се односе и на специјализацију судија. Препоручени модел у судовима опште надлежности је да се образује једно специјализовано веће.⁸⁰ Формат специјализације не треба да се заснива на искључивости, што значи да све "еколошке предмете" добија специјализовано веће, већ да оно евентуално суди додатно и друге предмете ако број предмета који се односе на животну средину не досегне број предмета који се додељују судији у рад. Наглашава се да специјализација може да утиче на уједначавање судске праксе. Такође, има потенцијал да утиче на јачање положаја оштећеног (оштећених), у моделима кривичног поступка у којима жртва има статус "грађанске странке", те право оштећеног на приступ суду у вези са остваривањем имовинскоправног захтева. Препоручује се да се решавање кривичног суда о имовинскоправном захтеву, у виду накнаде штете која је проузрокована еколошким кривичним делима олакша, оснажи и прошири.⁸¹ Жртве које су претрпеле штету треба да имају приступ кривичном суду као "странка" у случају. Најчешћа опција међу правним система, опција за опште правило, јесте да жртве могу постати тзв. "грађанска странка". Запажа се да у правним системима земаља чланица ЕУ у којима постоји могућност да жртве учествују у кривичном суђењу као "грађанска странка", у пракси кривични судови по правилу избегавају да одлучују о накнади штете препруштајући парничним судовима да ово питање реше. Потребно је да се подстиче да кривични судови одлучују о накнади штете, али и да се води рачуна о ефикасности поступања. Одлучивање кривичног суда о имовинскоправном захтеву не треба да буде обавезно, већ да зависи од сложености питања.

4.3. ЕУ форум судија за животну средину

ЕУ форум судија за животну средину (*EU Forum of Judges for the Environment*—ЕУ-ФЈЕ) регионални је форум судија за животну средину основан 2004. године, на иницијативу судија највиших судова земаља Западне Европе (Француске, Италије, Белгије, Енглеске и Велса). Њени чланови могу да буду судије заинтересоване за област животне средине које су чланови Суда правде ЕУ, Европског суда за људска права, затим судије које суде у материји управног, грађанског и кривичног права из држава чланица ЕУ и држава чланица/бивших чланица Европске асоцијације за слободну трговину (ЕФТА) као и правосудне односно судијске организације у овим земљама. Одржава годишње конференције на тему различитих области еколошког права, на којима се издвајају и глобалне тенденције у погледу на специјализације судова и трибунала за област животне средине.⁸² Током Конференције у Бриселу одржа-

⁷⁹ С. М. Billiet *et al.*, *op. cit.*, 29.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Када се ради о имовинскоправном захтеву, радна група мисли на штету коју су претрпели грађани, НВО и јавне власти (нпр. трошкови чишћења које има општина као резултат еколошког кривичног дела).

⁸² Једна од утврђених глобалних тенденција је криза способности општег правосудног система држава да ефикасно примени еколошко право. Одговор на ову негативну појаву образовање је на светском нивоу три модела специјализације: 1. модел екстензивне надлежности судова – спајање управних, парничних и кри-

не 2010. године, Форум је окупио јавне тужиоце из земаља чланица ЕУ и тиме постао инструмент за образовање Европске мреже тужилаца за животну средину (ENPE).⁸³ Улога Форума је и у области размене искустава националних судија у погледу обука које се односе и на еколошки криминалитет. Нарочит значај имају резултати истраживања пракси држава, у погледу разлога за слабу примену еколошког права и ређег кривичног гоњења за кривична дела против животне средине. На основу добијених података од држава, ЕУФЈЕ је формулисао препоруку обавезне специјализације надлежних државних органа, "карика у ланцу" примене еколошког права, а нарочито судова који су "последња карика у ланцу".⁸⁴ Најзначајнији начелни резултати активности ЕУФЈЕ у садејству са Тренинг програмом од стране Европске комисије и европских судијских удружења развој је еколошке свести и познавање права ЕУ у оквирима правосуђа ЕУ.⁸⁵

На годишњој конференцији Форума одржаној у Хагу 2004. године констатована је искључива или примарна надлежност полиције за откривање и доказивање кривичних дела против животне средине у државама чланицама. Углавном полиција поседује надлежност истраживања и откривања еколошких кривичних дела, али често постоје државни органи са специјалним истражним овлашћењима као што су специјалне инспекцијске службе у области животне средине и царинске службе.⁸⁶ У погледу специјализације у оквиру полиције констатовано је да специјализација није правило, али да се уочавају видови специјализације у неким земљама ЕУ: 1. *посебне јединице полиције* за еколошки криминалитет; 2. *посебна одељења судске полиције*; 3. *специјализација појединих полицијских службеника* (фактичка специјализација).

Разликује се више модела кривичног гоњења: 1. *јавни (државни) тужилац* као део правосудног система надлежан је за кривично гоњење (највећи број држава ЕУ); 2. *јединствен орган истражује и кривично гони* односно јавни тужиоци су интегрисани у оквиру полиције (Норвешка - *ØKOKRIM*); 3. *функција гоњења је подељена између полиције и специјализованих владиних агенција* (Велика Британија); 4. *оштећени иницирају кривични поступак* позивањем потенцијалног учioniоца да се појави пред кривичним судом (Белгија); 5. *гоњење за еколошка казнена дела подељено је између управних органа и јавног тужилаштва* (Аустрија).

вичних судова у један "еколошки суд" (Аустралија, Индија); 2. модел комбиновања парничних и кривичних судова (Кина); 3. модел специјализације у оквиру судова опште надлежности.

⁸³ M. Faure, P. De Smedt, A. Stas, *Environmental Enforcement Networks – Concepts, Implementation, Effectiveness*, Edward Edgar Publishing, Cheltenham – Northampton 2015, 285.

⁸⁴ Закључује се да у појединим државама постоји тзв. "циркуларни ефекат". Полиција не остварује довољне напоре за специјализацију и откривање и доказивање кривичних дела против животне средине аргументујући своју пасивност утиском да су судије незаинтересоване за ове случајеве. Сличан став имају и тужиоци. Правдају негоњење тачије ретко кривично гоњења за ова кривична дела управо недостатком судија која поседују специјализована знања. С друге стране, судије избегавају специјализацију због недовољног броја предмета за ова кривична дела. О томе видети: EU Forum of Judges for the Environment, Summary report questionnaire relating to the training and the specialisation of magistrates in Environmental Law, January 2019 EUFJE and Milieu - Summary report training and specialisation of judges in environmental Law 6 March 2019, https://www.eufje.org/images/docConf/so2018/EUFJE_Report_on_Training_and_Specialisation_in_Environmental_Law_2019.pdf, 57–58, 5. мај 2023.

⁸⁵ M. Faure, P. De Smedt, A. Stas, *op. cit.*, 287.

⁸⁶ EU Forum of Judges for the Environment Summary Report – Part III of the Questionnaire organization of the courts and tribunals and prosecution policy in the area of environmental crime, 9. <https://www.eufje.org/images/docConf/hag2004/CR3%20hag2004.pdf>, 17. април 2023.

На основу истраживања ЕУФЈЕ – а утврђено је да у земљама Европе, супротно светском тренду раста броја судова за предмете који се односе на животну средину, не постоје специјализовани "еколошки судови" и трибунали са свеобухватном надлежношћу (управна, грађанска, кривична), али се уочава да постоји извесни вид специјализације за еколошка кривична дела пред највишим судом поједних држава (веће кривичног одељења Врховног касационог суда у Финској, Грчкој Италији).⁸⁷ Разлози за то су и непостојање довољног броја предмета који би захтевао специјализацију судија и њихову обуку.⁸⁸ У појединим првостепеним судовима опште надлежности у Белгији образована су специјализована одељења за кривична дела против животне средине али судије поступају осим у овим и у другим предметима.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Специјализација службених актера у кривичном поступку у Републици Србији уздигнута је на ниво начела обавезне специјализације у поступку према малолетника, у кривичном поступку у којем су оштећена малолетна лица одређеним кривичним делима и у којем јавни тужилац у конкретном случају процени да је специјализација неопходна да би се пружила заштита оштећеним малолетним лицима. Специјализација службених актера у фактичком смислу (посебна стручна знања и искуство) и у организационом смислу (посебне организационе јединице МУП/посебна служба за борбу против високотехнолошког криминала, посебна одељења виших јавних тужилаштава и виших судова) релевантна је у кривичним поступцима за организовани криминал, корупцију, ратне злочине и високотехнолошки криминал.

Специјализација службених актера у поступку за кривична дела против животне средине није законски ни формални захтев с обзиром да се за ова кривична дела, иако постоје бројне специфичности и практичне тешкоће у погледу њиховог доказивања услед посебно комплексне природе појединих кривичних дела и јаке споне са управним правом и разноврсним научним дисциплинама, не води посебан кривични поступак, различит од општег (редовног) кривичног поступка. Ипак, природа неких кривичних дела захтева хитно поступање службених актера у поступку, нарочито када је потребно утврдити степен, обим загађења, спречити будуће штете и жртве, када прети опасност од загађења, ако влада узнемирење јавности, нарочито грађана на одређеном подручју које може да буде погођено загађењем.

Истраживања организације органа истраживања, кривичног гоњења и суђења и добрих пракси држава, бројних препорука које се формулишу у оквирима Савета Европе и Европске уније и истраживање јавнотужилачке праксе у нашој земљи указује на неопходност повећања броја континуираних заједничких обука и тренинга већег броја, пре свега, јавних тужилаца и судија у овој области, у којима ће учествовати све "карике у ланцу примене еколошких прописа". Мешовите, мултидисциплинарне, заједничке обуке неопходне су ради подизања свести о озбиљности ових кривичних дела, развијања криминалистичких

⁸⁷ EU Forum of Judges for the Environment, Summary report questionnaire relating to the training and the specialisation of magistrates in Environmental Law, January 2019 EUFJE and Milieu - Summary report training and specialisation of judges in environmental Law 6 March 2019, 36., https://www.eufje.org/images/docConf/so2018/EUFJE_Report_on_Training_and_Specialisation_in_Environmental_Law_2019.pdf, 5. мај 2023.

⁸⁸ *Ibid.*, 37.

знања, знања из области управног права и основних знања из релевантних научних дисциплина неопходних ради поступања у овим предметима. Позитиван и значајан корак ка специјализацији формирање је посебне јединице МУП – РС за сузбијање еколошког криминалитета и заштиту животне средине, чији службеници неретко присуствују теренском инспекцијском надзору, и фактичка специјализација у оквиру одељења за сузбијање привредног криминалитета. Неопходно је формирање посебног увиђајног тима у оквиру посебне јединице полиције, састављеног од стручних лица релевантне струке, која ће вршити одговарајућа узорковања и испитивања (нпр. емисија, отпада) независно од теренских инспекцијских надзора на лицу места и ангажованих од стране министарства акредитованих лабораторија (института). Поступање полиције захтева у одређеној мери сарадњу са надлежним органима, пре свега инспекцијама и царинском службом, али и самосталност у поступању под руководећом улогом јавног тужиоца у предистражном поступку, посебна криминалистичка знања за обављање информативних разговора, саслушања осумњичених, прибављање релевантних података из документације.

Бројне препоруке и добре праксе указују на потребу специјализације у оквирима унутрашње организације јавног тужилаштва и јачање фактичке специјализације јавних тужилаца. Неопходност специјализације у погледу криминалистичких знања и вештина, криминолошких и кривичнопроцесних знања, проистиче начелно из специфичних разлика између појавних облика кривичних дела, уочавања везе са организованим криминалом и коруптивним кривичним делима, потребе да расветљавање еколошких кривичних дела буде темељно, усмерено на све учеснике у противправним активностима у контексту вршења ових дела. Специјализацији јавног тужиоца може да допринесе и коришћење законске могућности пружања потребних објашњења од стране стручних лица техничке или друге струке у вези са прибављеним доказима/током предузимања појединих других доказних радњи (чл. 300 ст. 9 ЗКП).

Препоручују се извесне модификације у расподели предмета судијама, најпре специјализација одређеног броја судија и одређивање да ове судије приоритетно суде у предметима за кривична дела против животне средине у циљу фактичке специјализације, континуираног развоја знања у овој области, суђења у разумном року, изрицања сразмерних и адекватних кривичних санкција и одређивање мера које ће остварити циљеве превенције и ресторативне правде, формирања уједначене судске праксе, утврђивања оштећених у поступку и поступања са имовинскоправим захтевом.

ЛИТЕРАТУРА

- Бугарски Т., "Кривични поступак за кривична дела против животне средине", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2015.
- Вучковић Б., Комлен Николић Ј., Самуилов Ј., *Јавно тужилаштво и заштита животне средине – Нормативни оквир и анализа проблема у примени* (ур. Марина Матић Бошковић), Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, Београд 2022.
- Делић Н., *Кривично право посебни део*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2023³.
- Дреновак – Ивановић М., *Еколошко право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2021.
- Пић Ј., "Penal policy of Serbia in criminal acts against environment", *Zbornik z medzinárodnej vedeckej konferencie Bratislavské právnické fóru*, 2013.
- Kuchin Oleg Stas'evich, "The tactics of crime scene examination in the commission of environmental crimes", *Studia Prawnoustrojowe* 44, 2019.
- Lopez A., "Criminal Liability for Environmental Damage Occurring in Times of Non-International Armed Conflict: Rights and Remedies", *Fordham Environmental Law Review*, 2/2006.

- Лукић Н., *Зелена криминологија*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2023.
- Лукић Т., "Откривање и истраживање еколошког криминалитета", *Ревиија за кривично право и криминологију*, 1-2/2012.
- Лукић Т., Писарић М., "Специјализација правосудних и других органа у борби против еколошког криминалитета", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2012.
- Malish Sazdovska M., Murgoski B., Latifi L., "Forensic Analysis in Environmental Crimes", *Kriminalistička teorija i praksa*, 2/2018.
- Миљуш И., *Начело једнакости "оружја" у кривичном поступку*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2023.
- Mitsilegas V., Giuffrida F., *The Role of EU Agencies in Fighting Transnational – New Challenges for Eurojust and Europol*, Brill, Leiden – Boston 2017.
- Pearlman M. L., "The Land and Environment Court of New South Wales A Model For Environmental Protection", *Environmental Challenges* (ed. S. Belkin and S. Gabbay), Springer, Dordrecht, 2000.
- Pingen A., "Environmental Crime", *The European Criminal Law Associations Forum*, EUCRIM, 4/2021.
- Писарић М., "Претпоставке за откривање еколошког криминалитета", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2015.
- Pleić M., "Kazneni progon i istraživanje kaznenih djela protiv okoliša", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 2/2016.
- Preston J. B., "Operating an environment court: The experience of the Land and Environment Court of New South Wales", *Environmental and Planning Law Journal*, Vol. 25, 2008.
- Pring (Rock) G., Pring (Kitty) C., *Environmental Courts & Tribunals: A Guide for Policy Makers*, United Nations Environment Programme (UNEP), Nairobi 2016.
- Стојановић З., *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2017⁶.
- Faure M., De Smedt P., Stas A., *Environmental Enforcement Networks – Concepts, Implementation, Effectiveness*, Edward Edgar Publishing, Cheltenham – Northampton 2015.
- Hamilton M., *Environmental Crime and Restorative Justice – Justice as Meaningful Involvement*, Palgrave Macmillan – Springer, Cham, 2021.
- Hey E., *Reflections on an International Environmental Court*, Kluwer Law International, Hague, 2000.
- Colantoni L., Sofia Sarano G., Bianchi M., *Fighting Environmental Crime in Europe – An Assessment of Trends, Players and Actions*, Istituto Affari Internazionali – Ambitus, Roma, 2022.
- Шкулић М., "Право на здраву животну средину као људско право", *Приручник за заштиту животне средине* (ур. Марина Матић Бошковић), Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2011.
- Шкулић М., *Организовани криминалитет – појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Службени гласник, Београд, 2018².
- Шкулић М., *Кривично процесно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, 2020¹².
- Шкулић М., *Криминалистика*, Универзитет у Београду Правни факултет, Београд, 2022.

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

- Billiet C.M. et al., *Sanctioning Environmental Crime (WG4). Final report: key observations and recommendations, 2016–2020 of the ENPE*. https://www.eufje.org/images/DocDivers/WG4_Y4_Final_Report_Def.pdf
- General Assembly, Human Rights Council Forty-third session 24 February–20 March 2020, Right to a healthy environment: good practices - Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment. <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-environment/good-practices-right-healthy-environment>.
- EnviCrimeNet, Intelligence Project on Environmental Crime (IPEC) Report on Environmental Crime in Europe, The Hague, 2015. https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/ipcc_report_on_environmental_crime_in_europe_0.pdf
- European Union Agency for Law Enforcement and Training – CEPOL, *Operational Training Needs Analysis Environmental crime - Educate, Innovate, Motivate*, <https://www.cepola.europa.eu/newsroom/news/cepola-releases-first-training-needs-analysis-environmental-crime>
- EU Forum of Judges for the Environment Summary Report – Part III of the Questionnaire organization of the courts and tribunals and prosecution policy in the area of environmental crime, <https://www.eufje.org/images/doc-conf/hag2004/CR3%20hag2004.pdf>
- EU Forum of Judges for the Environment, Summary report questionnaire relating to the training and the specialisation of magistrates in Environmental Law, January 2019 EUFJE and Milieu - Summary report training and spe-

- cialisation of judges in environmental Law 6 March 2019, 36., https://www.eufje.org/images/doc-Conf/so2018/EUFJE_Report_on_Training_and_Specialisation_in_Environmental_Law_2019.pdf
- European Commission, Combating environmental crime, https://environment.ec.europa.eu/law-and-governance/compliance-assurance/combating-environmental-crime_en
- Preston B., "Principled Sentencing for Environmental Offences (Parts 1 and 2)" (October 16, 2006). Part 1: (2007) 31 Criminal Law Journal 91; Part 2: (2007) 31 Criminal Law Journal 142, <https://ssrn.com/abstract=2346472>
- "Тужилаштво проширује рад и по пријавама за екологију: Координација са инспекцијама на општинама Звездара, Врачар, Палилула, Стари град и Савски венац", *Блиц*, <https://www.blic.rs/vesti/hronika/tuzilastvo-prosiruje-rad-i-po-prijavama-za-ekologiju-koordinacija-sa-inspekcijama-na/tvjj4pp>
- Council of the European Union Brussels, 9 November 2020 (OR. en) 12717/20 ADD - European Commission, Brussels, 28.10.2020 SWD(2020) 259 final PART ½ - Commission Staff Working Document Evaluation of the Directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on the protection of the environment through criminal law ("Environmental Crime Directive") https://commission.europa.eu/system/files/2021-12/environmental_crime_evaluation_report.pdf
- Zezulová J., *The Principle of Specialization of Public Prosecutors and Public Prosecutor's Offices in Environmental Crimes*, European Conference of Prosecutors Conférence européenne des procureurs Conferenza europea dei procuratori, Palermo, 2022

* * *

Ivana Miljuš, PhD*

SPECIALIZATION OF OFFICIAL ACTORS IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS FOR CRIMINAL OFFENSES AGAINST THE ENVIRONMENT

Summary

A significant obstacle to the realization of the right to a clean, healthy and sustainable environment is the lack of specialization of official actors in criminal proceedings for criminal offences against the environment. The author presents the fundamental features of environmental crime and the forms of environmental crime, and highlights the fundamental difficulties in their detection and proving. The central part of the paper is research of the significance of the specialization of the police, public prosecutors and judges from the doctrinal, comparative and practical aspects. In particular, the recommendations regarding specialization formulated at the level of the Council of Europe and the European Union are analyzed. Specialization within the framework of the police and public prosecution has the potential to increase the number of processed cases, facilitate and speed up the detection and proving of ecological crimes, contribute to thorough investigations, and strengthen inter-institutional and international cooperation in criminal matters. Numerous recommendations and good practices point to the need for specialization within the internal organization of the public prosecution. The specialization of judges gains importance in the context of trials within a reasonable time, the imposition of proportionate criminal sanctions and measures, dealing with restitution claims and building public confidence in the judiciary. It is recommended to specialize a certain number of judges and determine that these judges primarily judge cases for criminal offenses against the environment.

Keywords: criminal offences against the environment, specialization, police, public prosecutor, judge.

* Assistant Professor, Faculty of Law – University of Belgrade, ivana.miljus@ius.bg.ac.rs.

др Вишња Ранђеловић*,

ИНКРИМИНИСАЊЕ ЕКОЦИДА У МЕЂУНАРОДНОМ И НАЦИОНАЛНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ – МОГУЋНОСТИ И ИЗАЗОВИ

Апстракт: Услед све учесталијих случајева уништења и оштећења животне средине долази до подизања свести о потреби проширивања и интензивирања кривично-правне заштите животне средине како на међународном, тако и на националним нивоима. У том контексту је настала идеја о прописивању екоцида као посебног кривичног дела, првобитно унутар међународног кривичног права, као петог дела у надлежности Међународног кривичног суда, а затим и у оквиру националних законодавстава. У раду је анализирана дефиниција екоцида предложена од стране Екоцидног панела, као тренутно најприхваћенија (иако не још увек општеприхваћена). Како још увек није успостављена надлежност сталног Међународног кривичног суда над екоцидом, предмет рада јесте указивање на могуће начине кривичног гоњења за међународна кривична дела против животне средине пред овим Судом, а у оквиру већ постојећих инкриминација у његовом Статуту. Пошто ни у националном законодавству Србије није прописано кривично дело екоцида, у раду је извршено његово поређење са постојећим инкриминацијама против животне средине у Кривичном закону.

Кључне речи: животна средина, кривичноправна заштита, међународно кривично право, загађење животне средине, екоцид.

1. УВОД

Убрзани индустријски и технолошки развој доводи до несагледивих, дуготрајних и широко распрострањених негативних последица по животну средину, у виду уништења и оштећења воде, ваздуха, земљишта, биљног и животињског света, услед чега током 20. века долази до подизања свести о значају животне средине за опстанак човечанства и погубности свих понашања која су усмерена на њену деструкцију. Међународне размере деструкције животне средине доводе у питање могућност планете да одговори на и задовољи потребе не само садашњих, већ и будућих генерација, што значи да својим понашањем доводимо у питање сопствени опстанак. Из тог разлога је на међународном, регионалном и националном нивоу посебна пажња усмерена на проширивање и интензивирање кривичноправне заштите животне средине.¹ Поред тога, у новије време се све

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, vmilekic@jura.kg.ac.rs.

¹ Више о кривичноправној заштити животне средине: З. Стојановић, "Кривично-правна заштита животне средине - неки аспекти законодавног регулисања", *Правни живот*, 9/1995; М. Шкулић, "Кривичноправна заштита животне средине - доказни аспекти", *Правни живот*, 9/2001, 258-262; В. Ранђеловић, "Кривично-

више указује и на учестала уништења/оштећења животне средине током оружаних сукоба,² а самим тим и на неопходност и значај кривичног гоњења за кривична дела која су против животне средине учињена током оружаних сукоба. У овом контексту је рођена и идеја о прописивању новог кривичног дела - екоцида,³ првобитно као новог међународног кривичног дела које треба додати у надлежност Међународног кривичног суда (у даљем тексту: Римски суд, МКС), а затим и као националног кривичног дела које треба да пропишу сва национална законодавства.

Усвајајући текст Статута сталног Међународног кривичног суда,⁴ државе чланице су већ у Преамбули јасно указале да су свесне да су током 20. века "милиони деце, жена и мушкараца били жртве незамисливих злочина који дубоко шокирају свест о хуманости" и да "тако тешки злочини угрожавају мир, безбедност и добробит света", па да самим тим, као најтежи злочини признати од стране читаве међународне заједнице, не смеју проћи некажњено. Док је претходно нагласак био на очувању и одржавању мира и безбедности човечанства, у Преамбулу Статута сталног Међународног кривичног суда је, са разлогом, додата и фраза "добробит света", чиме се јасно истиче да су мир, безбедност и добробит света кључне заједничке вредности читаве међународне заједнице.⁵ Замењујући реч "човечанство" речју "света" и додајући реч "добробит", творци Статута шаљу поруку да заштиту не треба пружити само људским бићима, већ и свету који их окружује, тј. њиховом окружењу и добробити тог окружења. Као пример се наводи заштита добробити животне средине, од које зависи и опстанак људских бића.⁶

Све чешће искоришћавање и уништавање животне средине током оружаних сукоба, се више не може посматрати као "коллатерална штета" и као успутна последица рата и ратних активности. Историја је показала да је однос између животне средине и оружаних сукоба вишеслојан, у том смислу што животна средина може да представља узрок оружаног сукоба (сукоб око својине над природним ресурсима и природним богатством), животна средина може бити експлоатисана у циљу стварања оружја које се користи током оружаног сукоба, може бити уништавана као тактика вођења ратних активности, у циљу онеспособљавања припадника непријатељске стране или њиховог стављања у тешке животне услове.⁷ Такође, у новије време су развијена нова, тзв. геофизичка оруж-

правна заштита животне средине у законодавству Републике Србије и стандарди Европске уније", *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније* (ур. С. Соковић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2021, 299-302.; I. Bodrožić, "Opravdanost krivičnopravne zaštite životne sredine", *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 1/2014; H. Du Rees, "Can Criminal Law Protect the Environment?", *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 2(2)/2001.

² S. Freeland, "Human Rights, the Environment and Conflict: Addressing Crimes against the Environment", *International Journal of Human Rights*, 2/2005, 113-116; M. Јовановић, "Заштита животне средине током оружаних сукоба", *Војно дело*, 5/2015.

³ У оквиру зелене криминологије су посебно изражена настојања да се пропише екоцид као међународно кривично дело. Више о томе: R. Walters, "Ecocide, climate criminals and the politics of bushfires", *The British Journal of Criminology*, 20/2022.

⁴ International Criminal Court, *Rome Statute of the International Criminal Court*, Done at Rome on 17 July 1998, in force on 1 July 2002, United Nations, Treaty Series, vol. 2187, No. 38544; Закон о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда, *Службени лист СРЈ - Међународни уговори*, br. 5/2001.

⁵ M. Bergsmo, O. Triffterer, "Preamble", *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (ed. O. Triffterer), Baden-Baden, 1999, 10.

⁶ *Ibidem*.

⁷ C. E. Bruch, "All's not fair in (civil) war: Criminal liability for environmental damage in internal armed conflict", *Vermont Law Review*, 25(3)/2001, 698.

ја, која су конципирана на идеји коришћења средстава и метода помоћу којих се намерно могу изазвати интензивни поремећаји животне средине (изазивање елементарних непогода у ратне сврхе), чије дејство обухвата велики број људи и шири простор.⁸

Из ових разлога на међународном нивоу је видљива тенденција успостављања надлежности Међународног кривичног суда и над једним новим кривичним делом - екоцидом. Ова идеја је још увек у развоју и отвара бројна питања. Као основно, отвара се питање шта представља екоцид и да ли постоји општеприхваћено одређење појма екоцида. Затим, уколико се прихвати једна дефиниција екоцида, поставља се питање какав је њен однос са већ постојећим инкриминацијама у међународном и националном кривичном праву које се односе на оштећење и уништење животне средине, односно која је то *differentia specifica* која разликује екоцид од већ постојећих инкриминација. Полазећи од ових питања, предмет рада јесте теоријска анализа дефиниције екоцида, као и правно-догматска анализа кривичних дела против животне средине садржаних у међународном и националном кривичном праву, а у циљу њихове компарације и указивања на сличности и разлике, како би се извео закључак о (не)постојању потребе за инкриминисањем екоцида.

2. ПОЈАМ ЕКОЦИДА

Термин "екоцид" је први пут употребио професор Артур Галстон 1970. године, након рата у Вијетнаму, на Конференцији о рату и националној одговорности у Вашингтону, када је предложио усвајање новог међународног уговора којим би се забранио екоцид.⁹ Реч екоцид је скована од грчке речи "oikos", што значи кућа, дом, и латинске речи "caedere", што значи убити, уништити.¹⁰ У то време су се под екоцидом подразумевале "различите мере пустошења или разарања којима је заједничко што имају за циљ оштећење или уништење екологије неког географског подручја на штету људског живота, животињског или биљног живота".¹¹ Идеја је била да се формулише једно *опште кривично дело* деградације животне средине.¹²

Након тога су стручњаци из различитих области покушавали да дефинишу екоцид,¹³ међутим све те дефиниције су биле дескриптивног карактера, па самим тим прихватљиве за неке друге области права, али не и за кривично право због неслагања са сегментом *lex certa* начела законитости.

⁸ Љ. Стајић, Д. Вујић, "Утицај геофизичког оружја на угрожавање животне средине за потребе рата", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2012, 123.

⁹ P. Higgins, D. Short, N. South, "Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide", *Crime, Law and Social Change*, 59(3)/2013, 256.

¹⁰ S. Mehta, P. Merz, "Ecocide – a new crime against peace?", *Environmental Law Review*, 17(1)/2015, 4.

¹¹ J. H. E. Fried, "War by Ecocide", *Bulletin of Peace Proposals* (T. Marek, ed.), 1/1973, Universitetsforlaget, Oslo, Bergen, Tromsø, наведено према: A. Gauger, et al., *Ecocide is the missing 5th Crime Against Peace*, The Ecocide Project, Human Rights Consortium, School of Advanced Study, University of London, 2012, 2.; International Monsanto Tribunal, Advisory Opinion, 45-46, https://www.monsanto-tribunal.org/upload/asset_cache/189791450.pdf, 30. март 2023.

¹² M. Nicholson, *Evaluationg Ecocide: Invaluable or Invalid*, dissertation, University of Otago, 2012, 3.

¹³ Реч "екоцид" је унета и у Кембриџ речник из 2018. године и дефинисана као "уништење природног окружења једне области, или доношење веома велике штете том окружењу". A. Greene, "The Campaign to Make Ecocide an International Crime: Quixotic Quest or Moral Imperative", *Fordham Environmental Law Review*, 30(1)/2019, 6. Више о различитим дефиницијама екоцида види: В. Рањеловић, "Изазови у дефинисању екоцида у праву Европске уније", *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније* (ур. С. Соковић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2022, 370–374.

Иако је у годинама које су претходиле усвајању Римског статута било говора о укључивању екоцида у надлежност сталног Међународног кривичног суда,¹⁴ а имајући у виду да је једно од важних обележја појединих оружаних сукоба и распрострањена пракса оштећења или уништавања животне средине током трајања сукоба (по чему су се посебно издвојили сукоби у Сијера Леонеу и Камбоџи, где су природни ресурси недозвољено експлоатисани током читавог трајања сукоба, као и сукоби у Демократској Републици Конгу и Колумбији где је дошло до nanoшења широко распрострањене штете по животну средину),¹⁵ коначна верзија Статута садржи само скромну одредбу о кривичним делима против животне средине као радњама ратних злочина.

До прекретнице у дефинисању и развоју појма екоцида долази 2020. године, када је основан тим од 12 еминентних правника из целог света (тзв. "Екоцидни панел") са богатим знањем и искуством у области кривичног права, права животне средине и права климатских промена, који се у оквиру Фондације "Стоп екоциду" залажу за одређивање практичне и ефикасне дефиниције екоцида, која би могла да буде инкорпорисана у Статут МКС.¹⁶ У том смислу, предложени су одређени амандмани на постојећи текст Статута. Треба поћи од саме Преамбуле, где треба додати параграф да су стране уговорнице "забринуте јер је животна средина свакодневно угрожена озбиљним уништавањем и пропадањем, што озбиљно угрожава природне и људске системе широм света". Затим, у оквиру чл. 5. Статута, у коме су набројана кривична дела над којима МКС има надлежност, треба додати као пето кривично дело – кривично дело екоцида.

Следећи амандман се односи на додатак новог члана 8. *ter*, којим би се прописало кривично дело екоцида на следећи начин: "У смислу овог Статута, "екоцид" значи незаконита или безобзирна дела почињена са знањем да постоји велика вероватноћа да ће доћи до озбиљних и или широко распрострањених или дугорочних оштећења животне средине узрокованих тим радњама". За потребе овако одређеног кривичног дела екоцида, дато је и појашњење појмова: "безобзирно" значи уз безобзирно занемаривање штете која би очигледно била превелика у односу на очекиване друштвене и економске користи; "озбиљно" значи оштећење које укључује веома озбиљне штетне промене, сметње или оштећења по било који елемент животне средине, укључујући тешке утицаје на људски живот или природне, културне или економске ресурсе; "широко распрострањено" значи оштећење које се протеже изван ограниченог географског подручја, прелази државне границе, или утиче на читав екосистем или врсте или велики број људских бића; "дуготрајно" значи оштећење које је неповратно или које се не може поправити путем природног опоравка у разумном року; "окружење (животна средина)" означава земљу, њену биосферу, криосферу, литосферу, хидросферу и атмосферу, као и свемир.¹⁷ При томе, екоцид је замишљен пре као кривично дело угрожавања, него кривично дело повреде.¹⁸

¹⁴ Више о томе: Z. McDonnell-Elmetri, *The crime of ecocide: the answer to our environmental emergency?*, dissertation, University of Otago, October 2020, 20–22.

¹⁵ C. E. Bruch, *op. cit.*, 717–718.

¹⁶ Stop Ecocide Foundation, Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide, *Commentary and Core Text*, <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d1e6e604fae2201d03407f/1624368879048/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+rev+6.pdf>, 03. април 2023.

¹⁷ *Ibid.*, 5.

¹⁸ *Ibid.*, 12.

Данас је дефиниција екоцида коју је предложио Екоцидни панел најраспрострањенија, имајући у виду да поједине државе управо ову дефиницију преузимају као законски опис кривичног дела екоцида приликом инкриминисања у националним законодавствима,¹⁹ као и да се сви предлози за проширивање надлежности МКС и на екоцид базирају на овој дефиницији. Ипак, дефиниција екоцида коју је понудио Екоцидни панел се још увек не може сматрати општеприхваћеном.²⁰

3. НЕПОСРЕДНО ИНКРИМИНИСАЊЕ ПОНАШАЊА КОЈИМА СЕ ПОВРЕЂУЈЕ ИЛИ УГРОЖАВА ЖИВОТНА СРЕДИНА У РИМСКОМ СТАТУТУ: РАТНИ ЗЛОЧИНИ (чл. 8. ст. 2 (б) тач. 4 СТАТУТА)

У Римском статуту је препозната потреба да се пружи међународна кривично-правна заштита и животної средини, чиме се изражава став да је животна средина добро универзалне вредности, за чију заштиту и очување је заинтересована читава међународна заједница. На овај начин, непосредним инкриминисањем понашања којим се повређује или угрожава животна средина, Римски статут је отишао корак даље у односу на статуте осталих међународних кривичних судова и трибунала, у којима не постоји изричито прописивање кривичних дела против животне средине.

Непосредно инкриминисање понашања којима се повређује или угрожава животна средина је у Статуту МКС извршено прописивањем тих понашања као ратних злочина. Међународни кривични суд има надлежност на ратним злочинима онда када су учињени као део плана или политике, или ако су учињени у великом броју случајева. За сврху Статута ратни злочини обухватају како озбиљна кршења Женевских конвенција од 12. августа 1949. године, тако и остала озбиљна нарушавања закона и обичаја који се примењују у међународном оружаном сукобу, унутар утврђеног оквира међународног права. Између осталих инкриминисаних радњи, у остала озбиљна нарушавања закона и обичаја који се примењују у међународном оружаном сукобу, инкриминисано је и "намерно започињање напада, знајући да ће такав напад проузроковати пропратна страдања или наношење повреда цивилима или наношење штете цивилним објектима, или да *ће узроковати распрострањена, дуготрајна и озбиљна оштећења животне средине, која су очигледно прекомерна у односу на предвиђену, конкретну и директну свеукупну војну предност*" (чл. 8. ст. 2.(б)(iv) Римског статута).

Радња ратног злочина против животне средине, онако како је одређена у Римском статуту, се састоји у започињању напада, с тим што би се логичким тумачењем, применом *argumentum a minori ad maius*, могло закључити да радња овог ратног злочина подразумева и сам напад, као трајну радњу. Напад мора бити такав да је подобан да изазове последицу која се састоји у распрострањеним, дуготрајним и озбиљним оштећењима животне средине, што значи да последица кумулативно мора да обухвати све три врсте оштећења. Не само да овакво кумулативно одређење штете отежава кривично гоњење за овај ратни злочин, већ додатну препреку кривичном гоњењу представља околност да ни

¹⁹ Више о инкриминисању екоцида у националним законодавствима: В. Раиђеловић, *op. cit.*, 374–377.; А. Rizzo, "In search of ecocide under EU law. The international context and EU perspectives", *Freedom, security, justice, European Legal Studies*, 3/2021, 163–196.

²⁰ Како многи теоретичари истичу, приликом дефинисања екоцида се мора имати у виду да кривично право представља *ultima ratio* што се мора одразити и на одређивање ширине појма екоцида. D. Robinson, "Ecocide - Puzzles and Possibilities", *Journal of International Criminal Justice*, 20/2022, 322.

у Римском статуту, ни у Елементима кривичних дела нису дата објашњења појмова распрострањене, дуготрајне и озбиљне штете, што би у пракси могло довести до заузимања различитих ставова судија о томе да ли је таква штета причињења или не, а самим тим и да ли је ратни злочин извршен или не.²¹

Субјективни елемент ратног злочина против животне средине мора да обухвати како намеру да се започне напад, тако и знање да ће такав напад узроковати распрострањена, дуготрајна и озбиљна оштећења животне средине.

Опис ратног злочина против животне средине у Римском статуту садржи још један додатни услов, који би се могао схватити као објективни услов инкриминације, а то је да наведена оштећења животне средине буду "очигледно прекомерна у односу на предвиђену, конкретну и директну свеукупну војну предност". Дакле, не само да се захтева да је започињање напада или сам напад проузроковао кумулативно распрострањено, дуготрајно и озбиљно оштећење животне средине, већ се захтева да такво оштећење буде и очигледно прекомерно у односу на предвиђену, конкретну и директну свеукупну војну предност. Постављањем овако строгих критеријума за постојање ратног злочина против животне средине, је доста отежано Тужиоцу да процени, али и да у поступку пред МКС докаже да је овај ратни злочин заиста учињен.²² Не само да је тешко утврдити и доказати кумулативно наступање распрострањеног, дуготрајног и озбиљног оштећења животне средине, и његову несразмеру (прекомерност) у односу на предвиђену, конкретну и директну свеукупну војну предност, већ је и јако тешко утврдити и доказати да је напад започео са намером и са знањем да ће такав напад проузроковати кумулативно распрострањено, дуготрајно и озбиљно оштећење животне средине. Ипак, оно што се можда сматра највећим недостатком ратног злочина против животне средине јесте чињеница да је ова радња кажњива само онда уколико је почињена у оквиру оружаног сукоба међународног карактера, али не и интерног оружаног сукоба који данас углавном представља правило.²³

²¹ У тумачењу наведених појмова се може поћи од њиховог дефинисања у оквиру такозване ЕНМОД конвенције - Конвенције о забрани војне или било које друге непријатељске употребе техника које мењају животну средину из 1976. године (United Nations, *Convention on the prohibition of military or any other hostile use of environmental modification techniques*, New York, 10 December 1976), усвојене након обимног уништења биљног и животињског света током рата у Вијетнаму 70-их година 20. века, када су многе државе указале на потребу доношења међународне конвенције којом ће се таква разарања животне средине убудуће спречити. Према ЕНМОД Конвенцији државе уговорнице преузимају обавезу да се не ангажују у војној или било којој другој непријатељској употреби техника којима се мења животна средина, а које имају опсежне, дуготрајне или озбиљне последице, као средствима за уништење, оштећење или повреду друге стране уговорнице (чл. 1. ст. 1.). Када је реч о дефинисању појмова, под опсежним последицама се сматрају оне последице које обухватају подручје на скали од неколико стотина квадратних километара. Дуготрајним последицама се сматрају оне које трају у периоду од неколико месеци или приближно једну сезону, док су озбиљна оштећења животне средине она која укључују озбиљно или значајно ремећење или повреду по људских живот, природне или економске ресурсе или друга добра. Из текста одредбе произлази да је наступање последице прописано алтернативно, па је потребно да техника чије је коришћење забрањено проузрокује или опсежну, или дуготрајну, или озбиљну штету по животну средину.

²² У литератури се указује на могућност коришћења сазнања и метода форензичке науке о животној средини приликом доказивања да ли је екоцид извршен или не. Више о томе: N. Ahmed, "Proof of Ecocide: Towards a Forensic Practice for the Proposed International Crime Against the Environment", *Archeological and Environmental Forensic Science*, 1(2)/2018, 139–147.

²³ О могућности успостављања кривичне одговорности за оштећење животне средине током интерног оружаног сукоба види: A. Lopez, "Criminal Liability for Environmental Damage Occuring in Times of Non-International Armed Conflict: Rights and Remedies", *Fordham Environmental Law Review*, 18(2)/2007.

Када се анализирају наведени објективни и субјективни елементи ратног злочина против животне средине,²⁴ постаје јасно зашто до сада у пракси Међународног кривичног суда није било суђења за наведено међународно кривично дело. Ипак, треба имати у виду и изражену намеру Канцеларије тужиоца МКС да у оквиру своје политике селекције случајева и одређивања приоритета међу њима, посебно цени тежину учињених међународних кривичних дела, што је у складу и са условима за прихватљивост случаја пред МКС (чл. 17. ст. 1. (д)). Један од критеријума који указује на тежину учињеног међународног кривичног дела, према политици Тужилаштва, јесте и утицај злочина, који се, између осталог, огледа и у оштећењу животне средине које је нането одређеној заједници. У том смислу, Тужилаштво ће се посебно посветити "кривичном гоњењу дела у надлежности МКС која су учињена на начин, или која су за последицу имала, између осталог, и *разарање животне средине, нелегалну експлоатацију природних ресурса* или нелегално одузимање имовине".²⁵

4. ПОСРЕДНО ИНКРИМИНИСАЊЕ ПОНАШАЊА КОЈИМА СЕ ПОВРЕЂУЈЕ ИЛИ УГРОЖАВА ЖИВОТНА СРЕДИНА У РИМСКОМ СТАТУТУ

И поред непосредног инкриминисања понашања којима се оштећује животна средина као ратног злочина у Статуту МКС, у литератури се указује на могућност кривичног гоњења оваквих понашања пред МКС и на посредан начин, односно њиховим подвођењем под радње извршења неких других кривичних дела из надлежности МКС, као што су геноцид и злочини против човечности.

4.1. Геноцид (чл. 6. Статута МКС)

У опису кривичног дела геноцида у чл. 6. Римског статута се нигде не помиње животна средина, али се тумачењем одредаба овог члана, као и тумачењем одредаба Елемената кривичних дела које се на овај члан односе, може доћи до закључка да некада и поједина понашања која подразумевају повреду или угрожавање животне средине могу представљати радњу геноцида.

Једна од радњи геноцида јесте намерно подвргавање групе животним условима који треба да доведу до њеног потпуног или делимичног физичког уништења (чл. 6. ст. 1. (ц) Статута МКС). Према Елементима кривичних дела, "термин "услови живота" може укључити, али није нужно ограничен на, намерно уништавање ресурса неопходних за преживљавање, као што су храна или медицинске услуге, или систематско протеривање из домова".²⁶ Овде је сасвим оправдано замислити ситуацију да у неким случајевима уништавање животне средине у којој одређена група живи заиста може утицати на даљи опстанак групе, поготово ако је реч о домородачким групама чији се живот заснива на различитим облицима коришћења животне средине, поготово природних ресурса.²⁷

²⁴ Више о недостацима чл. 8(2)(б)(iv) Римског статута види: J. C. Lawrence, K. J. Heller, "The Firts Ecocentric Environmental War Crime: The Limits of Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute", *Georgetown International Environmental Law Review*, 61/2007, 71–88.

²⁵ International Criminal Court, The Office of the Prosecutor, *Policy paper on case selection and prioritisation*, 15 September 2016, 12–14.

²⁶ International Criminal Court, *Elements of Crimes*, reproduced from the Official Records of the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First session, New York, 3-10 September 2002, 3., фуснота 4.

²⁷ S. Freeland, *op. cit.*, 127. Као пример се може навести случај одлагања токсичног отпада у резерватима где живе староседелачка америчка племена, што је имало обимне негативне последице по здравље и услове живота домо-

Иако уништењем или оштећењем животне средине опстанак појединих група заиста може бити угрожен, што би се могло подвести под радњу подвргавања групе животним условима који треба да доведу до њеног потпуног или делимичног физичког уништења, да би се таква радња могла квалификовати као геноцид неопходно је да се ради о једној од четири групе према којима се геноцид може извршити (национална, етничка, расна или верска група), као и да је учинилац радњу уништења или оштећења животне средине предузео са специјалном, геноцидном намером да у целини или делимично уништи једну од наведених група. Постојање *dolus specialis* на страни учиниоца, уз неопходно поседовање намере и знања, представља веома висок стандард *mens rea*, који је у пракси врло тешко доказати. Да би се радња уништења или оштећења животне средине могла квалификовати као радња извршења геноцида, морало би се доказати да је учинилац уништио или оштетио животну средину са намером и знањем да на тај начин подвргава групу животним условима који треба да доведу до њеног потпуног или делимичног физичког уништења, што по логици ствари подразумева и поседовање знања да опстанак групе зависи од животне средине у којој група живи.

Да подвођење појединих понашања под радњу извршења геноцида која се састоји у намерном подвргавању групе животним условима који треба да доведу до њеног потпуног или делимичног физичког уништења није без основа, показује и други налог за хапшење суданског председника Омара Хасана Ал Башира, издат од стране Међународног кривичног суда. Наиме, Претпретресно веће је заузело став да су радње загађења пумпи за воду и присилни трансфер чланова другог племена, заједно са њиховим пресељењем, учињене у циљу даљег спровођења геноцидне политике, и да су услови живота наметнути овим племенима били срачунати да доведу до физичког уништења дела тих племена, као етничких група. Самим тим, Претпретресно веће је закључило да постоји разумна основа да се верује да су остварени елементи кривичног дела геноцида који се састоје у намерном подвргавању групе животним условима који треба да доведу до њеног потпуног или делимичног физичког уништења, како је предвиђено у чл. 6 (ц) Римског статута.²⁸ У овом случају Претпретресно веће је заузело став да и радња загађења воде, као кривично дело против животне средине, може да се подведе под радњу геноцида која се састоји у намерном подвргавању групе животним условима који треба да доведу до њеног потпуног или делимичног физичког уништења. Ово поготово ако се има у виду да су у питању племена чији опстанак заиста може зависити од доступности и коришћења воде.

4.2. Злочини против човечности (чл. 7. Статута МКС)

У разматрању могућности да се међународна кривична дела против животне средине кривично гоне као злочини против човечности, одмах се намеће као спорно теориј-

родаца, па су поједини аутори овакву праксу назвали "еколошки геноцид". Види: D. Brook, "Environmental Genocide: Native American and Toxic Waste", *American Journal of Economics and Sociology*, 57(1)/1998. Такође, наводе се примери ископавања уранијума услед кога су Навахо племена била изложена радијацији, што је, према бројним истраживањима, довело до повећаног броја оболелих од канцера. A. Mistura, "Is There Space for Environmental Crimes under International Criminal Law: The Impact of the Office of the Prosecutor Policy Paper on Case Selection and Prioritization on the Current Legal Framework", *Columbia Journal of Environmental Law*, 43(1)/2018, 206. У овом тексту се може поменути и случај НАТО бомбардовања Србије, што је за последицу имало изложеност осиромашеном уранијуму и све већи број оболелих од канцера.

²⁸ International Criminal Court, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber I, *Second Decision on the Prosecutor's Application for the Warrant of Arrest*, 12 July 2010, par. 38-39.

ско питање да ли оштећење или уништење животне средине представља уједно и напад на људска бића, тј. цивилно становништво, од чега зависи да ли се овакво оштећење/уништење уопште може подвести под злочине против човечности,²⁹ јер ови злочини, по дефиницији, представљају напад усмерен против цивилног становништва. Ипак, логично је да напад на одређене компоненте животне средине од којих директно зависе живот и опстанак људских бића (вода за пиће, извори хране итд.) уједно представља и напад на сама људска бића, па се може у том смислу подвести под злочине против човечности.³⁰

У Статуту сталног Међународног кривичног суда није садржана дефиниција злочина против човечности, већ се, по систему набрајања, наводе радње (њих једанаест) које представљају злочине против човечности онда када су учињене као део ширег или систематског напада усмереног против цивилног становништва. Ниједна од наведених једанаест радњи извршења се не односи непосредно на уништење или оштећење животне средине, већ искључиво на радње усмерене директно према цивилном становништву.³¹ Ипак, отвара се простор за разматрање могућности подвођења кривичних дела против животне средине под четири радње извршења злочина против човечности.

Прво, као једна од радњи извршења злочина против човечности (чл. 7. ст. 1. б) Римског статута) наведено је *истребљење*, које је приликом појашњавања појмова у смислу овог члана одређено као "намерно подвргавање цивилног становништва животним условима, као што су, између осталог, лишавање приступа храни и лековима, срачунато да проузрокује уништење дела становништва" (чл. 7. ст. 2. б) Статута). Слично као код геноцида, и овде се поједине радње оштећења или уништења животне средине могу сматрати подвргавањем цивилног становништва таквим животним условима који могу довести до уништења дела тог становништва, поготово ако се живот тог становништва заснива и зависи од коришћења ресурса животне средине.³²

Друго, радња *депортације или присилног премештања становништва* (чл. 7. ст. 1. д) Статута) као радња злочина против човечности подразумева "присилно расељавање лица у смислу протеривања лица са подручја на којима су та лица легално настањена, и других принудних мера, а које мере се предузимају супротно правилима утемељеним међународним правом" (чл. 7. ст. 2. д) Римског статута). Како је у Елементима кривичних дела појашњено, израз "присилно" није ограничен на физичку силу, већ може укључивати претњу силом или принудом, као што су оне узроковане страхом од насиља, принуде, притвора, психолошког утјетавања или злоупотребе моћи над том особом или особама или над другим лицем, или искоришћавањем окружења принуде.³³ Овакво појашњење је оставило простора да се у литератури заузме став да се и радње уништења подручја на којима жртве живе путем деградације животне средине, као што су нпр. систематско бацање токсичног отпада или испуштање опасних супстанци, могу подвести под присилно премештање становништва, као радњу злочина против човечности.³⁴

²⁹ C. E. Bruch: *op.cit.*, 729.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ A. Mistura: *op.cit.*, 208.

³² A. Mistura, *op.cit.*, 208-209.

³³ International Criminal Court, *Elements of Crimes*, стр. 6., фуснота 12.

³⁴ A. Mistura, *op.cit.*, 209.

Трећа могућност јесте подвођење кривичних дела против животне средине под прогон као радњу злочина против човечености (чл. 7. ст. 1. г) Римског статута), под којим се подразумева "намерно и озбиљно лишавање основних права, супротно међународном праву, а које се предузима према одређеним лицима само зато што та лица припадају одређеној групи" (чл. 7. ст. 2. г) Статута). Тако, намерно уништавање природног станишта или ускраћивање приступа води или храни, може представљати лишавање основних права цивилног становништва, па самим тим и прогон као радњу злочина против човечености.³⁵ Као пример за ову могућност се може навести ситуација у јужном Судану, где су на мети извори снабдевања водом или земљиште одређених заједница, присиљавајући на тај начин њихово иселјавање са тих подручја, како би се омогућило нафтним компанијама да успоставе контролу над тамошњим природним ресурсима.³⁶

Конечно, *четверта* могућност кривичног гоњења за кривична дела против животне средине као злочина против човечности, јесте у оквиру опште, недовољно одређене одредбе чл. 7. ст. 1. к) Римског статута, према којој се злочином против човечности сматрају и "други нехумани поступци сличног карактера, којима се намерно проузрокују тешке патње или озбиљно угрожавање физичког или менталног здравља". Овакво одређење радње извршења злочина против човечности оставља могућност да се у пракси од случаја до случаја одреди да ли неко друго понашање, осим оних набројаних, представља злочин против човечности. Једини услов јесте да је то понашање сличног карактера као остале набројане радње извршења злочина против човечности, што значи да по својој природи и тежини мора бити њима слично. Самим тим, могу се замислити и ситуације да се поједине радње уништења или оштећења животне средине сврстају под друге нехумане поступке, уколико су по својој природи и тежини сличне радњама извршења злочина против човечности.

Иако у литератури могућност кривичног гоњења за кривична дела против животне средине као злочина против човечности није довољно анализирана,³⁷ а примери оваквог поступања се не могу пронаћи ни у судској пракси међународних кривичних судова, поједини аутори ово сматрају бољом опцијом у односу на гоњење за ова кривична дела као геноцида, због нижег стандарда *mens rea*, јер се код злочина против човечности не захтева утврђивање постојања *dolus specialis* као код геноцида, али и због већег броја и шире прописаних радњих извршења злочина против човечности у односу на радње геноцида.³⁸

5. ЕКОЦИД И НАЦИОНАЛНО КРИВИЧНО ПРАВО

И поред постојећих тенденција на међународном нивоу да се екоцид пропише у Римском статуту као пето дело у надлежности МКС, и чињенице да су поједине европске државе инкриминисале екоцид у својим националним законодавствима, позитивно законодавство Републике Србије екоцид не познаје. Како би се уопште размотрило питање инкриминисања екоцида у националном законодавству, претходно је потребно отворити питања односа екоцида дефинисаног од стране Екоцидног панела са једне стране, и кри-

³⁵ S. Freeland, *op.cit.*, 129.

³⁶ T. Smith, "Creating a Framework for the Prosecution of Environmental Crimes in International Criminal Law", *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law: Critical Perspective* (eds. W. A. Schabas et al.), 2013, 7.

³⁷ P. Sharp, "Prospects for Environmental Liability in the International Criminal Court", *Virginia Environmental Law Journal*, 18(2)/1999, 237.

³⁸ T. Smith, *op.cit.*, 7-8.

вичних дела против животне средине из Кривичног законика Србије³⁹ (у даљем тексту: КЗ), али и инкриминација садржаних у групи кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом, са друге стране.

Законски опис основног облика кривичног дела загађења животне средине, као основног кривичног дела против животне средине у КЗ, гласи "Ко кршећи прописе о заштити, очувању и унапређењу животне средине загади ваздух, воду или земљиште у већој мери или на ширем простору, казниће се затвором од шест месеци до пет година и новчаном казном" (чл. 260. ст. 1. КЗ). Тежи облик овог кривичног дела постоји ако је услед дела из основног облика "дошло до уништења или оштећења животињског или биљног света великих размера или до загађења животне средине у тој мери да су за његово отклањање потребни дуже време или велики трошкови" (чл. 260. ст. 3. КЗ). Кажњиво је и нехатно извршење како основног, тако и тежег облика овог кривичног дела. У питању је бланкетно кривично дело, па се радњом извршења могу кршити одредбе, на пример, Закона о заштити животне средине,⁴⁰ Закона о заштити природе,⁴¹ Закона о о заштити ваздуха,⁴² Закона о добробити животиња,⁴³ итд. Законски опис овог кривичног дела садржи доста генералних клаузула (загађење "у већој мери", "на ширем простору", "великих размера", "дуже време", "велики трошкови"), па ће од става суда, уз вештачење од стране лица која се баве заштитом животне средине, зависити да ли су наведене околности остварене или не. При томе се мора имати у виду и граница дозвољеног загађења, па би као критеријум одређења ових недовољно прецизних појмова требало узети граничне вредности дозвољеног загађења која је предвиђено управноправним прописима.⁴⁴

Упоређујући дефиницију екоцида са законским описом кривичног дела загађења животне средине, већ на први поглед се може видети да постоји одређено подударане. Наиме, да би постојало кривично дело екоцида, оштећење животне средине мора да буде озбиљно и широко распрострањено, или озбиљно и дугорочно. Да би био остварен основни облик кривичног дела загађења животне средине мора доћи до загађења животне средине у већој мери или на ширем простору, док ће тежи облик постојати уколико је уништење или оштећење животне средине великих размера или су за његово отклањање потребни дуже време или велики трошкови. Широка распрострањеност и дугорочност оштећења животне средине су предвиђене као последице код оба кривична дела, упитно је да ли се последица која се састоји у озбиљном оштећењу животне средине која је предвиђена код екоцида може подвести под законски опис кривичног дела загађења животне средине. Озбиљно оштећење животне средине је као последица екоцида прописано кумулативно са широко распрострањеним оштећењем или са дугорочним оштећењем, па да би кривично дело екоцида постојало у конкретном случају мора доћи до озбиљног и широко распрострањеног оштећења животне средине, или до озбиљног и дугорочног

³⁹ Кривични законик, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

⁴⁰ Закон о заштити животне средине, *Službeni glasnik RS*, br. 135/2004, 36/2009, 36/2009 - dr. zakon, 72/2009 - dr. zakon, 43/2011 - odluka US, 14/2016, 76/2018, 95/2018 - dr. zakon i 95/2018 - dr. zakon.

⁴¹ Закон о заштити природе, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2009, 88/2010, 91/2010 - ispr., 14/2016, 95/2018 - dr. zakon i 71/2021.

⁴² Закон о заштити ваздуха, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2009, 10/2013 i 26/2021 - dr. zakon.

⁴³ Закон о добробити животиња, *Službeni glasnik RS*, br. 41/2009.

⁴⁴ З. Стојановић, *Кривично право, посебни део*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2022, 234–235; Д. Трајковић, "Кривичноправна заштита животне средине у Србији", *Приручник за заштиту животне средине* (ур. М. Шкулић и др.), Удружење тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2011, 13.

оштећења животне средине. При томе, како је објашњено, озбиљно оштећење је оно које укључује веома озбиљне штетне промене, сметње или оштећења по било који елемент животне средине.

Ипак, сматрамо да оклоност да у законском опису кривичног дела загађења животне средине није изричито прописано да загађење мора да буде "озбиљно", не представља сметњу да се поједине радње екоцида дефинисаног од стране Екоцидног панела гоне као кривично дело загађења животне средине, имајући у виду да све генералне клаузуле употребљене од стране законодавца приликом прописивања овог кривичног дела упућују на његову интенцију да инкриминише управо тежа и озбиљнија загађења, што је посебно изражено код тежег облика овог кривичног дела. Наиме, оно што карактерише последице оба кривична дела јесте управо њихова тежина и озбиљност, односно оба кривична дела обухватају искључиво оне радње извршења које доводе до оштећења животне средине које доста одступа од уобичајеног загађења коме свакодневно сведочимо.

Када је реч о односу екоцида са појединим кривичним делима против човечности и других добара заштићених међународним правом, јасно је да постоји могућност кривичног гоњења појединих радњи које обухвата дефиниција екоцида предложена од стране Екоцидног панела као ратних злочина пре свега, на основу члана 372. ст. 2. КЗ. Овим чланом је инкриминисано дуготрајно и великих размера оштећење животне средине које може да штети здрављу или опстанку становништва, а до кога је дошло кршењем правила међународног права за време рата, оружаног сукоба или окупације. Поред оваквог непосредног кривичног гоњења, могуће је и посредно кривичног гоњење за радње екоцида као злочина против човечности или геноцида, у којим случајевима би важила сва она тумачења претходно изнета у делу који се односи на гоњење кривичних дела против животне средине пред Међународним кривичним судом.

6. ЗАКЉУЧАК

Из све веће видљивости и подизања свести о обимним разарањима животне средине током оружаног сукоба, изродила се идеја о проширивању и интензивирању кривичноправне заштите животне средине у међународном кривичном праву. Проширивање се односи пре свега на залагања за прописивање екоцида као петог кривичног дела у Статуту сталног Међународног кривичног суда, док се интензивирање односи на усвајање екоцентричног приступа у заштити животне средине у међународном кривичном праву, који би подразумевао да се кривичноправна заштита пружа свим сегментима животне средине, а не само оним њеним сегментима од којих непосредно зависи опстанак људских бића.

До идеје о инкриминисању екоцида је претежно дошло због веома распрострањених оштећења и уништења животне средине током оружаног сукоба, па се првобитно говорило о његовом прописивању као петог кривичног дела у надлежности Међународног кривичног суда. Имајући у виду могућност кривичног гоњења за уништење и оштећење животне средине као ратног злочина према чл. 8. ст. 2.(б)(iv) Римског статута, чини се да је идеја Екоцидног панела била не само да прошири могућност кривичног гоњења за понашања усмерена против животне средине током оружаног сукоба, већ и да омогући њихово кривично гоњење онда када нису предузета током трајања оружаног сукоба. У том смислу ову идеју треба поздравити, као и велики труд Екоцидног панела да понуди прихватљиву, свеобухватну дефиницију екоцида. Ипак, коришћење генералних клаузула у дефинисању екоцида од стране Екоцидног

панела, остваља нејасним разграничење овог кривичног дела од ратног злочина који се односи на деструкцију животне средине. Ако се овоме дода и могућност кривичног гоњења понашања која представљају оштећење и уништење животне средине као злочина против човечности и геноцида - што уствари значи могућност гоњења ових понашања и онда када су предузета у доба мира, поставља се питање сувишности прописивања екоцида као петог кривичног дела у надлежности Римског суда.

Иако не треба *a priori* искључити могућност инкриминисања екоцида у Римском статуту, јасно је да ова идеја још увек није сазрела. Оно што је за сада евидентно јесте потреба измене чл. 8. Статута МКС, тако да буде могуће кривично гоњење радњи усмерених против животне средине и у оквиру интерног оружаног сукоба, имајући у виду да су интерни сукоби данас учесталији. Такође, последица наведеног ратног злочина је одређена кумулативно, као "распрострањено, дуготрајно и озбиљно оштећење животне средине", чиме је знатно отежано, а можда чак и онемогућено, Тужиоцу да пред МКС докаже да је оваква последица заиста наступила, па би *de lege ferenda* требало размислити о њеном алтернативном одређењу. Свакако је свака од ових последица сама по себи довољно озбиљна и тешка да није неопходно њихово кумулативно одређење.

Идеја о инкриминисању екоцида се проширила и на националним нивоима, услед чега су поједине државе инкриминисале екоцид у својим националним законодавствима. Како ова идеја узима маха на националним нивоима, питање је када ће доћи на ред њено разматрање и у Републици Србији. Сматрамо да је у том смислу неопходна претходна теоријска и практична анализа и упоређивање екоцида са већ постојећим инкриминацијама које се односе на заштиту животне средине, а које су садржане у групи кривичних дела против животне средине и групи кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом. У том смислу, у раду је упоређена дефиниција екоцида са кривичним делом загађења животне средине из чл. 260. КЗ као основним кривичним делом против животне средине, и указано на то да описи оба кривична дела садрже генералне клаузуле међу којима, већ на први поглед, постоји извесно поклапање. Самим тим, у будућности је неопходна опсежна теоријска анализа појма екоцида уз његово детаљно поређење са кривичним делом загађења животне средине, али и другим кривичним делима против животне средине (пре свега кривичним делом оштећења животне средине из чл. 264. КЗ), уз предлагање приближнијих одређења генералних клаузула садржаних у законским описима ових кривичних дела. На тај начин би се могло утврдити постоји ли *differentia specifica* екоцида у односу на остале у раду анализирани инкриминације, а уколико постоји оправдало би се и инкриминисање екоцида у законодавству Србије. До тада је пред националним правосуђем могуће кривично гоњење понашања која представљају екоцид, као кривичних дела против животне средине, односно кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом.

ЛИТЕРАТУРА:

- Ahmed, N., "Proof of Ecocide: Towards a Forensic Practice for the Proposed International Crime Against the Environment", *Archaeological and Environmental Forensic Science*, 1(2)/2018.
- Bergsmo, M., Triffterer, O., "Preamble", *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (ed. O. Triffterer), Baden-Baden, 1999.
- Bodrožić, I., "Opravdanost krivičnopravne zaštite životne sredine", *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 1/2014.
- Brook, D., "Environmental Genocide: Native American and Toxic Waste", *American Journal of Economics and Sociology*, 57(1)/1998.

- Bruch, C. E., "All's not fair in (civil) war: Criminal liability for environmental damage in internal armed conflict", *Vermont Law Review*, 25(3)/2001.
- Greene, A., "The Campaign to Make Ecocide an International Crime: Quixotic Quest or Moral Imperative", *Fordham Environmental Law Review*, 30(1)/2019.
- Du Rees, H., "Can Criminal Law Protect the Environment?", *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 2(2)/2001.
- Јовановић, М., "Заштита животне средине током оружаних сукоба", *Војно дело*, 5/2015.
- Lawrence, J. C., Heller, K. J., "The Firsts Ecocentric Environmental War Crime: The Limits of Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute", *Georgetown International Environmental Law Review*, 61/2007.
- Lopez, L., "Criminal Liability for Environmental Damage Occuring in Times of Non-International Armed Conflict: Rights and Remedies", *Fordham Environmental Law Review*, 18(2)/2007.
- Mehta, S., Merz, P., "Ecocide – a new crime against peace?", *Environmental Law Review*, 17(1)/2015.
- Mistura, A., "Is There Space for Environmental Crimes under International Criminal Law: The Impact of the Office of the Prosecutor Policy Paper on Case Selection and Prioritization on the Current Legal Framework", *Columbia Journal of Environmental Law*, 43(1)/2018.
- McDonnell-Elmetri, Z., *The crime of ecocide: the answer to our environmental emergency?*, dissertation, University of Otago, October 2020.
- Nicholson, M., *Evaluating Ecocide: Invaluable or Invalid*, dissertation, University of Otago, 2012.
- Раиђеловић, В., "Изазови у дефинисању екоцида у праву Европске уније", *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније* (ур. С. Соковић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2022.
- Раиђеловић, В., "Кривичноправна заштита животне средине у законодавству Републике Србије и стандарди Европске уније", *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније* (ур. С. Соковић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2021.
- Rizzo, A., "In search of ecocide under EU law. The international context and EU perspectives", *Freedom, security, justice, European Legal Studies*, 3/2021.
- Robinson, D., "Ecocide – Puzzles and Possibilities", *Journal of International Criminal Justice*, 20/2022.
- Smith, T., "Creating a Framework for the Prosecution of Environmental Crimes in International Criminal Law", *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law: Critical Perspective* (eds. W. A. Schabas et al.), 2013.
- Стајић, Љ., Вујић, Д., "Утицај геофизичког оружја на угрожавање животне средине за потребе рата", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2012.
- Стојановић, З., *Кривично право, посебни део*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2022.
- Стојановић, З., "Кривично-правна заштита животне средине – неки аспекти законодавног регулисања", *Правни живот*, 9/1995.
- Sharp, P., "Prospects for Environmental Liability in the International Criminal Court", *Virginia Environmental Law Journal*, 18(2)/1999.
- Трајковић, Д., "Кривичноправна заштита животне средине у Србији", *Приручник за заштиту животне средине* (ур. М. Шкулић и др.), Удружење тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2011.
- Freeland, S., "Human Rights, the Environment and Conflict: Addressing Crimes against the Environment", *International Journal of Human Rights*, 2/2005.
- Fried, J. H. E., "War by Ecocide", *Bulletin of Peace Proposals* (Т. Marek, ed.), 1/1973, Universitetsforlaget, Oslo, Bergen, Tromso.
- Higgins, P., Short, D., South, N., "Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide", *Crime, Law and Social Change*, 59(3)/2013.
- Шкулић, М., "Кривичноправна заштита животне средине - доказни аспекти", *Правни живот*, 9/2001.
- Walters, R., "Ecocide, climate criminals and the politics of bushfires", *The British Journal of Criminology*, 20/2022

* * *

Višnja Randelović, PhD*

CRIMINALIZATION OF ECOCIDE IN INTERNATIONAL AND NATIONAL CRIMINAL LAW - POSSIBILITIES AND CHALLENGES

Summary

As a result of increasingly frequent cases of destruction and damage to the environment, awareness is being raised about the need to expand and intensify the criminal law protection of the environment both at the international and national levels. In this context, the idea of prescribing ecocide as a separate criminal offense was born, initially within international criminal law, as the fifth crime under the jurisdiction of the International Criminal Court, and then also within national legislations. The paper analyzes the definition of ecocide proposed by the Ecocide Panel, as currently the most accepted (although not yet generally accepted). As the jurisdiction of the permanent International Criminal Court over ecocide has not yet been established, the subject of the paper is to indicate possible ways of criminal prosecution for international crimes against the environment before this Court, within the existing incriminations in its Statute. Since the criminal offense of ecocide is not prescribed in the national legislation of Serbia, the paper compares ecocide with the existing incriminations against the environment in the Criminal Code of Serbia.

Keywords: environment, criminal law protection, international criminal law, environmental pollution, ecocide.

* Assistant professor, Faculty of Law, University of Kragujevac, vmilekic@jura.kg.ac.rs.

Алекса Шкундрић*

ЕКОЦИД У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Апстракт: Протеклих деценија све су чешићи позиви у науци на криминализацију екоцида, те на његово предвиђање као истовремено најтежег еколошког кривичног дела и новог, петог међународног кривичног дела у ужем смислу. Овај чланак је посвећен обради материјалноправних аспеката евентуалне дефиниције екоцида као међународног кривичног дела. Аутор најпре излаже историјат идеје инкриминисања екоцида у међународном кривичном праву, те у том смислу и бројне, али у крајњој линији неуспешне покушаје у том правцу. Потом се осврће на, по њему, три најзначајнија предлога дефиниције кривичног дела екоцида за потребе Римског статута Међународног кривичног суда у савременој науци, те сваку од њих излаже аргументованој критици. Коначно, у закључку рада аутор износи свој предлог дефиниције међународног кривичног дела екоцида, који у суштини представља модификовану "легуру" два већ постојећа предлога дефиниције екоцида: *UCLA* дефиниције и дефиниције дате од стране Панела експерата при фондацији "Стоп Екоциду".

Кључне речи: екоцид, међународно кривично право, Римски статут, Међународни кривични суд, животна средина.

1. УВОД

Као једно од најважнијих оруђа у борби против уништавања животне средине користи се право, а у оквиру њега, и кривично право. Са тим циљем настала су кривична дела против животне средине,¹ која су, истина, барем у нормативном смислу развијенија у унутрашњим кривичним законодавствима² него у међународном кривичном праву.³

* Сарадник у настави, Универзитет у Београду – Правни факултет, aleksa.skundric@ius.bg.ac.rs.

¹ Т. Лукић под еколошким криминалитетом подразумева свако "намерно чињење или нечињење које је довело до деградације животне средине и које резултира штетним ефектима на људима, животној средини и природним ресурсима", док кривична дела против животне средине одређује тако да "обухватају сва кршења еколошких прописа која повлаче кривичне санкције": Т. Лукић, "Кривичноправна заштита животне средине", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2011, 239. Најтежи еколошки деликти могу се сврстати у "криминалитет белих крагни": М. Шкулић, *Криминалистика*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2022, 469. О различитим теоријским објашњењима еколошког криминалитета вид. исцрпно: Н. Лукић, *Зелена криминологија*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2023, 69–83.

² Примера ради, у Кривичном законик у Републике Србије (КЗ) из 2005. године (*Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019) су по први пут кривична дела којима се превасходно штити животна средина груписана у једну главу (XII), под називом "Кривична дела против животне средине". Више о томе: Н. Делић, *Кривично право: посебни део*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2021, 285.

³ У том смислу примењује се како се "последњих година у литератури говори и о посебном месту заштите животне средине у оквиру међународног кривичног права": М. Шкулић, "Међународноправна заштита

Кривичноправне норме се користе, или би бар требало да се користе,⁴ као *ultima ratio* у правној заштити животне средине.⁵ А како је уобичајено да се у оквиру (посебног дела) сваког кривичног права врши градација кривичних дела по њиховој тежини, тако је природно за очекивати да се и у оквиру кривичних дела против животне средине нека од њих издвоје као лакша, нека као тежа, а једно од њих и као најтеже.

Последњих деценија, а поготово последњих година се управо као најтеже кривично дело против животне средине све чешће помиње кривично дело екоцида. У суштини, још увек је реч о *de lege ferenda* концепту (или, боље речено, концептима), како у међународном, тако и у унутрашњим, националним кривичним правима.⁶ У овом раду ћемо дати наш поглед о екоциду као потенцијално новом међународном кривичном делу, а посебно ћемо се осврнути на његове до сада израђене и предложене дефиниције које сматрамо најрелевантнијим, те изнети свој критички суд о њима. Највећи степен наше пажње задобиће покушај(и) да се кривично дело екоцида уврсти у ред кривичних дела из стварне надлежности сталног Међународног кривичног суда (МКС).

2. ИСТОРИЈАТ ИДЕЈЕ О ЕКОЦИДУ КАО МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ДЕЛУ

Посебни део међународног кривичног права је, крајње упрошћено говорећи, настао непосредно након завршетка Другог светског рата. Тада су обликоване контуре четири кривична дела за која се обично каже да спадају у међународна кривична дела у ужем смислу (*core crimes*).⁷ Међу њима није било и кривично дело екоцида, нити је тај појам у поменуто време уопште постојао.

До идеје о међународном кривичном делу екоцида се долази почетком седамдесетих година двадесетог века, као реакције на употребу хемијског оружја од стране САД-а

животне средине – права и обавезе држава", поглавље у књизи *Приручник за заштиту животне средине* (М. Шкулић *et al.*), Удружење тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2011, 123. Гилет истиче да међународно кривично право треба схватити само као део мулти-дисциплинарног приступа проблему еколошке штете, више о томе: М. Gillet, "Eco-Struggles: Using International Criminal Law to Protect the Environment During and After Non-International Armed Conflict", поглавље у књизи *Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace: Clarifying Norms, Principles, and Practices* (ed. C. Stahn, J. Iverson, J. S. Easterday), Oxford University Press, Oxford, 2017, 225.

⁴ У литератури се указује на то како је у пракси кривичноправна реакција на загађивање животне средине занемарљива: М. Шкулић (2011), *op. cit.*, 125.

⁵ Кривичноправна реакција на еколошки криминалитет би пре свега требало да за циљ има превенцију (како специјалну, тако и генералну) тих кривичних дела. Међутим, јасно је да се "изрицањем санкције у кривичном поступку не може адекватно отклонити штета која је нанета животnoj средини": М. Дреновак-Ивановић, *Еколошко право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2021, 49.

⁶ Кривично дело екоцида постоји тек у неколико националних кривичних законодавстава. Реч је о кривичним правима Вијетнама, Русије, Казахстана, Јерменије, Грузије, Молдавије, Киргистана, Таџикистана, Белорусије, Украјине и Француске. Нав. према: D. Palarczyk, "Ecocide Before the International Criminal Court: Simplicity is Better Than an Elaborate Embellishment", *Criminal Law Forum*, 2023, 28. Доступно на следећем линку: <https://doi.org/10.1007/s10609-023-09453-z>, последњи приступ: 12. 4. 2023. у 23:44. Интересантан је податак да огромна већина држава које су до сада криминализовале екоцид представља некадашње совјетске републике. Међутим, цитирана ауторка наводи да је поводом овог кривичног дела до сада вођен само један кривични поступак, и то у Киргистану: *ibid.*, 29.

⁷ Ради се о кривичним делима геноцида, злочинима против човечности, ратним злочинима и злочинима против мира (агресији). Разуме се, ова су кривична дела током деценија које су уследиле доживела промене у својој садржини, а поједина од њих чак и у називу, али је њихова суштина мање-више остала иста.

током Рата у Вијетнаму, а пре свега услед употребе хербицида под називом агенс оранж. Творцем термина "екоцид"⁸ сматра се професор Артур Галстон (*Arthur W. Galston*), који је поменуто реч први пут у историји искористио у свом говору на Конференцији о рату и националној одговорности 1970. године.⁹ Појам екоцида изведен је из концепта геноцида.¹⁰

Након Галстоновог "пионирског" наступа, почиње да расте интересовање за овај новостворени појам. Тако је 1971. Петигру (*Pettigrew*) сковао прву правну дефиницију екоцида, према којој он представља "значајно уништење интегралног дела одређеног екосистема или неразумну деградацију животне средине уопште...".¹¹ Потом је о феномену екоцида било речи и 1972. на Конференцији Уједињених нација о човековој околини одржаној у Стокхолму на којој је, између осталог, тадашњи шведски премијер Олаф Палме (*Olof Palme*) Рат у Вијетнаму у целини назвао "екоцидом".¹² Ипак, у тада усвојеној Стокхолмској декларацији о човековој околини екоцид није био предвиђен као међународно кривично дело.¹³

Током трајања штокхолмске конференције одржано је и неколико паралелних догађаја, укључујући и тзв. Народни самит (*People's Summit*).¹⁴ На самиту је формирана неформална Радна група која је израдила нацрт Конвенције о екоциду, коју је наредне 1973. године и поднела Уједињеним нацијама.¹⁵ Један од чланова те Радне групе, Ричард Фолк (*Richard Falk*) је током исте године такође објавио нацрт Конвенције о злочину екоцида, у којој је садржан и предлог дефиниције екоцида као кривичног дела.¹⁶ У предложеној Конвенцији екоцид је био предвиђен као међународно кривично дело које би повлачило индивидуалну кривичну одговорност, те је прописана *numerus clausus* листа аката који би, предузети у намери да се поремети или уништи, у целини или делимично, људски (човеков) екосистем, представљали извршење поменутог кривичног дела.¹⁷

⁸ Реч "екоцид" представља сложеницу префикса "еко-", изведеног из грчке именице "*oikos*", која значи кућа, дом, огњиште, станиште, породица и суфикса "-цид", изведеног из латинског глагола "*caedere*", који у изворном облику значи "сасећи, посећи...", а из којег је касније настала реч "*cide*", која на француском значи убица: P. Higgins, *Eradicating Ecocide: Laws and Governance to Prevent the Destruction of Our Planet*, Shepherd-Walwyn (Publishers) Ltd, London, 2015², е-књига, 14.

⁹ Галстон, иначе по професији биолог, је био запањен када је сазнао да су Оружане снаге САД-а искористиле његову докторску дисертацију како би развиле агенс оранж као моћно хемијско оружје. Стога је у горе поменутом говору између осталог предложио и закључење новог међународног уговора који би забранио оно што је он назвао "екоцидом". Више о томе: A. Greene, "The Campaign to Make Ecocide an International Crime: Quixotic Quest or Moral Imperative?", *Fordham Environmental Law Review*, 3/2019, 7–9.

¹⁰ V. Schwegler, "The Disposable Nature: the Case of Ecocide and Corporate Accountability", *Amsterdam Law Forum*, 3/2017, 73. Паралелу између геноцида и екоцида повукао је и сам Галстон, када је између осталог сугерисао да се животна средина може сагледати као жртва екоцида на исти начин да који се одређена друштвена група људи може сагледати као жртва геноцида: M. Crook, D. Short, "Marx, Lemkin and the genocide – ecocide nexus", *International Journal of Human Rights*, 3/2014, 307.

¹¹ A. Greene, *op. cit.*, 9.

¹² *Ibid.*, 10. На поменутој конференцији су се и други државници, попут индијске премијерке Индире Ганди и вође кинеске делегације Танг Кеа, бавили овим питањем: M. Crook, D. Short, *op. cit.*, 307.

¹³ С тим у вези, поједини аутори коментаришу како је овим "пропуштена прва прилика да се екоцид препозна као међународни злочин": N. Paunović, "Ekocid kao peti zločin u Rimskom statutu", *Sudski postupak – pravda i pravičnost : zbornik radova 35. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, Tom I, 2022, 275.

¹⁴ Lj. Tintor, "Perspektiva ekocida kao međunarodnog krivičnog dela", *Primena prava i pravna sigurnost: zbornik radova 34. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, Tom I, 2021, 277.

¹⁵ A. Greene, *op. cit.*, 11.

¹⁶ *Ibid.*, 12.

¹⁷ Нав. према: *ibidem*. Реч је о следећим актима: а) употреба оружја за масовно уништење, попут нуклеарног, бактериолошког, хемијског или другог; б) употреба хемијских хербицида ради дефолијације и дефорестације природних шума за војне сврхе, с) употреба бомби и артиљерије такве количине, густине или величине

Фолкова дефиниција је послужила за рад под-комисије Уједињених нација задужене за разматрање потенцијалних новела Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида из 1948. године (у даљем тексту: Конвенција о геноциду).¹⁸ Под-комисија је 1978. године објавила "Студију о питању превенције и кажњавању злочина геноцида", у оквиру које је, између осталог, разматрала могућност прописивања екоцида као посебног међународног кривичног дела сличног геноциду,¹⁹ као и могућност прописивања екоцида као ратног злочина.²⁰ Међутим, услед недовољне подршке од стране међународне заједнице,²¹ до допуне Конвенције о геноциду тако што би она изричито укључивала и екоцид на крају није дошло.²² Исти је исход био и након објављивања ревидиране Студије од стране истог под-комитета 1985. године.²³

Отприлике у исто време, односно у периоду 1984–1986, у оквиру Комисије за међународно право почиње да се разматра треба ли оштећење животне средине предвидети у оквиру будућег Законика (кодекса) кривичних дела (злочина) против мира и безбедности човечанства.²⁴ У оквиру Нацрта Законика из 1991. године било је предвиђено

да би се оштетио квалитет земљишта или да би се повећала могућност зараза опасних за људе, животиње или саднице; d) употреба булдожерске опреме ради уништавања великих шумских или пољопривредних површина у војне сврхе; е) употреба техника осмишљених за повећање или смањење падавина (кише) или да на други начин промене климу као оружје рата; f) принудно премештање људи или животиња из њиховог места боравишта или станишта ради остваривања војних или индустријских циљева. Нав. према: *ibidem*. Грин исправно примећује да је поменутом листом акта екоцида, и поред начелног опредељења да би се ово кривично дело могло учинити како за време рата, тако и за време мира, оно скоро искључиво везано за период рата/оружаног сукоба: *ibid.*, 12–13.

Иначе, још се од времена Фолковог предлога дефиниције екоцида почела водити дебата о субјективном елементу овог кривичног дела, више о томе: M. Crook, D. Short, *op. cit.*, 307–308.

¹⁸ A. Greene, *op. cit.*, 13.

¹⁹ Вид. 128–130 Студије.

²⁰ Вид. 131–132 Студије.

²¹ У Студији се као једна од ретких држава које су подржале укључивање екоцида у Конвенцију о геноциду наводи Румунија. Вид. 130 Студије.

²² Када ово кажемо мислимо на то да се у оквиру кривичног дела геноцида као један од његових (нових) алтернативно прописаних облика предвиди и екоцид, у најширем смислу схваћен као (нечим) квалификовано уништавање животне средине *per se*. Међутим, неспорно је да одређене радње које у суштини представљају радње уништавања животне средине могу у конкретном случају представљати радње извршења кривичног дела геноцида, уколико су за то испуњени остали предвиђени услови, односно уколико су предузете са намером уништења одређене националне, етничке, расне или верске групе као такве. Овде пре свега у виду имамо намерно подвргавање групе таквим животним условима који су срачунати на њено делимично или потпуно физичко уништење (члан 2 став 1 тачка (с) Конвенције о геноциду), које се примера ради може огледати у уништењу животне средине у којој конкретна група живи, услед чега долази до њеног физичког уништења (нпр. потпуно загађење воде, ваздуха и тла од којих је одређена етничка група апсолутно зависна у погледу исхране и слично). У пракси МКС-а било је таквих случајева, вид: M. Gillet, *op. cit.*, 225.

Са друге стране, у литератури је све присутније и гледиште које чак иде за тим да изједначи геноцид и екоцид. Тако на пример један страни аутор закључује: "Ако прихватимо тачност принципа да је све повезано и да је универзум жив и да му се може приступити на лични начин, онда екоцид није само *метод* геноцида. Он *јесте* геноцид": J. L. Eichler, "Ecocide is Genocide: Decolonizing the Definition of Genocide", *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 2/2020, 117.

²³ Више о томе: M. Crook, D. Short, *op. cit.*, 308.

²⁴ A. Greene, *op. cit.*, 15. Наиме, Комисија за међународно право је још од завршетка Другог светског рата од стране Генералне скупштине УН добила задатак да ради на формирању сталног међународног кривичног суда, те да у том смислу изрази нацрте како материјалног, тако и процесног права које би важило пред тим судом. У том контексту, Законик кривичних дела против мира и безбедности човечанства представљао би материјалноправни, а Статут будућег суда процесноправни пропис. Тек се пар година пре коначног оснивања суда 1998. године одустало од поменутог дуализма, те су се и материјалноправне, и процесноправне

као самостално кривично дело "вољно и тешко nanoшење штете околини" (члан 26), које је могао учинити појединац који "вољно проузрокује или нареди проузроковање широко распрострањене, дуготрајне и тешке²⁵ штете природној околини".²⁶ Дакле, ово је кривично дело, иако није носило такво име, у својој суштини представљало оно што је до тада у теорији подразумевано под појмом "кривично дело (злочин) екоцида".

Међутим, Нацрт Законика из 1991. године није био дефинитиван. У годинама које су уследиле настављен је рад на његовом тексту, те је 1996. године објављен нови Нацрт Законика кривичних дела против мира и безбедности човечанства у којем више није било кривичног дела које је било садржано у члану 26 Нацрта Законика из 1991. године. Више аутора имплицира да је до брисања поменутог кривичног дела дошло на нетранспарентан и, у одређеној мери, чак и мистериозан начин.²⁷ У оквиру новог Нацрта, инкриминисање штете која се проузрокује животной средини било је ограничено на предвиђање посебног облика ратних злочина.²⁸

Сличан приступ задржан је и у Римском статуту (у даљем тексту: РСт) сталног Међународног кривичног суда (у даљем тексту: МКС), усвојеном 1998. године. Наиме, иако је и тада било одређених предлога у том правцу,²⁹ екоцид није био прописан као пето, самостално кривично дело из стварне надлежности МКС-а, већ је оштећење животне средине предвиђено

одредбе нашле у његовом Римском статуту. Више о томе: А. Шкундрић, *Агресија као злочин против мира*, мастер рад, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2023, 50–52.

²⁵ Иначе, наведени квалитативи еколошке штете (широко распрострањена, дуготрајна, тешка) су овде били преузети из Конвенције о модификацији животе средине (тзв. ЕНМОД конвенција) из 1977. године, вид. члан 1 став 1 поменуто Конвенције. Ови квалитативи ће се касније понављати у многим предлозима дефиниције кривичног дела екоцида, с тим што ће се оне разликовати у томе како их прописују: конјунктивно или дисјунктивно.

²⁶ Доступно на: https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_46_10.pdf, 107. Поседњи приступ: 23. 4. 2023.

²⁷ У том смислу: "Екоцид је искључен 1995. године од стране Комисије за међународно право, при чему су многе земље биле за задржавање тадашњег члана 26 (злочин против животне средине): G. Petković, "Ekocid – pravni i moralni aspekti –", *Pravni život*, 9/2012, 588; "Откривање како и зашто се то догодило је помало попут решавања мистерије у стилу Агате Кристи": A. Greene, *op. cit.*, 16; "Интересантно је да Комисија за међународно прво никад није изгласала члан 26, већ је током изгласавања овај члан "стављен по страни": Lj. Tintor, *op. cit.*, 278. Георгиева Минкова истиче да је "брисање члана 26 из Нацрта Законика кривичних дела против мира и безбедности човечанства последица противљења неколико држава", те наводи податак да су у вези са поменутим чланом "забринутост изразиле Холандија, Уједињено Краљевство и САД": L. Georgieva Minkova, "The Fifth International Crime: Reflections on the Definition of 'Ecocide'", *Journal of Genocide Research*, 1/2023, 70.

²⁸ Наиме, у Нацрту Законика из 1996. године је између осталог био предвиђен ратни злочин (члан 20 став 1 (g)) који би се састојао у "коришћењу метода или средстава борбе који нису оправдани војном потребом са намером проузроковања широко распрострањене, дуготрајне и тешке штете по природну околину чиме се проузрокује озбиљна претња по здравље или опстанак одређеног становништва", уз додатан услов да до поменуте штете заправо и дође. Такође, треба напоменути да би се и на поменути ратни злочин односио општи услов из члана 20 став 1 Нацрта Законика, према којем би било неопходно да је тај ратни злочин, да би се могао сматрати злочином (кривичним делом) против мира и безбедности човечанства, извршен на "систематски начин или да буде великих размера". Нацрт Законика из 1996. године са коментарима је доступан на следећем линку: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf, последњи приступ: 26. 4. 2023. године.

²⁹ Иако је кривично дело које је по својој суштини одражавало оно што се до тог времена у теорији схватало као кривично дело екоцида било избрисано из Нацрта Законика кривичних дела против мира и безбедности човечанства 1996. године, није замрла активност, пре свега правника теоретичара, ка његовом даљем (пре свега теоријскоправном) уобличавању. У том смислу, у овом историјском периоду најпознатија је дефиниција екоцида коју је дао Греј (Gray), према којој екоцид подразумева намерно (*deliberate*) или нехатно (*negligent*) кршење кључних државних и људских права, на начин да производи тешку и широко распрострањену или дуготрајну еколошку штету, међународне последице и отпад. Нав. према: P. J. Keenan, "International Criminal Law and Climate Change", *Boston University International Law Journal*, 1/2019, 115.

само као један од многих облика ратних злочина (члан 8 став 2 (b) (iv) РСт-а).³⁰ Према томе, поједини аутори су у праву када кажу да је данас члан 8 РСт-а једина одредба у међународном кривичном праву која предвиђа (индивидуалну) кривичну одговорност за еколошки деликт.³¹ Ипак, није тешко закључити да она и не пружа баш претерано ефикасну, а поготово ни претерано свеобухватну заштиту животне средине. Најпре, ради се о ратном злочину предвиђеном у оквиру тачке (b), односно о ратном злочину који се може учинити само у оквиру међународног оружаног сукоба. Еколошка штета, ма колика она била, настала у оквиру немеђународног (унутрашњег) оружаног сукоба, као и она проузрокована за време мира, у потпуности остаје изван домаћаја ове одредбе.³² Друго, захтев да оштећење животне околине кумулативно буде и широко распрострањено, и дуготрајно и тешко исувише сужава криминалну зону.³³ Исто важи и за захтев да еколошка штета мора бити очигледно (подвукао А. Ш.) претерана у односу на очекивану војну предност.³⁴ Треће, код овог кривичног дела је и веома високо постављен субјективни елемент.³⁵ Из наведених разлога је у литератури готово једногласно прихваћен став да кривично дело из члана 8 став 2 (b) (iv) РСт-а има претерано "висок праг" примене,³⁶ те стога ни не чуди податак да до данас нико пред МКС-ом није био чак ни оптужен, а камоли осуђен за наведено кривично дело.³⁷

3. ПОКУШАЈИ ДОПУНЕ РИМСКОГ СТАТУТА КРИВИЧНИМ ДЕЛОМ ЕКОЦИДА

Изостављање екоцида из стварне надлежности МКС-а 1998. године, ипак, није довело до нестанка идеје о таквом међународном кривичном делу. Напротив, дошло је до повећања интересовања за ову тематику, које је посебно изражено последњих десетак година. Чини

³⁰ Наведена одредба инкриминише умишљајно отпочињање напада са знањем да ће такав напад проузроковати узгредни губитак живота или повреду цивила или оштећење цивилних објеката или широко распрострањено, дуготрајно и тешко оштећење природне околине које би било очигледно претерано у односу на конкретну и непосредну свеукупну очекивану војну предност (подвукао А. Ш.). У литератури се истиче да су, у историјском смислу, прве конкретне одредбе о заштити животне средине у оружаним сукобима унете 1977. године у Протокол I уз женевске конвенције: V. Đ. Degan, B. Pavišić, V. Beširević, *Međunarodno i transnacionalno krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Javno preduzeće *Službeni glasnik*, Beograd, 2011, 302.

³¹ У том смислу: M. Saloni, "The International Crime that Could have Been but Never Was: an English School Perspective on the Ecocide Law", *Amsterdam Law Forum*, 3/2017, 53.

³² На ово указују и други аутори: M. Saloni, *op. cit.*, 53; M. Gillet, *op. cit.*, 228; L. Georgieva Minkova, *op. cit.*, 68.

³³ Тако и код: D. Palarczyk, *op. cit.*, 7.

³⁴ Из ове формулације не произлази само да постоје облици еколошке штете који нису претерани без обзира на то што су и широко распрострањени, и дуготрајни, и тешки, већ такође и да било која еколошка штета која не испуњава кумулативно сва три поменута критеријума никада не може бити претерана: M. Gillet, *op. cit.*, 229.

³⁵ A. Greene, *op. cit.*, 19.

³⁶ Салони констатује да се његов праг сматра превисоким између осталог и зато што је оно ограничено само на умишљајно проузроковање штете: M. Saloni, *op. cit.*, 53. Гилет закључује да је оно применљиво само у најекстремнијим околностима оштећења околине: M. Gillet, *op. cit.*, 228. Грин је става да наведени елементи чине веома тешким, ако не и немогућим, да неко лице буде осуђено за ратни злочин због оштећења природне околине: A. Greene, *op. cit.*, 19. Слично и код Паларчик: "Изразито висок праг...ограничава његову примену на успутне и неостварљиве ситуације масовне еколошке штете док истовремено искључује већину скорашњих и садашњих сукоба који су не-међународне или дифузне природе": D. Palarczyk, *op. cit.*, 2-3. Са друге стране, неки аутори подвлаче и поједине аспекте разматране одредбе у којима она има потенцијално широко поље примене. Тако се указује на то да у оквиру ње не постоји ограничење средства извршења овог кривичног дела, те се сходно томе оно може извршити било којим средством, укључујући и нуклеарно оружје, више о томе: M. Gillet, *op. cit.*, 229.

³⁷ Нав. према: A. Greene, *op. cit.*, 19. И поред свега реченог, у литератури се ипак истиче да РСт анализираном одредбом делимично прихвата екоцентричне вредности. Више о томе: M. Gillet, *op. cit.*, 230.

се да је, међу онима који су се залагали за стварање овог кривичног дела, доминантан став био да би се том приликом требало кретати управо у оквирима МКС-а и РСт-а. Они су притом износили различите аргументе у прилог таквом ставу. Истицало се како би се "једна од предности уношења екоцида у Римски статут огледала у томе што би било која чланица УН могла да обавести Савет безбедности о сваком догађају који може имати последице по екосистем",³⁸ те како би "затим Савет безбедности могао проследити случај МКС-у".³⁹ Наглашавало се да је разлог укључивања кривичног дела екоцида у РСт "не само да се МКС-у обезбеди корисна алатка за процесуирање еколошке штете, већ и да се та штета изједначи по значају са геноцидом, злочинима против човечности, ратним злочинима и агресијом".⁴⁰ Такође, изношен је став да би усвајање екоцида као петог кривичног дела из стварне надлежности МКС-а допринело томе да "превенција екоцида стекне правно дејство *erga omnes*",⁴¹ као и да би се, услед деловања начела комплементарности, предвиђањем кривичног дела екоцида у правном поретку МКС-а "створио притисак да се ово кривично дело имплементира и на националном нивоу".⁴² Коначно, поједини од наведених аутора чак закључују да "све јача политичка подршка ка криминализацији овог дела говори у прилог да је извесно да ће у блиској будућности екоцид постати међународни злочин предвиђен Римским статутом".⁴³

Ипак, постоје и аутори који су мишљења да би екоцид као међународно кривично дело своју будућност требало да "потражи" на путу одвојеном од пута МКС-а.⁴⁴ Тако постоје предлози да се, уместо амандмана на РСт, закључи посебан, нови међународни уговор којим би ово кривично дело било прописано и којим би истовремено био основан посебан међународни кривични суд који би за то кривично дело био надлежан.⁴⁵ Постоје такође и предлози према којима би само требало закључити међународни уговор који би предвиђао кривично дело екоцида за које би државе уговорнице преузеле обавезу да га унесу у своја унутрашња кривична права, без могућности вођења кривичног поступка пред било којим међународним судом – у овом случају, за екоцид би искључиво била надлежна унутрашња правосуђа држава уговорница.⁴⁶ Напослетку, присутна су и мишљења која су уопште против дефинисања кривичног дела екоцида на један по њима апстрактан начин (као међународног кривичног дела) и која иду за тим да би било ефективније да се противправним пропише "широка лепеза мањих радњи које појединци предузимају сваког дана и које, када се узму заједно, доприносе климатским променама".⁴⁷

³⁸ Lj. Tintor, *op. cit.*, 286.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ L. Georgieva Minkova, *op. cit.*, 64.

⁴¹ P. Higgins, *op. cit.*, 81.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Lj. Tintor, *op. cit.*, 291.

⁴⁴ Грин издваја два основна недостатка предвиђања екоцида као петог кривичног дела у надлежности МКС-а. Најпре, државе које су највећи загађивачи, попут САД, Русије, Кине и Индије, нису чланице РСт-а, што би суштински ограничило ефективну надлежност МКС-а за ово кривично дело. Друго, МКС је надлежан да суди само физичким лицима, док су највећи загађивачи у нешто конкретнијем смислу од претходног одређена правна лица (пре свега међународне корпорације). Више о овоме: A. Greene, *op. cit.*, 40–42.

⁴⁵ Више о томе: *ibid.*, 44. Поред предлога за оснивања посебног међународног кривичног суда специјализованог за (тешки) еколошки криминалитет, постоје и генерални предлози за успостављање Међународног суда за животну средину, који би био надлежан за "еколошке спорове" више о томе: B. H. Desai, B. K. Sindu, "International Courts and Tribunals – the New Environmental Sentinels in International Law", *Environmental Policy and Law*, 1–2/2020, 27–28.

⁴⁶ Више о томе: A. Greene, *op. cit.*, 44–45.

⁴⁷ Више о томе: P. Keenan, *op. cit.*, 95.

Ми ћемо се у наставку овог рада концентрисати на обраду предлога за допуну РСт-а кривичним делом екоцида. И поред несумњивог значаја осталих, горенаведених других могућих путева екоцида у међународном кривичном праву, јасно је да би њихова подробна анализа, уз анализу евентуалног укључивања екоцида у РСт превазилазила могућности овог научног чланка, те се стога њима у даљем тексту нећемо бавити.

3.1. *De lege ferenda* предлози кривичног дела екоцида за потребе Римског статута

Међу ауторима који се залажу за допуну РСт-а кривичним делом екоцида не постоји сагласност о његовој дефиницији. Заправо, изгледа да има онолико различитих дефиниција екоцида колико има оних који се залажу за његово укључивање у РСт.⁴⁸ Стога ћемо се ограничити на обраду три дефиниције које сматрамо најважнијим, у смислу да су до сада имале највише одјека у научној и стручној јавности. У суштини, будући да се сви слажу да би екоцид требало да буде најтеже кривично дело против животне средине, главни проблем који би његова дефиниција требало да реши јесте питање на основу чега би се оно разликовало у односу на остала, лакша еколошка кривична дела.⁴⁹ Такође, као још једну заједничку карактеристику која се односи на све три предложене дефиниције бисмо на овом месту издвојили и то да би се екоцид, као предложено кривично дело могао учинити како за време рата/оружаног сукоба, тако и у време мира.⁵⁰

3.1.1. Дефиниција Поли Хигинс

Предлог дефиниције екоцида који је изнела шкотска правница Поли Хигинс (*Polly Higgins*) је током протекле деценије можда био и најцитиранији такав предлог. Она га је по први пут представила 2010. године, дакле исте године када је на Ревизионој конференцији у Кампали РСт допуњен одредбама о кривичном делу агресије. Према Хигинс, екоцид би представљало "широко распрострањено уништавање, оштећење или губитак екосистема на

⁴⁸ A. Greene, *op. cit.*, 31. Паларчик примећује да је "тешко дефинисати кривично дело са довољном прецизношћу... а истовремено оставити довољно простора тужиоцу пред МКС-ом да под њега подведе широк спектар могућих активности": D. Palarczyk, *op. cit.*, 16. И Робинсон указује да је "изненађујуће тешко" његово дефинисање: D. Robinson, "Ecocide — Puzzles and Possibilities", *Journal of International Criminal Justice*, 2/2022, 314. Тинтор издваја три могућа приступа дефинисању екоцида као кривичног дела: 1. везивање постојања овог кривичног дела за количину (подвукао А. Ш.) причињене еколошке штете, 2. антрополошки приступ, 3. приступ заснован на ризику од последице, више о томе: Lj. Tintor, *op. cit.*, 278–279.

⁴⁹ У том смислу: В. Ранђеловић, "Изазови у дефинисању екоцида у праву Европске Уније", *Усклађивање правног система Србије са стандардима ЕУ* (ур. С. Соковић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2022, 375. Цитирана ауторка, истина, говори о екоциду у унутрашњем праву, те о томе шта би била *differentia specifica* екоцида у односу на друга кривична дела против животне средине прописана у националном законодавству, али се речено без остатка може односити и на међународно кривично право. Робинсон, са друге стране, потребу за одговарајућим "цензусом" који би се тражио код екоцида образлаже тиме што би се на тај начин направила диференцијација екоцида у односу на лакша еколошка кривична дела која би, као таква, управо могла бити остављена у искључивој националној надлежности: D. Robinson, *op. cit.*, 327.

⁵⁰ У овоме се огледа још једна значајна разлика свих савремених предлога дефиниције екоцида као кривичног дела у односу на "еколошки" ратни злочин садржан у члану 8 став 2 (b) (iv) РСт-а који се, по природи ствари, може учинити само за време (међународног) оружаног сукоба. Већ смо видели да је идеја о еколошким деликтима на терену међународног кривичног права најпре (скоро) искључиво била везана за време рата/оружаног сукоба. До промене у науци (али не и у позитивном праву) почиње да долази током деведесетих година двадесетог века, када идеја о инкриминисању мирнодопског еколошког криминалитета у оквиру међународног кривичног права добија све више присталица. Као пример назнака овакве промене вид: L. A. Teclaff, "Beyond Restoration – The Case of Ecocide", *Natural Resources Journal*, 4/1991, 933–934.

одређеној територији, било услед људске радње, било услед других узрока, које је таквих размера да је мирно уживање (*enjoyment*)⁵¹ становника те територије озбиљно нарушено".⁵²

Оно што у вези ове дефиниције сваком правнику-кривичару, убјеђени смо, најпре запада за око јесте могућност да до уништења, оштећења или губитка екосистема дође како услед радње човека, тако и услед било ког другог узрока (подвукао А. Ш.). Хигинс ово даље разрађује тако што прави разлику између тзв. утврдивог (*ascertainable*) и неутврдивог (*non-ascertainable*) екоцида, где би се код првог одговорност конкретног лица могла утврдити, док се код другог узрок у смислу "специфичне људске активности" не би могао утврдити у конкретном смислу.⁵³ Јасно је да је оваква дефиниција за потребе кривичног права у свом другом делу једноставно неупотребљива, будући да би било бесмислено као кривично дело прописивати нешто што је немогуће утврдити као људску активност. Субјект кривичног дела могу бити само лица, физичка, а изузетно у неким правним системима (али не и према РСт-у) и правна, те је један од услова њихове кривичноправне одговорности управо тај да су она својом радњом остварила елементе бића одређеног кривичног дела. Уколико се то не може утврдити, не може се говорити ни о кривичном делу, ни о кривичноправној одговорности. Према томе, озбиљнију пажњу захтева једино први део дефиниције, односно онај који Хигинс назива "утврдивим екоцидом".

Цитирана ауторка у својој дефиницији даје само уопштене радње, алтернативно прописане – уништавање, оштећење, губитак екосистема. У суштини, уништење и губитак се свде на исто и требало би их разумети као потпуно елиминисање екосистема на одређеном подручју, као нпр. путем бацања нуклеарне бомбе током нуклеарне пробе. У случају уништења, односно губитка екосистема увек ће доћи и до последице која је према Хигинс нужна за постојање кривичног дела, односно да је "мирно уживање становника те територије озбиљно нарушено". Са друге стране, Хигинс не даје никакве критеријуме у погледу тога како проценити да је оштећење као још једна од предложених алтернативно прописаних радњи извршења екоцида довело до "озбиљног нарушавања мирног уживања становника територије".⁵⁴ Оваква непрецизност била би у супротности са начелом законитости у кривичном праву, односно са његовим *lex certa* аспектом, а који је између осталог предвиђен и самим РСт-ом.⁵⁵ Неопходно би било, дакле, у ову дефиницију укључити још неки критеријум који би помогао у утврђивању да ли је конкретно еколошко оштећење заиста довело до поменутих последице.

Хигинс је кривично дело екоцида замислила као кривично дело у погледу којег би постојала објективна одговорност (*strict liability*).⁵⁶ Међутим, овакво решење дефинитивно не би било у складу како са општим одредбама РСт-а које предвиђају кривицу учи-

⁵¹ Овде се мисли на мирно уживање у смислу мирног, неометаног живота становника одређене територије у складу са, односно у оквиру поменутог екосистема. Такође, под "становницима" се подразумевају сви становници, дакле цео живи свет на одређеној територији, а не само људи.

⁵² P. Higgins, *op. cit.*, 74.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ И сама цитирана ауторка признаје да би, за разлику од друге две предложене алтернативне радње извршења, било комплексније утврдити шта би могло да представља "оштећење" екосистема, те овај проблем покушава да реши правећи аналогију са еколошком штетом из члана 8 став 2 (b) (iv) РСт-а, тако што би релевантна била она еколошка штета која би била "широко распрострањена, дуготрајна и тешка": *ibid.*, 75–76.

⁵⁵ Вид. члан 22 став 2 РСт-а.

⁵⁶ P. Higgins, *op. cit.*, 79.

ниоца као услов постојања кривичног дела и кривичноправне одговорности,⁵⁷ тако ни са основном концепцијом према којој би екоцид био тзв. капитално еколошко кривично дело, а за коју се суштински и сама Хигинс залаже. Наиме, уколико прихватимо екоцид као најтеже могуће еколошко кривично дело, онда је неодрживо за њега прописивати објективну одговорност.⁵⁸ Иначе, чак је и у контексту англосаксонске правне традиције из које Хигинс "позајмљује" концепт *strict liability* за потребе дефиниције међународног кривичног дела екоцида, ова врста одговорности оправдана само у погледу лакших деликата,⁵⁹ какав екоцид извесно не би требало да буде.⁶⁰ Стога сматрамо, да је код овог кривичног дела, као уосталом и код свих осталих кривичних дела, као услов за њихово постојање нужно прописати и одговарајући степен кривице учиниоца.

Према томе, можемо закључити да значај дефиниције коју је дала Хигинс са аспекта међународног кривичног права и није претерано велики. Ипак, треба истаћи да су њен упоран рад и залагање за дефинисање и укључивање кривичног дела екоцида у РСт довели до значајног повећања интересовања стручне и научне јавности за ову проблематику, као и до даљих покушаја дефинисања екоцида као међународног кривичног дела.

3.1.2. UCLA дефиниција

"Институт обећања за људска права"⁶¹ при Школи права из Лос Анђелеса, Универзитет у Калифорнији (скраћено: UCLA) је у фебруару 2020. године формирао Експертску радну групу са задатком да истражи потенцијал међународног кривичног права да заштити животну средину и ублажи климатске промене. Ова радна група је у априлу 2021. године објавила свој предлог кривичноправне дефиниције екоцида (у даљем тексту: UCLA дефиниција) са коментарима.⁶²

У ставу 1 ове дефиниције прописано је да "за потребе РСт-а, "екоцид" представља било коју од следећих радњи, извршену са знањем да ће вероватно проузроковати"⁶³

⁵⁷ Вид. члан 30 РСт-а.

⁵⁸ Поједини аутори подржавају предлог Хигинс за предвиђање објективне одговорности код кривичног дела екоцида. У том смислу Грин наводи да самим тим "директори компанија не би могли да се у своју одбрану позивају на недостатак знања или умишљаја", те додаје да је тешко у великим компанијама, услед њихове величине и сложености, утврдити постојање умишљаја код једног, конкретног лица: А. Greene, *op. cit.*, 27. Слично и Швеглер: "Екоцид је кривично дело *strict liability*, што значи да се не мора доказати умишљај...": V. Schwegler, "The Disposable Nature: the Case of Ecocide and Corporate Accountability", *Amsterdam Law Forum*, 3/2017, 74. Нису нам најјаснији овакви аргументи. Наиме, управо је суштина кривичног права у кривизи, односно субјективном односу учиниоца према ономе што је урадио, односно пропустио да уради, те у друштвено-етичком прекоору који му се услед тога упућује. Више о томе: Z. Стојановић, *Кривично право: општи део*, Правна књига, Београд, 2017²⁴, 160–162; И. Вуковић, *Кривично право: општи део*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2021, 198 – 199. Другим речима, не може се због очекиване тежине доказивања кривице код одређеног кривичног дела, у нашем случају екоцида, само "гуњицом" избрисати захтев за постојањем кривице његовог учиниоца и на тај начин "решити" проблем.

⁵⁹ Тако: И. Ђокић, *Општи појам кривичног дела у англо-америчком праву*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2021, 235. У том смислу и: М. Шкулић, *Основи кривичног права Сједињених Америчких Држава*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2021, 52–53; И. Вуковић, *op. cit.*, 195–196.

⁶⁰ У том смислу и: D. Robinson, *op. cit.*, 329.

⁶¹ *Promise Institute for Human Rights*.

⁶² Доступно на: <https://ecocidelaw.com/wp-content/uploads/2022/02/Proposed-Definition-of-Ecocide-Promise-Group-April-9-2021-final.pdf>, последњи приступ 6. 5. 2023. године.

⁶³ Из изложеног се види да UCLA дефиниција на субјективном плану код учиниоца захтева постојање "знања о вероватном проузроковању" (*knowledge of likelihood*) одговарајуће еколошке штете. Више о разлозима за

широко распрострањено, дуготрајно и тешко⁶⁴ оштећење природне околине", те се онда набраја осам различитих радњи извршења.⁶⁵ Потом се у ставу 2 предлога предвиђају својеврсни посебни основи искључења противправности, те се прописује да радње из става 1 дефиниције не представљају екоцид уколико су предузете у складу било са међународним, било са унутрашњим правом, као ни уколико су приликом њиховог извршења предузете доступне мере за превенцију, ублажавање или смањење штете.⁶⁶ Коначно, у ставу 3 предложене дефиниције даје се значење израза "широко распрострањено" (*widespread*), "дуготрајно" (*long-term*) и "тешко" (*severe*); коришћених у ставу 1.⁶⁷

3.1.3. Панел дефиниција

Фондација "Стоп екоциду" (*Stop Ecocide Foundation*) је 2020. године оформила Независни експертски панел за правну дефиницију екоцида⁶⁸ (у даљем тексту: Панел). Панел је у јуну 2021. године, у форми предлога нацрта амандмана на РСТ са коментарима,

то, као и за потпуно изостављање умишљаја (*intent*) из предлога дефиниције вид. коментаре уз UCLA дефиницију, 5.

⁶⁴ Дакле, UCLA дефиниција је прихватила конјунктивну варијанту прописивања квалификатива "широко распрострањено", "дуготрајно" и "тешко". Више о разлозима за то вид. коментаре уз UCLA дефиницију, 4.

⁶⁵ Реч је о следећим радњама: а) (значајно) уништење или кварење природних станишта, екосистема или природног наслеђа; б) уништење или кварење биолошких ресурса, на начин који ће вероватно имати лоше ефекте на биолошки диверзитет; с) уношење штетних количина супстанци или енергије у ваздух, воду или тло; д) нелегалан транспорт опасног отпада; е) производња, увоз, извоз, продаја или употреба супстанци које доводе до уништавања озона или трајних органских загађивача; ф) убијање, уништавање или узимање (заробљавање) заштићених животињских или биљних врста, у мери у којој би то вероватно утицало на опстанак тих врста; г) значајно доприношење опасном људском утицају на климатски систем, укључујући и емисију у великом обиму гасова стаклене баште или уништавање резервоара гасова стаклене баште; х) било које друге радње сличног карактера за које је вероватно да би проузроковале еколошку катастрофу. Дакле, UCLA дефиниција садржи листу могућих радњи извршења која, иако веома исцрпна, ипак представља листу сачињену у *exempli causa* смислу. Иако су се творци РСТ-а оваквом легислативном техником служили и приликом прописивања неких других инкриминација, њу би у суштини на терену кривичног права требало избегавати, будући да је она противна начелу законитости, односно његовом сегменту *lex stricta*. Више о томе: М. Шкулић, *Међународно кривично право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2020, 29–30. Интересантно је такође приметити да се у односу на радњу предвиђену тачком г) у ставу 4 UCLA дефиниције предвиђа тзв. прелазни период, односно да ће она бити примењива тек након истека десет година од ступања дефиниције на снагу.

⁶⁶ Заправо, прва два од три наведена "основа који искључују противправност" од кривичног дела екоцида на заобилазни начин праве бланкетно кривично дело, будући да предвиђају да се неће радити о овом кривичном делу уколико су прописане радње извршења предузете у складу са међународним или унутрашњим правом. Да би се то могло утврдити, потребно је консултовати релевантне норме како међународног, тако и унутрашњег права и то пре свега оне које спадају у еколошко право. Са друге стране, трећи предвиђени "основ искључења противправности" сматрамо сувишним. Наиме, ово кривично дело је већ, што на објективном, што на субјективном плану довољно уско формулисано, да је потпуно непотребно додатно га сужавати једном пре свега каучук нормом, односно могућношћу да се ипак неће радити о кривичном делу екоцида чак иако постоје сви његови елементи, уколико су приликом његовог извршења предузете одговарајуће мере.

⁶⁷ Према ставу 3, квалификатив "широко распрострањено" би требало разумети тако да односна радња има еколошки штетне ефекте који се протежу изван одређеног географски ограниченог подручја, преко државних граница или да штетно утиче на велики број људи. Квалификатив "дуготрајно" би требало схватити тако да штета природној околини траје најмање једну деценију, док би "тешко" требало разумети тако да еколошка штета која произађе из релевантне радње укључује озбиљан или значајан прекид или штету екосистемима, људском животу, природним и економским или другим ресурсима. Као што се види, и овде је најтеже било дефинисати квалификатив "тешко" (*severe*). Он, практично, и није дефинисан, већ се прибегло својеврсној нормативној таутологији.

⁶⁸ *Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide*.

објавио дефиницију кривичног дела екоцида са одговарајућим пратећим одредбама (у даљем тексту: Панел дефиниција).⁶⁹

Панел је предложио додавање новог члана 8ter у текст РСт-а, у којем би била садржана материјалноправна одредба кривичног дела екоцида. Према ставу 1 предложеног новог члана, "екоцид" би представљале "противправне или окрутне радње извршене са знањем да постоји значајна вероватноћа⁷⁰ да се њима проузрокује тешка и или широко распрострањена, или дуготрајна⁷¹ штета по околину". Потом се у ставу 2 предложеног члана 8ter појашњавају изрази употребљени у његовом ставу 1.⁷²

Панел дефиниција је у погледу предложених радњи извршења најштурја: она само уопштено предвиђа "противправне или окрутне радње", које су последично одређене, односно, то могу бити било које радње за које постоји значајна вероватноћа да се њима проузрокује последица која се огледа у одговарајућој штети по околину.⁷³ У првом случају, када је реч о противправној радњи, ради се о класичном бланкетном кривичном делу, будући да би се приликом утврђивања противправности конкретних аката морале консултовати друге гране права, а пре свега еколошко право, међународно и унутрашње.⁷⁴ Са друге стране, мишљења смо да је лоше решење као алтернативу противправ-

⁶⁹ Доступно на: <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d1e6e604fae2201d03407f/1624368879048/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+rev+6.pdf>, последњи приступ: 6. 5. 2023. године.

⁷⁰ Панел дефиниција на субјективном плану захтева "знање да постоји значајна вероватноћа" (*knowledge of substantial likelihood*) да се проузрокује одговарајућа последица. У овом сегменту она се од UCLA дефиниције разликује само по томе што садржи још и придев "значајна" (*substantial*), који не постоји у UCLA дефиницији, те је сходно томе ментални елемент у Панел дефиницији нешто уже постављен у односу на онај из UCLA дефиниције. Поједини аутори наведени ментални елемент у Панел дефиницији уподобљавају директном умишљају на начин на који је он схваћен у српском кривичном праву: N. Рауновић, *op. cit.*, 277. Овде се, ипак, не ради о директном умишљају, који би код кривичног дела екоцида у пракси био незамислив, већ о облику кривице који је сличан континентално-европском концепту евентуалног умишљаја (*dolus eventualis*), односно англосаксонском облику кривице познатијем као *recklessness* (безобзирност) и који је стога нижи од директног умишљаја. То се уосталом сасвим експлицитно каже и у коментарима уз Панел дефиницију, вид. 11.

⁷¹ Панел дефиниција се, дакле, служи мешовитим, конјунктивно-дисјунктивним критеријумом приликом квалификовања еколошке штете: L. Georgieva Minkova, *op. cit.*, 71.

⁷² Према овим појашњењима, "окрутност" (*wanton*) представља понашање са "безобзирним занемаривањем штете која би била очигледно претерана у односу на очекиване друштвене и економске benefite. "Тешко" (*severe*) обухвата "штету која укључује веома озбиљне штетне промене, прекид или повреду било ког елемента околине, укључујући и тешке последице по људски живот или природне, културне или економске ресурсе. "Широко распрострањеном" (*widespread*) штетом се сматра "штета која се простира изван одређеног географског подручја, прелази државне границе или коју трпи читави екосистем или читаве врсте или велики број људи. "Дуготрајном" (*long-term*) подразумева "штету која је ирверзибилна или која се не може поправити кроз природан опоравак у оквиру разумног временског периода". Коначно, сама реч "околина" (*environment*) одређује се као "земља, њена биосфера, криосфера, литосфера, хидросфера и атмосфера, као и свемир.

⁷³ Пауновић наводи како се у Панел дефиницији "одустало од исцрпног одређивања радњи...": N. Рауновић, *op. cit.*, 276.

⁷⁴ Иначе, посебан проблем приликом примене кривичног дела екоцида које би по својој природи представљало бланкетно кривично дело био би тај што је еколошко право, и то пре свега међународно, и даље слабо развијено. У том смислу, указује се да "оскудна уговорна и обичајна правила отварају релативно широк простор за примену општих правних начела признатих од стране просвећених народа у пракси међународних судова": М. Крећа, *Међународно јавно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2019¹¹, 673. Ипак, ову чињеницу не би требало разумети тако да она говори против прописивања екоцида као бланкетног кривичног дела, већ као подстрек даљем развоју међународног еколошког права. У супротном, кривично дело екоцида би било или непримењиво, или би било конструисано на начин супротан фундаменталним постулатима модерног кривичног права.

ним актима прописати "окрутне" (*wanton*) акте.⁷⁵ Наиме, према тексту Панел дефиниције испада да би и неке радње које би се могле квалификовати као окрутне, а које истовремено нису противправне, могле представљати радње извршења кривичног дела екоцида.⁷⁶ Овакво решење би било противно *lex certa* елементу начела законитости, а у крајњој линији било би и у супротности са идејом јединства правног поретка, будући да је бесмислено да одређено понашање не буде противправно у матичној грани права (нпр. у еколошком праву), а да истовремено повлачи кривичноправну одговорност.⁷⁷

4. ЗАКЉУЧАК – НАШ ПРЕДЛОГ ДЕФИНИЦИЈЕ ЕКОЦИДА

Идеја екоцида као петог међународног кривичног дела у ужем смислу више није млада идеја – о њој се у теорији расправља сада већ више од пет деценија. Међутим, и поред сада већ немалог броја научних и стручних радова, још увек чак ни у теоријско-правним круговима није постигнута сагласност око једне конкретне дефиниције овог кривичног дела.

Ми смо мишљења да би свака евентуална дефиниција кривичног дела екоцида требало да буде таква да најпре, што је то могуће више, буде у складу са фундаменталним начелом кривичног права – начелом законитости. То, између осталог значи да би она морала бити што прецизнија, те да би се у њој требало избећи стварање простора за било какву креативну аналогију.

Стога држимо да би, у погледу конкретних радњи извршења, најбоље решење била UCLA дефиниција, али без предложене тзв. опште радње извршења предвиђене у тачки h) другог става. Наиме, у њој су већ у ставу 2, у тачкама од а) до g) на веома исцрпан начин инкриминисани неки од најкарактеристичнијих и најтежих начина оштећења животне средине, па сматрамо да би било сувишно, а по правну сигурност и начело законитости и погубно предвиђати и још једну, општу радњу извршења.

Са друге стране, сматрамо да је у погледу квалификатива еколошке штете боље решење оно садржано у Панел дефиницији, будући да она захтева да еколошка штета увек мора бити тешка и, алтернативно, или широко распрострањена, или дуготрајна. Дакле, не захтева се, као код UCLA дефиниције и ратног злочина из члана 8 став 2 (b) (iv) кумулативно постојање сва три квалификатива. Ово је добро решење, будући да би њихово кумулативно прописивање додатно сузило криминалну зону, те још више отежало ионако већ тежак посао тужилаштва при МКС-у у доказивању овог кривичног дела.

Што се тиче субјективног елемента, најпре мислимо да је нужно да се и за ово кривично дело предвиди кривица учиниоца. Одбацујемо идеју о објективној одговорности (*strict liability*) из разлога што она начелно и није својствена кривичном праву, а чак и у изузетним случајевима када постоји у кривичном праву, то би требало да су случајеви релативно лакших

⁷⁵ Израз *wanton* би се најтачније са енглеског на српски језик могао превести као "безобзирност". Међутим, како бисмо избегли конфузију са појмом *recklessness* који означава одређени облик кривике у англосаксонском праву, а који преводимо као "безобзирност", за потребе овог рада *wanton* преводимо као "окрутност".

⁷⁶ Ово прилично експлицитно стоји у коментарима уз Панел дефиницију, 10.

⁷⁷ У литератури се срећу критике укључивања елемента "окрутности" (*wanton*) и из других углова. На пример, истиче се како Панел дефиниција сугерише да одређени акт који проузрокује "тешке последице по живот људи или по природне, културне или економске ресурсе" и који је или иреверзибилан или се простире преко државних граница или екосистема, још увек може донети социјално-економске бенефите који би превазилазили цену једног таквог акта: L. Georgieva Minkova, *op. cit.*, 74.

деликата, а никако тешких. Кривично дело екоцида би требало да буде најтеже, капитално кривично дело против животне средине, те је у том смислу једино исправно решење да је његов конститутивни елемент и кривица учиниоца. Друго је пак питање потребног облика кривице. Општа правила РСт-а као облик кривице за сва кривична дела која су у њему прописана предвиђају умишљај (*intent*), и то умишљај који би према континентално-европској кривичноправној теорији представљао директни умишљај,⁷⁸ док у односу на тзв. пратеће околности дела захтевају да код учиниоца постоји знање (*knowledge*) о њима.⁷⁹ Имајући у виду да би мало које урачунљиво лице предузимало одређену радњу са директним умишљајем да оштети животну средину, јасно је да би у погледу кривичног дела екоцида требало предвидети нижи облик кривице.⁸⁰ Са друге стране, нехат (*negligence*) не би могао да дође у обзир, будући да је МКС надлежан да суди за "најтежа кривична дела од међународног значаја",⁸¹ а тешко би се било које нехатно кривично дело могло на тај начин квалификовати. Стога нам као једино решење остаје посезање за евентуалним умишљајем тј. његовим условно речено англосаксонским панданом, безобзирношћу (*recklessness*). Управо су овом логиком ишли творци како UCLA, тако и Панел дефиниције, али је нису до краја извели, већ су је заоденули под плашт "знања о (значајној) вероватноћи проузроковања" (*knowledge of (substantial) likelihood*) одговарајуће еколошке штете. Слажемо се са оценом још неких аутора⁸² према којој би било боље да је у предложеним дефиницијама и изричито предвиђен евентуални умишљај као облик кривице, на супрот решења по којима је он "замаскиран" знањем о вероватноћи проузроковања штете.

Имајући речено у виду, наш предлог евентуалне дефиниције кривичног дела екоцида у РСт-у био би следећи:

"Екоцид представља, са знањем да постоји значајна вероватноћа да се њима проузрокује тешка и или широко распрострањена, или дуготрајна штета по околину, противправно предузимање следећих радњи:

- a) уништење или кварење природних станишта, екосистема или природног наслеђа;
- b) уништење или кварење биолошких ресурса, на начин који ће вероватно имати лоше ефекте на биолошки диверзитет;
- c) уношење штетних количина супстанци или енергије у ваздух, воду или тло;
- d) нелегалан транспорт опасног отпада;
- e) производња, увоз, извоз, продаја или употреба супстанци које доводе до уништавања озона или трајних органских загађивача;
- f) убијање, уништавање или заробљавање заштићених животињских или биљних врста, у мери у којој би то вероватно утицало на опстанак тих врста;

⁷⁸ Више о томе: И. Ђокић, *op. cit.*, 65.

⁷⁹ Вид. члан 30 РСт-а.

⁸⁰ Подразумева се да би било бесмислено прописивати тежи облик кривице од онога који је прописан општим правилима РСт-а, попут специјалне намере (*dolus specialis*) која се тражи код геноцида и слично. Тако и: D. Robinson, *op. cit.*, 329.

⁸¹ Вид. члан 1 РСт-а. Тако и: Lj. Tintor, *op. cit.*, 280; N. Paunović, *op. cit.*, 280.

⁸² L. Georgieva Minkova, *op. cit.*, 79–82.

g) значајно доприношење опасном људском утицају на климатски систем, укључујући и емисију у великом обиму гасова стаклене баште или уништавање резервоара гасова стаклене баште".

Мишљења смо да би наведена дефиниција, која представља својеврсну легуру UCLA и Панел дефиниције, била најпрецизнија, те да би на најбољи могући начин осликавала оно што се овим кривичним дело жели инкриминисати. Међутим, велико је питање да ли ће до инкриминисања екоцида на међународном плану, а поготово у оквиру РСт-а, уопште и доћи. Са друге стране, чак и да претпоставимо да до тога дође, те да се кривично дело екоцида "нађе" у РСт-у, онда ће велико питање бити његова ефективност. Ово како због тога, као што смо већ и навели у овом раду, државе из којих потиче убедљиво највећа количина загађења животне средине нису чланице РСт-а, тако и генерално због природе овог кривичног дела. Наиме, државе које су данас у економском смислу најразвијеније тај свој развој у доброј мери дугују управо активностима које би, да је ово кривично дело постојало у време њиховог предузимања, њиме биле обухваћене. Према томе, прихватањем овог кривичног дела би се неразвијене државе и тзв. државе у развоју (а такав је добар део држава чланица РСт-а) добровољно одрекле могућности да "ухвате корак" са развијеним земљама. Сматрамо да је тако нешто мало вероватно да се догоди.

ЛИТЕРАТУРА

- Вуковић И., *Кривично право: општи део*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2021.
- Georgieva Minkova L., "The Fifth International Crime: Reflections on the Definition of"Ecocide", *Journal of Genocide Research*, 1/2023, 62–83.
- Gillet M., "Eco-Struggles: Using International Criminal Law to Protect the Environment During and After Non-International Armed Conflict", поглавље у књизи *Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace: Clarifying Norms, Principles, and Practices* (ed. Stahn C., Iverson J., Easterday J. S.), Oxford University Press, Oxford, 2017, 220–254.
- Greene A., "The Campaign to Make Ecocide an International Crime: Quixotic Quest or Moral Imperative?", *Fordham Environmental Law Review*, 3/2019, 1–48.
- Degan V. Ђ., Pavišić B., Beširević V., *Међународно и транснционално кривично право*, Правни факултет Универзитета Union у Београду, Јавно предузеће *Службени гласник*, Београд, 2011.
- Делић Н., *Кривично право: посебни део*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2021.
- Дреновак-Ивановић М., *Еколошко право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2021.
- Desai B. H., Sindu B. K., "International Courts and Tribunals – the New Environmental Sentinels in International Law", *Environmental Policy and Law*, 1–2/2020, 17–33.
- Ђокић И., *Општи појам кривичног дела у англо-америчком праву*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2021.
- Eichler J. L., "Ecocide is Genocide: Decolonizing the Definition of Ecocide", *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 2/2020, 104–121.
- Keenan P. J., "International Criminal Law and Climate Change", *Boston University International Law Journal*, 1/2019, 89–123.
- Крећа М., *Међународно јавно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2019¹¹.
- Лукић Н., *Зелена криминологија*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2023.
- Лукић Т., "Кривичноправна заштита животне средине", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2011, 237–247.
- Palarczyk D., "Ecocide Before the International Criminal Court: Simplicity is Better Than an Elaborate Embellishment", *Criminal Law Forum*, 2023. Доступно на следећем линку: <https://doi.org/10.1007/s10609-023-09453-z>, последњи приступ: 12. 4. 2023. у 23:44.
- Paunović N., "Ekocid kao peti zločin u Rimskom statutu", *Sudski postupak – pravda i pravičnost : zbornik radova 35. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava - Slobodan Perović*, Tom I, 2022, 273–288.
- Petković G., "Ekocid – pravni i moralni aspekti –", *Pravni život*, 9/2012, 583–598.

- Robinson D., "Ecocide — Puzzles and Possibilities", *Journal of International Criminal Justice*, 2/2022, 313–347.
- Рањеловић В., "Изазови у дефинисању екоцида у праву Европске Уније", *Усклађивање правног система Србије са стандардима ЕУ* (ур. С. Соковић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2022, 369–380.
- Saloni M., "The International Crime that Could have Been but Never Was: an English School Perspective on the Ecocide Law", *Amsterdam Law Forum*, 3/2017, 49–70.
- Stojanović Z., *Krivično pravo: opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd, 2017²⁴.
- Schwegler V., "The Disposable Nature: the Case of Ecocide and Corporate Accountability", *Amsterdam Law Forum*, 3/2017, 71–99.
- Teclaff L. A., "Beyond Restoration – The Case of Ecocide", *Natural Resources Journal*, 4/1991, 933–956.
- Tintor Lj., "Perspektiva ekocida kao međunarodnog krivičnog dela", *Primena prava i pravna sigurnost: zbornik radova 34. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, Tom I, 2021, 275–294.
- Higgins P., *Eradicating Ecocide: Laws and Governance to Prevent the Destruction of Our Planet*, Shepherd-Walwyn (Publishers) Ltd, London, 2015², е-књига.
- Crook M., Short D., "Marx, Lemkin and the Genocide – Ecocide Nexus", *International Journal of Human Rights*, 3/2014, 298–319.
- Шкулић М., "Међународноправна заштита животне средине – права и обавезе држава", поглавље у књизи *Приручник за заштиту животне средине* (Шкулић М., Чавошки А., Трајковић Д., Матић М., Мракић В.), Удружење тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2011, 105–140.
- Шкулић М., *Међународно кривично право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2020.
- Шкулић М., *Основи кривичног права Сједињених Америчких Држава*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2021.
- Шкулић М., *Криминалистика*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2022.
- Шкундрић А., *Аерсеџа као злочин против мира*, мастер рад, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2023.

* * *

Aleksa Škundrić*

ECOCIDE IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

Summary

During the last few decades, calls for the criminalisation of ecocide as the most serious crime against the environment and as the new, fifth core international crime, have intensified. This paper is dedicated to the research of the eventual definition of the proposed crime. Firstly, the author tells us a history of an idea to incriminate ecocide in the International Criminal Law, and about numerous and, until now, unsuccessful attempts to do so. Afterwards, he examines three contemporary proposed definitions of ecocide that are, in his opinion, the most important ones, bearing in mind the fact that their creators intend them to be incorporated in the Rome Statute of the International Criminal Court. Finally, in the conclusion of the paper, the author puts forward his proposal for the definition of ecocide in the International Criminal Law, which is mostly a combination of an UCLA definition and of a definition proposed by the Expert Panel created by the Stop Ecocide Foundation.

Keywords: ecocide, International Criminal Law, Rome Statute, International Criminal Court, environment.

* Teaching Assistant, University of Belgrade – Faculty of Law, aleksa.skundric@ius.bg.ac.rs.

Јелена Шопаловић*

ЕКОЦИД – НОВО МЕЂУНАРОДНО КРИВИЧНО ДЕЛО

Апстракт: Предмет рада је кривично дело екоцида, предложене дефиниције од стране релевантних међународних тела, однос између предложених дефиниција, могућности и препреке за прописивање екоцида као међународног кривичног дела у Римском статуту, надлежност међународних судова, као и домаћаји санкционисања екоцида.

Кључне речи: екоцид, међународно кривично дело, одговорност правних лица, Римски статут, Међународни кривични суд

1. УВОД

Непоправљива штета по животну средину узима данак по живи свет и ако се не заустави, резултираће изумирањем 25% врста у наредној деценији, које прати глобално убрзање отапање ледника.¹ Као одговор на ову тенденцију, све више добија на значају изградња институционалних механизма заштите животне средине. Готово хорски се говори о потреби заштите од глобалних еколошких инцидената путем кривичног гоњења одговорних за екоцид, и то на међународном нивоу.² Због наднационалног карактера животне средине, недовољно је ограничити њену кривичноправну заштиту на национални ниво, нарочито када су у питању најтежи облици повреде животне средине, али и зато што су у највећем броју случајева учиниоци екоцида ван територије државе у којој су последице еколошке катастрофе, а то што умањује могућности да се учиниоцу суди, нарочито уколико и држава из које он потиче није заинтересована за кривични прогон.

Тешко је замислити ситуацију да физичко лице, без организоване подршке (било да је та организација држава или привредни субјект), изврши било какво кривично дело које би изазвало еколошку штету великих размера, па треба имати у виду да су учиниоци тешких кривичних дела против животне средине по правилу правна лица и одговорна лица у тим правним лицима.

Штетне последице нарушавања еколошке хомеостазе обухватају распон од непоштовања одређене правне норме, уз наступање апстрактне опасности по животну средину, а те последице могу промаћи оку просечног посматрача, па до оних временски и про-

* Судски саветник, Привредни апелациони суд, jsopalovic@gmail.com.

¹ Report of the Plenary of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services (IPBES), on the work of its seventh session, 4. <https://www.ipbes.net/resource-file/32463>, 21. 4. 2023.

² За разлику од кривичног права, у области грађанског права у климатским споровима еколошка правда бележи велики напредак, што потврђује *flagship* пресуда грађанског суда у Холандији који је прогласио, без преседана, климатску одговорност мултинационалне нафтне компаније *Royal Dutch Shell* наложивши јој да смањи емисије гасова са ефектом стаклене баште који су резултат њене индустријске делатности, најмање за 45% до 2030. <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#/details?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339>, 12. 05. 2023.

сторно несагледивих. Стога се животна средина штити се пре свега превентивно, па тек онда репресивно, те у овој више него у другим областима људског деловања, кривично право показује своју *ultima ratio* природу.

2. ИСТОРИЈАТ ЕКОЦИДА

Истраживачи источноевропских логора и размера геноцида над јеврејским народом навели су да је управо лепота природе и окружења које су обилазили, смањивала утисак зла извршеног на тим просторима. Одлично запажајући да антропоцентризам као тежња лако прелази пут од доминације над природом до доминације над човеком, упозорили су да су геноцид и екоцид слични по томе што убице своје жртве доживљавају као мање од људи, као да су ван примарног круга вредности.³

Почев од 1970. године када је први пут поменут екоцид, овај појам је постепено улазио у свет права, углавном на конференцијама и у нацртима међународних докумената Преиспитивању употребе појма екоцид допринеле су и бројне еколошке катастрофе, како током рата тако и мирнодопске, као: употреба агенса Оранж као дефолијанта у Вијетнамском рату, еколошке катастрофе у Севесу у Италији 1976., у Бопалу у Индији 1984, у Базелу у Швајцарској 1986. године, а и оне наизглед минорне, као што су поновљени, сезонски пожари који су уништили велика подручја у Европи. Савезна Република Југославија такође је, током 78 дана агресије НАТО, доживела дуготрајна, распрострањена и озбиљна оштећења животне средине. Приметно је да су сва три услова кумулативно испуњена, а услови су испуњени и алтернативно, по ЕНМОД конвенцији из 1978. године,⁴ тако да је очигледно и дефинитивно да је СРЈ преживела еколошку катастрофу. Као по правилу, екоцидно оријентисане организације, па и НАТО, нису сносиле последице за непоштовање међународних уговора, како услед глобалне политичке ситуације, тако и због недовољно развијених норми заштите животне средине током оружаних сукоба.⁵ Ни Римским статутом, нити другом међународном конвенцијом, екоцид није прописан као међународно кривично дело ни у време мира, као ни током унутрашњих оружаних сукоба. Пред Међународним кривичним судом (у даљем тексту МКС) је могуће, уз испуњеност осталих услова, покренути поступак само против физичког лица за оштећења животне средине извршене током рата, за кривично дело ратног злочина.⁶

3. ПОЈАМ ЕКОЦИДА

3.1. Предлог дефиниције екоцида коју је дао Независни панел експерата за потребе Римског статута

Независни панел експерата из Фондације Стоп екоциду (у даљем тексту НПЕ) је након вишегодишњег рада у јуну 2021. године дао предлог измена Римског статута како

³ М. Вујић, *Позиција животне средине у социо- политичким формама западне цивилизације*, докторска дисертација, Универзитет у Београду – Факултет политичких наука Београд, 2022, 132–133. https://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/20822/Disertacija_12720.pdf?sequence=1&isAllowed=y, 23. 3. 2023.

⁴ <https://www.un.org/disarmament/enmod/> (24.03.2023.) Ова интересантна Конвенција настала је 1978. у жељу Хладног рата, а потписале су је многе државе, па и СССР и САД, али не и СФРЈ. Од свих бивших република СФРЈ, само је Словенија ратификовала ову конвенцију 2005. године.

⁵ М. Јовановић, "Заштита животне средине током оружаних сукоба", *Војно дело*, 5/2015, 283. <https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0042-8426/2015/0042-84261505277J.pdf> (2.5.2023.)

⁶ Члан 8(2)(a)(iv) Закона о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда (*Сл. лист СРЈ- Међ. уговори*, бр. 5/2001).

би се у исти уврстио екоцид као пето међународно кривично дело. За разлику од већ постојећих кривичних дела садржаних у Римском статуту која су оријентисана ка заштити човека, тј. сматрају се антропоцентричним, екоцид допуњује тај правац додавањем животне средине у фокус међународног права.

НПЕ даје предлог самог кривичног дела екоцида,⁷ па уз претходне измене Преамбуле, за потребе Римског статута, екоцид чине противправне или безобзирне радње које су извршене са знањем да постоји велика вероватноћа да ће те радње изазвати озбиљну и распрострањену или дугорочну штету по животну средину.

"Безобзирно" значи уз безобзирно занемаривање штете која би очигледно била превелика у односу на очекиване друштвене и економске користи. "Озбиљна" значи штета која резултира веома озбиљним негативним променама, поремећајима или оштећењем било ког елемента животне средине, укључујући озбиљне утицаје на животе људи или на природне, културне или економске ресурсе. "Широко распрострањена" означава штету која се протеже изван ограниченог географског подручја, која прелази државне границе, или коју трпи цео екосистем или врста или велики број људи. "Дуготрајно" означава штету која је неповратна или која се не може поправити природним опоравком у разумном временском периоду. "Животна средина" означава земљу, њену биосферу, криосферу, литосферу, хидросферу и атмосферу, као и свемир.

3.2. Предлог дефиниције екоцида дате у поступку пред Европским парламентом

Од укупног броја држава које су потписале Римски статут, 40% су чланице Европске уније (ЕУ). Законодавство ЕУ не познаје екоцид као кривично дело, а земље чланице ограничиле су се на прописивање појединачних кривичних дела која чине корпус кривичних дела против животне средине. Након интензивног рада у последње три године на дефинисању екоцида као кривичног дела, Европски парламент (у даљем тексту ЕП) је усвојио Нацрт законодавне Резолуције о предлогу Директиве ЕП и Европског савета за заштиту животне средине преко кривичног права и замени Директиве 2008/99/ЕС⁸ 28. марта 2023. године (у даљем тексту "Нацрт Резолуције"). Овај документ биће предмет преговора између органа ЕУ, а текст који буде коначно усвојен биће обавезујући за све државе чланице ЕУ, при чему ће свака држава бити слободна да криминализује дела из Директиве како сматра прикладним.

У самом Нацрту Резолуције, као радном тексту, постоји велики број амандмана од стране различитих одбора, па има предлога да се подржи дефиниција коју је дао НПЕ, али и дефиниција новог кривичног дела против животне средине која се разликује у односу на ону коју је предложио НПЕ. За разлику од *common law* оријентисане дефиниције НПЕ, појам екоцида ЕП има основу у континенталном европском кривичном праву. У Амандману 67. Нацрта Резолуције⁹ измењен је члан 3. и предложена дефиниција новог кривичног дела против животне средине европског кривичног законодавства, а која се може оценити као флексибилнија и реалности ближа дефиниција екоцида. Екоцид је сва-

⁷ Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide Commentary and core text, June 2021 https://www.stopecocide.earth/legal-definition_21.04.2023.

⁸ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0087_HR.pdf 09. 05. 2023.

⁹ Члан 3(1а), 41–42. Нацрта Резолуције.

ка радња која изазива или може да изазове смрт или озбиљну штету по здравље било које особе или значајну штету по квалитет ваздуха, квалитет земљишта или квалитет воде, биодиверзитет, услуге и функције екосистема, животиње или биљке и представљају кривично дело када су учињени противправно и са умишљајем. Државе чланице ће обезбедити да наведене радње такође представљају кривично дело, када је извршено најмање са свесним нехатом. Државе чланице ће обезбедити да се свако поступање које проузрокује тешку и распрострањену, или тешку и дуготрајну, или тешку и непоправљиву штету, третира као кривично дело посебне тежине и санкционише као такво у складу са правним системима држава чланица. То значи да наступање конкретне штетне последице великих размера треба да буде прописано као квалификовани облик основног дела.

При том, под предложеним условима, за екоцид поред физичких, одговарају и правна лица.¹⁰ Додатни напор за прописивање екоцида као кривичног дела у 27 националних законодавстава држава чланица ЕУ има потенцијал да утиче на усвајање екоцида као међународног кривичног дела.

3.3. Решења у националним законодавствима

Национални кривични закони држава укључују казнена дела против животне средине, али мали број њих користи термин екоцид. У Европи у области казнено-правне заштите животне средине доминирају кажњавања за дела нижег степена опасности од кривичних дела – прописане казне по висини и ефективном изрицању су недовољно одвраћајуће, било да их изричу регулаторна тела у посебним административним поступцима или судови.¹¹ У кривичном законодавству Републике Србије екоцид није прописан као кривично дело, нити постоји друго кривично дело које у суштини садржи обележја екоцида. Сва кривична дела против животне средине из Главе XXIV су у надлежности основног суда. Најтежа забрањена казна је до 10 година затвора и новчана казна за кривично дело "Уношење опасних материја у Србију и недозвољено прерађивање, одлагање и складиштење опасних материја" из члана 266. став 3. у вези става 1. КЗ.¹² Италијански кривични законик је прописао казну затвора од 5 до 15 година за кривично дело еколошке катастрофе (*disastro ambientale*), које по елементима одговара екоциду.¹³

Постоје, међутим, државе које су националним законодавством експлицитно прописале екоцид као кривично дело: најпре Вијетнам 1990. године¹⁴ (затвор од 10 до 20 година, доживотни затвор или смртна казна), потом Руска Федерација, Грузија, Молдавија и Таџикистан, прописују максималну казну затвора за физичка лица од 20 година, а Јерменија, Азербејџан, Белорусија, Казахстан, Киргистан¹⁵ и Украјина, мак-

¹⁰ Амандман 18. Нацрта законодавне Резолуције ЕП 17.

¹¹ Нпр. у Кривичном законнику Немачке – за основне облике кривичних дела против животне средине (глава XXIX) по правилу је забрањена казна затвора до 5 година, а за најтеже облике (чл. 330) од 1 до 10 година. https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/GERMANY_Criminal%20Code.pdf, 21. 04. 2023.

¹² *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

¹³ Art 452-quater <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codicePenale>, 11. 05. 2023.

¹⁴ www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/56207/111125/F97325861/VNM56207_Eng.pdf, 2. 5. 2023.

¹⁵ Члан 409. <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/112309?cl=ky-kg>, 2. 4. 2023.

сималну казну затвора од 15 година,¹⁶ Туркменистан казну затвора од 3 до 8 година.¹⁷ Екоцид је у француско казнено право уведен 2021. године, усвајањем Закона о клими и забрањен новчаном казном до 4,5 милиона евра и казном затвора до 10 година, а поједине невладине организације критиковале су законска решења тврдећи да се екоцид третира као деликт, а не као кривично дело.

4. ОДНОС ДЕФИНИЦИЈЕ ЕКОЦИДА КОЈУ ЈЕ ДАО НПЕ ПРЕМА РИМСКОМ СТАТУТУ

Структура кривичног дела екоцида који је предложио НПЕ заснована је на англо-саксонском правном систему, па је неопходно напоменути да се дело (*offence*) у овом систему састоји од *actus reus* (објективни елемент) и *mens rea*¹⁸ (субјективни елемент). Упоредивање са појмом кривичног дела у европском праву наилази на препреке пре свега због великих разлика у садржини и облицима субјективног елемента кривичног дела у оба правна система, нарочито што се у облику кривице *recklessly* преплићу евентуални умишљај и свесни нехат (где баш ту!), те поређење може бити само оријентационо. Мада, како је духовито приметио амерички судија Оливер Вендел Холмс: "Чак и пас препознаје када је шутнут, а када се неко само спотакао о њега".¹⁹

4.1. Објективни елемент кривичног дела екоцида – радња (*actus reus*)

Дефиниција екоцида, онако како је даје НПЕ, не даје *numerus clausus* радње, па чак ни примера ради одређене радње којима се конкретизује екоцид, па долази у обзир свака радња којом се проузрокује последица(нпр., масовно загађење земље, воде или атмосфере, уништавање станишта, противправно одлагање отпада, испуштање радиоактивног материјала у животну средину, климатске промене, присвајање земљишта од аутохтоних заједница, прекомерни риболов). Давање уопштене дефиниције је мач са две оштрице- може подстаћи државе да подрже дефиницију јер нема тенденциозног упирања прстом, али неке ће и одвратити, јер може бити основ за сувише широка, а тиме и произвољна тумачења.

4.2. Субјективни елемент кривичног дела екоцида (*mens rea*)

Са претходном напоменом да је члан 30. Римског статута погрешно преведен на српски језик у Закону о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда,²⁰ што

¹⁶ *Translating Environmental law into practice, Progress in Modernising Environmental Regulation and Compliance Assurance in Eastern Europe, Caucasus, and Central Asia* OECD 2007, <https://www.oecd.org/env/outreach/39236907.pdf> 36, 23. 3. 2023.

¹⁷ https://minjust.gov.tm/ru/hukuk/merkezi/hukuk/204__ 20. 4. 2023.

¹⁸ Постоје четири облика кривице: намерно (*Intentionally*), свесно (*Knowingly*)- свестан своје радње и других околности које постоје, као и када је готово извесно да ће његово понашање довести до последице или је свестан са великом вероватноћом да постоје битне околности у односу на његово забрањено понашање, безобзирно/несмотрено (*Recklessly*)- учинилац свесно занемарује знатан и неоправдан ризик да ће његово забрањено понашање проузроковати одређену последицу и нехатно (*Negligently*). Видети: М. Шкулић, *Основи кривичног права Сједињених Америчких Држава*, Универзитет у Београду – Правни факултет у сарадњи са криминолошком секцијом Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2022, 42–43.

¹⁹ И. Ђокић, *Субјективни елемент кривичног дела у енглеском праву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 57. <https://phaidrabg.bg.ac.rs/open/o:10329>, 11. 05. 2023.

²⁰ М. Шкулић, *Међународно кривично право, просторно важење кривичног права, кривично право међународног порекла, међународна кривичноправна помоћ, зачеци кривичног права ЕУ*, Службени гласник, Београд, 2022, 200.

додатно компликује анализу, уколико није другачије прописано, за међународна кривична дела из надлежности МКС захтева се *intent and knowledge* (умишљај, и то по правилу директни). Тешкоће дефинисања *mens rea* код екоцида за потребе Римског статута своде се на то да су кривична дела против животне средине по правилу извршавају са нехатом (било свесним или несвесним), а могућ је и евентуални умишљај. Због тога се дефиниција екоцида коју је дао НПЕ на први мах може тумачити да је минимум "криминалне воље" који окривљени мора испољити "знање да постоји велика вероватноћа наступања штете", што одговара континенталном појму евентуалног умишљаја.²¹ Међутим, додавање израза "*wanton act*" (безобзиран акт), при чему је "*wanton*" дефинисан као безобзирно/ несмотрено занемаривање штете која би очигледно била превелика у односу на очекиване друштвене и економске користи (*with reckless disregard for damage which would be clearly excessive in relation to the social and economic benefits anticipated*), указује на могућност да се тумачи и тако да се екоцид може извршити са свесним нехатом. При том, треба искључити од кажњивости радње за које се заиста не зна да ли ће резултирати екоцидом.

Наведени предлог је услед тога претрпео критике и оцењен као *greenwashing*,²² навођењем да је за извршење екоцида довољан свесни нехат, али да се НПЕ није усудио да експлицитно наведе нехат, имајући у виду озбиљност злочина из Римског статута, којима не приличи да захтев *mens rea* буде тако лако задовољен.²³ Када корпорације, као најчешћи извршиоци екоцида доносе одлуке које негативно утичу на животну средину, свест и воља органа управљања нису усмерени на наношење штете животној средини *per se* (тешко је замислити да би било ко извршио радњу искључиво са вољом да изазове тешко оштећење животне средине),²⁴ већ на постизање и одржавање конкурентности на тржишту, уз максимизирање профита и смањење трошкова. Еколошка штета је резултат, али не и циљ корпоративне криминалне активност. Увођење свесног нехата за кривично дело екоцида би веродостојније одразило природу корпоративног криминалног понашања, јер традиционални концепт *mens rea* у Римском статуту није погодан да обухвати "субјективни елемент" корпорације који укључује и корпоративну културу унутар самог привредног субјекта без кога не би дошло до извршења кривичног дела екоцида. На остварење *mens rea* екоцида може указати одсуство интерних аката и процедура, укључујући и кодексе понашања и шеме о дужној пажњи (тзв. пажња доброг привредника и пажња доброг стручњака) унутар самог привредног субјекта, а који се тиче поштовања прописа и стандарда из области животне средине, који обесхрабрују штетно понашање, а подстичу адекватну процену ризика. Осим наведеног, дефиниција трпи критике и да је суштински остала антропоцентрична, услед дефиниције безобзирне радње која садржи економске категорије.

²¹ Континентални појам евентуалног умишљаја обухваћен је појмом *recklessness*, иако се ти појмови не поклапају, јер је концепт безобзирности изграђен искључиво на основу интелектуалног елемента, док је саглашавање са могућим забрањеним последицама кључна карактеристика евентуалног умишљаја. И. Ђокић, *op. cit.*, 73.

²² Начин да се државе похвале што су озбиљно схватиле климатске промене, избегавајући криминализацију управо оних врста "развоја" које изазивају климатске промене на првом месту- према К.Ј. Heller, *Fiddling (With Ecocide) While Rome (and Everywhere Else) Burns*, <https://voelkerrechtsblog.org/fiddling-with-ecocide-while-rome-and-everywhere-else-burns/>, 23. 4. 2023.

²³ К.Ј. Heller, *Skeptical Thoughts on the Proposed Crime of "Ecocide" (That Isn't)* <http://opiniojuris.org/2021/06/23/skeptical-thoughts-on-the-proposed-crime-of-ecocide-that-isnt/> (23.4.2023.)

²⁴ Мада, не треба искључити ни такве акције. Као што је Винстон Черчил за геноцид у Другом светском рату назвао "злочинем без имена" јер је до тада био незамислив.

5. ОДНОС ПРЕДЛОГА ДЕФИНИЦИЈЕ ЕКОЦИДА НПЕ И ЕП

Нацрт Резолуције експлицитно снижава захтев *mens rea* у односу на НПЕ, одређујући да се екоцид може извршити не само са умишљајем, већ је довољан најмање свесни нехат.

- Према дефиницији НПЕ, радња екоцида је противправан или безобзиран (*wanton*) чин. Нацрт Резолуције, на срећу, не наводи безобзирну радњу, али проширује дефиницију противправне радње у поређењу са НПЕ. У Амандману 8. Нацрта Резолуције предвиђа да ће се радња сматрати противправном, чак и ако је извршена на основу одобрења надлежног органа у држави чланици уколико је одобрење добијено преваром или корупцијом, изнудом или принудом или када такво понашање крши услов за одобрење.

- Ограничавање кривичног дела на противправне радње у складу је са принципом правне сигурности и има смисла у контексту ЕУ, чији усклађени правни оквир поставља минимални стандард за заштиту животне средине, не само кроз ову директиву. Суочавајући се са проблемом недостатка чврстих забрана на међународном нивоу и потенцијалних варијација у националним стандардима шта је "противправно", дефиниција екоцида НПЕ није ограничила радњу екоцида само на противправне радње, већ и на безобзирне (*wanton*) радње.

- За разлику од предлога НПЕ, у Нацрту Резолуције ЕП и правна лица могу под одређеним условима, бити одговорна за екоцид.

- Кривична дела посебне тежине су дефинисана у амандманима 41–43. Нацрта Резолуције ЕП као она дела која изазивају тешку и широко распрострањену, или тешку и дуготрајну, или тешку и неповратну штету. То је слично, али није иста дефиниција НПЕ "тешке и широко распрострањене или дуготрајне штете". Дефиниције "широко распрострањеног" и "дугорочног" Нацрту Резолуције су идентичне дефиницијама НПЕ. За разлику од дефиниције НПЕ о "озбиљности" штете, Нацрт Резолуције не садржи упућивање на озбиљне утицаје на економске или културне ресурсе. Наведени правни стандарди могу разликовати зависно од тога да ли су извршени током рата или за време мира.

- Иако свака радња која изазове или може да изазове смрт, озбиљну штету по здравље или озбиљну штету по животну средину мора бити инкриминисана према Нацрту Директиве, "кривично дело посебне тежине" захтева да штета настане. *A contrario*, према НПЕ дефиницији, екоцид је кривично дело угрожавања, које се спроводи уз знање да постоји велика вероватноћа да ће уследити конкретна штета.

- Дефиниција животне средине у НПЕ предлогу се разликује од оне у Нацрту Резолуције, уз напомену да у међународном праву не постоји општеприхваћена дефиниција животне средине. Животна средина обухвата не само живу природу, биоту (човек, биљке, животиње, бактерије, гљиве), већ и неживу природу, абиоту (земља, ваздух, вода) и њихове интеракције.

6. ОДГОВОРНОСТ ПРАВНИХ ЛИЦА ЗА КРИВИЧНО ДЕЛО ЕКОЦИДА

Одређени облици "одговорности" неких колективитета (СС, СД И НСДАП) који су утврђени на суђењу у Нирнбергу нису имали значај "осуде за кривично дело", већ је то била морална лекција са циљем послератне денацификације Немачке.²⁵ Иако је ноторна

²⁵ М. Шкулић (*Међународно кривично право...*), *op. cit.*, 71.

чињеница да су учиниоци најтежих кривичних дела против животне средине готово без изузетка правна лица (државе или привредни субјекти), одговорност правних лица за кривична дела пред међународним органима (па ни МКС) за сада није предвиђена међународним правним актима, уз изузетке у предмету Међународног кривичног трибунала за Либан (поступак због непоштовања суда),²⁶ као и у Малабо протоколу Статута Афричког суда правде и људских права и права народа, који још није на снази.²⁷ У бројним стручним и научним радовима, увелико се разматра могућност увођења кривичне одговорности транснационалних корпорација за међународна кривична дела, што би довело до структуралног преображаја међународног права. Идеја о одговорности правних лица за кривична дела није универзално прихваћена ни у националним правним системима, нити у међународном праву. За сада мали број међународних кривичноправних конвенција²⁸ одређује обавезу или настојање држава да пропишу одговорност правних лица за кривична дела, што указује да ипак постоји могућност да се постигне консензус држава и на другим пољима, па и када је у питању екоцид. Осим тога, охрабрује чињеница да већина јурисдикција прописује одговорност правних лица за кривична дела по принципу генералне клаузуле (као што је случај у Републици Србији), те правна лица пред домаћом судом могу одговарати и за свако дело прописано законом, па и за најтежа, међународна кривична дела.

Током израде Римског статута по питању укључивања кривичне одговорности правних лица, многе делегације су се томе оштро противиле, друге се снажно залагале, а треће остале отворене за све опције. Могућност прописивања одговорности правних лица је разматрана, предложен је нацрт члана²⁹ који би прописао надлежност МКС да суди и правним лицима (изузев држава), када су злочини извршени у име правних лица или од стране њихових агенција или представника, али је овај предлог Француске³⁰ изостао из коначне верзије Римског статута.³¹

Чланом 25 (1) Римског статута прописана је одговорност само физичких лица за кривична дела из надлежности МКС, а на овом решењу задржао се и НПЕ. Имајући у виду садржину чланова 75. и 76. Римског статута, постоји могућност и накнаде штете оштећенима кривичним делом, а обавезано би било физичко лице које би било оглашено кривим за екоцид.

²⁶ Предмет *Al Jadeed S.A.L. & Ms Khayat* (STL-14-05) (2014) <https://www.stl-tsl.org/en/the-cases/contempt-cases/stl-14-05>, 30. 03. 2023.

²⁷ Видети члан 46 Ц (корпоративна кривична одговорност) Протокола о изменама и допунама Протокола који се односе на Статут Афричког суда правде и људских права и права народа, тзв. Малабо протокол, који ће ступити на снагу након ратификације 15 од 55 држава чланица Афричке уније https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty-0045_-_protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african-court_of_justice_and_human_rights_e.pdf 30. 03. 2023.

²⁸ чл. 10. Конвенције о транснационалном организованом криминалу ("Сл. лист СРЈ- међународни уговору" бр. 6/2001) и чланови 2. и 3. ОЕЦД Конвенција против корупције- https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConventionCombatBribery_ENG.pdf, 30. 03. 2023.

²⁹ https://digitallibrary.un.org/record/253772/files/A_CONF.183_2_Add.1-EN.pdf?ln=en, видети члан 23.5. Приступљено 04. 04. 2023.

³⁰ О. К. Fauchald, J. Stigen, Corporate responsibility before international institutions, *The George Washington International Law Review*, 40/2009, 1038. <https://www.jus.uio.no/iior/personer/vit/olefa/dokumenter/corporate-resp.pdf>, 19. 04. 2023.

³¹ https://digitallibrary.un.org/record/253772/files/A_CONF.183_2_Add.1-EN.pdf?ln=en 49, фуснота 3.

Римски статут не искључује могућност да за међународна кривична дела из надлежности МКС одговарају физичка лица у привредним субјектима,³² али до данас овај суд није процесуирао ниједног корпоративног директора као физичко лице за већ постојећа међународна кривична дела из Римског статута. Невладине организације су у мају 2017. године поднеле захтев тужиоцу пред МКС да покрене поступак против одговорних лица у компанији *Chiquita brands* (трговина банаанама), због сумње да су учинили злочин против човечности у Колумбији.³³ Јасно је да би се пун домет МКС за суђење за кривично дело екоцида остварио под условом да се прошири надлежност МКС за суђење и правним лицима. Да би се то постигло, потребна је 2/3 већина за измену неколико, а најпре чланова 25(1), 30. и 77. Римског статута.³⁴

7. ПИТАЊЕ ЈУРИСДИКЦИЈЕ – НАЦИОНАЛНИ, НАДНАЦИОНАЛНИ, МЕЂУНАРОДНИ СУД ИЛИ ВАНСУДСКА ТЕЛА

У прилог надлежности наднационалног суда за екоцид је и то што се последице овог кривичног дела простиру по правилу на територији више држава, па би се јавило и питање примене принципа *nullum crimen sine lege*, уколико је дело кажњиво у једним али није кажњиво у другим државама, а место извршења је на свим тим територијама. Трагом идеје да се животна средина заштити путем међународног кривичног права, издвојила су се два могућа правца ове заштите:

- 1) Проширењем надлежности МКС и на кривично дело екоцида,
- 2) Формирањем новог Међународног (кривичног) суда за заштиту животне средине.

У прилог проширењу надлежности МКС говори чињеница да је тај суд стално међународно тело међународне заједнице, те да измене Статута омогућавају да се надлежност тог суда прошири и на друга тешка кривична дела, па и на екоцид. Кривичноправна заштита животне средине има јаче дејство него грађанскоправна одговорност за штету, посебно имајући у виду да корпорације по правилу имају већ унапред предвиђене буџете за покриће судских трошкова евентуално досуђене накнаде еколошке штете (као последица израђених *cost-benefit* анализа). Канцеларија тужиоца при МКС објавила је још 2016. године смернице у којима је у тачки 41. наведено да "ће посебно обратити пажњу на кривично гоњење злочина из Римског статута који су извршени путем, или који резултирају, између осталог, уништењем животне средине, нелегалним искоришћавањем при-

³² Члан 25. (3), (с) или (d), може бити основ за одговорност физичког лица у оквиру корпорације (то укључује, између осталог, стицање добити од продаје оружја наоружаним групама, подупирање репресивних режима, учешће у деградацији животне средине и расељавању народа ради експлоатације ресурса).

³³ Сумња се да су милионе долара пребацивали колумбијским паравојним формацијама које су убијале, силовале или су повезане са нестанком грађана. Није спорно да је новац пребациван, али је дубиозно да ли ће бити доказано да постоји узрочна веза између плаћања и убиства, силовања и нестанка грађана. <http://hrp.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2017/05/2017-05-18-Communication-0845.pdf>, 11. 04. 2023.

³⁴ Аутори Римског статута су у неформалним разговорима истицали да су се приликом писања нацрта смејали у неверици својим идејама и предлозима, а који су много година касније, ипак усвојени. Члан 25 (1) Римског статута потребно је изменити тако да осим физичких лица, одговарају и правна лица, уз искључење одговорности држава. Овом решењу је велика препрека принцип комплементарности националног законодавства са Статутом, а ни у време доношења Статута нити данас, неке државе потписнице нису националним законодавствима прописале одговорност правних лица за кривична дела. Потребне су и одговарајуће измене члана 30. Римског статута, који би требало да пропише алтернативно објективну и субјективну одговорност правног лица, а у оквиру њих, изведену одговорност или аутономну одговорност.

родних ресурса или нелегалним одузимањем земљишта".³⁵ Уништење животне средине је један од елемената за оцену озбиљности кривичног дела приликом одлуке о избору предмета за суђење, али и даље доминирају она дела која санкционишу радње које директно угрожавају људске животе, са наглашеном антропоцентричном компонентом.

Највећа замерка раду МКС јесте да га не признаје три од пет сталних чланица СБ УН.³⁶ Осим тога, хипотетичко проширење надлежности Суда за екоцид, осуђено је на вероватан неуспех, и због саме процедуре измене Уговора о оснивању МКС (уз подсећање да је од идеје па до ступања на снагу Римског статута протекло 50 година). Имајући у виду да члан 122. допушта промену члана 36. Римског статута, постоји могућност да се формирају хибридне коморе у МКС које подразумевају учешће националних и међународних судија, при чему је неопходна измена Статута МКС како би се у рад већа укључиле националне *ad hoc* судије из државе на чијој су се територији догодиле радње које су предмет поступка пред МКС.

Невелики број предмета решених пред МКС односи се на антропоцентрична кривична дела екстремног и акутног насиља, а не структуралног насиља у којима се штета споро материјализира, каква је природа еколошке штете. Узимајући у обзир и проблеме у доказивању узрочности и одговорности, прикупљању доказа и дефициту релевантних стручњака, све указује да би МКС приоритетно судио у предметима који се не фокусирају на животну средину. Наведени проблеми су последица супротстављања антропоцентрично устројеног суда и екоцентрично оријентисаног кривичног дела екоцида.³⁷

Идеја формирања новог међународног или европског кривичног суда за заштиту животне средине долази пре свега из академских кругова, међу којима је немали број добитника Нобелове награде и невладиних еколошких организација. Међународна академија еколошких наука, са седиштем у Венецији (*IAES*) иницирала је дебату у вези организације међународног суда за кривична дела против животне средине.³⁸

У прилог формирању посебног међународног (или европског) кривичног суда за еколошка кривична дела говори и чињеница да је организација таквог суда везана и за посебне пратеће службе еколошке форензике или форензичке екотоксикологије које би се бавиле стручним аспектом доказивања (који је у овој области посебно сложен због тешкоћа у доказивању узрочне везе)³⁹. То утиче и на саму структуру судских већа, као и избор тужиоца који би покренуо поступак. Ова област захтева специјализована знања, која превазилазе потребе суђења за конвенционална кривична дела, па судије и тужиоци треба да прођу посебне обуке о питањима животне средине. Осим наведеног, статутом потпуно новог међународног суда за еколошка кривична дела могао би се установити, поред одговорности

³⁵ https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf 14. Приступљено: 30. 03. 2023.

³⁶ САД су потписале споразум али не признају надлежност, Руска Федерација је потписала уговор, али га није ратификовала, Кина није ни потписала изражавајући оштро противљење самом Статуту МКС.

³⁷ С. Voigt, *Ecocide as an international crime: Personal reflections on options and choices*, 2021. <https://www.ejiltalk.org/ecocide-as-an-international-crime-personal-reflections-on-options-and-choices/>, 23. 04. 2023.

³⁸ С. Tovo, *Corte Penale Internazionale dell' ambiente- radici, prospettive, alternative*, 2010. https://www.academia.edu/2039367/Corte_Penale_Internazionale_dell_ambiente_radici_prospettive_alternative?source=swp_share, 3. Приступљено: 24. 04. 2023.

³⁹ https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/envi/dv/201/201007/20100713_envi_criminal_court_v3_en.pdf 9.

физичких лица и одговорност правних лица за та кривична дела. Други аутори предлажу ширу надлежност наднационалног суда, који не би судио само кривичне предмете, већ за животну средину уопште, као Европски суд за животну средину.⁴⁰

На крају, треба подсетити на парасудска тела какав је био Монсанто трибунал 2016. године. Председница Монсанто трибунала је бивша потпредседница Европског суда за људска права, Франсоаз Тулкенс. Између осталог, Монсанто трибунал успео је да разоткрије некажњавање у случајевима штете по животну средину, уз закључак да екоцид треба да буде међународно кривично дело, као и да дерегулација трговине и инвестиција подрива људска права. То оправдава пажљиво испитивање разлога због чега у овој области постоји неефикасност званичних правосудних система, било националних било међународних.

8. САНКЦИЈЕ И НАКНАДА ШТЕТЕ

8.1. Санкције

Имовинске кривичне санкције не дају гаранцију да ће заиста превентивно деловати на менаџмент правних лица, нарочито када су у питању изузетно моћне компаније за које плаћање новчане казне неће представљати проблем. Стицање имовинске користи је и редовни мотив за уништавање животне средине, те они који то чине одлично познају тај говор и аргумент "новца". Стога учиниоце екоцида треба поставити на терен који се не може предвидети у *cost-benefit* анализама и ставити до знања да кривично право није пројектни менаџмент. Зато осим затвора, новчане казне и конфискације⁴¹, као санкција које Римски статут прописује за физичка лица, треба размотрити нове видове санкција, као што су рад у јавном интересу (са нагласком на мере еколошке одрживости), обавезна обука/додатно школовање, мере којима се јавност обавештава о радњама правног лица (а које изазивају јавну осуду). Негативан публицитет има изузетан учинак, јер утиче како на престиж корпорације, тако и на добит правног лица тзв. "*namings-and-shaming effect*"⁴².

Измене Римског статута тако да се пропише и одговорност правног лица, захтевају одговарајуће измене члана 77. Римског статута које би довеле до ефикаснијег кажњавања правног лица, нпр. казна престанка правног лица, судски надзор, јавно објављивање пресуде, забрана учешћа у поступцима јавних набавки, губитак лиценци/дозвола,⁴³ што иначе предвиђа и Нацрт Резолуције ЕП истичући да су се "додатне мере" (у Републици

⁴⁰ E. Lambert, *The Environment and Human Rights, Introductory Report to the High-Level Conference Environmental Protection and Human Rights* Strasbourg, 27 February 2020, prepared at the request of the Steering Committee for Human Rights (CDDH), https://rm.coe.int/report-e-lambert-en/16809c827f_29.

⁴¹ Према члану 77. 2. (б) Римског статута, конфискација прихода, имовине и добара је казна и може се изрећи само окривљеном (физичком) лицу. видети O. Triffterer, K. Ambos, *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary* C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016, 1889. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/CR2017_05222.PDF, 12. 05. 2023.

⁴² Такав ефекат је имао Извештај Експертског панела СБ УН у вези илегалног ископавања природних богатстава у ДР Конго (иако овај извештај није кривична санкција), који је објавио листу више компанија које су деловале супротно Водичу ОЕЦД за мултинационалне компаније и чије су нелегалне активности ископавања финансирале и одржавале сукобе међу становништвом. Неке од компанија чија су имена објављена су се повукле из Конга, друге су прилагодиле своје пословање правилима међународног права, а треће су почеле да лобирају моћне актере да би утицале на рад панела у будућности.

⁴³ У нацрту Римског статута предложене су казне за правно лице: новчана казна, престанак правног лица, забрана обављања одређене делатности, привремени престанак рада, одузимање предмета извршења кривичног дела, одузимање имовине стечене кривичним делом, репарација. https://digitalibrary.un.org/record/253772/files/A_CONF.183_2_Add.1-EN.pdf?ln=en чл. 23(5) и 76. Приступљено: 04. 04. 2023.

Србији то су мере безбедности и правне последице осуде)⁴⁴ показале ефикасније него санкције имовинске природе.

8.2. Накнада штете

Поводом накнаде штете, може се размотрити и измена члана 79. Римског статута који прописује постојање Фонда који је основан у интересу оштећених и њихових породица. Чланом 85. Правилника о поступку и доказима МКС,⁴⁵ прописано је да је оштећени физичко лице које је претрпело повреду као резултат било ког кривичног дела прописаног Статутом, а може укључити организацију или институцију које су претрпеле директну штету на било ком објекту у њиховој својини који се користи у религиозне, образовне, уметничке, научне или добротворне сврхе и за њихове историјске споменике, болнице и друга места за хуманитарне сврхе. Различита већа МКС су појам штете тумачила широко, тако да укључује физичку или психичку повреду, емоционалну патњу или економску штету, а за постојање штете довољно је да је испуњен макар један од ових критеријума. За сада, накнада штете се може досудити само физичким лицима и правним лицима (нпр. фондацијама, удружењима), што је још један одраз антропоцентричне природе међународних кривичних дела из Римског статута.

Због тешкоће идентификације оштећеног извршењем екоцида, има предлога да се као оштећени подразумева цело човечанство или да, полазећи од аналогije са предметом пред МКС *Al Mahdi*,⁴⁶ где је својство оштећеног дато човечанству кога представља УНЕСКО,⁴⁷ када је у питању екоцид, накнаду еколошке штете према животној средини треба досудити УНЕП.⁴⁸ Постоје тенденције да се правни субјективитет призна и природи њеним екосистемима, а овај тренд је потекао од екоцентрично⁴⁹ оријентисаних земаља Јужне и Централне Америке, док је од европских држава то учинила само Француска. Како штета по животну средину не прати нужно линеарну концепцију узрока и последице, "интерпретација стварности" аутохтоних народа као света састављеног од непрекидно формираних вишедимензионалних циклуса у којима су сви елементи део замршене и сложене мреже интеракција, може унапредити нашу способност да проценимо штету по животну средину.⁵⁰

9. ЗАСТАРЕЛОСТ ГОЊЕЊА И ИЗВРШЕЊА КАЗНЕ ЗА ЕКОЦИД

Чланом 29. Римског статута прописано је да дела из надлежности МКС не застаревају, што би требало предвидети и осталим актима (међународним конвенцијама и националним законодавствима) приликом прописивања екоцида као кривичног дела.⁵¹

⁴⁴ Чл. 23. и 28. Закона о одговорности правних лица за кривична дела (*Сл. гласник РС*, бр. 97/2008)

⁴⁵ <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2023-02/Rules-of-Procedure-and-Evidence-Dec-2022.pdf> 2. 5. 2023.

⁴⁶ F.J. Langmack, *Repairing Ecocide: A Worthwhile Challenge to the ICC Reparation System* <https://voelkerrechtsblog.org/repairing-ecocide/>, 23. 04. 2023.

⁴⁷ https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2017_05117.PDF, 23. 04. 2023.

⁴⁸ <https://www.unep.org/>, 12. 05. 2023.

⁴⁹ Екоцентрични приступ не искључује човека, нити људска права, већ интегрисхе људске потребе са потребама осталих живих бића, као и саме планете.

⁵⁰ G. M. Frisso, *Ecocide: The environment as a victim at the International Criminal Court*, ICD Brief 30 February 2023. p.16 [https://www.internationalcrimesdatabase.org/upload/documents/20230308T111040-Ecocide%20-20The%20Environment%20as%20Victim%20at%20the%20International%20Criminal%20Court%20\[FINAL\].pdf](https://www.internationalcrimesdatabase.org/upload/documents/20230308T111040-Ecocide%20-20The%20Environment%20as%20Victim%20at%20the%20International%20Criminal%20Court%20[FINAL].pdf), 20. 04. 2023.

⁵¹ Незастаревање за гоњење екоцида предложено је и у измени Аманд. 18. Нацрта Резолуције ЕП, 89.

10. ЗАКЉУЧАК

Предложене дефиниције међународног кривичног дела екоцида представљају огроман напредак, али остаје дискутабилно питање њихове ефикасности и спроводивости. Мада је неспорно превентивно дејство претње кажњавањем, уз висок репутациони ризик по компанију чији извршни директор седи на истој клупи као и лице одговорно за геноцид, треба тежити ка увођењу одговорности и правних лица за екоцид, чиме се показује стварна воља за супротстављање правом међународном еколошком криминалитету.

Осим што би утицало на промену јавне свести у складу са максимумом да "коначни циљ других створења свакако нисмо ми", прописивање екоцида као петог међународног кривичног дела би био основ да државе чланице имплементирају кривично дело екоцида у национално законодавство. Доследно спровођење принципа комплементарности Римског статута имало би снажан ефекат одвраћања за корпорације због могућности кажњавања (макар) одговорних лица. Уз то, надлежност међународних судова јача глобалну правну културу која води миру и безбедности, кроз функционисање холистичког система кривичног правосуђа ради адекватне заштите живота и здравља становништва, очувања аутохтоних заједница, екосистема и биодиверзитета широм света.

ЛИТЕРАТУРА

- Вујић М., *Позиција животне средине у социо- политичким формама западне цивилизације*, докторска дисертација, Универзитет у Београду – Факултет политичких наука, Београд, 2022.
- Voigt C., *Ecocide as an international crime: Personal reflections on options and choices*, Blog of the European Journal of International Law, 2021.
- Ђокић И., *Субјективни елемент кривичног дела у енглеском праву*, докторска дисертација, Универзитет у Београду – Правни факултет, 2015.
- Јовановић М., "Заштита животне средине током оружаног сукоба", *Војно дело*, 5/2015
- Lambert E., *The Environment and Human Rights, Introductory Report to the High-Level Conference Environmental Protection and Human Rights Strasbourg, 27 February 2020*, prepared at the request of the Steering Committee for Human Rights (CDDH)
- Langmack F.-J., *Repairing Ecocide: A Worthwhile Challenge to the ICC Reparation System*, *Völkerrechtsblog*, 2021.
- Tovo C., *Corte Penale Internazionale dell' ambiente- radici, prospettive, alternative*, *Diario Europeo*, 2010.
- Fauchald O. K., Stigen J., Corporate responsibility before international institutions, *The George Washington International Law Review*, 40/2009.
- Frisso G. M., "Ecocide: The environment as a victim at the International Criminal Court", ICD Brief
- Heller K. J., *Fiddling (With Ecocide) While Rome (and Everywhere Else) Burns*, 2022.
- Heller K. J., *Skeptical Thoughts on the Proposed Crime of "Ecocide" (That Isn't)* 2021
- Шкулић М., *Међународно кривично право, просторно важење кривичног права, кривично право међународног порекла, међународна кривичноправна помоћ, зачеци кривичног права ЕУ*, Службени гласник, Београд, 2022.
- Шкулић М., *Основи кривичног права Сједињених Америчких Држава*, Београд, Универзитет у Београду – Правни факултет у сарадњи са криминолошком секцијом Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2022.

Напомена: Интернет странице извора наведене су у одговарајућим фуснотама.

* * *

Jelena Šopalović*

ECOCIDE- THE NEW INTERNATIONAL CRIME

Summary

The subject of this paper is the crime of ecocide, the proposed definitions by relevant international bodies, relationship between the proposed definitions, possibilities and obstacles for prescribing ecocide as an international crime in the Rome Statute, jurisdiction of international courts, as well as the scope of sanctioning ecocide.

Keywords: ecocide, international crime, responsibility of legal entities, Rome Statute, International Criminal Court.

* Judicial Advisor, The Commercial Appellate Court, jsopalovic@gmail.com.

Стефан Радојчић*

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ДРЖАВА НЕЧЛАНИЦА РИМСКОГ СТАТУТА ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ КРИВИЧНИМ СУДОМ

Апстракт: *Формалноправни основ обавезности поступања држава нечланица Римског статута у складу са одредбама овог међународног уговора, може бити ad hoc прихватање надлежности МКС, резолуција Савета безбедности, или неки други уговорни основ. У питању је двосмеран однос и могуће га је сагледати из угла МКС, али и тзв. трећих држава. У том смислу разликујемо два различита приступа држава нечланица, зависно од њихових правних и политичких интереса. Постоје државе које су упутиле МКС декларацију о прихватању надлежности, иако нису постале чланице Римског статута. Такође, поједине државе чврсто стоје на становишту да није прихватљиво намењање било каквих обавеза од стране МКС, без изричитог пристанка сваке државе. У разматрању овог дуализма, примећујемо различита, али легитимна и одржива тумачења статутарних одредаби. Присутан је и одређен утицај значајних међународних пресуда, али је МКС ипак у претежном делу изградио сопствени правни систем примене Римског статута. Дакле, од великог значаја је анализа јуриспруденције МКС, кад се ради о ситуацијама које се односе на државе нечланице.*

Кључне речи: *Међународни кривични суд; Бечка конвенција о уговорном праву; имунитет; надлежност; државе нечланице.*

1. УВОД

Тема овог рада обухвата неколико важних института међународног права, анализираних у светлу одредби Римског статута. То су тумачење међународних уговора, затим права и обавезе држава трећих држава у односу на чланице уговора. Затим, теоријско одређење и практични аспекти примене института имунитета од кривичног гоњења, којим су заштићени носиоци јавних функција. Такође, природа Међународног кривичног суда као врло битно питање намеће надлежност – територијалну и персоналну. У питању су елементи који одређују правни положај држава нечланица Римског статута пред Међународним кривичним судом. Илустрација развојних токова у раду МКС извршена је анализом одлука из праксе МКС у садејству са различитим теоријским ставовима. На тај начин настојали смо да из више углова прикажемо "нормативно и стварно" у примени статутарних одредаби у вези са државама нечланицама и њиховим држављанима. У ту сврху коришћени су текстови аутора који рефлектују критичке ставове према одређеним решењима из Римског статута, односно према одабраним одлукама МКС. У таквим ставовима предњаче аутори из САД, у чијој стручној

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, s.radojic@pf.uns.ac.rs.

јавности ова питања имају заиста велику заступљеност. Једнако тако, пажња је посвећена образложењима на којима се заснивају анализирани одлуке МКС. Обухваћене су одлуке које се тичу Палестине и Украјине, као ситуација које карактерише низ посебности. Такође, акценат је стављен на правном положају бивших држава чланица МКС. Свакако да је од значаја и домен међународних односа, који је инкорпорисан у примереном степену. Дакле, настојали смо да свеобухватно прикажемо природу, врсте и значај међусобних права и обавеза, кад се ради о МКС и државама нечланицама.

2. ПРАВНИ РЕЖИМ ПРИМЕНЕ РИМСКОГ СТАТУТА КАО МЕЂУНАРОДНОГ УГОВОРА

Статут Међународног кривичног суда (МКС) је по својој правној природи међународни уговор. Стога су права и обавезе држава чланица Статута уређене његовим одредбама, Бечком конвенцијом о уговорном праву и обичајним правилима међународног права.¹ Статутом је уређен правни режим рада МКС, однос МКС и држава чланица, међусобни однос држава чланица, као и однос МКС са међународним организацијама.

Консенсуална правна природа Статута подразумева компромисна решења која су у њему садржана. Односно његове *суштинске* одредбе одражавају највећи постигнути степен сагласности о појединим питањима, од стране најмање две трећине држава чланица.² Није дозвољено изјављивање резерви на одредбе Статута, чиме је онемогућена промена правног положаја појединих држава чланица МКС, у односу на остале државе чланице.

Успостављени правни оквир МКС важи као "закон" међу уговорним странама.³ Надлежности успостављене у корист Савета безбедности УН су, такође, израз сагласности воља држава чланица Статута.

У примени и тумачењу међународних уговора, билатералних или мултилатералних, постоје правила о односу према трећим државама – нечланицама конкретног уговора. Основно правило у том смислу, налази се у чл. 34 Бечке конвенције о праву уговора и гласи: "*Уговор не ствара ни обавезе ни права за трећу државу без њеног пристанка.*" Ипак, постоји разлика у односу на права која припадају, односно обавезе које се намећу трећим државама. Обавезе морају да буду изричито прихваћене од треће државе, у писаној форми⁴. Даље се наводе два нужна елемента овог правног односа. То су намера уговорних страна да успоставе обавезу на страни треће државе и експлицитан пристанак те

¹ Поред тога, због природе МКС и тежине злочина који су у стварној надлежности Суда, круг примењивих извора међународног права је шири и укључује међународне уговоре, принципе и начела међународног права.

² Rome Statute of the International Criminal Court, done at Rome on 17 July 1998, in force on 1 July 2002, *United Nations, Treaty Series*, vol. 2187, No. 38544. Ради цитирања на српском језику коришћен је Закон о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда, *Сл. лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 5/2001: Римски статут). Чл. 112, став 7: "а) Одлуке о суштинским питањима морају бити изгласане 2/3 већином присутних гласача, под условом да апсолутна већина држава-чланица чини кворум за гласање; б) Одлуке о стварима везаним за поступак се доносе простом већином присутних држава-чланица које гласају."

³ United Nations, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331. Ради цитирања на српском језику коришћена је Уредба о ратификацији Бечке конвенције о уговорном праву, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, бр. 30/2, (у даљем тексту Бечка конвенција о праву уговора) чл. 26: "Сваки уговор на снази узимају чланице и оне треба да га добронамерно извршавају."

⁴ *Ibid.*, чл. 35: "За трећу државу настаје *обавеза* на основу одредбе уговора ако се чланице споразумеју да створе обавезу на основу те одредбе и ако трећа држава ту обавезу изричито прихвати писаним путем."

државе. Под намером се разуме позив или предлог да преузме обавезу извршавања уговорних одредаби.⁵

Кад се ради о правима установљеним међународним уговором у корист трећих држава, да би право било конституисано довољно је да се трећа држава не противи таквом правном односу.⁶ Уколико је другачије предвиђено уговором, онда пристанак мора бити изражен у прописаној форми.⁷ Наведена одређења су начелне природе, међутим, у пракси рада МКС се отварају значајне недоумице у односу на примену цитираних норми.

МКС тренутно има 123 државе чланице, од чега је највећи број афричких држава.⁸ Међутим, постоји правна, фактичка и политичка инволвираност трећих држава у рад МКС–нечланица Статута. Међусобни однос МКС и ове категорије држава је трајна категорија, од успостављања МКС. Ни у тренутку потписивања Статута у Риму, нити данас, све државе нису чланице Статута. Напротив, најмноћније и наутицајније државе то и даље нису. По свему судећи, није изгледно да ће се ситуација у том погледу променити, у догледној будућности.

Зато ово питање има своју значајну и мултидисциплинарну димензију.⁹ У том светлу, поставља се питање какав је међународноправни положај држава нечланица према МКС? Да ли их чињеница да нису ратификовале Римски статут лишава било каквих обавеза према МКС, односно да ли имају одређена права у поступцима који се воде пред МКС?

Како бисмо дошли до одговора на наведена питања, приступамо тумачењу релевантних одредаби Статута, кроз два аспекта. Први подразумева анализу нормативног оквира у складу са општим правилима међународног права. Други аспект обухвата доктринарне ставове у односу на конкретне државе и праксу МКС у појединачним случајевима.

3. ОДРЕДБЕ РИМСКОГ СТАТУТА КОЈИМА СЕ УРЕЂУЈУ ПРАВА И ОБАВЕЗЕ ТРЕЋИХ ДРЖАВА

Систематика приказа различитих степена обавезности поступања држава према МКС захтева појмовно разјашњење следећих института. Осим држава чланица и држава нечланица Римског статута, постоје државе потписнице Римског статута, као и државе које су иступиле из чланства у овом међународном уговору. Бечком конвенцијом о праву уговора уређен је начелни положај у свакој наведеној правној ситуацији, а конкретизован садржај права и обавеза налазимо у Римском статуту.

⁵ М. Е. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, 478.

⁶ Бечка конвенција о праву уговора, чл. 36: "1. Право за трећу државу настаје на основу одредбе уговора, ако чланице овог уговора намеравају да на основу ове одредбе дају право било трећој држави или групи држава којој она припада, било овим државама и ако трећа држава на то пристане. Сматра се да је дат пристанак све док не постоје супротна обавештења, осим ако уговором није другачије одређено. 2. Држава која остварује право на основу тачке 1 дужна је да се за остваривање овог права придржава услова предвиђених уговором или установљених према његовим одредбама."

⁷ М. Fitzmaurice, *Third Parties and the Law of Treaties*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 6, 2002, 45-46.

⁸ С обзиром на то да се ради о "глобалном" – сталном Међународном кривичном суду, напомињемо да структура држава чланица има следећу географску структуру и укључује 33 афричке државе, 19 азијско-пацифичких држава, 18 источноевропских држава, 28 латиноамеричких и карибских, те 25 западноевропских и осталих држава. Међу осталима налазимо Канаду, Нови Зеланд, Аустралију итд. Подаци су доступни на интернет презентацији МКС: <https://asp.icc-cpi.int/states-parties>, 11. мај 2023.

⁹ Неминовно упућује на разматрање међународноправних, криминолошких и политиколошких појмова, као и материјалноправних института кривичног права и кривичнопроцесних форми установљених Римским статутотом.

3.1. Потписивање и ратификација Римског статута

Постоје различите форме изражавања пристанка на везивање међународним уговором од стране држава.¹⁰ У том смислу, нарочито је важно да укажемо на дејство потписивања уговора и на институт ратификације уговора.

Потписивање уговора представља пристанак на везивање уговором у тачно одређеним ситуацијама у чл. 12 Бечке конвенције о праву уговора. У супротном ради се о оверавању текста уговора. Постоји шест могућих основа да се потпису да обавезујуће дејство.¹¹

С друге стране, ратификација је начин давања коначног (накнадног) пристанка – потврђивања међународног уговора од стране државе. Овај институт уређен је правилима међународног и унутрашњег права. У Бечкој конвенцији о праву уговора (чл. 14) налазимо следеће основе за ратификовање уговора: одредбу уговора, договор држава учесница у преговорима, потписивање уговора под резервом ратификације, *намера* држава потписивања уговора под резервом ратификације.¹² Најчешћи случај у пракси је изричито предвиђање ратификације у тексту уговора, те се уједно одређују потребни услови за ступање уговора на снагу. Поред броја ратификација, често се користи и одложни услов у виду протекла времена од последње неопходне ратификације. Истим принципом уређено је и ступање на снагу Римског статута, за шта је било неопходно шездесет депонованих инструмената ратификације, прихватања, одобрења или приступања.¹³

Унутрашњим правом, а по правилу уставним одредбама уређује се поступак ратификације међународног уговора од стране државе. Тако је Уставом Републике Србије надлежност за потврђивање међународних уговора поверена Народној скупштини¹⁴, а за то је потребна квалификована већина народних посланика.¹⁵ Сагласност државе на везивање садржином уговора подлеже уставној судској контроли.¹⁶ У светлу примене Рим-

¹⁰ Дефинисане су у чл. 11 Бечке конвенције о праву уговора и то су потписивање, размена инструмената који сачињавају уговор, ратификација, прихватање, одобравање или приступање или на сваки други договорени начин

¹¹ Прво, самим уговором може се предвидети наведено дејство потписа. Друго, могућ је договор држава учесница у преговорима о томе да потпис има обавезујуће дејство. Треће, намера државе да оствари дејство пристанка на везивање уговором у форми потписа може да утврди из пуномоћја њеног представника. Четврто, иста намера може да буде изражена у току преговора. Пето, парафирање уговора може да буде коначно везивање тим уговором, уколико су се тако договориле државе које су учествовале на преговорима. Шесто, накнадна потврда државе може да да поменуто дејство потпису, кад се ради о tzv. потпису *ad referendum*. Такође, потпис се сматра обавезујућим када је одредом уговора утврђено да уговор ступа на снагу после потписивања Р. Етински, С. Ђајић, Б. Тубић, *Међународно јавно право*, Центар за издавачку делатност Правног факултета Нови Сад, 2017, 86.

¹² Бечка конвенција о праву уговора, чл. 14(1) (д): "ако *намера* те државе да потпише уговор под резервом ратификације произлази из пуномоћја њеног представника или је изражена у току преговора."

¹³ Римски статут, чл. 126: "1. Овај Статут ступа на снагу првог дана у месецу након што истекне шездесет дана од датума депоновања шездесет инструмената ратификације, прихватања, одобрења или приступања код Генералног секретара Уједињених нација. 2. За сваку државу која ратификује, прихвата одобрава или приступа овом Статуту, након што буде депоновано шездесет инструмената ратификације, прихватања, одобрења или приступања, Статут ступа на снагу првог дана у месецу након што протекне шездесет дана од датума када је она депоновала своју изјаву о приступању Статуту." Статут је отворен за приступање свим државама, а инструменти изражавања сагласности на везивање одредбама Римског статута депонују се код Генералног секретара УН. Чл. 125(3) Римског статута.

¹⁴ Устав РС, *Службени гласник РС*, бр. 98/2016 и 115/2021: Устав РС, чл. 99(1) (4).

¹⁵ *Ibid.*, чл. 105(3)(6): "Већином гласова свих народних посланика Народна скупштина одлучује о законима којима се уређују: (...) 6) закључивање и потврђивање међународних уговора."

¹⁶ Конкретно кад се ради о Републици Србији, релевантну одредбу налазимо у чл. 14(1) Закона о закључивању и извршавању међународних уговора, *Службени гласник РС*, број 32/2013. "Народна скупштина потврђује

ског статута, овај вид вршења уставносудске власти држава чланица посебно је дошао до изражаја у Јужноафричкој Републици, чему је посвећено наредно поглавље рада.

3.2. Државе које су иступиле из чланства у Римском статуту

Након што нека држава иступи из чланства у међународном уговору, она постаје држава нечланица односно сврстава се у круг "*трећих држава*", али правне повезнице са тим уговором не морају да престану тренутком доношења одлуке о иступању. Бечка конвенција о уговорном праву садржи негативну дефиницију у погледу отказивања уговора или повлачења државе из уговора,¹⁷ супсидијарно постављену у односу на уговорне одредбе, те се конвенцијско правило примењује онда када уговор не регулише ово питање.

Чл. 127 Римског статута предвиђено је да државе у писаној форми обавештавају Генералног секретара УН о иступању, а таква одлука производи правно дејство након протека једне године од датума пријема обавештења.¹⁸ Након што одлука о иступању постане пуноважна, одређене обавезе настављају да важе за државу, иако више није чланица Статута. У првом реду то се односи на обавезу сарадње у већ започетим поступцима истраге и суђења. Сходно томе, долазимо до још једне ситуације у којој заправо егзистира правни однос између држава нечланица и МКС. У досадањем раду МКС, четири државе су донеле одлуку о иступању из Римског статута. Од тога су две одлуке постале коначне, кад су у питању Бурунди и Филипини, док су Јужноафричка Република и Гамбија повукле поменуте одлуке пре него што су ступиле на снагу.

Држава **Бурунди** је била чланица Римског статута од 01. 12. 2004. године до 26. 10. 2017. године.¹⁹ Хронологија ове ситуације је следећа. Наиме, 25. 04. 2016. године објављени су резултати прелиминарне оцене ситуације у Бурундију. Процене су указивале на више од 430 убијених, најмање 3.400 ухапшених и више од 230.000 принудно расељених. Затим је Бурунди 26. 10. 2016. године депоновао одлуку о иступању Генералном секретару УН. Иста одлука је ступила на снагу 27. 10. 2017. године. Коинциденцију налазимо у одлуци о покретању истраге у Бурундију, коју је иницирао тужилац МКС, а одобрило претпретресно веће 3, практично два дана пре коначног престанка чланства Бурундија, тј. 25. 10. 2017. године. У овој одлуци МКС се детаљно и разложно наводи одлука о иступању Бурундија, а чак је наглашено како МКС има временску надлежност и над делима учињеним 26. 10. 2017. године.²⁰

међународне уговоре војне, политичке и економске природе, уговоре којима се стварају финансијске обавезе за Републику Србију, уговоре који захтевају доношење нових или измену важећих закона и уговоре којима се одступа од постојећих законских решења."

¹⁷ Бечка конвенције о уговорном праву, чл. 56: "1. Уговор који не садржи одредбе о његовом гашењу и не предвиђа да се може отказати или из њега повући не може бити предмет отказивања или повлачења, осим: а) ако није утврђено да је била намера чланица да прихвати могућност отказивања или повлачења; или б) ако право право отказивања или повлачења не може да се изведе из природе уговора. 2. Једна чланица треба да обавести најмање дванаест месеци унапред о својој намери да откаже уговор или да се из њега повуче према одредбама тачке 1."

¹⁸ Чл. 127(1) Римског статута оставља могућност држави да у обавештењу наведе и неки каснији датум од ког иступање почиње да важи.

¹⁹ Податак је доступан на интернет презентацији МКС: <https://www.icc-cpi.int/Burundi>, 12. мај 2023.

²⁰ ICC, Situation in the Republic of Burundi, Pre-Trial Chamber III, *Public Redacted Version of "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi"*, ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, 13, 24.

Посебно је интересантно што се МКС позвао на чл. 70(1)(б) Бечке конвенције о праву уговора²¹ у светлу чл. 127(2) Римског статута, односно непрекинуте дужности сарадње државе са МКС, по основу обавеза насталих у периоду чланства у Римском статуту. Истичемо констатацију већа да се први и други став чл. 127 могу довести у везу на различите начине. Ипак, не остављајући много дилема у овом случају, веће је навело да нема сумње да се обавезе према МКС у односу на Бурунди не гасе чињеницом иступања из уговора.²² Као битна чињеница од стране већа узет је датум одобрења захтева за покретање истраге, а што је било пре ступања на снагу одлуке о иступању.

Правно сложен положај бивше државе чланице Статута можемо илустровати на примеру **Републике Филипини**. Ова држава била је чланица Статута у периоду од 01. 11. 2011. године од 16. 03. 2019. године.²³ Више од две године након иступања из Статута, због основа сумње да су у на Филипинима учињени злочини против човечности, донета је одлука о покретању истраге.²⁴ И у овој одлуци налазимо позивање на већ поменути чл. 70 Бечке конвенције о праву уговора,²⁵ али и на одлуку о покретању истраге у Бурундију.

Након што је тужиоцу одобрено спровођење истраге 15.09.2021. године, филипинска Влада упутила је 10. 11. 2021. године МКС захтев за одлагање истраге (*Deferral Request*).²⁶ Филипински захтев садржи експлицитно позивање на принцип комплементарности, према којем национална истрага има приоритет а МКС поступа супсидијарно,²⁷ у светлу следећих чињеница. У оквиру Филипинске националне полиције (*Phillipine National Police*), формирана је Служба унутрашњих послова (*Internal Affairs Service*), која у одређеним ситуацијама, има подразумевана овлашћења да истражује поступање припад-

²¹ "Последице гашења уговора 1. Осим ако то није одређено уговором или ако чланице не одлуче друкчије, чињеница да је уговор престао на основу својих одредаба или према овој конвенцији: а) ослобађа чланица даљег извршавања уговора; б) не крши никакво право, никакву обавезу нити икакву правну ситуацију чланица, који су настали извршењем уговора пре његовог престанка."

²² Burundi, *op. cit.*, 14, 26.

²³ Податак је преузет са званичне интернет презентације МКС, доступан на линку <https://www.icc-cpi.int/philippines>, 12. мај 2023. године.

²⁴ ICC, Situation in the Republic of the Philippines, Pre-Trial Chamber I, *Situation in the Republic of the Philippines Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation pursuant to Article 15(3) of the Statute*, 15 September 2021, ICC-01/21-12 15-09-2021 1/41 EC PT.

²⁵ *Ibid.* 38, 111.

²⁶ Основ за упућивање захтева био је чл. 18 став 2 Статута који овлашћује државу да извести суд о спровођењу истраге против потенцијалних учинилаца, ради препуштања истраге националним органима власти. "У року од месец дана од пријема обавештења, држава извештава Суд да спроводи или је спровела истрагу против својих држављана или против лица која потпадају под њену надлежност у вези са противправним делима која су предвиђена као кривична дела по члану 5. Статута, и на која се односе информације које су прослеђене односној држави на знање. На захтев те државе, тужилац ће уступити спровођење истраге против одређеног лица истражним органима односне државе, осим уколико Веће које води претходни поступак, на захтев тужиоца, није већ одобрило спровођење истраге у конкретном случају."

²⁷ Римски статут, чл. 17: "1. Имајући у виду став 10. Преамбуле и члан 1, Суд доноси одлуку да се у конкретном случају поступак не може покренути нити водити, када је: а) Истрагу водила и кривични поступак спровела држава која је надлежна за предузимање ових процесних радњи у односу на конкретно кривично дело осим ако та држава није способна да ваљано спроведе истрагу или кривични поступак; б) истрагу је спровела држава која је надлежна да покрене истрагу и спроведе кривични поступак против одређеног лица за одређено кривично дело, а та држава је донела одлуку да не води кривични поступак против одређеног лица, осим ако је одлука донета као последица незаинтересованости или неспособности државе да води тај поступак."

ника Филипинске националне полиције.²⁸ Затим, филипинско Министарство правде подржало је потписивање споразума између Националне полиције и Филипинског националног истражног бироа (*Phillipine National Bureau of Investigation*). Циљ споразума је ближа сарадња и размена информација у истраживању смртних случајева насталих у акцијама сузбијања наркотика. Поред тога, Влада је навела читав низ прерогатива који стоје на располагању "оштећеним странама".²⁹

Свакако да посебан значај има трогодишњи Заједнички програм за промоцију и заштиту људских права на Филипинима, потписан 22. 07. 2021. године између Филипина и Уједињених нација.³⁰ Смисао успостављања Програма је имплементација Резолуције 45/3 Савета за људска права УН,³¹ којом се наглашава важност утврђивања одговорности за кршења људских права на Филипинима.³²

Ипак, све наведено није било довољно уверење за тужиоца МКС, да би уступио истрагу националним властима Филипина. Тужилац је упутио претпретресном већу захтев за наставак вођења истраге. Филипинска влада упутила је претходно само у једној допуни документације материјал од 1136 страница.³³ Но, тужилац је преваходно ценио интензитет и резултат истражних процеса на Филипинима. Нису постојале индиције да су полицијски припадници и владини службеници обухваћени истрагом. Односно ако је и било одређених случајева, нису имали за предмет велики број убистава и најодговорније учиниоце.³⁴

Конечно, 26. 01. 2023. године претпретресно веће I МКС усвојило је тужиоцев захтев за настављање истраге. Закључци ове одлуке заснивају се на недостатку "оипљивих, конкретних и прогресивних" истражних напора, у контексту свих достављених информација о наци-

²⁸ Захтев упућен од стране амбасадора Републике Филипини у Холандији главном тужиоцу Међународног кривичног суда Карим А.А. Кану, дана 10.11.2021. године, 2. Текст захтева доступан је на енглеском језику на линку: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/CR2021_10546.PDF, 12. мај 2023.

²⁹ Интересантна је формулација да "иако је можда беспотребно наводити, судски систем Филипипан је још жив и функционише." *Ibid.*, 5.

³⁰ Пун назив Програма на енглеском језику гласи *Un Joint Programme: Technical cooperation and capacity-building for the Promotion and Protection of Human Rights in the Phillipines (2021-2024)*, а интегрални текст Програма доступан је на линку <https://drive.google.com/file/d/1DC4CMzmytG8bGQ3k3jX79iK2PWCwJtd3/view>, 12. мај 2023. У питању је први програм овог формата, што је наведено у наслову објаве о потписивању споразума на званичној интернет презентацији УН (*Phillipines. UN launch first – ever national joint programme for human rights following Human Rights Council resolution 45/33*). Објава је доступна на линку <https://philippines.un.org/en/137080-philippines-un-launch-first-ever-national-joint-programme-human-rights-following-human>, 12. мај 2023.

³¹ Резолуција Савета за људска права УН 45/33 усвојена на 45. седници 28. 09. 2020. године. *Resolution adopted by the Human Rights Council on 7 October 45/33, Technical cooperation and capacity-building for the promotion and protection of human rights in the Phillipines*, A/HRC/RES/45/33, file:///C:/Users/sradojic/Downloads/A_HRC_45_L.38-EN.pdf, 12. мај 2023.

³² Указује се на неопходност спровођења независних, потпуних и транспарентних истрага, као и кривичног гоњења свих учинилаца у складу са међународним стандардима правичног поступка. У Програму се наводи како ће УН мобилисати ресурсе неколико развојних партнера, да ће Програм бити уређен правилима и политикама УН, укључујући Повелу УН. Укупан буџет Програма износи оквирно 10 милиона америчких долара. Податак је наведен у детаљном плану Програма (стр. 2) и доступан је на линку <https://drive.google.com/file/d/1DC4CMzmytG8bGQ3k3jX79iK2PWCwJtd3/view>.

³³ ICC, Situation in the Republic of the Philippines, Pre-Trial Chamber I, *Prosecution's request to resume the investigation into the situation in the Phillipines pursuant to article 18(2)*, 24 June 2022, ICC-01/21-46 24-06-2022 1/53 EC PT, 6, ¶ 10.

³⁴ Исти ставови потврђени су тужиоцу и од стране невладиног сектора на Филипинима, где има речи о томе да су владини органа чак "подржавали културу некажњавања" одговорних учинилаца. *Ibid.*, 25–53, 132–134.

оналној иницијативи и поступцима.³⁵ Упркос појединачним случајевима гоњења нижеразредних службеника, веће свеукупно није било уверено у адекватност предузетих мера од стране Филипина, чиме није оправдан захтев за одлагање истраге МКС.³⁶

Из наведених чињеница произлази да је, упркос иступању из Римског статута, држава остала у непосредном односу међусобних права и обавеза са МКС. Штавише, Филипини су у својству државе нечланице, уложили велике напоре у поступку пред МКС, да докажу могућност вођења адекватне истраге на националном нивоу. Као што је напред приказано, то је учињено без успеха. Након анализе правног положаја две бивше државе чланице Римског статута, указујемо даље на две актуелне чланице овог уговора, које су одустале од раније покренуте процедуре иступања.

Јужноафричка Република је политички и привредно најзначајнија држава афричког континента, са сложеном историјом међунационалних, међурасних и политичких односа. У овом случају надлежност превазилази материјалноправни и процесноправни значај, већ има и значајнију међународноправну и политичку димензију.

Најјужнија афричка држава је депоновала инструмент о ратификацији Римског статута 27. 11. 2000. године.³⁷ Обавештење о намери иступања из чланства у уговору упутило је Генералном секретару УН 19. 10. 2016. године.³⁸ Ипак, након што је судском одлуком наведено обавештење оглашено неуставним, председник државе је послао нову ноту Генералном секретару УН. Опозвано је обавештење о намери иступања из чланства у МКС.

Важна чињеница је контекст у којем су настала ова правна и политичка дешавања. У Јоханесбургу је одржана 25. скупштина Афричке уније – самит шефова држава и шефова влада, 15. и 16. јуна 2015. године. Самиту је присуствовао и тадашњи председник Судана, Омар Хасан Ахмед ел Башир. У два наврата МКС је издао налог за његово хапшење. Прва одлука донета је 2009. године због основане сумње да је одговоран за ратне злочине и злочине против човечности.³⁹ Затим је 2010. године издат нови налог за хапшење истог лица, који је садржао само оптужбе за злочин геноцида. У овом документу експлицитно је наведено да се њиме не укида и не мења први налог за хапшење, који у потпуности остаје на снази.⁴⁰ Упркос налозима за хапшење који су били на снази и судској наредби о забрани напуштања земље за Ел Башира⁴¹, његово хапшење није уследило. О непоступању извршне власти у складу са обавезама које проистичу из Римског статута,

³⁵ ICC, Situation in the Republic of the Philippines, Pre-Trial Chamber I, *Public Redacted Version of "Authorization pursuant to article 18(2) of the Statute to resume the investigation"*, 26 January 2023, ICC-01/21-56-Red 26-01-2023 1/42 SL PT, 40, 97.

³⁶ Филипини су доставили спискове предмета у којима се води истрага или кривични поступак. Тужилац је оспоравао суштинску вредност ових спискова. Између осталог, на једној од листа, од укупно 302 случаја у само три су документоване чињенице о спроведеним истражним активностима. 31, 73.

³⁷ Приказ статуса чланства Јужноафричке Републике на званичној интернет презентацији МКС, <https://asp-icc-cpi.int/states-parties/african-states/south-africa>, 15. мај 2023.

³⁸ Преузето са веб-сајта Парламентарци за глобалну акцију, <https://www.pgaction.org/ilhr/rome-statute/south-africa.html>, 15. мај 2023.

³⁹ ICC, Situation in Dafur, Sudan, Pre-Trial Chamber I, The Case Of The Prosecutor V. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 March 2009, ICC-02/05-01/09-1 04-03-2009 1/8 SL PT.

⁴⁰ ICC, Situation in Dafur, Sudan, Pre-Trial Chamber I, The Case Of The Prosecutor V. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, 12 July 2010, ICC-02/05-01/09-94 12-07-2010 1/30 SL PT, 28.

⁴¹ The Guardian, Sudan President Barred from Leaving South Africa, <https://www.theguardian.com/world/2015/jun/14/sudan-president-omar-al-bashir-south-africa-icc>, 15. мај 2023.

изјаснио се и Врховни суд Јужноафричке Републике, наводећи да се ради о непоштовању уставног поретка и владавине права.⁴²

Несумњиво се ради о једном од веома важних тренутака за МКС, још од његовог оснивања. Од раније су познати дисонантни тонови између Афричке уније и МКС, који су могли да достигну сасвим нови ниво, иступањем Јужноафричке Републике из Римског статута, али и других држава. Истине ради, једна од чланица Афричке уније је била на том путу, али је одлука о иступању повучена.

Гамбија је 10. 11. 2016. године упутила ноту којом је обавестила Генералног секретара УН, о иступању из Римског статута. Као један од разлога наведена је "неоколонијална агенда" коју спроводи МКС, истражујући скоро искључиво злочине учињене у афричким државама.⁴³ Ипак, након избора новог председника Гамбије, долази до повлачења поменуте одлуке 10. 02. 2017. године.⁴⁴ На тај начин, "талас" одлива афричких чланица МКС је заустављен, а одређена питања легитимитета рада МКС, нису више у првом плану и фокусу јавности. Изнете су и сугестије о томе како да се овај процес легитимно превазиђе помоћу конструктивног дијалога, објективних истрага, побољшања правосудних механизма на националном нивоу итд.⁴⁵

3.3. Сарадња држава нечланица са МКС

Одредбама Римског статута уређено је питање начина сарадње држава чланица са МКС. Исто тако, у чл. 87 овог документа садржана су правила о томе када се МКС може обратити државама нечланицама са захтевом за сарадњу. Говорећи о држава нечланицама могуће је неколико форми путем којих се обавезују на сарадњу са МКС. Стручна јавност изнела је критички став према овом поглављу у Римском статуту, уз став да је потребно прецизније уређење предметних питања сарадње држава са МКС у циљу успостављања надлежности над лицима која су "под контролом" државних власти⁴⁶.

У релевантном чл. 87(5)(а) Римског статута говори се о споразумима закљученим само за сврху остваривања сарадње државе нечланице са МКС. Поред тога, спомиње се "какав други споразум" или неки други "уговорни основ". Поред наведених основа, подразумева се да је држава нечланица у обавези, али и вољна да сарађује са МКС, у следећој ситуацији. Наиме, позната је пракса да државе нечланице прихватају надлежност МКС путем *ad hoc* декларације изјављене у складу са чл. 12(3) Римског статута.⁴⁷

⁴² Одлука Врховног суда Јужноафричке Републике, Гаутенг Одељење у Преторији, бр. 27740/2015, од 24. јуна 2015. године садржи детаљно образложење и преглед релевантних чињеница <https://www.pgac-tion.org/pdf/2015/Judgement-2.pdf>, 15. мај 2023.

⁴³ Reuters, Gambia Announces Withdrawal form International Criminal Court, <https://www.reuters.com/article/us-gambia-icc-idUSKCN12P335>, 15. мај 2023.

⁴⁴ International Criminal Court, ASP President Welcomes Gambia's Decision not to Withdraw from the Rome Statute, <https://www.icc-cpi.int/news/asp-president-welcomes-gambias-decision-not-withdraw-rome-statute>, 15. мај 2023.

⁴⁵ M. Ssenyonjo, "State Withdrawal Notifications from the Rome Statute of the International Criminal Court: South Africa, Burundi and the Gambia," *Criminal Law Forum*, 1/2018, 63–120, 117–118.

⁴⁶ A. Cassese, "The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections," *European Journal of International Law*, 1/1999, 144–171, 171.

⁴⁷ Римски статут, чл. 12(3): "Ако је прихватање Статута од стране државе која није чланица овог Статута неопходно у складу са ставом 2. овог члана, тада та држава може да прихвати надлежност Суда у односу на горе наведена кривична дела, и то по основу декларације поднете Секретаријату, при чему та држава

На захтеве које МКС упућује државама протеже се и обезбеђивање "сигурности и физичког и психичког мира оштећеног, сведока и њихових породица."⁴⁸ Захтев МКС може да се односи и на информације, својину или на лица која су под контролом треће државе, при чему држава којој је иницијално упућен захтев о томе обавештава МКС. Тада се МКС посебним захтевом даље обраћа трећој држави.⁴⁹ Исти режим поступања важи и када се ради о сарадњи МКС са међународним организацијама.⁵⁰ У случају непоступања државе нечланице по основу преузете обавезе сарадње са МКС, о томе ће бити обавештена скупштина држава чланица, или Савет безбедности ако је овај орган иницирао покретање поступка.⁵¹

3.4. Обавеза поступања по захтеву за изручење

У односу на захтев за изручење лица који је упутила држава нечланица, држави која се није обавезала да испуни тај захтев неким међународним уговором, предност ће имати захтев МКС.⁵² У случају да се МКС није претходно огласио надлежним за поступање у конкретном предмету, држава којој је упућен захтев има дискреционо право да поступи у складу са захтевом друге државе.⁵³

У чл. 90(6) дефинисани су прецизнији критеријуми за одлучивање о поступању државе на основу захтева за изручење, водећи рачуна о свим битним околностима случаја. Претпоставка за примену ових критеријума је да се држава којој је упућен захтев није обавезала на испуњење захтева међународним уговором према држави која није чланица. При доношењу одлуке о томе да ли ће тражено лице да преда МКС или да га изручи држави која није чланица, поступајућа држава води рачуна о датумима када су захтеви уручени; интересу државе која тражи изручење, месту извршења кривичног дела и држављанству траженог лица; испитивању могућности постизања споразума између МКС и државе која тражи лице.⁵⁴ Додатно, Римски статут уводи критеријум разматрања кривичноправне природе и тежине кривичног дела у поступку изручења.⁵⁵

Дакле, јасно је да државе нечланице могу имати утицај на значајна питања у раду МКС, између осталог, постављајући конкурентске захтеве за изручење осумњиченог, а нарочито уколико је постоји међународни уговор између државе чланице и државе нечланице, који регулише питање изручења.

прихвата надлежност Суда само у односу на конкретно кривично дело о коме је у датом случају реч. Држава која је прихватила Статут сарађује са Судом без икаквог одлагања или изузетка у сагласности са Делом 9."

⁴⁸ *ibid.*, чл. 87(4)

⁴⁹ *ibid.*, чл. 93(9)(б)

⁵⁰ Независно од ситуације када се од међународне организације траже конкретне информације, својина или лица сходно чл. 93(9)(б), МКС је генерално овлашћен да се обраћа за помоћ међународним организацијама. Такав облик сарадње одвија се на основу претходно закљученог споразума и у складу са делатношћу и мандатом те организације, што је уређено чл. 87(6) Римског статута. Тако је 25. 04. 2023. године МКС написао Радни споразум ради побољшања сарадње са ЕУРОПОЛ-ом. International Criminal Court, ICC and Europol Conclude Working Arrangement to Enhance Cooperation, <https://www.icc-cpi.int/news/icc-and-europol-conclude-working-arrangement-enhance-cooperation>, 13. мај 2023.

⁵¹ Римски статут, чл. 87(5)(б)

⁵² *ibid.*, Чл. 90(4)

⁵³ *ibid.*, Чл. 90(5)

⁵⁴ *ibid.*, Чл. 90(6)

⁵⁵ *ibid.*, Чл. 90(7) Овај критеријум држава примењује уколико је примила захтев за изручење истог лица од МКС и од било које државе (према којој није обавезана међународним уговором), а односе се на различита кривична дела.

4. НАДЛЕЖНОСТ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА

У светлу теме овог рада и правног положаја држава нечланица, укратко ћемо представити карактеристике и проблемска питања успостављања територијалне и персоналне надлежности МКС. *Предуслови за спровођење надлежности су дефинисани* у чл. 12 Римског статута, а учинићемо осврт на одабране елементе који су у непосредној вези са правима и обавезама држава нечланица пред МКС.

4.1. Територијална надлежност МКС

Принцип територијалног важења Римског статута, можемо само условно схватити као месну надлежност, због тога што није стриктно уређена и примењује се у светлу начела комплементарности МКС и националних судова.⁵⁶ Према дефиницији из чл. 12(2)(а) налазимо елементе територијалне надлежности МКС који захтевају да је кривично дело извршено на територији државе чланице или на броду (који вије заставу државе чланице) или у ваздухоплову (који припада држави чланици).⁵⁷ Наравно под условом да су испуњени сви услови из чл. 17 Римског статута, односно да је случај *прихватљив*.

Проблематизација ове одредбе настаје, између осталог, у ситуацији када је радња предузета са територије државе нечланице а последица наступила на територији државе чланице. Формално посматрано, у чл. 12(2)(а) постоји језичка неуједначеност у погледу *дела* учињеног на територији државе и *дела* учињеног на броду и ваздухоплову. У првом случају коришћен је израз *conduct* (радња), а у другом *crime* (кривично дело).⁵⁸

Прецизније тумачење – разјашњење изнете дилеме налазимо у образложењу појединих одлука МКС, при вршењу надлежности над државама чланицама. Појам радње из чл. 12(2)(а) тумачен је као кривично дело.⁵⁹ Синтетички појам изведен из практичне примене

⁵⁶ М. Шкулић, *Међународно кривично право*, Центар за издаваштво Правног факултета, Београд, 2020, 330–331. "С обзиром на ова правила, којима се надлежност у ствари, одређује као општи појам и синтетички, без њеног стриктног одређења као месне надлежности (мада се могу издвајати и стварна, као и временска надлежност које су стриктно дефинисане), о њој се и може говорити само условно и из разлога логичније систематизације излагања о надлежности".

⁵⁷ Једнако тако, територијална надлежност МКС постоји и кад се ради о *ad hoc* прихватању надлежности МКС од стране државе нечланице у складу са чл. 12(3), као и када Савет безбедности иницира покретање истраге у складу са чл. 13(б) Римског статута.

⁵⁸ "Ипак, трагом те идеје, неопходно је размотрити два питања. Прво, да ли су креатори Статута имали циљ да *радњу* изједначе са *злочиним-кривичним делом*. Друго, до којих спорних питања ова недореченост доводи. Кад се ради о првом питању, неизоставно је истаћи контекст коришћених израза и у члановима Статута којима се не регулише питање надлежности, како бисмо дошли до резултата циљног тумачења. Припремне радње за усвајање Статута сведоче о томе да је интенција преговарача у Риму била је да се "радња за коју лице може бити кривично одговорно и која је кажњива као злочин (кривично дело) може састојати од чињења или нечињења или њихове комбинације." Дакле, не спомиње се последица." Б. Тубић, С. Радојчић, "Најважнија отворена питања успостављања надлежности Међународног кривичног суда", *Liber amicorum проф. др Миленко Крећа: међународно јавно и кривично право у XXI веку*, (ур. Срето Ного), Удружење за међународно кривично право : Intermex, Београд, 2020, 216.

⁵⁹ ICC, Situation in the Republic of Kenya, Pre-Trial Chamber I, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr 01-04-2010 1/163 CV PT, 31 March 2010, 178; ICC, Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, Pre-Trial Chamber III, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-27 14-11- 2019 1/58 NM PT, 14 November 2019, 53–54.

овог члана означава укупност релевантих чињеница злочина.⁶⁰ Иако овакво циљно тумачење и дефинисање појма радње (*conduct in question*) кроз правнокреативну улогу МКС попуњава својеврсну "празнину", оно и даље оставља простор за дискурс у светлу начела легалитета.⁶¹

4.2. Персонална надлежност МКС

Према дефиницији из чл. 12(2)(б), МКС може да врши надлежност над држављанима држава које су чланице Римског статута или су прихватиле надлежност МКС другим путем. У својој пракси МКС је потврдио постојање надлежности над учиниоцима који су држављани чланица Римског статута, и када су осумњичени за извршавање кривичних дела изван територије државе чланице.⁶² Недоумице настају код успостављања надлежности над држављанима држава нечланица, које нису прихватиле *ad hoc* надлежност МКС, а постоји основ сумње да су извршили кривично дело обухваћено стварном надлежношћу МКС, на територији државе која је под надлежношћу МКС.

У том светлу, полазно наводимо неколико критичких ставова изнетих од стране САД као државе нечланице, са посебним односом према МКС и међународном кривичном правосуђу уопште. Свакако не ради се о усамљеном становишту било које државе, него о снажном реакционом току ствари на одређене постулате Римског статута.

Током преговора и усвајања текста Римског статута, САД су имале три предлога у вези са надлежношћу МКС, која нису усвојена од стране већине држава учесница у преговорима. Прво, предложен је систем оптирања (*opt-in*), уместо подразумеване надлежности МКС. Друго, САД су експлицитно одбиле било какав вид универзалне или сличне надлежности МКС. Треће, предложиле су да пристанак државе чији је држављанин осумњичен, буде обавезан, у циљу успостављања надлежности МКС. Суштински став САД указује на то да је поменути чл. 12 имао "фаталну ману" кршећи основни принцип међународног права, да уговор не обавезује треће државе.⁶³ Амерички став указивао је на фундаменталну природу правила да само уговорне стране могу бити подвргнуте режиму извршавања обавеза из уговора.⁶⁴

Ипак, познати професор Антонио Касесе није сматрао да се на тај начин крши међународно право. Заправо његов став је био да МКС не може да намеће обавезе државама нечланицама Римског статута. Статутарни основ (чл. 12) за вршење надлежности МКС над било којим лицем које је учинило злочин на територији државе чланице (или државе која је прихватила надлежност МКС), Касесе је окарактерисао као супститут за вршење надлежности од стране те државе.⁶⁵

Поменута питања надлежности МКС су од значаја за изручење потенцијалних учинилаца међународних кривичних дела и у непосредној су вези са практичном применом института

⁶⁰ M. Vagias, *The Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court – Certain Contested Issues*, Ph.D. Thesis, Bynkers Hoek Publishing, 2011, 119.

⁶¹ Б. Тубић, С. Радојчић. *op. cit.*, 217. Коначно, такав развојни пут примене чл. 12(2)(а) има одређен утицај и на посматрање сложених кривичних дела, потенцијално извршених у дислоцираном окружењу, са територије држава нечланица.

⁶² Burundi, *op. cit.*, 93, пара. 194.

⁶³ Y. S. Kim, "The Preconditions to the Exercise of the Jurisdiction of the International Criminal Court: With Focus on Article 12 of the Rome Statute," *Michigan State University-DCL Journal of International Law*, 1/1999, 48.

⁶⁴ B. J. Lee, "The International Criminal Court," *Florida Coastal Law Journal*, 1/2000, 197–202, 198.

⁶⁵ A. Cassese, *op. cit.*, 160. У ситуацији где је територијална надлежност неспорна, Касесе је легитимисао персоналну надлежност МКС над држављанима трећих држава.

имунитета у раду МКС. У Преамбули Римског статута указано је на потребу да се промени "досадашња пракса некажњавања" за најтежа кривична дела "за која је забринута међународна заједница". По природи ствари ради се о носиоцима високих јавних – цивилних или војних функција. То није само теоријска претпоставка, него и премиса потврђена у пракси међународних кривичних судова. Сходно томе, важно је указати на различита тумачења и могућности примене релевантних чланова Римског статута. Анализирани одредбе имају суштински значај у ефективном успостављању надлежности МКС над држављанима држава нечланица.

5. ИМУНИТЕТИ НОСИЛАЦА ЈАВНИХ ФУНКЦИЈА И ОБАВЕЗЕ ДРЖАВА ПО МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

Вршење персоналне надлежности над држављанима нечланица Римског статута посебно је важно питање. Као такво имплицира разматрање поштовања суверенитета држава, кодификованих норми међународног права уговора и правила којима је уређен имунитет највиших државних званичника, а све у светлу јурисдикционих принципа дефинисаних у чл. 12 Римског статута. Поред већ анализираних дилеме о дејству Римског статута на треће државе, посебно је битно питање института међународноправног имунитета, као препреке за успостављање надлежности над "високо позиционираним" функционерима државе.

Носиоци високих јавних функција међународним правом су заштићени имунитетом од кривичног гоњења. Тако је Бечком конвенцијом о дипломатским односима прописано да дипломатски агент ужива имунитет од кривичног гоњења органа државе код које је акредитован⁶⁶, а што представља кодификовано обичајно правило међународног права.⁶⁷

У међународној пракси, али и доктрини, неподељен је став о немогућности суђења актуелном носиоцу високе јавне функције друге државе, кога штити имунитет *ratione personae*.⁶⁸ Римски статут, такође, уређује овај значајан аспект односа МКС и држава, у међународноправном, али и кривичнопроцесном смислу. Чл. 27 носи наслов *ирелевантност имунитета носилаца јавне функције*. Овом одредбом експлицитно је дефинисано да се Римски статут једнако примењује на сва лица, без обзира да ли су носиоци јавне функције, укључујући шефа државе или председника владе.⁶⁹ Језички тумачећи ову одредбу, не ствара се велики простор за недоумице о њеном материјалноправном домашају и практичној примени.

Но, ту долазимо до две спорне тачке. Прва се огледа у општим правилима о неповредивости личности и јурисдикционом имунитету нпр. председника државе. Друга тачка

⁶⁶ *Vienna Convention on Diplomatic Relations and Optional Protocol on Disputes, Done at Vienna, April 18, 1961*: Бечка конвенција о дипломатским односима, чл. 31. Према чл. 37 исте Конвенције, то се односи и на чланове породице дипломатског агента, под условом да нису држављани државе пријема.

⁶⁷ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Dem. Rep. Congo v. Belg.)* (Feb. 14, 2002), 41 *ILM* 536 (2002), 52.

⁶⁸ D. Akande, "International Law Immunities and the International Criminal Court," *American Journal of International Law*, 3/2004, 407–433, 411. Једна од темељних одлука у том погледу, настала је пред Међународним судом правде у спору Конга против Белгије. Овом пресудом је потврђено да се личности попут шефа државе, премијера и министра спољних послова, по природи своје функције уживају апсолутни имунитет од кривичног гоњења других држава. *Arrest Warrant, op. cit.*, 53–54

⁶⁹ Римски статут, чл. 27: "1) Овај Статут се примењује једнако на сва лица без прављења разлике по питању да ли су они носиоци јавне функције или не. Посебно, јавна функција председника државе или власе, члана владе или парламента, изабраног представника или владиног службеника, неће ни у ком случају представљати основ да се то лице изузме од кривичне одговорности, по овом Статуту, нити јавна функција, сама по себи, представља основ за блаже кажњавање. 2. Имуитет и друга посебна права која се изводе из јавне функције, чији су носиоци било по националном или међународном праву, не представља препреку за Суд да у односу на та лица поступа у складу са својим надлежностима."

за разматрање је чл. 98 Римског статута и његов однос са претходно поменутичл. 27. Наиме, одредбом из чл. 98 утврђено је да МКС не може да реализује захтев за изручење или помоћ државе, уколико би то имплицирало њено поступање супротно обавезама по међународном праву у вези са државним или дипломатским имунитетом.⁷⁰ Наравно, ово правило може да буде дерогирано пристанком треће државе, односно укидањем имунитета.⁷¹

Као једно од могућих тумачења односа ова два члана у Римском статуту, истичемо следећи став. Решење колизионе проблематике заснива се на чињеници *да ли је одређена држава чланица Римског статута или није*. У погледу држава чланица, екстензивна формулација из чл. 27, која одриче релевантност имунитета носилаца јавних функција у односу на све статутарне одредбе, отклања препреку прописану у чл. 98. Са друге стране, држављани држава нечланица, у светлу чл. 12(2)(а) Римског статута нису лишени јурисдикционе заштите прописане у чл. 27.⁷²

Исти аутор указује на два аспекта имунитета – *ratione personae* и *ratione materiae* – и на њихову примену код осумњичених за најтежа кривична дела (*core crimes*). Персонални имунитет штити државне званичнике док врше високе јавне функције. Функционални имунитет их штити од гоњења за акте учињене у службеном својству (*acte jure imperii*). Стога нпр. бивши шеф државе ужива само функционални имунитет, осим за најтеже злочине, укључујући кршење перемпторних норми међународног права (*jus cogens*). Сходно томе, нико ко је учинио таква дела није заштићен имунитетом од гоњења.⁷³

Важна одлука у формирању наведеног принципа примене имунитета у међународном праву, донета је у предмету против бившег чилеанског председника Пиночеа. Дом лордова је заузео став да Пиноче није заштићен имунитетом, јер се радило о оптужбама за тортуру, узимање талаца и друге злочине против човечности.⁷⁴ Оцењено је како је ова одлука позитивно утицала на гоњење учинилаца тешких међународних кривичних дела⁷⁵, те да упркос практичним потешкоћама у аличним случајевима, не би требало занемарити њен значај.⁷⁶

⁷⁰ Практично ова одредба не ствара непосредно права и обавезе, ни за државе чланице Римског статута, нити за нечланице. Самим тим остаје отворена могућност државама чланицама да закључују уговоре који ће фактички преклудирати извршавање налога за хапшење МКС. С. Ј. Tan Jr., "The Proliferation of Bilateral Non-Surrender Agreements among Non-Ratifiers of the Rome Statute of the International Criminal Court", *American University International Law Review*, 5/2004, 1126.

⁷¹ Римски статут, чл. 98: "1. Суд не може да настави са спровођењем захтева за изручење или помоћ која би захтевала од државе да поступа противно својим обавезама по међународном праву а везано за државни или дипломатски имунитет лица или власништва треће државе, осим ако Суд претходно не добије пристанак на сарадњу те треће државе о укидању имунитета. 2. Суд не може да настави са спровођењем захтева за изручење који би захтевао од државе којој је захтев упућен да поступа противно својим обавезама према међународним уговорима према којима се тражи пристанак државе да преда тражено лице Суду, осим ако Суд пре тога не добије пристанак на сарадњу од те државе везано за давање пристанка на предају."

⁷² S. Wirth, "Immunities, Related Problems, and Article 98 of the Rome Statute," *Criminal Law Forum*, 4/2001, 457.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ A. A. Senghore, "The Scope and Extent of the Immunity of Heads of State and Government under International Human Rights Law: A Brief Analysis of the House of Lords Judgement in the Pinochet Extradition Case", *University of the Gambia Law Review*, 1/2018, 104.

⁷⁵ A. D. Mitchell, "Leave Your Hat On - Head of State Immunity and Pinochet," *Monash University Law Review*, 25/1999, 252.

⁷⁶ R. Swain, "A Discussion of the Pinochet Case (House of Lords Decision of 24 March 1999) Noting the Juxtaposition of International Relations and International Law Perspectives," *Nordic Journal of International Law*, 3/2000, 242.

6. МОГУЋНОСТИ УСПОСТАВЉАЊА НАДЛЕЖНОСТИ МКС НАД ДРЖАВАМА НЕЧЛАНИЦАМА

Проблематика подвођења држава нечланица под правни режим успостављен Римским статутом виђена је и као сукоб "идеологије патриотизма" и "идеологије глобализма".⁷⁷ Поред суштинских међународноправних дилема о положају трећих држава и њихових држављана пред МКС, поставља се и питање кривичног материјалног права које се у таквој консталацији примењује. У научном дискурсу наилазимо на став да би МКС морао да дефинише материјалноправне одредбе тако да буду у складу са обичајним правилима међународног права и уговорним обавезама држава нечланица.⁷⁸

6.1. Сједињене Америчке Државе и МКС

Пример односа званичне политике и стручне јавности у САД према овом питању, илуструје низ аргумената *contra* проширеног дејства Римског статута на државе нечланице. Такође, САД су веома инволвиране у међународне оружане сукобе, што се односи на период након усвајања Римског статута, нарочито почетком 21. века. Од укупно 148 држава које су учествовале на конференцији у Риму, само седам је гласало против усвајања текста Статута МКС⁷⁹. Међу њима су биле и САД, а што није утицало на накнадно потписивање текста Римског статута од стране америчког председника 2000. године. Ипак то је био највећи степен инклинације ка сарадњи са МКС.

Већ 2002. године, након што је Римски статут ступио на правну снагу, председник САД упутио је ноту Генералном секретару УН. Тим путем Генерални секретар УН је упознат са повлачењем потписа САД, те да ова држава нема намеру да прихвати било коју обавезу из Римског статута.⁸⁰ Имајући у виду озбиљност обавеза које проистичу из овог уговора, те димензије оружаног сукоба у којим су учествовале САД, очигледно је вођено рачуна о чл. 18 Бечке конвенције о праву уговора. Према наведеној одредби држава потписница уговора, дужна је да се уздржи од поступања супротног његовом предмету и циљу.⁸¹ Осим криминално-политичких, дискурс у америчкој стручној јавности упућује нас и на правно-догматске разлоге снажног отклона од надлежности МКС над држављанима САД.⁸²

Недуго након усвајања текста Римског статута, неки од основних приговора САД односили су се на концепт надлежности МКС, могућности успостављања надлежности

⁷⁷ C. I. Keitner, "The ICC and Non-Party States: Consistency and Consensus Revisited", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 3/2019, 633.

⁷⁸ K. M. Junius, "Exercising Jurisdiction at the Edge - What Happens next? An Analysis of International Criminal Substantive Law as Applied to Non-Party State Nationals", *Military Law Review* 3/2020, 387.

⁷⁹ Поред САД, против су још гласале Кина, Либија, Ирак, Израел, Катар и Јемен. M. P. Scharf, "Results of the Rome Conference for an International Criminal Court", *American Society of International Law*, 10/1998, <https://www.asil.org/insights/volume/3/issue/10/results-rome-conference-international-criminal-court>, 15.05.2023.

⁸⁰ Human Rights Watch, United States "Unsigning" Treaty on War Crimes Court, <https://www.hrw.org/news/2002/05/06/united-states-unsigning-treaty-war-crimes-court>, 15. мај 2023.

⁸¹ Бечка конвенција о уговорном праву, чл. 18: "Држава треба да се уздржи од аката који би лишили уговор његовог предмета и његовог циља: а) ако је потписала уговор или разменила инструменте који сачињавају уговор под резервом ратификације, прихватања или одобравања све док не испољи намеру да не постане чланица уговора; или б) ако је изразила свој пристанак да буде везана уговором у периоду који претходи ступању на снагу уговора и под условом да се то ступање на снагу без разлога не одложи."

⁸² Ова група разлога почива првенствено на поставкама англосаксонског права, које су у хибридном облику и ограниченом степену инкорпорисане у Римски статут.

над државама нечланицама и улоге Савета безбедности УН⁸³. Истакнуто је и питање "прецизно и адекватно" дефинисаних ратних злочина. Поред тога, приговори су били усмерени на инкриминисање злочина агресије (због сложености дефиниције злочина), те на питање значајне ширине тужиоцевих овлашћења.⁸⁴ На Пекиншком симпозијуму (о компаративној студији међународног кривичног права и Римског статута) одржаном 2003. године, професор Шефер је у име САД истакао посебан скептицизам према поштовању (америчких) уставних гаранција и права окривљеног у поступку пред МКС.⁸⁵

Као "највећа препрека" за приступање Римском статуту, наведен је чл. 12 Статута којим је дефинисана надлежност МКС.⁸⁶ Становиште САД је да, читајући дословно текст овог члана, МКС може да успостави надлежност над припадницима оружаних снага САД, ангажованих у страним државама.⁸⁷ Поводом овог питања, САД су предложиле да се успостави услов престанка државе осумњиченог, за вршење персоналне надлежности, што је одбијено.⁸⁸

Интересантан је предлог пет сталних чланица Савета безбедности УН о десетогодишњем транзиционом периоду након ступања Римског статута на правну снагу. Суштина предлога била је могућност оптирања држава чланица између подвргавања под надлежност МКС за ратне злочине или за злочине против човечности (*op-out*). Исти предлог искључивао је надлежност МКС над државама нечланицама, али је одбијен већином гласова чланица Савета безбедности УН.⁸⁹ Упркос наведеним приговорима, МКС је у својим званичним ставовима оснажио идеју вршења надлежности над трећим државама, тј. њиховим држављанима.

6.2. Релевантна пракса Међународног кривичног суда

Практичну димензију питања обрађених у овом раду, можемо наћи у поступању МКС у две специфичне ситуације. Ситуација у Палестини је веома хетерогена, са међународноправног гледишта. У светлу досадашњег (не)поступања тужиоца МКС, усвојен је значајан број одлука у односу на Палестину. Стога је у фокусу ове анализе правни положај Палестине као државе нечланице МКС. Такође, Украјина није чланица Римског статута. Прихватила је надлежност МКС у форми две *ad hoc* изјаве. Украјина је тренутно

⁸³ Одређени аспекти пријава спорних ситуација МКС од стране Савета безбедности и даље се сматрају нерешеним и недовољно истраженим. Нпр. да ли су материјалноправне одредбе Римског статута и видови кривичне одговорности обавезујући за појединце у конкретном случају. Т. S. Dias, "The Nature of the Rome Statute and the Place of International Law before the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, 3/2019, 510–511.

⁸⁴ В. J. Lee, *op. cit.*, 198. Посебно је занимљиво да су САД сматрале да само Савет безбедности или држава могу да иницирају покретање истраге, а не и тужилац. Имајући у виду англосаксонску правну традицију, адверзијални поступак и улогу тужиоца, ради се о специфичном приговору. Штавише, тужилац МКС, у светлу овлашћења из чл. 17 Римског статута, назван је "омбудсманом за људска права" отвореним за пријем притужби од свих извора. Познати професор Антонио Касесе оценио је годину дана након усвајања Римског статута да тужилац МКС представља како странку у поступку, тако и независан орган правде који тражи да се утврди истина (*truth-seeker*). А. Cassese, *op. cit.*, 168.

⁸⁵ L. Yan, "The Beijing Symposium on the Comparative Study of International Criminal Law and the Rome Statute", *Chinese Journal of International Law*, 1/2004, 312–313.

⁸⁶ О питању територијалне и персоналне надлежности МКС, детаљije је говори у поглављу 3.

⁸⁷ Y. S. Kim, "The Preconditions to the Exercise of the Jurisdiction of the International Criminal Court: With Focus on Article 12 of the Rome Statute", *Michigan State University-DCL Journal of International Law*, 1/1999, 47.

⁸⁸ D. J. Scheffer, "Developments at the Rome Treaty Conference", *US Department of State Dispatch*, 7/1998, 20.

⁸⁹ Brian J. Lee, *op. cit.*, 199.

учесница у оружаном сукобу са Руском Федерацијом, која није чланица МКС и није прихватила надлежност на било који начин. МКС је издао налог за хапшење актуелног председника Руске Федерације. Сходно томе, неминовно смо усмерени на анализу проблемских питања овог рада и практичног положаја држава нечланица пред МКС.

6.2.1. Ситуација у Палестини

Активности Палестине пред МКС можемо да поделимо у две етапе. Прва је започела изјавом палестинског министра правде о прихватању надлежности МКС у складу са чл. 12(3) Римског статута.⁹⁰ Након трогодишњег разматрања палестинске изјаве, тужилац МКС објавио је да Палестина и даље нема дефинисан државноправни статус. Због тога је навео да Уједињене нације имају надлежност да дефинишу да ли је Палестина испунила критеријуме државности у међународноправном смислу.⁹¹ Тадашњи статус Палестине у УН, није био држава нечланица, већ само "посматрач".⁹²

Недуго након тога, 29.11.2012. године, Генерална скупштина УН усвојила је Резолуцију 67/19 којом је Палестини додељен статус нечланице – државе посматрача.⁹³ Посебно је истакнуто право на самоопредељење и независност палестинског народа на територији окупираној од стране Израела од 1967. године. С тим у вези, Палестина је 2014. године упутила нову изјаву о прихватању надлежности МКС по основу чл. 12(3).⁹⁴ Ова изјава је прихваћена од стране МКС као пуноважна *pro futuro*.⁹⁵

Следствено поступање тужиоца резултирало је у захтеву упућеном претпретресном већу да се изјасни о томе да се под "територијом" на којој се путем чл. 12(2)(а) успоставља надлежност, обухвата Западну обалу, укључујући Источни Јерусалем и Газу.⁹⁶ Одлуком претпретресног већа I од 05.02.2021. године потврђено је да се терито-

⁹⁰ Palestinian National Authority, Ministry of Justice, Declaration Recognizing Jurisdiction of the International Criminal Law, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/74EEE201-0FED-4481-95D4-C8071087102C/279777/20090122PalestinianDeclaration2.pdf>, 15. мај 2023.

⁹¹ International Criminal Court, Situation in Palestine, Official Statement, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/C6162BBF-FEB9-4FAF-AFA9-836106D2694A/284387/SituationinPalestine030412ENG.pdf>, 15. мај 2023. године.

⁹² Тужилац, у циљу вршења надлежности сходно чл. 12 Римског статута, може да поступа само према државама, које то несумњиво јесу, те нема мандат да дефинише појам државе ради примене чл. 12(3). Иако судске институције имају аутономно право да одлучују о својој надлежности, чл. 12 Римског статута ничим не овлашћује МКС да у оквире његове примене укључује недржавне ентитете, креирајући специјално значење појмова. М. N. Shaw, "The Article 12(3) Declaration of the Palestinian Authority, the International Criminal Court and International Law", *Journal of International Criminal Justice*, 2/2011, 301-324, 311-312.

⁹³ UN General Assembly, Status of Palestine in the United Nations: resolution / adopted by the General Assembly, 4 December 2012, A/RES/67/19 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/479/74/PDF/N1247974.pdf?OpenElement>, 15. мај 2023.

⁹⁴ President of the State of Palestine, Declaration Accepting the Jurisdiction of the International Criminal Court, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Palestine_A_12-3.pdf, 15. мај 2023.

⁹⁵ О томе постоје опречни ставови. Износимо тумачење према коме палестинско "постигнуће" у Генералној скупштини УН није могло да учине на јурисдикциона питања МКС. Наведено је да Палестина није држава у уобичајеном смислу речи, затим да је потребно размотрити однос статуса државе нечланице УН и суверенитета, односно постојања државности Палестине. Коначно, наводи се да би само пуноправно чланство у УН могло да резултира успостављањем надлежности МКС у Палестини. Z. Saltzman, "Much Ado about Nothing: Non-Member State Status, Palestine and the International Criminal Court", *St. John's Journal of International & Comparative Law*, 2/2013, 169–170.

⁹⁶ ICC, Situation in the State of Palestine, Pre-Trial Chamber I, *Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine*, 22 January 2020, ICC-01/18-12-22-01-2020 1/112 RH PT, 111, 220.

ријална надлежност МКС простире на територије окупиране које су под окупацијом Израела од 1967. године.⁹⁷ Веће се између осталог позвало на право на самоопредељење, које је у погледу окупиране палестинске територије експлицитно признато од стране различитих међународних тела. Можемо констатовати да успостављање територијалне надлежности МКС у овом случају, води ка тумачењу и синтези фундаменталних појмова међународног права, оличених у питању државности и граница Палестине.

Конкретизација елемената надлежности МКС даље неизоставно води ка питању персоналне надлежности. У контексту потенцијалних осумњичених лица за злочине на предметној територији, МКС је већ заузео одређено становиште. Врло специфичан случај пред МКС тицао се дешавања на бродовима флотиле која је са хуманитарном помоћи била упућена у Појас Газе. Тужичево разматрање одлуке о покретању истраге, након неколико ревидирања и поступака по жалби, није резултирало покретањем истраге. Али оно што је за предмет овог рада важније, тужилац је експлицитно навео да МКС може да врши надлежност над држављанима Израела, иако се ради о држави нечланици, уколико је дело учињено на броду регистрованом у држави чланици.⁹⁸ Поводом тога, присутни су ставови да се ради о директном кршењу међународног обичајног права, те да МКС није суверен ентитет по себи, следствено чему не може да врши утицај на права трећих држава без њиховог пристанка.⁹⁹ Управо ово питање је, заједно са питањем имунитета шефа државе, централна одредница отворених питања у вези са одлуком МКС у ситуацији у Украјини.

6.2.2. Ситуација у Украјини

Кад је у питању положај Украјине као државе нечланице Римског статута, такође налазимо неколико сложених питања међународног права, у теоријском и практичном смислу. Попут Палестине, Украјина је поднела две декларације о прихватању надлежности МКС, али наравно не из истих разлога. Декларација од 09.04.2014. године имала је ограничену временску надлежност, практично за тромесечни период.¹⁰⁰ Друга декларација упућена МКС 08.09.2015. године, односи се на све акте учињене након 20.02.2014. године, и садржи прецизније одређење потенцијалних учинилаца.¹⁰¹ Након предистра-

⁹⁷ ICC, Situation in the State of Palestine, Pre-Trial Chamber I, *Public Decision on the 'Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine'*, 5 February 2021, ICC-01/18-143-05-02-2021 1/60 EC PT, 123.

⁹⁸ International Criminal Court, Office of the Prosecutor, *Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia Article 53(1) Report*, 6 November 2014, 5, 14.

⁹⁹ J. A. Sekulow, R. W. Ash, "An Unlawful Overreach: Trying Nationals of Non-Consenting, Non-Party States before the International Criminal Court", *Florida Journal of International Law*, 1/2014, 1-24, 17. Аутори изnose и супротне ставове о томе да постоји обичајно правно правило – дужност да се обезбеди поштовање међународног хуманитарног права, које би се могло тумачити као обавеза сарадње са МКС. R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2015, 524.

¹⁰⁰ У питању је период од 21.11.2013. године до 22.02.2014. године. Embassy of Ukraine to the Kingdom of Netherlands, 09 April 2014 <https://www.icc.cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/997/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf>, 15. мај 2023.

¹⁰¹ Minister of Foreign Affairs of Ukraine, Declaration in conformity with Article 12(3) of the Rome Statute, https://www.icc.cpi.int/sites/default/files/iccdocs/other/Ukraine_Art_12_3_declaration_08092015.pdf#search=ukraine, 15. мај 2023.

жних радњи, тужилац МКС је крајем 2020. године објавила да сматра како су статутарни основи за покретање истраге испуњени.¹⁰²

О персоналном имунитету, укључујући и положај шефа државе, већ је било речи. У том контексту, евентуално суђење актуелном шефу државе, сматра се угрожавањем могућности државе да испуни своје функције, укључујући и одржавање мира.¹⁰³ Позивајући се на поменути став своје претходнице, нови тужилац МКС саопштио је 28.02.2023. године да ће упутити већу захтев за покретање истраге у Украјини. Након иницирања овог питања од стране 39 држава, стекли су се процесни услови да тужилац даље непосредно поступа у истражном поступку.¹⁰⁴ На линији наведеног развоја ситуације у Украјини, претпретресно веће II издало је налог за хапшење Владимира Путина, председника Руске Федерације. У овој одлуци наводи се да постоји основ сумње да извршен ратни злочин у виду незаконитог протеривања или пресељавања лица, као и "незаконито пресељење популације (дече) са окупираних територија Украјине у Руску Федерацију."¹⁰⁵

Знајући већ изнете дилеме о појединим аспектима територијалне и персоналне надлежности МКС, износимо неколико запажања. Налог за хапшење се односи на актуелног шефа државе нечланице Римског статута, а основ сумње се односи на ратни злочин, не укључујући кршење когентних норми међународног права. Према саопштењу тужиоца, радња је предузета на територији Украјине, а последице су наступиле на територији Русије. Као и у неким претходно анализираним ситуацијама у овом раду, поставља се питање примене или кршења имунитета шефа државе и уопште вршења надлежности МКС над држављанима држава нечланица.¹⁰⁶ Такође, остаје простор до потпуно уређења концепта "територијалности" које ће, у светлу термилошки неједначеног коришћења термина радња и кривично дело у чл. 12(2)(а), МКС остварити у свом практичном деловању.¹⁰⁷ Стога је врло упитно какве су објективне могућности реализације издатог налога за хапшење и колико су легитимни поједини напред наведени аспекти овог акта.

¹⁰² International Criminal Court, Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on the Conclusion of the Preliminary Examination in the Situation in Ukraine, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-fatou-bensouda-conclusion-preliminary-examination-situation-ukraine>, 15. мај 2023.

¹⁰³ S. Wirth, *op. cit.*, 457.

¹⁰⁴ International Criminal Court, Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: Receipt of Referrals from 39 States Parties and the Opening of an Investigation, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-receipt-referrals-39-states>, 15. мај 2023.

¹⁰⁵ International Criminal Court, Situation in Ukraine: ICC Judges Issue Arrest Warrant against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova, <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>, 15. мај 2023.

¹⁰⁶ Стручни текстови на ову тему указују да је развојни пут праксе МКС на становишту да државе чланице ипак имају обавезу да ухапсе Владимира Путина, али се таква "еволуција" међународног обичајног правила истовремено назива "веома контроверзном". Y. Liu, "Do States Party to the International Criminal Court Statute have the Obligation to Arrest Vladimir Putin", *EJIL Talk, Blog of the European Journal of International Law*, <https://www.ejiltalk.org/do-states-party-to-international-criminal-court-statute-have-the-obligation-to-arrest-vladimir-putin/> 15. мај 2023. Оцењено је такође да се државе чланице, конкретно Јужноафричка Република, ставља у правно и политички незахвалан положај од стране МКС, издавањем налога за хапшење актуелног шефа државе, у одсуству одлуке Савета безбедности. Н. Woolaver, "South Africa and the ICC Arrest Warrant for Vladimir Putin: Deja Vu All Over Again", *EJIL Talk, Blog of the European Journal of International Law*, <https://www.ejiltalk.org/south-africa-and-the-icc-arrest-warrant-for-vladimir-putin-deja-vu-all-over-again/>, 15. мај 2023.

¹⁰⁷ У том домену незаобилазно је питање хибридних облика успостављања надлежности у међународном кривичном правосудју. У неким ситуацијама, то је практичан, а можда и једини начин да се успостави надлежност неке међународне или бар интернационализоване судске институције на одређеној територији. Ипак, потребан је опрез, јер мешовита правна природа било ког инструмента или судске инстанце, не оправдава

7. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

У одређеној мери, стиче се утисак да су, у систему рада МКС, државе нечланице некада значајније од држава чланица Римског статута. МКС у разним ситуацијама долази у гранично поље свог делокруга и надлежности, где се као препрека јавља статус и правни положај држава нечланица. Међу њима се налазе најмоћније државе попут Кине, САД и Руске Федерације. Фактички значај ових чињеница и реалне импликације на свеукупан рад МКС су велике. Такође, анализирани правнотеоријске несугласице и правнотехничке неусаглашености не смеју бити занемарене. Идеја "глобалног" и сталног кривичног суда имплицира сусрет различитих правних система, традиција и института. Поље хармонизације налазимо у међународном праву, нарочито међу обичајним правним правилима. Она по својој природи подразумевају сагласност држава и устаљену праксу примењивања, нарочито је битно – судску праксу. Ипак, из анализираних питања јасно је да то није довољно за ефикасно функционисање међународног кривичног правосуђа. Чак наилазимо на ставове да су битни елементи рада МКС – успостављање надлежности - супротстављени обичајним правилима међународног права. Наравно, слобода научног дискурса погодује широком спектру легитимно заснованих ставова. Неизоставно неки од њих носе печат правног круга или државе у којој су настали. И то је легитимна појава, у оквирима логички утемељених и на нормама заснованих ставова.

Примери попут Филипина, Јужноафричке Републике, Палестине, Украјине, САД, Руске Федерације итд. сведоче о сложености односа МКС и држава нечланица. Сведоче и о различитим правима и обавезама које чине садржај тог односа. Несумњиво нам сугеришу да ће значај овог питања бити само већи у будућности, а да је у досадашњој еволуцији обухватио читав низ материјалних и процесних института. Стиче се утисак да експлицитна инклинација МКС ка "широком захвату" своје надлежности, а нарочито персоналне, узрокује снажне контрааргументе држава нечланица и не доприноси процесу конвергенције.

Остаје отворено питање могућности суђења држављанима држава нечланица, а поготово носилаца јавних функција тих држава. Концепт суверенитета држава наизлази на веома хетероген амбијент који је створен, у овом раду приказаним, одлукама МКС. То даље значи да се имплицитно преиспитују или бар на неки начин модификују елементарне поставке међународноправног поректа. Тако значајни правни подухвати, нарочито у области права која је у директној вези са међународним оружаним сукобима широких размера, имају своје како ерозивне и тако нагле покрете. По свему до сада виђеном, те две групе елемената се међусобно преплићу у једном сложеном систему, који ипак није достигао жељени ниво правне сигурности. У томе остаје значајан простор да се кроз нормативну и судску активност, систем међународног кривичног правосуђа учини кохерентнијим, у интересу свих. Свака нормативна активност требало би да буде системски прихватљива међу постојећим правилима и начелима.

конгломерат без легитимитета, као нпр. кад се ради о *Специјализованим већима Косова*. "Формирање Специјализованих већа и Специјализованог тужилаштва Косова је вешт маневар Европске уније (вероватно и САД) којим се поред формирања снажног механизма политичког притиска, одговорност за спровођење истрага и вођења кривичних поступака у вези са злочинима обухваћеним извештајем Савета Европе са ЕУЛЕКС-а пребацује на "правосуђе Косова" које су сами креирали, у оквиру "уставног система" формираног у потпуној супротности са Резолуцијом Савета безбедности 1244 (1999) и званичном позицијом Савета Европе по питању статуса Косова". А. В. Гајић, "Природа и статус Специјализованих већа и Специјализованог тужилаштва Косова: Пројекат Европске уније спроведен по "прописима Косова", *CRIMEN: Часопис за кривичне науке*, 3/2022, 231-246, 239.

Стога је можда елегантније размишљати у правцу одређених хибридних судских формација, као супститута за "практично прекрајање" или "нормативно усложњавање" суштински важних одредби Римског статута. На тај начин би се, уз активну улогу Савета безбедности, одређене оружане ескалације ставиле под међународни оквир кривичне надлежности. А стални МКС би могао да несметано ради у "традиционалним" оквирима, у складу са општим правилима међународног права, све док већина држава чланица МКС заједнички не иновира одређена решења. Односно док неке битне државе на међународном плану, не формирају довољну политичку вољу и свест о међународној одговорности, за приступање Римском статуту.

ЛИТЕРАТУРА

- Akande D., "International Law Immunities and the International Criminal Court," *American Journal of International Law*, 3/2004, 407–433.
- Vagias M., *The Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court – Certain Contested Issues*, Ph.D. Thesis, Bynkers Hoek Publishing, 2011.
- Villiger M. E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.
- Wirth S., "Immunities, Related Problems, and Article 98 of the Rome Statute," *Criminal Law Forum*, 4/2001, 429–458.
- Гајић А. В., "Природа и статус Специјализованих већа и Специјализованог тужилаштва Косова: Пројекат Европске уније спроведен по "прописима Косова", *Crimen: Часопис за кривичне науке*, 3/2022, 231–246.
- Dias T. S., "The Nature of the Rome Statute and the Place of International Law before the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, 3/2019, 507–536.
- Етински Р., Ђајић С., Тубић Б., *Међународно јавно право*, Центар за издавачку делатност Правног факултета, Нови Сад, 2017.
- Yan L., "The Beijing Symposium on the Comparative Study of International Criminal Law and the Rome Statute", *Chinese Journal of International Law*, 1/2004, 305–318.
- Junius K. M., "Exercising Jurisdiction at the Edge - What Happens next? An Analysis of International Criminal Substantive Law as Applied to Non-Party State Nationals", *Military Law Review* 3/2020, 385–404.
- Keitner C. I., "The ICC and Non-Party States: Consistency and Consensus Revisited", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 3/2019, 629–634.
- Kim Y. S., "The Preconditions to the Exercise of the Jurisdiction of the International Criminal Court: With Focus on Article 12 of the Rome Statute," *Michigan State University-DCL Journal of International Law*, 1/1999, 47–90.
- Lee B. J., "The International Criminal Court," *Florida Coastal Law Journal*, 1/2000, 197–202.
- Mitchell A. D., "Leave Your Hat On - Head of State Immunity and Pinochet," *Monash University Law Review*, 25/1999, 225–256.
- Saltzman Z., "Much Ado about Nothing: Non-Member State Status, Palestine and the International Criminal Court", *St. John's Journal of International & Comparative Law*, 2 /2013, 163–209.
- Scheffer D. J., "Developments at the Rome Treaty Conference", *US Department of State Dispatch*, 7/1998, 19–22.
- Sekulow J. A., Ash R. W., "An Unlawful Overreach: Trying Nationals of Non-Consenting, Non-Party States before the International Criminal Court", *Florida Journal of International Law*, 1/2014, 1–24.
- Senghore A. A., "The Scope and Extent of the Immunity of Heads of State and Government under International Human Rights Law: A Brief Analysis of the House of Lords Judgement in the Pinochet Extradition Case", *University of the Gambia Law Review*, 1/2018, 102–108.
- Shaw M. N., "The Article 12(3) Declaration of the Palestinian Authority, the International Criminal Court and International Law", *Journal of International Criminal Justice*, 2/2011, 301–324.
- Ssenyonjo M., "State Withdrawal Notifications from the Rome Statute of the International Criminal Court: South Africa, Burundi and the Gambia," *Criminal Law Forum*, 1/2018, 63–120.
- Swain R., "A Discussion of the Pinochet Case (House of Lords Decision of 24 March 1999) Noting the Juxtaposition of International Relations and International Law Perspectives," *Nordic Journal of International Law*, 3/2000, 223–256.
- Tan Jr., C. J. "The Proliferation of Bilateral Non-Surrender Agreements among Non-Ratifiers of the Rome Statute of the International Criminal Court", *American University International Law Review*, 5/2004, 1115–1180.
- Тубић Б., Радојчић С., *Најважнија отворена питања успостављања надлежности Међународног кривичног суда*, *Liber amicorum проф. др Миленко Крећа: међународно јавно и кривично право у XXI веку*, (ур. Срето Ного), Удружење за међународно кривично право : Intermex, Београд, 2020, 210–233.
- Fitzmaurice M., *Third Parties and the Law of Treaties*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 6, 2002.

Cassese A., "The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections," *European Journal of International Law*, 1/1999, 144–171.

Cryer R., Friman H., Robinson D., Wilmshurst E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2015.

Шкулић М., *Међународно кривично право*, Центар за издаваштво Правног факултета, Београд, 2020.

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

H. Woolaver, "South Africa and the ICC Arrest Warrant for Vladimir Putin: Deja Vu All Over Again", *EJIL Talk, Blog of the European Journal of International Law*, <https://www.ejiltalk.org/south-africa-and-the-icc-arrest-warrant-for-vladimir-putin-deja-vu-all-over-again/>

Liu Y., "Do States Party to the International Criminal Court Statute have the Obligation to Arrest Vladimir Putin", *EJIL Talk, Blog of the European Journal of International Law*, <https://www.ejiltalk.org/do-states-party-to-international-criminal-court-statute-have-the-obligation-to-arrest-vladimir-putin/>

Scharf M. P., "Results of the Rome Conference for an International Criminal Court", *American Society of International Law*, 10/1998, <https://www.asil.org/insights/volume/3/issue/10/results-rome-conference-international-criminal-court>

* * *

Stefan Radojčić*

LEGAL STATUS OF NON-PARTY STATES OF THE ROME STATUTE BEFORE THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Summary

In a formal sense, a legal basis for acting of non-party states to the Rome Statute in accordance with statutory provisions, could be found in ad hoc acceptance of the ICC jurisdiction, a resolution of the Security Council, or some other treaty-based reason. That fact constitutes a two-side relation, that is to be observed from the point of view of the ICC, as well as of a so called third states. In that regard, there are two different approaches of states, dependent on their legal and political interests. Some states lodged ad hoc declaration on the acceptance of the ICC jurisdiction, even though they have not become state members to the Rome Statute. Also, certain states are consistent with the approach of rejecting of any obligation imposed by the ICC, in absence of an explicit consent of a state. In consideration of such a dualism, different but legitimate interpretations of statutory norms are noticeable. Certain influence of significant international judgements is present, however, the ICC has predominantly built its own legal system of the Rome Statute application. Hence, the analysis of the ICC jurisprudence is of utmost importance, when considering the situations regarding non-party states.

Keywords: International Criminal Court; Vienna Convention on the Law of Treaties; Immunity; Jurisdiction; Non-Party States.

* Lecturer, University of Novi Sad, Faculty of Law, s.radojic@pf.uns.ac.rs.

КРИВИЧНО ПРАВО

др Драган Јовашевић*

СУЗБИЈАЊЕ ПРИВРЕДНЕ КОРУПЦИЈЕ¹ -међународни стандарди и кривично право Републике Србије -

Апстракт: На бази универзалних, односно регионалних међународних стандарда бројна кривична законодавства, па тако и позитивно законодавство Републике Србије познаје више кривичних дела корупције. У савременом праву корупција није присутна само у обављању службене дужности и јавних овлашћења службених лица у државним органима, односно у другим органима јавне власти. Бројни су случајеви корупције у виду примања и давања мита у вези са привредним пословањем предузећа и других правних лица. Међу овим кривичним делима се издваја примање мита у вези са привредним пословањем. Ово кривично дело чини одговорно лице у правном лицу у обављању привредне делатности које захтева или прима поклон или другу корист или прима обећање поклоне или друге користи како би предузело или пропустило неку радњу из оквира свога овлашћења. На тај начин се проузрокује штетна последица за друго физичко или правно лице. У раду се на бази међународних стандарда анализирају појам, елементи, садржина, карактеристике и облици испољавања примања мита у привредном пословању као један од основних облика испољавања корупције.

Кључне речи: међународни стандарди, кривично дело, примање мита, привредно пословање, одговорно лице, одговорност, казна

1. УВОД

У глави тридесет трећој Кривичног законика Републике Србије (КЗ)² у оквиру кривичних дела против службене дужности предвиђена су кривична дела корупције (службеничка или чиновничка кривична дела). То су различити облици и видови испољавања злоупотребе службеног положаја или овлашћења од стране службених или одговорних лица којима се проузрокују штетне последице за слободу, права или имовину других физичких или правних лица, односно угрожава законито, ефикасно, квалитетно, уредно и благовремено обављање службене дужности. Међу основна, права, "чиста" корупцијска кривична дела у оквиру службених кривичних дела налазе се: а) примање мита – члан 367. КЗ (пасивно подмићивање) и б) давање мита – члан 368. КЗ (активно подмићивање).

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Нишу, емаил: jovas@prafak.ni.ac.rs

¹ Рад је настао као резултат истраживања на пројекту који финансира Правни факултет у Нишу под називом: "Одговорност у правном и друштвеном контексту" у периоду 2021–2025. године.

² *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

Поред корупције у јавном сектору, односно у државним органима, установама и јавним службама у кривичноправном систему Републике Србије су инкриминисана и кривична дела корупције у привредном пословању (поред кривичног дела давања и примања мита у вези са гласањем из члана 156. КЗ као кривичног дела против изборних права). То су кривична дела која су систематизована у глави двадесет другој под називом: "Кривична дела против привреде". На овом месту су прописана два кривична дела корупције: а) примање мита у обављању привредне делатности – члан 230. КЗ и б) давање мита у обављању привредне делатности – члан 231. КЗ. У основи ових инкриминација у националном кривичноправном систему се налазе одређени универзални или регионални међународни стандарди.

2. МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ СУЗБИЈАЊА КРИВИЧНИХ ДЕЛА КОРУПЦИЈЕ

Основне међународне стандарде за поједина национална кривична законодавства у области спречавања или сузбијања кривичних дела корупције постављају универзални међународни документи донети у оквиру Организације Уједињених нација.

Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала³ из 2000. године, у члану 8., одређује појам и елементе корупције.⁴ При томе је корупција дефинисана као форма испољавања или облик кривичног дела у оквиру организованог транснационалног криминала. Према овој дефиницији корупција представља "кривично дело које је учињено са намером (са умишљајем)⁵ у виду предузимања следећих делатности (члан 8.):⁶ а) обећање, понуда или давање државном службенику, посредно или непосредно, непримерене користи која је намењена лично учиниоцу или неком другом лицу или ентитету, како би тај службеник деловао или се уздржао од деловања у обављању својих службених дужности (давање мита) и б) тражење или прихватање од стране државног службеника посредно или непосредно, непримерене користи која је дата њему лично или другом лицу или ентитету, како би тај службеник деловао или се уздржао од деловања у обављању својих службених дужности (примање мита).⁷

Овај универзални међународни акт предвиђа обавезу за државе потписнице да у свом националном кривичном законодавству пропишу кривичну одговорност и кажњивост за два кривична дела корупције. То су: а) давање мита – активно подмићивање и б) примање мита – пасивно подмићивање. Примање мита, према овим решењима, се састоји у предузимању две алтернативно прописане радње извршења. То су: а) тражење или захтевање – усмено или писмено исказивање жеље за поклоном и б) прихватање – узимање у државину, детенцију. Овако одређене радње извршења се предузимају: а) од стране лица са посебним личним својством - државног службеника, б) на одређени начин - посредно или непосредно, в) у односу на одређени предмет – непримерену корист (имовинског, материјалног) или неимовинског, нематеријалног карактера), г) корист се тражи или прихвата лично од стране државног службеника или другог лица или ентитета и д) са одређеним циљем – како би државни службеник деловао (предузео активну, позитивну

³ *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 6/2001.

⁴ Б. Павишић, *Казнено право Вијећа Европе*, Голден маркетинг, Загреб, 2006, 259–261.

⁵ В. Ђ. Деган, Б. Павишић, *Међународно казнено право*, Правни факултет, Ријека, 2005, 202–208.

⁶ Д. Деренчиновић, *Коментар Конвенције УН против корупције*, Правни факултет, Загреб, 2005, 67–72.

⁷ Група аутора, *Кривично законодавство Републике Србије*, Интермекс, Београд, 2006, 1014–1019.

радњу) или се уздржао од деловања (предузео негативну, пасивну радњу) у обављању службених дужности.

Конвенција Уједињених нација против корупције⁸ из 2003. године на потпунији начин уређује област превенције и репресије различитих облика и видова испољавања корупције. У поглављу трећем под називом: "Инкриминисање и спровођење закона", између више кривичних дела корупције, налазе се: а) подмићивање домаћих јавних функционера (члан 15.), б) подмићивање страних јавних функционера (члан 16.), в) проневера, злоупотреба или друго нелегитимно коришћење имовине од стране јавног функционера (члан 17.), г) злоупотреба утицаја (члан 18.), д) злоупотреба функција (члан 19.), њ) незаконито богаћење (члан 20.), е) подмићивање у приватном сектору (члан 21.) и ж) проневера имовине у приватном сектору (члан 22.).

На овом месту ћемо изложити карактеристике кривичног дела корупције које је предмет нашега рада. То је: "Подмићивање у приватном сектору" (члан 21.). Ово кривично дело корупције се јавља у два облика испољавања⁹. То су: намерно, у обављању привредних, финансијских или комерцијалних делатности: а) давање мита које чини обећање, понуда или давање, посредно или непосредно, неоправдане користи било ком лицу које руководи или ради у било ком својству за неки ентитет у приватном сектору, том лицу лично или неком другом лицу да би то лице, кршењем својих дужности, чинило или се уздржало од чињења и б) примање мита које се састоји у тражењу или прихватању, посредно или непосредно, неоправдане користи од стране било ког лица које руководи или ради у било ком својству за неки ентитет у приватном сектору за то лице лично или за неко друго лице да би то лице, кршењем својих дужности, чинило или да би се уздржало од чињења.

Интересантно је решење Конвенције (члан 26.) које успоставља основе одговорности правних лица за кривична дела корупције под називом: "Одговорност правних лица". На овом су месту предвиђене следеће врсте одговорности за корупцију. То су: а) кривична, б) грађанско-правна и в) управна одговорност. Но, за кривична дела корупције ова Конвенција прописује обавезу држава уговорница да пропишу и одговорност за: а) покушај кривичног дела – умишљајно започињање радње извршења дела, али без наступања последице и б) учешће (саучесништво) у виду: подстрекавања и помагања¹⁰.

Поред универзалних међународних докумената сузбијањем кривичних дела корупције баве се и регионални (европски) документи донети у оквиру Савета Европе.

Тако Кривичноправна конвенција о корупцији¹¹ из 1999. године обавезује државе потписнице да у националном кривичном законодавству предвиде кривична дела корупције, прописујући систем кривичне одговорности за њихове учиниоце односно врсте и мере казни. То су следећа кривична дела корупције¹²: а) активно подмићивање домаћих државних службеника (члан 2.), б) пасивно подмићивање домаћих државних службеника (члан 3.), в) подмићивање чланова домаћих јавних скупштина које врше законодавну или административну власт (члан 4.), г) подмићивање страних државних слу-

⁸ Службени лист Србије и Црне Горе – Међународни уговори, бр. 12/2005.

⁹ В. Ђ. Деган, Б. Павишић, В. Беширевић, *Међународно и транснационално кривично право*, Службени гласник, Београд, 2011, 304–306.

¹⁰ Д. Деренчиновић, *Казненоправни садржаји у супростављању корупцији*, Правни факултет, Загреб, 2000, 56–73.

¹¹ Службени лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 2/2002 и 18/2005.

¹² Б. Павишић, К. Камбер, И. Парента, *Казнено право Вијећа Европе*, Парадокс, Ријека, 2016, 170–175.

жбеника (члан 5.), д) подмићивање чланова страних јавних скупштина (члан 6.), ђ) активно подмићивање у приватном сектору (члан 7.), е) пасивно подмићивање у приватном сектору (члан 8.), ж) подмићивање службеника међународних организација - службеника или другог лица које је запослено по основу уговора у било којој јавној међународној или наднационалној организацији или органу) (члан 9.), з) подмићивање чланова међународних парламентарних скупштина међународних и наднационалних организација (члан 10.), и) подмићивање судија и службеника међународних судова (члан 11.) и ј) трговина утицајем (члан 12.). Систем међународних стандарда за сузбијање кривичних дела корупције допуњава Грађанскоправна конвенција против корупције¹³ из 1999. године.

Пасивно подмићивање у приватном сектору (члан 8.) представља специфично кривично дело корупције. Оно се састоји у намерном (умишљајном) тражењу или примању, током обављања пословне активности, директно (непосредно) или индиректно (поседно) од стране било ког лица које руководи или које у било ком својству ради за ентитете приватног сектора, било какве незаслужене користи или обећања које је намењено њему лично или неком другом лицу или прихватање понуде или обећање такве користи како би деловало или се уздржало од деловања, а при томе кршило своје дужности. Ова Конвенција захтева од држава потписница да установе ефективна правна средства и механизме за лица која су претрпела штету насталу делима корупције, те да им омогуће заштиту и остварење права и интереса, па чак укључујући и могућност накнаде штете и компензације.

На бази наведених међународних стандарда бројна су национална законодавства у Европи, па тако и Република Србија, инкриминисала више кривичних дела корупције, а међу њима и корупцију у привредном пословању.

3. КРИВИЧНО ДЕЛО ПРИМАЊЕ МИТА У ОБАВЉАЊУ ПРИВРЕДНЕ ДЕЛАТНОСТИ

3.1. Појам и правна природа кривичног дела

Примање мита у обављању привредне делатности (члан 230. КЗ Србије) представља основно кривично дело привредне или економске корупције које се у правној теорији назива пасивно подмићивање или пасивна корупција у привредном пословању. Ово се дело¹⁴ састоји у непосредном или посредном захтевању или примању поклона или какве друге користи или у примању обећања поклона или какве друге користи за себе или другог при обављању привредне делатности да закључи уговор или да постигне пословни договор или да пружи услугу или да се уздржи од таквог деловања или да крши друге дужности у обављању привредне делатности на штету или у корист субјекта привредног пословања за које или у којем ради или на штету или у корист другог физичког или правног лица.

На више/мање сличан начин ово кривично дело са истоветним називом дефинишу и друга кривична законодавства држава у региону (држава које су настале распадом СФР Југославије).

¹³ *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 102/2007.

¹⁴ Д. Јовашевић, *Кривично право, Посебни део*, Досије, Београд, 2017, 326.

"Примање мита у привредном (господарском) пословању" (члан 252. Казненог закона Хрватске¹⁵) чини лице које у господарском (привредном) пословању захтева или прими мито или прихвати понуду или обећање мита за себе или за другога да приликом склапања или извршења посла или пружања услуге погодује другоме тако да проузрокује штету лицу које заступа или за кога ради или које посредује при таквом подмићивању. "Неовлашћено прихватање поклона (*Nedovoljeno sprejemanje daril*) - члан 241. Казенског законика Словеније¹⁶ предузима лице које у обављању привредне делатности за себе или за неког другог затражи или прихвати неовлашћену награду, поклон или другу корист или обећање или понуду такве користи да би занемарио корист своје организације или другог физичког лица ради стицања или одржавања пословне или друге неовлашћене користи или јој је причињена штета. На сличан начин члан 253. Кривични законик Северне Македоније¹⁷ дефинише кривично дело: "Неовластено примање подароци - Неовлашћено примање поклона" које чини лице које заступајући имовинске интересе правног лица, затражи или прими награду, поклон или другу корист да би закључио или не би закључио уговор или извршио или не би извршио другу радњу на штету правног лица чиме је за правно лице наступила већа материјална штета.

У члану 276а. Кривични законик Црне Горе¹⁸ предвиђа кривично дело: "Примање мита у привредном пословању" које предузима одговорно или друго лице које ради за или у привредном друштву или другом субјекту привредног пословања које за себе или другог, непосредно или посредно, захтева или прими мито или прихвати обећање мита да закључи уговор или постигне пословни договор или пружи услугу или да се уздржи од таквог деловања на штету или у корист привредног друштва за које или у којем ради или другог лица. Коначно, члан 246а. Кривични закон Брчко дистрикта Босне и Херцеговине¹⁹ под називом: "Примање дара или друге користи у обављању привредне или друге делатности" одређује да ово кривично дело чини лице које при обављању привредне или друге делатности за себе или другог, непосредно или посредно, захтева или прими поклон или другу корист или које прими обећање поклона или друге користи да закључи уговор или постигне пословни договор или пружи услугу или да се уздржи од таквог деловања или кршењем других дужности у обављању привредне или друге делатности на штету или у корист субјекта привредног пословања или другог правног лица за које или у којем ради или било ког другог лица. С друге стране, Кривични законик Републике Српске²⁰ (члан 256.) ово дело предвиђа под називом: "Примање мита у обављању привредне делатности" на начин да га чини лице које при обављању привредне делатности за себе или другог, непосредно или посредно, захтева или прими поклон или другу корист или које прими обећање поклона или друге користи да закључи уговор или постигне пословни

¹⁵ Народне новине Републике Хрватске, бр. 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017, 118/2018, 126/2019, 84/2021 и 114/2022.

¹⁶ Урадни лист Републике Словеније, бр. 55/2008, 66/2008, 39/2009, 91/2011, 55/2014, 6/2016, 38/2016, 27/2017 и 23/2020, 91/2020, 95/2021, 186/2021, 105/2022 и 16/2023.

¹⁷ Службени весник на Република Македонија, бр. 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 827/2013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 28/2014, 41/2014, 115/2014 и 132/2014, 160/2014, 199/2014, 196/2015, 226/2015, 169/2016, 97/2017, 170/2017 и 248/2018.

¹⁸ Службени лист Републике Црне Горе, бр. 70/2003, 13/2004, 47/2006, 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011, 40/2013, 56/2013, 42/2015, 58/2015, 44/2017, 49/2018 и 3/2020.

¹⁹ Службени гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, бр. 19/2020.

²⁰ Службени гласник Републике Српске, бр. 64/2017, 104/2018, 15/2021 и 89/2021.

договор или пружи услугу или да се уздржи од таквог деловања или кршењем других дужности у обављању привредне делатности на штету или у корист субјекта привредног пословања или другог правног лица за које или у којем ради или другог лица.

За постојање и правну квалификацију кривичног дела примања мита²¹ није потребно да је предузета нека службена радња запосленог лица у субјекту привредног пословања. Наиме, ово кривично дело постоји када се захтева или прими (непосредно или посредно) поклон или друга корист, односно самим пријемом обећања да следе поклон или друга корист. Стога се сматра да је циљ ове инкриминације да се спречи незаконито стицање имовинске користи што указује да се овде ради о "имовинском кривичном делу", а околност да ову корист стиче запослено лице у привредном субјекту у вези са обављањем привредне делатности суштински не утиче на одређивање правне природе и карактера овог кривичног дела.

О правној природи кривичног дела примања мита у обављању привредне делатности, данас преовладава ипак схватање да се и овде ипак ради о "привредном" кривичном делу које истина врши запослено лице у обављању привредне делатности (у оквиру свог овлашћења или у вези са својим овлашћењем). То значи да се овим кривичним делом угрожава законито, ефикасно, квалитетно, благовремено, уредно обављање привредне делатности јер примљени мито на неки начин обавезује запослено лице да се при предузимању својих радњи (овлашћења) понаша на недозвољени начин.²² Такође, примање мита према побуди учиниоца (мотив) и начину извршења радње представља само један облик злоупотребе положаја или овлашћења у привредном пословању. На крају, али ништа мање важно треба истаћи да у вршењу својих овлашћења, запослена лица морају да се руководе само интересима "*bona fides*", доброг привредног пословања, а не својим личним интересима.

3.2. Објект кривичног дела

Први основни елемент бића кривичног дела примање мита у обављању привредне делатности представља објект кривичног дела. Он се јавља као: а) објект заштите и б) објект напада.

Иако је готово уобичајено да се као објект заштите кривичног дела примања мита у обављању привредне делатности сматра дужност, односно, законито, правилно, уредно, благовремено, ефикасно и квалитетно функционисање дужности, додуше у области обављања привредне делатности, у правној теорији је питање објекта заштите овог дела донекле спорно²³. У том смислу се разликује два схватања.

Према једном схватању, објект заштите код овог кривичног дела је правилно функционисање службе у том смислу што везивање службене радње за извесно примање мита може да доведе до поремећаја у вршењу службе, а осим тога и до неправилних односно незаконитих аката и одлука надлежних органа у обављању привредне (пословне) делатности.²⁴

²¹ Н. Делић, *Кривично право, Посебни део*, Правни факултет, Београд, 2021, 420–422.

²² М. Бабић, И. Марковић, *Кривично право, Посебни део*, Правни факултет, Бања Лука, 2007, 256–260.

²³ Ј. Таховић, *Кривично право, Посебни део*, Савремена администрација, Београд, 1961, 474–475.

²⁴ Д. Јовашевић, *Коментар Кривичног закона Републике Србије са судском праксом*, Номос, Београд, 2003, 498–499.

Према другом схватању, код кривичног дела примања мита објект заштите није правилно функционисање службе, већ пре свега ненаплативост службе. Наиме, службена (одговорна) или друга лица која раде у субјекту привредног пословања примају одређену награду за вршење своје службе. Стога њима није дозвољено никакво друго примање из било ког извора у вези са вршењем службе у обављању привредне делатности јер је она бесплатна, те грађани нису дужни да посебно плате, односно награде службена (одговорна) лица, осим уколико то посебним прописима није другачије предвиђено. Дакле, објект заштите је сама ненаплативост службе.²⁵

Објект напада је код кривичног дела пасивног подмићивања (примања мита) по слову закона одређен као двојаки скуп вредност на које је управљена радња извршења. То су: а) поклон и б) каква друга корист (имовинског, материјалног или неимовинског, нематеријалног карактера).

Поклон је свака имовинска вредност у смислу покретне или непокретне ствари која се даје другом лицу без адекватне противнакнаде (добročина делатност)²⁶. Предмет поклона могу да буду различите покретне ствари: најчешће новац (домаћи или инострани), скупочени предмети, уметничка дела или непокретне ствари: плац, кућа, стан, викендица, шума, дрвеће итд. Предмет поклона такође могу да буду не само ствари, већ и одређена имовинска права која се могу преносити на друго лице. Но, у смислу овог кривичног дела поклон се може обећати чак и у случају када давалац поклона не поседује вредност у тренутку датог обећања, већ исту тек треба касније, у будућности да стекне.

Друга корист у смислу објекта напада код овог кривичног дела може бити остваривање било какве имовинске и неимовинске погодности²⁷, примања, повлашћеног положаја или привилегије: добијање повишице у личном примању, добијање стипендије за усавршавање у земљи или иностранству, добијање неке функције или привилегије, бесплатно путовање, бесплатно летовање или зимовање, напредовање у служби односно обећање отписа дуга који учинилац има према даваоцу поклона. Домаћи законодавац је у одредби члана 113, тачка 36. Кривичног законика као имовинску корист одредио добро сваке врсте, материјално или нематеријално, покретно или непокретно, процењиво или непроцењиво и исправа у било ком облику којим се доказује право или интерес у односу на такво добро. Имовином се сматра и приход или друга корист остварена, непосредно или посредно, из кривичног дела, као и добро у које је она претворена или са којим је помешана.

Интересантно је решење које даје Казнени закон Хрватске (члан 87, тачка 22.) под називом: "Значење израза у овом закону" када изричито одређује појам мита. То је свака награда, дар или друга неприпадна имовинска или неимовинска корист без обзира на вредност. С друге стране, члан 142, тачка 13. КЗ Црне Горе мито дефинише као поклон или другу противправну имовинска или неимовинску корист, без обзира на вредност.

За постојање овог кривичног дела није од значаја вредност примљеног или захтеваног поклона, односно друге користи. У пракси се као спорно може појавити питање у вези са објектом напада код овог кривичног дела - да ли је вредност поклона или користи потпуно без икаквог значаја за правну квалификацију дела.²⁸ Наиме, ако се ради о

²⁵ Б. Чејовић, В. Миладиновић, *Кривично право, Посебни део*, СКЦ, Ниш, 1995, 417.

²⁶ З. Стојановић, О. Перић, *Кривично право, Посебни део*, Службени гласник, Београд, 2000, 356.

²⁷ М. Ђорђевић, Ђ. Ђорђевић, *Кривично право*, Пројурис, Београд, 2016, 220.

²⁸ М. Симовић, В. Симовић, *Кривично право Брчко дистрикта БИХ, Посебни део*, Графомарк, Бања Лука, 2021, 150–151.

поклонима мале вредности или симболичним поклонима који су иначе "убичајени" у одређеној пословној средини, односно облику привредног пословања поставља се у судској пракси, али и правној теорији питање да ли ово кривично дело уопште постоји. У начелу, и у оваквом случају су остварена објективна и субјективна обележја бића кривичног дела пасивног подмићивања, али мали, готово незнатан значај, незнатна вредност поклона или друге користи могу да укажу на могућност примене института дела малог значаја из члана 18. КЗ (као општег основа који искључује противправност учињеног дела). При томе треба имати у виду природу овог кривичног дела - да је понашање његовог учиниоца дела мотивисано примањем мита, односно да ли је карактер извршене или неизвршене радње у обављању привредне делатности у сразмери са вредношћу поклона, односно криминалној количини злоупотребе.

Код овог кривичног дела учинилац изражава спремност да за награду незаконито поступи. При томе је без значаја за постојање дела шта се збива након споразума о миту. То значи да за његово постојање није битно предузимање радње за чије је обављање (или необављање) примљено мито. Мито је у овом случају увек везано за службену радњу учиниоца, а те радње спадају управо у његове службене задатке које он иначе обавља.²⁹ У случају извршења кривичног дела примања мита – и код учиниоца овог дела – примаоца мита, а тако и код даваоца мита мора у време предузимања радње извршења да постоји свест да се ради о чинидби и противчинидби, односно о услузи и противуслугу. Постојање и правна квалификација овог дела није везана за висину примљеног или захтеваног мита. Но и, поред тога мито у смислу објекта напада овог кривичног дела не обухвата тзв. "убичајене" поклоне. Када се ради о "убичајеном" поклону, представља фактичко питање које суд утврђује у сваком конкретном случају у контексту конкретног понашања. При томе је важно истаћи да ако учинилац (прималац мита) предузме недозвољену радњу која је сама по себи кривично дело, тада постоји стицај тог кривичног дела и примања мита.³⁰

3.3. Облици испољавања кривичног дела

Примање мита у обављању привредне делатности се јавља у више различитих облика/видова испољавања зависно од врсте и природе радње учиниоца поводом које се прима мито³¹. Тако ово кривично дело постоји када се непосредно или посредно захтева или прими поклон или каква друга корист или прими обећање поклона или какве користи за себе или другог при обављању привредне делатности да се закључи уговор или постигне пословни договор или пружи услуга или да се уздржи од таквог деловања или које крши друге дужности у обављању привредне делатности на штету или у корист субјекта привредног пословања за које или у којем ради или на штету или у корист другог физичког или правног лица. То указује да се радња извршења може предузети са три алтернативно предвиђене делатности: а) захтевање поклона или друге користи, б) примање поклона или друге користи и в) примање обећања поклона или користи.

Захтевање је тражење, јасно и недвосмислено исказивање жеље за поклоном или другом коришћу. Ова се радња може састојати у усменој или писменој изјави, али и у свакој

²⁹ Б. Павишић, В. Грозданић, П. Веић, *Коментар Казненог закона*, Народне новине, Загреб, 2007, 726.

³⁰ К. Турковић *et al.*, *Коментар Казненог закона*, Народне новине, Загреб, 2013, 325.

³¹ Група аутора, *Коментар Кривичног закона СР Србије, САП Косова и САП Војводине*, Савремена администрација, Београд, 1987, 757.

другој врсти понашања из којег несумњиво прозилази захтев за поклоном или коришћу.³² Захтевањем се на овај начин стваља до знања лицу од кога тражи поклон или другу корист да ће због тога извршити одређена делатност, односно да ће се уздржати од одређене делатности у привредном пословању. Ова се радња може предузети и прећутно. То значи да захтевање поклона или какве друге користи постоји када учинилац ставља до знања лицу од кога се мито тражи да ће због тога извршити или пропустити одређену радњу у привредном пословању. Дакле, захтевање поклона је покретање иницијативе, односно тражење поклона или друге користи или њиховог обећања од другог лица. Када постоји захтевање поклона, процењује се у сваком конкретном случају не само на основу дословне изјаве учиниоца, већ је довољно да се из његових поступака може извести такав закључак. То се може учинити вербално (усмено или писмено), симболима, гестовима, знацима, алузијама, покретима руке. Ово захтевање (односно примање) поклона или друге користи се може извршити на два законом прописана начина: а) непосредно, директно и б) посредно, индиректно.

Битно је да се поклон захтева или прима за себе или за друго (физичко или правно) лице, које даваоцу поклона може бити познато, али и не мора. Такође, за постојање овог дела је од значаја да се радња због које се прима мито предузима под следећим кумулативним условима:³³

а) при обављању привредне делатности. У смислу члана 113, тачка 21а. КЗ Србије као привредна делатност сматра се свака делатност производње и промета роба, вршење услуга и обављање других делатности на тржишту, ради стицања добити или остваривања неког другог економског интереса. Логично је да се овакле делатности предузимају у привредном пословању. Тако се као субјекат привредног пословања сматра привредно друштво, друго правно лице које обавља привредну делатност и предузетник (члан 113, тачка 21. КЗ). Правно лице које поред своје основне делатности обавља и привредну делатност сматра се такође субјектом привредног пословања, али само у случају када врши ту делатност,

б) са одређеним циљем који је алтернативно одређен, без обзира да ли је тај и такав циљ у конкретном случају заиста остварен. Тај циљ може бити: 1) да се закључи уговор или постигне пословни договор, 2) да се пружи услуга, 3) да се уздржи од таквог деловања у привредном пословању и 4) да се крше друге дужности у обављању привредне делатности,

в) на штету или у корист субјекта привредног пословања за које или у којем ради или на штету или у корист другог физичког или правног лица и

г) од стране лица које ради за субјекта привредног пословања или у том субјекту привредног пословања.

Примање је узимање, прихватање поклона или користи физички, фактички било непосредно или посредно при чему је без значаја колико је било посредника као и да ли се примилац и давалац мита лично познају. Оно постоји када се поклон или каква друга корист преузимају, прихватају (непосредно или посредно, од даваоца мита или неког другог лица) са циљем да се потом изврши или не изврши одређена радња у привредном пословању, без обзира да ли је поклон или корист претходно уопште захтеван или понуђен од неког лица. Примање подразу-

³² Љ. Лазаревић, *Кривично право, Посебни део*, Савремена администрација, Београд, 1993, 321.

³³ Ђ. Ђорђевић, Д. Коларић, *Кривично право, Посебни део*, Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд, 2021, 134–135.

мева узимање било да се то манифестује физичким прихватњем или давањем сагласности да се прихвата поклон (или друга корист) или кад се поклон који се оставља на одређеном месту или код одређеног лица, не одбија или се вербално одбија, али стварно прихвата. Дакле, примање поклона³⁴ у смислу радње извршења овог кривичног дела постоји увек када је учинилац на било који начин (изричито или прећутно, непосредно или посредно, вербално или реално) изрази своју сагласност да одмах или касније прими какав поклон или неку другу корист без обзира на чију иницијативу или предлог је ово учињено.

Трећи облик радње извршења кривичног дела примање мита је примање обећања поклона или користи. То је усмено или писмено, изричито или прећутно саглашавање, изражавање жеље за остварењем понуде другог лица о давању поклона или користи. Овде се, заправо, ради о прихватању обећања или понуде поклона или какве друге користи да би се извршила или пропустила одређена радња.

Примање поклона или друге користи, односно примање обећања поклона или друге користи у смислу постојања и правне квалификације овог кривичног дела треба да се чини у привредном пословању са одређеним, већ наведеним циљем. Када се ради о предузимању радње извршења – захтевања или примања поклона или друге користи, односно њиховог обећања потребно је да је запослено лице у субјекту привредног пословања свесно да друга страна јасно разуме о чему се ради у конкретном случају – а то је да за чињење или пропуштање очекује противчинидбу. Основно је за постојање овог кривичног дела да између захтевања или примања мита, односно његовог обећања и поступања учиниоца дела у привредном пословању постоји узајамна веза.³⁵ Мито је при томе мотив оваквог понашања учиниоца дела. Зато нема овог кривичног дела ако је учинилац примио поклон или другу корист по неком другом основу који се не односи на вршење његове дужности у привредном пословању. Стога покушај овог кривичног дела није могућ.

Ако је пак извршењем овог облика примања мита остварено биће неког другог кривичног дела (нпр. издато лажно уверење о имовинском стању) може постојати стицај овог дела и фалсификовања исправе. Будући да се примање мита јавља као посебан, специјалан облик злоупотребе положаја или овлашћења у привредном пословању, то се ова два кривична дела не могу јавити у идеалном стицају. Но, ипак у одређеним случајевима може да постоји реални стицај између ова два кривична дела. Бит (суштина) "неправа" код овог облика кривичног дела се огледа у спремности учиниоца да за награду или другу корист незаконито поступа.

3.4. Елементи кривичног дела

Последица кривичног дела пасивног подмићивања у обављању привредне делатности се састоји у угрожавању законитог, ефикасног, уредног, благовременог и квалитетног поступања, пословања у обављању привредне делатности. Стога је дело свршено управо у моменту када је примљен или захтеван поклон или друга корист како би се извршила, односно како се не би извршила одређена радња у обављању привредне делатности. То даље указује да покушај овог дела није могућ јер је самим моментом предузете радње извршења у било ком облику испољавања наступила последица угрожавања – конкретна опасност за привредно пословање.

³⁴ Н. Мрвић Петровић, *Кривично право*, Службени гласник, Београд, 2005, 357.

³⁵ И. Симић, М. Петровић, *Кривични закон Републике Србије, Практична примена*, Службени гласник, Београд, 2002, 301.

Извршилац пасивног подмићивања као основног облика испољавања кривичних дела корупције – примања мита у обављању привредне делатности може бити свако лице које ради у субјекту или за субјекта привредног пословања. Привредна делатност је (према члану 112, тачка 21а. КЗ Србије) свака делатност производње и промета роба, вршење услуга и обављање других делатности на тржишту, ради стицања добити или остваривања неког другог економског интереса. У погледу кривице учиниоца за постојање овог кривичног дела потребан је умишљај. Садржина умишљаја је различита зависно од природе појединог облика испољавања овог кривичног дела, али она свакако мора да обухвати свест о захтевању или примању поклона или друге користи, свест о противправности поступања, као и свест о природи извршења или неизвршења радње у привредном пословању поводом које се уопште мито прима.

За ово дело је у праву Републике Србије прописана казна затвора у трајању од једне до осам година. За пасивну привредну корупцију су предвиђене у законодавству држава региона више/мање исте казне: а) казна затвора у трајању од једне до осам година (КЗ Хрватске, КЗ Брчко дистрикта БИХ, КЗ Црне Горе), б) кумулативна казна затвора у трајању од једне до осам година и новчана казна (КЗ Републике Српске) и в) алтернативно новчана казна или казна затвора у трајању од једне до три године (КЗ Северне Македоније).

Но, поред у закону прописане казне затвора, учиниоцу овог кривичног дела се обавезно изриче и посебна мера безбедности – одузимања предмета (став 3.). Тако закон изричито прописује да се примљени поклон и имовинска корист стечена примањем мита обавезно одузимају. Дакле, уз обавезно одузимање предмета (члан 87. КЗ), од учиниоца овог кривичног дела се обавезно одузима имовинска корист која је прибављена његовим извршењем (чл. 91-93. КЗ). Слично решење познају и нека анализирана упоредна кривична законодавства. Наиме, примљена награда, поклон или било која друга корист се обавезно одузима од учиниоца овог кривичног дела применом мере безбедности имовинског карактера – одузимања предмета (КЗ Словеније, КЗ Северне Македоније, КЗ Црне Горе, КЗ Републике Српске, КЗ Брчко дистрикта БИХ).

Поред тога учиниоцу кривичног дела примања мита у обављању привредне делатности се може изрећи и посебна, специфична мера безбедности забрана вршења, позива, делатности и дужности (члан 85. КЗ) чијом применом му се за одређено време, назначено у пресуди (у трајању од једне до десет година), може забранити вршења одређеног позива, одређене делатности или свих или одређених дужности везаних за располагање, коришћење, управљање, руковање или чување туђе имовине, ако се оправданим може сматрати да би њихово даље обављање било опасно (да понови исто, истоврсно кривично дело).

4. ЛАКШИ ОБЛИК КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Лакши/привилеговани облик кривичног дела примања мита у обављању привредне делатности (став 2.) постоји када учинилац после закључења уговора или постицања пословног договора или после пружене услуге или уздржавања од таквог деловања за себе или друго (физичко или правно) лице захтева или прими поклон или другу корист или прихвати обећање поклона или друге користи. Ово је накнадно пасивно подмићивање.³⁶

³⁶ Д. Јовашевић, Ј. Митровић, В. Икановић, *Коментар Кривичног законика Републике Српске*, Службени гласник, Бања Лука, 2021, 544–546.

Накнадно подмићивање постоји када учинилац захтева или прима поклон или другу корист или прихвати обећања поклона или друге користи после закључења уговора или постизања пословног договора или после пружене услуге или уздржавања од таквог деловања за себе или друго (физичко или правно) лице, али у вези са неком од законом алтернативно наведених радњи. Ово је лакши облик пасивног подмићивања јер се овде подмићивање не јавља као узрок извршења или неизвршења одређене пословне радње у привредном пословању. Наиме, овде нема узрочно-последичне везе између радње захтевања или примања поклона или друге користи, односно радње прихватања обећања поклона или друге користи и предузимања, односно пропуштања радње у привредном пословању. Овде је криминогено што лице које ради у или за субјекта привредног пословања "наплаћује" своју претходно извршену, односно пропуштenu радњу, која може бити дозвољена или недозвољена.

Лакши облик привредног кривичног дела корупције познају и друга анализирана кривична законодавства држава у региону. Тако, ово дело чини лице које у привредном (господарском) пословању захтева или прими мито или прихвати понуду или обећање мита за себе или за другога као противуслугу за склапање или извршење посла или пружање услуге или које посредује при таквом подмићивању (КЗ Хрватске). У праву Црне Горе ово кривично дело чини лице које, после закључења уговора или постизања пословног договора или после пружене услуге или уздржавања од таквог деловања, за себе или другог захтева или прими мито или прихвати обећање мита (накнадно подмићивање). Накнадно подмићивање као привилеговани облик овог дела познају КЗ Републике Српске и КЗ Брчко дистрикта БИХ на идентичан начин. Према овом законском решењу дело чини лице које после закључења уговора или постизања пословног договора или после пружене услуге или уздржавања од таквог деловања, за себе или другог захтјева или прими поклон или другу корист или прихвати обећање поклона или друге користи.

Насупрот овом законском решењу КЗ Словеније разликује два лакша, привилегована испољавања овог кривичног дела у случају ако учинилац основног облика испољавања дела: а) за себе или за другога захтева (тражи) или прихвати неовлашћену награду, поклон или другу корист или обећање или понуду те користи за стицање или одржавање посла (став 2.), за које је дело кумулативно прописана казна затвора у трајању од три месеца до пет година и новчана казна и б) после закључења посла или пружања услуге или прибављања друге неовлашћене користи за себе или за другога захтева (тражи) или прихвати неовлашћену награду, поклон или другу корист (став 3.), за које је дело кумулативно прописана казна затвора до четири године и новчана казна.

Накнадно примање мита представља кривично дело иако није имало утицаја на вршење радње у привредном пословању (њено предузимање или пропуштање) јер су запослена лица у субјекту привредног пословања већ плаћена за свој рад, па стога не смеју да примају од странака (заинтересованих лица) награде или поклоне зато што тиме нарушавају углед субјекта привредног пословања. Поред тога, накнадно подмићивање може да буде и подстицај на извршиоца да и убудуће тражи, односно прима мито пре извршења одређене пословне радње. Радња извршења код овог дела је само захтевање или примање поклона или друге користи, односно прихватање њиховог обећања, али тек пошто је извршена незаконита или законита радња. Дакле, овде учинилац предузима или пропушта одређене радње: а) закључење уговора, б) постизање пословног договора, ц) пружање услуге и д) уздржавања од таквог деловања, па тек онда накнадно, после њих, али у вези

са њима предузима радњу овог кривичног дела – захтевање или примање поклона или друге користи, односно прихватање њиховог обећања.

Дакле, ово дело постоји ако је учињена незаконита или законита радња после које је примљен или захтеван поклон или нека друга награда, односно прихваћено њихово обећање, односно у случају посредовања у оваквом примању поклона или друге користи. Према томе, основ за примање или захтевање поклона може бити како незаконита, тако и законита делатност учиниоца дела у обављању неке привредне делатности. Битно је за постојање овог дела да учинилац у вези са извршеном или неизвршеном радњом у привредном пословању захтева или прима поклон или другу корист, односно прихвати њихово обећање. Када постоји ова веза, утврђује се према фактичким околностима случаја, а између осталог и на основу временског размака између радњи учиниоца дела и захтевања односно примања мита. Закон за овај облик испољавања не предвиђа да се радња извршења предузима: а) на одређени начин – непосредно (директно) или посредно (индиректно) и б) за себе или за друго физичко или правно лице.

Код накнадног подмићивања примљено мито није имало утицаја на извршење, односно на неизвршење радње учиниоца ни на који начин, па је зато инкриминисање овог облика кривичног дела оправдано с обзиром на чињеницу да су запослена лица у субјекту привредног пословања већ плаћена за свој рад, те да нису овлашћена да за исти примају било шта од странака и других заинтересованих лица. Примање награде у оваквим случајевима стога представља кршење правила "доброг пословног поступања", као и нарушавање угледа субјекта привредног пословања за које или у којем ради учинилац дела, што је недопуштено и забрањено, овакво понашање учиниоца дела може код њега да створи навику да и убудуће тражи и прима мито у оваквим и сличним ситуацијама.

Извршилац дела може да буде свако лице које ради у субјекту или за субјекта привредног пословања. Субјектом привредног пословања у смислу члана 112. тачка 21. КЗ, сматра се привредно друштво, друго правно лице које обавља привредну делатност и предузетник. Правно лице које поред своје основне делатности обавља и привредну делатност сматра се такође субјектом привредног пословања само када врши ту делатност. А привредна делатност (тачка 21а. члана 112. КЗ) је свака делатност производње и промета роба, вршење услуга и обављање других делатности на тржишту, ради стицања добити или остваривања неког другог економског интереса. У погледу кривице потребан је умишљај учиниоца који обухвата свест о врсти делатност коју врши (или не врши) а у вези које захтева или прима мито или његово обећање примања.

За ово је дело у праву Републике Србије прописана казна затвора до три године, што значи да покушај у овом случају није кажњив. За лакши облик дела привредне корупције у компаративном кривичном праву прописане су следеће казне: а) казна затвора у од шест месеци до пет година (КЗ Хрватске), б) казна затвора до три године (КЗ Црне Горе), в) кумулативна казна затвора од шест месеци до три године и новчана казна и г) казна затвора у трајању од шест месеци до три године.

5. ЗАКЉУЧАК

Иако је корупција (као активно и пасивно помићивање) углавном од најстаријих времена све до савремених дана везано за функционисање државних органа, установа јавне службе, односно јавних или службених овлашћења најчешће од стране службених

лица, ипак се поједини, чак изузетно тешки и опасни облици испољавања корупције јављају и у области привредног пословања предузећа и других правних лица. Стога није реткост, да се на бази универзалних (ОУН), односно регионалних стандарда (Савет Европе), у позитивном кривичном законодавству, па тако и у Републици Србији у оквиру привредних кривичних дела (кривичних дела против привреде), поред већ класичних, општих, стандардних дела (као што су: финансијска, монетарна, трговинска, девизна, пореска, стечајна и царинска кривична дела, недозвољена производња, недозвољена трговина и сл.) јављају и привредна кривична дела корупције.

Наиме, Кривични законик Републике Србије у систему привредних корупцијских кривичних дела предвиђа, поред злоупотребе положаја или овлашћења у привредном пословању и кривична дела: а) примање мита у обављању привредне делатности и б) давање мита у обављању привредне делатности. Примање мита (пасивно подмићивање) у обављању привредне делатности карактерише објекат: а) објект заштите – законито, уредно, квалитетно, ефикасно и благовремено привредно пословање и б) објект напада – поклон или друга корист (имовинског или неимовинског карактера).

Најзначајније обележје пасивног подмићивања представља радња извршења. Она је вишеструко алтернативно одређена у смислу: а) захтевања мита, б) примања мита, ц) примања обећања мита и д) посредовање у примању мита. Поред тога, радњу извршења овог кривичног дела чине следећи конститутивни елементи, па се она предузима: а) на одређени начин - непосредно или посредно, б) при обављању привредне делатности, ц) са одређеним циљем - да се закључи уговор или постигне пословни договор, да се пружи услуга, да се уздржи од таквог деловања или да се крше друге дужности у обављању привредне делатности и д) на штету или у корист било субјекта привредног пословања у коме ради учинилац дела или на штету или у корист другог физичког или правног лица.

На више/мање идентичан начин, са сличним називом, законским описом, елементима бића, садржајем, односно карактеристикама ово кривично дело познају и друга кривична законодавства држава у региону. Увођење новог привредног корупцијског кривичног дела у правни систем Републике Србије законодавац је на сада знатно вишем, потпунијем нивоу поставио основе за свеобухватно и ефикасно супротстављање различитим облицима/видовима испољавања корупције, не само од стране носилаца службене дужности или јавних овлашћења, већ и од стране одговорних лица у предузећима, односно другим субјектима привредног пословања.

ЛИТЕРАТУРА

- Бабић М., Марковић И., *Кривично право, Посебни део*, Правни факултет, Бања Лука, 2007.
- Деган В. Ђ., Павишић Б., *Међународно казнено право*, Правни факултет, Ријека, 2005.
- Деган В. Ђ., Павишић Б., Беширевић В., *Међународно и транснационално кривично право*, Службени гласник, Београд, 2011.
- Делић, Н., *Кривично право, Посебни део*, Правни факултет, Београд, 2021.
- Деренчиновић Д., *Казненоправни садржаји у супротстављању корупцији*, Правни факултет, Загреб, 2000.
- Деренчиновић Д., *Коментар Конвенције УН против корупције*, Правни факултет, Загреб, 2005.
- Група аутора, *Коментар Кривичног закона СР Србије, САП Косова и САП Војводине*, Савремена администрација, Београд, 1987.
- Група аутора, *Кривично законодавство Републике Србије*, Интермекс, Београд, 2006.
- Ђорђевић Ђ., Коларић Д., *Кривично право, Посебни део*, Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд, 2021.
- Ђорђевић М., Ђорђевић Ђ., *Кривично право*, Пројурис, Београд, 2021.

- Јовашевић Д., *Коментар Кривичног закона Републике Србије са судском праксом*, Номос, Београд, 2003.
- Јовашевић Д., *Кривично право, Посебни део*, Досије, Београд, 2017.
- Јовашевић Д., Митровић, Љ., Икановић, В., *Коментар Кривичног законика Републике Српске*, Службени гласник, Бања Лука, 2021.
- Лазаревић Љ., *Кривично право, Посебни део*, Савремена администрација, Београд, 1993.
- Мрвић Петровић Н., *Кривично право*, Службени гласник, Београд, 2005.
- Павишић Б., *Казнено право Вијећа Европе*, Голден маркетинг, Загреб, 2006.
- Павишић Б., Грозданић В., Веић П., *Коментар Казненог закона*, Народне новине, Загреб, 2007.
- Павишић Б., Камбер К., Парента, И., *Казнено право Вијећа Европе*, Парадокс, Ријека, 2016.
- Симић И., Петровић М., *Кривични закон Републике Србије, Практична примена*, Службени гласник, Београд, 2002.
- Симовић М., Симовић В., *Кривично право Брчко дистрикта БИХ, Посебни део*, Графомарк, Бања Лука, 2021.
- Стојановић З., Перић О., *Кривично право, Посебни део*, Службени гласник, Београд, 2000.
- Таховић Ј., *Кривично право, Посебни део*, Савремена администрација, Београд, 1961.
- Турковић К., *et al.*, *Коментар Казненог закона*, Народне новине, Загреб, 2013.
- Чејовић Б., Миладиновић В., *Кривично право, Посебни део*, СКЦ, Ниш, 1995.

* * *

*Dr Dragan Jovašević**

**COMPRESSION OF CORRUPTION IN THE ECONOMY
- international standards and the criminal law of the Republic of Serbia-**

Summary

On the basis of universal or regional international standards, numerous criminal legislations, including the positive legislation of the Republic of Serbia, recognize several criminal acts of corruption. In modern law, corruption is not only present in the performance of official duties and public powers of officials in state bodies, that is, in other bodies of public authority. There are numerous cases of corruption in receiving and giving bribes in connection with the business operations of companies and other legal entities. Among these criminal acts, accepting bribes in connection with business operations stands out. This criminal offense is committed by a responsible person in a legal entity in the performance of an economic activity who requests or receives a gift or other benefit or receives a promise of a gift or other benefit in order to undertake or omit an action within the scope of his authority. In this way, a harmful consequence is caused for another natural or legal person. Based on international standards, the paper analyzes the concept, elements, content, characteristics and forms of bribery in business as one of the basic forms of corruption.

Key words: international standards, criminal offense, accepting bribes, business operations, responsible person, responsibility, punishment

* Full Professor, Faculty of Law, University of Niš.

др Вања Бајовић*

КРИМИНАЛИТЕТ МАЛОЛЕТНИКА – О СПУШТАЊУ СТАРОСНЕ ГРАНИЦЕ КРИВИЧНЕ ОДГОВОРНОСТИ¹

Апстракт: У раду се разматра питање основаности решења по коме су деца млађа од 14 година кривично неодговорна тачније "неспособна да снесе кривицу" и доводе се у питање одређене поставке важећег протективно настројеног малолетничког кривичног права. Након уводних разматрања, бавимо се питањем зашто се, у формално-правном смислу, деца испод одређеног узраста не могу сматрати кривично-одговорнима. Други део посвећен је упоредно-правним решењима из ове области уз анализу одговарајућих међународних стандарда и одлука ЕСЉП. У трећем делу разматрамо мере које се изричу деци тј. млађима од 14 година у случају вршења кривичних дела, санкције које се изричу малолетницима, као и структуру малолетничког криминалитета у складу са расположивим статистичким подацима. Полазна хипотеза је да границу кривичне одговорности треба спустити на 12 година, а да би је доказали настојимо да оповргнемо уобичајене контра-аргументе да је то супротно прихваћеним међународним стандардима као и да је супротно интересима и правима детета.

Кључне речи: кривица, старосна граница за сношење кривице, малолетничка деликвенција, дете у кривичноправном смислу.

1. УВОД

Монструозни злочин који је потресао Србију када је 13-годишњи дечак пуцањем из ватреног оружја у Основној школи "Владислав Рибникар" убио осморо својих вршњака и школског чувара, тешко ранио још шесторо деце и наставницу, актуелизовао је питање оправданости законског решења по коме су лица млађа од 14 година кривично неодговорна.² Деци испод тог узраста не могу се изрицати кривичне санкције већ искључиво мере из области социјалне заштите, док сврха васпитних мера које се изричу малолетницима није да се малолетник казни, већ да се ресоцијализује, поправи и "изведе на прави пут". У оваквим случајевима, строго законски посматрано, не може се ни говорити о "кривичном делу" имајући у виду његову дефиницију прихваћену Кривичним Законом из 2005. године које га одређује на објективно- субјективан начин, чинећи кривицу његовим

* Ванредни професор Универзитета у Београду – Правног факултета, bajovic@ius.bg.ac.rs

¹ Рад је резултат рада на стратешком пројекту Правног факултета Универзитета у Београду за 2023. годину под насловом "Савремени проблеми правног система Србије", подтема: "Правосуђе и изазови данашњице".

² Иако термин кривична одговорност више не егзистира у нашем позитивном кривичном праву, у раду га користимо условно у смислу способности за сношење кривице.

саставним обележјем,³ а како дете не може бити криво, у таквим случајевима не можемо ни говорити о кривичном делу, већ о "противправном делу које је законом прописано као кривично дело". Остављајући по страни ове "правне финесе", лаичком посматрачу се намеће осећај неправде и дилеме да ли су мере социјалне заштите адекватна и довољна реакција или само одраз немоћи правног система, посебно у контексту тежине злочина које данашња деца врше, а чије су жртве неретко друга деца.

За разлику од деце на коју се због њиховог узраста кривично правни механизми и санкције не могу применити, малолетници тј. лица од 14 до 18 година могу кривично одговарати, с тим да им њихове "младе године" опет гарантују повлашћени положај у погледу поступка који се води и санкција које им се могу изрећи. У односу на њих важи начело процесне протективности, а основна врста санкција које им се изричу су васпитне мере, док се малолетнички затвор изриче само изузетно и под строгим условима. Овај протективни или заштитнички модел поступка акценат ставља на социјално-педагошке и психолошке аспекте малолетничке деликвенције, па у циљу заштите личности малолетника, његове ресоцијализације и преваспитања,⁴ не инсистира на кривици малолетника и тежини кривичне санкције као одговору за извршени деликт. Међутим последњих година поставља се питање адекватности оваквог модела, посебно у светлу све озбиљнијих кривичних дела које малолетници врше, а која све чешће имају обележја тзв. насилничког криминалитета.⁵ Имајући у виду и све млађе извршиоце све бруталнијих злочина, намећу се питања зашто дете не може бити криво, које су мере које се према њему могу предузети и да ли је оправдано то што дете млађе од 14 година не може кривично правно одговарати за свој "деликт", односно да ли је оправдано размишљати о спуштању старосне границе кривичне одговорности?

2. ЗАШТО ДЕТЕ НЕ МОЖЕ БИТИ "КРИВО"?⁶

Кривичним закоником, у члану 4 став 3, предвиђено је да се кривичне санкције не могу изрећи лицу које у време када је дело учињено није навршило четрнаест година.⁷

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

⁴ М. Шкулић, *Малолетничко кривично право*, Правни факултет, Београд, 2011, 98–99.

⁵ О томе: Ђ. Игњатовић, "Криминалитет малолетника: стара тема и нове дилеме", *Малолетници као учиниоци и жртве кривичних дела и прекршаја* (ур. И. Стевановић), Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2015, 19–38; В. Бајовић, "Неоконзервативни приступ у борби против малолетничке деликвенције и одговорност родитеља", *Казнена реакција у Србији, VII део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет, Београд, 2017, 219–234.

⁶ Ово питање детаљније смо обрадили у чланку "Неоконзервативни приступ у борби против малолетничке деликвенције и одговорност родитеља" (В. Бајовић, *op.cit.*, 220–223) одакле је, уз одређене измене и преузет највећи део овог поглавља.

⁷ Строго језички посматрано из ове одредбе не произилази да деца не могу бити кривично одговорна (крива) нити да се против њих не може водити кривични поступак, већ законодавац само забрањује да им се изричу кривичне санкције. Тако би, хипотетички посматрано било могуће да се против детета води кривични поступак и донесе пресуда којом се оно оглашава кривим али му се не изриче санкција, нешто слично пресуди којом се учинилац оглашава кривим али се ослобађа од казне. Таквом пресудом могао би се досудити имовинскоправни захтев оштећеном, могла би се користити као доказ у пратећем парничном и другим некривичним поступцима, а учинилац би се сматрао осуђиваним што би се по правилу узело као отежавајућа околност у случају поновног вршења кривичних дела. Међутим, јасно је да ово није била намера законодавца. Вођење кривичног поступка без могућности изрицања кривичних санкција представљало би узалудно трошење времена и новца, а у теорији је неспорно да су деца заштићена не само од кривичног санк-

Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (ЗМ)⁸ предвиђа да се према лицу које у време извршења противправног дела у закону предвиђеног као кривично дело није навршило четрнаест година не могу изрећи кривичне санкције нити применити друге мере које предвиђа овај Закон (чл. 2). У оваквим случајевима дакле, формално-правно посматрано, и не може се говорити о кривичном делу јер се полази од тога да не може постојати кривица, као његово конститутивно обележје, већ само о "противправном делу које је законом предвиђено као кривично дело".⁹

Ово опет намеће питање зашто деца не могу бити кривично одговорна, односно крива? Кривица постоји ако је учинилац у време када је учинио кривично дело био урачунљив и поступао је са умишљајем, а био је свестан или је био дужан и могао бити свестан да је његово дело забрањено. Кривица ће постојати и ако је учинилац поступао из нехата, ако је законом изричито предвиђена одговорност и за нехат (чл. 22 КЗ). Сходно томе, саставни елементи кривице су: а) урачунљивост, б) умишљај односно нехат (кад је законом предвиђено кажњавање и за нехат) и ц) свест о забрањености дела. Тако код одраслих учинилаца неурачунљивост или неотклоњива стварна или правна заблуда искључују кривицу, али се намеће питање по ком основу је она, *a priori*, искључена код деце?

Поједини аутори изједначавају децу са неурачунљивим лицима,¹⁰ што М. Шкулић основано критикује, истичући да је изједначавање деце са неурачунљивим особама "понижавајуће" и да би се тада код сваког детета морало утврђивати постојање неког од биолошких основа неурачунљивости (душевна болест, привремена душевна поремећеност, заостали душевни развој или нека друга тежа друштвена поремећеност).¹¹ Неки домаћи аутори истичу да деца нису у стању да схвате значај својих поступака и да њима управљају.¹² Иако ово мишљење изричито не поистовећује децу са неурачунљивим лицима, фактички је реч о истом основу искључења кривице који се своди на немогућност

ционисања већ и од покретања и вођења кривичног поступка. Кривична пријава против учинилаца млађих од 14 година се одбацује, а ако се током покренутог кривичног поступка установи да је учинилац у време извршења дела био млађи од 14 година такав поступак се обуставља. В. Бајовић, *op. cit.*, 220–221.

⁸ Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005.

⁹ Говорећи о "противправном делу које је законом предвиђено као кривично дело" законодавац усваја доминантно теоријско становиште по коме код лица која нису достигла одређени старосни узраст не може постојати кривица, па се самим тим и не може говорити о кривичном делу јер му недостаје кривица као конститутивно обележје. "Лица која нису навршила четрнаест година не могу бити субјект кривичног дела, њима недостаје кривица као конститутивни елемент кривичног дела, она због свог недовољног узраста нису подобна да им се неко дело припише у кривицу. Она могу извршити само противправно дело које је у закону предвиђено као кривично дело, тј. њихова радња може одговарати законском опису неког кривичног дела. З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2019, 43.

¹⁰ A. Platt, V. L. Diamond, "The Origins of the "Right And Wrong" Test of Criminal Responsibility and its Subsequent Development in the United States: An Historical Survey", *California Law Review*, 54/1966, 1227. Слично схватање "да су деца увек неубројива" прихваћено је и у хрватској теорији. Види: Ž. Horvatić, P. Novoselec, *Kazeno pravo – Opći dio*, Загреб, 1999, 144.

¹¹ М. Шкулић, "Старосна граница способности за сношење кривице у кривичноправном смислу", *Crimen (I)*, 2/2010, 212–213.

¹² Б. Чејовић, *Кривично право у судској пракси, Прва књига – Општи део*, Београд, 1985, 494. Слично томе, Срзентић, Стајић и Лазаревић наглашавају да се "урачунљивост малолетника, изражена у способности да схватају значај својих поступака и могућности да управљају својим понашањем, не среће код већег броја лица која припадају старосном добу малолетства, а и у случајевима у којима те способности постоје, оне се не могу изједначити са интелектуалним и волунтаристичким способностима одраслих лица."¹² Н. Срзентић, А. Стајић и Ј. Лазаревић, *Кривично право Југославије*, Савремена администрација, Београд, 1996, 523–524.

схватања значаја свог дела и немогућност управљања својим поступцима, уз ту разлику што је код "одраслих" урачуњљивост искључена због неког биолошког или психолошког основа, а код деце због њиховог узраста. Међутим, како КЗ не наводи узраст учиниоца као основ који би га онемогућавао да схвати значај свог дела или управља својим поступцима, нити се узраст може подвести под појам "друге теже душевне поремећености", тешко се може бранити теза да је кривица код деце искључена по овом основу. Ако би се прихватило супротно онда би требало увести и горњу границу кривичне одговорности имајући у виду општепознату чињеницу да психо-физичке способности појединца опадају након одређених година, па и старија лица често нису у стању да схвате значај свог дела и управљају својим поступцима.

Прихватљивије је да се искључивање кривице код деце правда позивањем на правну заблуду тј. свест о забрањености дела, имајући у виду да се моралне и правне норме не усвајају рођењем већ се стичу током живота, па се покушај трогодишњака да млађег брата из љубоморе баца из кревета неће тумачити као покушај убиства, упркос томе што је својом радњом могао да произведе повреду па чак и смрт као последицу. Међутим, док се код сасвим мале деце искључивање кривице може правдати како непостојањем свести о забрањености дела (правна заблуда), тако и немогућношћу схватања значаја свог дела, код старије деце ови основи "не пију воду". У вези са тим, поједина истраживања показују да су деца већ на узрасту од 7 година у стању да разликују добро и лоше и да имају некакову свест о последицама свог понашања.¹³

Имајући то у виду основ искључења кривице код деце се уопште не може тражити у постојећим основима који важе за пунолетне учиниоце. Реч је наиме о *необоривој законској претпоставци* кривичне неодговорности лица до одређеног узраста,¹⁴ која зависи искључиво од нахођења законодавца и у различитим државама је различито постављена. Необоривост претпоставке значи да није дозвољено доказивање супротног, односно да се у поступку не може доказивати да је лице млађе од 14 година било у стању да схвати значај свог дела и да управља својим поступцима да би му се дело "приписало у кривицу". Међутим, поједина законодавства чак и то дозвољавају, полазећи од обориве претпоставке кривичне одговорности (тзв. *doli incapax*), што говори у прилог непостојања неких општеприхваћених међународних стандарда из ове области.

3. ГРАНИЦЕ КРИВИЧНЕ НЕОДГОВОРНОСТИ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Чест аргумент противника спуштања старосне границе кривичне одговорности је да је тако нешто супротно међународним стандардима. У вези са тим треба нагласити да ниједан међународни документ ову границу не прописује и у различитим државама она је различито постављена.

Пекинска правила (Стандардна минимална правила УН за малолетничко правосудје) прописују да "у правним системима који познају појам минималног узраста за кривичну одговорност малолетника, та граница неће бити везана за сувише рани узраст, има-

¹³ G. Smith, N. Winkfield, The development of the moral compass: A study among children aged 7 to 16 in the UK (Surrey, Youth Research Forum, 2011), наведено према: Raymond Arthur, "Rethinking the Criminal Responsibility of Young People in England and Wales", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1/2012, 12.

¹⁴ Тако и Шкулић истиче да код деце једноставно недостаје одређени узраст као једна потпуно објективна чињеница, те је дакле реч о чисто објективном и квантитативном критеријуму. М. Шкулић (2010), *op. cit.*, 213.

јући у виду емотивну, менталну и интелектуалну зрелост" (правило 4.1.).¹⁵ У коментарима уз ово правило се даље наводи да минимални узраст за кривичну одговорност малолетника има широк распон у зависности од историјског наслеђа и културе, а из саме формулације правила произилази да не морају сви правни системи ни предвиђати минимални узраст за кривичну одговорност. УН Конвенција о правима детета ово мења, обавезујући стране уговорнице да утврде "најнижу старосну границу испод које деца не могу бити способна за кршење кривичног закона" (чл. 40 ст. 3 (а)).¹⁶ Међутим, ова Конвенција ни једном одредбом не прописује колико та најнижа старосна граница треба да износи и упоредно правно посматрано њен распон се креће од 7 па до 18 година.

Европска Конвенција за заштиту људских права се не бави питањем минималне старосне границе за сношење кривице и она варира у оквиру држава чланица Савета Европе од 10 година колико износи у Великој Британији до 18 колико износи у Луксембургу. Комитет министара Савета Европе је истакао да минимална старосна граница кривичне одговорности не треба да буде сувише ниска и да треба да буде унапред одређена, али није дао препоруке колико она треба да износи односно испод ког узраста не би требало да иде, наглашавајући да је то комплексно питање и да се ставови држава у том погледу разликују.¹⁷

Упоредно правно посматрано, ова граница је у различитим државама различито постављена, највиша је у Луксембургу где износи 18 година, а најнижа појединим афричким и азијским државама (Либериа, Нигерија, Сејшели, Танзанија, Кувајт, Либан, Катар, Пакистан, Тајланд), где износи 7 година. У појединим државама праг "кривичне неодговорности" постављен је на 12 година (Бразил, Канада, Еквадор, Египат, Холандија, Јужна Кореја, Турска итд.) у другим на 14 (Аустрија, Немачка, Чиле, Колумбија, Италија), трећим 16 година (Аргентина, Белгија, Куба, Русија), па је тешко говорити о неком општеприхваћеном међународном стандарду у том погледу.¹⁸ Њено одређивање зависи искључиво од законодавног нахођења, што у великој мери зависи од историјског наслеђа и културе. У прилог томе, најбоље говори чињеница да се у Ирану прави разлика између кривичне одговорности дечака и девојчица, па девојчице већ са напуњених 9 година могу кривично одговарати, док дечаци то не могу пре навршених 15 година!¹⁹

У САД је ова граница прилично ниско постављена, с тим да се она разликује у различитим државама, а многе америчке државе је нису ни предвиделе. На федералном нивоу граница кривичне одговорности износи 11 година, што значи да деца испод тог узраста не могу одговарати пред федералним судовима, најнижа је у Северној Каролини и износи 6

¹⁵ Правила су усвојена Резолуцијом 40/30 Генералне скупштине Уједињених нација од 29. новембра 1985. године, текст доступан на: <https://npm.rs/attachments/3%20Pekinska%20pravila.pdf>, 07. април 2023.

¹⁶ УН Конвенција о правима детета усвојена је на Генералној скупштини УН 20 новембра 1989., а код нас је ратификована годину дана касније, Законом о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета (Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 15/90 и Службени лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 4/96 и 2/97).

¹⁷ "Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice", adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 17 November 2010, pars. 23, 79, доступно на: <https://rm.coe.int/16804b2cf3> 17.04.2023, 17. април 2023.

¹⁸ Подаци преузети са: CRIN, *Minimum Ages of Criminal Responsibility Around the World*, доступно на: <https://archive.crin.org/en/home/ages.html>, 16. април 2023.

¹⁹ R. Ottenhof, "Criminal responsibility of minors in national and international legal order", *Dans Revue Internationale de Droit Penal*, Vol. 75, 2004/1, 57.

година, а највиша у Масачустесу где је 12. Интересантно је поменути да 33 америчке државе уопште не прописује минималну старосну границу, што *de facto* значи да кривични поступак може бити покренут против било кога, неvezано за узраст учиниоца, а касније се у поступку може утврдити да дете није криво јер не постоји његов "однос према делу" у смислу кривице (тзв. *mens rea*).²⁰ Овакво решење супротно је УН Конвенцији о правима детета која обавезује државе да националним прописима предвиде минималну старосну границу испод које дете не може кривично одговарати, али интересантно је поменути да је САД једина држава која није ратификовала ову Конвенцију, под образложењем да Конвенција залази у породичне односе који треба да буду искључиво у унутрашњој надлежности САД!²¹

У Аустралији и на Новом Зеланду старосна граница кривичне одговорности износи 14 година, с тим што у погледу деце од 10–14 година важи оборива претпоставка кривичне неодговорности, што значи да се у сваком конкретном случају може доказивати да је дете 10–14 година поседовало одговарајуће менталне капацитете да се сматра кривим. Обориву претпоставку кривичне неодговорности предвиђа и Индија, где кривична одговорност начелно наступа са 12 година, али и деца старија од 7 година могу бити кривично одговорна у конкретном случају ако тужилаштво докаже да је њихова психичка и емотивна зрелост таква да могу да схвате значај и тежину свог деликта и да снесу последице за исти. Исто је решење и на Шри Ланци с тим да оборива претпоставка кривичне неодговорности важи у погледу деце од 12 до 14 година.

Оборива претпоставка кривичне неодговорности је реликт старог *common law* правила *doli incapax*. Полази се наике од претпоставке да је дете кривично неодговорно, али тужилац може да обори ову претпоставку доказујући да је дете било на таквом душевном и психичком развоју да је могло да схвати да је његов поступак штетан и да је на таквом интелектуалном нивоу да је способно да разликује добро од лошег.²² Интересантно је поменути да је и први српски Кривични законик из 1860. године предвиђао слично решење – код малолетника између 12–16 година требало је у сваком случају испитати да ли је поступао са "разбором" односно да ли је био урачунљив, да би био кривично одговоран и кажњен.²³

УН Комитет за права детета критикује овакво решење, под образложењем да се тиме поступајућем судији оставља велика дискреција у процени да ли конкретно одређено "дете" подлеже кривичној одговорности, што доводи до дискриминаторне и неуједначене праксе.²⁴ У теорији се такође оваква претпоставка критикује као неправична. Наводи се да она води неједнакој примени кривичног права, те да углавном води кривичној одговорности учинилаца који су имали боље услове за одрастање и васпитање па су способни да схвате природу и штетност свог понашања, док васпитно запуштена деца из лоших домова тиме избегавају кривичну одговорност и кривичну санкцију.²⁵

²⁰ D. Cipriani, *Children's Rights and the Minimum Age of Criminal Responsibility: A Global Perspective*, Ashgate 2009, 221–222.

²¹ О томе: Mason, Mary Ann, "The U.S. and the International Children's Rights Crusade: Leader or Laggard?" *Journal of Social History*, 38 (4), 2005, 955–963.

²² И. Ђокић, *Општи појам кривичног дела у англо-америчком праву*, Правни факултет – Едиција *Crimen*, Београд, 2016, 119–120.

²³ Д. Дракић, *О кривичној одговорности малолетника*, Нови Сад, 2010, 37.

²⁴ V. Blicke, "Too Young to Be a Criminal? What International Law Has to Say About Lowering the Minimum Age of Criminal Responsibility", *International Law & International Legal Thought*, 2023, доступно на: <https://voelkerrechtsblog.org/too-young-to-be-a-criminal/>, 17. мај 2023.

²⁵ M. Jefferson, *Criminal Law*, Harlow (etc.), 2009, 250., наведено према И. Ђокић, *op. cit.*, 120.

У Европи је најзаступљеније решење старосне границе од 14 година, мада се и решења држава чланица Савета Европе у том погледу разликују. Мимо поменутог Луксембурга, виши "праг неодговорности" постављају скандинавске државе и он износи 15 година, док је у Португалу 16. Са друге стране, у Швајцарској и Великој Британији граница је постављена на 10 година, у Холандији она износи 12 година, а у Француској 13. Шта више, у Холандији је изменама закона из 2014. године уведена могућност да се лицима са навршених 16 година већ може судити као одраслима, што значи у редовном кривичном поступку, мимо протективних одредби поступка које се примењују када се суди малолетницима.²⁶

Поједина законодавства праве разлику између пуне кривичне одговорности која подразумева могућност лица да одговара за сва и тзв. смањене кривичне одговорности која подразумева одговорност лица одређеног узраста само за нека кривична дела, најчешће убиства. Примера ради у Мађарској, деца млађа од 14 година нису кривично одговорна, осим када изврше убиство или тешко телесну повреду са смртним исходом, када се ова граница "помера" па за ова кривична дела могу одговорати и деца старија од 12 година.²⁷ Исто тако у Ирској деца млађа од 12 година нису кривично одговорна осим за убиства и друга кривична дела са елементима насиља за која могу одговорати са навршених 10 година. У Кини је граница кривичне одговорности 16 година, али већ са навршених 12 могу одговорати за поједина тешка кривична дела.²⁸ У Белорусији су такође деца до свог 16 рођендана кривично неодговорна осим за "насилна" кривична дела где спадају рецимо и насилничко понашање на спортским утакмицама (тзв. хулиганизам) или разбојничке крађе.²⁹

Разноликост решења потврђује тезу о непостојању било каквог општеприхваћеног међународног стандарда у погледу старосне границе кривичне одговорности односно старосне границе за доношење кривице, већ је то искључиво ствар законодавца који је успоставља у складу са конкретним потребама. Док Луксембуршки законодавац, примера ради, полази од тога да је лице тек са 18 година довољно зрело да схвати природу свог понашања и да за њега сноси одговорност, енглески законодавац сматра да дете то може већ са 10 година, што потврђује тезу изнету у коментару уз Пекиншка правила да "минимални узраст за кривичну одговорност малолетника има широк распон у зависности од историјског наслеђа и културе."

3.1. *Т. против Велике Британије* – случај пред ЕСЉП

Питањем ниско постављене старосне границе кривичне одговорности у Енглеској било је предмет разматрања ЕСЉП у предмету *Т. против Уједињеног Краљевства*.³⁰ Подносилац представке био је један од "дечака" извршилаца кривичног дела које је згрозило британску јавност – као десетогодишњак је, заједно са још једним школским другом истог узраста, отео двогодишњу бебу из колица у тржном центру, коју су затим на смрт

²⁶ Види: Government of the Netherlands, *Penalties for juvenile offenders*, доступно на: <https://www.government.nl/topics/sentences-and-non-punitive-orders/penalties-juvenile-offenders>, 18. април 2023.

²⁷ Од 2020. године у Мађарској је актуелна тема спуштања старосне границе кривичне одговорности на 12 година за сва кривична дела, након учесталог насиља према наставницима у школама од стране млађих ученика. О томе: Hungary Today, *Gov't Considers Lowering Minimum Age of Criminal Responsibility after School Incidents*, доступно на: <https://hungarytoday.hu/govt-considers-lowering-minimum-age-of-criminal-responsibility-after-school-incidents/>, 16. април 2023.

²⁸ Кина је 2021. изменила свој Кривични законик, тако да деца од 12 година могу кривично одговорати за убиство, телесне повреде, силовање или разбојништво.

²⁹ Кривични законик Белорусије, члан 27., доступно на <https://archive.crin.org/en/home/ages/europe.html> 17. април 2023.

³⁰ ECHR, *T. v. The United Kingdom*, App. No. 24724/94, Judgment of 16 December 1999.

испребијали и оставили њено тело на шинама оближње пруге. Британски суд их је осудио за отмицу и убиство, након чега је осуђени "дечак" поднео представку ЕСЉП наводећи између осталог да је повређен члан 3 ЕКЉП због "тортуре којој је био изложен" као десетогодишњак, услед јавног суђења, присуства медија, адверзијалног поступка и његовог узраста у коме у многим државама и "не би могао да буде кривично одговоран."³¹ У представи је истакао да је старосна граница кривичне одговорности од 10 година која важи у Енглеској и Велсу ниска у поређењу са другим европским државама, те да постоји "јасан тренд у међународном и упоредном праву у погледу повишења ове границе", а позвао се и на препоруке Комитета за права детета упућене Великој Британији да повећа ову границу.³² Нагласио је и да је у време извршења кривичног дела имао 10, а у време суђења 11 година, па да је био жртва "нечовечног поступања и тортуре" и јавног понижења на суђењу које је било отворено за јавност.

Европски суд за људска права је истакао да у Европи не постоји заједнички прихваћен стандард у погледу старосне границе кривичне одговорности и да она варира од државе до државе, а да није прописана ни Пекиншким правилима ни УН Конвенцијом о правима детета. "Чак и ако је у Енглеској и Велсу старосна граница међу најнижима, не може се рећи да је са 10 година она сувише ниска нити да се знатно разликује од оне постављене у другим европским државама." Из тог разлога Суд је закључио да старосна граница кривичне одговорности од 10 година, сама по себи не представља повреду члана 3 ЕКЉП.³³ Шта више, по мишљењу ЕСЉП, чак ни чињеница да је окривљенима у овом поступку суђено као одраслима уз присуство јавности и јавног обелодањивања идентитета учинилаца, супротно УН Конвенцији о правима детета и Пекиншким правилима, не представља нечовечно поступање и тортуру под образложењем да овакво поступање "није било мотивисано било каквом намером надлежних органа да понизе подносиоца представке или да му нанесу непотребне патње."³⁴ Даље је наведено да "иако је јавност поступка можда погоршала осећања кривице, нерасположења, патње и страха код подносиоца представке, Суд није убеђен да је сам судски поступак проузроковао код њега више патњи од оних неизбежних, које сваки судски поступак сам по себи носи."³⁵

Сходно томе ЕСЉП је стао на становишта да, не само да ниска старосна граница кривичне одговорности од 10 година не представља "нечовечно поступање и тортуру" у смислу члана 3 ЕКЉП, већ и да одступање од минималних стандарда за суђење малолетницима, у смислу искључења јавности, прикривања идентитета учиниоца и сл., не представља кршење овог члана. Несумњиво да је оваквом ставу ЕСЉП допринела и монструозност самог случаја, па не можемо да тврдимо да би став ЕСЉП био исти да је подносилац представке био осуђен рецимо за неко имовинско кривично дело. Ипак, слободни смо да претпоставимо да у том случају британски судови и не би одступали од одредаба поступка које се примењују за малолетнике, односно да им не би било суђено јавно, као пунолетним лицима, па се ова питања и не би поставила пред ЕСЉП. Кривично право као заштитно право треба да има адекватан "одговор" на ове најмонструозније случајеве,

³¹ *Ibid.*, para 61.

³² *Ibid.*, para 62.

³³ *Ibid.*, para 71–72.

³⁴ *Ibid.*, para 76.

³⁵ *Ibid.*, para 77.

полазећи од претпоставке да се његове одредбе неће ни примењивати на "добру децу" или лица која нису у сукобу са законом.

3.2. Снижавање стандарда достигнутог нивоа људских права?

Други аргумент противника снижавања старосне границе кривичне одговорности, своди се на забрану смањивања достигнутог нивоа људских и мањинских права, прокламовану чланом 20 став 2 Устава Републике Србије.³⁶ Овом одредбом је предвиђено да се достигнути ниво људских и мањинских права не може смањивати. Међутим, треба нагласити да се право да се неко сматра кривично неодговорним не може сматрати људским или мањинским правом, ни по Уставу РС, ни по Међународним конвенцијама које се баве овом проблематиком.

Ако би се појам "достигнутог нивоа права" шире тумачио, у смислу забране поопштравања одређених казненоправних решења, то би по логици ствари спречавало било какво поопштравање казни, увођење нових кривичних дела, увођење казне доживотног затвора и сл., што свакако није била интенција уставотворца. Кривично право се мења у зависности од практичних потреба, оно мора да прати друштвену реалност, а поменуто "шире тумачење" би *de facto* спречило уношење било каквих нових инкриминација грчевито се држећи постојећих решења, што је апсолутно неодрживо. По истој логици могло је да се оспорава и увођење казне доживотног затвора или рецимо уношење кривичних дела против безбедности рачунарских података, под образложењем да достигнути ниво права налаже да се лице не може сматрати одговорним за компјутерски криминал јер је његово "достигнуто право" да се сматра неодговорним за та дела?! А пракса показује да данашња "деца" врше далеко монструознија кривична дела него што је то некада био случај па се у иностраној литератури наводи да је протективно малолетничко кривично право својевремено настало са циљем да заштити "незрелу децу" која би вршила ситне крађе по продавницама, џепарења и сличне несташлуке, али да није погодно оружје за обрачунавање са данашњим малолетницима који врше свирепа разбојништва, силовања и убиства".³⁷ Ако је њихов "достигнути ниво права" да се сматрају кривично неодговорним, ефикасност кривичног права и његове заштитне функције се доводи у питање, будући да не може да пружи адекватан одговор ни у контексту заштите интереса жртве, ни у контексту заштите друштва у целини.

Овај аргумент једино може имати упоришта у одређеним "препуракама" међународних тела, али не и у потврђеним и обавезујућим међународним и унутрашњим актима. Како УН Конвенција о правима детета, видели смо, не предвиђа минималну старосну границу за доношење кривице, овим питањем се бавио УН Комитет за права детета 2007. године и препоручио је државама да се она постави између 14 и 16 година, а да је њено постављање испод 12 година "међународно неприхватљиво".³⁸ Препоруке Комитета су ревидиране 2019., након што су Грузија и Панама снизиле границу кривичне одговорности, па је свим државама препоручено да повисе границу кривичне одговорности на 14 година ако је она ниже постављена и да "ни под каквим околностима не снижавају границу кривичне одго-

³⁶ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

³⁷ J. Herbie Difonzo, "Parental Responsibility for Juvenile Crime", *Oregon Law Review*, Vol. 80, 1/2001, 9.

³⁸ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 10 (2007): Children's Rights in Juvenile Justice*, 25 April 2007, CRC/C/GC/10, para 32, 33, доступно на: https://www.refworld.org/docid/4670fca12.html_13, април 2023.

ворности у националним законодавствима".³⁹ Међутим, како сам назив говори, реч је само о међународним "препорукама" које немају обавезујуће правно дејство, за разлику од потписаних међународних уговора и конвенција које обавезују државе потписнице. Овакве препоруке се периодично мењају и ревидирају у зависности од преовлађујућих потреба и нахођења чланова оваквих комитета, за разлику од међународних конвенција које су обавезујуће за државе потписнице и чија измена захтева сложенију правну процедуру, а свака држава потписница мора посебно ратификовати и измене, да би оне на њеној територији производиле правно дејство. Зато не изненађује чињеница да је, упркос оваквим "препорукама" у Боливији 2014. године граница кривичне (не)одговорности снижена са 16 на 14 година, у Панами са 14 на 12, а Кина је 1. марта 2021. направила одступање за кривичну неодговорност млађих од 16 година, прописујући да и деца старија од 12 година могу кривично одговорати за одређена "насилна" кривична дела.

С тим у вези, интересантно је приметити и да тзв. "репресивне" државе попут рецимо Русије или Кине или бивших совјетских република, које су често на удару критике различитих међународних комитета, имају далеко "протективније" одредбе према малолетним учиниоцима кривичних дела и вишу границу "кривичне неодговорности", од ових "либералних". Док у Русији, Украјини или Кини (до последњих измена) ова граница износи 16 година, у Великој Британији она износи 10, у многим америчким државама 7 година, а најнижа је у Северној Каролини где деца са навршених 6 година живота могу бити кривично одговорна! Ово је и разумљиво, јер се протективни (заштитнички) модел поступка и повезује са правном традицијом некадашњих реалсоцијалистичких, "јаких" држава, па се сматра одразом претеране државне интервенције и негације саме воље малолетника, инсистирањем на његовој "заштити", што се онда у пракси понекад своди на озбиљну противречност да се малолетник "штити више него што би он сам себе штитио".⁴⁰ У том смислу препоруке међународних комитета да се "задржи постојеће стање" односно да се не спушта граница кривичне одговорности малолетника делују лицемерно, ако се истовремено не инсистира и на њеном подизању у државама у којима је она неразумно ниско постављена.

4. КАЗНЕНИ "ПРОТЕКТИЗАМ" МАЛОЛЕТНИКА У НАШЕМ ПРАВУ

У нашем праву кривична одговорност наступа са 14 година. Ако дете млађе од тог узраста изврши кривично дело⁴¹ против њега се не може водити кривични поступак нити му се могу изрицати кривичне санкције. У том случају јавни тужилац доноси решење којим одбацује кривичну пријаву и доставља га органу старатељства, како би овај орган предузео неку од мера социјалне заштите.

Закон о социјалној заштити (ЗСЗ)⁴² којим је уређен рад органа старатељства не прописује посебно које се мере могу предузети према деци "у сукобу са законом" па произилази да овај орган може применити било коју меру из области услуга социјалне

³⁹ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 24 (201x), replacing General Comment No. 10 (2007)*, para 33, доступно на <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CRC/GC24/GeneralComment24.pdf> 13. април 2023.

⁴⁰ М. Шкулић (2011), *op. cit.*, 98.

⁴¹ Овде само условно говоримо о кривичном делу, будући да се полази од необориве претпоставке да дете не може бити "криво", а самим тим без кривице не може постојати ни кривично дело у прихваћеном објективно-субјективном смислу, већ само противправно дело законом прописано као кривично дело.

⁴² Закон о социјалној заштити, *Службени гласник РС*, бр. 24/2011 и 117/2022- одлука УС.

заштите коју сматра целисходном на конкретан случај. Услуге социјалне заштите регулисане су чланом 40 ЗСЗ и деле се на:

1. Услуге процене и планирања које би у конкретном случају подразумевале процену стања, потреба и ризика детета и других особа у његовом окружењу
2. Дневне услуге у заједници односно дневни боравак, помоћ у кући, свратиште и друге услуге које подржавају боравак корисника у породици и непосредном окружењу
3. Услуге подршке за самосталан живот, које по логици ствари не долазе у обзир када је реч о детету млађем од 14 година, али би се рецимо могле применити према његовим родитељима/старатељима ако је реч о детету које живи у дисфункционалној породици
4. Саветодавно-терапијске и социјално-едукативне услуге, где такође спадају мере подршке породици, саветовање и подршка, породична или индивидуална терапија и сл.
5. Услуге смештаја – смештај у сродничку, хранитељску или другу породицу за одрасле и старије,⁴³ домски смештај, смештај у прихватилиште и друге врсте смештаја

Сходно томе, ниједан закон изричито не прописује мере које се могу применити према учиниоцима "кривичних дела" млађих од 14 година, а према наводима Центра за социјални рад код деце млађе од 14 година којима се не може изрећи кривична санкција, најчешће се реализује процена стања, потреба и ризика за дете; развија се план услуга уз партиципацију детета и родитеља/старатеља/хранитеља; реализује се саветодавни рад, посредовање код других институција (најчешће образовних и здравствених) због укључивање детета у одговарајуће третмане или конференција случаја са присуством свих релевантних институција ради изналажења решења које је у најбољем интересу детета; као и услуга дневног боравка за децу са поремећајем у понашању.⁴⁴

Малолетна лица (14–18 година) су кривично одговорна, а санкције које им се могу изрећи су васпитне мере, казна малолетничког затвора и мере безбедности, са изузетком забране вршења позива, делатности или дужности.

Ако малолетник учини лакше кривично дело за које је прописана новчана казна или казна затвора до 5 година, према њему се неће покретати кривични поступак већ ће се применити *васпитни налог*, са сврхом да се њиме утиче на правилан развој малолетника и јачање његове личне одговорности како у будуће не би чинио кривична дела (чл. 6 ЗМ). Како сам назив говори, сврха овог налога је да "(пре)васпита" малолетника, тако што ће му јавни тужилац за малолетнике или судија за малолетнике "наложити" да се поравна са оштећеним, извини му се, редовно похађа школу, укључи се у одговарајуће активности, подвргне одговарајућим третманима и сл. Реч је дакле о нерепресивним мерама које настоје да допринесу правилном и исправном развоју и васпитању малолетника, а "најрепресивнији" елемент који може имати позитиван ефекат на делотворност мере, лежи у чињеници да малолетнику не говоре родитељи да редовно похађа школу, бави се спортом и слично, већ му то званично налаже јавни тужилац за малолетнике или судија за малолетнике, чији ауторитет може допринети остваривању мере.

⁴³ Законодавац овде говори о смештају у сродничку, хранитељску или другу породицу за одрасле и старије (чл. 40 ст. 1 т. 5), што значи да се деца не могу сместити у сродничку, хранитељску или другу породицу?! Не знамо да ли је ово била интенција законодавца или је само реч о лошим и непримењивим формулацијама законописца.

⁴⁴ Центар за социјални рад – Служба за заштиту деце и омладине, доступно на: <https://www.csrs.org.rs/slu-zba-za-zastitu-dece-i-omladine/?script=lat>, 15. април 2023.

Могућност примене васпитних налога не зависи од личности малолетника већ од тежине кривичног дела које је извршио, односно његова примена могућа је само у погледу "лакших" кривичних дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до 5 година. У погледу тежих кривичних дела кривичне санкције које се могу изрећи малолетницима су васпитне мере, казна малолетничког затвора и мере безбедности, са изузетком забране вршења позива, делатности или дужности. Васпитне мере су "примарне" санкције када је о малолетницима реч, а малолетнички затвор изриче се само изузетно и то само старијим малолетницима (онима који су у време извршења кривичног дела имали 16 година).

Васпитне мере се деле на:

1. Мере упозорења и усмеравања где спадају судски укор и посебне обавезе
2. Мере појачаног надзора, које подразумевају појачан надзор од стране родитеља (усвојиоца или стараоца), појачан надзор у другој породици, појачан надзор од стране органа старатељства или појачан надзор уз дневни боравак у одговарајућој установи за васпитавање и образовање малолетника
3. Заводске васпитне мере, где спада упућивање у васпитну установу, васпитно-поправни дом или посебну установу за лечење и оспособљавање

Општа сврха кривичних санкција огледа се у генералној и специјалној превенцији (чл. 4 ст. 2. и чл. 42 КЗ) односно у утицају на конкретно лице да више не врши кривична дела, што се постиже кажњавањем (специјална превенција) и утицају на друге да не врше кривична дела што се постиже страхом од кажњавања (генерална превенција). У оквиру ове опште сврхе кривичних санкција, сврха кривичних санкција према малолетницима је да се "надзором, пружањем заштите и помоћи, обезбеђивањем општег и стручног оспособљавања, утиче на развој и јачање личне одговорности малолетника, на васпитавање и правилан развој његове личности, како би се обезбедило поново укључивање малолетника у друштвену заједницу" (чл. 10 ст. 1 ЗМ). Према томе васпитне мере по самој дефиницији, за разлику од казне малолетничког затвора, не садрже тај ретрибутивни елемент "кажњавања" већ се инсистира на васпитавању и правилном развоју малолетника, полазећи од тога да је и он сам жртва свог деликта, па га треба заштити и помоћи му да се "врати на прави пут". Једино у случају малолетничког затвора законодавац предвиђа и ову ретрибутивну компоненту, прописујући да је његова сврха и "појачан утицај на малолетног учиниоца да убудуће не врши кривична дела као и на друге малолетнике да не врше кривична дела" (чл. 10 ст. 2 ЗМ).

Међутим, упркос законској дефиницији и заводске васпитне мере *de facto* садрже одговарајућу ретрибутивну компоненту, будући да се малолетник смешта у посебну установу чиме му се ограничава слобода кретања. Због тога законодавац и прописује да се заводске васпитне мере изричу "као последње средство" и да могу трајати само колико је потребно да се оствари сврха васпитне мере (чл. 11 ст. 4 ЗМ). Али за разлику од затворске казне чије трајање суд унапред у пресуди прецизира, код изрицања заводских васпитних мера суд је дужан да и даље "прати" малолетника и на сваких шест месеци разматра да ли постоје разлози да се мера обустави или замени неком другом васпитном мером. То је још један одраз протективног модела, јер се дужина трајања мере не одређује унапред у зависности од врсте и тежине извршеног кривичног дела, већ се њено извршење периодично прати како би се установило како напредује "преваспитавање" и "поправљање" малолетника, а самим тим и трајање мере. Законодавац прописује само њихово макси-

мално трајање на период од 2 односно 4 године када је реч о мери упућивања у васпитно-поправни дом, а конкретно трајање мере зависи од напретка васпитног процеса у сваком конкретном случају.

Поред прописаних санкција које су релативно благе, основана је констатација да "казнена политика наших судова према малолетницима – у односу на остале европске земље – заиста показује благод".⁴⁵ Малолетнички затвор се изриче изузетно ретко и то најчешће у трајању краћем од 2 године, а од васпитних мера су најчешће мере појачаног надзора, док су заводске васпитне мере слабо заступљене. Примера ради, током 2021. од 1383 кривичних санкција изречених малолетницима, малолетнички затвор је одређен само у 3 случаја и то у трајању краћем од 2 године, а заводске васпитне мере у 94 случаја што чини око 6,8 % санкција. У апсолутно највећем броју случајева (93,7%) малолетници су "кажњени" мерама упозорења и усмеравања и мерама појачаног надзора!⁴⁶

4.1. Која кривична дела малолетници најчешће врше?

Имајући у виду врсту кривичних дела која најчешће врше, криминалитет малолетника се не разликује пуно од криминалитета пунолетних учинилаца, па су на "убедљивом" првом месту кривична дела против имовине, а затим она против живота и тела и јавног реда и мира. Међутим, у литератури се основано наводи да криминалитет малолетника полако мења структуру и да од доминантно имовинског (80-тих година прошлог века дела против имовине чинила су чак 80% пријављених дела) полако добија карактер насилничког.⁴⁷

Ово потврђују и расположиви статистички подаци. Ако се процентуално посматра број пријављених кривичних дела малолетника против имовине, он је 1995. године износио 78%, тренд се наставио и 2000. године (такође 78 %), да би 2003. и 2004. године број пријава за имовинска кривична дела малолетника почео да опада (68%), а да расте број пријава за тзв. насилнички криминалитет (кривична дела против живота и тела, јавног реда и мира, насилничко понашање и сл.).⁴⁸ Током 2021. године против малолетника је поднето 2513 кривичне пријаве од чега 50% за кривична дела против имовине (1263 пријаве), 14% за кривична дела против живота и тела (349 пријава) и 11% за кривична дела против јавног реда и мира (281 пријава).⁴⁹ Најчешће су пријаве за крађе, тешке крађе, телесне повреде, насилничко понашање и неовлашћено држање опојних дрога,⁵⁰ али интересантно је запазити да је највећи број пријава за нека од ових кривичних дела поднет

⁴⁵ Ђ. Игњатовић, *Компарација криминалитета и казнене реакције: Србија – Европа*, Београд, 2013, 132.

⁴⁶ Републички завод за статистику, *Билтен: Малолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2021–Пријаве, оптужења и осуде*, Београд, 2022, 45.

⁴⁷ Ђ. Игњатовић (2015), *op.cit.*, 22.

⁴⁸ 1995. године против малолетника је поднето укупно 5064 кривичне пријаве, од тога 3978 за кривична дела против имовине (78%), 2000. године је поднето 3458 кривичних пријава за кривична дела против имовине 2714 (78%), 2003. је поднето 2415 пријава, 1656 за имовинска кривична дела, док је 2004. поднето 3120 пријава од тога 2128 за имовинска кривична дела (68%). Види: Републички завод за статистику – *Билтен: Малолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2021 – Пријаве, оптужења и осуде*, 2004, Београд, 2006, 13.

⁴⁹ Сви подаци преузети из Билтена Републичког завода за статистику: *Малолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2021– Пријаве, оптужења и осуде*, Београд, 2022.

⁵⁰ Занимљиво је приметити и релативно висок број кривичних пријава и изречених санкција према малолетницима за насиља у породици, дакле према другим члановима породице, најчешће родитељима, што је још увек "табу тема" у нашем друштву. О томе: М. Љубичић, "Насиље младих над родитељима у Београду: Анализа документационе грађе", *Crimen (X)*, 1/2019, 19–36.

против лица узраста од 14 година, дакле на "доњој граници" кривичне неодговорности, што је илустровано следећом табелом:

Кривично дело	Укупан број кривичних пријава	14 година	15 година	16 година	17 година
Крађа	416	123	87	89	118
Тешке крађе	398	132	85	87	91
Лаке телесне повреде	260	87	37	60	76
Насилничко понашање	245	105	50	52	38
Уништење и оштећење туђе ствари	203	83	48	36	35
Држање опојних дрога	151	4	16	51	80
Насиље у породици	98	21	13	29	35
Неовлашћено коришћење туђег возила	76	6	17	30	23
Тешка телесна повреда	55	12	8	21	14

Исте године, малолетницима је изречено 1383 кривичне санкције. Посматрано у односу на "најчешћа" кривична дела која малолетници врше:

Кривично дело	Укупан број изречених санкција	14 година	15 година	16 година	17 година
Крађа	175	44	46	46	39
Тешке крађе	259	56	68	74	61
Лаке телесне повреде	86	13	22	21	30
Насилничко понашање	120	28	32	31	29
Уништење и оштећење туђе ствари	47	14	15	8	10
Држање опојних дрога	169	7	30	60	72
Насиље у породици	51	11	4	20	16
Неовлашћено коришћење туђег возила	/	/	/	/	/
Тешка телесна повреда	67	10	12	21	24

Јасно је да подношење кривичне пријаве не мора увек да резултира покретањем поступка према малолетнику, нити покренути поступак увек резултира изрицањем санкције, па је разумљиво да је број осуда увек далеко мањи од броја поднетих кривичних пријава. Поред тога, осуде које улазе у статистику из 2021. година не морају да значе да су пријаве за та дела поднете исте године, имајући у виду трајање поступка. Након подношења кривичне пријаве, видели смо, надлежни органи имају овлашћење да примене један или више васпитних налога за лакша кривична дела, што се не сматра кривичном

санкцијом и не улази у ову статистику. То и објашњава релативно велики број кривичних пријава за кривично дело неовлашћено коришћење туђег возила и ниједну осуду за то дело, имајући у виду да је реч о кривичном делу са прописаном казном затвора до 3 године, па се против малолетника и не покреће поступак већ му се изриче васпитни налог. У случају да малолетник тим возилом изазове саобраћајну несрећу, одговараће за кривично дело угрожавање безбедности јавног саобраћаја, за које је током 2021. године санкционисано 32 малолетника.

Оно што је такође индикативно је да се велики број кривичних пријава подноси против малолетника од 14 година, дакле на "доњој граници" кривичне неодговорности, што свакако треба да буде "аларм" да је велики број деце тог узраста већ "у криминалу". Када је реч о крађама, насилничком понашању и лаким кривичним повредама највећи број кривичних пријава је поднет управо против лица овог узраста, а можемо да претпоставимо да је добар део ових пријава и одбачен јер се касније утврдило да лице у време извршења дела није имало 14 година. Располовиви подаци не показују да ли су према неким од пријављених 14-годишњака већ предузимане одређене мере из области социјалне заштите и колико су те мере биле "ефикасне" да спрече дете да у будућности врши кривично дело, или је пак чињеница да деца данас "раније сазревају" па самим тим и раније почињу да се баве криминалним активностима. У вези са тим требало би спровести опсежно истраживање о малолетничком рецидивизму, што би опет захтевало и да се усагласе и упореде регистри Центара за социјални рад са Евиденцијом о изреченим васпитним мерама и казни малолетничког затвора коју воде судови.⁵¹

Наведени статистички подаци не обухватају кривична односно противправна дела са законским обележјима кривичних дела, извршена од стране деце млађе од 14 година, будући да се против њих не може водити судски поступак. Према последњим расположивим подацима Центра за социјални рад током 2020. године евидентирано је 14.270 малолетника у сукобу са законом, од тога 11.721 старијих од 14 година и 2.549 деце млађих од 14 година.⁵² Процентуално посматрано произилази да кривично неодговорна деца млађа од 14 година чине 17,86% малолетне деце "у сукобу са законом". Опет оптимистично делује податак да је број деце млађе од 14 година која су 2020. године била у сукобу са законом мањи за 27,9% у односу на 2016. годину. Са друге стране, број деце са проблемима у понашању, узраста од 6-14 година која су корисници услуге дневног боравка, се 2020. године удвостручио у односу на 2016. годину, са 21 на 42 деце. Поред тога, занимљиво је да је 2016. године полна структура "проблематичне деце" била таква да је тада 77,7% дечака испољило проблеме у понашању и 22,3% девојчица, да би се 2020. године дечаци и девојчице са проблемима у понашању процентуално приближили са 52,3% дечака и 47,7% девојчица.⁵³

Слободни смо да пођемо од претпоставке да велики број оних који са криминалом почну у дечијем узрасту (пре своје 14 године) са тим настављају и касније, што се свакако не може приписати "у кривицу" само деци, која су најчешће и сами "жртве" несрећних животних околности, дисфункционалних породица, економских и социјалних фактора, већ и очиглед-

⁵¹ Правилник о начину вођења евиденције о изреченим васпитним мерама и казни малолетничког затвора, *Службени гласник РС*, бр. 63 од 21. јула 2006.

⁵² Републички завод за социјалну заштиту, *Деца у систему социјалне заштите 2020*, Београд, 2021, 44.

⁵³ *Idid.*, 52.

ној неадекватности мера социјалне заштите да овакву децу "изведу на прави пут". Мере из области социјалне заштите које се могу изрећи деци која имају "проблема са законом" садржински се пуно не разликују од васпитних мера, уз ту разлику да их изриче и спроводи центар за социјални рад, а не суд или тужилаштво. Посматрано из тог угла, спуштање границе кривичне одговорности не би пуно "погоршало" положај учинилаца млађих од 14 година, већ би евентуално допринело томе да се "дете" кроз сусрет са правосудним органима "заплаши" и престане са проблематичним и делинквентним понашањем.

4.2. Да ли су деца учиниоци кривичних дела уједно и жртве?

Основни аргумент противника снижавања границе кривичне одговорности малолетника полази од крајње хумане поставке да ову децу учиниоце, која су и сама жртве јер нису имала ту срећу да се роде у "бољим породицама", и бољем социјално-економском окружењу, не треба кажњавати, већ да им треба помоћи и "извести их на прави пут". Када је 2019. године на Филипинима покренута иницијатива да се граница кривичне одговорности спусти са 15 на 9 или на 12 година, UNICEF се снажно успротивио томе а главни аргумент сводио се на то да је снижење границе кривичне одговорности чин "насиља према деци". Истичано је да су деца која су у сукобу са законом већ жртве животних околности, занемаривана су од стране родитеља, често су сведоци или жртве породичног насиља, економске несигурности, физичког или сексуалног злостављања и треба да буду заштићена, а не додатно кажњена. Из тог разлога треба их третирати као жртве, а не као извршиоце кривичних дела.⁵⁴

Ово је свакако неспорно и тачно, али опет намеће питање заштите и сатисфакције стварних жртава малолетничког криминалитета и то из угла генералне правичности јер "заштитом извршиоца" право додатно виктимизује жртву која се осећа немоћном и незаштићеном пред малолетним преступником. Из визуре "жртве" последица кривичног дела је иста без обзира да ли је извршилац има 12, 17 или 35 година, али њена правна и морална сатисфакција итекако зависи од узраста учиниоца. Тако, ако је лице и психички и материјално оштећено разбојништвом извршеним од стране 12-годишњака, правно посматрано жртва је у истом положају као да је имовину изгубила у поплави или земљотресу, односно од стране неке "више силе". Преступници у оваквом случају не могу кривично одговарати, жртва не може тражити намирење имовинскоправног захтева у кривичном поступку (јер оваквог поступка и нема) и једино јој преостаје да у дуготрајном, исцрпљујућем и неизвесном парничном поступку "о свом трошку" захтева накнаду штете од родитеља извршиоца.

Жртве "васпитно запуштене" деце неретко су друга деца, па се намеће питање правичности кривичне неодговорности млађих од 14 година, односно "злочина који остају некажњени" посебно из визуре те друге "добре" деце. Остављајући по страни монструозан злочин са почетка текста, неретко се дешава да су жртве "насилничког понашања" или телесних повреда друга деца, па се поставља питање "хуманог" карактера малолетничког кривичног права које штитећи децу "насилнике" заправо иде на штету деце "жртава".

Статистика показује да су жртве малолетничког криминалитета најчешће друга деца, односно њихови вршњаци. Примера ради током 2021. од 131 кривичног дела против живота и тела извршеног од стране малолетника у 59 случајева радило се о жртвама мла-

⁵⁴ UNICEF, *Lowering the age of criminal responsibility is against child rights*, доступно на: <https://www.unicef.org/philippines/press-releases/lowering-age-criminal-responsibility-against-child-rights-unicef> 14. април 2023.

ђим од 18 година, а од укупно 7 убистава извршених од стране малолетника те године, три жртве су биле такође малолетна лица. Исти је случај био и 2013. године када су малолетници били жртве кривичних дела малолетника у 60% случајева, деца млађа од 14 година у 4 % случајева, а пунолетна лица у 36%.⁵⁵ Једино у случају имовинског криминалитета малолетника, жртве су најчешће "одрасли" односно лица старија од 18 година. Тако 2021. од укупно 26 "осуда"⁵⁶ за разбојништва и разбојничке крађе, у свега 5 случајева су жртве такође биле малолетници.

Опоненти снижења старосне границе се неретко позивају и на члан 3(1) Конвенције о правима детета који прописује да "у свим активностима које се тичу деце... најбољи интереси детета биће од првенственог значаја", али опет треба имати у виду да овај члан не може да се тумачи само у интересу детета "учиниоца" већ и у интересу детета стварне жртве његовог деликта. Јер ако дете "учиниоца" доживљавамо као "жртву" сплета несрећних околности па га правно штитимо, долазимо у ситуацију да друга деца постају жртве тог "правно заштићеног" детета, чиме се спирала насиља наставља а узрочник не елиминише. Елементарна правичност налаже да злочин не треба да остане некажњен и да неко мора да сноси одговорност за њега, па ако већ настојимо да будемо хумани према деци, онда би требало размишљати о увођењу посебне кривичне одговорности родитеља односно законских заступника детета за дела извршена од стране кривично неодговорне деце.⁵⁷

5. ЗАКЉУЧАК

Питање спуштања старосне границе кривичне одговорности испод 14 година би требало размотрити "не само због појединачних случајева који повремено заинтригирају јавност, него због чињенице да је ова граница одређена у једно друго доба и за малолетнике који су имали потпуно другачији начин живота и узраст у коме су сазревали".⁵⁸ У прилог томе говори и структура малолетничког криминалитета који све више поприма насилнички облик, па док су "некадашњи" малолетници убедљиво најчешће вршили кривична дела против имовине (у 80% случајева), данас се проценат имовинског криминалитета малолетника креће на 50%, проценат кривичних дела малолетника са елементима насиља расте, а извршиоци оваквих злочина су све млађи. Посебно је забрињавајући податак да су жртве малолетничког криминалитета неретко друга деца, што намеће логичко питање да ли право, штитећи децу учиниоце, заправо иде на уштрб деце жртава?

Неправедно је да право буде само партикуларно правично, према деци учиниоцима, занемарујући интересе посебно деце жртава а и жртава уопште. Оштећени у кривичном поступку очекује од државе да му пружи одговарајућу моралну и материјалну сатисфакцију до које не долази ако је имао ту "несрећу" да буде жртва детета млађег од 14 година. Ако пођемо од става да се деца испод 14 година дело "не може прописати у кривицу" па да за исто не могу кривично одговарати, из визуре жртве би то представљало исту ситуацију као да је рецимо до лишења живота, телесне повреде или друге последице

⁵⁵ Наведено према Ђ. Игњатовић (2015), *op. cit.*, 24.

⁵⁶ Овде само условно говоримо о "осудама" будући да се малолетник оглашава кривим само када му се изриче казна малолетничког затвора, а код изрицања осталих кривичних санкција, поступак се окончава решењем којим се малолетник не оглашава кривим, већ му се изриче одговарајућа васпитна мера.

⁵⁷ О томе: В. Бајовић, "Неоконзервативни приступ у борби против малолетничке деликвенције и одговорност родитеља", *Казнена реакција у Србији, VII део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет, Београд, 2017, 219–234.

⁵⁸ Ђ. Игњатовић (2015), *op. cit.*, 30.

дошло услед поплаве, пожара, земљотреса или неке друге "више силе" посебно имајући у виду да за такво дело ни родитељи малолетника не могу кривично одговарати имајући у виду начело индивидуалне субјективне одговорности.

Овде се дакле *a priori* отклања свака узрочност између понашања детета и повреде нанете жртви као и између васпитања од стране родитеља и понашања детета,⁵⁹ што је нелогично и неправедно елиминисање оваквих деликата из домена кривичног права, посебно из угла оштећеног који у конкретном случају повреду свог заштићеног добра не може приписати "вишој сили" јер "зна ко му је повреду нанео", али му право не признаје такве оптужбе због учиниоцевих "младих година". Осећајући се немоћним и незаштићеним од стране правног система (државе) оштећени може доћи у искушење да прибегне самопомоћи, тј. "освети" према детету-учиниоцу и његовим родитељима, за шта ће касније сам кривично одговарати, чиме се циклус насиља не прекида већ наставља. У том смислу, елементарна правичност налаже да "кривицу" за овакво понашање сноси или сам учинилац или пак његови законски заступници које закон обавезује да "брину о њему" што између осталог подразумева и "бригу да се трећем лицу не нанесе зло". То би дакле подразумевало или спуштање старосне границе кривичне одговорности малолетника или одступање од принципа индивидуалне субјективне одговорности када су родитељи кривично-неодговорног детета у питању, а најидеалније би било кумулативно увођење обе мере.

Противници спуштања старосне границе кривичне одговорности углавном се позивају на аргумент "прихваћених међународних стандарда" као и на хуману, алтруистичку констатацију да су деца учиниоци кривичних дела најчешће и сами жртве лоших друштвено-економских прилика које их "терају у криминал", па да их не треба кажњавати, већ им да им треба помоћи.

Први аргумент је, видели смо, неодржив, имајући у виду различито постављену старосну границу кривичне неодговорности у различитим државама уз интересантну констатацију да је она начелно ниже постављена у тзв. "либералним" и "демократским" државама, него у оним бившим комунистичким државама чији се системи и данас, из визуре различитих међународних комитета, сматрају "репресивним". У том смислу, противљења Међународног комитета за права детета предлозима појединих држава да ову границу спусте, делују лицемерно ако не постоје истовремена залагања истог Комитета да се ова граница подигне у државама у којима је рецимо постављена на 7 или на 10 година, какав је рецимо случај у Енглеској и Швајцарској.

Други аргумент који полази од "заштите и интереса" детета је основан али се показује неодрживим у пракси имајући у виду висок степен рецидивизма као и неадекватност мера из области социјалне заштите и васпитних мера да "малолетнике изведу на прави пут". Сврха васпитних мера, како им сам назив говори и како произилази из њихове законске дефиниције, није да се малолетник "казни" већ да му се помогне и да се (пре)васпита, па у вези са тим, указујући на иронију правног система, један амерички аутор поставља логично питање – "значи ли то да се деца у погледу које се ове мере, због недовољног узраста не могу применити, не помаже?"⁶⁰

⁵⁹ Осим за кривично дело запуштање и занемаривање малолетног лица за које може одговарати родитељ васпитно запуштеног детета, али ово дело је преваходно прописано у интересу самог малолетника, не и у интересу жртве његовог деликта. О томе: В. Бајовић, *op. cit.*, 231–232.

⁶⁰ G. Maher, "Age and Criminal Responsibility", *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 2, 2005, 503.

На крају крајева, санкције које се изричу млађим малолетницима су релативно благе и садржински се не разликују пуно од мера из области социјалне заштите које се изричу деци учиниоцима, осим што их не изричу социјалне службе већ правосудни органи, чији ауторитет само може деловати подстицајно и застрашујуће на дете да се "уозбиљи" и престане са кршењем прописа. У том смислу и не видимо да би се спуштањем старосне границе кривичне одговорности положај деце драстично "погоршао", осим што би их можда страх од "кривичне одговорности" одвратио од вршења кривичних дела.

ЛИТЕРАТУРА

Бајовић В., "Неоконзервативни приступ у борби против малолетничке деликвенције и одговорност родитеља", *Казнена реакција у Србији, VII део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет, Београд, 2017.

Bliecke V., "Too Young to Be a Criminal? What International Law Has to Say About Lowering the Minimum Age of Criminal Responsibility", *International Law & International Legal Thought*, 2023, <https://voelkerrechtsblog.org/too-young-to-be-a-criminal/>

Дракић Д., *О кривичној одговорности малолетника*, Нови Сад, 2010.

Ђокић И., *Општи појам кривичног дела у англо-америчком праву*, Правни факултет – Едиција *Crimen*, Београд, 2016.

Игњатовић Ђ., *Компаративна криминалитета и казнене реакције: Србија – Европа*, Београд, 2013.

Игњатовић Ђ., "Криминалитет малолетника: стара тема и нове дилеме", *Малолетници као учиниоци и жртве кривичних дела и прекршаја* (ур. И. Стевановић), Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2015.

Љубичић М., "Насиље младих над родитељима у Београду: Анализа документационе грађе", *Crimen* (X), 1/2019

Maher G., "Age and Criminal Responsibility", *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 2, 2005.

Mason, Mary Ann, "The U.S. and the International Children's Rights Crusade: Leader or Laggard?", *Journal of Social History*, 38 (4), 2005.

Ottenhof R., "Criminal responsibility of minors in national and international legal order", *Dans Revue Internationale de Droit Penal*, Vol. 75, 2004/1, 2004.

Platt A., Diamond B. L., "The Origins of the "Right And Wrong" Test of Criminal Responsibility and its Subsequent Development in the United States: An Historical Survey", *California Law Review*, 54/1966

Raymond A., "Rethinking the Criminal Responsibility of Young People in England and Wales", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1/ 2012

Републички завод за социјалну заштиту, *Деца у систему социјалне заштите 2020*, Београд, 2021.

Републички завод за статистику, *Билтен: Малолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2021– Пријаве, оптужења и осуде*, 2004, Београд, 2006.

Републички завод за статистику, *Билтен: Малолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2021– Пријаве, оптужења и осуде*, Београд, 2022.

Срзентић Н., Стајић А., Лазаревић Љ., *Кривично право Југославије*, Савремена администрација, Београд, 1996.

Стојановић З., *Коментар Кривичног законика, Службени гласник*, Београд, 2019.

Herbie Difonzo J., "Parental Responsibility for Juvenile Crime", *Oregon Law Review*, Vol. 80, 1/2001

Norvatić Ž., Новоселец Р., *Казнено право – Опћи дио*, Загреб, 1999.

Cipriani D., *Children's Rights and the Minimum Age of Criminal Responsibility: A Global Perspective*, Ashgate, 2009.

Чејовић Б., *Кривично право у судској пракси, Прва књига – Општи део*, Београд, 1985.

Шкулић М., "Старосна граница способности за доношење кривице у кривичноправном смислу", *Crimen* (I), 2/2010.

Шкулић М., *Малолетничко кривично право*, Правни факултет, Београд, 2011.

* * *

Vanja Bajović, PhD*

**JUVENILE CRIMES – ABOUT LOWERING THE AGE
OF CRIMINAL RESPONSIBILITY**

Summary

The monstrous crime that shook Serbia when a 13-year-old boy in elementary school killed nine persons (eight of his peers and a school guardian) and seriously wounded six other children and a teacher, raised a question whether the legal rule, according to which the children under age of 14 are not criminally responsible is justified. Children under that age cannot be punished by criminal sanction, but only some measures in the field of social protection could be implemented. .

Unlike children to whom criminal legal mechanisms and sanctions cannot be applied due to their age, the juveniles (persons aged 14 to 18) may be held criminally liable, provided that their "young ages" guarantee them a "privileged position in criminal proceeding. The purpose of the sanctions imposed to juveniles is not to punish them, but to re-socialize them and "lead them on the right path". In relation to them, the principle of procedural protection applies and the basic type of sanctions imposed on them are so called "educational measures", while juvenile imprisonment is imposed only exceptionally (in less than 1% of cases) and under strict conditions. This protective model of juveniles procedure puts focus on psychological aspects of juvenile delinquency and, in order to protect the minor, it insists on his/her education and resocialization, instead on his/her guilt and severity of committed crime.

*This paper in the first part analyzes the question why, in formal and legal sense, children under age of 14 cannot be considered criminally responsible in Serbia. The second part is devoted to comparative legal solution in this field with the analysis of the relevant international documents and standards and ECtHR decision in the case *T. v. the United Kingdom*. In the third part are explained the measures that could be imposed on children under age of 14 and juveniles who commit a criminal offence, as well as the structure of juvenile crime in accordance with available statistical data.*

The initial hypothesis is that the minimum age of criminal responsibility should be lowered to 12 years. In order to prove it, we try to refute the usual counterarguments that this is contrary to accepted international standards and that it is contrary to the interests and rights of children, especially bearing in mind the interests of the other children, who are quite often the victims of such crimes.

Key words: guilt, minimum age of criminal responsibility, juvenile crimes, child perpetrators.

* Associate professor, University of Belgrade – Faculty of Law, bajovic@ius.bg.ac.rs

Др Емир Ћоровић,*

Ајсела Ћоровић,*

ДЕСЕТ ГОДИНА ОД ДОНОШЕЊА ТЗВ. МАРИЈИНОГ ЗАКОНА - ИЗМЕЂУ ОЧЕКИВАЊА И СТВАРНОСТИ

Апстракт: Ове године се навршава десет година од доношења Закона о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима, који је у јавности познат под називом Маријин закон. Њиме је установљен посебан кривичноправни режим за педофиле. Овај режим се, пре свега, огледа у прописивању посебних мера које се спроводе према осуђеницима за наведена кривична дела након издржане казне, као и у установљавању посебне евиденције за те учиниоце. Поред тога, Маријин закон је искључио примену одређених института кривичног права за учиниоце предметних дела, и то ублажавање казне, условни отпуст и застарелост. Ипак, и поред неспорне жеље и добрих намера законодавца, упитно је колико је овај закон допринео смањењу вршења кривичних дела против полне слободе на штету малолетних лица.

Кључне речи: кривична дела против полне слободе, малолетна лица, Маријин закон.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Пре десет година Народна скупштина Републике Србије је донела Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима (у даљем тексту ЗПМ).¹ Из самог назива је уочљиво на која кривична дела, односно на коју категорију учинилаца се овај закон односи. Кратко речено, њиме је установљен посебан кривичноправни режим према педофилима.² Познат је под називом Маријин закон, који је добио по имену једне малолетне жртве.³ Поред наведене скраћенице у раду ће се користити и колоквијални назив овог закона.

* Ванредни професор Државног универзитета у Новом Пазару, Департман за правне науке, *emircorovic2010@gmail.com*.

* Адвокат, Нови Пазар, *adv.corovic@gmail.com*.

¹ Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима - ЗПМ, *Службени гласник РС*, бр. 32/13.

² Е. Ћоровић, "The potentials of the so-called "Marija's law" in combating pedophilia", *Facta Universitatis - Series: Law and Politics*, 3/2016, 416.

³ У англосаксонском праву, пре свега праву САД, имамо примере где закони носе називе по својим жртвама (Меганин закон, Закон Адама Волша). Тако: М. Шкулић, *Кривична дела против полне слободе*, Службени гласник, Београд, 2019, 47 фн. 63.

У образложењу Предлога овог закона⁴ наведена су два разлога за његово доношење. Први, да чл. 37 *Конвенције Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања* (у даљем тексту Конвенција), коју је наша држава ратификовала 2010. године,⁵ обавезује "државе чланице ове конвенције да ради спречавања и гоњења кривичних дела установљених у складу са овом конвенцијом, предузму све неопходне законодавне или остале мере за прикупљање података који се односе на идентитет и на генетски профил (ДНК) лица која су осуђена за кривична дела установљена у складу са овом конвенцијом".⁶ Овим се, значи, доношење Маријиног закона доводи у везу са испуњењем међународне обавезе преузете наведеном конвенцијом. Као други разлог је наведен пораст кривичних дела против полне слободе која су извршена према малолетним лицима, што захтева "да се поред постојећег система кривичних санкција, које се нису у потпуности показале као делотворне, уведу и посебне мере којима би се отклонили услови који могу бити од утицаја да учиниоци ових кривичних дела убудуће врше та дела".⁷ У том смислу ЗПМ треба да понуди решења која ће довести до смањења ове врсте криминалитета о чему ће бити речи у наредном излагању.

Када се буду разматрала решења из Маријиног закона мора се водити рачуна да је након његовог доношења Кривични законик (у даљем тексту КЗ)⁸ више пута мењан, те да се одговарајуће измене односе и на кривична дела која су њиме обухваћена. У том контексту су значајне измене из 2016. године којима су имплементирана одређена решења из *Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици* (у даљем тексту Истанбулска конвенција),⁹ коју је Република Србија такође ратификовала, као и измене из 2019. године, колоквијално назива *Тијанин закон*, познате пре свега по увођењу доживотног затвора у кривично законодавство Србије.

2. ПРЕДМЕТ, СВРХА И ПОДРУЧЈЕ ПРИМЕНЕ МАРИЈИНОГ ЗАКОНА

1. У чл. 1 ЗПМ је предвиђено да се њиме: 1) *прописују посебне мере* које се спроводе према учиниоцима кривичних дела против полне слободе извршених према малолетним лицима и 2) *уређује вођење посебне евиденције осуђеника* за та кривична дела. Међутим, то није све. Наиме, Маријин закон је поред наведеног *искључио примену одређених института кривичног права* према поменутој категорији учинилаца, те нормирао и *посебна правила о правним последицама осуде*. Тако, ЗПМ искључује, тј. *забрањује ублажавање казне и условни отпуст*, прописује *незастаревање кривичног гоњења и извршења казне* за кривична дела на која се односи и дуплира трајање правних последица у односу на КЗ. Овим се одступа од општег кривичноправног режима у вези са поменутиим институтима, што истини за вољу није једини случај у нашем праву. У ствари, дерогирање општих правила одређеним посебним правилима није ништа необично у праву као регулаторном систему, имајући у виду познато

⁴ Предлог закона о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима, http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/559-13.pdf, 08. мај 2023.

⁵ Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања – Конвенција, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/10.

⁶ Предлог, *op.cit.*, 7.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 - исправка, 107/05 - исправка, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16, 35/19.

⁹ Закона о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици – Истанбулска конвенција, *Службени гласник РС - Међународни уговори*, бр. 12/13.

правило *lex specialis derogat legi generali*. Међутим, Маријин закон нема свој *iustus titulus* (правни основ) у КЗ,¹⁰ као што то имају други кривични прописи који установљавају посебне режиме¹¹ – Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (у даљем тексту ЗМУКД)¹² и Закон о одговорности правних лица за кривична дела (у даљем тексту ЗОПЈКД).¹³

2. Према слову чл. 2 Маријиног закона његова *сврха* се огледа у томе "да се учиноци кривичних дела против полне слободе извршених према малолетним лицима спрече да врше ова дела". Једна оваква одредба тешко да има икаквог смисла. По својој садржини готово да се поклапа са називом овог закона. Жртве (пасивни субјекти) којима се настоји пружити жаштита ЗПМ су *малолетна лица*. Тај појам треба разумети у смислу чл. 112 ст. 10 КЗ – лице које није навршило осамнаест година.¹⁴

3. У чл. 3 Маријиног закона прописано је *подручје његове примене*. Исти се примењује на учиноце који су *према малолетним лицима* извршили следећа кривична дела из КЗ-а: 1) силовање (чл. 178 ст. 3 и 4); 2) обљуба над немоћним лицем (чл. 179 ст. 2 и 3); 3) обљуба са дететом (чл. 180); 4) обљуба злоупотребом положаја (чл. 181); 5) недозвољене полне радње (чл. 182); 6) подвођење и омогућавање вршења полног односа (чл. 183); 7) посредовање у вршењу проституције (чл. 184 ст. 2); 8) приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију (чл. 185); 9) навођење малолетног лица на присуствовање полним радњама (чл. 185а); 10) искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу (чл. 185б). Овај закон се *не примењује* на кривично дело полног узнемиравања из чл. 182а КЗ, иако се и оно може извршити према малолетном лицу, с обзиром на то да се ово кривично дело не наводи у чл. 3 ЗМП. Разлог за то лежи у чињеници да је полно узнемиравање уведено 2016. године, под утицајем Истанбулске конвенције, а да од свог доношења Маријин закон ни једном није мењан.

Овај закон је намењен пунолетним учиниоцима наведених кривичних дела, односно изричито је прописано да се *не примењује на малолетне учиноце* тих дела (чл. 3 ст. 2).

3. ЗАБРАНА УБЛАЖАВАЊА КАЗНЕ И УСЛОВНОГ ОТПУСТА И НЕЗАСТАРЕВАЊЕ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА И ИЗВРШЕЊА КАЗНЕ

1. Ублажававање казне представља институт према којем суд може учиноцу кривичног дела изрећи блажу врсту казне од прописане или казну испод прописаног посебног минимума за одређено кривично дело у границама које су одређене законом. Према чл. 56 КЗ ову могућност суд може применити кад: 1) закон предвиђа да се казна може ублажити (тзв. законско ублажававање);¹⁵ 2) закон предвиђа да се учинилац може ослобо-

¹⁰ Е. Ћоровић, *op.cit.*, 416.

¹¹ Видети чл. 4 и 12 КЗ.

¹² Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица – ЗМУКД, *Службени гласник РС*, бр. 85/05.

¹³ Закон о одговорности правних лица за кривична дела – ЗОПЈКД, *Службени гласник РС*, бр. 97/08.

¹⁴ Према чл. 3 ст. 1 тач. а) Конвенције "дете" означава свако лице млађе од 18 година. У том смислу појму дете из Конвенције одговара појам малолетног лица из нашег кривичног права.

¹⁵ Предвиђено је код прекорачења нужне одбране (чл. 19 ст. 3 КЗ), прекорачења или нехатног изазивања опасности код крајње нужде (чл. 20 ст. 3 КЗ), компулзивне силе и претње (чл. 21 ст. 2 КЗ), битно смањене

дита од казне, а суд га не ослободи од казне; 3) утврди да постоје нарочито олакшавајуће околности које указују на то да се са ублаженом казном може постићи сврха кажњавања (тзв. судско ублажавање).

Маријин закон у чл. 5 ст. 1 *искључује примену института ублажавања казне за кривична дела на која се односи*. Ипак, забрана ублажавања казне није новина коју је у кривично законодавство Србије увео овај закон. Она је уведена пар година пре његовог доношења, изменама и допунама КЗ из 2009. године. Наиме, потоњом новелом КЗ забрањено је ублажавање казне за таксативно набројана кривична дела, међу којима се налазе силовање, обљуба над немоћним лицем и обљуба над дететом (чл. 57 ст. 2), као и за случај специјалног поврата, тј. ако је учинилац раније осуђиван за исто или истоврсно кривично дело (чл. 57 ст. 3).¹⁶ Последњим изменама КЗ из 2019. године забрана ублажавања казне је проширена и у случају "обичног" поврата из чл. 55 КЗ.

У сваком случају забрана ублажавања казне за силовање (чл. 178 КЗ), обљубу над немоћним лицем (чл. 179 КЗ) и обљубу над дететом (чл. 180 КЗ), и то за све облике ових кривичних дела, уведена је 2009. године, док је Маријиним законом ова забрана на одговарајући начин "дуплирана" када се као пасивни субјект јавља малолетно лице.¹⁷

Нагласимо да је забрана ублажавања казне од свог увођења у наше право 2009. године изложена критици,¹⁸ а неки аргументи се могу користити и када је у питању њено прописивање у Маријином закону. Тако, спорно је да ли се ова забрана односи и на законско ублажавање.¹⁹ На пример, КЗ прописује да се за покушај кривичног дела учинилац може блаже казнити (чл. 30 ст. 2); шта ће бити уколико силовање малолетног лица остане у покушају; одредба о покушају КЗ допушта ублажавања, док Маријин закон то експлицитно забрањује не водећи рачуна о стадијуму остварења дела?! То повлачи за собом питање да ли је криминално-политички оправдано да се довршено и покушано кривично дело ставе на уравниловку, па чак и ако су у питању тако гнусна кривична дела као што су сексуални деликти на штету малолетних лица?²⁰ Ипак, с обзиром на то како је формулисана чл. 5 ст. 1 ЗПМ, прописујући да "суд не може ублажити казну применом члана 57. став 1. Кривичног законика", чини се да се забрана односи и на законско ублажавање, јер је на овај начин искључена примена одредбе КЗ која регулише границе ублажавања, а она се односи и на судско, али и на законско ублажавање.

2. КЗ Србије познаје обавезни и факултативни условни отпуст. Први се обавезно одобрава ако су испуњени законом прописани услови, док је код факултативног дискреционо право суда да, без обзира на испуњеност истих тих услова, условни отпуст одобри односно не одобри (чл. 46 КЗ). Факултативни условни отпуст се везује за таксативно наведене случајеве, међу које спадају и осуде за кривична дела против полне слободе, од чл. 178. до 185б (алинеја друга чл. 46 ст. 2 КЗ). Од измена и допуна КЗ из 2019. године суд не може условно отпустити осуђене за кривична дела тешког убиста детета или бремените жене (чл. 114 ст. 1

урачуњљивости (чл. 23 ст. 3 КЗ), отклоњиве правне заблуде (чл. 29 ст. 3 КЗ), покушаја (чл. 30 КЗ), помагања (чл. 35 КЗ), непостојања личних односа, својстава и околности код подстрекача и помагача (чл. 36 ст. 4 КЗ).

¹⁶ Ова одредба је неколико пута имала извесне корекције.

¹⁷ За обљубу над дететом је у целости "дуплирана".

¹⁸ Видети: N. Delić, "Zabrana (isključenje) ublažavanja kazne u određenim slučajevima", *Crimen*, 2/2010, 238; Z. Stojanović, "Da li je Srbiji potrebna reforma krivičnog zakonodavstva?", *Crimen*, 2/2013, 124–125.

¹⁹ Z. Stojanović, *op.cit.*, 124–125.

²⁰ E. Ćorović, *op.cit.*, 418.

тач. 9), најтеже облике силовања (чл. 178 ст. 4), обљубе над немоћним лицем (чл. 179 ст. 3), обљубе са дететом (чл. 180 ст. 3) и обљубе злоупотребом положаја (чл. 181 ст. 5), који за последицу имају смртну последицу или су учињене према детету (чл. 46 ст. 5 КЗ). Дететом се сматра лице које није навршило 14 година (чл. 112 ст. 8). Поред ових забрана прописаних КЗ, додајмо и да Маријин закон предвиђа да се лице осуђено за неко кривично дело које потпада под режим тог закона *не може условно отпустити* (чл. 5 ст. 2).

Имајући у виду наведено може се закључити да се условни отпуст не може применити на учиниоце кривичних дела против полне слободе која су учињена на штету малолетних лица, док у случајевима када се као жртве јављају пунолетници важе правила о факултативном условном отпусту, осим ако је наступила смрт пунолетног пасивног субјекта код силовања и обљубе над немоћним лицем, јер је такође реч о квалификаторним околностима из чл. 178 ст. 4 и 179 ст. 3 КЗ, а за ове облике је условни отпуст искључен.

Иначе примена чл. 5 ст. 2 ЗПМ којим се искључује могућност условног отпуста за предметна кривична дела примењује се и на осуде које су постале правноснажне пре ступања на снагу овог закона, јер се "приликом одлучивања о испуњености услова за условно отпуштање примењују (се) одредбе закона који те услове прописује и важи у време извршења казне и доношења одлуке о условном отпусту".²¹ Одредба чл. 5 ст. 2 Маријиног закона не може се применити на кривична дела која нису изричито наведена у чл. 3 овог закона иако су учињена према малолетном лицу и имају сексуалну конотацију. Тако је у решењу Апелационог суда у Новом Саду Кж -Уо-253/18 од 04.10.2018. године наведено: "основано се жалбом истиче да кривично дело трговине људима из чл. 388. став 6. у вези става 3. и 1. КЗ није истим законом предвиђено као кривично дело које је основ за искључење примене института условног отпуста у смислу члана 5. датог закона".

3. Кривични законик прави разлику између застарелости кривичног гоњења (чл. 103 и 104) и застарелости извршења казни и мера безбедности (од чл. 105 до 107). По правилу, сва кривична дела и изречене кривичне санкције у нашем кривичном праву застаревају, изузев геноцида, злочина против човечности и ратних злочина која су регулисана од чл. 370 до 375 КЗ, затим кривичних дела за која је прописана казна доживотног затвора, као и кривичних дела за која по ратификованим међународним уговорима застарелост не може да наступи (чл. 108 КЗ). Новелама КЗ из 2019. године за најтеже облике силовања (чл. 178 ст. 4), обљубе над немоћним лицем (чл. 179 ст. 3), обљубе са дететом (чл. 180 ст. 3) и обљубе злоупотребом положаја (чл. 181 ст. 5) прописан је доживотни затвор, што значи да кривично гоњење и извршење казне за иста не застарева.

Незастаревање кривичног гоњења и извршења казне предвиђено је и чл. 5 ст. 3 ЗПМ, наравно за кривична дела која потпадају под његов режим. Споменимо да је у чл. 33 Конвенције предвиђено да се застарелост започињања поступака, у вези са кривичним делима установљеним том Конвенцијом, уреди тако да исто "не наступи током временског периода довољно дугог да се током њега омогући делотворно отпочињање поступка пошто је жртва постала пунолетна и који је у складу са тежином кривичног дела о коме је реч". Према томе, Конвенција не инсистира на незастаривости кривичних дела на која се односи. Отуда има мишљења да решење из Маријиног закона "не прати идеју Конвенције и нарушава начела једнакости и сразмерности, што посебно долази до изражаја када се посматрају

²¹ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 587/2019 од 13.06.2019.; решења Апелационог суда у Новом Саду Кж-Уо- 282/17 од 27.10.2017. и Кж-Уо-177/17 од 03.10.2017.

најлакша дела из ове групе", те да је евидентно "да законодавац није учинио неопходан напор да сачини хијерархију дела према тежини, и на основу тога постави адекватне рокове застарелости, или да "елегантно" пропише да (редовни) рокови застарелости почињу да теку од стицања пунолетства жртве, што би имало више смисла".²² Други истичу, иако држе неспорним да малолетна лица заслужују највиши ниво кривичноправне заштите, да није јасан *ratio legis* незастаревања свих кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима те указују и на могуће доказне проблеме уколико прође неки већи временски период.²³ Поред тога, има аутора који сматрају упитним увођење нових правила о незастаривости, јер Устав Србије²⁴ у чл. 34 ст. 6 говори само о незастаривости геноцида, злочина против човечности и ратних злочина.²⁵ Споменимо и мишљења по којима институт застарелости онако како је прописан код нас "оставља сасвим довољно времена за откривање и процесуирање ових кривичних дела, чиме би у потпуности биле испуњене наше међународноправне обавезе и без решења из тзв. Маријиног закона".²⁶

Изнета аргументација је веома озбиљна. У неким наредним ревизијама нашег кривичног законодавства требало би исту подробно размотрити или барем преиспитати да ли је забрану застаревања потребно задржати за сва кривична дела која потпадају под режим ЗПМ, јер је сасвим јасно да се унутар ове групе не ради о кривичним делима исте тежине, као и да у самом КЗ-у постоје много тежа дела за која се застарелост примењује.

4. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ОСУДЕ ПРЕМА МАРИЈИНОМ ЗАКОНУ

Правне последице осуде у нашем кривичном праву представљају мере које се могу предвидети само (некривичним) законом, које наступају по сили закона који их установљава, а услед осуде за одређена кривична дела или на одређене кривичне санкције (чл. 94 КЗ). Наступају по правноснажности пресуде којом је учинилац осуђен за одређено кривично дело, односно којом му је изречена одређена кривична санкција, с тим да се време проведено на издржавању казне затвора не урачунава у њихово трајање. Оне се могу састојати у престанку или губитку одређених права и забрани стицања одређених права што је ближе одређено у чл. 95 ст. 1 и 2 КЗ.

Међутим, и Маријин закон у чл. 6 прописује да осудом за кривично дело које потпада под режим тог закона обавезно наступају *следеће правне последице*: 1) *престанак вршења јавне функције*; 2) *престанак радног односа, односно престанак вршења позива или занимања које се односи на рад са малолетним лицима*; 3) *забрана стицања јавних функција*; 4) *забрана заснивања радног односа, односно обављања позива или занимања које се односи на рад са малолетним лицима*.

Јасно је да су ове одредбе сувишне, јер се њима само понављају по две правне последице које се састоје у престанку односно забрани стицања неких права, а које већ

²² Д. Миладиновић-Стефановић, "Кривичноправна заштита малолетних лица од сексуалног злостављања и искоришћавања – Европски стандарди и право Републике Србије", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 68/2014, 572–573.

²³ М. Шкулић, *op.cit.*, 54-55.

²⁴ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06, 115/21.

²⁵ И. Вуковић, *Кривично право: Општи део*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021, 560.

²⁶ V. Delibašić, "Prikazivanje, pribavljanje i posedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnog lica za pornografiju", *Crimen*, br. 3/2017, 568.

постоје у КЗ-у. Заборавило се, међутим, да се конкретне правне последице осуде предвиђају некривичним законима којима се уређује вршење и престанак појединих јавних функција, услови заснивања и престанка радног односа итд.²⁷ Проблематично је и то што ЗПМ дуплира трајање правних последица осуде које се састоје у забрани стицања одређених права, јер прописује да исте могу трајати до 20 година (чл. 6 ст. 3), док КЗ лимитира њихово трајање најдуже до 10 година (чл. 96 ст. 3).

И Маријин закон прописује да правне последице осуде наступају даном правноснажности пресуде, те да се правноснажна пресуда обавезно доставља и послодавцу осуђеног лица (чл. 6 ст. 2 и 4).

Кршење правних последица осуде представља прекршај кажњив затвором од 30 до 60 дана (чл. 16 ст. 1 тач. 1 ЗПМ). Подаци о кршењу правних последица осуде и остварењу обележја овог прекршаја нису нам били доступни.

5. ПОСЕБНЕ МЕРЕ ИЗ МАРИЈИНОГ ЗАКОНА

Већ по свом официјелном називу Маријин закон установљава *посебне мере* за учиниоце кривичних дела против полне слободе која су учињена према малолетним лицима. Споменимо и да чл. 27 ст. 4 Конвенције сугерише државама уговорницама да пропишу мере које се састоје у праћењу или надзору лица која су оглашена кривим. По својој садржини посебне мере су заиста замишљене да иду у том правцу, јер је у чл. 7 ЗПМ прописано да се оне, према учиниоцима кривичних дела на која се тај закон односи, спроводе *после издржане* казне затвора. Ради се о следећим мерама (чл. 7-12 ЗПМ):

1) *обавезно јављање надлежном органу полиције и Управе за извршење кривичних санкција* – УИКС – овим се установљава дужност учиниоцу да се лично јави организационој јединици полиције у месту свог пребивалишта и организационој јединици УИКС надлежној за третман и алтернативне санкције, сваког месеца најкасније до 15. дана у месецу;

2) *забрана посећивања места на којима се окупљају малолетна лица* – установљава се дужност да се учинилац уздржава од посећивања места на којима се окупљају малолетна лица, као што су школске зграде и дворишта, вртићи, игралишта, дечије манифестације и сл.;

3) *обавезно посећивање професионалних саветовалишта и установа* – установљава се дужност да учинилац посећује професионална саветовалишта и установе према програму који му одреди организациона јединица УИКС надлежна за третман и алтернативне санкције;

4) *обавезно обавештавање о промени пребивалишта, боравишта или радног места* – овим је установљена дужност учиниоцу да у року од три дана од дана промене пребивалишта, боравишта или радног места о томе лично обавести надлежну организациону јединицу полиције и организациону јединицу УИКС надлежну за третман и алтернативне санкције;

5) *обавезно обавештавање о путовању у иностранство* – установљена је дужност учиниоцу да се најкасније три дана пре путовања у иностранство лично јави

²⁷ Е. Ћоровић, *op.cit.*, 420.

надлежној организационој јединици полиције, као и дужност да истом органу пружи податке о држави у коју путује, као и месту и дужини боравка у иностранству.

Прво питање које се намеће у вези са посебним мерама односи се на њихову правну природу. Указује на њихову сличност са одређеним кривичним санкцијама, мерама заштитног надзора и правним последицама осуде.²⁸ Међутим, нису кривичне санкције, јер њих не изриче суд. Оне се по слову закона *спроводе* над осуђеним након издржане казне затвора, а за спровођење је надлежно овлашћено лице организационе јединице УИК надлежне за третман и алтернативне санкције, односно повереник Повереничке службе како то стоји у Закону о извршењу ванзаводских санкција и мера (у даљем тексту ЗИВСМ),²⁹ којим се уређује њихово извршење. Занимљиво је да је у једној пресуди Апелациони суд у Београду преиначио првостепену пресуду у осуђујућем делу, "тако што је одредио да се према окривљеном после издржане казне затвора спроводе посебне мере прописане чланом 7. став 1. тачка 1–5 Закона о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима". Поступајући по захтеву за заштиту законитости Врховни касациони суд је исти одбио, пресуда Кзз бр. 348/21 од 31.03.2021. године, из разлога што сматра неоснованим наводе браниоца да је "одређивањем мера према окривљеном од стране Апелационог суда у Београду дошло до повреде начела забране *reformatio in peius*... имајући у виду да мере не представљају кривичну санкцију према одредби члана 4. тачка 1. Кривичног законика и њиховим изрицањем Апелациони суд у Београду није преиначио одлуку у погледу кривичне санкције". Свакако посебне мере нису кривичне санкције, али није јасно ни зашто их је другостепен суд уопште изрицао.

С друге стране, посебне обавезе нису ни правне последице осуде, јер су оне посебно регулисане у Маријином закону и наступају по сили закона, док је за спровођење посебних мера неопходно да повереник изради програм њиховог извршења (чл. 59 ст. 2 ЗИВСМ). Зато што се не могу сврстати нити у једну од постојећих кривичноправних категорија у литератури се истиче да су оне дефинитивно посебне, односно својеврсне.³⁰ Међутим, ако се узме у обзир да су оне садржински веома блиске постојећим обавезама код заштитног надзора, онда се и њихова "посебност" може ставити под знак питања.³¹

Формулација чл. 7 ст. 1 ЗПМ указује да се посебне мере кумулативно спроводе.

Поступак спровођења посебних мера започиње личним јављањем осуђеника надлежном поверенику у року од три дана од дана извршења изречене кривичне санкције, који је дужан да у наредна три дана отпочне припреме за извршење посебних мера и да у том циљу успостави сарадњу са полицијом, професионалним саветовалиштима и другим установама битним за њихово спровођење. Програм извршења посебних мера повереник је дужан да изради у року од осам дана од дана када му се учинилац јавио, да обавести осуђеног о истом, као и о последицама неизвршења обавеза. Програм се доставља суду који је донео одлуку, полицији, саветовалишту, као и другој установи која учествује у

²⁸ О томе: Б. Ристивојевић, ""Пунитивни популизам" српског законодавца: Критичка анализа тзв. Маријиног закона", *Нова решења у казном законодавству Србије и њихова практична примена* (ред. С. Бејатовић), Педесето редовно годишње саветовање Удружења (Златибор 2013), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Intermex, 2013, 325–328; М. Шкулић, *op.cit.*, 48.

²⁹ Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера – ЗИВСМ, *Службени гласник РС*, бр. 55/14, 87/18.

³⁰ Б. Ристивојевић, *op.cit.*, 328.

³¹ Е. Ћоровић, *op.cit.*, 421.

његовом спровођењу (чл. 59 ЗИВСМ). На захтев надлежног суда повереник је дужан да у року од три дана достави извештај о спровођењу програма. Ако осуђени не извршава посебне мере, повереник ће обавестити суд (чл. 60 ЗИВСМ).

Одговарајуће одредбе налазе се и у Правилнику о начину извршења ванзаводских санкција и мера и организацији и раду Повереника (чл. 36),³² који махом понавља законске одредбе. Но, њиме је предвиђено да Повереник прати извршење програма посебних мера, те кроз саветодавни и едукативни рад помаже учиниоцу да прихвати тежину последица извршеног кривичног дела и упознаје га са последицама неизвршавања обавеза. Током извршења програма Повереник редовно сарађује са одређеним саветовалиштем, проверава степен сарадње учиниоца, динамику реализације и успешност остваривања утврђеног програма, сарађује са полицијом и по потреби са породицом учиниоца кривичног дела. Ако током спровођења програма настану околности које онемогућавају његово спровођење (болест учиниоца која захтева дуже лечење или друге посебне околности), Повереник одмах обавештава суд који је донео првостепену пресуду.

Неиспуњавање посебне мере представља прекршај за који је прописана казна затвора од 30 до 60 дана (чл. 16 ст. 1 тач. 2 Маријиног закона). Подаци о кршењу посебних мера и остварењу бића предметног прекршаја нису нам били доступни.

Посебне мере се спроводе најдуже 20 година после извршене казне затвора (чл. 7 ст. 2 ЗПМ). Њихову периодичну контролу по службеној дужности врши суд који је донео првостепену пресуду, тако што после истека сваке четири године од почетка њихове примене одлучује о потреби њиховог даљег спровођења. И лица на која се ове мере односе имају право да поднесу захтев за преиспитивање потребе њиховог даљег спровођења. Захтев се подноси истом суду након истека сваке две године од почетка примене посебних мера. Када одлучује о потреби даљег спровођења суд прибавља извештаје органа и организација надлежних за њихово спровођење (чл. 7 ст. 3–6 ЗПМ).

Поред поменутих примедби које се односе на њихову правну природу, с правом се изражава "реална сумња у капацитете посебних мера за остваривање пројектованог превентивног дејства".³³ Тако на пример, није јасно како ће се у пракси контролисати спровођење можда најзначајније мере, забране посећивања места на којима се окупљају малолетна лица. О томе извршни прописи ништа не кажу, а сигурно да прекршајноправна заштита према Маријином закону није довољна. И заиста, са становишта учинковитости ових мера уопште, питање је да ли само претња прекршајем може одвратити раније осуђиваног педофила да крши посебне мере које се према њему спроводе?

6. ПОСЕБНА ЕВИДЕНЦИЈА ПРЕМА МАРИЈИНОМ ЗАКОНУ

Ослањајући се на поменуту одредбу чл. 37 Конвенције,³⁴ Маријин закон је установио посебну евиденцију осуђеника за кривична дела против полне слободe учињених на штету малолетних лица (чл. 13), која се колоквијално назива "евиденција педофила".³⁵ Посебну евиденцију према чл. 14 ст. 1 ЗПМ води УИКС. Пре него што размотримо регулативу

³² Правилник о начину извршења ванзаводских санкција и мера и организацији и раду Повереника, *Службени гласник РС*, бр. 30/15.

³³ Д. Миладиновић-Стефановић, *op.cit.*, 574.

³⁴ Предлог, *op.cit.*, 7.

³⁵ М. Ambrož, "Novi slovenski Kazneni zakonik", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, br. 1/2008, 337.

која се односи на исту, потребно је указати да се у нашем праву воде и друге евиденције осуђеника.³⁶ Ту је, пре свега, *казнена евиденција* која свој основ има у чл. 102 КЗ, а коју води Министарство унутрашњих послова,³⁷ затим *евиденција о изреченим васпитним мерама и казни малолетничког затвора* коју у смислу чл. 37 ЗМУКД воде судови,³⁸ као и *казнена евиденција за правна лица* коју у смислу чл. 32 ЗОПЈКД такође воде судови. Према томе, постоји више евиденција о осуђеним лицима коју воде различити државни органи.

Садржина посебне евиденције прописана је Маријиним законом, с тим да је министар надлежан за послове правосуђа, на основу чл. 14 ст. 4 овог закона, донео *Правилник о начину вођења посебне евиденције о лицима осуђеним за кривична дела против полне слободе извршена према малолетним лицима* (у даљем тексту Правилник).³⁹ Правилником је прописано да се посебна евиденција води у седишту УИКС, у облику регистра. Сам регистар се води у електронском облику на посебном обрасцу који је одштампан уз правилник и чини његов саставни део. Саставни део регистра је збирка исправа у којој се чувају документи и други материјали на основу којих је извршен упис података у регистар (чл. 2 ст. 2–3, 5–6). У збирци се чувају судске пресуде, извештаји надлежних органа о спровођењу посебних мера, пресуде прекршајних судова донетих за прекршаје због повреда правних последица осуде и посебних мера, захтеви надлежних државних органа и овлашћених правних и физичких лица за давање података из регистра, као и други материјал (фотографије осуђеног, ДНК профил осуђеног и др.). Збирка исправа се води посебно за сваког осуђеног под истим редним бројем под којим је осуђени уписан у регистар (чл. 10 Правилника).

Према чл. 13 ст. 2 Маријиног закона у посебну евиденцију се уносе следећи подаци: 1) име и презиме осуђеног; 2) јединствени матични број грађана осуђеног; 3) адреса пребивалишта осуђеног; 4) подаци о запослењу осуђеног; 5) подаци о значају за физичко препознавање осуђеног и његове фотографије; 6) ДНК профил осуђеног; 7) подаци о кривичном делу и казни на коју је осуђен; 8) подаци о правним последицама осуде; 9) подаци о спровођењу посебних мера. Међутим, већина ових података се наводи и у постојећој "општој" казненој евиденцији,⁴⁰ осим података који се односе на физичко препознавање осуђеног, његове фотографије и његов ДНК профил, тако да је очигледно да је поводом истих наш законодавац био инспирисан чл. 37 Конвенције.⁴¹ Потоњи подаци су више доказног и криминалистичко-оперативног карактера и као такви се обрађују у одговарајућим полицијским евиденцијама,⁴²

³⁶ О томе: Е. Ђоровић "Казнена евиденција у кривичном законодавству Србије", *Европске интеграције и казнено законодавство* (Поглавље 23 – норма, пракса и мере хармонизације), LVI редовно годишње саветовање Удружења (Златибор 2016), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Intermex, 2016, 195–204.

³⁷ Видети чл. 41 ст. 5–7 Закона о евиденцијама и обради података у области унутрашњих послова – ЗЕОПОУП, *Службени гласник РС*, бр. 24/18. Занимљиво је да је ова евиденција систематизована у оперативнo-криминалистичким збиркама!? Међутим, изгледа да је она поверена Министарству унутрашњих послова привремено, јер је у чл. 41 ст. 7 овог Закона предвиђено да се подаци о осудама и правним последицама осуда обрађују у Министарству до усклађивања прописа и надлежности за вођење казнене евиденције од стране другог државног органа, односно до преузимања од стране другог државног органа. За ову материју је од значаја и прилично застарели Правилник о казненој евиденцији, *Службени лист СФРЈ*, бр. 5/79.

³⁸ С тим у вези донет је и Правилник о начину вођења евиденције о изреченим васпитним мерама и казни малолетничког затвора, *Службени гласник РС*, бр. 63/06.

³⁹ Правилник о начину вођења посебне евиденције о лицима осуђеним за кривична дела против полне слободе извршена према малолетним лицима, *Службени гласник РС*, бр. 76/15.

⁴⁰ чл. 41 ст. 6 ЗЕОПОУП и чл. 3 Правилника о казненој евиденцији.

⁴¹ Е. Ђоровић, *op.cit.*, 423.

⁴² Видети чл. 43 ЗЕОПОУП. Ови подаци се према ст. 2 наведеног члана чувају трајно.

тако да је упитно да ли је њима место у посебној евиденцији, јер "она нема сврху да буде регистар доказа" већ "регистар података о делу, учиниоцу и санкцији".⁴³

Поред наведеног, у чл. 3 Правилника је одређена и садржина регистра. Реч је о напред наведеним подацима, с тим да су додати још и подаци који се односе на редни број уписа, датум уписа и напомене. У даљим одредбама Правилника је конкретизовано шта се сматра одговарајућим подацима:

- под подацима о запослењу осуђеног уписују се подаци о његовом послодавцу (назив, седиште и адреса, ПИБ и матични број), датум заснивања и престанка радног односа или другог облика радног ангажовања, као и подаци о радном месту или пословима које осуђени обавља (чл. 4);

- под подацима од значаја за препознавање осуђеног уписују се подаци о томе да ли осуђени има одређене особене знаке (урођене знаке, тетоваже и сл.), као и подаци о његовом ДНК профилу (чл. 5);

- под подацима о кривичном делу и казни на коју је осуђен уписују се назив суда који је донео пресуду, број и датум пресуде, назив кривичног дела са означањем одредбе КЗ којим је то дело прописано, као и врста и висина казне на коју је осуђен (чл. 6);

- под подацима о правним последицама осуде уписују се подаци о датуму наступања и престанка правних последица осуде, као и подаци о кршењу одређене правне последице осуде и прекршајном кажњавању за то кршење (чл. 7);

- под подацима о спровођењу посебних мера прописаних законом уписују се подаци о датуму отпочињања и престанка примене одређене посебне мере, као и подаци о кршењу одређене посебне мере и прекршајном кажњавању за то кршење (чл. 8);

- у напоменама се уписују подаци о давању података из регистра надлежним државним органима и овлашћеним правним и физичким лицима (чл. 9):

Иначе, од осуђеног се узима ДНК узорак за добијање ДНК профила потребног за вођење регистра после правноснажности пресуде, ако му ДНК узорак раније није узет у току кривичног поступка (чл. 11).⁴⁴

Важно је напоменути да се подаци који се уносе у посебну евиденцију воде трајно и да се не могу брисати (чл. 14 ст. 3 ЗМП). Овакав приступ полази од уверења да свако ко је једном сексуално злоупотребио дете представља претњу по сигурност деце све до своје смрти.⁴⁵

Маријин закон установљава обавезу за све државне и друге органе, правна лица и предузетнике да у року од три дана од дана прибављања података о којима се води посебна евиденција исте доставе овлашћеном лицу УИКС надлежном за њено вођење (чл. 14 ст. 2). Ови подаци се уписују у Регистар одмах по пријему докумената на основу којих се врши упис (чл. 12 Правилника).

⁴³ Б. Ристивојевић, *op.cit.*, 332.

⁴⁴ Подсетимо да су у чл. 142 Законика о кривичном поступку – ЗКП, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/21 - УС, 62/21 - УС, регулисани узорци за форензичко-генетичку анализу. У ст. 2 тач. 2 овог члана је предвиђено да у одлуци о изрицању кривичне санкције која се састоји у лишењу слободе првостепени суд може по службеној дужности одредити да се овај узорак узме од окривљеног који је оглашен кривим за "умишљајно" (?) кривично дело против полне слободе.

⁴⁵ М. Ambrož, *op.cit.*, 337.

Поступање са подацима из посебне евиденције (тј. доступност ових података) регулисано је у чл. 15 Маријиног закона. Ови подаци се могу дати:

- суду, јавном тужиоцу и полицији у вези са кривичним поступком који се води против лица о коме се води посебна евиденција, односно надлежној организационој јединици полиције, као и организационој јединици УИКС надлежној за третман и алтернативне санкције када је то потребно за вршење послова из њихове надлежности (ст. 1);

- на образложен захтев и државном органу, предузећу, другој организацији или предузетнику, ако још трају правне последице осуде и ако за то постоји оправдани интерес заснован на закону (ст. 2).

- иностраним државним органима, у складу са међународним споразумом (ст. 4).

Из наведеног произлази да је "располагање" са подацима из посебне евиденције уређено на исти начин како је то учињено у КЗ поводом података из "опште" казнене евиденције, односно наш законодавац није прихватио "радикалан став, тако да ти подаци нису јавни да се објављују на интернет, у средствима јавног информисања, као што је то случај са неким упоредноправним системима"⁴⁶.

Маријин закон установљава обавезу државним и другим органима, правним лицима и предузетницима који раде са малолетним лицима да затраже податак да ли је лице које треба да заснује радни однос код њих, односно обавља послове са малолетним лицима, уписано у посебну евиденцију (чл. 15 ст. 3). На податке садржане у посебној евиденцији сходно се примењују одредбе закона који уређују заштиту података о личности и тајност података (чл. 15 ст. 3 ЗПМ).

Имајући у виду како је устројена и чему служи посебна евиденција (истој сврси као и "општа"), питање је шта се овим добило. Наиме, у њој се само понављају подаци из "опште" казнене евиденције и похрањују подаци који у једној такој евиденцији не би требало да буду. Подаци о ДНК профилу и подаци од значаја за препознавање осуђеника требају бити, а и већ су, предмет посебних евиденција органа кривичног гоњења. Ако нешто у тим евиденцијама није адекватно урађено, или би, пак, требало створити неке нове доказне евиденције, то је друго питање и на томе би требало порадити. Али, наведеним подацима није место у казненој евиденцији, било "општој" било "посебној", јер она треба да пружа податке о "статусу" осуђеника релевантне за правни саобраћај. Због тога би евиденцију учинилаца ових кривичних дела требало уредити као посебан регистар унутар "опште" казнене евиденције.

Наведенимо и податак из медија да је на дан 10.07.2022. године у "регистру педофила" било уписано 544 лица.⁴⁷

7. ОСВРТ НА ОДГОВАРАЈУЋЕ СТАТИСТИЧКЕ ПОДАТКЕ

Као што је речено нису нам били доступни подаци о прекршајима из чл. 16 ЗПМ, тако да се не може извести закључак о томе колико посебне мере утичу на смањење кривичних дела против полне слободе извршених према малолетним лицима, а које мере је

⁴⁶ М. Шкулић, *op.cit.*, 49

⁴⁷ S. Tuvic, U registru pedofila u Srbiji 544 osobe i većina su povratnici – treba li on da bude javan kao u nekim evropskim zemljama, *Euronews Serbia*, <https://www.euronews.rs/srbija/drustvo/54062/u-registru-pedofila-u-srbiji-544-osobe-i-vecina-su-povratnici-treba-li-on-da-bude-javan-kao-u-nekim-evropskim-zemljama/vest>, 14. маја 2023.

законодавац и увео, судећи према наводима из Предлога овог закона, због тога што се кривичне санкције "нису у потпуности показале као делотворне".

У одсуству тих података представимо одговарајуће податке о кривичним делима против полне слободе доступне из билтена Републичког завода за статистику, за период од 2013. године, када је донет ЗПМ, до 2021. године, који се односе на пунолетне учиниоце ових дела.

У табели бр 1. приказани су подаци о укупном броју осуда за кривична дела против полне слободе, те броју осуда за кривична дела силовања, обљубе над немоћним лицем лицем, обљубе са дететом и обљубе злоупотребом положаја као најзначајнијих дела из ове групе.⁴⁸

Година	Укупно	Силовање	Обљуба над немоћним лицем	Обљуба са дететом	Обљуба злоупотребом положаја
2013 ⁴⁹	236	60	22	34	6
2014 ⁵⁰	242	73	8	36	2
2015 ⁵¹	174	50	4	15	4
2016 ⁵²	204	51	9	15	5
2017 ⁵³	189	39	3	20	3
2018 ⁵⁴	188	25	6	18	4
2019 ⁵⁵	251	25	2	16	4
2020 ⁵⁶	210	24	5	19	2
2021 ⁵⁷	241	25	2	12	2

Табела бр. 1.

Од 2017. године приказују се и подаци за кривично дело полног узнемиравања, које последњих година заузима значајан удео у укупном броју осуда за кривична дела против полне слободе, а на које се Маријин закон не односи јер је инкриминисано три године по његовом доношењу. Тако, број осуда за полно узнемиравање износи: 2017. – 2

⁴⁸ Подаци из табела "Осуђена пунолетна лица, према кривичном делу, полу, покушају и изреченим кривичним санкцијама".

⁴⁹ Билтен: Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2013. - Пријаве, оптужења и осуде, Републички завод за статистику, Београд, 2014.

⁵⁰ Билтен: Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2014. - Пријаве, оптужења и осуде, Републички завод за статистику, Београд, 2015.

⁵¹ Билтен: Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2015. - Пријаве, оптужења и осуде, Републички завод за статистику, Београд, 2016.

⁵² Билтен: Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2016. - Пријаве, оптужења и осуде, Републички завод за статистику, Београд, 2017.

⁵³ Билтен: Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2017. - Пријаве, оптужења и осуде, Републички завод за статистику, Београд, 2018.

⁵⁴ Билтен: Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2018. - Пријаве, оптужења и осуде, Републички завод за статистику, Београд, 2019.

⁵⁵ Билтен: Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2019. - Пријаве, оптужења и осуде, Републички завод за статистику, Београд, 2020.

⁵⁶ Билтен: Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2020. - Пријаве, оптужења и осуде, Републички завод за статистику, Београд, 2021.

⁵⁷ Билтен: Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2021. - Пријаве, оптужења и осуде, Републички завод за статистику, Београд, 2022.

осуде; 2018. – 26 осуда ; 2019. – 75 осуда; 2020 – 60 осуда; 2021 – 75 осуда. Ако се погледају осуде за предметну групу кривичних дела заиста је приметан њихов пад у апсолутним бројевима, ако се изузме кривично дело полног узнемиравања као новопрододата инкриминација. Такође, приметан је и пад осуда за наведена кривична дела, с тим да последњих година њихов број не варира значајно.

У наведеним билтенима посебно су представљени подаци о *оштећеним (жртвама)*, где су у посебним рубрикама наведени подаци о укупном броју оштећених, њиховој полној структури и старости (која је постављена кроз податке о деци – млађи од 14 година, малолетницима – млађи од 18 година и пунолетницима – старији од 18 година).⁵⁸ На основу тих података у *табели бр. 2* представимо податке о оштећенима за кривична дела против полне слободе према старости. Додали смо рубрику малолетна лица у којој је приказан збир података за децу и малолетнике.

Година	Укупно жртва	Деца	Малолетници	Малолетна лица	Пунолетници
2013	185	45	61	106	79
2014	192	47	50	97	95
2015	145	32	41	73	72
2016	170	36	53	89	81
2017	189 (187)	42 (41)	60	102 (101)	87 (86)
2018	178 (153)	42 (38)	36 (32)	78 (70)	100 (83)
2019	253 (175)	67 (55)	67 (47)	134 (102)	119 (73)
2020	189 (132)	39 (37)	78 (50)	117 (87)	72 (45)
2021	187 (104)	37 (23)	71 (38)	108 (61)	79 (43)

Табела бр. 2.

Од 2017. године навели смо и податке о укупном броју жртва без кривичног дела полног узнемиравања који су дати у загради. Овде постоје извесне осцилације (не рачунајући полно узнемиравање), јер најпре је уочљив пад броја жртва (2014–2016.), потом раст (2017. и 2019.) и опет пад овог броја.

Напоменимо да је податке о жртвама потребно узети са резервом, јер су, на пример, у свим посматраним годинама за кривично дело обљубе са дететом као жртве наведена не само деца већ и малолетници, као и два пунолетна лица (2013. и 2014.), што са становишта бића тог кривичног дела није могуће. Имајући у виду да број осуда за обљубу над немоћним лицем и обљубу злоупотребом положаја није значајније заступљен у структури кривичних дела против полне слободе, у *табели бр. 3* приказаћемо још и старосну структуру жртва за кривично дело силовања (под а), као и укупан број жртва кривичног дела обљубе са дететом (под б) без обзира на опаску изнету за податке поводом потоњег дела.

⁵⁸ Подаци из табела "Осуђена пунолетна лица према кривичном делу и оштећеним (жртвама) – према полу и старости".

а) Силовање						б) Обљуба са дететом	
Година	Укупно жртва	Деца	Малолетници	Малолетна лица	Пунолетници	Година	Укупно жртва
2013	40	2	12	14	26	2013	23
2014	40	3	9	12	28	2014	23
2015	43	4	10	14	29	2015	14
2016	50	2	10	12	38	2016	13
2017	36	4	3	7	29	2017	21
2018	25	3	3	6	19	2018	12
2019	26	3	5	8	18	2019	15
2020	20	1	9	10	10	2020	19
2021	21	7	5	12	9	2021	11

Табела бр. 3.

Ако се погледа број жртава силовања у посматраном периоду видљив је њихов пад, али само када је реч о пунолетним лицима. Број малолетних лица, међутим, није варирао са изузетком 2017. и 2018. године. Штавише, највећи број деце жртава имамо 2021. године. Код кривичног дела обљубе са дететом приметне су осцилације у броју жртава, с тим да је најмањи број забележен 2021. године.

8. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Још давно је примећено да је наш законодавац показао "један емотиван приступ" у сузбијању педофилије.⁵⁹ У том контексту не само Маријин закон, већ и бројне измене КЗ, укључујући и последње из 2019. године, када је уведен и доживотни затвор за најтежа кривична дела против полне слободе, ишле су у правцу значајног поопштравања кривичноправне репресије у овој области. Није спорно да је реч о тешким кривичним делима која изазивају гнушање јавности. Такође, није спорно ни строго кажњавање за иста. Ипак, питање је да ли константно појачавање кривичноправне репресије у овој области заиста води смањењу ових кривичних дела и пружа адекватну заштиту млађој популацији? У то нисмо сигурни. Констатацију да кривичне санкције "константно представљају поље не само великих, него и нереалних и противуречних очекивања",⁶⁰ можемо проширити на цело кривично законодавство.

Колико сам Маријин закон доприноси умањењу кривичних дела против полне слободе учињених на штету малолетних лица тешко је рећи. Његове одредбе којима се искључује примена одређених кривичноправних института делом постоје и у општем кривичном законодавству. За посебне обавезе, као најављивани спецификум овог закона који је требао да покрије оне сегментне у којима су се кривичне санкције показале неделотворним, не може се ништа рећи, мада је индикативно да се никаква статистика и примери на друштвеним мрежама о томе не могу наћи, за разлику на пример о "регистру педофила" о којем се прилично говори у средствима јавног информисања.

⁵⁹ Z. Stojanović, *op.cit.*, 128.

⁶⁰ S. Soković, "Krivične sankcije i redukcija kriminaliteta: očekivanja i realni dometi", *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2/2007, 46.

ЛИТЕРАТУРА

- Ambrož M., "Novi slovenski Kazneni zakonik", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, br. 1/2008, 323–341.
- Вуковић И., *Кривично право: Општи део*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021.
- Delibašić V., "Prikazivanje, pribavljanje i posedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnog lica za pornografiju", *Crimen*, br. 3/2017, 559–570.
- Delić N., "Zabrana (isključenje) ublažavanja kazne u određenim slučajevima", *Crimen*, 2/2010, 228–245.
- Миладиновић–Стефановић Д., "Кривичноправна заштита малолетних лица од сексуалног злостављања и искоришћавања – Европски стандарди и право Републике Србије", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 68/2014, 567–584.
- Ристивојевић Б., "'Пунитивни популизам" српског законодавца: Критичка анализа тзв. Маријиног закона", *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена* (ред. С. Бејатовић), Педесето редовно годишње саветовање Удружења (Златибор 2013), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Intermex, 2013, 319–338.
- Soković S., "Кривичне санкције и редукција криминалитета: оčekивања и realni dometi", *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2/2007, 43–54.
- Stojanović Z., "Da li je Srbiji potrebna reforma krivičnog zakonodavstva?", *Crimen*, br. 2/2013, 119–143.
- Tuvić S., U registru pedofila u Srbiji 544 osobe i većina su povratnici – treba li on da bude javan kao u nekim evropskim zemljama, Euronews Serbia, <https://www.euronews.rs/srbija/drustvo/54062/u-registru-pedofila-u-srbiji-544-osobe-i-vecina-su-povratnici-treba-li-on-da-bude-javan-kao-u-nekim-evropskim-zemljama/vest>
- Ćorović E., "The potentials of the so-called "Marija's law" in combating pedophilia", *Facta Universitatis – Series: Law and Politics*, 3/2016, 415–426.
- Ђоровић Е. "Казнена евиденција у кривичном законодавству Србије", *Европске интеграције и казнено законодавство (Поглавље 23 – норма, пракса и мере хармонизације)*, LVI редовно годишње саветовање Удружења (Златибор 2016), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Intermex, 2016, 193–210.
- Шкулић М., *Кривична дела против полне слободе*, Службени гласник, Београд, 2019.

* * *

Emir Ćorović, PhD,*
Ajsela Ćorović *

**TEN YEARS SINCE THE ADOPTION OF THE SO-CALLED "MARIJA'S LAW"
- BETWEEN EXPECTATIONS AND REALITY**

Summary

This year marks the tenth anniversary of the adoption of the Law on Special Measures for the Prevention of Criminal Offenses Against Sexual Freedom Toward Minors, known to the public as "Marija's Law". This law established a special criminal law regime for pedophiles. This regime is reflected, first of all, in the prescription of special measures that are applied to those convicted of the aforementioned criminal offenses after serving their sentence, as well as in the establishment of special records for those perpetrators. In addition, Marija's Law excluded the application of certain institutions of criminal law for the perpetrators of the crimes in question, namely mitigation of punishment, parole and statute of limitations. Nevertheless, despite the indisputable desire and good intentions of the legislator, it is questionable how much this law contributed to the reduction of criminal offenses against sexual freedom toward minors.

Key words: criminal offenses against sexual freedom, minors, Marija's law.

* Associate professor, State University of Novi Pazar, Department of Law Studies, emircorovic2010@gmail.com.

* Attorney, Novi Pazar, adv.corovic@gmail.com.

др Радојица Лазих*

ПРИМЕНА ПОСЕБНИХ МЕРА, ОДНОСНО ПОСЕБНИХ ПОСТУПАКА И МЕРА У РАДУ СЛУЖБИ БЕЗБЕДНОСТИ У СРБИЈИ

Апстракт: У Републици Србији постоје три службе безбедности. Њихово деловање регулисано је законом. Оне чине безбедносно-обавештајни систем и део су система националне безбедности. Како би успешно извршиле своје надлежности Безбедносно-информативна агенција (БИА) и Војнобезбедносна агенција (ВБА) у раду примењују различите мере, методе и поступке, како би осујетиле и спречиле деловање којим се нарушавају интереси националне безбедности.

У овом раду посебна пажња биће посвећена мерама којима се одступа од начела неповредивости тајне писама и других средстава општења. Посебно ће се анализирати примена мера, метода и поступака које у свом раду користе, БИА и ВБА, ради осујећивања одређених делатности које имају за циљ угрожавања безбедности Србије.

Кључне речи: Република Србија, службе безбедности, национална безбедност, посебне мере, односно посебни поступци и мере.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Нестанком заједничке државе Социјалистичке Федеративне Републике Југославије престао је да постоји од Другог светског рата устројаван систем безбедности. Након Брионског пленума¹ и са уставом те државе из 1974. године безбедносно-обавештајни

* Редовни професор, Факултет за дипломатију и безбедност, Универзитет "Унион – Никола Тесла", Београд, radojica.lazic@fdb.edu.rs.

¹ Брионски пленум је назив за Четврту пленарну седницу ЦК СКЈ. Након те седнице, са свих државних и партијских функција смењен је Александар Ранковић, потпредседник СФРЈ и дугогодишњи министар унутрашњих послова и организатор службе безбедности, због оптужби за наводно прислушкивање највиших државних и партијских функционера, злоупотреба и деформација у раду Управе државне безбедности (УДБ). Поред Ранковића, смењен је и искључен из ЦК СКЈ Светислав Стефановић – Ћећа, као и један број блиских сарадника и кадрова из Србије; више о томе видети: С. Нумић, *Добра земља, лажу – До истине о брионској афери прислушкивања*, Филип Вишњић, Београд, 1989; В. Лукић, *Сећања и сазнања – Александар Ранковић и Брионски пленум*, Новица Јовановић, Титоград, 1989; А. Духачек, *Извест обавештајца – Успон и пад југословенске обавештајне службе*, Графопрес, Београд, 1992; Ј. Поповић, *Четврта седница ЦК СКЈ – Брионски пленум*, Архив Југославије, Београд, 1999; И. Драговић, *Брионски пленум*, ГМТ сервис, Београд, 2002; М. Пиљак, "Брионски пленум 1966. године – покушај историографског тумачења догађаја", *Токови историје*, 1/2010, 73–95; С. Ковач, Б. Димитријевић, И. Поповић Григоров, *Случај Ранковић – из архива КОС-а*, Медија центар "Одбрана", Београд, 2014; И. Мишковић, А. Бадер, *Генерал из Премантуре*, прва књига, општина Медулин, Медулин, 2019; Р. Лазих, М. Томић, *Грађанска служба безбедности у Србији/Civil Security Service in Serbia*, ЈП "Службени гласник", Београд, 2019; Б. Димитријевић, *Ранковић – други човек*, Вукотић медиа, Београд, 2019; Р. Лазих, *Службе безбедности Југославије – од Брионског пленума до*

систем се развијао и функционисао на конфедералном принципу. Савезна служба државне безбедности, која је формирана после Брионског пленума имала је ограничене надлежности.² Улога републичких и покрајинских органа безбедности имали су значајну улогу у каснијем распаду и нестанку те државе, а нарочито у формирању служби у државама насталим на том простору.

Са формирањем Савезне Републике Југославије,³ а касније и Државне заједнице Србије и Црне Горе⁴ задржан је конфедерални систем у сектору безбедности, с тим што је у деловању војске он био централизован. Такво стање остало је све до изласка Црне Горе из те заједнице. У таквим околностима држава Србија је развијала свој безбедносно-обавештајни систем.

Након доношења новог Устава, почетком новембра 2006. године, у Републици Србији постојало је пет служби безбедности. Безбедносно-информативна агенција, је јула 2002. године конституисана као "посебна организација Владе Србије".⁵ У оквиру Министарства спољних послова Републике Србије деловале су две службе безбедности (Служба за истраживање и докуменрацију – СИД и Служба безбедности – СБ), а у оквиру Министарства одбране, односно Генералштаба Војске Србије Војна служба безбедности и Војна обавештајна служба. Тако неуређен систем функционисао је све до децембра 2007. године, када је усвојен Закон о основама уређења служби безбедности Републике Србије.⁶

Поменути закон устројен је безбедносно-обавештајни систем у Србији који чине три службе безбедности, једна цивилна (Безбедносно-информативна агенција – БИА) и две војне (Војнобезбедносна агенција – ВБА и Војнообавештајна агенција – ВОА).⁷ Тај систем задржао се и наставио је да функционише и у садашњем времену.

Све три службе су посебна правна лица – имају своје буџете, њима руководе директори, постављени од извршне власти и имају обавезу да о свом раду извештавају Народну скупштину, председника Републике, Владу, независна државна тела и органе и јавност.

Безбедносно-информативна агенција (БИА) обавља послове везане за заштиту безбедности Републике Србије и за откривање и спречавање делатности усмерених на подривање или рушење Уставом утврђеног поретка Србије. Користећи одговарајуће оперативне и друге методе и средства, она истражује, прикупља, обрађује и процењује безбедносно-обавештајне податке и сазнања и информише о томе надлежне државне орга-

распада државе, књига прва, измењено и допуњено издање, Факултет за дипломатију и безбедност, ИП "Невен", Београд, 2022.

² Р. Лазић, М. Томић, *Цивилна служба безбедности у Србији/Civil Security Service in Serbia*, ЈП "Службени гласник", Београд, 2019, 34; Р. Лазић, *Службе безбедности Југославије – од Брионског пленума до распада државе*, књига прва, измењено и допуњено издање, Факултет за дипломатију и безбедност, ИП "Невен", Београд, 2022, 22–23.

³ Устав Савезне Републике Југославије усвојен је 27. 04. 1992. године. Тиме је створена нова држава.

⁴ Државна заједница Србија и Црна Гора (ДЗСЦГ) постојала је од 4. фебруара 2003. до 21. маја 2006. године, када је Црна Гора после одржаног референдума прогласила независност.

⁵ Закон о Безбедносно-информативној агенцији, *Службени гласник РС*, бр. 42/02 и 111/09, 65/14 – Одлука УС, 66/14 и 36/18

⁶ Закон о основама уређења служби безбедности Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 116/07 и 72/12.

⁷ М. Трбојевић, З. Малбашић, *Безбедносно-обавештајни системи држава постјугословенског простора*, Академија за националну безбедност, ЈП "Службени гласник", Београд, 2022, 60; С. Мијалковић, *Национална безбедност*, Криминалистичко-полицијски универзитет, 2018; Љ. Стајић, *Основи система безбедности – са основама истраживања безбедносних појава*, Правни факултет, Нови Сад, 2021, 343–344.

не.⁸ Њен рад регулисан је Законом о БИА из јула 2002. године, са изменама и допунама из 2009., 2014. и 2018. године.⁹

Војнобезбедносна агенција (ВБА) представља орган Министарства одбране који се стара о безбедности система одбране и Војске Србије и бави се планирањем, организовањем и реализацијом послова и задатака из контраобавештајних и безбедносних послова.

Војнообавештајна агенција (ВОА) је ресорна обавештајна служба Министарства одбране и саставни је део система безбедности Републике Србије. Надлежна је и одговорна за обавештајно обезбеђење, као и за представљање и заштиту интереса Министарства одбране у иностранству. Своју функцију остварује обавештајно-оперативном и војнодипломатском делатношћу. Њихов рад регулисан је Законом о ВБА и ВОА.¹⁰

Рад служби безбедности у Србији је под демократском и цивилном контролом Народне скупштине, председника Републике, Владе, Савета за националну безбедност, као и других државних органа и јавности.¹¹

2. СУДСКЕ ВЛАСТИ И СЛУЖБЕ БЕЗБЕДНОСТИ

Принцип сваког савременог демократског друштва је подела власти на законодавну, извршну и судску. Независност судства је основни елемент за остваривање уставне парламентарне државе, пре свега, као гаранта заштите људских, политичких и мањинских права. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода гарантује да право на правично суђење подразумева суђење у "разумном року" и "пред надлежним судом који је утемељен на основу закона".¹²

У систему поделе власти судска власт је одвојена од законодавне и извршне власти. Законодавна власт ствара, креира и доноси законе, најчешће на предлог извршне власти, док је улога судске власти да их примењује у пракси. Начело поделе власти између судске и извршне је у пракси далеко осетљивије питање, поготово ако се има у виду постојање одговорности органа државне управе, међу које спадају и службе безбедности. Судовима је дато овлашћење да одлучују и о законитостима управних аката које доноси извршна власт. То је најбоља гаранција законитости рада извршне власти.

Улога судова у раду служби безбедности заснива се на контроли законитости мера тајног прикупљања података. Службе безбедности за њихову употребу морају добити писмену сагласност надлежног суда. Поред тога, судови су надлежни да одлучују о законитости управних аката у управном спору, о евентуалној кривичној одговорности припадника, као и о накнади штете коју службе безбедности причине грађанима.

⁸ Уредба о начину евидентирања, обраде, чувања, коришћења, заштите и достављања другим надлежним државним органима информација и докумената о пословима из надлежности БИА, *Службени гласник РС*, бр. 68/02; Уредба о корисницима екстерних информација БИА и врстама едиција, *Службени гласник РС*, бр. 83/04 и 52/07.

⁹ Закон о Безбедносно-информативној агенцији, *Службени гласник РС*, бр. 42/02 и 111/09, 65/14 – Одлука УС, 66/14 и 36/18.

¹⁰ Закон о Војнобезбедносној агенцији и Војнообавештајној агенцији, *Службени гласник РС*, бр. 88/09, 55/12 – Одлука УС и 17/13.

¹¹ Закон о основама уређења служби безбедности Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 116/07 и 72/12.

¹² Члан 6. став 1. Европске конвенција за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/03 и 5/05.

БИА и ВБА у оквиру својих активности, поред примене стандардних мера у прикупљању безбедносно-интересантних података и сазнања из своје надлежности, примењују "посебне мере",¹³ "посебне поступке и мере"¹⁴ или "посебне доказне радње".¹⁵ Оне се састоје у примени специјалних оперативно-истражних радњи, уз примену мера, метода и поступака, криминалистичких средстава и других начина за прикупљање података. Циљ таквих законских овлашћења је усмерен на спречавање или онемогућавање активности које би угрозиле националну безбедност.

У овом раду, ограничићемо се на мере, методе и поступке које су дефинисане законима о БИА и ВБА, а то су "посебне мере", односно "посебни поступци и мере", које наведене службе безбедности користе у превентивном оперативном раду.¹⁶

На инвазивнију примену специјалних истражних мера, метода и поступака пресудно су утицали терористичких удари Ал Каиде од 11. септембра 2001. године у САД. Безбедносна слика света од тада је битно измењена и у погледу примене мера којима се предупредују и осујећују такве појаве. Најмоћније државе света након тог догађаја схватиле су да су невојне претње, попут тероризма и међународног организованог криминала озбиљна безбедносна претња која се мора на другачији начин третирати. Како би предупредиле такве појаве, службе безбедности морале су развијати и усавршавати софистицираније оперативно-тактичке мере и методе, користећи и моћна техничка достигнућа.¹⁷ У том контексту, сасвим разложно, поставило се питање проширења овлашћења у примени посебних мера, метода и поступака, које стоје на располагању савременим службама безбедности. То се, пре свега, односило на употребу специјалних техничких средстава, која би могла бити ефикасна у превентивном деловању против таквих појава. Нове безбедносне претње, условиле су модернизацију и реорганизацију комплетног сектора безбедности. Службама безбедности, на основу измењених правних аката, дата су већа и шира овлашћења. Накнадно датим овлашћењима, нарочито у примени техничког метода, знатно су нарушена загарантована људска права и слободе. Зато судови имају значајнију улогу у одобравању примене мера које од њих траже службе безбедности.¹⁸

Дакле, правни основ за примену "посебних мера", односно "посебних поступака и мера" којима се одступа од начела неповредивости тајне писама и других начина општења у Републици Србији имају БИА и ВБА, свака у оквиру својих надлежности. Те мере дефинисане су Законом о БИА и Законом о ВБА и ВОА. Наведеним законима утврђено је када и под којим условима, према одређеном лицу, групи лица или организацији може бити примењена нека од мера која овим службама стоји на располагању. Одлуку за примену доноси одређена судска инстанца, на основу устројене процедуре.¹⁹

¹³ Закон о БИА, *Службени гласник РС*, бр. 42/02, 111/09, 65/14 – Одлука УС, 66/14 и 36/18.

¹⁴ Закон о ВБА и ВОА, *Службени гласник РС*, бр. 88/09, 55/12 – Одлука УС и 17/13.

¹⁵ Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/21 – Одлука УС и 62/21 – Одлука УС

¹⁶ Треба рећи да Војнообавештајна агенција нема овлашћења да у свом раду примењује наведене мере, методе и поступке.

¹⁷ М. Шкулић, "Посебне доказне радње у функцији сузбијања тероризма и основни правни аспекти противтерористичког деловања војних снага", *Војно дело*, 6/2016, 275–292.

¹⁸ Р. Лазић, *Контрола служби безбедности у Србији*, Академија за националну безбедност, ЈП "Службени гласник", Београд, 2014, 163–165.

¹⁹ Р. Лазић, "Судска контрола законитости у раду служби безбедности у Србији", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2015, 158.

Читав спектар других мера, метода и поступака које БИА и ВБА користе у прикупљању података могуће је разврстати у две групе: "оне чијим се коришћењем мање или незнатно задире у индивидуална права и слободе и оне чијим се коришћењем привремено и без сазнања лица знатније ограничавају поједина од зајемчених индивидуалних права и слобода, нарочито право на приватност".²⁰

У такозвана "незнатна нарушавања" спадају свакодневне оперативне активности које се користе у раду, док су "знатнија нарушавања", којима се ограничавају одређена зајемчена људска права и слободе, уређена оним делом оба закона о агенцијама, као и одредбама Кривичног законика и Законика о кривичном поступку. Дакле, налоге за њихово прикупљање, односно за "незнатне повреде", у свакодневним поступањима издају директори служби безбедности хијерархијски подређеним руководиоцима, а они непосредним извршиоцима.

3. ПОСЕБНЕ МЕРЕ КОЈЕ ПРИМЕЊУЈЕ БИА

На основу ранијег закона који је регулисао рад БИА, примена посебних поступака и мера (изменама тог закона наведене мере су дефинисане као: "посебне мере"), које је ова служба могла под одређеним условима да користи, био је дефинисан члановима 13. 14. и 15. тог закона.

Чланом 13. било је регулисано да: "директор Агенције може, ако је то потребно из разлога безбедности Републике Србије, својим решењем, а на основу претходне одлуке суда, одредити да се према одређеним физичким и правним лицима предузму одређене мере којима се одступа од начела неповредивости тајне писама и других средстава општења, у поступку утврђеним овим законом".

У закону није било дефинисано који су то посебни поступци и мере које ова служба примењује, већ се користила уопштена формулација: "мере којима се одступа од начела неповредивости тајне писама и других средстава општења". Те мере односиле су се на члан 41. Устава Републике Србије.²¹

Чланом 14. истог закона, било је уређено да директор Агенције подноси писмени и образложени предлог, а да председник Врховног суда, односно судија који је овлашћен да поступа по том предмету, има рок од 72 сата, у коме треба да одлучи о предлогу за примену мере. Било је предвиђено да предлог треба да садржи податке и чињенице које су од значаја за одлучивање о примени мере. У случају неприхватања предлога, председник Врховног суда, односно поступајући судија, у образложењу одлуке морао је навести разлоге одбијања. Законом је било предвиђено да су се одобрене мере могле примањивати шест месеци, те да су се на основу новог предлога могле продужити, још једном, најдуже за шест месеци.²²

Такође, на основу члана 15. тог закона БИА је могла започети примену посебних поступака и мера и без претходне одлуке суда, а на основу решења директора Агенције, с тим што је имала обавезу да прибавити претходну писмену сагласност председника Врховног

²⁰ Б. Милосављевић, "Овлашћења полиције и других државних органа за тајно прикупљање података – домаћи прописи и европски стандарди", *Демократски надзор над применом посебних овлашћење* (ур. М. Хаџић, П. Петровић), Центар за цивилно-војне односе, Београд, 2008, 59–75.

²¹ Члан 41. Устава Републике Србије гласи: "Тајност писама и других средстава комуникација је неповредива. Одступања су дозвољена само на одређено време и на основу одлуке суда, ако су неопходна ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом."

²² Члан 14. Закона о БИА, *Службени гласник РС*, бр. 42/02, 111/09, 65/14 – Одлука УС, 66/14 и 36/18.

суда. Поменућа мера односила се на изузетно хитне и ретке случајеве, који су могли имати везе са тероризмом и организованим криминалом.²³ Од момента када је добијена (преузета) претходна писмена сагласност, почињало је да тече време од 24 сата у којем је Агенција имала обавезу да поднесе редован предлог за примену мере. Рок за доношење одлуке о наставку или обустави примени мере био је 72 сата. Почињао је да тече од момента подношења предлога. Одлука о обустави примене мере морала је бити образложена.

Изменама и допунама Закона о БИА од 28. јуна 2014. године замењене су, на основу налога Уставног суда Србије, оспорене одредбе дотадашњег закона са седам нових чланова (13. 14. 15. 15а. 15б. 15в. и 15г). Посебни поступци и мере дефинисани су као: "посебне мере којима се одступа од неповредивости тајне писама и других средстава општења" (у даљем тексту: посебне мере), које садрже: 1) тајни надзор и снимање комуникације без обзира на облик и техничка средства преко којих се обавља или надзор електронске или друге адресе; 2) тајни и снимање комуникације на јавним местима и местима којима је приступ ограничен или у просторијама; 3) статистички електронски надзор комуникације и информационих система у циљу прибављања података о комуникацији или локацији коришћење мобилне терминалне опреме; 4) рачунарско претраживање већ обрађених личних и других података и њихово упоређивање са подацима који су прикупљени применом мера из тачке 1. 2. и 3. овог става.²⁴

Најзначајнија новина у тим законским решењима садржана је у опредељивању надлежности судске инстанце, која одлучује о предлогу за примену "посебне мере". Ново законско решење одређује надлежност Вишег суда у Београду, односно Посебног одељења тог суда, уместо, као што је то раније било, Врховног суда/Врховног касационог суда, односно судије тог суда, који је одређен да поступа по одређеном предмету. Новина је садржана и у чињеници да надлежни суд, на основу предлога за примену посебне мере, доноси наредбу (раније је то био налог), коју је Агенција у обавези да спроведе. У случају одбијање предлога за примену мере директор БИА може поднети жалбу трочланом већу Посебног одељења Апелационог суда у Београду. Наведено веће у обавези је да о томе донесе одлуку у року од 48 сати од пристизања жалбе.

Директор Агенције у току примене посебних мера може издати наредбу о проширењу мере и на друго средство комуникације, електронску и другу адресу, уколико се сазна да одређено лице, група лица или организација користи друго средство комуникације или неки други простор. У том случају накнадно се подноси предлог за проширење примене одобрене мере. У случају да поступајући судија Посебног одељења Вишег суда у Београду у року од 48 сати не одобри проширење мере, материјал прикупљен на тај начин се уништава у присуству судије. О том предмету сачињава се посебан записник.²⁵

Свакако да новину представља и чињеница да материјали прикупљени на овакав начин, у овом правном режиму, превасходно у превентивне сврхе, могу се доставити јавном тужилаштву и послужити као почетни или иницијални доказ за покретање кривичног поступка, односно предузимање правних радњи на основу Законика о кривичном поступку.²⁶ Такође, регулисан начин вођења евиденције о одређивању и проширењу примене

²³ Могло се само наслутити какве би последице могле настати неприхватањем наведене мере од надлежне судске инстанце. С друге стране, какве могу последице наступити по подносиоца захтева и службу којом руководи, ако би тражена "ad hoc" примена мере била нека врста погрешне процене или "лажне узбуне".

²⁴ Члан 13. Закона о БИА.

²⁵ Члан 15б. истог закона.

²⁶ Члан 15а. истог закона.

посебне мере, одлука о предлогу, наредба о проширењу посебне мере и записник о уништавању материјала (што раније није био случај, иако су вођене сличне евиденције) у посебном уписнику и посебном омоту, означеном "посебне мере", са степеном тајности, одређеним на основу Закона о тајности података.²⁷

4. ПОСЕБНИ ПОСТУПЦИ И МЕРЕ КОЈЕ ПРИМЕЊУЈЕ ВБА

На основу закона који регулише рад војних служби безбедности (ВБА и ВОА), предвиђено је да је "ВБА овлашћена да прикупља податке применом посебних поступака и мера када се не могу прикупити на други начин или је њихово прикупљање онемогућено на неки други начин и може бити у вези са несразмерним ризиком по живот и здравље људи и имовину, односно са несразмерним трошковима".²⁸

Ранијим законским решењима из 2002. и 2004. године тадашња Војна служба безбедности, односно ВБА, није имала правни основ за прикупљање података применом посебних поступака и мера у превентивне сврхе. Ова служба безбедности податке прикупља и користи како би предупредила претње које су усмерене према Министарству одбране и Војсци Србије. Поштујући принципе сразмерности и минимализације, ВБА примењује оне посебне поступке и мере којима се најмање задира у Уставом зајемчена људска права и слободе.

Законом о ВБА детаљно су уређене одредбе којима се регулише примена посебних поступака и мера у превентивне сврхе. Прописано је да председник Врховног суда, односно поступајући судија, на основу поднетог предлога директора ВБА, најкасније у року од 24 сата, одлучује поводом поднетог предлога за примену следећих мера: 1) тајно снимање и документовање разговора на отвореном и у затвореном простору уз коришћење техничких средстава; 2) тајни надзор садржине писама и других средстава комуникација, укључујући тајни надзор садржаја телекомуникација и информационих система; 3) тајни надзор и снимање унутрашњости објеката, затворених простора и предмета.²⁹

Председник Вишег суда у седишту Апелационог суда, на основу поднетог предлога директора ВБА, најкасније у року од 8 часова, има обавезу да донесе одлуку о примени мере тајни електронски надзор телекомуникација и информационих система ради прикупљања задржаних података о телекомуникационом саобраћају, без увида у њихов садржај.

Исто тако, ВБА може започети примену посебних поступака и мера на основу налога директора ВБА и уз претходну писмену сагласност председника Врховног суда/председника Вишег суда у седишту Апелационог суда, искључиво ако постоје разлози за хитност, а која се нарочито односи на случајеве тероризма. Председник Врховног суда/председник Вишег суда у седишту Апелационог суда, односно судија кога је овластио да поступа по том предмету, на основу уредно поднетог предлога за примену, доноси одлуку о наставку или обустави примене, у року од 24 сата од почетка примене мере. Ако је одлука негативна, директор ВБА је дужан да одмах прекине даљу примену мере и у обавези је да наложи комисијско уништавање прикупљених података. Записник о уништеним доказима доставља се председнику Врховног суда, односно председнику Вишег суда у седишту Апелационог суда.

²⁷ Члан 15г. истог закона.

²⁸ Члан 11. Закона о ВБА и ВОА.

²⁹ Р. Лазих., *op.cit.*, 192.

5. ЗАКЉУЧАК

Суштинско обележје деловања служби безбедности чини примена најразличитијих оперативних метода, мера, радњи и поступака. Основна сврха тог деловања предузима се у циљу прикупљања, обраде и анализирања одређених података, како би се заштитили државни интереси и национална безбедност.

Посебни поступци и специјалне мере и радње које примењују представљају веома битан сегмент рада сваке службе безбедности. Ако би се укинуле могућности да у раду користе најразноврсније оперативне мере, радње и методе, као и најразноврснија техничка достигнућа за прикупљање података, изгубила би се њихова специфичност и не би постојала битна разлика у односу на класичне полицијске послове.

Веома је важно да примена свих истражних мера, метода и поступака мора бити регулисана законом и никако не би смела бити препуштена неким интерним и произвољним правилима служби безбедности. Зато одредбе закона који уређују услове, начин и примену посебних мера, односно посебних поступака и мера морају бити прецизне, свеобухватне и јасне, како би се спречила могућност за злоупотребе. Решења морају бити предвидљива. Поред тога, примена тих мера мора бити подвргнута разноврсним и разноврсним механизмима контроле свих грана власти.

Треба рећи, само одређене, законом прописане мере, захтевају да се спроведе утврђени судски поступак како би их "на основу одлуке суда" могле применити службе безбедности. Из тих разлога, веома је важно да је законом прецизно уређено који се подаци и у ком правном режиму могу прикупљати искључиво на основу одлуке суда. У пракси, примена тих мера према одређеном лицу, групи лица или организацији може трајати до три, односно шест месеци. На основу новог предлога, примена се може продужити још три пута по три месеца, на основу Закона о БИА, односно за још шест месеци, на основу Закона о ВБА и ВОА.

Мере које службе безбедности на основу закона о БИА и ВБА примењују превентивног су карактера. Њихов основни циљ је да прикупе и обраде податке од значаја за заштиту националне безбедности Републике Србије. Није искључена могућност да на овакав начин прикупљени подаци могу довести до покретања кривичног поступка, али материјали прикупљени у том правном режиму не могу послужити као доказно средство у судском поступку.

Посебно је уочљиво да су у оба закона (у Закону о БИА и Закону о ВБА И ВОА) на различите начине дефинисане идентичне мере које те службе безбедности примењују. То додатно усложњава саму процедуру и њиховог одобравања и примене. Из тих разлога је важно усагласити одредбе оба закона који се тичу како на јединствен начин дефинисања примене посебних мера, односно посебних поступака и мера, рок трајања, начин примене, као и надлежности судова који их одобравају. Поред тога, уколико би се овакав предлог прихватио, било би неопходно да судије које су одређене да поступају по тим предметима прођу одређену обуку како би биле спремне да доносе ваљане одлуке.

ЛИТЕРАТУРА

- Димитријевић Б., *Ранковић – други човек*, Вукотић медиа, Београд, 2019.
- Драговић И., *Брионски пленум*, ГМТ сервис, Београд, 2002; М. Пилџак, "Брионски пленум 1966. године – покушај историографског тумачења догађаја", *Токови историје*, 1/2010, 73–95.
- Духачек А., *Извест обавештајца – Успон и пад југословенске обавештајне службе*, Графопрес, Београд, 1992.
- Ковач С., Димитријевић Б., Поповић Григоров И., *Случај Ранковић – из архива КОС-а*, Медија центар "Одбрана", Београд, 2014.

- Лазич Р., Томић М., *Цивилна служба безбедности у Србији/Civil Security Service in Serbia*, ЈП "Службени гласник", Београд, 2019.
- Лазич Р., *Контрола служби безбедности у Србији*, Академија за националну безбедност, ЈП Службени гласник, Београд, 2014.
- Лазич Р., "Судска контрола законитости у раду служби безбедности у Србији", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2015, 157–178
- Лазич Р., *Службе безбедности Југославије – од Брионског пленума до распада државе*, књига прва, измењено и допуњено издање, Факултет за дипломатију и безбедност, ИП "Невен", Београд, 2022.
- Лукић В., *Сећања и сазнања – Александар Ранковић и Брионски пленум*, Новица Јовановић, Титоград, 1989.
- Мијалковић, С., *Национална безбедност*, Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд, 2018.
- Милосављевић, Б., "Овлашћења полиције и других државних органа за тајно прикупљање података – домаћи прописи и европски стандарди", *Демократски надзор над применом посебних овлашћења* (ур. М. Хацић, П. Петровић), Центар за цивилно-војне односе, Београд, 2008, 59–75.
- Мишковић И., Бадер А., *Генерал из Премантуре*, прва књига, општина Медулин, Медулин, 2019.
- Нумић С., *Добра земља, лажу – До истине о брионској афери прислушкивања*, Филип Вишњић, Београд, 1989.
- Поповић Ј., *Четврта седница ЦК СКЈ – Брионски пленум*, Архив Југославије, Београд, 1999.
- Стајић, Ј., *Основи система безбедности – са основама истраживања безбедносних појава*, Правни факултет, Нови Сад, 2021.
- Трбојевић, М, Малбашкић, З., *Безбедносно-обавештајни системи држава постјугословенског простора*, Академија за националну безбедност, ЈП "Службени гласник", Београд, 2022.
- Шкулић, М., "Посебне доказне радње у функцији сузбијања тероризма и основни правни аспекти противтерористичког деловања војних снага", *Војно дело*, 6/2016, 275–292.

* * *

Radojica Lazić, PhD*

APPLICATION OF SPECIAL MEASURES AND PROCEDURES IN THE WORK OF SECURITY SERVICES IN SERBIA

Summary

There are three security services in the Republic of Serbia. Their activities are regulated by law. They constitute the security-intelligence system and are part of the national security system. In order to successfully carry out their responsibilities, the Security-Information Agency (BIA) and the Military Security Agency (VBA) employ various measures, methods, and procedures to thwart and prevent actions that undermine national security interests.

This paper specifically focuses on measures that deviate from the principle of inviolability of correspondence and other means of communication. The application of measures, methods, and procedures used by BIA and VBA to counter specific activities aimed at endangering Serbia's security will be meticulously analyzed.

Keywords: Republic of Serbia, security services, national security, special measures, procedures, and actions

* Full professor, Faculty of Diplomacy and Security, University "Union – Nikola Tesla", Belgrade, radojica.lazic@fdb.edu.rs.

др Љубинко Митровић*

др Гојко Павловић**

ПРАВНИ И ПРАКТИЧНИ ИЗАЗОВИ У КАЖЊАВАЊУ СТРАНИХ ТЕРОРИСТИЧКИХ БОРАЦА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Анстракт: Један од најозбиљнијих друштвених проблема времена у којем живимо је тероризам. Спада у политичка кривична дјела, управљен је на политичко добро или вриједност, а предузима се из политичких мотива широком лезом различитих дјелатности (тзв. терористички акти). Када је Босна и Херцеговина у питању, посљедњих десетак година на њеним просторима догодило се низ тежких „инцидента“ са значајно тежким посљедицама који су наишли на осуду свих грађана БиХ. Додатан проблем за БиХ представљају и страни терористички борци, односно, у правилу, држављани БиХ који су се претходних неколико година определијелили на једну личну, али веома често и засигурно и породичну својеврсну, у најмању руку „авантуру“ – одлазак на ратишта и учешће у ратовима на страни Исламске државе Ирака и Леванта – тзв. ИСИЛ или ДАЕШ. Управо о дефинисању и чак нејединственом поимању кривичних дјела тероризма у БХ кривичним законима (али и стручној и општој јавности), те изазовима које прати одлазак, односно повратак страних терористичких ратника или бораца са ратишта у БиХ, биће ријечи у овом реферату.

Кључне ријечи: безбједност, тероризам, терористички акти, страни терористички борци, Босна и Херцеговина.

1. ТЕРОРИЗАМ У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ – НОРМАТИВНО УРЕЂЕЊЕ

Позитивно материјално кривично законодавство у Босни и Херцеговини, сходно њеној уставној структури и расподјели надлежности, а према Уставу Босне и Херцеговине чине четири засебна кривично-правна система која су презентована у четири посебна кривична закон(ик)а, и то су: 1) Кривични закон Босне и Херцеговине (у даљем тексту: КЗ БиХ),¹ Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине (у даљем тексту КЗ Федера-

* Редовни професор на Факултету правних наука Паневропског Универзитета АПЕИРОН у Бањој Луци, научни сарадник Института за упоредно право Београд, ljubinko58@gmail.com.

** Доцент на Правном факултету Универзитета ПИМ у Бањој Луци.

¹ *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 3/2003; 32/2003 - испр.; 37/2003; 54/2004; 61/2004; 30/2005; 53/2006; 55/2006; 8/2010; 47/2014; 22/2015; 40/2015; 35/2018 и 46/2021 који је ступио на снагу 1. марта 2003. године.

ције БиХ),² Кривични закон Брчко дистрикта Босне и Херцеговине (у даљем тексту: КЗ БД БиХ)³ и Кривични законик Републике Српске (у даљем тексту: КЗ РС).⁴

У сва четири побројана кривична закон(ик)а, предвиђена су и кривична дјела која се односе на тероризам. То су сљедећа кривична дјела:⁵

1) Тероризам (члан 201 КЗ БиХ, члан 201 КЗ Федерације БиХ, члан 198 КЗ БД БиХ и члан 299 КЗ РС),⁶

2) Финансирање терористичких активности (члан 202 КЗ БиХ, члан 202 КЗ Федерације БиХ, члан 199 КЗ БД БиХ и члан 300 КЗ РС) и

3) Узимање талаца (члан 305 КЗ РС, члан 200 КЗ Федерације БиХ, члан 197 КЗ БД БиХ).

Новелом Кривичног закона Босне и Херцеговине из 2010. године прописана су и четири нова кривична дјела која се односе, односно која су повезана са тероризмом, и то су:

1. Јавно подстицање на терористичке активности (члан 202а),
2. Врбовање ради терористичких активности (члан 202б),
3. Обука за извођење терористичких активности (члан 202ц) и
4. Организовање терористичке групе (члан 202д).

Овим инкриминацијама, у зону кажњивости укључене су и неке дјелатности из стадијума припремања терористичких аката (попут обуке или врбовања појединаца, будућих терориста) и саучесништва у њиховом извршењу, а које су повезане са тероризмом, што је свакако у складу са обавезама које је Босна и Херцеговина преузела са потписивањем Конвенције о спречавању тероризма и Конвенције о ефикаснијем спречавању и борби против прања новца и финансирања тероризма, које су ступиле на снагу 2008. године.⁷

И на крају, у најновијем Кривичном законнику Републике Српске из 2017. године, управо због њихове потенцијалне актуелности и значаја, предвиђена је нова група – глава кривичних дјела под називом: Глава XXIII - Кривична дјела тероризма. Ради се о сљедећим кривичним дјелима, и то:

- 1) Тероризам – члан 299 КЗ РС;

² *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 36/2003; 21/2004; 69/2004; 18/2005; 42/2010; 42/2011; 59/2014; 76/2014; 46/2016 и 75/2017 који је ступио на снагу 1. августа 2003. године.

³ *Службени гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине*, број 19/2020 – Пречишћени текст који је ступио на снагу 1. јула 2003. године.

⁴ *Службени гласник Републике Српске*, бр. 64/2017; 104/2018 - одлука УС; 15/2021 и 89/2021 који је ступио на снагу јула 2017. године.

⁵ Б. Петровић, Д. Јовашевић, *Кривично (казнено) право, посебни дио*, Сарајево, 2005, 68–71.

⁶ Један од најозбиљнијих друштвених проблема времена у којем живимо је тероризам. С друге стране, тероризам се од самог његовог настајања па све до данашњих дана у највећем броју земаља свијета третира као изузетно опасно и веома тешко кривично дјело запријеђено тешким казнама. Спада у политичка кривична дјела, управљен је на политичко добро или вриједност, а предузима се из политичких мотива широком лепезом различитих дјелатности (тзв. терористички акти). Ово дјело карактерише врста и природа проузроковане последице – страх и осјећање личне уторжености код грађана.

⁷ Љ. Митровић, Н. Грбић-Павловић, "Тероризам у кривичном праву Босне и Херцеговине", Зборник радова са међународног научног скупа под називом: *Кривичноправни инструменти супротстављања тероризму и другим кривичним дјелима насилничког карактера* (ур. С. Бејатовић, П. Дуњић), Министарство правде Републике Српске, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Интернационална асоцијација криминалиста, Теслић, 2016, 76–94.

- 2) Финансирање терористичких активности – члан 300 КЗ РС;
- 3) Стварање терористичких група или организација – члан 301 КЗ РС;
- 4) Јавно подстицање на терористичке активности – члан 302 КЗ РС;
- 5) Врбовање и обучавање за вршење терористичких дјела – члан 303 КЗ РС;
- 6) Формирање и обучавање група ради придруживања страним терористичким организацијама – члан 304 КЗ РС и
- 7) Узимање талаца – члан 305 КЗ РС.

Објект заштите свих ових кривичних дјела јесу основне слободе и права човјека и грађанина, односно најзначајнија друштвена добра која припадају Републици Српској.⁸

Основ за инкриминације међународних кривичних дјела, у ширем смислу ријечи, налази се у ратификованим међународним документима универзалног или регионалног карактера.⁹ Предње подразумијева да је Босна и Херцеговина потписивањем и ратификацијом појединих међународних докумената преузела обавезу да у свом унутрашњем кривичном законодавству на свим нивоима власти пропише одређена кривична дјела забрањена управо тим међународним документима и да за њихове учиниоце пропише одговарајуће кривичне санкције, односно, у првом реду казне.¹⁰ С циљем сузбијања и спречавања тероризма до данас је донесено више међународноправних аката међу којима се посебно истичу:

1. Женевска конвенција о спречавању и кажњавању тероризма из 1937. године,
2. Резолуција УН о међународном тероризму из 1972. године,
3. Нацрт кодекса злочина против мира и сигурности из 1954. године који је тероризам прогласио међународним злочином,
4. Европска конвенција о сузбијању тероризма из 1977. године,

⁸ Г. Павловић, "Кривична дјела тероризма у кривичном праву Републике Српске", *Правна ријеч*, год. XIV, 52/2017, 397–421.

⁹ Казнени закон Републике Хрватске (*Народне новине Републике Хрватске*, бр. 125/2011; 144/2012; 56/2015; 61/2015; 101/2017; 118/2018; 126/2019; 84/2021 и 114/2022) предвиђа седам кривичних дјела тероризма. То су: 1) Тероризам у чланку 97 КЗ РХ, 2) Финансирање тероризма у чланку 98 КЗ РХ, 3) Јавно потицање на тероризам у чланку 99 КЗ РХ, 4) Новачење за тероризам у чланку 100 КЗ РХ, 5) Обука за тероризам у чланку 101 КЗ РХ, 6) Путовање у сврху тероризма у чланку 101а КЗ РХ и 7) Терористичко удружење у чланку 102 КЗ РХ. Кривични законик Црне Горе (*Службени лист Републике Црне Горе*, бр. 70/2003; 13/2004 и 47/2006; *Службени лист Црне Горе*, бр. 40/2008; 25/2010; 32/2011; 40/2013; 56/2013; 14/2015; 42/2015; 58/2015; 44/2017; 49/2018 и 3/2020) предвиђа девет кривичних дјела тероризма, и то: 1) Тероризам у члану 447 КЗ ЦГ, 2) Јавно позивање на извршење терористичких дјела у члану 447а КЗ ЦГ, 3) Врбовање и обучавање за вршење терористичких дјела у члану 447б КЗ ЦГ, 4) Употреба смртоносне направе у члану 447ц КЗ ЦГ, 5) Уништење и оштећење нуклеарног објекта у члану 447д КЗ ЦГ, 6) Угрожавање лица под међународном заштитом у члану 448 КЗ ЦГ, 7) Финансирање тероризма у члану 449 КЗ ЦГ, 8) Терористичко удруживање у члану 449а КЗ ЦГ и 9) Учествовање у страним оружаним формацијама у члану 449б КЗ ЦГ У Републици Србији, кривично дјело тероризма је инкриминисано у члану 391 Кривичног законика Србије (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 85/2005; 88/2005 - испр.; 107/2005 - испр.; 72/2009; 111/2009; 121/2012; 104/2013; 108/2014; 94/2016 и 35/2019). Поред овог основног дјела тероризма, предвиђена су и нова кривична дјела тероризма као што су Јавно подстицање на извршење терористичких дјела (члан 391а), Врбовање и обучавање за вршење терористичких дјела (члан 391б), Употреба смртоносне направе (члан 391в), Уништење и оштећење нуклеарног објекта (члан 391г), Угрожавање лица под међународном заштитом (члан 392), Финансирање тероризма (члан 393) и Терористичко удруживање (члан 393а).

¹⁰ Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић, *Кривично право Републике Српске – Посебни део*, Паневропски универзитет АПЕИРОН Бања Лука, Бања Лука, 2017, 217–229.

5. Декларација Генералне скупштине УН о мјерама за елиминисање међународног тероризма из 1994. године,

6. завршне декларације Покрета несврстаних земаља (Београд 1989. године, Цакарта 1992. године, Картагена 1995. године и Дурбан 1998. године), те

7. Декларација о тероризму Групе 7 из 1996. године.¹¹

Ова кривична дјела могу бити учињена само са умишљајем.

С друге стране, ова кривична дјела могу се извршити од стране било ког лица, у било које вријеме, на било ком мјесту које закон изричито предвиђа.

Вршење терористичког акта као радње извршења кривичног дјела тероризма подразумева предузимање следећих, алтернативно вишеструко предвиђених дјелатности, и то:

а) напад на живот лица које може проузроковати његову смрт,

б) напад на тјелесни интегритет другог лица,

в) противправно затварање, држање затвореним или на други начин одузимање или ограничавање слободе кретања другом лицу с циљем да се он или неко други присили да нешто учини, не учини или трпи (отмица) или узимање талаца,

г) доношење велике штете објектима Републике Српске или јавним објектима, саобраћајном систему, објектима инфраструктуре, укључујући информатички систем, фиксној платформи која се налази у континенталном појасу, на јавном мјесту или у приватној имовини за коју штету је вјероватно да ће угрозити људски живот или довести до знатне материјалне штете,

д) отмица ваздухоплова, брода или другог средства јавног саобраћаја или превоза робе,

ђ) производња, посједовање, стицање, превоз, снабдијевање, кориштење или оспособљавање за кориштење оружја, експлозива, нуклеарног, биолошког или хемијског оружја или радиоактивних материјала, те истраживање и развој биолошког, хемијског или радиоактивног материјала, као и посједовање или кориштење уређаја за активирање или емитовање радиоактивног или јонизујућег зрачења, кориштење или оштећење нуклеарног објекта тако да би могло доћи до испуштања или опасности од испуштања радиоактивног материјала или уз употребу силе или пријетње захтијевање радиоактивног материјала, уређаја за активирање, распршивање или емитовање радиоактивног материјала или нуклеарног објекта,

е) испуштање опасних материја или изазивање пожара, експлозије или поплава с циљем угрожавања људских живота и

ж) ометање или заустављање снабдијевања водом, електричном енергијом или другим природним ресурсом у циљу угрожавања људских живота.¹²

¹¹ Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић, *Коментар Кривичног законика Републике Српске*, Службени гласник Бања Лука, Бања Лука, 2018, 538–554.

¹² Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић, *op. cit.*, 217–229.

2. ПОВРАТАК БОРАЦА ИСЛАМСКЕ ДРЖАВЕ ИРАКА И ЛЕВАНТА У БОСНУ И ХЕРЦЕГОВИНУ И РИЗИЦИ ПО ЊЕНУ БЕЗБЈЕДНОСТ

У другом дијелу овог реферата биће ријечи о једном дискурсу који у последњих неколико година заокупља посебну пажњу како домаће, тако и међународне правничке, али и свеопште јавности, а у вези је са повратком терористичких бораца (*Foreign Terrorist Fighters - FTF*) из тзв. Исламске државе Ирака и Леванта (ИСИЛ) у земље њиховог поријекла, односно ранијег пребиивалишта (па и у Босну и Херцеговину).

С тим у вези, потребно је најприје нагласити да многобројна међународна истраживања показују да је претходних неколико година између 30.000 и 42.000 страних бораца¹³, односно терориста из 120 земаља свијета путовало у Ирак и Сирију да би се борило, односно ратовало на страни самопроглашене Исламске државе Ирака и Леванта – тзв. ИСИЛ или ДАЕШ.¹⁴

Регионално посматрајући највише их је било са простора бивших Република Совјетског Савеза – око 8.000 страних бораца терориста, затим са Блиског Истока око 7.000 страних бораца терориста, те из земаља Западне Европе преко 5.000 бораца терориста.

Оно што је за нас на овим балканским просторима посебно интересантно и са становишта свеукупне безбједности изузетно важно јесте чињеница да је од тог броја, према процјенама Комитета за спречавање тероризма Савјета безбједности Уједињених нација и Канцеларије европске полиције – Еуропола¹⁵, из земаља Западног Балкана у периоду од 2011. до 2016. године око 845 страних терористичких бораца путовало у наведене регионе како би се придружили оружаном сукобу на страни самопроглашене Исламске државе Ирака и Леванта. Међу њима је посебно значајан број терористичких бораца из једног дијела Босне и Херцеговине, односно из Федерације Босне и Херцеговине.

Према једној публикацији Бироа за спречавање тероризма и превенцију насилног екстремизма Стејт Департамента која је објављена у јулу 2017. године, број држављана Босне и Херцеговине који су путовали у Сирију и Ирак ради подршке Исламској држави Ирака и Леванта, али и другим терористичким групама, процијењен је на преко 300 лица.¹⁶

Према доступним истраживањима презентованим у Босни и Херцеговини из 2016. године,¹⁷ највећи дио ових особа (94%) прије одласка на ратиште имао је регистрована пребивалишта у Федерацији Босне и Херцеговине, с тим да их је прије одласка на

¹³ Тачан број терориста тешко је тачно утврдити, а према неким истраживањима ради се о 41.490 терориста из 80 земаља.

¹⁴ Статистика показује да су просјечне године старости страних терористичких бораца из земаља Западног Балкана 31 година, док је за жене које их прате просјечан број година старости 30. Када гледамо упоредно са земљама Европе више жена је пратило мушкарце, борце, терористе из земаља Западног Балкана. Тако, на примјер 60 или 36% из Босне и Херцеговине од укупног броја је жена и 40 или 27% међу терористима са Косова је жена.

¹⁵ Видјети: EUROPOL, *TE SAT – European union terrorism situation and trend report 2017*, The Hague, 2017, 31–32., <https://www.europol.europa.eu/publications-events/main-reports/eu-terrorism-situation-and-trend-report-te-sat-2017>, 15. март 2023.

¹⁶ Видјети: United States Department of State, *Country Reports on Terrorism 2016*, Bureau of Counterterrorism and Countering Violent Extremism's, 2017, 106–108., <https://www.state.gov/reports/country-reports-on-terrorism-2017/>, 15. март 2023.

¹⁷ В. Азиновић, М. Јусић, *Нови зов рата у Сирији и босанскохерцеговачки контингент страних бораца*, Сарајево, 2016, 12–13.

ратиште око 4% живјело у Републици Српској и око 1% у Брчко дистрикту. Највише будућих ратника је живјело у Тузланском, Зеничко-добојском и Сарајевском кантону.¹⁸

Што се тиче просторног распореда локација у Федерацији Босне и Херцеговине из којих се у периоду од 2012. до 2015. године највише одлазило у Сирију и Ирак процјењује се да се база из које су се у прво вријеме врбовали страни ратници поступно ширила, тако да су исламски ратници у првим мјесецима сукоба најчешће регрутовани у традиционалним и изолованим селефијским енклавама у Горњој Маочи, Ошвама, Дубници или Лијешници, а онда и у већим градовима у Федерацији Босне и Херцеговине.

С друге стране, више од петине ове заједнице долазило је из босанскохерцеговачке дијаспоре, а највише из Аустрије и Њемачке.

Процес радикализације и врбовања обично се одвијао у приватности домова и у алтернативним структурама у којима се обављала вјерска активност. Неке од ових "илегалних" или "паралелних" микрозаједница ("парацемата" или "парамесцида") сматрале су се центрима идеолошке радикализације и врбовања за исељавања у Сирију и Ирак.¹⁹

Иначе, Босна и Херцеговина,²⁰ затим регион Санцака, односно поједине територије Србије и Сјеверне Македоније посебно оне у којима се говори албанским језиком и Албанија су сво вријеме функционисања ИСИЛ-а сматране главним жариштима за радикализацију, регрутовање и одлазак страних терористичких бораца у Ирак и Сирију.

Тренутно, а након што је почетком 2018. године самопроглашена Исламска држава изгубила контролу над већином раније заузете територије, још више је изражена пријетња од повратка у Босну и Херцеговину људи и жена који су се борили на страни Исламске државе.

С друге стране, постоји неколико различитих врста пријетњи које страни терористички борци представљају за државе и међународну заједницу у цјелини. Тако, на примјер, поред директног извршења терористичких аката исламски терористи имају посебну улогу у планирању и организовању терористичких напада, затим у креирању нових и јачању постојећих терористичких група, као и радикализацији и регрутовању у терористичке мреже.²¹

¹⁸ С друге стране, према процјенама Државне агенције за истраге и заштиту Босне и Херцеговине (СИПА) из новембра 2015. године, од почетка избијања сукоба у Сирији и Ираку на ратиштима се налазило између 150 и 200 босанскохерцеговачких држављана, док их је 80 учествовало у оружаним сукобима. Видјети: "U Siriji na strani IS-a poginulo 30 bh. mladića", *Dnevni avaz* (Bosnia and Herzegovina), <http://www.sipa.gov.ba/assets/photos/press/1447660895-u-siriji-na-strani-is-a-poginulo-30-bhmladi%C4%87a.pdf>, 15. март 2023.

¹⁹ В. Азиновић, М. Јусић, *op. cit.*, 12–13.

²⁰ Г. Павловић, "Стратешки приступ супротстављања тероризму – упоредни приказ у Европској унији и Босни и Херцеговини", Зборник радова са међународног научног скупа *Кривичноправни инструменти супротстављања тероризму и другим кривичним дјелима насилничког карактера* (ур. С. Бејатовић, П. Дуњић), Министарство правде Републике Српске, Српско удружења за кривичноправну теорију и праксу, Интернационална асоцијација криминалиста, Теслић, 2016, 502–519.

²¹ Г. Маричић, Г. Павловић, "Нелегалне миграције и тероризам – изазови за Босну и Херцеговину", зборник радова са међународног научног скупа *Усаглашавање правне регулативе са правним тековинама (Acquis Communautaire) Европске Уније – стање у Босни и Херцеговини и искуства других*, Истраживачки центар Бања Лука и Институт за упоредно право, Бања Лука, 2020, 309–323.

Такође, оно што представља једну додатну опасност јесте чињеница да постојеће групе исламских бораца – ФТФ са собом најчешће доводе у земље ранијег пребивалишта жене и дјецу, која могу бити тренирана и индоктринирана од стране Исламске државе.

3. ПРОЦЈЕНЕ ЗА БОСНУ И ХЕРЦЕГОВИНУ

Разлог због којег смо се определијели за реферат на ову тему јесу процјене (и самим тим пријетње по свјетску, али и унутрашњу безбједност²²) респектабилних домаћих и међународних институција и стручњака, а које указују на то да се до сада око 5.600 особа вратило из ИСИЛ-а у 33 различите земље свијета. Једна друга студија из новембра 2017. године, показује да је отприлике 7.000 страних бораца терориста погинуло на ратишту, а да их је око 14.900 остало и још увијек се налази, без обзира на територијални пораз ове формације, у зони конфликта. Око 36%, односно око 5.400 ратника терориста било је притворено, док се око 46% или око 6.800 страних бораца терориста вратило у земље свог поријекла без да су били предметом кривичног правосуђа, односно гоњења у земљама повратка приликом њиховог повратка. Предње процјене су засноване на доступним подацима о повратку терориста у 79 земаља свијета.

Када су земље Западног Балкана у питању, доступни подаци говоре да се до краја 2016. године у њих вратило око 250 терориста (нема поузданих података о повратку ових лица након 2016. године). Од тог броја, поједина истраживања наглашавају да се у Босну и Херцеговину до краја 2016. године вратило најмање 50 лица, док их је најмање 70 погинуло (према подацима објављеним у часопису *Журнал*, погинуло је 76 држављана Босне и Херцеговине, међу којима је пет жена и четворо дјце).²³ Процјене из маја 2020. године показују да је у Сирији било преко 460 страних терористичких бораца са Балкана и чланова њихових породица. Преко половине њих поријеклом је из Босне и Херцеговине, Албаније и са Косова. Из Босне и Херцеговине је 215 особа притворено у камповима и затворима у Сирији, укључујући мушкарце, жене и малољетнике.²⁴

Посматрајући презентоване статистичке податке, који су веома често и потпуно непоуздани, сасвим је извјесно да овакво стање представља велики изазов по безбједност опште, а посебно за полицијске и друге безбједносне органе земаља овог региона.²⁵

²² Убиство полицајца Драгана Ђурића и рањавање његових колега Жељка Гајића и Стеве Милвановића у Станици јавне безбједности у Зворнику; напад, односно пуцање из ватреног оружја на Амбасаду САД у Сарајеву, којом приликом је рањен један полицајац; убиство два припадника Оружаних снага Босне и Херцеговине у Рајловцу код Сарајева; јуна 2010. године убиство полицајца Тарика Љубушкића у Бугојну, док је шест лица повријеђено; активирањем експлозивне направе постављене у пословно-продајном центру ФИС у Витезу убијено је једно лице, док је повријеђено шест итд. Оно што се јавља као проблем јесте свакако дефинисање тих "инцидента" на адекватан начин: да ли се у конкретним случајевима радило о тероризму, односно терористичким актима или неком другом, издвојеном кривичном дјелу попут кривичног дјела тешког убиства. У сваком случају ријеч је о изузетно опасним и тешким кривичним дјелима, која добијају нарочито тежак карактер уколико се квалификују као кривично дјело тероризма за које су запријеђене строге казне

²³ V. Azinović (ur.), *Between salvation and terror: radicalization and the foreign fighter phenomenon in the Western Balkans*, Sarajevo: The Atlantic Initiative, 2017, 10.

²⁴ У 2021. години петоро повратника са страних ратишта осуђено је на затворске казне од једне до шест година, а сви су се у Босну и Херцеговину вратили 2019. године. Видјети: "Atlantska inicijativa: Kako upravljati rizikom povratka sa stranih ratista", *Detektor*, <https://detektor.ba/2021/06/04/atlantska-inicijativa-kako-upravljati-rizikom-povratka-sa-stranih-ratista/>, 15. март 2023.

²⁵ Г. Шетка, Г. Павловић, "Лимитираност полицијског система Босне и Херцеговине у односу на савремене безбједносне изазове, ризике и пријетње", Зборник радова са IX Међународног научног скупа *Савремени*

Највећи број држава овом проблему најчешће прилази реактивно, у смислу да настоје по њиховом повратку санкционисати и затворити ФТФ – ратнике терористе. Тако је и са Босном и Херцеговином у којој је до сада укупно санкционисано око 50 лица. Међутим, уколико се узме у обзир чињеница да већина терориста, повратника са разних ратишта у Босну и Херцеговину нису адекватно процесуирани, односно да су им изречене минималне казне затвора (чему у прилог је и чињеница да је њих 47 кажњено са укупно 40 година затвора²⁶), онда се с правом може исказати бојазан од даљег терористичког дјеловања ових лица у Босни и Херцеговини. С тим у вези се у ТЕ САТ извјештају Еуро-пола, такође, упозорава да повратак ових бораца, са значајним ратним искуствима, уз близину и укрштање етничких и националних граница може представљати значајну пријетњу за цијели регион. У односу на Еурополову подјелу терористичких организација, у наведеном Извјештају посебно се истиче да пријетње земљама Западног Балкана долазе управо од вјерски мотивисаног тероризма (примарна пријетња) и етнонационалистичког и сепаратистичког тероризма (секундарна пријетња).

Према извјештајима Уједињених нација, припадници ИСИЛ-а, односно једне од најзлогласнијих терористичких група у модерној историји, починили су злочине који се могу сматрати ратним злочинима, злочинима против човјечности и геноцидом. Сходно томе, у посљедњих неколико година, пракса у појединим европским земљама јесте да се, уз процесуирање за дјела тероризма, повратницима са страних ратишта суди и за ратне злочине. На тај начин се, како сматрају правни стручњаци, обезбјеђује значајно већа правда за жртве и много строжије казне затвора.²⁷ Међутим, у Босни и Херцеговини то није случај, а терористи повратници се још увијек не кажњавају за ратне злочине.

С обзиром на све већ истакнуто, неспорно је да само затварање бораца, исламских терориста без других, адекватних мјера превенције може само одложити, али у потпуности оно не спречава пријетње које исламски терористи представљају. Због тога се у посљедњој Резолуцији Савјета безбједности 2396 (2017) позивају државе чланице Уједињених нација да посебну пажњу посвете, између осталог, програмима на превенцији радикализације у затворима и потребама дјеце исиловаца, односно терориста.

С тим у вези су и два изузетно интересантна питања која се тренутно разматрају у стручној, односно академској заједници у Босни и Херцеговини, али и шире (посебно са становишта остварења људских права, односно реализације права дјецe), а на која ће се у скорој будућности свакако морати дати одговор. Прво питање јесте правне, али и моралне природе, а оно гласи: да ли конкретна држава има право да по повратку припадника ИСИЛ-а са ратишта одузме дјецу страним борцима-терористима, имајући у виду чињеницу да су, према расположивим подацима, сва дјецa старости од девет година и

безбједносни ризици и пријетње и њихов утицај на безбједност држава региона, Факултет за безбједност и заштиту, Бања Лука, 2016, 355–367.

²⁶ Казне затвора које су изречене крећу се од једне до седам година затвора колико је добио Билал Боснић који је проглашен кривим за подстицање на терористичке активности, врбовање и организовање терористичке групе. Видјети: "Sudski procesi protiv posljednje grupe povratnika iz Sirije, postoji mogućnost i nagodbi sa Tužilaštvom", VOA, <https://ba.voanews.com/a/sudski-procesi-protiv-posljednje-grupe-povratnika-iz-sirije-postoji-mogucnost-i-nagodbi-sa-tu%C5%BEila%C5%A1tvom/5431632.html>, 15. март 2023.

²⁷ Видјети: "Može li se bivšim borcima ISIL-a u BiH suditi i za ratne zločine?", *Atlantic initiative*, <https://atlantika-inicijativa.org/moze-li-se-bivsim-borcima-isil-a-u-bih-suditi-i-za-ratne-zlocine>, 15. март 2023.

више имала могућност да прођу терористичку обуку (потпуно је непознато и да ли су ту обуку прошла).

Друго питање се односи на улогу жена повратника са наведених ратишта, имајући у виду да се њихова улога више не гледа само као улога жене-домаћице (што оне у значајном броју случајева нису ни биле), него се оне посматрају као главне протагонисткиње ширења радикализације и увезивања у терористичке мреже, па чак и као извршиоци најтежих терористичких аката – а што је већ све у пракси и забиљежено. Како третирати, односно како се опходити према овој категорији држављана Босне и Херцеговине?

Јединствене одговоре на наведена питања, али и на многа друга питања, бар ми у Босни и Херцеговини још увијек немамо, а сасвим је јасно и да многе друге државе још увијек нису нашле адекватан начин суочавања са страним борцима терористима који се враћају у земље свог поријекла или пребивалишта.

Стога, многи, прије свега међународни аутори заступају став да се само холистичким приступом, односно активним учешћем цијеле друштвене заједнице (*whole of society*) и у сарадњи са свим органима власти на свим нивоима у Босни и Херцеговини (*whole of governments*) може адекватно превентивно дјеловати на опасности које са собом доносе ФТФ.

И на крају, сасвим је јасно да су много значајнија по укупну свјетску популацију и некако медијски експониранија дешавања посљедње три-четири године, а прије свих пандемија коронавирусне болести ЦОВИД и ратна дешавања у Украјини некако у други план гурнула све проблеме који могу настати (или су већ настали, а о њима се мало или уопште не говори) по многе земље са значајном повратничком популацијом тзв. исиловаца, односно повратника са ратишта у које свакако треба убројити и земље Западног Балкана.

ЛИТЕРАТУРА

- Azinović V. (ur.), *Between salvation and terror: radicalization and the foreign fighter phenomenon in the Western Balkans*, Sarajevo: The Atlantic Initiative, 2017
- Азиновић В., Јусић М., *Нови зов рата у Сирији и босанскохерцеговачки контингент страних бораца*, Сарајево, 2016
- Јовашевић Д., Митровић Љ., Икановић В., *Кривично право Републике Српске – Посебни део*, Паневропски универзитет АПЕИРОН Бања Лука, Бања Лука, 2017
- Јовашевић Д., Митровић Љ., Икановић В., *Коментар Кривичног законика Републике Српске*, Службени гласник Бања Лука, Бања Лука, 2018
- Маричић Г., Павловић Г., "Нелегалне миграције и тероризам – изазови за Босну и Херцеговину", зборник радова са међународног научног скупа *Усаглашавање правне регулативе са правним тековинама (Acquis Communautaire) Европске Уније – стање у Босни и Херцеговини и искуства других*, Истраживачки центар Бања Лука и Институт за упоредно право, Бања Лука, 2020
- Митровић Љ., Грбић-Павловић Н., "Тероризам у кривичном праву Босне и Херцеговине", Зборник радова са међународног научног скупа под називом: *Кривичноправни инструменти супротстављања тероризму и другим кривичним дјелима насилничког карактера* (ур. С. Бејатовић, П. Дуњић), Министарство правде Републике Српске, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Интернационална асоцијација криминалиста, Теслић, 2016
- Павловић Г., "Стратешки приступ супротстављања тероризму – упоредни приказ у Европској унији и Босни и Херцеговини", Зборник радова са међународног научног скупа *Кривичноправни инструменти супротстављања тероризму и другим кривичним дјелима насилничког карактера* (ур. С. Бејатовић, П. Дуњић), Министарство правде Републике Српске, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Интернационална асоцијација криминалиста, Теслић, 2016
- Павловић Г., "Кривична дјела тероризма у кривичном праву Републике Српске", *Правна ријеч*, год. XIV, 52/2017
- Петровић Б., Јовашевић Д., *Кривично (казнено) право, посебни дио*, Сарајево, 2005

Шетка Г., Павловић Г., "Лимитираност полицијског система Босне и Херцеговине у односу на савремене безбједносне изазове, ризике и пријетње", Зборник радова са IX Међународног научног скупа *Савремени безбједносни ризици и пријетње и њихов утицај на безбједност држава региона*, Факултет за безбједност и заштиту, Бања Лука, 2016

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

"U Siriji na strani IS-a poginulo 30 bh. mladića", *Dnevni avaz* (Bosnia and Herzegovina), <http://www.sipa.gov.ba/assets/photos/press/1447660895-u-siriji-na-strani-is-a-poginulo-30-bhmladi%C4%87a.pdf>

"Atlantska inicijativa: Kako upravljati rizikom povratka sa stranih ratišta", *Detektor*, <https://detektor.ba/2021/06/04/atlantska-inicijativa-kako-upravljati-rizikom-povratka-sa-stranih-ratista/>

"Sudski procesi protiv posljednje grupe povratnika iz Sirije, postoji mogućnost i nagodbi sa Tužilaštvom", VOA, <https://ba.voanews.com/a/sudski-procesi-protiv-posljednje-grupe-povratnika-iz-sirije-postoji-mogucnost-i-nagodbi-sa-tuzilastvom/5431632.html>

"Može li se bivšim borcima ISIL-a u BiH suditi i za ratne zločine?", *Atlantic initiative*, <https://atlantskainicijativa.org/moze-li-se-bivsim-borcima-isil-a-u-bih-suditi-i-za-ratne-zlocine>

EUROPOL, TE SAT – European union terrorism situation and trend report 2017, The Hague, 2017, <https://www.europol.europa.eu/publications-events/main-reports/eu-terrorism-situation-and-trend-report-te-sat-2017>

United States Department of State, *Country Reports on Terrorism 2016*, Bureau of Counterterrorism and Countering Violent Extremism's, 2017, <https://www.state.gov/reports/country-reports-on-terrorism-2017/>

* * *

Ljubinko Mitrović, PhD*

Gojko Pavlović, PhD**

LEGAL AND PRACTICAL CHALLENGES IN PENALISING FOREIGN TERRORIST FIGHTERS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Terrorism is one of the most serious social problems of the times we live in. It falls within the category of political criminal offences, it is directed towards the political good or values, and these acts are carried out for political motives through a wide range of different activities (so-called terrorist acts). When it comes to Bosnia and Herzegovina, in the last dozen years there has been a series of serious "incidents" that have occurred in its territory, with extremely difficult consequences, which have faced condemnation by all citizens of BiH. Foreign terrorist fighters, i.e. as a rule, citizens of BiH who have in the past several years opted for a personal but often and definitely family "adventure" – to leave for a battlefield and fight in wars on the side of the Islamic States of Iraq and Levant – so called ISIL and DAESH, pose an additional problem for BiH. This paper will discuss the very definition and non-uniform understanding of criminal offences of terrorism in BH criminal acts (but also in the professional and general public), and the challenges that come along with the departure or return of foreign terrorist fighters from battlefields to BiH.

Key words: security, terrorism, terrorist acts, foreign terrorist fighters, Bosnia and Herzegovina.

* Full Professor, School of Legal Sciences of Pan-European University APEIRON, Banja Luka; Research Assistant, Belgrade Institute for Comparative Law, ljubinko58@gmail.com

** Assistant Professor, School of Legal Sciences, PIM University, Banja Luka

Ирена Чучиловић*

КАЖЊИВОСТ ПРИПРЕМНИХ РАДЊИ КОД ТЕРОРИСТИЧКИХ КРИВИЧНИХ ДЕЛА

Апстракт: *Код припремних радњи, више него код било ког другог кривичноправног института, долази до изражаја сукоб две легитимне вредности савременог друштва, а то су слобода и безбедност. Сукоб ових вредности оличен је у антагонизму два легитимна захтева која се пред кривично право постављају. Са једне стране имамо захтев да се друштво заштити од криминалитета, а са друге стране је захтев да се кривичним правом минимално задире у домен људских права и основних слобода. Последњих деценија у том сукобу превагу је однео захтев за заштитом друштва од криминалитета, односно предност је дата безбедности на штету слободe. Питање које се с тим у вези поставља је у којој је мери кривичноправни експанзионизам подобан за ефикасно сузбијање тероризма, те да ли је ширење криминалне зоне на стадијум припремања кривичног дела на линији усавршавања кривичног права, односно његовог прилагођавања новонасталим околностима или смо на путу пузајућег суноврата кривичног права које познајемо?*

Кључне речи: *глобализација, превентивно кривично право, тероризам, припремне радње.*

1. УВОД

Пад Берлинског зида у новембру 1989. године који је означио крај тзв. Хладног рата, представља један од најзначајнијих геополитичких догађаја у недавној историји, који је означио крај биполарног света и почетак новог светског поретка са предоминантним положајем Сједињених Америчких Држава у том поретку.¹ Распад Совјетског Савеза био је један од најзначајнијих покретача процеса глобализације, будући да се од тог тренутка земље бившег Совјетског блока, укључујући и Русију, убрзано крећу ка економским и политичким системима Запада.² Запад истовремено прелази са друштва индустрије и рада на постиндустријско, технолошко-информатичко друштво, којим доминирају мултинационалне компаније. Процес глобализације довео је до акумулације политичке и економске моћи у рукама САД и још пар водећих земаља колективног Запада, што је за последицу имало потпуно потчињавање међународног права интересима тих земаља.³ Постепено је долазило до губљења политичког суверенитета и независности националних држава, које су опијене идеологијом глобализације добровољно предавале међуна-

* Адвокат, irena@advokatskitim.rs.

¹ N. Chomsky, *Светски поредак – стари и нови* (превод: Н. Сиљановић), Тачке ослонца, Београд, 1996, 7.

² E. Giddens, *Социологија* (превод: Н. Силашки и Т. Ђуровић), Економски факултет Београд, Београд, 2007, 59.

³ D. Zolo, *Сумрак демократије у ери глобализације* (превод: З. Катанић), *Crimen*, 2/2012, 136.

родним организацијама део свог суверенитета, зарад остваривања одређених "виших циљева". Управо је предавање дела свог суверенитета наднационалним организацијама био други важан фактор који је позитивно утицао на процес глобализације кроз пораст међународних и регионалних механизма владавине, као што су Уједињене нације и Европска унија. За разлику од УН које бар номинално представљају удружење појединачних држава чланица, ЕУ представља пионирски облик транснационалног управљања у коме се државе чланице у извесној мери одричу свог суверенитета, будући да су извршна и законодавна власт држава чланица и држава кандидата за пуноправно чланство у ЕУ ограничени директивама и другим прописима које им намећу заједничка тела ЕУ.⁴ У свим наведеним процесима слаби законодавна и судска власт, док истовремено јача извршна власт, што доминантно подрива начело поделе власти, али и друга начела на којима почива демократско уређење друштва.

Глобализација је сложени друштвени феномен са широким импликацијама у готово свим сферама друштвеног живота, који подразумева процес економског, политичког, социјалног и културног деловања на наднационалном нивоу, који мења дотадашње политичке, социјалне и културне односе.⁵ У другом кораку, свеопшта повезаност и интегрисаност на планетарном нивоу погодовала је појави нових облика криминалитета који се тешко могу упоредити са криминалитетом са којим смо се у ранијем периоду сусрели.⁶ Показало се да баријере које лако "прескачу" информације, капитал и људи, исто тако лако "прескачу" и терористичке организације. Онако како привредни субјекти и тржишне економије мењају своје пословне обрасце и тероризам мења свој *modus operandi*.

Тероризам је у прошлости карактерисало деловање унутар територије одређене државе, односно унутар утврђених граница терористичког деловања на одређеном подручју. Савремене терористичке групе, попут Ал Каиде или Исламске Државе, прошириле су домете својих терористичких активности, те је читав свет постао позорница за извођење њихових терористичких активности. Након 2001. године први пут сведочимо постојању терористичких организација које делују у различитим деловима света, а чији објекти терористичких активности просторно нису повезани и имају мало шта заједничко.⁷

Промењени појавни облици терористичких активности, као и обележја савремених терористичких организација су последично довели и до промене реаговања међународне заједнице на овај облик криминалитета, што је у трећем кораку, захваљујући интернационализацији кривичног права⁸ као једној од последица процеса глобализације, довело до уједначавања националних кривичних законодавстава на плану борбе против тероризма.

⁴ E. Giddens, *op. cit.*, 59.

⁵ Глобализација – Центар за интеркултурну комуникацију – ЦИНК, <http://www.cink.rs/index.php/g/72-globalizacija>, asp, 20. април 2023.

⁶ E. Nuñez Castaño, "El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un "camino sin retorno" hacia el Derecho penal del enemigo?", *Revista Penal Mexico*, 5/2014, 186.

⁷ C. Gonzalez Vaz, "Politica criminal en tiempos del terrorismo yihadista. El inicio del derecho penal orwelliano", *Revista Penal Mexico*, 16-17/2020, 114.

⁸ Интернационализација кривичног права подразумева процес континуиране имплементације одредаба међународних уговора и усаглашавање Републике Србије са правним тековинама ЕУ. Више о томе види: З. Стојановић, Д. Коларић, "Савремене тенденције у науци кривичног права и кривично законодавство Србије", *Српска политичка мисао*, 3/2015, 117.

2. ГЛОБАЛИЗАЦИЈА И УТЕМЕЉЕЊЕ НОВОГ МОДЕЛА КРИВИЧНОГ ПРАВА

Промовишући глобалну тенденцију одбацивања модела државе благостања и заменом социјалне политике нео-либералним капитализмом, захваљујући чему значајан део популације остаје изван глобалног економског просперитета упркос константном економском расту и повећању животног стандарда, процес глобализације је створио климу опште физичке и социјалне несигурности и анксиозности, унутрашње усамљености и отуђености.⁹ У промењеном социјалном окружењу појам индивидуалне и колективне безбедности постаје централни појам у међународној заједници, и фактор који кључно утиче на обликовање криминално-политичке стратегије оних држава које себе сматрају демократским.¹⁰ Сви напори међународне заједнице и националних држава усмерени су управо на заштиту безбедности и осећаја сигурности грађана.

И већ дуже време је очигледно да питање безбедности грађана представља велики проблем у кривичном праву. Ово питање доспева у фокус међународне заједнице посебно након 11. септембра, која интензивира притисак на националне извршне и законодавне власти да изнађу и понуде брза и адекватна решења која ће елиминисати осећај несигурности у друштву. Поред тога, инсистира се на све израженијем државном интервенционизму, који подразумева ограничавање, па чак и укидање традиционалних уставних и кривичноправних гаранција.¹¹ Корачајући лагано тим путем, постепено смо дошли до потпуно новог модела кривичног права, који је G. Jakobs назвао кривичним правом за непријатеље.¹² У теорији се за овај нови модел кривичног права са разлогом истиче да је довео до револуције у међународном и националном кривичном праву, а карактеришу га следеће особености:

1) Основна карактеристика новог модела кривичног права је што у њему значај губи конкретно учињено кривично дело, док се фокус ставља на став учиниоца, склоност или тенденцију за извршење кривичног дела или опасност да ће кривично дело бити извршено;

2) Друго обележје новог модела је изузетно широко постављена зона кажњивости, која указује на потпуну промену позиција кривичног права. Наиме, напушта се традиционална ретроактивна перспектива кривичног права, која је окренута ка прошлости, односно већ учињеном кривичном делу и усваја се нова перспектива у којој је кривично право окренуто ка будућности, односно потенцијалном будућем догађају;

3) Као трећу особеност тзв. кривичног права за непријатеље издвајамо прописивање драконских казни за случајеве у којима те казне ни на који начин нису оправдане ни озбиљношћу ни невредношћу радње, као ни проузрокованом последицом;

4) Коначно, а у вези са свим претходно наведеним карактеристикама, имамо и ограничавање или укидање појединих процесних гаранција, што јасно осликава конфигурисање деликвента као непријатеља, коме се не признају иста права која припадају лицима која поштују правни поредак и која због тога и даље имају статус грађанина.¹³

⁹ С. Соковић, "Савремене глобалне тенденције у контроли криминалитета", *Crimen*, 2/2011, 214.

¹⁰ Y. Palacios Valencia, "Existencia del derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional", *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Vol. 21(2), 19/2010, 19.

¹¹ E. Nuñez Castaño, *op. cit.*, 193.

¹² Више о односу појединца и права, губитку статуса грађанина, нормативном и когнитивном појму безбедности, дефиницији непријатеља у контексту тзв. кривичног права за непријатеље види: J.A. García Amado, "El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs", *Nuevo Foro Penal*, 69/2006, 100–137.

¹³ E. Nuñez Castaño, *op. cit.*, 196–197.

У наведеном смислу свака модификација и редефинисање традиционалних догматских института кривичног права јесте добродошла, чак и уколико само на теоријском нивоу може да оствари сврху и заштити осећај сигурности грађана.¹⁴ Тако долазимо до кривичноправног популизма који за резултат има све већу кривичноправну репресију и кажњавање, што посредством медија добија наклоност јавности. Када се овим путем једном крене, он нема краја, жеља јавности за осветом и кажњавањем постаје неутољива, а сама пракса строгог кажњавања и претерано широко постављена криминална зона почињу свој самосталан живот, који се одржава из потпуно другачијих разлога у односу на оне због којих је створена. Постепено, кривичноправни систем реаговања на криминалитет постаје средство унутрашње политике којим се замагљују урушене институције које нису способне да на адекватан начин реше конфликте у друштву.¹⁵

3. АКТИВНОСТИ МЕЂУНАРОДНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ НА СУЗБИЈАЊУ "МОДЕРНОГ" ТЕРОРИЗМА

Иако је тероризам и у претходним историјским епохама представљао озбиљан проблем, мада тада нико није слутио какве ће глобалне размере добити проблематика тероризма уопште, а посебно међународног тероризма, међународна заједница је овим проблемом озбиљније почела да се бави тек 60-их година XX века. Истине ради, треба поменути да је под окриљем Друштва народа, након атентата на краља Југославије Александра I Карађорђевића у Марсеју 1934. године, одржана конференција у Женеви 1937. године, у циљу борбе против политички мотивисаног тероризма, на којој су усвојене две конвенције – Конвенција о спречавању и сузбијању тероризма и Конвенција о оснивању једног међународног суда који би био надлежан да суди терористима, али ни једна од ове две конвенције није ступила на правну снагу.¹⁶

Међутим, тек након терористичког напада 11. септембра тероризам је у међународним документима означен као глобална претња по међународни мир и безбедност, те долази до улагања значајних напора Уједињених нација, али и регионалних организација попут Европске уније, на стварању делотворних правних механизма који би омогућили ефикасну борбу против тероризма. Кривичноправну борбу против тероризма на нивоу међународног права детерминишу две чињенице. Прво, изостанак јединствене дефиниције тероризма као међународног кривичног дела, услед чега се ово кривично дело ни данас не налази у стварној надлежности Међународног кривичног суда.¹⁷ Друго, континуирана борба међународних и регионалних организација у области сузбијања тероризма резултирала је усвајањем бројних међународних уговора који су обавезивали државе пот-

¹⁴ С. Соковић, *op. cit.*, 214.

¹⁵ *Ibid.*, 216.

¹⁶ М. Шкулић, *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, 101–102.

¹⁷ Индија је Генералној скупштини УН још 2000. године поднела Нацрт свеобухватне конвенције о спречавању међународног тероризма, који до данас није усвојен јер у међународној заједници не постоји сагласност о општем појму међународног тероризма. Недостатак општеприхваћене дефиниције тероризма у међународном праву условљен је двема опречним прагматским потребама – прво, да се наметне једна политички употребљива дефиниција и друго, да се избегне управо та дефиниција, односно последице које би могле проистећи из њене међународне прихваћености. Више о томе види: Д. Јовашевић, М. Ракић, *Тероризам – безбедносни и правни аспекти*, Институт за политичке студије, Београд, 2007, 64. Слично и R. Higgins, "The General International Law of Terrorism", *Terrorism and International Law* (eds. R. Higgins, M. Flory), London and New York, 2002, 16.

писнице да у своја национална законодавства имплементирају њихове одредбе. Из наведеног произилази да су управо хармонизована национална кривична законодавства најјаче оружје у супротстављању и сузбијању тероризма.

До промене међународно правне реакција на тероризма након терористичког напада 11. септембра, дошло је под симултаним дејством више фактора. Пре свега, озбиљност и трагичне последице тог напада, као и паника која се проширила међу становништвом широм света, не могу се негирати. Други, врло важан фактор је декларативна објава рата тероризму од стране САД, које су тада истакле да тероризам, као и државе које на било који начин подржавају тероризам представљају претњу за целу међународну заједницу, против које се треба борити свим средствима, укључујући и војна. До тада су УН проблему тероризма углавном приступале као социолошком феномену и према њему испољавале прилично амбивалентан став.¹⁸ Савет безбедности УН одмах након терористичког напада усваја две врло битне резолуције, и то *Резолуцију 1368 од 12. септембра 2001. године* у којој је осудио све терористичке акте као претњу међународном миру и безбедности, и *Резолуцију 1373 од 28. септембра 2001. године* која у потпуности усваја све обавезе из Међународне конвенције о сузбијању финансирања тероризма, као и обавезе на које је државе чланице позвала Генерална скупштина УН у својој Декларацији о мерама за елиминисање међународног тероризма из 1994. године, истовремено позивајући државе чланице да криминалном зоном обухвате и припремање терористичких кривичних дела.¹⁹

Конечно, не треба изгубити из вида ни медијско обликовање глобалног дискурса о "савременом тероризму" које је тог тренутка започело. Као и стварању било ког другог дискурса, и овом се приступило у циљу успостављања одређеног начина размишљања о конкретној појави.²⁰ Стварањем дискурса о модерном тероризму који посредством медија и друштвених мрежа тангира већину становништва на планетарном нивоу, надлежне државне институције на унутрашњем плану, а међународне организације и државе на глобалном, ослобађају се одговорности за узроке који су до трагичног догађаја довели, истовремено пребацујући одговорност на субјекте ван система (терористичке организације, тзв. *rouge states*,²¹ припаднике исламске вероисповести итд.) или на "одметнуте" појединце у оквиру система. Управо се ти субјекти којима се одговорност приписује, означавају као извори опасности која се мора по сваку цену сузбити. Комплетан наратив појачава осећај личне несигурности и уноси панику међу становништвом. Након што се успешно установи глобални дискурс о тероризму као пошаст савременог света, као опасности која прети свакоме од нас, отвара се пут интервенисању у сферу, претходно неприкосновену, будући да су уплашени људи склони да зарад безбедности одступе од неких, до тада неприкосновених права.

Сви наведени фактори здруженим дејством производе савршену олују која доноси све израженију кривичноправну репресију, у теорији препознату као хипертрофију кривичног права, која подразумева употребу кривичног права као високо софистицираног оружја у борби против тероризма. Прекомерна употреба кривичног права заправо

¹⁸ R. Young, "Defining Terrorism: The Evolution of Terrorism as a Legal Concept in International Law and its Influence on Definitions in Domestic Legislation", *Boston College International and Comparative Law Review*, 29/2006, 33.

¹⁹ *Ibid.*, 42.

²⁰ А. Илић, "Discourse on modern terrorism", *Crimen*, 3/2021, 310.

²¹ Појам који је настао у теорији и политичкој пракси САД и који означава оне државе које, по њиховом суду, баштине недемократске режиме и представљају претњу међународном миру. Више о томе види: N. Chomsky, *The Culture of Terrorism*, Boston, 1988, 12.

представља део казнене идеологије "нулте толеранције", која се најпре афирмисала у САД, а која се касније кроз процес глобализација врло брзо проширила у многе западне земље.²² У оквиру казнене идеологије "нулте толеранције" долази до све очигледнијег јачања извршне власти и безбедносних структура, док судска власт истовремено губи на значају, уз паралелно проширивање граница криминалне зоне, што између осталог подразумева и померање границе кажњивости на стадијум припремних радњи.

3.1. Међународна конвенција о сузбијању финансирања тероризма

Иако није једина конвенција која је проширила кажњавање тероризма и на припремне радње, свакако је у ширењу криминалне зоне најдаље отишла *Међународна конвенција о сузбијању финансирања тероризма*²³ потписана 9. децембра 1999. године у Њујорку. Циљ ове конвенције јесте унапређење међународне сарадње међу државама у осмишљавању и усвајању ефикасних мера за спречавање финансирања тероризма, као и сузбијање тероризма кроз кривично гоњење и кажњавање извршилаца ових кривичних дела, како би се обезбедио свеобухватан законски оквир који ће обухватити све аспекте терористичког деловања.

У смислу конвенције, кривично дело финансирања тероризма чини лице које на било који начин, непосредно или посредно, незаконито и намерно, обезбеди или прикупи средства са намером да се она употребе или знајући да ће она бити употребљена, у целини или делимично, ради извршења терористичког кривичног дела. Из описа кривичног дела финансирања тероризма проистиче да је интенција конвенције да се инкриминише одређена врста припремних радњи за вршење тероризма, односно радња помагања ако их предузима друго лице, а не оно које врши кривично дело тероризма.²⁴

Да би постојало кривично дело финансирања тероризма није неопходно да се прикупљена средства стварно и употребе за извршење терористичког кривичног дела, чиме се кажњиве припремне радње удаљавају од кривичног дела чијем извршењу служе. Овом одредбом се фокус са радње извршења конкретног кривичног дела помера на прилично магловиту опасност од евентуалног извршења терористичког кривичног дела. У теорији се може наћи мишљење да овакво кидање непосредне везе припремне радње са радњом извршења кривичног дела води ширењу криминалне зоне и на оне радње које се налазе на граници припремних радњи и мишљења, односно стварања одлуке да се кривично дело изврши. На тај начин кривично право напушта своје традиционалне позиције репресивног средства за сузбијање криминалитета, које је окренуто ка прошлости и има за циљ примену санкције на већ учињено кривично дело и постаје превентивно средство за сузбијање криминалитета, односно средство чији је циљ да спречи евентуално извршење неког кривичног дела у будућности.²⁵

3.2. XVIII међународни конгрес кривичног права

Питање кажњавања припремања тероризма било је једна од тема које су разматране на XVIII међународном конгресу кривичног права, одржаном у септембру 2009.

²² D. Zolo, *op. cit.*, 142.

²³ International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, <https://www.unodc.org/documents/treaties/Special/1999%20International%20Convention%20for%20the%20Suppression%20of%20the%20Financing%20of%20Terrorism.pdf>, asp, 21. април 2023.

²⁴ З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2021, 1200.

²⁵ E. Nuñez Castaño, *op. cit.*, 189.

године у Истанбулу, у организацији Међународног удружења за кривично право. Након вишедневне дебате чланови Удружења усвојили су *Резолуцију о проширеним облицима припремних радњи и саучесништва*, у којој су утврђени услови и претпоставке под којима је, у циљу сузбијања међународног тероризма и транснационалног организованог криминала, оправдано одустајање од начелне некажњивости припремних радњи.²⁶

На основу спроведене расправе чланови Удружења су закључили да савремени појавни облици тешког криминалитета захтевају одлучну реакцију у оквиру које је нужно посегнути за кажњавањем радњи које представљају најранији стадијум у извршењу кривичног дела, при чему се морају поштовати основна начела кривичног права.²⁷

С тим у вези, резолуција предвиђа да се у складу са општим начелима кривичног права, одређене припремне радње могу прописати као несамостална или самостална кривична дела, под посебним условима, искључиво уколико је то неопходно за побољшање стратегије превенције изузетно тешких кривичних дела, у случајевима јасне и непосредне опасности.²⁸ Поменуте услове можемо поделити у три групе. Први услов се односи на легитимност и границе кривичноправне заштите – припремне радње је легитимно кажњавати само уколико је то у функцији спречавања извршења тешких кривичних дела која повређују живот, телесни интегритет или слободу других људи. Другу групу услова чине они који се односе на законски опис кажњивих припремних радњи – захтев за прецизним прописивањем бића кривичног дела, односно описивање конкретног понашања које чини припремну радњу за извршење главног кривичног дела, уз избегавање коришћења генералних клаузула и кажњавања саме намере. Као кажњиву треба, дакле, предвидети само ону припремну радњу која је у блиској вези са извршењем главног кривичног дела, коју је могуће објективно утврдити. Коначно, као релевантан облик кривице треба предвидети директан умишљај којим треба да буде обухваћено и извршење конкретно одређеног главног кривичног дела. Трећа група услова се односи на политику кажњавања за припремне радње, а који се у основи односе на сразмерност у кажњавању с обзиром на стадијум кривичног дела.

4. КАЖЊИВОСТ ПРИПРЕМНИХ РАДЊИ КОД ТЕРОРИСТИЧКИХ КРИВИЧНИХ ДЕЛА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

У области физиономије конкретних инкриминација и одређивања граница криминалне зоне код терористичких кривичних дела, законодавство Републике Србије се, попут већине упоредних кривичних законодавстава, развијало под доминантним утицајем међународног права, односно ратификованих антитерористичких конвенција. Осим конвенција донетих под окриљем Уједињених нација, за наше законодавство је од великог значаја у овој области и Конвенција Савета Европе о спречавању тероризма из 2005. године, као и Оквирна одлука Савета Европске уније о борби против тероризма из 2002. године са изменама из 2008. године.

Иако су сагласно члану 16. став 2. Устава Републике Србије потврђени међународни уговори саставни део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују, уколико

²⁶ The expanding forms of preparation and participation Resolution Draft, <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2007-3-page-509.htm>, asp, 05. мај 2023.

²⁷ И. Бојанић *et. al.*, "XVIII међународни конгрес казненог права", *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, Vol. 16, 2/2009, 974.

²⁸ *Ibid.*, 976.

су у складу са Уставом Републике Србије, непосредна примена ратификованих међународних уговора у кривичном праву није могућа, пре свега због деловања начела законитости.²⁹ Због тога је, у циљу имплементације одредби ратификованих међународних конвенција у Кривични законик Републике Србије, 2012. године спроведена обимна реформа кривичног законодавства, у којој је примењен тзв. функционални приступ, који подразумева прописивање појединих инкриминација за које у међународној заједници постоји сагласност да представљају понашања којима се угрожавају темељне вредности државе и друштва.³⁰

Поменутом реформом је, у оквиру групе кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом створена подгрупа терористичких кривичних дела, коју осим основног кривичног дела тероризма из члана 391. КЗ³¹ чини још седам терористичких кривичних дела, од којих четири кривична дела представљају заправо инкриминисање припремних радњи као самосталних кривичних дела.

Прописивањем кривичног дела *врбовање и обучавање за вршење терористичких дела* из члана 391б, законодавац је као самостално кривично дело инкриминисао две врсте припремних радњи. То су радња врбовања за извршење или учествовање у извршењу кривичног дела тероризма или за придруживање терористичком удружењу ради извршења тероризма, као радња извршења првог основног облика кривичног дела и давање упутстава о изради или коришћењу експлозива, ватреног оружја или других опасних или штетних материја и обучавање за извршење кривичног дела тероризма, као радња извршења другог основног облика кривичног дела. За разлику од давања упутстава и обучавања које представљају типичне припремне радње за извршење кривичног дела тероризма, врбовање подразумева предузимање различитих радњи, које по својој природи представљају радње подстрекавања, а у циљу придобијања неког лица за извршење или учествовање у извршењу кривичног дела. За разлику од подстрекавања као облика саучесништва, овде није неопходно да је лице које је врбовано учествовало у извршењу кривичног дела или донело одлуку у вези са оним за шта је врбовано.³² Ради се о делатносном кривичном делу које је довршено самим предузимањем

²⁹ М. Шкулић, "(Не)могућност непосредне примене међународног кривичног права у Србији", *Релевантна питања примене међународног кривичног права у националном праву* (ур. С. Ного), Тара, 2012, 117.; О повреди начела законитости до које долази непосредном применом међународних извора, односно ратификованих међународних конвенција види: М. Шкулић (2020а), *op. cit.*, 30–31.

³⁰ Д. Коларић, "Нова концепција кривичних дела тероризма у Кривичном законнику Републике Србије", *Critica*, 1/2013, 58; Види: Закон о изменама и допунама Кривичног законика – ЗИД КЗ из 2012. године, *Службени гласник РС*, број 121/2012.

Осим заштите темељних вредности државе и друштва, често се као основни *ratio legis* међународних кривичних дела, посебно оних у ширем смислу, наводи и заштита људских права. Више о томе види: М. Шкулић, "Један поглед на појам и структуру међународног кривичног права", *Међународно јавно и кривично право у XXI веку*, Тара, 2020, 339.

³¹ Припремање кривичног дела тероризма из члана 391. постало је кажњиво интервенцијом законодавца 2016. године. Законом о изменама и допунама Кривичног законика – ЗИД КЗ из 2016. године (*Службени гласник РС*, број 94/2016) у члану 391. унео је два нова става (став 5. и 6.). Став 5. прописао је да припремање подразумева набављање или оспособљавање средстава за извршење кривичног дела тероризма из члана 391. или се отклањају препреке за његово извршење, или се са другим договором, планира или организује његово извршење или се предузме нека друга радња којом се стварају услови за његово непосредно извршење. Полазећи од забрањене казне, тежи облик припремних радњи прописане су у ставу 6. који постоји у случају када се упућују или пребацију на територију Србије лица или оружје, експлозив, отрови, опрема, муниција или други материјал ради извршења кривичног дела тероризма. Више види: З. Стојановић (2021), *op. cit.*, 1191.

³² З. Стојановић, *Међународно кривично право*, Правна књига, Београд, 2016, 124.

радње извршења, односно радње врбовања.³³ Трећу врсту припремних радњи као лакши облик овог кривичног дела инкриминисао је ЗИД КЗ из 2019. године, који постоји када неко отпутује у иностранство ради припреме, обучавања, планирања или учествовања у извршењу кривичног дела тероризма.³⁴

Радња извршења кривичног дела *употреба смртоносне направе* из члана 391в КЗ прописана је комбинацијом три врсте радњи. Наиме, ово кривично дело се може извршити предузимањем неких типичних терористичких активности које подразумевају употребу експлозива или других смртоносних направа,³⁵ предузимањем неких радњи које по својој природи представљају припремне радње за употребу смртоносне направе, као што су прављење и преношење експлозива или смртоносне направе, али и предузимањем оних припремних радњи које нису у непосредној вези са употребом смртоносне направе, попут држања или давања другом смртоносне направе.³⁶ Учинилац наведене радње извршења предузима у намери да другог лиши живота, нанесе телесну повреду или уништи или знатно оштети државни или јавни објекат, систем јавног саобраћаја или други објекат који има већи значај за безбедност или снабдевање грађана или за привреду или за функционисање јавних служби. Карактеристично је за ово кривично дело да се на субјективном плану не захтева специфична терористичка намера, што олакшава доказивање овог кривичног дела, али истовремено значајно проширује криминалну зону.

Прописивањем кривичног дела *финансирање тероризма* из члана 393. КЗ инкриминисане су припремне радње за вршење тероризма, као и радњи помагања, под условом да их не предузима лице које врши кривично дело тероризма. Ово кривично дело увео је у наше законодавство КЗ из 2006. године,³⁷ али је оно након тога неколико пута мењано, а измене су се односиле на проширивање листе кривичних дела за чије су извршење средства прикупљана и дата, заштитног објекта кривичног дела, опсега алтернативно прописаних радњи извршења кривичног дела, те у односу на лица којима се средства дају ради извршења кривичних дела.³⁸

Кривично дело финансирања тероризма чини ко непосредно или посредно обезбеђује или прикупља средства са циљем да се она користе или са знањем да ће се користити у потпуности или делимично за финансирање вршења кривичних дела из чланова 134., 287., 290., 291., 292., 293. и чланова 391. до 392. КЗ или за финансирање организација које за циљ имају вршење тих дела или припадника тих организација или лица које за циљ има вршење тих дела. За постојање овог кривичног дела довољно је да су средства једнократно прикупљена или дата, односно да је само један део прикупљених средстава намењен финансирању тероризма. Такође, није неопходно да су прикупљена средства стварно употребљена за извршење тероризма.³⁹

³³ И. Бодржић, *Тероризам као категорија националног и међународног кривичног права*, Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд, 2022, 89.

³⁴ Закон о изменама и допунама Кривичног законика – ЗИД КЗ из 2019. године, *Службени гласник РС*, број 35/2019.

³⁵ З. Стојановић (2016), *op. cit.*, 125.

³⁶ И. Бодржић, *op. cit.*, 93.

³⁷ Кривични законик, *Службени гласник РС*, број 85/2005.

³⁸ И. Бодржић, *op. cit.*, 99.

³⁹ З. Стојановић (2021), *op. cit.*, 1200.

Последње терористичко кривично дело у КЗ које припремне радње подиже на ранг радње извршења је кривично дело *терористичко удруживање* из члана 393а. Ово кривично дело постоји уколико се два или више лица удруже на дуже време ради вршења кривичних дела из чланова 391. до 393. КЗ. За постојање овог кривичног дела није неопходно да су учињена кривична дела ради чијег је извршења удружење формирано. Оправдање ове инкриминације се може видети у природи терористичких организација, као удружења заснованих на принципима хијерархије, координације, субординације, те другим начелима типичним за организационо-функционалне облике организовања, која окупљају већи број лица, идеолошки блиских и повезаних тежњом за остваривањем одређених терористичких циљева које доживљавају као заједничке, а у чијем се остваривању служе насилним, односно терористичким средствима.⁴⁰ Полазећи од природе терористичких организација, сматра се да и само удруживање, без извршења било ког конкретног кривичног дела ради чијих је извршења удружење и формирано, угрожава правно заштићено добро у мери која оправдава кривичноправну реакцију. Битна карактеристика овог кривичног дела је и у томе што је по висини запрећене казне изједначено са учињеним кривичним делом ради чијег је извршења удружење основано.

Кривична дела чија је радња извршења припремање неког другог терористичког кривичног дела су, по својој природи, акцесорна оном кривичном делу ради чијег се извршења предузимају. Ако изузмемо кривично дело употреба смртоносне направе из члана 391в КЗ, код кога се не захтева тзв. *animus terrorandi*, све остале инкриминисане припремне радње предузимају у намери извршења кривичног дела тероризма или неког другог терористичког кривичног дела. Релевантан облик кривице је директан умишљај.

Подизањем припремних радњи на ранг радње извршења, законодавац је тежио да омогући надлежним државним органима правовремену реакцију у најранијем стадијуму извршења кривичног дела, а у циљу ефикасног сузбијања терористичког деловања. Оправдање за проширивање криминалне зоне код терористичких кривичних дела се налази у великој вредности заштитног објекта – човечности и другим добрима заштићеним међународним правом, као и високом степену друштвене опасности који карактерише кривично дело тероризма. Управо имајући у виду вредност заштитног објекта и степен друштвене опасности кривичног дела тероризма, у делу теорије се сматра да је проширивање криминалне зоне на припремне радње учињено у складу са начелом легитимитета.⁴¹ Будући да је законодавац припремне радње инкриминисао као самостална кривична дела, код којих се јасно означавају кажњива понашања, приликом прописивања ових кривичних дела поштовано је и начело законитости. Будући да по својој суштини припремне радње подразумевају постојање умишљаја, који произилази и из законског описа бића кривичног дела, није спорно ни начело индивидуалне субјективне одговорности.

Оно што код свих наведених инкриминација јесте спорно је питање поштовања начела кривичног права као средства *ultima ratio* имајући у виду изразито превентивни карактер ових кривичних дела. Тезу да је кривично право постало прво или основно средство за спречавање и сузбијање ове конкретне врсте криминалитета поткрепљује чињеница да од осам кривичних дела тероризма, код пет кривичних дела радњу извршења у

⁴⁰ М. Шкулић, "Тероризам и терористичке организације", *Тероризам и људске слободе* (ур. С. Ного), Тара, 2010, 13.

⁴¹ И. Бодрожић, *op. cit.*, 91.

целини или једним делом чине припремне радње за извршење неког другог терористичког кривичног дела.

5. (НЕ)ОПРАВДАНОСТ КАЖЊАВАЊА ПРИПРЕМНИХ РАДЊИ КОД ТЕРОРИСТИЧКИХ КРИВИЧНИХ ДЕЛА

Једно од најзначајнијих питања кривичноправне заштите и криминалне политике уопште јесте одређивање граница криминалне зоне.⁴² Због тога је укључивање припремних радњи у зону кажњивости важно како са аспекта легитимности кривичноправне заштите, тако и са аспекта остваривања основних функција кривичног права, попут заштитне и гарантивне функције.

Код терористичких кривичних дела, одређивање граница инкриминисања, као и обликовање конкретних инкриминација терористичких кривичних дела, детерминисале су међународне конвенције, под чијим утицајем је дошло до хармонизације националних кривичних законодавстава. У процесу усаглашавања националног законодавства са ратификованим међународним конвенцијама, већина националних законодаваца *a priori* је подржала и прихватила инкриминисање великог броја различитих припремних радњи за извршење кривичног дела тероризма.

За разлику од упоредног кривичног законодавства у коме је тешко наћи веће разлике када је у питању инкриминисање припремања тероризма, односно широко постављена граница кривичноправне заштите, у теорији се чују бројни дисонантни тонови по овом питању, што је логична последица чињенице да се ради о једном од најзначајнијих и најконтроверзнијих питања савременог кривичног права. Као илустративан пример амбивалентног става који се према овом питању у теорији заузима, узећемо питање легитимности инкриминисања обучавања или приступања терористичкој организацији.

У једном делу теорије заузето је становиште да легитимност ових инкриминација није спорна узимајући у обзир вредност заштитног објекта и степен друштвене опасности терористичког деловања.⁴³ Други аутори поздрављају овакве инкриминације сматрајући их одразом прихватања савремених тенденција проширеног, односно пооштреног кажњавања за радње припремања терористичких кривичних дела. Такође се наводи да су такве инкриминације у складу са захтевима савремене криминалне политике управљене на спречавање и сузбијање тероризма.⁴⁴

На дијаметрално супротној позицији је став да се обука терориста или приступање терористичкој организацији пре може сматрати формирањем погледа на свет него припремном радњом. Иако нама такав поглед на свет може бити и јесте неприхватљив, у тој фази дефинитивно још увек није започело припремање било ког конкретног кривичног дела тероризма. Ту се још увек ради о стадијуму мишљења, о ставу потенцијалног учиниоца, његовој тенденцији или склоности да у ближој или даљој будућности изврши неко конкретно кривично дело. С тим у вези, када законодавац обухвати криминалном зоном разне радње које се подводе под појам обуке за извршење тероризма или радњу приступања терористичком удружењу, он заправо интервенише у ситуацијама које се, у

⁴² З. Стојановић, *Критеријуми одређивања инкриминација – уопште и у сфери сексуалних односа*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, Београд, 1981, 17–18.

⁴³ Д. Коларић, *op. cit.*, 65.

⁴⁴ И. Марковић, Кривична дјела тероризма у Кривичном закону Републике Српске, *Crimen*, 2/2017, 196.

најбољем случају, налазе у граничној фази мишљења.⁴⁵ Оно што је суштински спорно код инкриминисања ових припремних радњи је што се њиховим предвиђањем као кривичног дела заправо инкриминише стварање "ризика" од будуће повреде или угрожавања правно заштићеног добра.⁴⁶ Ради се о изразито превентивним инкриминацијама које постепено доводе до хипертрофије кривичног права, будући да је у савременом свету све више "извора опасности" по правом заштићена добра.

Инкриминисање стадијума припремних радњи је последица продора изузетно негативних тенденција у кривично право, које пред њега постављају задатке које му нису иманентне. Припремне радње представљају један претходни стадијум у коме се предузимају радње којима се доприноси остварењу планираног кривичног дела, али се у строгом смислу речи предузимањем ових радњи не напада правно заштићено добро предвиђено у главном кривичном делу.⁴⁷ У фази припремних радњи постоји само апстрактна опасност од угрожавања или повреде заштитног објекта кривичног дела које се припрема. Чињеница да се кривичноправно реагује већ у најранијем стадијуму извршења кривичног дела указује да је кривично право изгубило свој *ultima ratio* карактер. У условима где је реални објект кривичноправне заштите ризик од будуће повреде или угрожавања правно заштићеног добра, а кривично право *prima ratio* у борби против тероризма, доводи се у питање легитимност и ефикасност таквог превентивног кривичног права.

Осим што штити друштво од криминалитета, кривично право кроз своју гарантивну функцију штити и грађане од кривичног права. Не треба губити из вида да се зона инкриминисања увек шири на штету зоне људски права и слобода. Превентивно кривично право које више нема свој основ у учињеном кривичном делу већ у опасности од потенцијалног кривичног дела које ће се десити у будућности, јача безбедносне и полицијске структуре што нужно води све већим ограничењима у сфери људских права и слобода.⁴⁸ Овде у виду имамо и неопходност поштовања и заштите основних људских права лица осумњичених за тероризам, јер би без те заштите тероризам победио.⁴⁹ Познато је да су државе склоне да на терористичке нападе реагују неадекватно, прекомерном употребом силе, чиме заправо генеришу нове терористичке нападе, што води ковитлацу насиља и уласку у зачарани круг из кога је тешко пронаћи излаз.⁵⁰ Присутне тенденције нас могу довести до тога да услед континуираног пристајања на мало мање слободе зарад мало више безбедности, на крају изгубимо обе вредности.⁵¹ Када основ кривичноправне реакције постане ризик од будућег угрожавања или повреде правно заштићеног добра, није тешко злоупотребити кривично право за јачање државне контроле, спречавање нежељених миграција или напад на политичке неистомишљенике или опоненте, који се означавају као извор опасности по уставни поредак и безбедност. Овакве и сличне злоупотребе већ су предузимане од стране бројних држава, почев од Саудијске Арабије, Пакистана, Колумбије и Турске, преко Русије, па све до САД.⁵²

⁴⁵ C. Gonzales Vaz, *op. cit.*, 117.

⁴⁶ И. Марковић, *op. cit.*, 190.

⁴⁷ Д. Васиљевић, "Поједина питања инкриминисања припремања кривичног дјела", *Crimen*, 2/2022, 180.

⁴⁸ З. Стојановић, *Кривично право – општи део*, Правна књига, Београд, 2013, 75.

⁴⁹ P. Jean, "The jurisprudence of the European Commission and Court of Human rights with regard to Terrorism", *Terrorism and International Law* (eds. R. Higgins, M. Flory), London and New York, 2002, 219.

⁵⁰ М. Шкулић (2010), *op. cit.*, 23.

⁵¹ C. Gonzales Vaz, *op. cit.*, 112.

⁵² H. Gardner, *American Global Strategy and the "War on Terrorism"*, Paris, 2005, 76.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Несумњиво је да тероризам данас представља егзистенцијалну претњу државама, међународној заједници и појединцима, угрожавајући живот, слободу, индивидуалну и колективну безбедност, основе функционисања државе и друштва, те захтева адекватан одговор усмерен на његово ефикасно сузбијање. Процес глобализације допринео је ширењу и ескалацији терористичког деловања, кроз међусобно повезивање терористичких група и њихово повезивање са другим организованим криминалним групама, које делују широм света и чије активности више нису сконцентрисане унутар граница једне државе. Са променом облика деловања савремених терористичких организација, државе су се суочиле са неефикасним механизмима који су им стајали на располагању у превенцији и сузбијању ове опасне друштвене појаве, те су биле принуђене да трагају за новим и ефикаснијим.

Питање које се поставља је адекватност и легитимност решења до којих се на глобалном нивоу дошло. Наиме, уважавајући сву озбиљност и тежину терористичких кривичних дела, ипак сматрамо погрешним напуштање основне криминално-политичке идеје да кривичноправна заштита треба да буде фрагментарна, супсидијарна и *ultima ratio*, када је у питању спречавање и сузбијање тероризма. Кривично право не сме и не може бити адекватна замена превентивним мерама из области социјалне политике, које подразумевају функционалан образовни и васпитни систем, институционалну афирмацију позитивних вредности, јачање демократских институција, и других сличних мера које доприносе сузбијању негативних облика друштвених понашања која у коначници могу прерасти у вршење терористичких кривичних дела, па и кривичних дела уопште. Осим што давање кривичном праву задатака које оно не може да оствари слаби његову ефикасност, а последично и легитимност, у том процесу долази и до других негативних последица, пре свега на плану поштовања људских права и демократских институција.

Јачање кривичноправне репресије и хипертрофија кривичног права у области борбе против тероризма последица је погрешно постављене полазне премисе у тој борби. Наиме, сузбијање тако комплексне и опасне друштвене појаве каква је тероризам захтева систематски, континуиран, свеобухватан и одговоран приступ свих државних, друштвених али и међународних институција, које би спречавањем и сузбијањем тероризма требало да се баве. Насупрот томе, осим декларативне осуде свих облика терористичког деловања, мало шта је суштински урађено на решавању овог проблема. Узроци су у потпуности занемарени и неистражени, што отежава превенцију тероризма другим мерама социјалне политике. Са друге стране, превише пута смо присуствовали употреби тероризма као средства за остваривање унутрашњих или спољнополитичких интереса, уз очигледно постојање двоструких стандарда, што води селективној примени кривичног права. Селективна примена кривичног права представља негацију легитимности и негацију извесности примене кривичне санкције.⁵³ Све је то постепено довело до потискивања примене мера социјалне политике које би превентивно деловале на појаву и ширење тероризма, као и на слабљење ефикасности традиционалног кривичног права.

У наведеним околностима дошло је до промене традиционалних позиција кривичног права, у чијем се фокусу више не налази заштита највреднијих добара од најтежих облика

⁵³ Одавно је познато да ефикасност кривичноправној заштити не обезбеђују драконске казне, већ извесност њихове примене.

напада, већ заштита безбедности као својеврсног заштитног објекта бројних инкриминација. Сама опасност по заштићено добро постаје основ за кривичноправну реакцију, односно све је више инкриминација којима је једини циљ превенција ризика. Пример таквих инкриминација може се наћи у широкој лепези кривичних дела којима су инкриминисане припремне радње за извршење тероризма. Имајући у виду да претерано ширење криминалне зоне носи са собом опасност да лек који смо пронашли за ефикасно спречавање терористичких дела у најранијем стадијуму њиховог остварења, истовремено носи и ризик од ревитализације неких других, познатих болести, за које смо веровали да смо их давно искоренили.

Постоји дакле, оправдана бојазан да се хипертрофираним и превентивним кривичним правом неће много добити на плану сузбијања тероризма, али да се потенцијално може пуно изгубити. Ово из разлога што сузбијање тероризма представља комплексан и вишеслојан проблем, који се не може решити "једним потезом пера", инкриминисањем сваког понашања које носи чак и минимални ризик од потенцијалног извршења кривичног дела тероризма. Кривично право свакако треба користити као једно од средстава у борби против тероризма, али искључиво као средство *ultima ratio*. Када је у питању бојазан од потенцијалних губитака, аутор указује да смо последњих деценија сведочили озбиљним кршењима људских права под заставом рата против тероризма. Чини се да смо олако одустали од достигнутог нивоа људских права, правдајући то одустајање унапређењем безбедности. Видели смо и кршења фундаменталних процесних права осумњичених за извршење терористичких кривичних дела, што није наишло на озбиљнију осуду јавности. Уколико у једном случају одустанемо од уставом и међународно-правим актима гарантованих права и слобода, отварамо читаво пространство могућим злоупотребама и све већем сужавању опште признатих права. Више пута смо видели злоупотребу екстензивно постављеног кривичног права од стране државних власти за обрачун са политичким и другим неистомишљеницима. Идући тим путем, на крају можемо стићи до кривичног права које је средство урушавања демократије и јачања тоталитарног друштва.

ЛИТЕРАТУРА

- Бодрожкић И., *Тероризам као категорија националног и међународног кривичног права*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2022.
- Бојанић И. *et. al.*, "XVIII међународни конгрес казненог права", *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, vol. 16, 2/2009.
- Васиљевић Д., "Поједина питања инкриминисања припремања кривичног дјела", *Crimen*, 2/2022.
- Gardner H., *American Global Strategy and the "War on Terrorism"*, Paris, 2005.
- Garcia Amado J.A., "El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs", *Nuevo Foro Penal*, 69/2006.
- Giddens E., *Социологија* (превод: Н. Силашки и Т. Ђуровић), Економски факултет Београд, Београд, 2007.
- Gonzalez Vaz C., "Política criminal en tiempos del terrorismo yihadista. El inicio del derecho penal orwelliano", *Revista Penal Mexico*, 16-17/2020.
- Zolo D., "Сумрак демократије у ери глобализације" (превод: З. Катанић), *Crimen*, 2/2012
- Илић А., "Discourse on modern terrorism", *Crimen*, 3/2021.
- Jean P., "The jurisprudence of the European Commission and Court of Human Rights with regard to Terrorism", *Terrorism and International Law* (eds. R. Higgins, M. Flory), London and New York, 2002.
- Јовашевић Д., Ракић М., *Тероризам – безбедности и правни аспекти*, Институт за политичке студије, Београд, 2007.
- Коларић Д., "Нова концепција кривичних дела тероризма у Кривичном законнику Републике Србије", *Crimen*, 1/2013.
- Марковић И., "Кривична дјела тероризма у Кривичном законнику Републике Српске", *Crimen*, 2/2017.
- Núñez Castano E., "El derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un "camino sin retorno" hacia el derecho penal del enemigo?", *Revista Penal Mexico*, 5/2014.

- Palacios Valencia Y., "Existencia del derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional", *Revista Latinoamericana de Derechos humanos*, vol. 21(2), 19/2010.
- Соковић С., "Савремене глобалне тенденције у контроли криминалитета", *Crimen*, 2/2011.
- Стојановић З., *Критеријуми одређивања инкриминација – уопште и у сфери сексуалних односа*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, Београд, 1981.
- Стојановић З., *Кривично право – општи део*, Правна књига, Београд, 2013.
- Стојановић З., *Међународно кривично право*, Правна књига, Београд, 2016.
- Стојановић З., *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2021.
- Стојановић З., Коларић Д., "Савремене тенденције у науци кривичног права и кривично законодавство Србије", *Српска политичка мисао*, 3/2015.
- Higgins R., "The General International Law of Terrorism", *Terrorism and International Law* (eds. R. Higgins, M. Flory), London and New York, 2002.
- Chomsky N., *Svetски poredak – stari i novi* (prevod: N. Siljanović), Таčke oslonca, Београд, 1996.
- Chomsky N., *The Culture of terrorism*, Boston, 1988.
- Young R., "Defining Terrorism: The evolution of Terrorism as a Legal concept in International Law and its influence on definitions in Domestic Legislation", *Boston College International and Comparative Law Review*, 29/2006.
- Шкулић М., "Тероризам и терористичке организације", *Тероризам и људске слободе* (ур. С. Ного), Тара, 2010.
- Шкулић М., "(Не)могућност непосредне примене међународног кривичног права у Србији", *Релевантна питања примене међународног кривичног права у националном праву* (ур. С. Ного), Тара, 2012.
- Шкулић М., *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020.
- Шкулић М., "Један поглед на појам и структуру међународног кривичног права", *Међународно јавно и кривично право у XXI веку*, Тара, 2020.

* * *

Irena Čučilović*

PUNISHABILITY OF PREPARATORY ACTS FOR CRIMINAL OFFENSES OF TERRORISM

Summary

More than in any other institute of criminal law, in the preparatory actions we can find the conflict between two legitimate values of modern society, freedom and security. The conflict of these values is embodied in the antagonism of two legitimate demands that are placed before the criminal law. On the one hand, we have a request to protect society from criminality, and on the other hand, there is a request that the criminal law minimally intrudes into the domain of human rights and basic freedoms. In the last decades, in that conflict the demand to protect the society from crime prevailed, that is, priority was given to the security at the expense of freedom. The question that arises in this regard is to what extent criminal law expansionism is suitable for effective suppression of terrorism, and whether the expansion of the criminal zone to the stage of preparation of a criminal offence is on the line of the advancement of criminal law and its adaptation to the new circumstances, or we are on the way of fading the criminal law which we know.

Key words: globalization, preventive criminal law, terrorism, preparatory actions.

* Attorney, irena@advokatskitim.rs.

Аднан Баћићанин*

УТИЦАЈ ИСТАНБУЛСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ НА МАТЕРИЈАЛНО КРИВИЧНО ЗАКОНОДАВСТВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт: У овом раду је након уопштених напомена о Истанбулској конвенцији, дат сажет приказ кривичних дела које су под утицајем ове конвенције уведена у кривично законодавство Републике Србије. Такође, поред тога, указано је и на одређене неиспуњене обавезе из конвенције, са посебним акцентом *de lege ferenda* на даље правце усаглашавања материјалног кривичног законодавства Републике Србије са Истанбулском конвенцијом.

Кључне речи: Истанбулска конвенција, сакаћење, прогањање, сексуално узнемиравање, принуда,

1. УВОД

Препознајући да насиље над женама и уопште насиље у породици представља један озбиљан транснационални проблем чијем се решавању треба посветити на системски и темељит начин, државе чланице Савета Европе и друге потписнице су у мају 2011. године донеле Конвенцију о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици. Република Србија је, као једна од земаља чланица Савета Европе 2012. године, међу првима потписала, а затим 2013. године ратификовала ову конвенцију, након чега је кренула са припремама усаглашавања свог законодавства са обавезама из конвенције.

У том циљу Република Србија је предузела бројне кораке ради имплементације преузетих обавеза и то вршећи одговарајуће измене које се односе на процесно кривично право и заштитне мере, а посебно и измене које се односе на материјално право. Међутим, међу стручном јавношћу се поставило питање да ли су предузете све законодавне, односно друге мере, на које нас је обавезала конвенција или је остало још неиспуњених обавеза ради усаглашавања са овом конвенцијом.

Предмет овог рада је управо анализа кривичних дела која су под утицајем Конвенције о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици уведена у наше кривично законодавство, са кратким освртом, уопштено, о целисходности и криминално-политичкој оправданости њиховог инкриминисања. Такође, у посебном делу рада је указано на чињеницу да нису предузете све обавезе у области материјалног кривичног законодавства и у том смислу су дате и одређене смернице за испуњавање тих преузетих обавеза а ради потпуне имплементације конвенције.

* Јавни тужилац у Вишем јавном тужилаштву у Новом Пазару, adnan.bacicanin@yahoo.com

2. ПРЕТХОДНЕ НАПОМЕНЕ О ИСТАНБУЛСКОЈ КОНВЕНЦИЈИ

Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (у даљем тексту Истанбулска конвенција) представља први европски регионални правно обавезујући инструмент који се односи на проблематику насиља над женама и насиља у породици.¹ Не улазећи овом приликом у саме мотиве рада на овој конвенцији и детаљније у историјат њеног доношења, то је ипак неопходно поменути следеће. Државе чланице Савета Европе су рад на припреми текста конвенције започеле још 2008. године, и то претходно покретањем опште кампање за сузбијање насиља над женама и насиља у породици, што је затим резултирало доношењем низа резолуција о различитим облицима родно условљеног насиља. Обзиром да су се већ тада међу државама чланицама појавиле бројне несугласице у вези усклађивања правних стандарда који се односе на заштиту жртава, то се појавила пре свега потреба за усаглашавање тих општих стандарда. У том циљу одбор министара Савета Европе је именовано чланице Одбора за спречавање и борбу против насиља над женама и насиља у породици (CAHVIO). Задатак овог одбора је био да сачини један релевантан правни оквир са претежним циљем заштите жена од родно условљеног насиља, али такође и заштите од насиља у породици. Иако је овај одбор у свом називу садржао не само борбу против насиља над женама, већ и борбу за спречавање насиља у породици, приликом израде самог назива конвенције није било потпуног консензуса. Наиме, већина је у почетку заговарала да ова конвенција треба искључиво да се бави заштитом од насиља над женама, да би ипак на крају превладало схватање да њоме треба да се покрије и уопште заштита од насиља у породици.² Након усаглашавања текста, Истанбулска конвенција је донета 11. маја 2011. године у Истанбулу, када је званично отворена за даље потписивање, а на правну снагу је ступила 01. августа 2014. године. Република Србије је као чланица Савета Европе, али и као једна од првих земаља потписница Истанбулске конвенције, исту ратификовала у октобру 2013. године доношењем Закона о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици.³

Анализирајући Истанбулску конвенцију може се установити да она почива на четири стуба и то на превенцији, заштити, процесуирању и координисаним политикама.⁴ Превенција се огледа у обавези држава потписница у предузимању мера да се пре свега кроз средства јавног информисања подигне свест о поштовању родних улога и родној равноправности и свест о различитим облицима насиља, али такође и да државе потписнице преузму обавезе у едукацији не само стручних служби у подизању те свести, већ и ресоцијализацији самих

¹ У јавности је прихваћено схватање да Истанбулска конвенција представља први регионални правно обавезујући инструмент који се бави проблематиком насиља над женама и насиља у породици, међутим, неопходно је напоменути да су се и пре тога регионалне организације у Америци и Африци бавиле овом проблематиком. Наиме, најстаријим регионалним документом у овој области сматра се Интерамеричка конвенција у спречавању, кажњавању и искорењивању насиља над женама (Конвенција из Белема у Парау) из 1994. године, док се другим најстаријим регионалним документом сматра Протокол о правима жена у Африци уз Афричку повељу о правима човека и народа (Мапуто протокол) из 2005. године.

² Одбор за спречавање и борбу против насиља над женама и насиља у породици (*Ad Hoc Committee for preventing and combating violence against women and domestic violence*) се у свом раду састајао девет пута и коначно у децембру месецу 2010. године је завршио нацрт текста који је касније усвојен као Истанбулска конвенција, <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/cahvio>, преузето дана 04.04.2023. године

³ Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, број 12/13

⁴ Више о томе у "Four Ps: protection, prevention, prosecution and partnership", <https://ctcwcs.files.wordpress.com/2016/07/four-ps.pdf>, преузето дана 04. 04. 2023. године.

починилаца ради спречавања поновљеног насилног понашања. Заштита подразумева обавезу држава да посебну пажњу посвете заштити жртава и сведока, и то како кроз упознавање са њиховим правима, имплементацију тих права у виду изградње сигурних кућа, охрабривању да пријаве свако насиље, али и спровођењу хитних мера заштите којима се дају посебна овлашћења полицији ради привременог уклањања извршиоца насиља из породице. Процесуирање се огледа у обавези држава потписница да су пре свега дужне да у своје законодавство инкриминишу све видове насиља над женама и насиља у породици, да се за та кривична дела пропишу адекватне кривичне санкције, са циљем да утичу не само на специјалну већ и генералну превенцију, али такође и да се предузму све мере како би поступци били ефикасни и делотворни. И на крају, као последњи стуб на којем почива конвенција, то представља обавезу државе да установи квалитетан вид сарадње координисаних политика између различитих инсититуција, и то пре свега између судова, јавних тужилаштва, полиције, локалних и регионалних органа власти али и невладиног сектора, све у циљу спречавања и снажније борбе против насиља над женама и насиља у породици.

Што се тиче структуре Истанбулске конвенције, не улазећи у детаље, треба напоменути да је конвенција подељена на 12 поглавља, те да се прва поглавља односе на циљеве, дефиниције и опште обавезе потписница, превенцију и заштиту, централни део се односи на материјално кривично право, процедурално право, заштитне мере, истрагу и судски поступак, док се завршна поглавља односе на механизам и поступак праћења спровођења конвенције у државама потписницама.

Као што је већ наведено Република Србија је преузела на себе обавезу да усклади своје законодавство са Истанбулском конвенцијом, те је у том смеру у претходних десет година предузет читав низ корака. У редовима који следе се нећемо детаљно бавити свим обавезама из конвенције, већ ћемо само укратко указати на поједине измене које се односе на процесно кривично право и заштитне мере, док ће у посебним одељцима бити више речи о испуњеним и неиспуњеним обавезама из материјалног права.

Што се тиче измена у процесном законодавству, ту ћемо овом приликом само напоменути да је Република Србија на темељу Истанбулске конвенције 2016. године донела Закон о спречавању насиља у породици.⁵ Циљ доношења овог закона је био да се у правни систем Републике Србије регулишу хитне мере за поступање у случајевима насиља у породици, и то како са аспекта посебног поступања полиције, тужилаштва, судова и центара за социјални рад, то свакако и да се са тим законом регулишу међусобне координисане обавезе тих институција. Најкраће дефинисано, овај закон је донет како би био у функцији спречавања насиља у породици, заштите жртава насиља у породици и на крају подршке жртвама претрпљеног насиља.⁶

3. КРИВИЧНА ДЕЛА ИЗ КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА КОЈА СУ УВЕДЕНА ПОД УТИЦАЈЕМ ИСТАНБУЛСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ

У циљу усклађивања кривичног законодавства Републике Србије са преузетим обавезама из Истанбулске конвенције, донет је Закон о изменама и допунама Кривичног

⁵ Закон о спречавању насиља у породици, *Службени гласник Републике Србије*, број 94/16.

⁶ Д. Коларић, С. Марковић, "Анализа досадашње примене закона о спречавању насиља у породици", *Анали Правног факултета у Београд, тромесечни часопис за правне и друштвене науке*, 2022, 194.

законика из 2016. године.⁷ Наведеним изменама Кривични законик⁸ је постао "богатији" за четири нова кривична дела, која ће бити предмет анализе у даљим редовима и то редом по систематици у самом законнику.

3.1. Сакаћење женског полног органа из члана 121а. Кривичног законика

Правни основ инкриминације кривичног дела Сакаћење женског полног органа из члана 121а. Кривичног законика проистиче из члана 38. Истанбулске конвенције који је насловљен као Генитално сакаћење жена. Наведеним чланом је прописано да ће чланице преузети законодавне или друге мере како би обезбедили да се у кривично законодавство инкриминишу намерни видови понашања у виду обрезивања, инфибулације, али и било каквих других сакаћења целих, односно било ког дела женских малих и великих усмина и клиториса, да се такође инкриминишу и принуда и навођење жена да се подвргну некој од тих радњи као и само подстицање на принуду, односно навођење на неку од тих радњи. Дакле, из саме ове одредбе произилази да се ради о неким појавама које нису баш честе у земљама Европе, већ да пре свега представљају одређене друштвене и културне обичаје појединих земаља Африке и Азије. Иако се на први поглед поставља питање целисходности инкриминације ове друштвене појаве у Европи, па самим тим и у Републици Србији, то оправдање ипак треба тражити у све већим миграцијама становништва из земаља Африке и Азије ка земљама Европе и чињеници да ова појава представља све већи транснационални проблем.

Чланом 121.а Кривичног законика је прописано кривично дело Сакаћење женског полног органа, и оно инкриминише један основни облик (став 1.), два привилегована облика (став 2. и 3.) и један квалификовани облик (став 4.)

Радња извршења основног облика овог кривичног дела јесте сакаћење спољних делова женског полног органа. Да бисмо разумели сам појам радње сакаћења, то је неопходно истаћи да те радње треба тумачити на начин како их је дефинисала Светска здравствена организација – СЗО (World Health Organization – WHO). Наиме, СЗО разликује четири типа гениталног сакаћења жена: *Први тип* подразумева делимично или потпуно уклањање главића клиториса или набора коже који окружује главић клиториса. *Други тип* укључује делимично или потпуно уклањање гланса клиториса и малих усмина (унутрашњи набори коже вулве), са или без уклањања великих усмина (спољни набори коже вулве). *Трећи тип* је најозбиљнији и познат као инфибулација, што подразумева сужавање вагиналног отвора кроз стварање печата који покрива. Печат се формира резањем и репозиционирањем малих усмина или великих усмина, понекад шивењем, са или без уклањања препуција клиториса/капуљаче и главића клиториса. На крају, *четврти тип* укључује све друге штетне процедуре за женске гениталије у немедицинске сврхе, као што су убадање, пирсинг, урезивање, стругање и каутеризацију (сагоревање) гениталног подручја.⁹ За основни облик овог кривичног дела је прописана казна затвора у трајању од једне до осам година. Може се извршити само са умишљањем, а као извршилац се може појавити било које лице, док пасивни субјект, односно оштећени може бити искључиво женско лице.

⁷ Закон о измена и допунама Кривичног законика, *Службени гласник Републике Србије*, број 94/16.

⁸ Кривични законик, *Службени гласник Републике Србије*, број 85/05, 88/05, испр.107/05, испр.72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16, 35/19.

⁹ Преузето са сајта Светске здравствене организације дана 15.04.2023. године <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation>.

Привилеговани облик овог кривичног дела који је прописан у ставу 2. подразумева да је сакаћење спољних делова женског полног органа учињено под нарочито олакшавајућим околностима. У стручној литератури се поставља као спорно питање шта се у том погледу подразумева под "нарочито олакшавајућим околностима". Наиме, док неки аутори сматрају да постојање ове одредбе нема никаквог значаја јер се исти ефекат могао постићи применом одредаба о ублажавању казне уколико би суд утврдио постојање таквих олакшавајућих околности, други сматрају да овај облик није ни предвиђен Истанбулском конвенцијом, то су неки мишљења да је посебно тешко утврдити свест учиниоца о постојању ових околности, јер би у супротном постојао основни облик овог кривичног дела.¹⁰ У сваком случају, под нарочито олакшавајућим околностима се евентуално могу подвести престанак пунолетног оштећеног уз постојање још једне такве околности, обзиром да се захтевају најмање две нарочито олакшавајуће околности.¹¹ За овај облик кривичног дела је прописана казна затвора у трајању од три месеца до три године.

Други привилеговани облик овог кривичног дела, који је прописан у ставу 3., прописује радње навођења женског лица да се подвргне сакаћењу спољних делова женског полног органа. Ове радње се огледају у навођењу, односно подстрекавању или помагању женском лицу да се подвргне тој радњи. Треба дакле разликовати радње подстрекавања или помагања извршиоцу у извршењу радњи, од подстрекавања или помагања пасивном субјекту, јер се код првог случаја ради о кривичном делу из става 1. у форми саучесништва, а у другом случају о привилегованом облику из става 3. Криминалнополитичко оправдање инкриминисања радње навођења огледа се управо у томе јер су по правилу лица која помажу и наводе женска лица, а посебно малолетна, уједно и главни иницијатори да се та лица подвргну овој интервенцији.¹² За овај облик кривичног дела је прописана казна затвора у трајању од шест месеци до пет година.

Као што смо рекли, ово кривично дело има и један квалификовани облик. Наиме, чланом 121.а у ставу 4. је прописано да уколико услед сакаћења спољних делова женског полног органа наступи смрт женског лица то ће се учинилац казнити казном затвора у трајању од две до дванаест година. Дакле, неопходно је да постоји узрочно последична веза између сакаћења полног органа, односно, евентуално проистекле компликације настале због тога и смрти тог женског лица. У сваком случају, у односу на радње сакаћења мора постојати умишљај, а у односу на смртну последицу мора постојати нехат.

На крају, што се тиче овог кривичног дела, и поред неспорне жеље Републике Србије да испуни своје обавезе из Истанбулске конвенције, то се да приметити исправно тумачење да инкриминацијом овог кривичног дела на овај начин није извршена потпуна усклађеност са конвенцијом. Наиме, ту се посебно истиче да није инкриминисана радња принуђавања женског лица да се подвргне сакаћењу женског полног органа, нити су посебно инкриминисане радње предузете према девојчицама. Овај "пропуст" се може пренебегнути тако што се радња принуђавања може најпре на неки начин подвести под радњом навођења, а затим ће се због "јачег интензитета" од обичног навођења, сматрати отежавајућом околношћу код одмеравања казне. Док се изостављање посебне инкриминације радњи

¹⁰ Више о томе у: Е. Ђорјевић, "Кривично дело сакаћења женског полног органа из чл.121а Кривичног законика Србије", *Научне публикације државног универзитета у Новом Пазару*, Серија Б, Волумен 1, 2018, 7.

¹¹ З.Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, ЈП Службени гласник, Београд, 2021, 483,

¹² *Ibidem*.

сакаћења према девојчицама, односно женским малолетним лицима, до евентуалног увођења тежег облика овог кривичног дела, може пренебегнути тако што ће се у тим ситуацијама та чињеница такође сматрати отежавајућом околношћу код одмеравања казне.¹³

3.2. Прогањање из члана 138а Кривичног законика

За разлику од кривичног дела Сакаћење женског полног органа из чл.121а Кривичног законика где смо рекли да су у стручној јавности постојала подељена мишљења о криминалополитичкој оправданости увођења тог кривичног дела у наше кривично законодавство, то се за кривично дело Прогањање из члана 138а Кривичног законика никако не може рећи. Наиме, ради се о понашању које озбиљно може да угрози психички интегритет жртве, а уперено је против основних слобода и права човека, тако да је општа аргументација за инкриминацијом тог понашања проистицала из заштите основних слобода и права човека, чак и да није била везана обавезама чланом 34. Истанбулске конвенције. У сваком случају, чланом 34. Истанбулске конвенције, као непосредним поводом за инкриминацију тог понашања, је прописано да ће чланице предузети неопходне законодавне односно друге мере како би обезбедиле да намерно понашање понављањем претњи упућених другом лицу, које узрокују да се она, односно он плаши за своју безбедност, буде инкриминисано.

Кривично дело Прогањање из члана 138а Кривичног законика има један основни облик (став 1.) и два квалификована облика (став 2. и 3.).

Основни облик кривичног дела обухвата пет различитих радњи извршења и оне се састоје у томе да извршилац у току одређеног временског периода упорно: 1) друго лице неовлашћено прати или предузима друге радње у циљу физичког приближавања том лицу противно његовој вољи; 2) противно вољи другог лица настоји да са њим успостави контакт непосредно, преко трећег лица или путем средстава комуникације; 3) злоупотребава податке о личности другог лица или њему блиског лица ради наручивања робе и услуга; 4) прети нападом на живот, тело или слободу другог лица или њему блиског лица; 5) предузима друге сличне радње на начин који може осетно да угрози лични живот лица према коме се радње предузимају.

Радње извршења кривичног дела су постављене алтернативно и морају бити предузете у току одређеног временског периода и упорно. Дакле, да би постојала радња извршења овог кривичног дела неопходно је да постоји понављање одређених радњи, тако да се искључује могућност постојања овог кривичног дела ако је радња предузета само једнократно.¹⁴ Оно што се у пракси јавља као спорно, то је шта се подразумева под тим одређеним временским периодом. У сваком случају, сматра се да то морају бити дани или месеци, што зависи од конкретних предузетих радњи. Постоје мишљења да изузетно, и понављање одређених радњи у току неколико сати (узнемиравање телефоном), такође се може сматрати радњом извршења овог кривичног дела.¹⁵ У прилог томе да је неопходно понављање одређених радњи иде и чињеница да је Истанбулска конвенција у члану 34. ово дело насловило као "stalking",

¹³ Е. Ћоровић, *op. cit.* 11.

¹⁴ Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Кзз.бр.70/19 од 06. 02. 2019. године, утврђена на седници Кривичног одељења од 02.12.2019.године, *Билтен Врховног касационог суда*, број 4/2019, преузето дана 25.04.2023.године са <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/57247>, Интермекс, Београд.

¹⁵ З. Стојановић, *op. cit.*, 526,

што се са енглеског језика може превести као ухођење.¹⁶ Осим понављања одређених радњи, Закон о изменама и допунама Кривичног законика из 2019. године је као додатни услов за постојање овог кривичног дела увео и упорност у извршавању тих радњи. Оно што је потребно нагласити то је да та упорност не мора да се односи на исту радњу, већ може да буде манифестована кроз предузимање више различитих алтернативно прописаних радњи, а све ради остваривања одређеног циља.

Анализирајући таксативно наведене радње овог кривичног дела јавља се дилема да ли ово кривично дело треба дефинисати као делатносно или као последично кривично дело. Наиме, обзиром да радње прописане у тач. 1. до тач. 4. не захтевају наступање последице, а да радња прописана у тач. 5. прописује последицу, то можемо закључити да је законодавац за ово кривично дело изабрао мешовит приступ. За разлику од радњи из тач. 1. до тач. 4. где предузимање неке од тих радњи истовремено значи и постојање довршеног кривичног дела, то је у тач. 5. неопходно да постоји тзв. "апстрактно конкретна опасност", односно, да постоји могућност да те радње могу осетно да угрозе лични живот лица према коме се предузимају.

Кривично дело се може извршити само са умишљајем. Обзиром на саму природу кривичног дела где се захтева понављање и упорно предузимање одређених радњи, на који начин се указује на један субјективан однос високог интензитета усмерен ка одређеном циљу, то свакако не би смела да постоји дилема да се ово кривично дело може извршити само са директним умишљајем.¹⁷

За основни облик овог кривичног дела је прописана новчана казна или затвор до три године.

Као што смо рекли, ово кривично дело поред основног има и два квалификована облика. Први квалификован облик овог кривичног дела је прописан ставом 2. и за последицу захтева да је делом из основног облика изазвана опасност по живот, здравље или тело лица према коме је дело извршено или њему блиског лица, и за њега је прописана казна затвора у трајању од три месеца до пет година. Други квалификовани облик је прописан ставом 3. и за последицу изискује да је делом из основног облика наступила смрт другог лица или њему блиског лица, па је за овај облик забрањена и тежа казна, односно казна затвора у трајању од једне до десет година. Код оба квалификована облика се захтева постојање теже последице и у односу ту последицу треба да постоји нехат.

На крају, иако радња кривичног дела Прогањање из члана 138а став 1. тач. 4. Кривичног законика има одређених сличности са кривичним делом Угрожавање сигурности из члана 138. Кривичног законика, овом приликом укратко треба указати на кључне разлике. Док се код кривичног дела прогањање радња треба понављати и то упорно, код кривичног дела угрожавање сигурности дело може постојати и ако се изврши једним актом. Код кривичног дела прогањање претити се може и нападом на слободу, док код кривичног дела угрожавање сигурности "само" на живот и тело. Такође, као што смо

¹⁶ Појам "stalking" се првобитно користио за означавање појединих радњи у лову на животиње, у смислу прикрадања, шуњања и гоњења, да би се нешто касније овај појам почео употребљавати за одређено понашање према људима, више о томе у: Д. Миладиновић-Стефановић, "Прилог расправи о криминализацији прогањања", *Зборник радова правног факултета у Нишу*, 72/2016 143–144.

¹⁷ Н. В. Пауновић, "Кривичноправни аспекти прогањања – упоредноправна анализа и могући правци de lege ferenda измена", *Страни правни живот*, 1/2019, 35.

рекли, кривично дело из члана 138а став 1. тач.4. Кривичног законика не захтева постојање последице, док се код кривичног дела из члана 138 Кривичног законика последица захтева у виду субјективног осећаја угрожености.

3.3. Полно узнемиравање из члана 182а Кривичног законика

Истанбулска конвенција је између осталог поставила обавезу државама потписницама да пружи правну заштиту лицима која трпе одређено сексуално узнемиравање. Наиме, чланом 40. Истанбулске конвенције је прописано да ће чланице предузети све законодавне односно неке друге мере како би обезбедиле да сваки облик нежељеног вербалног, невербалног односно физичког понашања сексуалне природе у сврху, односно уз исход повреде достојанства особе, посебно када се ствара застрашујућа, непријатељска, деградирајућа, понижавајућа односно увредљива атмосфера, буде предмет кривичне односно друге правне санкције. Иако на овај начин није наметнута обавеза да се такво понашање инкриминише искључиво као кривично дело, већ је остављена и могућност друге правне заштите, то се наш законодавац ипак одлучио за јачи вид заштите и за увођење кривичног дела Полно узнемиравање из члана 182а Кривичног законика.

Кривично дело Полно узнемиравање из члана 182а Кривичног законика има један основни (став 1.) и један квалификовани (став 2.) облик.

Радња основног облика овог кривичног дела огледа се у полном узнемиравању, с тим што у ставу 3. овог кривичног дела се даље даје појам полног узнемиравања. Под полным узнемиравањем се у смислу овог закона сматра свако вербално, невербално или физичко понашање које има за циљ или представља повреду достојанства лица у сфери полног живота, а које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење. Радња извршења може бити предузета вербално (речима), невербално или физичком радњом. Док вербалне и физичке радње није тешко разумети, јавља се спорним шта се има сматрати невербалном радњом, пре свега која је разлика између невербалне радње и физичке радње. Разлику у односу на физичко понашање би требало тражити у томе што код физичке радње извршилац радње предузима на телу пасивног субјекта, док у случају невербалне радње, извршилац радње предузима уз одсуство непосредног контакта са пасивним субјектом (нпр. конклюдентним радњама).¹⁸ За радњу извршења овог кривичног дела је употребљен глагол "ко полно узнемирава", што значи да се ради о трајном глаголу који подразумева да се радња може извршити једном или више пута. Увек ће се радити о једном кривичном делу, с тим што ће број извршених радњи свакако утицати на одмеравање казне.

Ради се о последичном кривичном делу, тако да је за постојање овог кривичног дела неопходно да наступи одговарајућа последица. Последица је управо и унета у појам полног узнемиравања, па тако, тек уколико неко предузме све горе наведене радње које доведу до повреде достојанства лица у сфери полног живота, а које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво понашање, или евентуално све те радње буду предузете ради остваривања тог циља, то се тада има сматрати да је наступила последица кривичног дела. Уколико не дође до последице, то ће због запрећене казне остати некажњив покушај.

¹⁸ И. Ђокић, "Криминалополитичка оправданост инкриминисања полног узнемиравања у Републици Србији", *Crimen*, 3/2017, 552.

Ово кривично дело се може извршити само са умишљајем, односно извршилац мора бити свестан тога да предузима радњу полног узнемиравања и то хоће (директни умишљај), односно да пристаје на то (евентуални умишљај). Иако на први поглед то изгледа сасвим јасно, ипак у пракси треба очекивати бројне проблеме. Ту пре свега због чињенице да су набројане радње извршења кривичног дела нејасне и непрецизне и због тога ће у пракси бити јако тешко доказивати постојање умишљаја.

За основни облик овог кривичног дела је прописана новчана казна или казна затвора у трајању до шест месеци.

Због чињенице да се наведеним кривичним делом превасходно штити интерес пасивног субјекта, то је у ставу 4. прописано да се основни облик овог кривичног дела гони по предлогу. Оправдање овог решења треба пре свега тражити у чињеници да је пасивни субјекат управо адресат који има право одлучивања о даљем току поступка, што због чињенице да се лично не мора увек сматрати оштећеним радњама које су наведене као радње извршења кривичног дела, што због евентуално неких других разлога због којих сматра да није неопходно вођење поступка.

Квалификовани облик кривичног дела (став 2.) подразумева да се наведене радње полног узнемиравања врше према малолетном лицу. Дакле, осим чињенице да код извршиоца овог облика кривичног дела треба постојати умишљај да се предузимају радње полног узнемиравања, то треба постојати и умишљај да се радње предузимају према лицу које није навршило осамнаест година. За квалификовани облик овог кривичног дела је прописана казна затвора у трајању од три месеца до три године.

На крају потребно је истаћи да се овако нејасно и прешироко одређене радње извршења овог кривичног дела неретко преклапају са неким другим кривичним делима. Ту се пре свега мисли на радње вербалног полног узнемиравања које се у битноме могу преклопити са радњама кривичног дела Увреде из члана 170. Кривичног законика. Но, разлику ипак треба тражити у чињеници да се код кривичног дела Полно узнемиравање из члана 182а Кривичног законика повреда достојанства треба односити на сферу полног живота. Такође, у пракси се може појавити спорним и разграничење радњи физичког полног узнемиравања са радњама извршења кривичног дела Недозвољене полне радње из члана 182. Кривичног законика. Но, у тим случајевима разлику треба тражити у томе што је за постојање кривичног дела Недозвољене полне радње из члана 182. Кривичног законика неопходно да су предузете употребом принуде, искоришћавањем стања немоћи пасивног субјекта или злоупотребом положаја, док за постојање кривичног дела Полно узнемиравање из члана 182а Кривичног законика постојање тих ситуација није прописано.

3.4. Принудни брак из члана 187а Кривичног законика

Анализирајући историјат нашег кривичног законодавства увиђа се да су кроз нашу историју у више наврата биле инкримисане радње које су водиле закључивању принудног брака. Међутим, припремањем сада важећег Кривичног законика вероватно се сматрало да ове појаве више нема и да самим тим нема потребе ни за њеном инкриминацијом, па ово кривично дело није нашло место у изворном тексту важећег Кривичног законика, све до измена које су наступиле управо због имплементације Истанбулске конвенције. Чланом 38. конвенције је прописано да су стране у обавези да предузму законодавне или друге мере и обезбеде да присиљавање одраслог лица или детета да ступи у

брак буде инкриминисано. Поред тога, обавеза чланица је и да се инкриминишу и радње намамљивања одраслог лица, односно детета на територију друге државе са циљем да принуде то лице да ступи у брак.

Кривично дело Принудни брак из члана 187а Кривичног законика је систематизовано у групу кривичних дела против брака и породице, па се самим тим закључује да се овим кривичним дело, штити брак као законом уређена заједница између жене и мушкарца.

Ово кривично дело има један основни (став 1.) и један привилеговани облика (став 2.)

Основни облик кривичног дела обухвата радње принуђивања неког лица на закључивање брака. Средства којима се врши та принуда јесу сила и претња. Појмове силе и претње треба схватити на начин како се они иначе схватају у кривичном праву. У том погледу, ради се о радњама које су уперене према одређеном циљу, тачније на вољу одређеног лица, а у конкретном случају, радњама које су уперене на вољу пасивног субјекта с циљем његовог принуђивања на закључење брака. Обзиром да у том случају одлуку о закључењу брака пасивни субјекат не доноси слободно и самостално, већ под принудом, то је стога неоподно да између принуде и закључења брака треба да постоји узрочно последична веза.¹⁹ Сила као облик принуде се може манифестовати у облику апсолутне и компулзивне силе. Најчешће се остварује путем одређене физичке снаге, но под силом се, сходно члану 112. ст. 12. Кривичног законика, може сматрати и примена хипнозе или омамљујућих средстава, са циљем да се неко против своје воље доведе у несвесно стање или онеспособи за отпор. С друге стране, претња представља стављање у изглед одређеног зла лицу којем се прети, а да при томе остварење тог зла на било који начин зависи од воље лица које прети. Претња мора да буде озбиљна, а за процену озбиљности релевантан је утисак пасивног субјекта.²⁰

Кривично дело је довршено чином закључења брака, тако да уколико након принуде не би дошло до закључења брака, обзиром на запрећену казну за ово кривично дело, постојао би само некажњив покушај, или евентуално неко друго кривично дело.²¹ Ово кривично дело може бити извршено само са умишљајем, а може га извршити било које лице. Пасивни субјект овог кривичног дела такође може бити било које лице, и то по правилу пунолетно лице. Иако постоји могућност и да малолетно лице, односно лице са навршених 16 година живота, уз дозволу суда закључи брак, то се управо због посебне процедуре добијања те дозволе смањује могућност да то лице буде принуђено на закључење тог брака. Но, не треба потпуно искључити такву могућност, јер та принуда може бити такве природе да утиче не само на изјаву за закључење брака, већ и претходно на давање изјаве у поступку добијања те дозволе од суда.

За основни облик овог кривичног дела је прописана казна затвора у трајању од три месеца до три године.

Привилеговани облик овог кривичног дела на неки начин инкриминише одређене припремне радње за извршење основног облика кривичног дела. Радња се огледа у

¹⁹ Е. Ћоровић, А. Ћоровић, "Кривично дело принудног закључења брака из чл. 187а Кривичног законика Републике Србије", *Годишњак Факултета за безбедност*, 2018, 331.

²⁰ *Ibid.*, 332.

²¹ Више о томе у: Е. Ћоровић, А. Ћоровић, *op. cit.*, 333.

одвођењу другог лица у иностранство или навођењу да оде у иностранство, а све са циљем да се то лице које је одведено или наведено да оде у иностранство принуди да закључи брак. Да би постајао овај облик кривичног дела то је неопходно да пасивни субјект буде одведен, односно наведен да оде у иностранство ради принудног закључења брака. Радња одвођења се огледа у томе да извршилац транспортује пасивног субјекта у иностранство ради принудног закључења брака, док се радња навођења огледа у томе да пасивни субјекат сам одлази у иностранство ради принудног закључења брака, али се наводи од стране извршиоца. Дакле, у другом случају се ради о одређеној врсти подстрекавања која у конкретном случају представља радњу извршења кривичног дела. Утврђивање постојања радње одвођења по природи не би требало да представља неки посебан проблем у пракси, док се код радње навођења могу појавити одређени проблеми. У сваком случају, под том радњом се има сматрати свака делатност подобна да се код другог створи или учврсти одлука да оде у иностранство ради принудног закључења брака. То се може остварити на различите начине као што су на пример убеђивање, представљање или нуђење какве користи, довођењем у заблуду, одржавањем у заблуди и слично.²² Привилеговани облик овог кривичног дела се не може извршити путем принуде, јер уколико би неко путем принуде другог одвео, односно навео да оде у иностранство ради принудног закључења брака, то не би постојало ово кривично дело, већ кривично дело Отмица из члана 134. Кривичног законика.

Кривично дело се сматра свршеним самим одвођењем у иностранство ради принудног закључења брака, или навођењем одласка у иностранство ради принудног закључења брака. Дакле, ни код прве ни код друге радње није неопходно да на крају дође до принуде нити до закључења брака.²³

И овај облик кривичног дела се може извршити само са умишљајем, а прописана је казна затвора у трајању до две године.

4. ДАЉИ ПРАВЦИ МОГУЋЕГ УСАГЛАШАВАЊА СА ИСТАНБУЛСКОМ КОНВЕНЦИЈОМ

У претходним редовима смо дали сажет приказ кривичних дела која су под утицајем Истанбулске конвенције уведена у наше кривично законодавство. Међутим, у стручној јавности се појавило спорним да ли је наведеним инкриминацијама у потпуности имплементисана Истанбулска конвенција у наше материјално законодавство, или је евентуално остало "још простора" за новим изменама. Ту се пре свега мисли на члан 36 Истанбулске конвенције који у преводу на српски језик носи назив "Сексуално насиље, укључујући силовање". Наведеним чланом се чланице обавезују да ће предузети све неопходне законодавне односно друге мере како би се обезбедиле да следећи видови намерног понашања буду инкриминисани: а) вагинална, анална или орална пенетрација сексуалне природе на телу другог лица без њеног/његовог пристанка, коришћењем било ког дела тела односно предмета; б) друге сексуалне радње са лицем без њеног/његовог пристанка; в) навођење другог лица на покушај сексуалних радњи са трећим лицем без њеног/његовог пристанка. Дакле, сваки од три случаја се односи на поједине сексуалне

²² Д. Миладиновић Стефановић, "Кривично дело принудног закључења брака у праву Србије – Између правне традиције и нових правних изазова", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2020, 302.

²³ З. Стојановић, *op. cit.*, 637.

радње са лицем без њеног, односно његовог пристанка. Да бисмо боље разумели описане радње, али и разлике између ових радњи и радњи које су инкриминисане постојећим кривичним делима, то је неопходно у кратким цртама указати на законско решење кривичног дела Силовање из члана 178. Кривичног законика.

Радња извршења кривичног дела Силовање из члана 178 Кривичног законика се састоји из два акта: принуде и обљубе, односно са њом изједначеног чина. Ми се за потребе обраде ове теме нећемо бавити појмом обљубе и са њом изједначеног чина, јер се може закључити да се под њима свакако имају сматрати све оне радње које су описане у члану 26. став а) Истанбулске конвенције, тако да ће се акценат у даљем делу текста ставити на појам принуде. Сам појам принуде је на неки начин већ објашњен у опису кривичног дела Силовање из члана 178. у ставу 1. где се наводи да се принуда врши употребом силе или претњом да ће непосредно напасти на живот или тело тог или њему блиског лица. Појмове сила и претња треба тумачити онако како се они тумаче у кривичноправном смислу. Па тако сила може бити апсолутна или компулзивна, а мора бити таквог интензитета да је подобна да сломи пружени или очекивани отпор жртве.²⁴ Претња представља стављање у изглед одређеног зла лицу којем се прети или њему блиском лицу, а да при томе остварење тог зла на било који начин зависи од воље лица које прети. Претња мора да буде озбиљна, а као што смо већ рекли, за процену озбиљности релевантан је утисак пасивног субјекта. Међутим, у теорији и судској пракси се управо код утврђивања отпора јављају одређени проблеми. Наиме, док одређени део стручне јавности сматра да у случају принуде тај савладани отпор мора да буде озбиљан, чврст и сталан, то други део те јавности заступа став да отпор треба схватити флексибилније и у релативном смислу, те да се у свакој конкретној околности то треба посебно ценити. У сваком случају можемо разликовати спољашњи (физички) и унутрашњи (психички) отпор.

Оно што је неспорно и заједничко за оба ова облика принуде, то је да принуда мора да непосредно постоји вршењу обљубе или са њом изједначеног чина, тако да неће бити кривичног дела ако је принуда била примењена неком другом приликом знатно пре вршења обљубе.²⁵ Но, међутим, управо због сложености утврђивања потребног облика и интензитета принуде у судској пракси се јављају проблеми постављања прецизне границе. Наиме, неспорно је да неће бити кривичног дела силовања уколико дође до обљубе или са њом изједначеног чина без принуде. Неспорно је да ће бити силовања уколико дође до обљубе или са њом изједначеног чина уз принуду. Поставља се питање да ли ће бити кривичног дела силовања уколико дође до обљубе или са њом изједначеног над лицем без његовог пристанка или против његове воље. Тачније, да ли тај унутрашњи (психички) отпор, као елемент принуде, можемо поистоветити са непристајањем, или бар евентуално са противљењем. Према нашем мишљењу, одговор је негативан. Наиме, унутрашњи отпор је нешто више од непристајања, јер се непристајање може састојати у пасивном држању, док унутрашњи отпор подразумева ипак неке радње кроз које се исти испољава (вербално, гестовима, плачем, погледом, молбом и сл).²⁶ Дакле, тумачећи појам принуде као централног елемента бића овог сложеног кривичног дела, чак и у његовом најширем смислу, сасвим је јасно да постојећом инкриминацијом кривичног дела Сило-

²⁴ З.Стојановић, "Силовање без принуде, Усаглашавање КЗ са чланом 36 Истанбулске конвенције", *НБП Журнал за криминалистику и право*, 1/2016, 6.

²⁵ *Ibid.*, 5

²⁶ *Ibid.*, 8.

вање из члана 178 Кривичног законика нису обухваћене радње које су садржане у члану 36. Истанбулске конвенције. Стога, може се рећи да је управо интенција члана 36. Истанбулске конвенције била у томе да се неки начин покрију све оне ситуације које су резултирале обљубом или са њом изједначеним чином а где није било пристанка жртве, односно које су предузете против њене воље.

Обавезе предвиђење наведеним чланом конвенције могу се испунити на више начина. Најсложенији, а свакако и најмање прихватљив начин је уколико би се одустало од појма кривичног дела силовања онако како је то тренутно инкриминисано. Тачније, уколико би се одлучило да се принуда као централни појам постојећег кривичног дела замени непристајањем пасивног субјекта. Други начин би био да се обљуба или изједначен чин са обљубом без пристанка пасивног субјекта инкриминише као посебан (привилегован) облик постојећег кривичног дела силовања. А трећи начин да се ти сексуални акти предузети без пристанка инкриминишу као посебно кривично дело. Иако потоња два решења на први поглед изгледају готово идентична, то ипак треба направити битну разлику, обзиром да се поставља питање да ли се сам појам силовање, како постојећи кривично дело носи назив, може употребити тамо где није било силе већ је "само" било сексуалног акта без пристанка. Сматрамо да је то кључни аргумент који упућује на то да би се трећи начин ипак сматрао најприхватљивијим.

Напред наведено свакако представља мањи проблем од проблема утврђивања законских обележја бића тог новог кривичног дела. Наиме, ако нема принуде, а не би имало ни пристанка пасивног субјекта, поставља се кључно питање, шта је то омогућило вршење обљубе или са њом изједначеног чина. У том смислу би се морао предвидети велики број различитих ситуација, које би се у сваком случају на крају сводиле на унутрашњи став пасивног субјекта, односно на то да ли је на то пристао или није. Тачније, иако постулат *lex certa* као важан сегмент начела законитости налаже ближе одређивање и уношење више различитих ситуација као битних обележја кривичног дела, то је ипак у конкретном случају прихватљивије предвидети одредбу којом би се инкриминисало предузимање обљубе или са њом изједначеног чина без пристанка лица према коме се предузима, у свим оним случајевима где није било принуде (или се не ради о немоћном лицу из чл. 179 Кривичног законика).²⁷ Што се тиче казне, обзиром да за разлику од силовања код овог кривичног дела не би било принуде, то би се за то ново кривично дело свакако прописала и осетно блажа казна.

Такође, спорним се јавља и то да ли би се прописивањем нове инкриминације у законски опис кривичног дела унео појам непристајања или можда појам противљења пасивног субјекта. Иако је појам непристајања знатно шири, самим тим и тежи за доказивање од појма противљење, који је прецизнији и углавном подразумева испољавање на одређени начин, то сматрамо да би се ипак, а све ради потпуне имплементације члана 36. Истанбулске конвенције требао употребити појам без пристанка, управо онако како је то и у истом члану прописано. Оно што је интересантно, то је да је наведеним чланом прописано да се све те сексуалне радње предузимају без њеног/његовог пристанка. То значи да пасивни субјект може бити не само женско већ и мушко лице. Иако је мотив доношења конвенције био заштита жена, то оправдање овог решења треба тражити у чињеници да се такође код силовања и других кривичних дела против полних слобода у својству оштећених могу појавити не само женска већ и мушка лица.

²⁷ *Ibid.*, 16.

На крају, обзиром да је кривично дело Недозвољене полне радње из члана 182. Кривичног законика везано за кривично дело Силовање из члана 178. Кривичног законика, у смислу постојања принуде као централног елемента кривичног дела, то је неопходно напоменути да би се на идентичан начин, односно као посебно кривично дело морале инкриминисате и друге недозвољене полне радње са лицем без пристанка тог лица. На то нас обавезује чл.36 став б) Истанбулске конвенције.

5. ЗАКЉУЧАК

Говорећи о самој Истанбулској конвенцији рекли смо у општим напоменама да она почива на четири стуба, а да је један од тих стубова процесуирање, односно обавеза држава потписница да у своје законодавство инкриминишу све видове насиља над женама и насиља у породици, те да се за та кривична дела пропишу адекватне кривичне санкције. Република Србија је у претходној деценији, као једна од првих потписница ове конвенције, предузела читав низ корака у циљу усаглашавања кривичног материјалног законодавства са одредбама конвенције.

Као што смо рекли, у кривично законодавство су уведена четири нова кривична дела и без обзира на оспоравану криминално-политичку оправданост увођења неких од тих кривичних дела, то се може донети закључак да је у већем делу извршена имплементација Истанбулске конвенције која се односи на кривично материјално законодавство. Међутим, као што смо посебно истакли, опште је прихваћен став да иста није у потпуности имплементирана и да је у том правцу у годинама које следе очекивано предузимање нових корака у даљем усаглашавању.

Будући да смо најпре као потписница конвенције, а затим касније кроз законску ратификацију, на себе преузели обавезу да имплементирамо све одредбе Истанбулске конвенције, то нисмо у могућности да бирамо, већ смо самим тим у обавези да предузмемо неопходне законодавне односно друге мере како би инкриминисали све видове наведених понашања. У том смислу у овом тренутку нам није остављена било каква могућност за преиспитивање легитимности тих решења. Истина, у вези са тим, у овом тренутку, неопходно је напоменути, када је у питању члан 36 Истанбулске конвенције, већина европских држава које су такође потписнице конвенције, још увек нису своја законодавства у потпуности усагласила са тим чланом, тако да нам и то даје простора и времена да видимо на који начин ће и оне испунити преузете обавезе.

Мишљења смо да би стручна јавност у наредном периоду у циљу решавања овог проблема, односно инкриминисања радњи прописаних чланом 36 Истанбулске конвенције, морала да приђе на један темељит и обазрив начин. У овом тренутку је сасвим ирелевантно како би се звала та нова кривична дела, она свакако не би морала да утичу на измену постојећих кривичних дела, већ би евентуално могла бити инкриминисана као нова кривична дела и била би знатно лакша од кривичних дела силовања, односно недозвољених полних радњи. Сматрамо да је од тих легислативно-техничких ствари битније да се решавању овог проблема крене на време како не би дошли у ситуацију да исхитрено и без јавне расправе стручне јавности будемо приморани да донесемо решење које би ову сложено ствар у пракси учинило још компликованијом.

ЛИТЕРАТУРА:

- Бокић И., "Криминалнополитичка оправданост инкриминисања полног узнемиравања у Републици Србији", *Crimen*, 3/2017.
- Коларић Д., Марковић С, "Анализа досадашње примене закона о спречавању насиља у породици", *Анали Правног факултета у Београд, тромесечни часопис за правне и друштвене науке*, 2022.
- Миладиновић-Стефановић Д., "Прилог расправи о криминализацији прогањања", *Зборник радова правног факултета у Нишу*, 72/2016.
- Миладиновић Стефановић Д., "Кривично дело принудног закључења брака у праву Србије – Између правне традиције и нових правних изазова", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2020.
- Пауновић Н. В., "Кривичноправни аспекти прогањања – упоредноправна анализа и могући правци de lege ferenda измена", *Страни правни живот*, 1/2019.
- Стојановић З., "Силовање без принуде, Усаглашавање КЗ са чланом 36 Истанбулске конвенције", *НБП Журнал за криминалистику и право*, 1/2016.
- Стојановић З., *Коментар Кривичног законика*, ЈП Службени гласник, Београд, 2021.
- Ђоровић Е., Ђоровић А., "Кривично дело принудног закључења брака из чл.187а Кривичног законика Републике Србије", *Годишњак Факултета за безбедност*, 2018.
- Ђоровић Е., "Кривично дело сакаћења женског полног органа из чл.121а Кривичног законика Србије", *Научне публикације државног универзитета у Новом Пазару, Серија Б, Волумен 1*, 2018.

* * *

*Adnan Bačićanin**

INFLUENCE OF THE ISTANBUL CONVENTION ON THE SUBSTANTIVE CRIMINAL LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In this paper, after general notes on the Istanbul Convention, a concise description of the criminal acts that were introduced into the criminal legislation of the Republic of Serbia under the influence of this convention is given. Also, in addition, certain unfulfilled obligations from the convention were pointed out, with a special emphasis de lege ferenda on the further directions of harmonizing the substantive criminal legislation of the Republic of Serbia with the Istanbul Convention.

Keywords: Istanbul Convention, mutilation, persecution, sexual harassment, coercion.

* Public Prosecutor in the Higher Public Prosecutor's Office in Novi Pazar, adnan.bacicanin@yahoo.com

др Милана Писарић*

САЈБЕР КРИМИНАЛ И ЕЛЕКТРОНСКИ ДОКАЗИ – НОВИ МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ ИМПУЛСИ

***Апстракт:** Међународна сарадња је императив за ефикасно супротстављање транснационалној природи злоупотреба информационих технологија у сајбер простору. Иако неформалну сарадњу у кривичним стварима надлежни органи остварују кроз размену информација, примат је још увек, и биће, докле год се државе не одричу свог суверенитета, на формалним процедурама узајамне правне помоћи. Како су се и општи механизми у кривичним стварима и механизми из Конвенције Савета Европе о сајбер криминалу из 2001. показали недовољно ефикасним, у последњих неколико година појавили су се нови импулси у правцу унапређења постојећих и стварања нових видова сарадње, а ради олакшања прикупљања електронских доказа. У раду аутор разматра ове импулсе и њихове најважније елементе, почевши од процеса у Европској унији, преко Додатног протокола на Конвенцију Савета Европе о сајбер криминалу, до процеса у оквиру Уједињених нација.*

***Кључне речи:** сајбер криминал, електронски докази, међународна сарадња, прекогранични приступ рачунарима.*

1. УВОД

Пре више од две деценије у општој јавности се створило убеђење о анонимности на Интернету, јасно исказано у Декларацији о независности сајбер простора Цона Перија Барлоуа. После Сноуденових и Асанжових открића јавност је, пак, освестила свеопшти дигитални надзор који спроводе и државе и приватни сектор. Наиме, како би се супротставиле ризицима по свој ауторитет, државе су осмислиле механизме за спровођење закона и интервенисање надлежних органа и у дигиталној сфери, па су током година створени и реформисани технички и правни инструменти за решавање питања вршења власти националне државе и у сајбер простору,¹ па и вези са откривањем и прикупљањем доказа у електронском облику за потребе кривичног поступка.

Истражне радње и мере за прикупљање и очување електронских доказа изузетно су важне у све већем броју случајева – не само у погледу кривичних дела која су схваћена као сајбер криминал, него и свих других кривичних дела за која се докази налазе у електронском облику. С обзиром на свеопшту глобалну (рачунарску) умреженост, релевантни рачунарски подаци могу бити преношени путем рачунарских мрежа или похрањени у рачунарским систе-

* Асистент са докторатом, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, mpisaric@pf.uns.ac.rs.

¹ Више о томе, вид. J. Goldsmith, T. Wu, *Who controls the internet? Illusions of a borderless world*, Oxford University Press, New York, 2006.

мимо који се налазе ван територије државе чији органи прикупљају доказе за потребе кривичног поступка. Због транснационалне природе глобалне рачунарске мреже, могућности анонимизације и *lost of location* проблема,² ради ефикасног супротстављања сајбер криминалу "умрежавање" држава показало се као неопходност. Опште правило међународног јавног права је да државни орган једне државе не може на територији друге државе да врши власт, тј. да предузима радње и мере на које је овлашћен у националним оквирима. У вези са тим, пак, значајан изазов представља очување дигиталног суверенитета.³

Наиме, поставља се питање да ли и под којим околностима надлежни органи једне државе могу легално да предузимају радње изван граница сопствене земље (укључујући ситуацију да се докази чувају у "облаку"⁴), односно да директно приступе рачунарским подацима који су похрањени у рачунарским системима/мрежама у иностранству преко рачунара на територији државе, посебно у случају када постоји потреба за хитним реаговањем. И даље је одговор не, јер се државе неће одрећи свог суверенитета ни су сајбер простору.⁵ Једини могући начин да се дође до потребних рачунарских података који се налазе ван територије државе јесте коришћење механизма сарадње у кривичним стварима.⁶ У зависности од националног права, приступ таквим електронским доказима остварује се на основу билатералних и мултилатералних споразума (као што су Конвенција Савета Европе о сајбер криминалу и друге конвенције Савета Европе и Уједињених нација) или на основу других инструмената узајамне сарадње (као што је европски налог за истрагу који се примењује међу државама чланицама ЕУ⁷).

Поменути, "традиционални" механизми се према проценама Уједињених нација примењују у чак 70% случајева међународне сарадње ради сузбијања сајбер криминала.⁸ Међутим, показали су се као недовољно ефикасни за прикупљање електронских доказа.⁹ Стога су се у последњих неколико година појавили нови импулси усмерени првенствено ка унапређењу постојећих и стварању нових механизма сарадње. У овом раду приказани су процеси у оквиру Европске уније (чији би резултат могао да буде стварање правног оквира за прикупљање електронских доказа као облика сарадње у кривичним стварима између држава чланица), Савета Европе (који је резултирао Другим Додатним протоколом на Конвенцију о сајбер криминалу), и Уједињених нација (чији би резултат могао да

² Н. Abraha, "Law enforcement access to electronic evidence across borders: mapping policy approaches and emerging reform initiatives", *International Journal of Law and Information Technology*, 2/2021, 129.

³ J. Pohle, T. Thiel, "Digital sovereignty", *Internet Policy Review*, 4/2020, 3.

⁴ Више о томе, вид. А. Woods, "Against Data Exceptionalism: Jurisdictions in the Cloud", *Stanford Law Review*, 4/2016, 748.

⁵ В. Chapelle, P. Fehlinger, "Jurisdiction on the Internet: From Legal Arms Race to Transnational Cooperation", Global Commission on Internet Governance Paper Series 1, https://www.cigionline.org/static/documents/gcig_no28_web.pdf, 15. мај 2023.

⁶ Више о томе, вид. М. Pisarić, "Cross-Border Access to Data as a Way to Collect Electronic Evidence"; *Dani Arčibalda Rajsa: međunarodni naučni skup: tematski zbornik radova međunarodnog značaja* (ur. D. Kolarić), Том 3, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2016, 513–520.

⁷ E. Busser, "The Digital Unfitness of Mutual Legal Assistance", *Security and human rights*, 1/2017, 169.

⁸ United Nations Office on Drugs and Crime, Comprehensive Study on Cybercrime, наведено према: А.-М. Osula, "Mutual Legal Assistance & Other Mechanisms for Access in Extraterritorially Located Data", *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 1/2015, 50.

⁹ Н. Abraha, "Regulating law enforcement access to electronic evidence across borders: the United States approach", *Information & Communications Technology Law*, 3/2020, 327.

буде стварање универзалне конвенције о сајбер криминалу, као извора права с најширим дометом).

2. ПРОЦЕСИ У ОКВИРУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Проблем транснационалне димензије електронских доказа у ЕУ је институционално препознат 2015, када је Комисија у Европској агенди безбедности као један од циљева поставила преиспитавање препрека у кривичним истрагама о сајбер криминалу.¹⁰ Од тог тренутка је Унија започела са корацима ка стварању одговарајућег правног оквира у циљу унапређења прекограничног приступа електронским доказима. Марта 2016. истакнута је потреба брзог и ефикасног проналажења начина за обезбеђење и прикупљање електронских доказа. У саопштењу о отпорности, одвраћању и одбрани од сајбер напада из септембра 2017, Комисија је нагласила да је ефикасна истрага и кривично гоњење сајбер криминала кључно средство за одвраћање од сајбер напада те да је тренутни процедурални оквир потребно унапредити, а посебно у правцу олакшавања и убрзања прекограничне сарадње.¹¹ Европски парламент је у Резолуцији о борби против сајбер криминала октобра 2017. подвукао потребу да се пронађу средства за брже и ефикасније обезбеђење и прикупљање електронских доказе, као и важност блиске сарадње између надлежних органа држава чланица, трећих држава и пружалаца услуга који послују на територији Уније. Том приликом је Парламент позвао Комисију да осмисли правни оквир за електронске доказе.¹²

Априла 2018. Комисија је представила Предлог Уредбе о европском налогу за предавање и очување електронских доказа у кривичним стварима,¹³ као и Предлог Директиве о хармонизацији правила о одређивању правног представника и олакшавању прикупљања електронских доказа за потребе кривичног поступка.¹⁴ Ова правила имају за циљ да се омогући надлежним органима из једне државе чланице да затраже предавање или чување података директно од пружалаца услуга који је основан или има представника у другој држави чланици. Међутим, предлози и након пет година од обелодањивања још увек нису усвојени – у периоду 2018–2022 о предлогу Уредбе се пред Саветом ЕУ расправљало у 20 наврата, о предлогу Директиве у девет наврата, а последња верзија оба текста, знатно другачија у односу на верзију из априла 2018, прослеђена је јануара 2023. Одбору сталних представника Савета ЕУ.¹⁵

¹⁰ European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: The European Agenda on Security, COM (2015) 185 final, last modified April 28, 2015, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=celex:52015DC0185>, 15. мај 2023.

¹¹ European Commission, Joint Communication to the European Parliament and the Council Resilience, Deterrence and Defense: Building Strong Cybersecurity for the Europe, JOIN/2017/0450 final, 13.9.2017, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017JC0450>, 15. мај 2023.

¹² European Parliament resolution of 3 October 2017 on the fight against cybercrime (2017/2068(INI)), OJ C 346, 27.9.2018, 29–43, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017IP0366>, 15. мај 2023.

¹³ European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters COM/2018/225 final – 2018/0108 (COD), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2018%3A225%3AFIN>, 15. мај 2023.

¹⁴ European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on the appointment of legal representatives for the purpose of gathering evidence in criminal proceedings COM/2018/226, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=COM:2018:226:FIH>, 15. мај 2023.

¹⁵ Presidency of the Council, Regulation of the European Parliament and of the Council on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal proceedings and for the execution of custodial sentences following criminal proceedings – Analysis of the final compromise text, 5448/23, 20 January 2023, <https://eur->

2.1. Предлог Уредбе о европском налогу за предавање и очување електронских доказа у кривичним стварима

Уредбом би се утврдила правила по којима би надлежни органи у држави чланици у кривичном поступку или у поступку за извршење казне затвора након вођења кривичног поступка, могли од пружалаца услуга који послују на територији Уније да захтевају предају или очување рачунарских података, тако што би им издали налог. Ова Уредба би се примењивала у свим прекограничним случајевима у којима пружалац услуга има седиште или представника у другој држави чланици или ван граница Уније уколико послује на територији Уније. Како су за прикупљање електронских доказа за потребе кривичног поступка најрелевантнији пружаоци услуга електронске комуникације¹⁶ и специфични пружаоци услуга информационог друштва,¹⁷ Уредба би се односила првенствено на њих, али и на пружаоце услуга хостинга или регистровања назива домена (чл. 2).

Овим пружаоцима услуга надлежни орган могао би да изда две врсте налога: налог за предају електронских доказа и налог за очување електронских доказа, до издавања налога за њихову предају. Оба налога би се могла издати само у вези са конкретном кривичном истрагом или кривичним поступком, по сазнању да је извршено одређено кривично дело, не и ради спречавања извршења кривичних дела нити ради заштите националне безбедности држава чланица.¹⁸ Налози би се издавали ради прибављања података који би могли да послуже као доказ у кривичном поступку (чл. 3) а који већ постоје у тренутку пријема налога (чл. 2 ст. 6). Налози би се могли односити не само на податке о претплатнику (чл. 2 ст. 7), приступу (чл. 2 ст. 8), или трансакцијама у вези са пруженим услугама (чл. 2 ст. 9), него и на садржај комуникације (укључујући текст, видео, фотографије и остало, чл. 2 ст. 10), док се не би могли издати у погледу података о надзору комуникација у реалном времену. За разлику од поништене Директиве о задржавању података,¹⁹ овом Уредбом се од пружалаца услуга не би захтевало да чувају више података но што им је потребно у пословне сврхе или за поступање у складу са законским захтевима.

lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_5448_2023_INIT; General Secretariat of the Council, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on the designation of designated establishments and the appointment of legal representatives for the purpose of gathering electronic evidence in criminal proceedings – Analysis of the final compromise text, 5449/23, 20 January 2023, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_5449_2023_INIT, 15. мај 2023.

¹⁶ Пружаоци услуга електронских комуникација дефинисани су у Директиви (ЕУ) 2018/1972. Вид. Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 establishing the European Electronic Communications Code (OJ L 321, 17.12.2018, 36), <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2018/1972/oj>, 15. мај 2023.

¹⁷ Пружаоци услуга информационог друштва дефинисани су у Директиви (ЕУ) 2015/1535. Иако се не квалификују као пружаоци услуга електронске комуникације, они нуде својим корисницима могућност међусобног комуницирања или услуге које се могу користити за обраду или складиштење података у њихово име. Вид. Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services (codification) (OJ L 241, 17.9.2015, 1), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L1535>, 15. мај 2023.

¹⁸ Више о томе, вид. М. Pisić, "Cross-Border Access to Electronic Evidence in the European Union", *1. International Scientific Conference "Transformative Technologies: Legal and Ethical Challenges of the 21st Century"*, Banja Luka, Faculty of Law, University of Banja Luka, 7–8 February, 2020, 433–444.

¹⁹ Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC, OJ L 105, 13.4.2006, 54–63, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0024>, 15. мај 2023.

Приликом издавања европског налога за предају електронских доказа, надлежни орган у конкретном кривичном поступку процењивао би сразмерност и неопходност у сваком појединачном случају, при чему би се наредбом могли тражити подаци о претплатницима и о приступу за било које кривично дело, док би се подаци о трансакцијама и о садржају комуникације могли тражити само у вези са кривичним делима за која је прописана максимална казна затвора од најмање 3 године или више или за одређена кривична дела која се помињу у предлогу и где постоји специфична веза са електронским алатима и кривичним делима како је предвиђено Директивом о тероризму 2017/541/EУ.²⁰

Европски налог за очување електронских доказа упућивао би се представнику пружаоца услуге који послује на територији Уније, како би се сачували подаци за које би накнадно био издат налог за предају. За разлику од задржавања података, европски налог за очување би издавао или потврђивао суд у конкретном кривичном поступку након индивидуалне процене пропорционалност и неопходности у сваком појединачном случају, а односио би се на конкретно одређеног, познатог или непознатог учиниоца одређеног кривичног дела. Исто као у случају налога за предају података, налогом би се могло захтевати очување само оних податка који су већ похрањени у тренутку пријема налога.

С обзиром на то да се ови инструменти међународне сарадње заснивају на узajамном поверењу, налози би се у држави, у којој пружалац услуга има седиште или представника, извршавали на исти начин као да су их издали домаћи надлежни органи. При томе, предвиђено је да би пружаоци били дужни да поступе по налогу за предају доказа у року од 10 дана од дана достављања, а у хитним случајевима у року од 6 сати, а државе чланице би требало да створе механизам да се санкционише непоступање по налогу.

3. ДРУГИ ДОДАТНИ ПРОТОКОЛ НА КОНВЕНЦИЈУ САВЕТА ЕВРОПЕ О САЈБЕР КРИМИНАЛУ

Конвенција Савета Европе о сајбер криминалу²¹ представља тренутно најутицајнији инструмент међународног права (што се тиче електронских доказа) – не само због броја држава уговорница, него и због броја држава које нису стране уговорнице, али којима је њен текст послужило као модел за уређење овог облика криминала. Ипак, ова тврдња важи првенствено у погледу кривичног материјалног права. Што се тиче одредаба процесног права, одредбе Конвенције нису у великом броју држава доследно испоштоване. Такође, предвиђени механизми сарадње нису се показали делотворнима у довољној мери.²² Комитет Конвенције (*Cybercrime Convention Committee: Т-СУ*) је након спроведеног истраживања о ефикасности одредаба о међународној сарадњи, закључио да су процедуре превише комплексне, дуготрајне и да црпе превише ресурса,²³ те су стога недовољно ефикасне и не доприносе спровођењу мера и радњи за сузбијање сајбер криминала и прикупљање електронских доказа. С обзиром на транснационалну и непостојану природу рачунарских пода-

²⁰ Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA, OJ L 88, 31.3.2017, 6–21, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32017L0541>, 15. мај 2023.

²¹ Council of Europe, Convention on Cybercrime (ETS No. 185), <https://rm.coe.int/1680081561>, 15. мај 2023.

²² М. Писарић, *Електронски докази у кривичном поступку*, Нови Сад 2019, стр. 171–176.

²³ Т-СУ, Assessment Report: The Mutual Legal Assistance Provisions of the Budapest Convention on Cybercrime, <http://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802e726c>, 15. мај 2023.

така, како би се обезбедило ефикасно прикупљање електронских доказа који се налазе ван националних територија, приступило се изради додатног протокола на Конвенцију у правцу унапређења сарадње ради прикупљања електронских доказа.

Други додатни протокол уз Конвенцију о сајбер криминалу о појачаној сарадњи и откривању електронских доказа²⁴ отворен је за потписивање маја 2022 (до сада је 27 чланица Савета Европе потписало текст) а ступиће на снагу након ратификовања у пет држава потписница (ратификован је до сада само у једној држави – Србији).

Ratio legis овог Протокола је да допуни Конвенцију и Први додатни протокол.²⁵ Важно је напоменути да се одредбе Протокола примењују не само на дела обухваћена појмом сајбер криминала у смислу Конвенције, него и на прикупљање електронских доказа без обзира на то о ком кривичном делу се ради, уколико се докази налазе у електронском облику.

Што се тиче структуре, текст Протокола подељен је у четири главе. Глава I садржи опште одредбе о сврси (чл. 1), пољу примене (чл. 2), дефиницијама (чл. 3) и језику на ком се остварује сарадња (чл. 4). У Глави II уређене су мере и поступци за унапређење сарадње: одељак 1 садржи општа начела; у одељку 2 прописани су поступци за јачање непосредне сарадње са пружаоцима услуга и субјектима на територији друге државе уговорнице (чл. 6 и 7); у одељку 3 прописани су поступци за јачање међународне сарадње између државних органа надлежних за откривање већ сачуваних рачунарских података (чл. 8 и 9); у одељку 4 прописани су поступци који се примењују у случају хитне потребе за узајамном помоћи (чл. 10); у одељку 5 прописани су поступци који се примењују на међународну сарадњу када не постоје важећи међународни споразум (чл. 11 и 12). У Глави III уређени су услови и ограничења за примену ових мера појачане сарадње, а Глава IV садржи завршне одредбе (чл. 15–25).

3.1. Унапређење директне сарадње са пружаоцима услуга и другим субјектима у другим државама уговорницама

Мере за јачање непосредне сарадње са пружаоцима услуга и другим субјектима на територији друге државе уговорнице, а које је држава уговорница дужна да пропише у свом националном законодавству, прописане су у одељку 2 Главе II. Ради се о захтевима које надлежни органи једне државе уговорнице упућују пружаоцима услуга на територији друге државе уговорнице, којим траже откривање и достављање података о регистрацији назива домена (чл. 6) и података о претплатнику (чл. 7). При томе, јасно је истакнут примат правила из овог одељка, јер је утврђено да се примењују без обзира на то да ли постоји важећи уговор или споразум о узајамној помоћи на основу једнообразног или реципрочног права међу странама уговорницама (чл. 5 ст.2).

²⁴ Council of Europe, Second Additional Protocol to the Convention on Cybercrime on enhanced co-operation and disclosure of electronic evidence (CETS No. 224), <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=224>, 15. мај 2023.

²⁵ Наиме, одредбе Протокола се примењују (осим ако није другачије утврђено у самом Протоколу): а) међу странама уговорницама Конвенције а које су потписнице и овог Протокола, на конкретне кривичне истраге или поступке који се односе на кривична дела у вези с рачунарским системима и подацима, и на прикупљање доказа о кривичним делима у електронском облику; и б) међу странама уговорницама Првог додатног протокола а које су потписнице и овог Протокола, на конкретне кривичне истраге или поступке који се односе на кривична дела утврђена у складу са Првим протоколом.

3.1.1. Наредба за достављање података о регистрацији назива домена

Држава се обавезује да усвоји и примени законодавне и друге мере којим би се њени надлежни органи, за потребе кривичног поступка, овластили да пружаоцу услуге регистрације назива домена на територији друге државе уговорнице непосредно издају наредбу за достављање података које поседује или су под његовом контролом, а који су потребни ради идентификовања или контактирања лица на које је домен регистрован (ст. 1). С друге стране, држава предузима мере како би, у складу са правилима националног права, обавезала пружаоца услуге регистрације назива домена на својој територији да одговори на такав захтев надлежних органа друге државе уговорнице (ст. 2).

Прописано је које податке наредба за достављање података о регистрацији назива домена треба да садржи,²⁶ као и да се може упутити и у електронском облику, уз поштовање одговарајућег нивоа безбедности и потврђивања аутентичности.

Уколико пружалац услуге регистрације назива домена не поступи по наредби, прописано је да држава молила може да тражи од њега да наведе разлог непоступања, те да спроведе консултације с надлежним органом државе уговорнице у којој се пружалац налази како би се пронашао начин да се тражени подаци доставе издаваоцу наредбе.²⁷

3.1.2. Наредба за достављање података о претплатнику

Држава уговорница се обавезује да усвоји и примени законодавне и друге мере како би се њени надлежни органи овластили да, за потребе кривичног поступка, непосредно пружаоцу услуге на територији друге државе уговорнице издају наредбу за откривање/достављање сачуваних података о претплатнику, које поседује или су под његовом контролом (чл. 7 ст. 1). Такође, држава треба да обезбеди да пружаоци услуга на њеној територији буду обавезани да открију/доставе податке о претплатнику које захтевају надлежни органи друге државе уговорнице (чл. 7 ст. 2). При томе, држава може, приликом потписивања или депоновања инструмената о потврђивању, прихватању или одобравању, да у погледу наредбе за откривање/достављање података о претплатнику на њеној територији, сачини изјаву: "Наредбу из чл. 7 ст. 1 Протокола издаје тужилац или судски орган или се наредба издаје под његовим надзором или под другим независним надзором".

Прописано је шта наредба за достављање података о претплатнику садржи,²⁸ и који се подаци уз наредбу достављају.²⁹ Наредба се може доставити и у електронском облику, уз поштовање одговарајућег нивоа безбедности и потврђивања аутентичности.

²⁶ Датум издавања и податке о издаваоцу; назив домена и друге податке који се траже; изјаву да се наредба упућује у складу с Протоколом, да су тражени подаци потребни за конкретан поступак и да ће се користити само у ту сврху; и рок и начин достављања података и друга процесна упутства.

²⁷ Државе приликом потписивања или депоновања инструмената о потврђивању, прихватању или одобравању, или накнадно, достављају Генералном секретару Савета Европе податак о називу тог органа, о чему Генерални секретар води Регистар.

²⁸ Датум издавања и податке о издаваоцу; изјаву да се наредба упућује у складу са Протоколом; назив и адресу пружаоца услуга коме се наредба доставља; кривично дело које је предмет кривичног поступка; назив органа који захтева одређене податке о претплатнику, у случају да то није исти орган који упућује захтев; опис података о претплатнику чије се достављање тражи.

²⁹ Правни основ који уређује овлашћење органа да захтева податке; законске одредбе и забрањене казне за дело које је предмет кривичног поступка; контакт органа коме пружалац услуге треба да достави податке о претплатнику и од кога може да тражи додатне информације или да му на неки други начин одговори; рок и начин достављања података о претплатнику; информације о томе да ли је већ тражено експедитивно

На основу ст. 5 овог члана, држава може, у време потписивања или депоновања инструмената о потврђивању, прихватању или одобравању, и након тога, да обавести Генералног секретара Савета Европе да захтева да одређени државни орган (Генерални секретар Савета Европе о томе се обавештава и води регистар) буде обавештен о наредби који је упућена пружаоцу услуге на њеној територији, у исто време када је наредба упућена (и то или у сваком појединачном случају или у утврђеним околностима), као и да добије додатне информације и чињенични опис у вези са кривичном поступком поводом ког је захтев упућен. Независно од тога да ли је овакву изјаву депоновала, држава може обавезати пружаоце услуга на својој територији да се, пре него што достави податке на захтев надлежног органа друге државе уговорнице, консултује са њеним органима у утврђеним околностима. Штавише, државни орган, који је обавештен или консултован, може пружаоцу услуга да изда упутство да не открије податке о претплатнику: уколико би откривање података угрозило кривични поступак, или уколико су подаци о претплатнику тражени путем механизма узајамне помоћи а могу се применити услови или основи за одбијање на основу чл. 25. ст. 4 и чл. 27 ст. 4 Конвенције.

3.2. Унапређење сарадње са надлежним органима држава уговорница

Мере за јачање непосредне сарадње са надлежним органима друге државе уговорнице које је држава уговорница дужна да пропише у свом националном законодавству прописане су у Одељку 3 Главе II. Ради се о извршавању наредбе из друге државе уговорнице за хитно достављање података о претплатнику и података о саобраћају (чл. 8) и о хитном откривању/ достављању података о претплатнику и података о саобраћају (чл. 9). Одељак 4 Главе II садржи правила о сарадњи у случају хитности (чл. 10). У погледу правила из одељака 3 и 4 такође је утврђен примат у примени, јер је прописано да се примењују без обзира на то да ли постоји важећи уговор или споразум о узајамној помоћи на основу једнообразног или реципрочног права између државе молиље и замољене државе.

3.2.1. Извршавање наредбе надлежног органа друге државе уговорнице за хитно достављање података о претплатнику и података о саобраћају комуникације

Држава уговорница Протокола обавезује се да усвоји и примени законодавне и друге потребне мере како би њени надлежни органи били овлашћени да пружаоцу услуга на територији друге државе уговорнице издају наредбу за достављање одређених већ сачуваних (постојећих) података о: а) претплатнику, и б) саобраћају (комуникације), а које податке тај пружалац услуга поседује или су под његовом контролом, и који су потребни за одређени кривични поступак у држави молиљи. С друге стране, свака држава се обавезује да усвоји и примени законодавне и друге потребне мере како би наредба надлежног органа државе молиље била извршена на њеној територији.

Наредба је саставни је део захтева државе молиље за пружање међународноправне помоћи у смислу Конвенције, и доставља се уз захтев (уз сву потребну пратећу доку-

обезбеђење тих података (у смислу Конвенције); друга процесна упутства; ако је то применљиво, изјаву о томе да је у складу са ст. 5. овог члана упућено истовремено обавештење; друге информације од значаја за откривање података о претплатнику.

ментацију и додатне информације). Прописано је шта треба да садржи,³⁰ и које се додатне информације уз наредбу достављају³¹ (ове информације не откривају се пружаоцу услуге коме је издата наредба). Наредба се може доставити и у електронском облику, уз поштовање одговарајућег нивоа безбедности и потврђивања аутентичности.

Даље је прописано да се држава обавезује да: 1) уложи разуман напор да достави наредбу пружаоцу услуга најкасније у року од 45 дана од пријема и наложи му да по наредби поступи најкасније у року од 20 дана, ако се траже подаци о претплатнику, односно у року од 45 дана, ако се траже подаци о саобраћају (рок се рачуна од дана достављања наредбе), и да 2) без одлагања добијене податке пренесе држави молићи. Уколико замољена држава не може да поступи на овај начин, дужна је да о томе без одлагања обавести државу молиљу и да наведе услов или услове под којима би могла да поступи по захтеву.

Поред тога, држава може да а) одбије да изврши захтев, сходно чл. 25 ст. 4 или чл. 27 ст. 4 Конвенције, б) одреди услове које сматра нужним да би дозволила да се поступи по захтеву; в) одложи поступање по захтеву из разлога утврђених у чл. 27 ст. 5 Конвенције.

Предвиђено је такође да држава уговорница може, приликом потписивања или депоновања инструмената о потврђивању, прихватању или одобравању, да задржи право да овај члан не примењује на податке о саобраћају комуникације.

3.2.2. Хитно откривање/ достављање података о претплатнику и података о саобраћају

Држава уговорница се обавезује да усвоји законодавне и друге мере које су потребне да њена тачка за контакт у склопу Мреже 24/7 у смислу Конвенције пренесе и прими захтев од тачке за контакт друге државе уговорнице којим се тражи, без подношења захтева за узajамну помоћ, да пружалац услуга на њеној територији хитно открије одређене сачуване рачунарске податке које поседује или су под његовом контролом. Прописано је шта захтев треба да садржи,³² као и да се захтев може доставити и у електронском облику, уз поштовање одговарајућег нивоа безбедности и потврђивања аутентичности.

Држава може, приликом потписивања или депоновања инструмената о потврђивању, прихватању или одобравању, да изјави да неће извршавати захтеве који се односе

³⁰ Назив органа који подноси захтев и датум подношења захтева; изјаву о томе да се наредба доставља у складу са овим Протоколом; назив и адресу пружаоца услуга коме се упућује наредба; кривично дело које је предмет кривичног поступка у држави молићи; назив органа који тражи информације или податке, у случају да то није исти орган који је наредбу издао; и опис података чије се достављање тражи.

³¹ Правни основ на основу кога је орган да издао наредбу; законске одредбе о кривичном делу и прописаним казнама поводом ког се води поступак у држави молићи; образложење зашто надлежни орган државе молиље верује да пружалац услуга поседује или контролише податке кој се траже; кратки чињенични опис кривичног поступка; значај података за кривични поступак; контакт податке органа који може да достави допунске информације; обавештење о томе да ли је већ затражено хитно обезбеђење ових података, у смислу Конвенције; и обавештење о томе да ли су ти подаци већ тражени на неки други начин. Поред тога, приликом потписивања или депоновања инструмента о потврђивању, прихватању или одобравању, као и у сваком другом тренутку, држава уговорница може да изјави да су потребне додатне информације како би се наредба извршила.

³² Назив надлежног органа који тражи податке и датум када је захтев поднет; изјаву о томе да се захтев издаје у складу са овим Протоколом; назив и адресу пружаоца услуга који поседује или контролише тражене податке; кривично дело које је предмет кривичног поступка и одговарајуће законске одредбе; околности које указују на то да се ради о разлозима хитности и о повезаности тражених података са том ситуацијом; опис података који се траже; процесна упутства; друге потребне информације.

на откривање података о претплатнику (чл. 9). С друге стране, држава уговорница треба да пропише: 1) овлашћење надлежних органа да, по добијању таквог захтева, траже од пружаоца услуга на својој територији потребне податке, 2) обавезу пружалаца услуга на својој територији да открију тражене податке њеним органима, и 3) овлашћење надлежних органа да тражене податке пренесу држави молиљи.

4. ПРОЦЕСИ У ОКВИРУ УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА

Иако су у почетку глобализације рачунарских мрежа била присутна космополитска очекивања и утопијске идеје о виртуелној, умреженој светској заједници, последњих година можемо приметити повратак на устаљене обрасце вестфалске државе и њеног настојања да афирмише државни суверенитет у сајбер простору. Заправо, око "дигиталног суверенитета" и прерасподеле моћи боре се не само државе, него и транснационални актери, попут *Big Tech* компанија (*Google, Apple, Facebook, Amazon and Microsoft: "GAFAM"*). Ова борба се одвија два нивоа: на техничком нивоу организације сајбер простора – централизација *vs.* децентрализација глобалне мреже, и на политичком нивоу – ауторитарна *vs.* либерална политичка идеологија о сајбер простору.³³ Један од елемената геополитичког сукоба огледа се и у тренутним процесима у оквиру Уједињених нација.

Иако од 2001. Конвенција Савета Европе представља значајан инструмент за хармонизацију правила о сајбер криминалу и електронским доказима, не само међу државама уговорницама, не треба заборавити да њу нису потписале нити приступиле јој све државе света – за почетак, то нису учиниле Русија, Кина, Индија. Из тог разлога спорно је тврдити да ова Конвенција има глобални домет, и разумљиво је зашто се у оквиру Уједињених нација тренутно одвија процес преговора о међународном уговору о сузбијању сајбер криминала, који би имао универзални домет.

Наиме, крајем 2017. Русија упутила Генералном секретару УН писмо с предлогом текста конвенције о сајбер криминалу,³⁴ а упркос противљењу ЕУ и САД крајем 2019. усвојена је резолуција којом је отпочео процес преговора.³⁵ Децембра 2022. *Ad Hoc* комитет припремио је консолидовани преговарачки документ, а последња (пета) рунда преговора завршена је у априлу ове године.³⁶ Предвиђено је да Комитет сачини *zero draft* током лета, а да нацрт буде финализован у јануару 2024. године.

Једна од главних карактеристика предлога текста Конвенције је њен акценат на принципу суверенитета, што се види већ у преамбули, где се наводи да свака држава има суверенитет и врши јурисдикцију над својом територијом у погледу сајбер простора у

³³ J. Pohle, D. Voelsen, "Centrality and power. The struggle over the techno-political configuration of the Internet and the global digital order", *Policy Internet*, 1/2022, 12.

³⁴ Letter dated 11 October 2017 from the Permanent Representative of the Russian Federation to the United Nations addressed to the Secretary-General, <https://digitallibrary.un.org/record/1327693?ln=en>, 15. мај 2023.

³⁵ United Nations General Assembly, Report of the Third Committee, Countering the use of information and communications technologies for criminal purpose, A/74/401, 25.11.2019, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/383/43/pdf/N1938343.pdf?OpenElement>, 15. мај 2023.

³⁶ Ad Hoc Committee to Elaborate a Comprehensive International Convention on Countering the Use of Information and Communications Technologies for Criminal Purposes, Consolidated negotiating document on the preamble, the provisions on international cooperation, preventive measures, technical assistance and the mechanism of implementation and the final provisions of a comprehensive international convention on countering the use of information and communications technologies for criminal purposes, https://www.unodc.org/documents/Cybercrime/AdHocCommittee/5th_session/Documents/CND_2_21.04.2023.pdf, 15. мај 2023.

складу са својим домаћим правом. Такође, забрањују се прекограничне операције које спроводе рачунарски системи и мреже под контролом једне државе на територији друге, без њеног одобрења. Заправо, један од главних разлога зашто Русија није уговорница Конвенције Савета Европе је одредба о могућности прекограничног приступа рачунарским подацима на територији других држава уговорница (чл. 32). Но, не улазећи на овом месту у даље разлоге држава које нису приступиле Конвенцији Савета Европе а подржале су за сада предлог текста Конвенције УН, нити у разлоге држава које се противе овом предлогу, треба указати и на друге заинтересоване чиниоце.

Наиме, више НВО је изразило велику забринутост за људска права у онлајн окружењу, сматрајући да би, уколико Конвенција буде усвојена, надлежни органи могли да приступе подацима о личности без контроле независног или судског механизма и да спроводе масивни дигитални надзор и на тај начин у потпуности пониште право на приватност.³⁷ Овакве тврдње могу се односити и на приказане предлоге у оквиру ЕУ.

Такође, ИТ компаније са занимањем прате процес преговора, с обзиром на то да би Конвенција произвела и за њих значајне обавезе. Не изненађује то што се *Microsoft* и *Google* неповољно изражавају о тексту овог међународног уговора, истичући да би били у обавези да податке о корисницима предају чак и државама које они сматрају недемократским и ревизионистичким – штавише, ове компаније изражавају бојазан да би у Конвенцији и само истраживање сајбер безбедности могло бити инкриминисано.

Иако би Конвенција могла да послужи као основ за развој оквира свеобухватне међународне сарадње, може се поставити питање да ли је потребно да постоји још једна међународна конвенција о сајбер криминалу. Свакако да постоје изазови у погледу различите снаге националних закона, као и капацитета надлежних органа да их спроводе. Надоградња и унапређење постојећих инструмената сарадње је можда пожељније и практичније решење од преусмеравања ионако оскудних ресурса у потрагу за новим међународним оквиром, који ће се вероватно протезати на много година и мало је вероватно да ће резултирати консензусом. Даље, иако одређени број одредби у Нацрту конвенције одражава оне из Конвенције Савета Европе, не постоје јасне одредбе којим би се инсистирало на равнотежи интереса спровођења закона и поштовања основних људских права, као ни одредбе о принципу пропорционалности.

Но, како ће изгледати коначан текст, како ће протећи гласање и каква ће бити прихваћеност и судбина Конвенције, остаје да се види.

5. ЗАКЉУЧАК

Ефикасна борба против злоупотребе информационих технологија захтева хитан и брз одговор државних органа, имајући у виду не само непостојању и лако измењиву природу рачунарских података који су похрањени у рачунарском систему или се преносе кроз рачунарску мрежу, него и бројне технике које онемогућавају откривање идентитета и локације учинилаца. Нарочит изазов произлази из транснационалне и наднационалне димензије глобалне рачунарске мреже, па надлежност државе у сајбер простору у контексту предузимања истражних мера и радњи већ годинама представља важно питање

³⁷ Вид. нпр. Privacy International and Electronic Frontier Foundations' Comments on the Consolidated Negotiating Document of the UN Cybercrime Treaty, April 2023, <https://privacyinternational.org/advocacy/5052/pi-and-effs-comments-draft-un-cybercrime-treaty-chapter-international-cooperation>, 15. мај 2023.

међународног јавног права и кривичног права. Могло би се чак говорити о сајбер међународном кривичном праву.

Несумњиво је да ће се развој технолошког оквира наставити и даље, до граница које можда не можемо тренутно ни предвидети. Но, иза сваке технологије су људи, који бораве на територији земље, а правила како над њима да се примени право већ постоје. Свакако је нужно да се општа правила за сарадњу надлежних органа у кривичним стварима прилагоде поменути изазовима. Но, замислимо само изазове који ће неминовно да произађу из *meta-verse* и *Web3* окружења. Тренутно су механизми сарадње сувише сложени, дуготрајни, исцрпљујући. Ово важи чак и за механизме који су предвиђени у Конвенцији Савета Европе о сајбер криминалу – што не чуди, јер је текст писан пре више од двадесет година, а у међувремену се доста тога изменило. Међутим, не и инсистирање на територијалном суверенитету држава. При томе, присутна су и геополитичка размимоилажења у техничко–политичком реструктурирању сајбер простора, с акцентом на реафирмацију (дигиталног) суверенитета.

Добро је да правила буду општа и технолошки неутрална, али их је с времена на време потребно "модернизовати". У том процесу је нужно пронаћи равнотежу између захтева убрзања сарадње и очувања елемената државне власти. У последњих пет година сведоци смо управо таквих процеса. Овим процесима је заједничко управо такво средиште, јер се одвијају око суверенитета државе у сајбер простору.

Даље, суштина тренутних процеса стварања нових и унапређења постојећих механизма међународноправне сарадње у кривичним стварима огледа се осмишљавању основа за примену мера и радњи надлежних државних органа које су неопходне да се приступи електронским доказима, да се они обезбеде и прикупе, у ситуацији када се рачунарски подаци, рачунарски системи у којима су похрањени и рачунарске мреже преко којих се преносе, налазе у надлежности једне или више других држава, те уколико је њихова локација непозната или се мења. У том смислу стварају се специфични механизми за убрзавање прекограничне сарадње надлежних органа у откривању, истраживању и гоњењу односно супротстављању криминалу коју почива на злоупотреби информационе технологије.

Оно што је још заједничко овим процесима је да теже да резултирају адекватним механизмима за благовремени приступ електронским доказима, и то не само за дела која се "традиционално" сматрају сајбер криминалом, него и за друга кривична дела о којима постоје докази у електронском облику. За државе чланице Европске уније, државе потписнице Конвенције Савета Европе о сајбер криминалу и Другог додатног протокола на Конвенцију, и државе потписнице Конвенције Уједињених нација о сајбер криминалу у будућности, то ће значити да ће бити у обавези да у свом националном законодавству предвиде одговарајуће мере и радње. С обзиром на то да приказана овлашћења државних органа у себи садрже значајан потенцијал за продор у заштићену зону приватности, државе не би смеле у осмишљавању и примени тих правила да превиде међународноправне стандарде заштите људских права и слобода а нарочито не свој устав.

ЛИТЕРАТУРА

- Abraha H., "Regulating law enforcement access to electronic evidence across borders: the United States approach", *Information & Communications Technology Law*, 3/2020.
- Abraha H., "Law enforcement access to electronic evidence across borders: mapping policy approaches and emerging reform initiatives", *International Journal of Law and Information Technology*, 2/2021.
- Busser E., "The Digital Unfitness of Mutual Legal Assistance", *Security and human rights*, 1/2017.

- Goldsmith J., Wu T., *Who controls the internet? Illusions of a borderless world*, Oxford University Press, New York, 2006.
- Osula A-M., "Mutual Legal Assistance & Other Mechanisms for Accessing Extraterritorially Located Data", *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 1/2015.
- Pisarić M. "Cross-Border Access to Data as a Way to Collect Electronic Evidence"; *Dani Arčibalda Rajsa: međunarodni naučni skup: tematski zbornik radova međunarodnog značaja* (ur. D. Kolarić), Tom 3, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2016.
- Писарић М., *Електронски докази у кривичном поступку*, Нови Сад, 2019.
- Pisarić M. "Cross-Border Access to Electronic Evidence in the European Union", 1. *International Scientific Conference "Transformative Technologies: Legal and Ethical Challenges of the 21st Century"*, Banja Luka: Faculty of Law, University of Banja Luka, 7–8 February, 2020.
- Pohle J., Thiel T., "Digital sovereignty", *Internet Policy Review*, 4/2020.
- Pohle J., Voelsen D., "Centrality and power. The struggle over the techno-political configuration of the Internet and the global digital order", *Policy Internet*, 1/2022.
- Woods A., "Against Data Exceptionalism: Jurisdictions in the Cloud", *Stanford Law Review*, 4/2016.

* * *

Milana Pisarić, PhD*

CYBERCRIME AND ELECTRONIC EVIDENCE – NEW INTERNATIONAL LAW IMPULSES

Summary

International cooperation is imperative for effectively countering the transnational nature of information technology abuses in cyberspace. Although informal cooperation in criminal matters is achieved by competent authorities through the exchange of information, the primacy is still, and will be, as long as states do not renounce their sovereignty, on formal procedures of mutual legal assistance. As the general mechanisms in criminal matters and special mechanisms from the Council of Europe Convention on Cybercrime proved to be insufficiently effective, in the last few years new impulses have appeared in the direction of improving existing and creating new forms of cooperation, in order to facilitate the collection of electronic evidence. In the paper, the author discusses these impulses and their most important elements, starting from the process in the European Union, through the Additional Protocol to the Convention of the Council of Europe on cybercrime, to the process within the United Nations.

Keywords: cybercrime, electronic evidence, international cooperation, cross-border access to computers.

* Lecturer with Ph.D., University of Novi Sad Faculty of Law, mpisari@pf.uns.ac.rs.

Љубана Сладић*

НОВЧАНА КАЗНА И ПОСЛЕДИЦЕ ЊЕНОГ НЕПЛАЋАЊА У ПРЕКРШАЈНОМ ПРАВУ

Астракт: Новчана казна је једна од санкција које предвиђа систем прекршајних санкција и једина казна имовинске природе. У раду ће бити приказан начин нормирања ове санкције, са указивањем на сличности и разлике које у погледу ове казне постоје између прекршајног права Републике Српске и Републике Србије, као и на последице које могу да настану услед неплаћања новчане казне. Те последице обухватају покретање и спровођење поступка како би се извршила њена принудна наплата или пак замјена неплаћене новчане казне другом санкцијом, али и последице које настају због уписа такве казне у одговарајући регистар због чега лице може бити, тачније бива ограничено у остваривању својих права.

Кључне ријечи: новчана казна, принудна наплата, замјена неплаћене новчане казне, суплаторни затвор, регистар.

1. УВОД

Прекршајне санкције су мјере које се изричу учиниоцу прекршаја односно лицу оглашеном одговорним за прекршај ради сузбијања противправних дјеловања којима се врши угрожавање или повреда оних вриједности које се штите прекршајним законодавством, а којима се обезбјеђује да грађани поштују правни систем и не чине прекршаје. Систем прекршајних санкција Републике Српске познаје казне, казнене бодове, мјере упозорења, заштитне мјере и васпитне мјере¹ док су у праву Републике Србије као прекршајне санкције прописане казне, казнене поени, опомена, заштитне мјере и васпитне мјере.² Пажња овог рада биће усмјерена на једну од санкција коју познају прекршајна законодавства и Републике Српске и Републике Србије, а у питању је новчана казна, која је уједно и једина казна имовинске природе.

2. О НОВЧАНОЈ КАЗНИ

Новчана казна представља једну од казни која је прописана у прекршајном праву Републике Српске³ и Републике Србије.⁴ У питању је једина казна имовинске природе која се

* Виши асистент на Правном факултету Универзитета у Источном Сарајеву, ljubana.sladic@pravni.ues.rs.ba

¹ Закон о прекршајима Републике Српске – ЗОП РС, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 63/2014, 36/2015, 110/2016, 100/2017, 19/2021, чл. 36.

² Закон о прекршајима Републике Србије – ЗОП Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 65/2013, 13/2016, 98/2016, 91/2019, 91/2019, 112/2022, чл. 32.

³ Поред новчане казне, постоји и казна затвора у систему прекршајних санкција Републике Српске.

⁴ У прекршајном праву Републике Србије, поред новчане казне, постоје и казна затвора и казна рада у јавном интересу.

састоји у обавези лица, коме је изречена, да плати одређени новчани износ у корист буџета у одређеном року. Одлуком о изрицању новчане казне ствара се између кажњеног лица и државе правни однос облигационе природе, у којој се држава јавља у својству повјериоца, а кажњено лице је у uloзи дужника. Новчана казна је главна казна у прекршајном праву, предвиђена за већину прекршаја, а уједно је и најчешће изрицана прекршајна санкција. За правна лица као учиниоце прекршаја она је и једина казна која се може изрећи, а према праву Републике Српске она је једина казна и за одговорно лице.⁵ Начелно, новчана казна има за циљ да се њеном примјеном и изрицањем избјегне изрицање казне затвора јер се сматра адекватнијом санкцијом за учиниоца, за државу не проузрокује никакве трошкове, представља приход за буџет, али се исто тако у теорији истичу и њене лоше стране. Неке од њих биле би да је неправична јер једнако погађа богате и сиромашне учиниоце прекршаја пошто, за разлику од кривичног права, у прекршајном праву не постоји систем новчане казне по дневним износима који би на прави начин цијенио и уважаио материјалне прилике учиниоца прекршаја. Затим се истиче и то да њено изрицање често губи смисао јер се у случају неплаћања, у крајњој линији, опет своди на замјену у казну затвора.⁶

Новчана казна може бити прописана како законом, тако и другим подзаконским актима који се јављају као извори прекршајног права, а у питању су одлуке и уредбе које доносе органи на државном или нижем нивоу.⁷ Она може бити одређена као главна и као споредна те се за исти прекршај новчана казна може прописати и алтернативно и кумулативно са казном затвора.⁸ Додуше, језичка формулација у законском тексту Републике Српске првобитно наводи на закључак о алтернативитету ове двије казне, истичући да се за прекршај може прописати казна затвора или новчана казна, које се могу изрећи и заједно.⁹ Са друге стране, језичка формулација у законском тексту Републике Србије наводи на закључак о кумулацији ове двије казне јер се наводи да се за прекршај може прописати и казна затвора и новчана казна и обје се могу изрећи заједно.¹⁰

Новчана казна може бити прописана на три начина и то: у фиксном износу, у распону¹¹ и у сразмјери, односно пропорционално. Износ новчане казне, уважавајући неки од претходно наведених прописаних начина, разликује се и с обзиром на то ко се

⁵ ЗОП РС, чл. 39. ст. 2.

⁶ Ипак, већина грађана се труди да своје новчане обавезе изврши јер се немогућност плаћања доживљава као признање чињенице да се онај ко не може да плати новчану казну налази на дну друштвене лествице као социјални случај. Н. Мрвић-Петровић, "Суплеторни затвор у европским законодавствима", *Страни правни живот*, 3/2014, 135. Међутим, чак и за она дјела за која је предвиђена само новчана казна јер је очито постојало вредновање да се ради о радњама за које није оправдано да се изрекне казна затвора, неплаћање новчане казне опет доводи до њене замјене у казну затвора. М. С. Кнежевић, "Поводом враћања казне затвора као средства извршења личних приватно-правних захтева: анахроно неуставно решење и системска грешка или корак напред у заштити права", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2015, 1905.

⁷ У праву Републике Српске новчана казна може бити прописана законом, уредбом или одлуком Владе, скупштине општине или града, а у праву Републике Србије може бити прописана законом, уредбом и одлуком скупштине аутономне покрајине, скупштине општине, скупштине града или скупштине града Београда.

⁸ У прекршајном праву Републике Хрватске, за разлику од кривичног права, казна затвора је увијек прописана као алтернативна и искључена је могућност кумулативног прописивања са новчаном казном. С. Осет, "Прекршајноправне санкције *de lege lata* и *de lege ferenda* – примјена и извршење", *Хрватски љетопис за казнено право и праксу (Загреб)*, 2/2005, 504.

⁹ ЗОП РС, чл. 39. ст. 1.

¹⁰ ЗОП Србије, чл. 34.

¹¹ Веома је важно да се новчана казна за већину прекршаја пропише у распону због све већег броја материјално угрожених. С. Осет, *op. cit.* 522.

јавља у улози учиниоца прекршаја као и то да ли је предметни прекршај прописан законом или неким другим подзаконским актом.¹² Тако у Републици Српској општи минимум за физичко лице износи 30 КМ, за одговорно лице у правном лицу и предузетнику износи 50 КМ, а за правно лице износи 500 КМ. Када је у питању максимум новчане казне, он се разликује у зависности од тога да ли је прекршај предвиђен законом или подзаконским актом. У случају да је прекршај предвиђен законом, општи максимум за физичко лице износи 10.000 КМ, за одговорно лице у правном лицу и предузетника износи 20.000 КМ док за правно лице износи 200.000 КМ. Уколико је прекршај прописан подзаконским актом, односно уредбом или одлуком максимум новчане казне за физичко лице износи 3.000 КМ, за одговорно лице у правном лицу износи 5.000 КМ, за предузетника износи 6.000 КМ док за правно лице износи 10.000 КМ. Интересантно је да овдје законодавац не прописује минимум и максимум новчане казне за одговорно лице у државном органу, републичком органу и органима јединице локалне самоуправе иако их предвиђа као субјекте прекршајне одговорности. Иако се у пракси таква правна празнина рјешава на начин да се то одговорно лице подведе под појам одговорног лица у правном лицу, аутор сматра да би било боље оно законско рјешење које изричито наводи и минимуме и максимуме новчане казне за одговорно лице у државном органу, макар они били истовјетни онима који су предвиђени за одговорно лице у правном лицу. Такође је интересантно и то да је у већини случајева предвиђен исти минимум и максимум за одговорно лице у правном лицу и предузетника, осим у случају када је прекршај прописан подзаконским актом па се поставља питање зашто је баш ту учињена таква дистинкција када у свим осталим случајевима важе исти износи новчане казне за ове субјекте прекршаја.

Иако законски текст изричито наводи да се казна може прописати у фиксном износу или у распону, тумачењем става 5. истог члана¹³ долази се до закључка да се може прописати и сразмјерно односно пропорционално на начин да се одреди као вишеструки износ пореске или царинске обавезе или као проценат или вишеструки износ вриједности предмета прекршаја, али тада максимум износи 200.000 КМ. Овакво прописивање новчане казне односи се само на прекршаје из области пореза, царина и финансија.

Када је у питању прописивање новчане казне у прекршајном праву Републике Србије, за прекршај предвиђен законом или уредбом новчана казна се може прописати у распону од 5.000 до 150.000 динара за физичко или одговорно лице, од 10.000 до 500.000 динара за предузетника и од 50.000 до 2.000.000 динара. Поред овог вида прописивања, новчана казна се може прописати и у фиксном износу, с тим што законодавац прописује и ту распон у оквиру кога се доносилац прекршајног прописа мора кретати, прописујући новчану казну у фиксном износу за конкретан прекршај. За физичко лице и одговорно лице се фиксна казна може одредити у износу који се мора кретати у распону од 1.000 до 50.000 динара, за предузетника од 5.000 до 150.000 динара, а за правно лице од 10.000 до 300.000 динара.

Уколико се ради о прекршајима који су предвиђени одлукама скупштине аутономне покрајине, скупштине општине, скупштине града или скупштине града Београда, прописује се новчана казна у фиксном износу, с тим што овдје законодавац поставља

¹² Фактори који утичу на висину новчане казне су тежина прекршаја, одређена својства учиниоца и пропис којим се конкретан прекршај прописује. И. Д. Милић, С. Самарџић, "Кратка расправа о прекршајним санкцијама са посебним освртом на њихов значај у области заштите животне средине", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2015, 1300.

¹³ У питању је чл. 43. ЗОП-а РС.

ново ограничење односно предвиђа да у том случају максимум фиксног износа не може прећи половину највишег фиксног износа, који је претходно наведен. То значи да, уколико се ради о прекршајима који су предвиђени одлукама, доносилац таквог прекршајног прописа ће за физичко лице и одговорно лице предвидјети одређени фиксни износ новчане казне, поштујући оквир од 1.000 до 25.000 динара, за предузетника од 5.000 до 75.000 динара и за правно лице од 10.000 до 150.000 динара. Овакво рјешење, према коме се за прекршаје предвиђене одлукама донесеним на покрајинском и локалном нивоу омогућава прописивање новчане казне само у фиксном износу, веома је занимљиво и доприноси олакшаном поступању надлежних органа, посебно што се тиме отварају шире могућности за издавање прекршајног налога.¹⁴ За разлику од Републике Српске, која предвиђа у већини случајева истовјетне минимуме и максимуме за одговорна лица и предузетника, у праву Републике Србије је, у том погледу, знак једнакости постављен између физичких лица и одговорних лица.

Сразмјерно прописивање новчане казне може се предвидјети за прекршаје из области јавних прихода, јавног информисања, царинског, спољнотрговинског и девизног пословања, животне средине, промета робе и услуга и промета хартијама од вриједности на начин да се износ казне одреди у сразмјери са висином настале штете или незвршене обавезе, вриједности робе или друге ствари која је предмет прекршаја, али не више од двадесетоструког износа тих вриједности, с тим што се као дефинитивни максимум одређује петоструки износ највећих новчаних казни које се могу изрећи према систему пропорционалности за физичко и одговорно лице 750.000 динара, за предузетника 2.500.000 динара док је за правно лице максимум 10.000.000 динара.

Новчана казна лицу се изриче на основу издатог прекршајног налога или на основу одлуке суда¹⁶ у којима се оставља рок за њено плаћање.¹⁷ У праву Републике Српске тај рок не може бити краћи од 8 дана нити дужи од три мјесеца, рачунајући од дана правоснажности рјешења односно извршности прекршајног налога док се у праву Републике Србије одређује само да рок не може бити дужи од 15 дана од дана правоснажности пресуде, а уколико је изјављена жалба, од дана достављања другостепене пресуде односно 8 дана од дана уручења прекршајног налога.

Уколико је новчана казна изречена прекршајним налогом, уплатом у року од 8 дана, довољно је да учинилац плати само једну половину новчане казне јер ће се у том

¹⁴ Прекршајни налог се у Републици Србији може издати, поред испуњености и других услова, само за прекршај за који је прописана новчана казна у фиксном износу док се у праву Републике Српске може издати и у случају када су за конкретан прекршај прописана и други видови новчане казне, с тим што је тада овлашћени орган у прекршајном налогу дужан да предложи изрицање минималне казне за конкретан прекршај. Примјера ради, ако је за конкретан прекршај предвиђена новчана казна у распону од 100 до 300 КМ, овлашћени орган ће у прекршајном налогу предложити новчану казну у износу од 100 КМ.

¹⁵ Ранији Закон о прекршајима Републике Србије из 2005. познавао је метод одређивања новчане казне у процентуалном износу. М. Д. Павловић, *Имовинске кривичноправне мере*, докторска дисертација, Правном факултету Универзитета у Нишу, 2014, 285.

¹⁶ У Републици Српској судови у прекршајном поступку доносе само рјешења док се у Републици Србији о мериторним стварима у прекршајном поступку доносе пресуде.

¹⁷ Приликом одређивања рока за плаћање новчане казне, мора се водити рачуна и о висини казне. Л. Миљковић, *Прекршајно право и материјалноправне одредбе Прекршајног закона*, Министарство унутарњих послова Републике Хрватске, Равнатељство полиције, Полицијска академија, Загреб 2018, 42.

случају плаћања друге половине ослободити. Уколико он такву казну не плати у року од 8 дана, може је платити и по истеку тога рока, али у том случају нема погодност која би се састојала у уплати половине новчане казне већ је дужан да је плати у цјелости. Суштински, рок за плаћање новчане казне том лицу трајао би све док се не покрене одговарајући поступак за наплату такве неплаћене новчане казне. Важно је указати на то да, уколико су лицу прекршајним налогом одређени и трошкови, они се увијек морају платити у цјелости, чак и у случају да се у року од 8 дана врши плаћање јер се погодност плаћања половине односи само на новчану казну, али не и на трошкове. Уколико је новчана казна изречена лицу одлуком суда, у тој се одлуци одређује рок у коме се новчана казна треба платити. У оправданим случајевима постоји могућност да се дозволи плаћање на рате,¹⁸ под условом да су плаћени трошкови поступка и да рок отплате у ратама не буде дужи од шест мјесеци.¹⁹ Уколико лице не врши редовно отплату у ратама, суд ће опозвати своје рјешење о плаћању на рате.

Према пракси судова у Републици Српској, већ се у судској одлуци односно рјешењу којим се изриче новчана казна, окривљени упозорава на последице њеног неплаћања. Са друге стране, пракса судова Републике Србије није таква те се у изреци пресуде не одређује одмах прецизно начин замјене неплаћене новчане казне.²⁰ Приликом одмјеравања новчане казне, судови узимају у обзир све околности које су прописане законом, а посебно имовинско стање лица на начин да се води рачуна о висини његовог личног дохотка, као и о другим приходима које то лице остварује, али и о његовим породичним обавезама и о другим расходима.²¹ Уколико окривљени не остварује никакве приходе, било би потпуно бесмислено изрећи му новчану казну.²²

3. ПРИНУДНА НАПЛАТА НОВЧАНЕ КАЗНЕ

Према позитивноправним рјешењима Републике Српске, након што се утврди да кажњено лице није платило новчану казну²³ у року од једне године од када су прекршајни налог или рјешење о прекршају постали коначни, правоснажни или извршни, приступа се поступку принудне наплате.²⁴ На основу тога, закључује се да, фактички, лице може

¹⁸ Олакшица у виду плаћања новчане казне на рате или пак неке друге олакшице, попут одгађања плаћања које се наводи у литератури, увијек је боље и прихватљивије рјешење како би се осигурало извршење новчане казне, а притом би се примјена суплеторног затвора свела на *ultima ratio*. Међутим, и при прописивању таквих олакшица не треба ићи предалеко да новчана казна не би изгубила своју сврху. А. Куртовић Мишић, Ј. Миливојевић, В. Стринић, "Новости у прописивању, изрицању и извршењу новчане казне", *Хрватски љетопис за казнено право и праксу (Загреб)*, 2/2009, 678, фн. 79.

¹⁹ У својој одлуци суд ће одредити број рата, износ рате и рок исплате. Д. Јовашевић, З. Стевановић, *Казне као облик оруштвене реакције на криминал*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд 2012, 92.

²⁰ С. Савић, "Замена новчане казне у казну затвора или рада у јавном интересу према новом ЗОП-у", *Извршење прекршајних санкција у новом Закону о прекршајима – програм обуке за судије прекршајних судова*, Београд 2013, 44.

²¹ Д. Јовашевић, "Систем санкција у новом Закону о прекршајима", *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 4/2006, 159.

²² Д. Васиљевић-Продановић, *Алтернативе краткотрајним казнама затвора*, докторска дисертација одбрањена на Факултету за специјалну едукацију и рехабилитацију Универзитета у Београду, 2012, 168.

²³ Законски текст не прецизира ситуације које могу довести до немогућности плаћања новчане казне већ се оставља као задатак суду да процијени те ситуације и разлоге. М. Д. Павловић, *op. cit.* 287.

²⁴ У литератури се истиче да је принудна наплата добро рјешење јер је новчана казна, као и свака друга казна, принудног карактера и истовремено врста јавноправне обавезе које кажњено лице треба да плати у корист

платити новчану казну и после рока за плаћање који је одредио орган својом одлуком, односно да то може учинити у року од годину дана од дана када су прекршајни налог односно судско рјешење постали коначни, правоснажни или извршни. Тек истеком тог рока, покреће се поступак принудне наплате, који започиње обраћањем суда чијом одлуком је лицу изречена новчана казна или надлежног органа који је издао прекршајни налог, надлежном пореском органу путем извршног налога.²⁵ Овај поступак спроводи се сходном примјеном правила која надлежни порески орган примјењује ради принудне наплате неплаћених пореских обавеза.²⁶ Порески орган ће спровести овај поступак без обавезе да кажњеном лицу уручи налог за плаћање. Тек уколико овај поступак не буде успјешан, тачније уколико се по истеку рока од 3 године од дана када су прекршајни налог односно судско рјешење постали коначни односно правоснажни не буде могла извршити принудна наплата неплаћене новчане казне, приступа се њеној замјени казном затвора. Проблем у пракси представља то што надлежни порески орган не упућује обавјештење суду да ли је поступак принудне наплате био успјешан или не, већ протеком рока од три године, сам суд или овлашћени орган увидом у Регистар новчаних казни, трошкова принудне наплате и прекршајних евиденција утврђују да ли је принудна наплата дала резултате или се мора приступити њеној замјени затвором.

У позитивном прекршајном праву Републике Србије, такође је предвиђена принудна наплата неплаћене новчане казне, али не на првом мјесту, као што је случај са правом Републике Српске, већ тек касније и то само у односу на остатак неплаћене новчане казне која се није могла замијенити другом прекршајном санкцијом, тачније другом врстом казне.²⁷ На овај преостали дио новчане казне треба посебно обратити пажњу јер се у пракси често дешава да се након издржане казне затвора по рјешењу о замјени неплаћене новчане казне, преостали дио новчане казне ни не шаље на извршење.²⁸ Поред те разлике, постоји разлика и у погледу правила која се примјењују ради принудне наплате неплаћене новчане казне. Наиме, у Републици Србији, након што се утврди да кажњено лице није платило новчану казну у датом року, суд²⁹ доноси рјешење о извршењу, којим неплаћену новчану казну може замијенити другом казном или је наплатити принудним путем.³⁰ Поступак принудног извршења ради наплаћивања новчане казне може се спровести на један од следећих начина: извршењем на средствима са рачуна, извршењем на

државе. Стога је циљ сваке државе да пронађе одговарајуће механизме којима ће приморати то лице да новчану казну плати. М. Бабић "Замјене казне затвора новчаном казном", *Зборник радова "Двадесет година Дејтонског мировног споразума"*, (ур. Р. В. Лукић), Правни факултет Универзитета у Источно Сарајеву, Источно Сарајево 2017, 713.

²⁵ Иако законски текст говори о извршном налогу, у пракси се то чини путем класичног дописа.

²⁶ И у литератури се истиче да је системски исправније рјешење да органи задужени за наплату пореза и других јавних прихода буду надлежни и за принудну наплату новчане казне из прекршајног поступка. Д. Ђорђевић, "Поступак принудног извршења у новом Закону о прекршајима", *Извршење прекршајних санкција у новом Закону о прекршајима – програм обуке за судије прекршајних судова*, Београд 2013, 9.

²⁷ Остатак неплаћене новчане казне наплаћује се принудно у случају да укупан износ неплаћене новчане казне не буде покривен оваквом замјеном. Ђ. Ђорђевић, "Основне карактеристике новог Закона о прекршајима", *Наука, безбедност, полиција – Журнал за криминалистику и право*, 1/2006, 61–62.

²⁸ Н. Панчић, "Проблеми у пракси и могућа решења за унапређење рада извршних одељења прекршајних судова", *Извршење прекршајних санкција у новом Закону о прекршајима – програм обуке за судије прекршајних судова*, Београд 2013, 89–90.

²⁹ То је суд који је изрекао ту новчану казну или суд на чијем је подручју издат прекршајни налог. М. Д. Павловић, *op. cit.* 288.

³⁰ И. Вуковић, *Прекршајно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2021, 212.

личним примањима, извршење пописом, процјеном и продајом покретних ствари и непокретности у својини кажњеног лица. Аутор сматра да би било боље рјешење да се и у Републици Србији принудна наплата стави на прво мјесто у поступку којим се настоји обезбиједити наплата новчане казне, која није плаћена у року, а тек уколико то остане без успјеха, приступити замјени такве казне другом казном.

4. ЗАМЈЕНА НЕПЛАЋЕНЕ НОВЧАНЕ КАЗНЕ

У прекршајном праву Републике Српске, неплаћена новчана казна, која је таква остала и након неуспјешног поступка принудне наплате, замјењује се казном затвора.³¹ Такав затвор се у казненом праву назива суплеторни или супсидијарни затвор.³² Иако се означава казном затвора, он не представља класичну казну затвора³³ јер се на њу не могу примјенити општа правила и други институти, попут законског минимума и условног отпуста већ представља мјеру која се одређује лицу због непоштовања одлуке којом му је новчана казна изречена.³⁴ Уколико је судском одлуком била изречена новчана казна, замјену неплаћене новчане казне суплеторном казном затвора врши суд, по службеној дужности, без одржавања рочишта, а у случају да је новчана казна била изречена прекршајним налогом, замјену врши суд по писаном приједлогу органа који је издавалац прекршајног налога. Суд доноси рјешење којим врши замјену неплаћене новчане казне затвором и то тако што за сваких започетих 50 КМ одређује један дан затвора, али тако да затвор може минимално трајати један дан, а максимално 60 дана. Уколико је окривљеном, поред новчане казне, била изречена и казна затвора, а због неплаћања му се врши замјена новчане казне, укупан број дана затвора и суплеторног затвора не може прећи 90. На ово рјешење окривљени има право жалбе у року од три дана од дана пријема. Уколико лице након доношења рјешења о замјени, плати новчану казну у цјелости, неће се приступити извршењу суплеторне казне затвора, а уколико након што је извршење започето, обуставиће се поступак извршења.

За разлику од оваквог рјешења према коме је замјена неплаћене новчане казне казном затвора облигаторна, у праву Републике Србије законски текст наводи да суд може замијенити неплаћену новчану казну казном затвора. Оваква језичка формулација била је и мета критике у правној теорији, гдје се истицало да није јасно шта друго суд може урадити уколико новчану казну не замијени казном затвора те се у крајњој линији постављало и питање да ли је може опростити уколико је не замијени казном затвора.³⁵ Законски текст суштински указује на то да, у случају да се установи да новчана казна није

³¹ Раније је у прекршајном праву Републике Српске, као посебна мјера чланом 230. ЗОП-а било предвиђено лишење слободе због неплаћене новчане казне, али је одлуком Уставног суда Републике Српске оцијењено неуставним и елиминисано из законског текста. Вид. Одлуку бр. У-14/14 од 29. 04. 2015. године.

³² М. Бабић, *op. cit.* 713. Иако се суплеторном затвору могу упутити начелни приговори, неспорна је његова ефикасност на плану наплате. И. Вуковић, *op. cit.* 212.

³³ Издржавање суплеторне казне затвора чак не прати никакав третман затвореника па се може поставити питање да ли таква мјера уопште има специјално-превентивну улогу. Такав осуђеник боравком у установи у којој се налази на извршењу суплеторне казне затвора може бити под негативним утицајем осталих затвореника. И. Шпехар, "Покретање, прекид, одгода и надзор извршења казне затвора: приказ рада судаца извршења при Центру за извршење казни затвора Жупанијског суда у Загребу у 2006. години – пракса и дилеме", *Хрватски љетопис за казнено право и праксу (Загреб)*, 1/2007, 152.

³⁴ Д. Јовашевић, М. Симовић, "Суплеторни затвор у кривичном и прекршајном праву Србије", *Годишњак Факултета правних наука*, Бања Лука, 7/2017, 194.

³⁵ И. Д. Милић, С. Самарџић, *op. cit.* 1308.

плаћена, прва опција требала бити њена замјена казном затвора.³⁶ Уколико суд одлучи да замијени неплаћену новчану казну казном затвора, то ће учинити на начин да за сваких започетих 1.000 динара³⁷ одреди један дан затвора, при чему је минимум таквог суплеторног затвора један дан, а максимум 60 дана. Исти максимум од 90 дана који се односи на кумулативно изречену казну затвора и новчану казну која се, због неплаћања, замјењује суплеторним затвором, постављен је и у законском тексту Републике Србије.

С обзиром да систем прекршајних санкција Републике Србије предвиђа и рад у јавном интересу као казну, законски текст предвиђа могућност замјене неплаћене новчане казне и овом казном. Уколико суд оцијени оправданим, цијенећи тежину прекршаја, висину неплаћене новчане казне и имовинске прилике окривљеног, умјесто казне затвора, може одредити да се изврши замјена неплаћене новчане казне казном рада у јавном интересу на начин да се за сваких започетих 1.000 динара одреди осам сати рада у јавном интересу, при чему се као максимум поставља 360 сати. Аутор сматра бољим овакво законско рјешење јер је циљ новчане казне да се њеним изрицањем избјегне казна затвора. Уколико бисмо као прву алтернативу неплаћеној новчаној казни поставили казну затвора, задали бисмо двоструки ударац државном буџету из разлога што није плаћена новчана казна којом би представљала приход за буџет, а истовремено је остварен и расход из буџета јер је казна затвора у коју је замијењена неплаћена новчана казна велики трошак за државу. Стога је боље и у праву Републике Српске, уколико принудна наплата не буде дала резултате, као прву алтернативу неплаћеној новчаној казни поставити казну рада у јавном интересу, с тим што би то за право Републике Српске подразумијевало и увођење у систем прекршајних санкција рад у јавном интересу као нову врсту казне.

Као што је већ претходно истакнуто, у праву Републике Србије се принудно наплати новчане казне приступа тек уколико преостане дио те казне који се није могао замијенити казном затвора или казном рада у јавном интересу. То ће постојати у оним ситуацијама када је износ неплаћене новчане казне толики да би се, при њеној замјени казном затвора или радом у јавном интересу, прекорачили законски максимуми. Тада се приступа замјени неплаћене новчане казне казном затвора или радом у јавном интересу у оном обиму колико је могуће да се достигне законски максимум који се поставља као граничник, а у погледу преосталог дијела се спроводи поступак принудне наплате, и све то на основу рјешења о извршењу, а не путем рјешења о замјени казном затвора и неформалног обраћања пореском органу, како је то случај у Републици Српској.

Важно је напоменути и то да се у прекршајном праву Републике Србије изричито наводи да се замјена неплаћене новчане казне изречене малољетнику и правним лицима не може замијенити казном затвора. За правна лица је то и логично због саме природе овог субјекта права. Када су у питању малољетници, у случају да је изречена новчана казна неплаћена, приступа се принудној наплати на имовини малољетника, његових

³⁶ Међутим, аутоматска замјена неплаћене новчане казне казном затвора не доприноси ни на који начин ефикаснијој реализацији те финансијске обавезе. Н. Мрвић-Петровић, *op. cit.* 139.

³⁷ Веома је интересантно поређење номиналних вриједности дана затвора у Републици Српској и Републици Србији јер је разлика између њих чак трострука (у Републици Српској би у динарској противвриједности дан затвора износио око 3.000 динара). Није јасно због чега је присутна толика осцилација у номиналном вредновању једног дана затвора у сусједним казним системима, да ли је то због већих трошкова које повлачи за собом боравак у затворској установи или пак погодновање лицима којима се због неплаћене новчане казне врши њена замјена у казну затвора, како би мање дана провели у затворској установи.

родитеља и других лица која се старају о малољетнику, мада је спорна легитимност таквог рјешења у литератури.³⁸ Са друге стране, прекршајно право Републике Српске не садржи такву изричиту забрану да се неплаћена новчана казна, која је изречена малољетнику, не може замијенити казном затвора, али се до таквог закључка може доћи тумачењем одредбе која садржи општу забрану да се малољетницима изрекне казна затвора.³⁹

5. ПОСЛЕДИЦЕ НЕПЛАЋАЊА НОВЧАНЕ КАЗНЕ

Осим начелних последица које настају услед неплаћања новчане казне, а које подразумевају покретање поступка принудне наплате или пак њену замјену другом санкцијом, законски текст предвиђа и низ последица које наступају за лице које није платило новчану казну или трошкове поступка, што се евидентира у одговарајући регистар.⁴⁰ У праву Републике Србије постоје два регистра и то: регистар санкција и регистар неплаћених новчаних казни и других новчаних износа док у праву Републике Српске постоји само један регистар новчаних казни, трошкова принудне наплате и прекршајних евиденција. Лицу које има евидентиран дуг у виду неплаћене новчане казне⁴¹ или пак неког другог новчаног износа, примјера ради, трошкова поступка, неће се дозволити: регистрација или продужење регистрације моторног возила; промјена власника моторног возила; издавање или продужење важећа возачке дозволе; учествовање на јавном тендеру; регистрација или било која промјена правног лица, предузетника за учињени прекршај из области економског и финансијског пословања нити издавање дозволе за набавку, држање и ношење оружја.⁴² Одредбе сличне садржине постојале су и у ранијем законском тексту Републике Србије, али су престале да важе јер су одлуком Уставног суда Републике Србије оцијењене неуставним.⁴³ Наиме, Уставни суд Републике Србије је заузео став да су ове одредбе биле "додатне казне" за грађане који су већ били прекршајно кажњени и да су подразумеивали потребу да се испуне додатни услови за остварење неких права кажњених лица у односу на остале грађане, а што је за резултат имао дискриминацију односно повреду једнакости грађана. Занимљиво је да је и Уставни суд Републике Српске цијенио уставност ових одредби, али је он дошао до другачијег закључка, истичући да су оне легалан начин заштите општих и финансијских интереса Републике Српске, те да нису у функцији супституције извршног поступка већ дозвољеног притиска на одређена лица да испуни своју обавезу која му је одређена правоснажном одлуком.⁴⁴

Спорна је правна природа оваквих последица и заиста се може поставити питање да ли су оне додатне казне, каквим их је означио Уставни суд Републике Србије, или су

³⁸ И. Вуковић, *op. cit.* 214, фн. 658.

³⁹ ЗОП РС, чл. 42. ст. 5.

⁴⁰ С обзиром да законски текст ни не помиње правне последице прекршајног кажњавања, није јасно која је сврха уписа у одговарајући регистар сем да се та околност у виду ранијег кажњавања узме у обзир и цијени као отежавајућа. И. Д. Милић, "Евиденција прекршајно кажњених лица", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2015, 246.

⁴¹ Овдје се мисли на новчану казну која је изречена одлуком суда или прекршајним налогом од стране овлашћеног органа мада у другом случају се може јавити као спорно то што прекршајну одговорност кажњеног лица није утврдио суд већ овлашћени орган, а кажњено лице ипак трпи правне последице. И. Д. Милић, "Правне последице прекршајног кажњавања", *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 5–8/2017, 261.

⁴² ЗОП РС, чл. 230.

⁴³ Вид. Одлуку бр. Иуз 367/2013 од 03. 11. 2016. године.

⁴⁴ Вид. Одлуку бр. У-14/14 од 29. 04. 2015. године.

само мјере⁴⁵ или су, пак, у питању својеврсне правне последице прекршајног кажњавања, налик правним последицама осуде које постоје у кривичном праву. Ипак, ни у праву Републике Српске ни у праву Републике Србије нису предвиђене правне последице прекршајног кажњавања, иако се појединим законима прописују такве последице на врло уопштен начин.⁴⁶ Уколико би се прихватило мишљење да се ради о правним последицама прекршајног кажњавања, дошло би се у ситуацију да теже последице трпи лице које је оглашено одговорним за прекршај и прекршајно кажњено, него лице оглашено кривим за кривично дјело, коме је изречена новчана казна, јер у кривичном праву правне последице осуде за собом повлачи само осуда на казну затвора.⁴⁷ Чак се и у литератури запажа да је прекршајно право у погледу појединих рјешења на плану санкција репресивније од кривичног права иако су прекршајне санкције у основи блаже од кривичних.⁴⁸

Наравно, за похвалу су сви механизми и напори које држава улаже у то да приволи грађане, односно прекршајно кажњена лица да испуне своје новчане обавезе, у првом реду новчану казну. Ипак, таква законска рјешења могу да резултирају и повредама људских права и слобода гарантованих уставом, како је то утврдио Уставни суд Републике Србије, са чијим се ставом слаже и аутор овог рада. Постављати лицу додатна ограничења у остваривању његових права и слобода, поред постојања низа механизма којима се може обезбиједити наплата новчане казне, потпуно је сувишно и пријети да буде предмет оцјене и пред међународним судским инстанцама.

6. ЗАКЉУЧАК

Новчана казна као једна од прекршајних санкција, с правом се сматра најзначајнијом јер је законодавац и други доносиоци прекршајних прописа предвиђају за највећи број прекршаја. Међутим, све лошија материјална ситуација, незапосленост, нижи животни стандард су фактори који наводе на закључак да би се требале наћи алтернативе новчаној казни јер није циљ творца прекршајног прописа, а ни органа који изрекне новчану казну да она остане неплаћена или да се пак замијени казном затвора. Стога би боље рјешење било да се у праву Републике Српске у систем прекршајних санкција уведе и казна рада у јавном интересу, а у праву Републике Србије да се уведе као први корак у циљу наплате неплаћене новчане казне поступак принудне наплате умјесто да то буде, како је сада, последњи корак и то само у преосталом дијелу, након њене замјене казном затвора или пак казном рада у јавном интересу. Тиме би се у прекршајном праву и Републике Српске и Републике Србије успоставио исти каскадни механизам у поступку наплате казне који би подразумевао да се по истеку рока за добровољно испуњење, уколико новчана казна не буде плаћена, приступи њеној принудној наплати. Уколико принудна наплата не буде успјешна, приступило би се замјени новчане казне казном рада у јавном интересу, а тек уколико лице не буде ни такву казну извршило, приступи замјени исте у

⁴⁵ Овакве ригорозне мјере, а самим тим и последице по кажњено лице, вјероватно би требале имати за циљ да приморају кажњена лица да уредно плаћају изречене новчане казне и трошкове поступка. Љ. Митровић, *Прекршајно право*, Паневропски универзитет Апеирон, Бања Лука, 2014, 304.

⁴⁶ И. Д. Милић, "Опомена као врста прекршајне санкције и њено (не)изрицање појединим учиниоцима прекршаја", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2017, 1709.

⁴⁷ Према лицу осуђеном на новчану казну у кривичном поступку не могу да наступе никакве законом предвиђене правне последице осуде. Д. Јовашевић, "Примена новчане казне у кривичном праву Републике Србије", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 55/2010, 54.

⁴⁸ И. Вуковић, *op. cit.* 83.

казну затвора. У том случају би се казна затвора појавила као крајње средство, каква и треба да се буде. Са друге стране, сувишно је, а из угла заштите слобода и права, потенцијално опасно прописивати било какве друге последице које лице трпи због неплаћене новчане казне јер се тада, прије свега, као спорна јавља и правна природа таквих последица, а са друге стране и могућност да се (не) законитост и (не) уставност одредаба којима се то прописује, оцјењује од стране домаћих или међународних судских инстанци.

ЛИТЕРАТУРА

- Бабић М. "Замјене казне затвора новчаном казном", *Зборник радова "Двадесет година Дејтонског мировног споразума"*, (ур. Радомир В. Лукић), Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2017.
- Васиљевић-Продановић Д., *Алтернативе краткотрајним казнама затвора*, докторска дисертација одбрањена на Факултету за специјалну едукацију и рехабилитацију Универзитета у Београду, 2012.
- Вуковић И., *Прекршајно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021.
- Ђорђевић Д., "Поступак принудног извршења у новом Закону о прекршајима", *Извршење прекршајних санкција у новом Закону о прекршајима – програм обуке за судије прекршајних судова*, Београд, 2013.
- Ђорђевић Ђ., "Основне карактеристике новог Закона о прекршајима", *Наука, безбедност, полиција – Журнал за криминалистику и право*, 1/2006;
- Јовашевић Д., "Систем санкција у новом Закону о прекршајима", *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 4/2006;
- Јовашевић Д., "Примена новчане казне у кривичном праву Републике Србије", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 55/2010;
- Јовашевић Д., Симоновић М., "Суплеторни затвор у кривичном и прекршајном праву Србије", *Годишњак Факултета правних наука*, Бања Лука, 7/2017;
- Јовашевић Д., Стевановић З., *Казне као облик друштвене реакције на криминал*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд 2012;
- Кнежевић М. С. "Поводом враћања казне затвора као средства извршења личних приватно-правних захтева: анахроно неуставно решење и системска грешка или корак напред у заштити права", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2015;
- Куртовић Мишић А., Миливојевић Л., Стринић В., "Новости у прописивању, изрицању и извршењу новчане казне", *Хрватски летопис за казнено право и праксу (Загреб)*, 2/2009;
- Миливојевић Л., *Прекршајно право и материјалноправне одредбе Прекршајног закона*, Министарство унутарњих послова Републике Хрватске, Равнатељство полиције, Полицијска академија, Загреб 2018;
- Милић Д. И., "Евиденција прекршајно кажњених лица", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2015;
- Милић Д. И., Самарџић, С. "Кратка расправа о прекршајним санкцијама са посебним освртом на њихов значај у области заштите животне средине", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2015;
- Милић Д. И., "Правне последице прекршајног кажњавања", *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 5-8/2017;
- Милић Д. И., "Опомена као врста прекршајне санкције и њено (не)изрицање појединим учиниоцима прекршаја", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2017;
- Митровић Љ., *Прекршајно право*, Паневропски универзитет Апеирон, Бања Лука 2014;
- Мрвић-Петровић Н. "Суплеторни затвор у европским законодавствима", *Страни правни живот*, 3/2014;
- Осет С. "Прекршајноправне санкције *de lege lata* и *de lege ferenda*– примјена и извршење", *Хрватски летопис за казнено право и праксу (Загреб)*, 2/2005;
- Павловић Д. М., *Имовинске кривичноправне мере*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Нишу, 2014;
- Панчић Н. "Проблеми у пракси и могућа решења за унапређење рада извршних одељења прекршајних судова", *Извршење прекршајних санкција у новом Закону о прекршајима – програм обуке за судије прекршајних судова*, Београд 2013;
- Савић С., "Замјена новчане казне у казну затвора или рада у јавном интересу према новом ЗОП-у", *Извршење прекршајних санкција у новом Закону о прекршајима – програм обуке за судије прекршајних судова*, Београд 2013;

Шпехар И., "Покретање, прекид, одгода и надзор извршења казне затвора: приказ рада судаца извршења при Центру за извршење казни затвора Жупанијског суда у Загребу у 2006. години – пракса и дилеме", *Хрватски љетопис за казнено право и праксу (Загреб)*, 1/2007.

* * *

Ljubana Sladić*

**MONEY PENALTY AND CONSEQUENCES OF ITS NON-PAYMENT
IN MISDEMEANOR LAW**

Summary

The money penalty is one of the sanctions provided by the misdemeanor sanctions system and the only property penalty. The paper will show the method of standardizing this sanction, pointing out the similarities and differences that exist in this regard between the misdemeanor law of the Republic of Srpska and the Republic of Serbia, as well as the consequences that may arise due to non-payment of money penalties. These consequences include the initiation and implementation of the procedure in order to enforce its enforcement or replace the unpaid money penalty with another sanction, but also the consequences that arise from the entry of such a money penalty in the appropriate register, due to which a person may be, or more precisely, is limited in the exercise of his rights.

Keywords: money penalty, compulsory collection, replacement of unpaid money penalty, supplementary prison, register.

* Senior Assistant, University of East Sarajevo, Faculty of Law, ljubana.sladic@pravni.ues.rs.ba.

Милена Мрвић*

Лејла Хубић Нурковић*

ДОЖИВОТНИ ЗАТВОР У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ СА ОСВРТОМ НА УПОРЕДНО ПРАВО

Апстракт: У првом делу овог рада приказано је какве је облике казна затвора, изменама и допунама кривичних прописа у домаћем законодавству, попримала од њеног увођења до данас, са освртом на казну доживотног затвора *de lege lata*. Такође, поред наведеног, у раду је упоредно приказана и законска регулатива казне доживотног затвора у другим европским државама, као и пракса Европског суда за људска права, уз указивање на несагласности одредаба Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и препорука Савета Европе са казном доживотног затвора из Кривичног законика Републике Србије.

Кључне речи: доживотни затвор, условни отпуст, амнестија, помиловање, људска права.

1. УВОД

У нашем казненом праву доживотни затвор је изменама материјалног кривичног законодавства из 2019. године заменио посебну казну затвора од 30 до 40 година и на тај начин поново постао део домаћег казног система. Обзиром да је увођење ове врсте казне у казни систем Републике Србије примарно представљало уважавање воље грађана Републике Србије (петиција коју је потписало око 160.000 грађана о чему ће бити више речи у даљем раду), оправдање исте је јасна: јавност која верује у казне, увек ће подржати најрепресивније мере и оне друштвене одговоре на криминалитет који нуде брза и најстрожа могућа решења, не узимајући у обзир евентуални аргумент пренатрпаности затворских капацитета, а поготову не аргумент хуманости и било каквог разумевања према учиниоцима кривичних дела.¹ Међутим, у раду се указује на више отворених питања које ова казна намеће и то од њеног реалног оправдања и потребе у односу на казну до 40 година затвора, до њене усклађености са Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. Посебан акценат у раду је стављен на однос казне доживотног затвора и института условног отпуста, односно амнестије и помиловања,

* Главни јавни тужилац у Вишем јавном тужилаштву у Новом Пазару, milenamrvic@gmail.com

* Јавнотужилачки помоћник у Вишем јавном тужилаштву у Новом Пазару

¹ Ј. Ђирић, "Жртве које су промениле свет", *Оштећено лице и кривичноправни инструменти заштите (међународни правни стандарди, норма и пракса)* (ур. В. Турањанин), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2019, 85.

обзиром да иста управо применом тих института доживљава промену из "трајне" у временски ограничену казну.

Такође, овај рад даје кратак осврт на моделе ове врсте казне у другим европским државама, уз анализу *de lege lata* и *de lege ferenda* казне доживотног затвора, имајући пре свега у виду пресуде Европског суда за људска права којима су заузети јасни ставови у погледу модела казне доживотног затвора који је сагласан принципима и гарантованим људским правима "европске" легислативе.

2. КАЗНА ЗАТВОРА

Казна лишења слободе (затвор) састоји се у одузимању слободе кретања учиниоцу кривичног дела за одређено време.² Као кривична санкција у правом смислу те речи казна лишења слободе се први пут прописује у XVIII веку увођењем у француски Кривични законик *Code penal* који је донет 1791. године. У нашем законодавству казна лишења слободе се први пут помиње у Душановом законнику³ кроз термин "тамница".

Даљим развојем кривичног законодавства Србије и то доношењем Криминалног (казнителног) законика Књажевства Србије из 1860. године⁴ уводе се различити модалитети казне лишења слободе, те је у оквиру главе "О казним злочинствима и преступима уопште" чланом 12 прописано да се кривац може осудити, између осталог, на казну робије, заточеништва и затвора. Даље, чл. 14 и 15 робија и заточеништво су у погледу трајања једнако прописане, односно не може се досудити дужи од 20 година ни краће од две године, међутим казна робије се издржавала у "робијашници" и осуђеници су били дужни носити на ногама окове, лаке или теже, зависи како је суд досудио, док се казна заточеништва издржавала у властитим кућама и осуђеници се нису "окивали" нити "нагонили на рад". Што се тиче казне затвора, наведеним закоником је било прописано да затвор не може бити дужи од петнаест година нити краћи од тридесет дана, осим у случајевима када то закон допушта.

Кривичним закоником ФНРЈ⁵ из 1947. године прави се разлика између казне лишења слободе са принудним радом и казне лишења слободе, с тим што је за најтежа кривична дела била прописана и смртна казна. Тако је чл. 32 било прописано да казна лишења слободе са принудним радом не може бити краћа од шест месеци нити дужа од двадесет година, док је суд могао изрећи и казну лишења слободе са принудним радом и у доживотном трајању али само за кривична дела за која је закон прописивао смртну казну, уколико нађе да околности кривичног дела и лична својства учиниоца допуштају ублажење прописане казне. Такође, ставом 3 истог члана било је прописано да се казна лишења слободе са принудним радом у доживотном трајању може одредити и актом амнестије и помиловањем лица осуђеног на смртну казну, док је казна лишења слободе прописана чланом 33 наведеног закона била тако регулисана да иста није могла бити краћа од три дана нити дужа од две године.

² Д. Јовашевић "Појам и карактеристике казне затвора у југословенском праву", *зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш, 2002, 269.

³ <https://www.uzzpro.gov.rs/doc/biblioteka/digitalna-biblioteka/Zakonik%20Stefana%20Dusana%20cara%20srpskog%201349.%20i%201354.pdf>, 18. април 2023.

⁴ <https://dokumen.tips/documents/kaznitelni-zakonik-knezevine-srbije-iz-1860-godine.html?page=1>, 18. април 2023.

⁵ Кривични законик, *Службени лист ФНРЈ*, бр.106/47

Кривичним закоником који је донет 1951. године⁶ и то чл. 24, у кривичном законодавству Србије први пут се прави разлика између "строгог затвора" и "затвора", па је тако чл. 28 било прописано да строги затвор не може бити краћи од шест месеци нити дужи од двадесет година, док је чланом 30 било прописано да казна затвора не може бити краћа од три дана нити дужа од пет година.

На федеративном нивоу 1976. године донет је нови Основни кривични законик (у даљем тексту: ОКЗ),⁷ који је био само од делимичног значаја обзиром да су њиме регулисана само општа питања која се односе на сврху кажњавања и извршење казне лишења слободе, с тим што је међу неколико федералних јединица које су донеле свој кривични закон и Социјалистичка Република Србија која је 28. јуна 1977. године донела Кривични законик, с тим што је исти већим делом задржао решења из Кривичног законика од 1951. године.⁸ Кривичним закоником СФРЈ, чланом 34, прописане су три врсте казни и то смртна казна, казна затвора и новчана казна. Општи минимум казне затвора био је петнаест дана, а општи максимум петнаест година (чл. 38), док је за кривична дела за која је прописана смртна казна, суд могао изрећи затвор од двадесет година, а ако је за кривично дело учињено са умишљајем прописан затвор у трајању од петнаест година, за тешке облике тог дела могао се прописати и затвор од двадесет година.

Овај је Закон са низом измена и допуна био је у примени и у Савезној Републици Југославији (од 1992. године) и у Државној заједници Србија и Црна Гора (од 2003. године), све до 1. јануара 2006. године када је ступио на снагу данашњи Кривични законик Републике Србије.⁹

Најзначајнија измена савременог кривичног законодавства огледа се у тежњи законодавца да кривично законодавство Републике Србије подигне на ниво хуманости законодавних прописа које су доносиле европске земље, а које су у потпуности ишле на укидање смртне казне. У ту сврху је изменама и допунама Кривичног закона Савезне Републике Југославије из 2001. године смртна казна брисана из казненог система, а у кривичном закону Републике Србије је потпуно укинута 2002 године¹⁰. Као замена за смртну казну у законодавство Републике Србије се уводи тзв. "дуготрајни затвор" односно казна затвора са посебним трајањем од 40 година и то за најтежа кривична дела и најтеже облике кривичних дела (чл. 38 ст. 2 ОКЗ)¹¹. Кривичним закоником Републике Србије из 2005. године,¹² законодавац врши измену у односу на наведену законску регулацију казне "дуготрајног затвора" уводећи распон између 30-40 година казне затвора као посебну казну за најтежа кривична дела односно најтеже облике кривичних дела (чл. 45 ст. 3).

⁶ Кривични законик *Службени лист ФНРЈ*, бр.13/51, <https://www.restitucija.gov.rs/doc/oduzeta%20imovina/KRIVICNI%20ZAKONIK.pdf>, 18. април 2023.

⁷ Основни кривични законик, *Службени лист СФРЈ*, бр. 44/76-1329, 36/77-1478, 34/84-895, 37/84-933, 74/87-1743, 57/89-1441, 3/90-63, 38/90- 1217, 45/90-1340, 54/90-1773 и *Службени лист СРЈ*, 35/92-651, 37/93-816, 24/94-273, 61/01

⁸ В. Божић и М. Ђукић "Историјско-правни развој кривичних дела против живота и тела у Републици Србији до укидања смртне казне", *Српска политичка мисао*, број 3/2021, 224–225.

⁹ Д. Јовашевић, "Развој сврхе и система казни у Србији у периоду двадесетог века", <https://arhivnis.rs/Izdavacka%20delatnost/Pescanik/P-18/Dr%20Dragan%20Jovasevic.pdf>, 27. април 2023.

¹⁰ Кривични закон, *Службени гласник РС*, бр. 16/90, 26/91 – одлука УСЈ бр. 197/87, 75/91 - одлука УСРС бр. 58/91, 9/92, 49/92, 51/92, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/2002, 11/2002 - испр. и 80/2002 - др. закон

¹¹ Основни кривични закон, *Службени гласник РС*, бр. 39/2003

¹² Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05, 107/05

3. КАЗНА ДОЖИВОТНОГ ЗАТВОРА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Посматрајући развој нашег кривичног законодавства од првог прописивања казне затвора ("тамница") у Душановом законнику, па кроз доношење бројних кривично-правних прописа који су донети прво у Краљевини Србије – Криминални (казнителни) закон, затим у ФНРЈ, СФРЈ и СРЈ као и у Републици Србији, уочава се тенденција законодавца да сврху кажњавања оствари прописивањем казни које су хуманије, а са којима се може остварити основна сврха кажњавања, односно превенција и ресоцијализација. Казна доживотног затвора се код нас први пут прописује Кривичним закоником Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца из 1929. године¹³ којим је, између осталих прописаних казни, за најтежа кривична дела била прописана робија која је могла бити "вечита" (доживотни затвор) или "временска".

Пристапањем Савету Европе, Република Србија је преузела низ обавеза које су имале за циљ да правни поредак Републике Србије ускладе са стандардима Савета Европе у погледу гарантовања људских права, из ког разлога је Србија извршила ратификацију Другог факултативног протокола уз Међународни пакт о грађанским и политичким правима (6. септембар 2003. године) и Протокола бр. 6 и 13 уз Европску конвенцију о људским правима (3. март 2004. године) и сврстала Републику Србију у скуп земаља које у свом кривичном законодавству немају прописану смртну казну. Као што је већ наведено, законодавство Републике Србије је смртну казну примарно заменило казном затвора од 40 година, а касније изменама Кривичног законика казном затвора у распону од 30 до 40 године, међутим под утицајем јавности, односно након што је Фондација "Тијана Јурић" покренула потписивање иницијативе за измену Кривичног законика Републике Србије¹⁴ коју је потписало око 160.000 грађана, а којом је тражено, између осталог и увођење доживотне казне затвора у наше кривично законодавство, долази до измена и допуна Кривичног законика Републике Србије – КЗ из 2019. године¹⁵. Наиме, у Кривични законик, упркос критикама изнетим од стране стручне јавности,¹⁶ уводи се чл. 44а – "доживотни затвор", којим је прописано да се за најтежа кривична дела и најтеже облике тешких кривичних дела изузетно може прописати уз казну затвора и казна доживотног затвора, с тим што кривично гоњење и извршење казне за кривична дела за која је прописана казна доживотног затвора не застарева (чл. 108). Модификовањем система казни 2019. године и то тако што се уместо затвора од тридесет до четрдесет година уводи казна доживотног затвора, даје се резултат да КЗ сада јасно (и формално и суштински) разликује две врсте казни лишења слободе, временску и доживотну.¹⁷ Прописивање казне доживотног затвора прати и истовремено прописивање нове опште сврхе кажњавања односно остваривање праведности и сразмерности између учињеног дела и тежине кривичне санкције, чиме законодавац оправдава новину у казном систему Републике Србије.

¹³ Кривични законик Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, *Службене новине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, 1929/33-XVI

¹⁴ <https://www.juznevesti.com/Drushtvo/Pocinje-potpisivanje-peticije-za-uvodjenje-dozivome-robije-za-ubice-dece.sr.html>, 24. април 2023.

¹⁵ Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 35/2019

¹⁶ Р. Драгичевић – Дичић, "У сусрет изменама кривичног законика", *Билтен Врховног касационог суда*, *Inter-mex*, Београд, 2015, 15.

¹⁷ З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, ЈП "Службени гласник", Београд, 2021, 232.

4. ОГРАНИЧЕЊА ДОЖИВОТНОГ ЗАТВОРА

Казна доживотног затвора има ограничену примену, што је регулисано већ у оквиру одредбе Кривичног законика којом је и прописана. То подразумева случајеве у којима је забрањено изрећи ову казну лицу које у време извршења кривичног дела није навршило двадесет и једну годину живота (члан 44а став 2 КЗ) и у случајевима када закон предвиђа да се казна може ублажити¹⁸ или када постоји неки од основа за ослобођење од казне¹⁹. Поред наведених околности које императивно искључују могућност примене ове врсте казне, постоје и други правни институти којим се, након изрицања казне доживотног затвора, може осуђени ослободити од казне или дела казне. Тако, као правни механизми којима се казна доживотног затвора може "укинути" у кривичном законодавству Републике Србије јесу амнестија, помиловање и условни отпуст.

4.1. Условни отпуст

Условни отпуст је кривичноправни институт којим се један део казне одлаже (највише једна трећина), те у зависности од понашања осуђеног током трајања условног отпуста, долази или до гашења казне или до опозивања условног отпуста. Први и најважнији услов пре којег се право на условни отпуст окривљеног не може ни разматрати јесу издржане две трећине казне затвора. Тек након што осуђени издржи две трећине казне затвора сматра се да се може разматрати да ли је већ издржана казна затвора у довољној мери утицала на осуђеног да убудуће не чини кривична дела.²⁰ Даље, условни отпуст се може дати осуђеном који током издржавања казне није два пута кажњаван за теже дисциплинске преступе и коме нису одузете додељене погодности. Ова забрана је критикована у теорији, обзиром да се приликом одлучивања о условном отпусту свакако узима у обзир владање осуђеног за време издржавања казне, те да је неоправдано искључити могућност давања условног отпуста за било који дисциплински преступ, већ евентуално ограничити се само на најтеже дисциплинске преступе.²¹ Међутим, овде се ипак ради о релативној забрани условног отпуста обзиром да се дисциплинске мере изречене за теже дисциплинске преступе, уколико су испуњени предвиђени услови, бришу из евиденције дисциплинских мера у року од три године од дана њиховог изрицања (чл. 175 ст. 2 Закона о извршењу кривичних санкција²²), па самим тим и код осуђеног престају постојати разлози због којих се на њега не може применити условни отпуст. Даље, уколико су претходно два услова испуњена, суд ће условно отпустити осуђеног који се у току издржавања казне тако поправио да се може са основом очекивати да ће се на слободи добро владати, а нарочито да до истека времена за које је изречена казна не учини ново кривично дело. Поред наведеног, цени се и држање

¹⁸ Доживотни затвор се не може изрећи за кривична дела учињена у покушају, помагању, са битно смањеном урачунљивошћу, код прекорачења нужне одбране или крајње нужде, под дејством силе која није неодржива или претње или отклоњиве правне заблуде.

¹⁹ Доживотни затвор се не може изрећи за кривична дела учињена услед прекорачења граница нужне одбране, услед јаке раздражености или препасти изазване нападом, крајње нужде под нарочито олакшавајућим околностима, код неподобног покушаја, добровољног одустајања, услед спречавања кривичног дела од стране саучесника, као и код кривичних дела код којих је законском одредбом предвиђено ослобађање од казне.

²⁰ Овде се примећује да је сврха кажњавања приликом изрицања казне генерална и специјална превенција, док се приликом одлучивања о условном отпусту разматра само да ли је већ издржаном казном остварена специјална превенција код осуђеног и то за време трајања условног отпуста.

²¹ Више о томе у: З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, ЈП "Службени гласник", Београд, 2018, 232.

²² Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 55/2014 и 35/2019

осуђеног за време издржавања казне, односно извршавање радних обавеза, с обзиром на његову радну способност, као и друге околности које указују да осуђени док траје условни отпуст неће извршити ново кривично дело (чл. 46 ст. 1 КЗ).

Законодавац прописује као могућност суда да условно отпусти и осуђеног који издржава казну доживотног затвора уколико су испуњени наведени општи услови за условни отпуст. Обзиром да је казна доживотног затвора неутврђене дужине трајања, наш законодавац се определио да се, уместо две трећине издржане казне, што представља општи услов, лице које је осуђено на казну доживотног затвора, условно може отпусти након издржаних двадесет седам година (чл. 46 ст. 2 КЗ), с тим што условни отпуст траје петнаест година од дана када је осуђени условно отпуштен (чл. 47 ст. 7 КЗ). То значи да уколико у периоду од петнаест година од пуштања осуђеног на условни отпуст, условни отпуст не буде опозван, сматраће се да је осуђени издржао казну (чл. 46 ст. 4 КЗ). Иако је законодавац предвидео условни отпуст и за лица осуђена на казну доживотног затвора, ипак је у случају те категорије осуђеника условни отпуст само могућност обзиром да је законодавац овде употребио израз "суд може условно отпустити". Овде је посебно важно истаћи да је законодавац издвојио групу кривичних дела (чл. 46 ст. 5 КЗ) за која је прописана казна доживотног затвора, а за коју је условни отпуст искључен и то: тешко убиство²³ (чл. 114 ст. 1 тач. 9 КЗ), силовање (чл. 178 ст. 4 КЗ),²⁴ обљуба над немоћним лицем (чл. 179 став 3 КЗ)²⁵, обљуба са дететом (чл. 180 ст. 3 КЗ)²⁶ и обљуба злоупотребом положаја (чл. 181 ст. 5 КЗ)²⁷.

Апсолутна забрана условног отпуста сама по себи може створити одговарајуће практичне проблеме у случају када је неко лице осуђено за више кривичних дела у стицају, од којих једно повлачи забрану условног отпуста, а друга не повлаче ову забрану.²⁸

Увођење забране условног отпуста за наведена кривична дела је иницирано радом Фондације "Јурић" која је прикупила око 160.000 гласова грађана који су гласали да се уведе таква врста забране за тешка кривична дела код којих су жртве деца. Међутим, ово је врло проблематична одредба из више аспеката, те се у пракси поставило питање хуманости и оправданости увођења забране условног отпуста за поједина кривична дела, о чему ће бити више речи у даљем тексту рада.

4.2. Помиловање

Помиловањем се поименично одређеном лицу даје ослобођење од кривичног гоњења или потпуно или делимично ослобођење од извршења казне, замењује се изрече-

²³ Условни отпуст је искључен за кривично дело тешко убиство у коме је лишено живота дете или бременита жена.

²⁴ Условни отпуст је искључен за квалификовани облик кривичног дела силовање у којем је наступила смрт лица према којем је дело извршено или је дело учињено према детету.

²⁵ Условни отпуст је искључен за квалификовани облик кривичног дела обљуба над немоћним лицем у којем је наступила смрт лица према којем је дело извршено или је дело учињено према детету.

²⁶ Условни отпуст је искључен за квалификовани облик кривичног дела обљуба са дететом у којем је наступила смрт детета.

²⁷ Условни отпуст је искључен за квалификовани облик кривичног дела обљуба злоупотребом положаја у којем је наступила смрт.

²⁸ Више о томе у : Е. Ђоровић "Доживотни затвор и условни отпуст у кривичном праву Србије: нека питања и дилеме", *Ревиија за криминологију и кривично право*, бр.1/2021 (ур. М. Колаковић – Бојовић, И. Стевановић), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу и Институт за криминолошка и социолошка истраживања у Београду, Београд, 2021, 81.

на казна блажом казном или условном осудом, даје се рехабилитација, одређује краће трајање одређене правне последице осуде или се укидају поједине или све правне последице осуде (члан 110 став 1 КЗ). О помиловању искључиво одлучује председник Републике Србије (члан 112, став 1 тачка 7 Устава РС²⁹). Поступак помиловања уређен је Законом о помиловању – ЗОП³⁰ и истим је такође прописано да помиловање за кривична дела прописана законодавством Републике Србије даје председник (чл. 1 ЗОП). Ни Законом о помиловању, нити Кривичним закоником, нису предвиђена кривична дела на која се помиловање не може применити, па из тога произилази да учиниоци и најтежих кривичних дела за која је прописана казна доживотног затвора, чак и оних код којих, према одредбама Кривичног законика, условни отпуст није могућ, могу бити помиловани.

Поступак за помиловање се покреће молбом или по службеној дужности, а ако је изречена смртна казна а молба за помиловање није поднесена, поступак за помиловање покреће се по службеној дужности (чл. 4 ЗОП). Обзиром да је ЗОП из 1995. године и да од тада није мењан, па самим тим није прилагођен изменама примарно у кривичном законодавству које су се до данас десиле, те да је смртна казна из кривичног законодавства Републике Србије брисана 2002. године, а да се казна доживотног затвора сматра заменом смртне казне, поставља се питање да ли постоји обавеза покретања поступка по службеној дужности помиловања за осуђена лица према којима је изречена и казна доживотног затвора?

Сматрамо да није оправдано у овом смислу поистовећивати смртну казну са казном доживотног затвора, те да, обзиром да се може поднети молба за помиловање, не постоји ни једно оправдање да се овај поступак покреће и по службеној дужности. Такође, са аспекта права осуђеног, а у смислу тенденција европског права за преиспитивање ове врсте казне, законом је уређена могућност преиспитивања исте кроз институт условног отпуста, па не би било оправдано нити неопходно са аспекта права осуђеног, да постоји обавеза и носиоца извршне гране власти да такву одлуку по службеној дужности преиспитују.

Ипак, остаје могућност лица осуђених на казну доживотног затвора, односно законског заступника или брачног друга осуђеног или његових сродника³¹, да поднесу молбу за покретање поступка за помиловање.

Молба за помиловање доставља се суду који је изрекао пресуду у првом степену, након чега је суд без одлагања доставља Министарству правде, заједно са својим мишљењем, а уколико се осуђени на којег се молба односи већ налази на издржавању казне, доставиће се и извештај о његовом понашању и другим подацима установе у којој осуђени издржава казну, а који су значајни за решавање молбе (чл. 7 и 9 ЗОП). Након што размотри молбу и евентуално прибави и друге податке за одлуку по молби, министар правде исту, заједно са својим мишљењем, доставља председнику Републике Србије.

Обзиром да је одредбама Закона о помиловању прописано да се молба не може поднети пре правноснажности пресуде (чл. 5 ст. 3 ЗОП), те да, уколико је изречена казна у трајању дужем од три године затвора, молба се може подносити поново након годину дана од претходног одбијања (чл. 6 ст. 1 ЗОП), то значи да се у случају казне доживотног затвора,

²⁹ Устав РС, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021

³⁰ Закон о помиловању, *Службени гласник РС*, бр. 49/95 и 50/95 – испр.

³¹ Молбу за помиловање могу поднети и законски заступник осуђеног лица, брачни друг, сродник у правој линији и брат, сестра, усвојилац, усвојеник, хранилац или старалац осуђеног лица (чл. 5 ЗОП).

молба за помиловање може поднети након правноснажности пресуде, с тим што се може поново поднети по истеку једне године од дана када је донета одлука по ранијој молби.

4.3. Амнестија

Лицима која су обухваћена актом амнестије даје се ослобођење од кривичног гоњења или потпуно или делимично ослобођење од извршења казне, замењује се изречена казна блажом казном, даје се рехабилитација или се укидају поједине или све правне последице осуде (чл. 109 ст. 1. КЗ). Амнестију даје законодавни орган, односно Народна скупштина Републике Србије, поименично неутврђеном кругу лица, у форми закона (чл. 99 ст. 1 тач. 12 Устава РС). Амнестија се може односити на учињена одређена кривична дела или на одређене казне без обзира на кривично дело.³² Иако се амнестија најчешће везује за врсту кривичног дела или висину изречене казне, њом се могу обухватити учиниоци и по неком другом критеријуму, па се она може односити и на учиниоце одређене старости, пола, одређеног здравственог стања (инвалидности) и сл.³³ Последњи Закон о амнестији у Републици Србији донет је 2012. године³⁴ којим је дато потпуно ослобођење од извршења казне затвора за лица која су први пут правноснажно осуђена на казну затвора до три месеца, односно делимично ослобођење од 10–50 % казне затвора у зависности од тежине кривичног дела, трајања изречене казне, старости осуђеника и сл. Обзиром да не постоје никаква ограничења у погледу тога која групација осуђеника односно кривичних дела може бити обухваћена актом амнестије, може се закључити да се актом амнестије могу обухватити и осуђеници којима је изречена казна доживотног затвора, па и за она дела за која не постоји могућност условног отпуста. Међутим, наведеним Законом о амнестији је у чл. 2 прописано да амнестији не подлежу лица којима је изречена казна затвора у трајању од 30–40 година, као ни осуђеним за кривична дела против полне слободе и кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом, из чега се може уочити тенденција највишег законодавног органа власти да из дејства амнестије искључи лица осуђена за најтежа кривична дела односно најтеже облике кривичних дела.

Иако амнестија представља институт којима се може смањити казна доживотног затвора, став Европског суда за људска права је да мора постојати механизам са јасним и транспарентним критеријумима којим ће се разматрати оправданост рехабилитације сваког затвореника појединачно, односно преиспитати оправданост његовог даље задржавања или отпуштања, те се амнестија, као општи акт, нити помиловање, као председничка воља без јасних критеријума на основу којих доноси одлуку, не могу сматрати институтима које доживотним затвореницима дају могућност ублажавања казне или пуштања на слободу у смислу гаранција права из Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

5. КАЗНА ДОЖИВОТНОГ ЗАТВОРА СА АСПЕКТА ЉУДСКИХ ПРАВА СА ОСВРТОМ НА ПРАКСУ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Казна доживотног затвора, према пракси Европског суда за људска права (у даљем тексту: Европски суд), није у супротности са одредбама Европске конвенције за

³² З. Стојановић, *Кривично право – Приручник за полагање правосудног испита*, ЈП "Службени гласник", Београд, 2013, 183.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Закон о амнестији, *Службени гласник РС*, бр. 107/2012

заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: ЕКЉП), с тим што из препорука Комитета министара Савета Европе произилази да казне неодређеног трајања треба да се изричу изузетно, када то оправдава тежина кривичног дела и друге околности везане за личност учиниоца.

Такође, и Римски Статут Међународног кривичног суда³⁵ прописује казну доживотног затвора, уколико је лице осуђено за најтежи облик кривичног дела из надлежности Суда и уколико ту казну оправдавају одређене околности везане за личност окривљеног (чл. 77 ст. 1 (б)), с тим што када лице, у случају доживотног затвора, издржи 25 година, суд поново разматра изречену казну како би донео одлуку да ли би казну требало ублажити, те такво разматрање не долази у обзир док осуђено лице не издржи наведени део казне која му је изречена (чл. 110 ст. 3). Такође, прописано је да и ако суд одлучи у првој процени да нема места ублажавању казне, после тога ће питање ублажавања казне разматрати у интервалима и примењујући критеријуме који су прецизирани у Правилима поступка и извођења доказа (чл. 110 ст. 5).

Дакле, Статут Међународног кривичног суда, код казне доживотног затвора прописује фиксни део казне који се мора издржати да би се могла разматрати могућност ублажавања³⁶ исте, међутим, након издржаног обавезног дела казне, обавезно је и периодично испитивање даље оправданости такве казне док год иста траје.

Разматрајући питање казне доживотног затвора са аспекта људских права, најпре се поставља питање да ли је изрицање казне доживотног затвора без могућности условног отпуста нехумано кажњавање односно да ли се њоме директно вређа чл. 3 ЕКЉП која гласи "Нико не сме бити подвргнут мучењу, или нечовечном или понижавајућем поступку или кажњавању".³⁷

За наведено питање у пракси је најважнија пресуда Европског суда за људска права у предмету *Винтер и други против Уједињеног Краљевства*³⁸ у којој је Европски суд заузео став да се "члан 3 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода мора тумачити као да прописује да мора постојати могућност скраћења доживотних казни затвора, у смислу ревизије која омогућава домаћим властима да размотре да ли су било какве промене у животу затвореника тако значајне, а напредак ка рехабилитацији тако велики да то значи да настављање затвора не може више да се оправда легитимним пенолошким основама". Такође, Велико веће Европског суда је у истој пресуди из 2013. године заузело став да осуђеници којима је изречена казна доживотног затвора морају имати могућност употребе правних механизма преиспитивања казне доживотног затвора када протекне највише 25 година.

³⁵ Закон о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда, *Службени лист СРЈ* – Међународни уговори, бр. 5/2011

³⁶ За разлику од решења у домаћем законодавству, као уосталом и у законодавствима већине европских држава где се преиспитивање казне доживотног затвора односи на разматрање могућности давања условног отпуста, Међународни кривични суд након 25 година, а након тога и периодично, разматра могућност ублажавања казне, што значи преиначење казне са казне доживотног затвора на казну одређеног трајања.

³⁷ Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењен у складу са Протоколом број 11, Протоколом број 4 којим се обезбеђују извесна права и слобода који нису укључени у конвенцију и први протокол уз њу, Протоколом број 6 о укидању смртне казне, Протоколом број 7, Протоколом број 12 и Протоколом број 13 о укидању смртне казне у свим околностима (*Службени лист СЦП* – Међународни уговори, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр. и *Службени гласник РС* – Међународни уговори, бр. 12/2010 и 10/2015).

³⁸ ECHR, *Case of Vinter and others v. the United Kingdom*, Applications nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10, 9 July 2013

Даље, у пресуди *Петухов против Украјине*³⁹ Европски суд је стао на становиште да доживотна казна затвора код које је председничко помиловање једини поступак за њено преиспитивање односно ублажавање, такође представља кршење чл. 3 ЕКЉП. Наиме, поступак давања председничког помиловања у конкретном случају није био јасно формулисан нити је садржавао адекватне процесне гаранције које би штитиле од злоупотребе, па је став Европског суда у наведеној пресуди био да би Украјина, обзиром на системску природу проблема, требала да изврши реформу свог система преиспитивања казне доживотног затвора у смислу да се у сваком појединачном случају разматра питање да ли је даљи боравак у затвору оправдан и да су осуђеници на казну доживотног затвора упознати са тим шта треба да постигну како би се размотрила могућност да буду пуштени на слободу и под којим условима.

Важно је навести и да је Комитет Министара Савета Европе усвојио низ Резолуција и Препорука својим чланицама, које нису нужно обавезујуће, али опет указују на стандарде и тежње Савета Европе, а из којих произилази управо препорука државама да у својим законодавствима, уколико познају казну доживотног затвора или други модалитет казне "трајног затвора", пропишу и обавезно периодично преиспитивање оправданости такве казне. Тако су у том смислу најзначајније следеће препоруке:

- *Препорука (2000) 22 Комитета министара државама чланицама о унапређењу спровођења Европских правила о санкцијама и мерама у заједници од 29. новембра 2000. године*⁴⁰, којом се у додатку 1. препоручује државама чланицама да теже санкцијама одређеног трајања а "у изузетним случајевима, санкција или мера у заједници неодређеног трајања може се изрећи учиниоцима који због свог раније учињеног или садашњег тешког кривичног дела у спречи с посебним личним цртама очигледно представљају сталну озбиљну опасност по живот, здравље или сигурност заједнице. Законом треба предвидети редовну ревизију такве санкције или мере неодређеног трајања од стране тела које је независно од извршне власти и које на основу закона има овлашћење да врши ту ревизију."⁴¹ Дакле, у овој препоруци је истакнуто да је неопходно обезбедити правне механизме којим ће се редовно преиспитивати казна неодређеног трајања, у коју спада и доживотни затвор, и то од стране тела које је независно од извршне власти, у том смислу, помиловање као могућност ослобођења од казне, које даје председник државе, није довољан механизам преиспитивања казне неодређеног трајања.

- *Препорука Комитета Министара 2003 (23) од 9. октобра 2003. године*⁴², у оквиру циљева поступања према затвореницима осуђеним на казну доживотног или дуго-трајног затвора, излаже и следећи циљ "повећати и унапредити могућности да се ови затвореници успешно ресоцијализују и воде живот у складу са законом након пуштања на слободу", а из чега произилази као крајњи циљ и ове врсте казне успешна ресоцијализација и живот у складу са законом након издржаног одређеног дела казне.

- *Препорука Комитета Министара 2003(22) од 24. септембра 2003. године о условном отпусту*⁴³ је својом садржином јасно предвидела могућност условног отпуста свих осуђеника, па и оних који издржавају казну доживотног затвора, те је препорука да условни отпуст по закону буде доступан свим осуђеним на казну затвора укључујући и

³⁹ ECHR, *Case of Petukhov v. Ukraine (No. 2)*, Application no. 41216/13, 12 March 2019

⁴⁰ "Преглед конвенција, препорука и резолуција које се односе на казненопоправна питања", Савет Европе, Стразбур, 2007, 104., <https://npm.rs/attachments/Kompilacija%20dokumenata%20SE-zatvori.pdf>, 13. мај 2023.

⁴¹ *Ibid.*, 105.

⁴² *Ibid.*, 84.

⁴³ *Ibid.*, 95.

осуђене на доживотне казне затвора, како би се смањили штетни ефекти боравка у затвору и унапредила ресоцијализација/рехабилитација затвореника под условима постављеним у циљу заштите безбедности заједнице изван затвора (тачка 4а).

Из постојеће судске праксе Европског суда могу се извући три главна става која се односе на казну доживотног затвора: 1. Законодавство држава чланица мора да прецизира трајање обавезног дела казне који се мора издржати, након којег ће бити могуће преиспитивање казне и осуђеницима мора, у време изрицања казне, бити познато када ће имати право да им казна буде преиспитана; 2. Државе чланице морају успоставити поступак са јасним критеријумима у којем ће се казна, након издржаног обавезног дела, преиспитати; 3. Затвор мора бити организован на начин да се доживотно осуђеним затвореницима омогући напредовање ка њиховој рехабилитацији.⁴⁴

Обзиром да су пресуде Европског суда обавезујуће за Републику Србију, а да је став тог суда да је казна доживотног затвора без могућности условног отпуста у супротности са чл. 3 ЕКЉП, као и да део казне који се обавезно мора издржати не сме трајати дуже од двадесет и пет година, поставља се питање судбине одредаба којим је регулисан доживотни затвор у кривичном законодавству Републике Србије у будућности.

6. КАЗНА ДОЖИВОТНОГ ЗАТВОРА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Казна доживотног затвора у законодавствима која је прописују варира како у погледу регулације односно услова изрицања, самог извршења и могућности престанка исте, тако и у погледу дефинисања. Истраживање CRIN-a (*Child Rights International Network*)⁴⁵, међународне организација за људска права са фокусом на права детета, дало је значајан увид у упоредно правну регулацију казне доживотног затвора, па се анализом истог може закључити да се, у поређењу са другим европским државама, домаћи законодавац определио за релативно високу границу старости лица према којима се може изрећи ова врста казне (21 година), док већина држава као старосни услов за изрицање казне доживотног затвора прописује навршених 18 година учиниоца кривичног дела у време извршења истог.⁴⁶

Друга разлика која се уочава јесте у погледу дужине издржане казне као услова за (условно) отпуштање. Већина држава поставља јасан минимални период казне који се мора издржати да би могло доћи до условног отпуста, с тим што тај период варира од седам година (Ирска) до 30 година (за нека кривична дела у Естонији, Бугарској и Француској). Овде се може приметити да се, имајући у виду упоредно право, наш законодавац определио за строжије решење у смислу да осуђени има право на условни отпуст тек након издржаних 27 година.⁴⁷ Логика за одређење домаћег законодавца за период од 27 година издржане казне

⁴⁴ "Situation of life-sentenced prisoners", European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), 2016, <https://rm.coe.int/16806cc447>, 12. мај 2023.

⁴⁵ <https://archive.crin.org/en/home/campaigns/inhuman-sentencing/problem/life-imprisonment/life-imprisonment-children-europe.html>, 19. април 2023.

⁴⁶ Тако је у Албанији, Украјини, Турској, Пољској, Аустрији, Белгији, Кипру, Русији, Естонији, Француској, Швајцарској, Немачкој, Грчкој, Словенији, Румунији, Италији, Монаку прописано да се не може изрећи казна доживотног затвора лицима млађим од 18 година, док се у Бугарској и Мађарској не може изрећи казна доживотног затвора лицима која у време извршења кривичног дела нису навршила 20 година. Пример држава које су се определиле за границу од 21 године, као и Република Србија, су Шведска и Македонија.

⁴⁷ Примера ради, према подацима из наведеног истраживања, у Швајцарској, Аустрији, Немачкој се осуђеници који издржавају казну доживотног затвора могу условно отпустити након издржаних 15 година казне, а

затвора пре могућности условног отпуста огледа се у томе да се код казне затвора у трајању од 40 година право на условни отпуст стицао након издржане 2/3 казне, односно након 26 година и 8 месеци издржане казне, а период од 27 година код доживотног затвора је за 4 месеца строжи у односу на максимални период код казне затвора у трајању од 30 до 40 година, иако је изменама КЗ ова казна замењена казном доживотног затвора.⁴⁸ Неке државе поред одређеног броја издржаних година казне, условни отпуст вежу и за старост осуђеног, па је тако у кривичном законодавству Румуније прописано да се осуђени који издржава казну доживотног затвора може условно отпустити након издржаних 20 година, међутим ако осуђени током издржавања казне наврши 60 година старости, може се условно пустити и након 15 година. Још један сличан пример налазимо у Финској, где осуђени који је на издржавању казне доживотног затвора, може бити условно ослобођен након 12 година, међутим, уколико је осуђеник имао мање од 21 године старости у време изрицања казне доживотног затвора, може бити условно ослобођен након 10 година.

Разлике су и у трајању условног отпуста, односно "рока проверавања", након којег се, у случају да осуђеник не изврши ново кривично дело, казна гаси. Наш законодавац је прописано да условни отпуст траје 15 година, што, доводећи у везу са другим условима за ову врсту казне, односно старосном границом и обавезним делом казне (21+27+15), врло вероватно значи да ће осуђени и уколико буде условно отпуштен, до краја живота или дубоке старости, бити на условном отпусту. У поређењу са законским решењима у другим земљама можемо рећи да је и у овом погледу наш законодавац прихватио строжије решење.⁴⁹

Занимљиво законско решење казне доживотног затвора, према подацима наведеног истраживања, је у Турској чије кривично законодавство прави разлику између "тешког доживотног затвора" и "доживотног затвора". Разлика између ове две казне, обзиром да обе подразумевају затварање осуђеног у затвор до краја његовог живота, јесте у условима под којима се стиче право на условни отпуст. Тако је "тешки доживотни затвор" казна која подразумева затварање осуђене особе у затвор до краја живота под посебним мерама надзора, с тим што осуђени има право на условни отпуст након издржаних 30 година казне, под условом да се за време издржавања казне добро владао. У случају да је истом лицу изречено више казни "доживотног затвора", од којих барем једна представља и "тешки доживотни затвор", осуђени нема право на условни отпуст пре издржаних 36 година казне затвора. "Доживотни затвор" је казна која подразумева затварање осуђене особе у затвор до краја њеног живота, с тим што осуђени има право на условни отпуст након издржаних 20 година казне, односно 30 година уколико му је изречено више казни "доживотног затвора". Овакав начин прописивања казне доживотног затвора даје могућност својеврсног одмеравања и ове врсте казне према тежини извршеног кривичног дела, за разлику од нашег законског решења где се казна доживотног затвора само изриче.

У кривичном законодавству Шведске уместо права на условни отпуст, осуђеник који издржава казну доживотног затвора има право да након издржаних 10 година поднесе молбу за утврђивање "фиксне" казне, која не може трајати краће од 18 година.

у Македонији у случају постојања посебних личних околности и након 10 година. У Словенији, Словачкој, Албанији и Русији осуђеник стиче услов за условни отпуст након издржаних 25 година казне.

⁴⁸ З. Грујић, "Казна доживотног затвора и заштита жртве кривичног дела", *Оштећено лице и кривичноправни инструменти заштите (међународни правни стандарди, Норма и пракса)* (ур. С. Бејатовић), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2019, 164.

⁴⁹ На пример у Румунији и Пољској условни отпуст траје 10 година.

Европске државе у којима се може изрећи доживотни затвор малолетницима су Кипар, Француска и Велика Британија.

Неке од европских држава које не познају казну доживотног затвора јесу Сан Марино, Португал, Норвешка, Црна Гора, Хрватска, Ватикан, Босна и Херцеговина.

7. ЗАКЉУЧАК

Законодавац приликом прописивања сврхе казне и самих казни треба примарно имати на уму обавезе и ограничења које је домаће законодавство прихватило потписивањем међународних конвенција које имају примат у примени у односу на домаће прописе, обзиром да домаћи закони морају бити у сагласности са истим. Казна доживотног затвора без могућности условног отпуста за одређена кривична дела је у кривично законодавство Републике Србије уведена као последица притиска јавности, примарно удружења и активности које су иницирале породице чија су деца била жртве монструозних злочина, а који су се десили на територији Републике Србије. Неспорно је да је таква појава указала на једну аномалију у друштву која се морала на адекватан начин санкционисати, међутим сматрамо да доношење законских регулатива које су примарно мотивисане удовољењу воље јавности, упркос мишљењу струке, без јавне расправе и адекватне анализе законских решења, а поготову упркос њиховој директној супротности са одредбама ЕКЉП, у основи представљају казнени популизам.⁵⁰ Свакако да појединачни догађаји у једном друштву могу бити разлог отварања питања измене казног система, у корист којег става говоре и скорашња два масовна убиства, најтежа која су се догодила у Републици Србији у модерној историји, где су извршиоци, без обзира на тежину извршених дела и последица истих, услед година старости у време извршења дела, ван оквира казне доживотног затвора, а што указује на евентуалну потребу спуштања доње старосне границе кривичне одговорности, односно услова за изрицање најтеже врсте казне, али у смислу разматрања са аспекта пенолошке оправданости и анализе социолошких промена и потреба и усклађености са обавезујућим међународним документима, а не и рефлексно прилагођавање казног система као одговор на изоловане трагедије и њихове учиниоце. У том смислу, сматрамо да је зарад конзистентности материјалног кривичног законодавства, важно прилагодити модел казне доживотног затвора тако да је иста усклађена са гарантованим људским правима ЕКЉП и другим међународним конвенцијама и уговорима на чију примену смо се обавезали.

ЛИТЕРАТУРА

- Божјић В. и Ђукић М. "Историјско-правни развој кривичних дела против живота и тела у републици Србији до укидања смртне казне", *Српска политичка мисао*, број 3/2021
- Грујић З., "Казна доживотног затвора и заштита жртве кривичног дела", *Оштећено лице и кривичноправни инструменти заштите (међународни правни стандарди, норма и пракса)* (ур. С. Бејатовић), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу и "Intermex", Београд, 2019.
- Драгичевић – Дичић Р., "У сусрет изменама кривичног законика", *Билтен Врховног касационог суда, Intermex*, Београд, 2015.
- Јовашевић Д. "Појам и карактеристике казне затвора у југословенском праву", *зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш, 2002.

⁵⁰ З. Грујић, "Казна доживотног затвора и заштита жртве кривичног дела", *Оштећено лице и кривичноправни инструменти заштите (међународни правни стандарди, норма и пракса)* (ур. В. Турањанин), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2020, 158.

- Стојановић З., *Кривично право—Приручник за полагање правосудног испита*, ЈП "Службени гласник", Београд, 2013.
- Стојановић З., *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2018.
- Ћирић Ј., "Жртве које су промениле свет", *Оштећено лице и кривичноправни инструменти заштите* (међународни правни стандарди, норма и пракса) (ур. В. Турањанин), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2019.
- Ђоровић Е. "Доживотни затвор и условни отпуст у кривичном праву Србије: нека питања и дилеме", *Ревизија за криминологију и кривично право*, бр. 1/2021 (ур. М. Колаковић–Бојовић, И. Стевановић), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу и Институт за криминолошка и социолошка истраживања у Београду, Београд, 2021.

* * *

Milana Mrvić*

Lejla Hubić Nurković**

LIFE IMPRISONMENT IN CRIMINAL LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF SERBIA WITH SPECIAL REFERENCE TO COMPARATIVE LAW

Summary

In the first part of this paper, it is shown what forms the prison sentence has taken, since its introduction until today, with amendments and additions to the criminal regulations in the domestic legislation, with reference to the sentence of life imprisonment de lege lata. Special emphasis in the paper is placed on the relationship between life imprisonment and the institution of parole, amnesty and pardon, considering that it is precisely through these institutions that changes life imprisonment from a "permanent" to a time – limited sentence. Also, in addition to the above, the paper compares the legal regulation of life imprisonment in other European countries, as well as the practice of the European Court of Human Rights, pointing out the inconsistencies between the articles of the European Convention on Human Rights and and the recommendations of the Council of Europe with the sentence life imprisonment from the Criminal Code of the Republic of Serbia.

Key words: life imprisonment, parole, amnesty, pardon, human rights.

* Chief public prosecutor of The Higher Public Prosecutor Office in Novi Pazar, milenamrvic@gmail.com

** Prosecutorial associate of The Higher Public Prosecutor Office in Novi Pazar

Сузана Миљивојевић*

ОДГОВОРНОСТ ЗА КРИВИЧНА ДЕЛА ИЗВРШЕНА ПУТЕМ ВЕШТАЧКЕ ИНТЕЛИГЕНЦИЈЕ¹

Апстракт: Вртоглави развој информационих технологија, превасходно вештачке интелигенције, и њена неизоставна употреба у свакодневним људским активностима довели су до инцидената који су нас, сасвим оправдано, навели да поставимо питање – шта се дешава када ентитет вештачке интелигенције предузме радњу којом би се, да је предузета од стране човека, остварила обележја бића одређеног кривичног дела? Да ли је конституисана кривична одговорност тих ентитета или су, пак, за извршење кривичног дела одговорни програмер и крајњи корисник вештачке интелигенције? Аутор ће се у наставку рада најпре бавити потребом за успостављањем кривичне одговорности субјеката вештачке интелигенције, затим потенцијалним моделима кривичне одговорности и, на крају, питањем кажњавања.

Кључне речи: вештачка интелигенција, кривична одговорност, казна.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

"Онда се не сећате света без робота. Некада се људски род сам суочио са изазовима Универзума, без икаквог пријатеља. Сада има створења да му помогну – створења јача од њега самог, вернија, кориснија и апсолутно му одана. Човечанство више није само. Јесте ли икада размишљали на тај начин?"²

Вештачка интелигенција (даље: ВИ) представља технологију која се и даље развија свуда у свету. Њено стварање је представљало сан човечанства, нешто попут судара фикције и реалности. Премда ВИ сматрамо тековином савременог доба, интересантно је да је још 1495. године Леонардо Да Винчи створио први концепт исте, назвавши га "Аутоматизовани витез".³ Међутим, употреба вештачке интелигенције одавно превазилази оквире научне фантастике. Самовозећи аутомобили увелико циркулишу улицама градова попут Питсбурга, патроле робота обезбеђују кампусе и паркинге широм Калифорније, системи наоружања са различитим нивоима аутономности користе се од стране војних сила великог броја држава,⁴ док са изумом виртуелних асистената попут *Siri* и

* Мастер правник, докторанд Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, smilivojevic@hotmail.com.

¹ Рад је настао као резултат рада на пројекту Нормативно кодирање вештачке интелигенције: изабрана питања - *NomoCodeAI-034*, финансиран од стране Центра за научноистраживачки рад САНУ и Универзитета у Крагујевцу

² I. Asimov, *I, Robot*, Spectra, New York, 1991, 3.

³ R. Rashmi, S. Sneha, "Artificial Intelligence: IPR, Liability and Ethical Issues", *INTL. IN-House Counsel J*, 11/2018, 1.

⁴ Мапирање међународних и националних правних норми за ВИ одлучивање у области заштите података, клиничке медицине и војних система предмет је истраживања у оквиру пројекта #NomoCode-AI034 финансираног од стране Универзитета у Крагујевцу.

Alexe, вештачка интелигенција полако улази у све сегменте нашег свакодневног живота. Посебно је забрињавајућ утицај ентитета ВИ на људске животе, да ли и како правни системи могу да одговоре на технолошка достигнућа у циљу спречавања сваке потенцијалне злоупотребе,⁵ имајући у виду да софтвер који се заснива на вештачкој интелигенцији више није једноставно оруђе у људским рукама, већ доноси појединачне одлуке у контексту задатака за чије решавање је програмиран.⁶

Вештачка интелигенција се може дефинисати као систем дизајниран од стране који, с обзиром на комплексан задатак, делује у физичком или дигиталном свету тако што опажа своје окружење, тумачи прикупљене структуриране и неструктуриране податке, и на основу знања добијеног обрадом тих података одлучује се за оптималну радњу коју би требало предузети за постизање задатог циља, а све на основу унапред дефинисаних параметара. Овакав систем такође може бити програмиран да прилагоди своје поступање анализирајући како на окружење утичу његове претходно предузете радње.⁷ Значај вештачке интелигенције требало би сагледати кроз могућност дужег опстанка људске цивилизације у случају њеног развоја у правом смеру, имајући у виду да природни ресурси ишчежавају из дана у дан. Насупрот томе, превелика зависност од исте, може довести до бржег краја људске цивилизације, те је од круцијалне важности успостављање адекватног правног оквира у циљу што потпунијег регулисања развоја технологије.⁸ Како је назначено у преамбули Монреалске декларације о одговорном развоју вештачке интелигенције, вештачка интелигенција са собом носи велики етички изазов и друштвене ризике са настанком и развојем интелигентних машина које могу ограничити изборе појединаца и група, снизити животни стандард, пореметити организацију рада и тржишта рада, утицати на политику, довести до кршења основних људских права, поспешити већ постојеће друштвене и економске неједнакости и негативно утицати на екосистеме, климу и животну средину.⁹

Људска зависност од система вештачке интелигенције прилично је порасла узевши у обзир да ВИ има потенцијал да решава проблеме и даје одговоре на питања на која сам човек не може одговорити, посебно она која се тичу велике количине информација и широког спектра избора. Међутим, вештачка интелигенција није магија.¹⁰ Без сумње, поступање ентитета вештачке интелигенције достиже критичну тачку када се комуникација одвија између тих ентитета, са једне стране, и лица или ствари, са друге стране. Обично до тога долази када софтвер вештачке интелигенције и контролирани хардвер на неки начин замене, пермутују стварни свет. Том приликом, наступа физичка манифестација вештачке интелигенције, односно, софтвер такорећи "излази" из сајбер простора, што отвара питање – ко треба да сноси одговорност за поступање синтетичких бића?¹¹

⁵ P. Lean Lau, "The Extension of Legal Personhood in Artificial Intelligence", 46 *REV. BIOETHICA & DERECHO*, 47/2019, 49.

⁶ D. Rajpurohit, R. Seal, "Legal Definition of Artificial Intelligence", *Supremo Amicus*, 10/2019, 89.

⁷ High Level Expert Group on Artificial Intelligence, Report on artificial intelligence in criminal law and its use by the police and judicial authorities in criminal matters, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0232_EN.html, 7. мај 2023.

⁸ S. Kumar Dalara, "Artificial Intelligence: A Legal Overview", *INT'l J.L. MGMT. & HUMAN*, 2420, 4/2021, 2421.

⁹ R. Rodrigues, "Legal and human rights issues of AI: Gaps, challenges, and vulnerabilities", *Journal of Responsible Technology*, 20/2020, 2.

¹⁰ S. Kumar Dalara, *op. cit.*, 2421.

¹¹ D. Rajpurohit, R. Seal, *op. cit.*, 89.

2. ПОТРЕБА ЗА УСПОСТАВЉАЊЕМ КРИВИЧНЕ ОДГОВОРНОСТИ ВЕШТАЧКЕ ИНТЕЛИГЕНЦИЈЕ

Сведоци смо чињенице да активности вештачке интелигенције могу да повредe лична права или јавни интерес који ужива заштиту кривичног права. Стога је од изузетног значаја успостављање адекватних правних гаранција које ће смањити ризик од штете коју употреба ВИ система може проузроковати. Управо је један од највећих изазова савременог доба дефинисање улоге и места вештачке интелигенције у систему друштвених односа који уживају заштиту кривичног права, односа између безбедности информација и истраживања вештачке интелигенције и његови резултати, могућности и оправданости признања статуса објекта и/или субјекта злочина вештачкој интелигенцији отелотвореној у роботској јединици. Незаустављив развој вештачке интелигенције последично доводи до могућности да се она користи за извршење кривичног дела или да чак представља директну претњу по права и интересе човека, друштва и државе.¹²

Први инцидент изазван од стране вештачке интелигенције који је привукао позорност јавности догодио се 1981. године у Јапану када је хидраулична рука зграбила запосленог који је радио на роботу и одвукла га у машину за млевење.¹³ Након тога, 2001. године у Сједињеним Америчким Државама, радник фабрике аутомобила је ушао у кавез у ком се налазио робот, а он га је детектовао као претњу и угушио. Том приликом, Управа за безбедност и здравље на раду известила је да су се само у САД догодила најмање 33 смртна случаја, као и да тај број има тенденцију раста узевши у обзир да работи полако напуштају своје кавезе.¹⁴

Такође, у току спроведене војне вежбе Јужноафричке одбрамбене војне снаге 2009. године, компјутеризовани *Oerlikon MKS*, двоцевни анти-авионски топ, претрпео је неочекивани софтверски квар што је довело до испаливања 550 метака у минути у круговима од 360 степени у потпуно аутоматском режиму резултирајући смрћу девет војника и тешким рањавањем четрнаест војника.¹⁵ Након тога, у марту 2018. године у Аризони, експериментално возило Убер које у потпуности функционише у аутономном режиму прегазило је и усмртило пешака који је прелазио улицу. Нажалост, списак несрећа проузрокованих употребом система вештачке интелигенције није исцрпљен претходно наведеним примерима.

Како је најчешће већи број људи умешан у рад ВИ система, тешко је утврдити ко је одговоран када нешто крене по злу, имајући у виду велики број фактора који би требало да се узму у обзир.¹⁶ Међутим, еволуција информационих технологија довела нас је до тачке на којој се суочавамо са постојањем агената, односно ентитета вештачке интелигенције, који имају способност аутономног поступања без икакве људске интервенције, или, пак, са минимумом те интервенције.¹⁷ Дакле, што је вештачка интелигенција напреднија – теже је кори-

¹² O. E. Radutniy, "Criminal Liability of the Artificial Intelligence", *138 Probs. LEGALITY*, 132/2017, 132–133.

¹³ G. Hallevy, "The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities – From Science Fiction to Legal Social Control", *Akron Intellectual Property Journal*, 4/2010, 172.

¹⁴ D. Chronicle, Deadly world of criminal robots and drones, <https://www.deccanchronicle.com/nation/current-affairs/040219/deadly-world-of-criminal-robots-and-drones.html>, 27. април 2023.

¹⁵ N. Shachtman, Robot Cannon Kills 9, Wounds 14, <https://www.wired.com/2007/10/robot-cannon-ki/>, 7. април 2023.

¹⁶ L. Gluyas, S. Day, "Artificial Intelligence – Who is Liable When AI Fails to Perform? CMS Cameron Mc Kenna Nabarro Olswang LLP", <https://cms.law/en/media/local/cms-cmno/files/publications/publications/artificial-intelligence-who-is-liable-when-ai-fails-to-perform>, 8. мај 2023.

¹⁷ O. E. Radutniy, *op. cit.*, 134.

стити лака правила одговорности према њој. Посебне тешкоће у лоцирању одговорности јављају се када узрок претрпљене повреде не можемо повезати са било којим људским фактором, односно када је степен аутономности система ВИ изузетно висок.¹⁸

Комисија за грађанскоправна правила за роботiku је у свом Извештају са препорукама истакла да, што су ентитети вештачке интелигенције аутономнији – то је теже сматрати их једноставним алатима у рукама њихових корисника. То последично доводи до тога да су једноставна правна правила о одговорности недовољна и да је потребно дефинисати нова правна правила која се заснивају на давању одговора на питање – како се машина може сматрати у потпуности или делимично одговорном за своја чињеница или нечињеница?¹⁹

Одговорност за кривична дела извршена путем вештачке интелигенције уско је повезано са питањем признања правног субјективитета ентитетима вештачке интелигенције. Људски страх од њих се углавном заснива на чињеници да се системи ВИ не сматрају субјектима права. Дакако, некада су страховали и од корпорација и њихове способности да изврше широк спектар кривичних дела. Међутим, како су корпорације субјекти кривичног и компанијског права, дакле представљају правне категорије и самим тим носе одговорност за радње које предузимају, тај страх је у великој мери редукован.²⁰

Стручњаци неретко дебатују и о томе да ли ВИ и роботски системи потпадају под постојеће правне категорије или је потребно конституисати нову категорију, узевши у обзир њене специфичности. Да ли се ентитети ВИ уопште могу сматрати правним субјектима? *Brožek* и *Jakubiec*²¹ разматрали су питање кривичне одговорности аутономних машина и установили да им се не би могао признати статус субјекта права. *Bryson*, *Diamantis*, и *Grant*²² сматрали су да ће признање правног субјективитета чисто синтетичким ентитетима постати веома реална правна могућност али су мишљења да би такав поступак законодавца био морално непримерен и правно проблематичан. Високостручна Експертска група ВИ посебно је ургирала на творце правних правила да се уздрже од сваког конституисања правног субјективитета робота и ВИ система. Насупрот томе, *Turner* и сарадници²³ сматрали су да се стварање правног субјективитета ВИ може правдати као елегантно решење забринутости која се јавља у погледу потешкоћа у приписивању одговорности за ВИ. Требало би напоменути да се ово питање претежно регулише на националним нивоима, док је постизање договора на међународном и регионалном нивоу отежано. За сада, практично је немогуће одговорити на питање како актуелни правни системи фокусирани на људска бића, још увек не могу да се на адекватан начин носе са изазовима који се односе на употребу система ВИ, нарочито у ситуацијама када се изврши кривично дело. Међутим, без обзира на претходно наведено, ентитети ВИ тренутно нису субјекти права, већ их правни системи широм света посматрају као производ или вид услуге.²⁴

¹⁸ A. Amarendar Reddy, "Legal Implications in Artificial Intelligence", *INT'L J.L. MGMT. & HUMAN.* 1766, 5/2022, 1780.

¹⁹ Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html, 1. maj 2023.

²⁰ G. Hallevy, *op. cit.*, 173–174.

²¹ B. Brožek, M. Jakubiec, "On the legal responsibility of autonomous machines", *Artificial Intelligence and Law* 25, 3/2017, 293–304.

²² J. Bryson, M. Diamantis, T. D. Grant, "Of, for, and by the People: The Legal Lacuna of Synthetic Persons", *Artificial Intelligence & L.*, 25/2017. 273; *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, 5/2018, <https://ssrn.com/abstract=3068082>, 5. maj 2023.

²³ J. Turner, *Robot Rules: Regulating Artificial Intelligence*, Palgrave Macmillan, Cham, 2018, 173–205.

²⁴ R. Rodrigues, *op. cit.*, 9.

3. МОДЕЛИ ОДГОВОРНОСТИ ЗА КРИВИЧНА ДЕЛА ИЗВРШЕНА ПУТЕМ ВЕШТАЧКЕ ИНТЕЛИГЕНЦИЈЕ

Централни појам кривичног права је питање кривичне одговорности, односно, да ли је одређени субјект кривично одговоран за радњу коју је предузео у одређеном временском тренутку на одређеном месту. Како би физичко лице било кривично одговорно, неопходно је да буду остварена два конститутивна елемента – спољна или физичка манифестација кривичног дела која је законом предвиђена као кривично дело и која је противправна, односно, радња кривичног дела, предвиђеност у закону и противправност (*actus reus*), и свест и намера да се изврши одређено кривично дело, кривица (*mens rea*). У случају непостојања једног од ова два елемента, кривична одговорност се не може приписати конкретном субјекту. Радња кривичног дела се најчешће испољава као радња чињења. Такође, може се манифестовати као радња пропуштања дужног чињења, док се *mens rea* елемент може јавити у различитим облицима, од изразитог знања и хтења да се изврши кривично, до непостојања воље и свести, а лице је морало да зна и било је дужно да зна да радњом коју предузима врши одређено кривично дело.

Дакле, да би се одређено лице сматрало кривично одговорним, неопходно би било доказати постојање субјективног и објективног елемента у време извршења кривичног дела. Релевантно питање које се јавља у погледу кривичне одговорности ентитета вештачке интелигенције је – како ентитети вештачке интелигенције могу испунити два елемента кривичне одговорности?

Велики број научника сматра да ће ВИ у овом веку достићи способност већег дела или пак свих домена људске интелигенције. Свакако се морамо сложити да одређене врсте вештачке интелигенције не поседују капацитете неопходне да би се евентуално сматрале кривично одговорним. Наиме, такозвана "равна" вештачка интелигенција фокусирана је на ограничен спектар вештина, односно, програмирана је за давање одговора, не и за разумевање једноставних веза и теоријских оквира. Под њу, примера ради, потпадају *Siri*, *Alexa* и *Google maps*.

Насупрот "равној" вештачкој интелигенцији, "генерална" вештачка интелигенција представља интелигенцију машине која би могла да изврши успешно сваки интелектуални задатак који може и људско биће. Означаваче се још и као "јака" ВИ и *Human-level Machine Intelligence*.²⁵ Поједини аутори сматрају да је *Human-level* ВИ следећа генерација вештачке интелигенције која ће, поред тога што ће вршити интелектуалне задатке људског бића, такође поседовати и својеврсна осећања која ће моћи да контролише кроз аутономно људско понашање.²⁶ Ментално функционисање Јаке ВИ може, у најмању руку, бити софистицирано као људско. Уколико би та врста вештачке интелигенције желела да изврши кривично дело, не само да би знала како да га изврши, већ би разумела да радњом коју предузима врши кривично дело, што би задовољавало *mens rea* елемент кривичне одговорности. Такође, имала би и физичке предиспозиције да изврши кривично дело. Дакле, и *actus reus* елемент би у конкретном случају био испуњен.

²⁵ D. Atkinson, "Criminal Liability and Artificial General Intelligence", 2 *THE JOURNAL of Robotics, ARTIFICIAL INTELLIGENCE & LAW (Fastcase)*, 5/2019, 333, fn. 10.

²⁶ M. Dobrinou, "The Influence of Artificial Intelligence on Criminal Liability", *LEX ET Scientia INT'L J.* 140, 26/2019, 143.

У циљу вршења анализе способности ентитета вештачке интелигенције да изврше кривично дело, најпре је неопходно детектовати допринос различитих других фактора (превасходно људског) у чињењу или пропуштању које у конкретном случају представља радњу извршења кривичног дела (*actus reus*). И даље се одговорност за кривична дела извршена путем вештачке интелигенције примарно приписује крајњем кориснику, супервизору и творцу предметних система, како су то лица која се налазе "иза машине". Том приликом се најпре поставља питање услова под којима је систем деловао, софтвера који је дизајниран и имплементиран у машину, компјутерске инструкције које су му задате или пак пропуштања да се примети да предметни ентитет садржи грешку и да наноси зло појединцу.²⁷

Поједини аутори су идентификовали посебне појаве које обликују елементе ВИ и пресудне су у објашњавању потешкоћа у процени удела кривичне одговорности између такозваног "синтетичког лица" и "физичког лица". Ти елементи су:

- повећање аутономије (смањен је обим људске контроле над ентитетима вештачке интелигенције);
- непредвидивост (недостатак спознаје ВИ може довести до потпуно другачијих реакција од оних које су својствене људима);
- кривична неодговорност (све док им се не призна правни субјективитет, системи ВИ се не могу сматрати одговорним за своје штетне радње).

Доктрина је конституисала и три модела кривичне одговорности ентитета вештачке интелигенције. Према првом моделу, познатом као модел извршења преко другог, вештачка интелигенција се сматра невиним агентима, односно, није кривично одговорна. Други модел системе вештачке интелигенције посматра као делимично-невине агенте и другачије се назива модел природно-вероватних последица, према коме долази до поделе кривичне одговорности између ВИ и човека. На крају, трећи модел је модел директне кривичне одговорности који у потпуности изједначава кривичну одговорност робота са кривичном одговорношћу човека.²⁸

3.1. Модел извршења преко другог – "невини агенти"

Са становишта права, машина је машина, никако човек.²⁹ Овај модел не негира у потпуности способност ВИ да изврши кривично дело, већ је изједначава са кривичном одговорношћу интелектуално ограничене особе попут детета или особе којој недостаје криминални ум. Рецимо, дронови који испалују ракете у ратним зонама не схватају да одузимају људске животе, већ једноставно испалују пројектил када се испуне услови за то. Не пуцају са намером да лише живота или проузрокују штету јер сами не разумеју значење убиства или доношења штете. Садашњи роботи су сличнији обученим псима чуварима него људима у погледу *mens rea*.

Вештачка интелигенција се сматра пуким средством извршења кривичног дела, док је страна која је користи да изврши кривично дело (извршилац преко другог) главни извршилац и сматра се одговорном за понашање "невиног агента". Постоје две групе лица које се могу сматрати извршиоцем преко другог, а то су програмер ВИ софтвера услед

²⁷ *Ibid.*, 144.

²⁸ S. Bruno Santos Divino, "Critical Considerations on Artificial Intelligence Liability: E-Personality Propositions", *REV. ELECTRONICA DIREITO Sociedade* 193, 8/2020, 200.

²⁹ G. Hallevy, *op. cit.*, 173–174.

намерно програмирања ВИ да изврши кривично дело и крајњи корисник вештачке интелигенције који је злоупотребљава за извршење кривичног дела.³⁰ И у једном и у другом случају кривично дело је извршено од стране ентитета вештачке интелигенције имајући у виду да се поступање програмера или корисника не може подвести под биће тог кривичног дела. Међутим, овај модел одговорности радњу извршења кривичног дела путем вештачке интелигенције посматра као радњу предузету од стране две претходно наведене групе субјеката, док основ за приписивање одговорности налази у инструменталној употреби вештачке интелигенције која се јавља у улози невиног агента. Према овом моделу кривичне одговорности вештачкој интелигенцији недостаје *mens rea* за извршење кривичног дела.³¹

Gabriel Hallevy истиче предности и недостатке овог система одговорности. Наиме, исти је погодан у два случаја. У првом случају, ентитет вештачке интелигенције користи се за извршење кривичног дела без својих напредних карактеристика, док се у другом случају користи стара верзија ВИ система којој недостају управо те напредне карактеристике. Оно што је заједничко првој и другој ситуацији је инструментална употреба ВИ из чега јасно видимо да су ти ентитети и те како погодни за ту употребу услед њихове способности да испуне задату команду која може подразумевати извршење одређеног кривичног дела.³² Овај модел одговорности се никако не може применити када субјект вештачке интелигенције одлучи да изврши кривично дело подстакнут својим сопственим акумулираним искуством и знањем, када није програман за извршење кривичног дела али га ипак изврши или када не функционише као невиног агент већ као делимично-невиног агент.³³

3.2. Модел природно-вероватних последица – "делимично невиног агенти"

Други модел кривичне одговорности који се може применити је управо модел по коме се субјекти вештачке интелигенције сматрају делимично-невиног агентима. Овај модел покушава да направи дистинкцију између радњи за чије вршење је ВИ систем преваходно програмиран и оних које су касније практиковане.³⁴ Према овом моделу, дакле, програмер или крајњи корисник непосредно користе субјекте вештачке интелигенције и том приликом врше кривично дело, али за разлику од претходно описаног модела, недостаје вољни елемент за извршење кривичног дела. Кривична одговорност може настати у два случаја, због немара или несмотрености произвођача у програмирању ВИ система или као природна или вероватна последица радње коју је задао крајњи корисник.³⁵ Немарно лице, с аспекта кривичног права, лице је које нема сазнање о кривичном делу, али је, као разумно, требало да зна и могло да зна да је кривично дело природна и вероватна последица радње предузете од стране тог лица. Немарност је, заправо, непостојање свести или знања, онда када је постојала дужност да исте постоје.

И даље остаје питање – који је удео у одговорности ентитета вештачке интелигенције када се примени модел природно-вероватних последица, односно, модел, делимично невиног агента? Постоје два могућа исхода. Уколико је ВИ софтвер деловао као

³⁰ A. Kumar Padhy, A. Kumar Padhy, "Criminal Liability of the Artificial Intelligence Entities", 8 *NIRMA U. L.J.*, 15/2019, 18.

³¹ G. Hallevy, *op. cit.*, 180.

³² *Ibid*, 181.

³³ *Ibid*, 181.

³⁴ S. Bruno Santos Divino, *op. cit.*, 200.

³⁵ A. Kumar Padhy, A. Kumar Padhy, *op. cit.*, 19.

невини агент (дакле, није имао *mens rea* приликом извршења кривичног дела), неће бити одговоран за извршење кривичног дела. У том случају, овај модел одговорности за кривична дела извршена путем вештачке интелигенције се не разликује од модела извршења преко другог. Међутим, уколико софтвер ВИ није деловао као невини агент, онда се поред одговорности програмера и крајњег корисника успоставља и директна кривична одговорност манифестације вештачке интелигенције.

3.3. Модел директне кривичне одговорности

Последњи, трећи модел кривичне одговорности за кривична дела извршена путем вештачке интелигенције је модел директне одговорности. Према њему, кривична одговорност ентитета вештачке интелигенције не заснива се на кривичној одговорности програмера и крајњег корисника, већ се фокусира на њу саму. Да би се конституисала кривична одговорност било које врсте субјеката, неопходно је доказати постојање објективног и субјективног елемента приликом извршења кривичног дела. Тек када се докаже да је радња предузета са знањем и вољом да се њом изврши кривично дело, лице које ју је предузело ће се сматрати одговорним. Исто важи и за модалитете вештачке интелигенције. Другим речима, тек уколико се утврди да су приликом извршења кривичног дела од стране вештачке интелигенције остварени *mens rea* и *actus reus* елементи, не постоји препрека да јој се припише кривична одговорност.

Могућност испуњења спољног, објективног елемента кривичне одговорности није спорна. Све док ентитет вештачке интелигенције користи и контролише механички или било који други систем за померање покретних делова, сваки акт се може сматрати предузетим од стране субјекта вештачке интелигенције. Рецимо, уколико ентитет вештачке интелигенције покретањем своје хидрауличне руке предузме радњу која се може подвести под објективни елемент бића одређеног кривичног дела, сматраће се да је *actus reus* елемент остварен. Ситуација је још једноставнија када су у питању кривична дела пропуштања. Наиме, тада модалитет вештачке интелигенције уопште није деловао, а постојала је дужност да делује и самим тим је испуњеност спољног елемента кривичне одговорности извеснија.³⁶

У погледу субјективног, односно, *mens rea* елемента, неопходно је доказати постојање елемента воље и елемента свести ентитета вештачке интелигенције приликом извршења кривичног дела. Елемент свести, би се могао дефинисати као чулно детектовање одређених података, њихово обрађивање и разумевање. Сензорни рецептори вида, слуха, додира, су уобичајени код највећег дела ВИ система. Наведени рецептори преносе примљене чињеничне податке централним процесорским јединицама које врше анализу примљених података. Између процеса анализе код вештачке интелигенције и разумевања код људи се може направити паралела. Људски мозак такође анализира податке које прибавља органима чула вида, слуха и слично, док напредни алгоритми вештачке интелигенције покушавају да имитирају људске когнитивне процесе.³⁷

Могло би се рећи да је овај модел футуристички. У будућности ће ентитети вештачке интелигенције вероватно моћи да функционишу на потпуно независан, аутоно-

³⁶ G. Hallevy, *op. cit.*, 187.

³⁷ D. C. Dennett, "Evolution, Error, and Intentionality", *The Foundations of Artificial Intelligence*, 190 (eds. D. Partridge, Y. Wilks), Cambridge University Press, Cambridge, 2006, 190–212.

ман начин, не ослањајући се само на алгоритме. Такви субјекти би имали когнитивне способности, односно способност да од широког спектра избора изаберу најбоље могуће решење проблема. У случају да такав вид вештачке интелигенције изврши кривично дело, сматрао би се кривично одговорним.³⁸

Такође, важно је напоменути да се три претходно описана модела кривичне одговорности међусобно не искључују, да нису постављени као алтернативе. Напротив, могли би се применити комбиновано у циљу стварања што потпуније слике доприноса ентитета вештачке интелигенције у извршењу кривичног дела. Дакле, комбинација сва три модела ствара непрозирну мрежу кривичне одговорности, што значи да када су системи ВИ и људи директно или индиректно укључени у извршење одређеног кривичног дела, долази до сужавања простора за евентуално избегавање кривичне одговорности.³⁹

4. КАЖЊАВАЊЕ ЗА КРИВИЧНА ДЕЛА ИЗВРШЕНА ПУТЕМ ВЕШТАЧКЕ ИНТЕЛИГЕНЦИЈЕ

Ако бисмо пошли од претпоставке да је ентитет вештачке интелигенције кривично одговоран, да је извршио кривично дело за које је на крају осуђен – неопходно би било да имамо и адекватну казну и кривичну санкцију. Да ли је уопште могуће изрећи казну затвора или новчану казну софтверу и, наравно, да ли је то оправдано имајући у виду општу сврху кажњавања која је превасходно оличена у генералној и специјалној превенцији док ретрибуцију ставља у други план. Мишљења смо да се постојећи систем кажњавања начелно може применити за извршиоце који потпадају под вештачку интелигенцију, при чему је неопходно да исти претрпи одређене модификације, стога ћемо у наставку размотрити могућност примене смртне казне, казне затвора, новчане казне и рада у јавном интересу на ентитете вештачке интелигенције.

Према *Halleyju*, разматрања о прилагођавању казне која испитују теоријске основе сваке појединачне казне, састоје се од три фазе и примењују се за сваку на идентичан начин. Свака појединачна фаза даје одговор на следећа питања:

- који је основни значај конкретне кривичне санкције за човека?
- какво дејство кривична санкција може имати на ВИ ентитет?
- које кривичне санкције могу имати исти практичан значај када се изрекну модалитетима вештачке интелигенције?

Смртна казна представља најтежу кривичну санкцију и искорењена је из правних система највећег броја држава будући да је право на живот основно и апсолутно право човека. Премда се тежи њеном потпуном укидању, представља најефикаснију брану рецидивизму јер њено извршење подразумева потпуно и трајно измештање појединца из средине која је погођена извршењем конкретног кривичног дела. Живот ентитета вештачке интелигенције подразумева његово независно постојање као таквог. Понекад се јавља у физичком облику (нпр. робот), а некада има само форму апстрактног постојања, када је софтвер инсталиран на рачунарском систему или на мрежном серверу.⁴⁰ Тако, аналогно смртној казни код човека која подразумева његово трајно онеспособљавање за вршење

³⁸ A. Kumar Padhy, A. Kumar Padhy, *op. cit.*, 19–20.

³⁹ G. Hallevy, *op. cit.*, 193–194.

⁴⁰ G. Hallevy, *op. cit.*, 196.

кривичног дела, може се успоставити казна брисања софтвера који контролише систем вештачке интелигенције. Када се софтвер вештачке интелигенције трајно избрише, неутралише се свака могућност да поново изврши кривично дело.

Казна затвора је најпримењенија казна и може се дефинисати као смештај лица на основу одлуке суда у кривичном поступку или одлуке донете у неком сличном поступку, којом је утврђено да је лице извршило одређено кривично дело.⁴¹ Састоји се од лишења слободе и ограничења слободе кретања, те се њом директно задире у људска права појединца. Слобода ентитета вештачке интелигенције подразумева слободу да делује као такав у релевантној области. Имајући у виду природу затворске казне, практична радња којом се могу остварити исти резултати систему вештачке интелигенције било би стављање ван употребе на одређени временски период. У том периоду не би било дозвољено предузимати било коју радњу која би се односила на употребу ВИ ентитета, чиме би се ограничила његова слобода.⁴²

Плаћање новчане казне подразумева умањење или лишавање људи одређене имовине. У случају да извршилац кривичног дела нема средстава да плати новчану казну, долази до изрицања такозваног супленторног затвора, односно одређени износ новчане казне мења се даном казне затвора. За разлику од људи, вештачка интелигенција најчешће не поседује никакву имовину, новац, нити банковне рачуне како би се ова казна уопште применила. Међутим, у случају да ентитет ВИ заиста има одређену имовину, новчана казна би се применила на исти начин као и на човека.⁴³

Казна рада у јавном интересу настаје као алтернатива казни затвора и у многим правним системима се примењује као супститут казни краткотрајног лишења слободе. Значај друштвеног рада за људе се огледа у доприносу рада заједници. Како је већ истакнуто, систем вештачке интелигенције може бити "ангажован" у различитим областима, те тако, када њему наметнут рад представља бенефит за друштвену заједницу, исти се може сматрати радом у јавном интересу.

5. ЗАКЉУЧАК

Неопходно је прећи дугачак пут до свеобухватног дефинисања и обликовања норми којима ће бити обухваћене све правне ситуације када се синтетичка бића јављају као извршиоци кривичних дела. Међународна регулатива се превасходно базира на успостављању правног оквира који се тиче развоја ВИ система и његове употребе у домену обраде података, у здравству, образовању, и слично. Важно је напоменути да не постоји ни општеприхваћена дефиниција појма вештачке интелигенције, нити јединствен став стручњака у погледу потребе за признањем правног субјективитета као неизоставне премисе конституисања кривичне одговорности. Међутим, све до тренутка док вештачка интелигенција не достигне ниво развоја који ће јој омогућити потпуну аутономност у поступању, није оправдано приписати јој кривичну одговорност, већ је једино могућа примена модела одговорности извршења преко другог. Дакле, за кривична дела изврше-

⁴¹ P Lejins, "Incarceration or Imprisonment in the Light of Contemporary Theories of Criminality", *Yugoslavian J. Crimin. & Crim. L.*, 14/1976, 165.

⁴² G Halleve, *op. cit.*, 197.

⁴³ *Ibid.*, 199.

на путем вештачке интелигенције одговорни су програмер и крајњи корисник вештачке интелигенције.

Сложићемо се да је сада заиста тешко замисливо да ће технологија узнатредавати до те мере када ће ентитет вештачке интелигенције имати све атрибуте људског бића, односно поседовати *actus reus* и *mens rea* елемент, те ће бити кривично одговорна за сопствене радње. До тада никако није могућа примена модела директне одговорности, како самостално, тако ни у комбинацији са прва два модела.

Питање кажњавања се директно надовезује на потребу признања правног субјективитета софтверима ВИ и примену тачно одређеног модела кривичне одговорности. Како казнити ентитет вештачке интелигенције који није субјект права? Дакле, да би се могла применити било која кривична санкција, неопходно је да је вештачка интелигенција сама одговорна за радњу коју је предузела. У том случају, уз извесне модификације, постојећи систем кажњавања може наћи своју примену на роботе извршиоце кривичних дела.

ЛИТЕРАТУРА

- Amarendar Reddy A., "Legal Implications in Artificial Intelligence", *INT'l J.L. MGMT. & HUMAN.* 1766, 5/2022.
- Atkinson D., "Criminal Liability and Artificial General Intelligence", 2 *THE JOURNAL of Robotics, ARTIFICIAL INTELLIGENCE & LAW (Fastcase)* 333, 5/2019.
- Asimov I., *I, Robot*, Spectra, New York, 1991.
- Brožek B., Jakubiec M., "On the legal responsibility of autonomous machines", *Artificial Intelligence and Law* 25, 3/2017.
- Bruno Santos Divino S., "Critical Considerations on Artificial Intelligence Liability: E-Personality Propositions", *REV. ELECTRONICA DIREITO Sociedade* 193, 8/2020.
- Bryson J., Diamantis M., Grant T. D., "Of, for, and by the People: The Legal Lacuna of Synthetic Persons", *Artificial Intelligence & L.* 273, 25/2017, *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, 5/2018, <https://ssrn.com/abstract=3068082>.
- Gluyas L., Day S., "Artificial Intelligence – Who is Liable When AI Fails to Perform? CMS Cameron Mc Kenna Nabarro Olswang LLP", <https://cms.law/en/media/local/cms-cmno/files/publications/publications/artificial-intelligence-who-is-liable-when-ai-fails-to-perform>.
- Dennett D. C., "Evolution, Error, and Intentionality", *The Foundations of Artificial Intelligence*, 190 (eds. D. Partridge, Y. Wilks), Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- Dobrinou M., "The Influence of Artificial Intelligence on Criminal Liability", *LEX ET Scientia INT'l J.* 140, 26/2019.
- Kumar Dalara K., "Artificial Intelligence: A Legal Overview", *INT'l J.L. MGMT. & HUMAN.* 2420, 4/2021.
- Kumar Padhy A., Kumar Padhy A., "Criminal Liability of the Artificial Intelligence Entities", 8 *NIRMA U. L.J.*, 15/2019.
- Lean Lau P., "The Extension of Legal Personhood in Artificial Intelligence", 46 *REV. BIOETICA & DERECHO*, 47/2019.
- Lejins P., "Incarceration or Imprisonment in the Light of Contemporary Theories of Criminality", *Yugoslavian J. Crimin.&Crim. L.*, 14/1976.
- Radutniy O. E., "Criminal Liability of the Artificial Intelligence", 138 *Probs. LEGALITY*, 132/2017.
- Rajpurohit R., Seal R., "Legal Definition of Artificial Intelligence", *Supremo Amicus*, 10/2019.
- Rashmi R., Sneha S., "Artificial Intelligence: IPR, Liability and Ethical Issues", *INT'l. IN-House Counsel J*, 11/2018.
- Rodríguez R., "Legal and human rights issues of AI: Gaps, challenges, and vulnerabilities", *Journal of Responsible Technology*, 20/2020.
- Turner J., *Robot Rules: Regulating Artificial Intelligence*, Palgrave Macmillan, Cham, 2018.
- Hallevy G., "The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities – From Science Fiction to Legal Social Control", *Akron Intellectual Property Journal*, 4/2010.

* * *

Suzana Milivojević*

**CRIMINAL LIABILITY FOR ACTS COMMITTED THROUGH
ARTIFICIAL INTELLIGENCE**

Summary

Development of information technologies, primarily artificial intelligence, and its indispensable use in everyday human activities have led to incidents that, quite legit, made us to ask the question – What happens when an entity of artificial intelligence undertakes an action which, if it had been taken by a man, achieved the features of a certain criminal act? Is the criminal liability of those entities established, or are the programmers and the end-users of artificial intelligence responsible for that crime? In the following article, author will first deal with the need to establish criminal liability of subjects of artificial intelligence, then with potential models of criminal liability and, finally, with issue of punishment.

Key words: artificial intelligence, criminal liability, punishment.

* PhD student, Faculty of Law, University of Kragujevac, smilivojevic@hotmail.com.

**РАДОВИ СТУДЕНАТА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА
УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ**

Огњен Бојанић*

ЗЛОЧИНИ ПРОТИВ ЧОВЕЧНОСТИ У НИРНБЕРШКОЈ ПРЕСУДИ

Апстракт: Хаувард Зин, историчар из Сједињених Америчких Држава и ветеран Другог светског рата, једном приликом је изјавио: "Нема заставе довољно велике да покрије срамоту убијања недужних људи." Изречена мисао несумњиво је била плод искуства насталог током Другог светског рата иза ког је остао неизбрисив, крвави траг у историји човечанства. Савезници су током рата али и непосредно након капитулације Трећег рајха сматрали да постоје они који су путем свог друштвеног утицаја политичких, војних функција и економског положаја у нацистичкој Немачкој креирали политику чије је обележје било изазивање страха и сукоба. Детерминисање одговорних нацистичких првака значило је и њихово неминовно извођење пред лице правде и кажњавање. За постизање таквог циља савезници су преваходно одредили кривична дела, међу којима су нека попут злочина против човечности по први пут правно дефинисана, а потом и формирали Међународни војни трибунал у Нирнбергу који је на основу њих судио.

Нирнбершка суђења у перспективи су била прекретница у развоју међународног кривичног права које је тек након Другог светског рата је почело да добија све конзистентнију и прецизнију формулацију, чиме је постајао део међународног права уопште.

Кључне речи: Међународно кривично право, Међународни војни трибунал у Нирнбергу, злочин против човечности.

1. УВОД

1.1 Настанак појма злочина против човечности

Пре него што се позабавимо питањем злочина против човечности у Статуту Међународног војног суда у Нирнбергу и његовом месту у пресудама које је тај суд донео, потребно је приказати настанак и развој самог тог појма до момента његове првобитне правне формулације.

Свој правни основ злочини против човечности су стекли крајем 19. и почетком 20. века путем Прве и Четврте хашке конвенције о праву и обичајима ратовања. У деветом параграфу преамбуле Прве хашке конвенције из 1899. године наводи се: "Док се не донесе потпуни зборник ратног права, високе стране уговорнице сматрају исправним да у случајевима који нису обухваћени прописима које су усвојиле, становништво и учесници у рату остају под заштитом и влашћу принципа међународног права који произилазе из обичаја успостављених међу просвећеним народима, закона човечности и захтева јавне

* Огњен Бојанић, студент четврте године Правног факултета Универзитета у Београду, ognjenbojanic1234@gmail.com.

свести."¹ Сличан текст, у незнатно измењеној верзији, налази се и у осмом параграфу преамбуле Четврте хашке конвенције из 1907. године.²

Прво конкретно спомињање злочина против човечности, мада још увек не у нормативном смислу, јавља се 1915. године у Декларацији влада водећих сила Антанте, Француске, Русије и Велике Британије као реакција на "масакр" учињен над јерменским становништвом од стране Отоманске империје.³ Декларација савезничких влада, у циљу дефинисања конкретног злочина, првобитно уопште није одредила термин "злочин против човечности". На предлог министра спољних послова Русије Сергеја Сазанова првобитна дефиниција гласила је "злочин против хришћанства и цивилизације". Међутим, на инсистирање министра спољних послова Француске Теофила Делкаса израз је ревидиран у "злочин против човечности".⁴ Спецификум злочина почињеног над Јерменима јесте да је извршен током Првог светског рата над великим бројем цивилног становништва које је суштински имало статус покореног народа у границама Отоманске империје. Процес спровођења злочина био је систематски и подразумевао је предузимање различитих радњи извршења попут убијања, депортације, стављања под нехумане услове, изгладњивања, масакрирања, затварања, мучења. На основу сазнања онога што се дешава Јерменима владе савезничких земаља путем Декларације су истакле два фундаментална става који и данас представљају неке од основних елемената злочина против човечности. Први став, да је злочин учињен тј. да га је у конкретном случају Турска као држава путем горе наведених радњи учинила. Други став, односио се на одговорност за учињени злочин, коју су у датом историјском моменту могли сносити само субјекти међународног права, односно државе. Међутим, поред одговорности државе као ентитета, дефинисана је и индивидуалну одговорност за чланове турске владе, односно за она лица која су својим индиректним или директним ангажманом креирали или спроводили политику злочина над јерменским становништвом.⁵ Декларација је, како се после испоставило, имала преваходно политички карактер и није произвела некакве озбиљније последице, премда је у историјском смислу имала велики допринос у конституисању злочина против човечности.⁶

¹ У литератури се често може видети да горенаведени текст параграфа преамбуле Хашке конвенције из 1899. године носи назив и Мартенсова клаузула. Наиме, такав назив добијен је по руском посланику Фјодору Де Мартенсу који је током трајања конференције у великој мери допринео да се таква садржина преваходно састави а потом и унесе у коначну верзију Прве хашке конвенције. Мартенсова клаузула је, уз одређене допуне, своје место нашла и у свим наредним документима сличне или исте врсте, а међу познатијима су свакако Четврта хашка конвенција из 1907. године и Допунски протокол I Женевским конвенцијама из 1977. године: Б. Ристивојевић, *Међународна кривична дела*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2011, 7–8.

² Целокупан текст Четврте хашке конвенције доступан је на https://avalon.law.yale.edu/20th_century/hague04.asp, последњи приступ 4. 5. 2023. године.

³ Појам масакр, како се употребљава у литератури да би се прецизирала масовност злочина над јерменским становништвом, потребно је узети са резервом јер у правноформалном смислу нема тачно значење. Наиме, појам масакр подразумева несвакидашње понашање према пасивном субјекту кривичног дела оличено у сечењу делова тела, затварању, мрцварењу, мучењу непосредно пре убиства... Док сама величина и масовност злочина били они по својој природи налик чак и геноциду не могу се подвести под појмом масакра ако немају неке од карактеристика тог злочина. Дакле, суштина појма масакр лежи у квалитативном а не у квантитативном карактеру. М. Шкулић, *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022, 253.

⁴ Основни разлог промене термина "злочин против хришћанства и цивилизације" у "злочин против човечности" био је страх од револта због термина "хришћанство" међу муслиманским становништвом у колонијама које су припадале Француској и Великој Британији. А. Казеје, *Међународно кривично право*, Београдски центар за људска права, Београд, 2005, 76–77.

⁵ Т. Шурлан, *Злочин против човечности у међународном кривичном праву*, Службени гласник, Београд, 2011, 89–90.

⁶ А. Казеје, *op. cit.*, 77.

1.2 Злочини против човечности у периоду између два рата

У наредном периоду, од Париске мировне конференције па све до краја Другог светског рата и доношења Статута Међународног војног трибунала у Нирнбергу, готово уопште се није радило на правном прецизирању међународних кривичних дела и процесуирању починилаца истих, премда је покушаја било. Један од покушаја догодио се на Париској мировној конференцији када је основан Комитет за установљивање одговорности креатора рата и спровођење санкција чији је рад био подељен у још неколико Поткомитета.⁷ Најзахтевнији посао свакако је имао Поткомитет чија је надлежност била испитивање одговорности за рат и потрага за организаторима и учиниоцима злочина за време Великог рата. Поткомитет је донео предлог да се организује и посебно судско тело које би одговорнима судило на основу одреби о кршењу закона и обичаја ратовања донетим на Хашким конференцијама 1899. године и 1907. године, узимајући у обзир и Мартенсову клаузулу.⁸ На основу рада Поткомитета, Комитет је као главно тело израдило извештај под именом "Повреде закона и обичаја рата и закона хуманости".⁹ Један од задатака конкретног документа био је да постави основ путем ког би се даље ишло са формулисањем злочина против човечности као и других међународних кривичних дела. Међутим, током расправе око будућег формирања међународно-кривичног суда представници Сједињених Америчких Држава Роберт Лансинг и Џејмс Браун Скот уложили су приговор на могућност да дотични трибунал суди и за "кршење права човечности".¹⁰ Делегати Сједињених Америчких Држава изнели су и тврдњу да је Мартенсова клаузула, као база будућег дефинисања злочина против човечности, изразито апстрактна и да као таква не може задовољити принцип легалитета.¹¹ Уз ова два опонирајућа аргумента америчка делегација је предочила и став да би суђења пред тако организованим трибуналом и на основу таквих одредби, била у суштој супротности са принципом забране ретроактивног важења права, који је још тада представљао један од основних принципа кривичног права уопште.¹² Као последица свега наведеног, а и утицаја Сједињених Америчких Држава на сам ток Париске мировне конференције, остало се при дотадашњој уопштеној и свеобухватној формулацији са Хашких конференција "повреда закона и обичаја рата", што је *de facto* значило обуставу даљег одређивања злочина против човечности.

Оснивање посебног међународно-кривичног трибунала није било само тема мировне конференције у Паризу, већ је оно своје место нашло и у мировном уговору

⁷ Поткомитет за кривичноправну материју, Поткомитет за истраживање одговорности за рат, са задатком установљивања повреда закона и обичаја рата и закона човечности и Поткомитет за репарацију и компензацију. Т. Шурлан, *op. cit.*, 91.

⁸ Функција Мартенсове клаузуле у конкретном случају била је да покрије у правном смислу недефинисано поље злочина против човечности које није имало упориште нити у дотадашњим Хашким конференцијама нити у обичајном праву: Т. Шурлан, *op. cit.*, 91–92.

⁹ У извештају се између осталог наводи: "Централне силе заједно са својим савезницима водиле су рат варварским и незаконитим средствима кршећи постојеће право и обичаје ратовања и основне законе човечности": Б. Ристивојевић, *op. cit.*, 8.

¹⁰ Приговор се базирао на чињеници да ратне злочине као такве треба кажњавати по већ признатим нормама о правилима ратовања док "закони и начела човечности нису извесни, мењају се у складу са временом, местом и околностима и, према томе, зависе од убеђења појединих судија. Не постоје утврђени и универзални стандарди човечности": А. Kaseze, *op. cit.*, 78.

¹¹ Т. Шурлан, *op. cit.*, 203.

¹² W. A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, 41.

између Турске и савезничких сила потписаном у Севру 1920. године. У мировном уговору злочини нису у правноформалном смислу били нормирани већ је преовладавао описни карактер где је између осталог своје место нашла и сентенца "тешка кршења закона и обичаја ратовања и закона човечности".¹³ У уговору су се налазиле и одредбе које су обавезивале Турску да изручи оне учиниоце злочина над Јерменима које савезничке силе буду захтевале. Премда, како је међу савезницима постојало све мање ентузијазма за гоњење одговорних, тако је упоредо у Турској извршена револуција чија је једна од последица било анулирање свих постојећих уговора, тако и оног из Севра.¹⁴ Као коначан продукт нових, тачније настављених, преговора победника и поражене Турске настао је други мировни уговор у Лозани из 1923. године у ком се нашла и одредба о амнестији за злочине почињене током Великог рата.¹⁵ Овакав след догађаја практично је утицао да се у међуратном периоду у потпуности занемари важност напретка у дефинисању и даљем унапређивању принципа међународног кривичног права, међународних кривичних дела и одговорности за њих. Таква ситуација, оличена у многим нејасноћама и нерешеним проблемима међу државама, била је плодно тле за рађање новог још крвавијег сукоба, Другог светског рата, после ког су свест и напори код савезника били неупоредиво већи и конкретнији да се одговорни за злочине учињене у рату изведу пред лице правде.

1.3 Злочини против човечности у Статуту Међународног војног трибунала у Нирнбергу

Капитулацијом нацистичке Немачке 9. маја 1945. године и царевине Јапана 2. септембра 1945. године завршен је Други светски рат у ком је победу однела савезничка коалиција окупљена око Сједињених Америчких Држава, Велике Британије и Совјетског Савеза. Осогољени победом савезници су на себе преузели и додатну обавезу, да казне одговорне за изазивање рата и злочине учињене у њему. Форма и начин суђења нацистичким првацима нису настали одмах већ се на њиховом дефинисању радило етапно, кроз читав ратни период. Још је у октобру 1941. године постојао усмени договор између председника Сједињених Америчких Држава Френклина Рузвелта и премијера Велике Британије Черчила о будућем организовању процеса против нацистичких вођа, док је почетком 1942. године сличне интересе показао и Совјетски Савез.¹⁶ Крајем исте године, 17. децембра 1942. године потписана је Декларација о одговорности Немачке и Немаца за учињене ратне злочине потписана од стране три водеће силе, Сједињених Америчких Држава, Велике Британије и Совјетског Савеза.¹⁷ Први озбиљнији корак направљен је на Московској конференцији, одржаној од 19. до 30. октобра 1943. године, доношењем документа "Декларација о зверствима" који је, како се испоставило, био извор будућих "Нир-

¹³ Поновно појављивање израза "кршења закона човечности" делимично се може оправдати и чињеницом што Сједињене Америчке Државе, као противници дефинисања тог израза, нису били потписници Мировног уговора у Севру.

¹⁴ Т. Шурлан, *op. cit.*, 93.

¹⁵ М. Шкулић (2022), *op. cit.*, 252.

¹⁶ Уз три водеће државе, Сједињене Америчке Државе, Велику Британију и Совјетски Савез, и девет влада у егзилу се заједничком одлуком из 13. јануара 1942. године недвосмислено сложило да је кажњавање одговорних "један од најважнијих ратних циљева": *Ibid.*, 104.

¹⁷ Т. Шурлан, *op. cit.*, 201.

нбершких процеса".¹⁸ Декларација је примарно дефинисала став на основу ког се морао казнити сваки нацистички војни или политички делатник који је директно или индиректно био одговоран за ратне злочине учињене током рата. Поред инсистирања на процесуирању, Декларацијом је извршена и својеврсна диференцијација одговорности за злочине учињене на одређеној окупираној територији и за злочине који немају своју прецизну локацију.¹⁹ По завршетку Конференције у Москви октобра 1943. године у оквиру Уједињених нација основана је и посебна Комисија за истраживање ратних злочина. Током септембра 1944. године Комисија је усвојила Нацрт конвенције за установљавање суда Уједињених нација за ратне злочине. Замишљено је било да се надлежност суда односи на свако лице које је својом активношћу "извршило, покушало да изврши или наредило, проузроковало, помогло или подстакло друго лице да учини или је својим пропустом да изврши дужност само учинило злочин против закона и обичаја рата."²⁰ За полазну тачку у свом раду Комисија Уједињених нација је одредила два основна типа кривичних дела, формулисана још за време Париске мировне конференције: изазивање светског рата и његово вођење као и кршење закона и обичаја рата и закона човечности.²¹ Током прикупљања грађе и доказа за вођење будућег поступка учовао се један специфичан аспект, злочини учињени на унутрашњем плану од стране нацистичке Немачке, који је пресудно утицао да злочини против човечности постану самостално међународно кривично дело.²² Како Ристивојевић истиче "злочини против човечности су створени да би се решио проблем вршења злочина над сопственим становништвом".²³ Био је присутан и став који је сматрао да злочини учињени над сопственим становништвом заправо немају пређашње међународноправно утемељење те да се тако не могу процесуирати јер уопште не припадају корпусу међународних кривичних дела. Овакво мишљење је 23. јула 1945. године изнео Роберт Х. Џексон поткрепљујући наведени став и темељним принципом спољне политике, своје земље, Сједињених Америчких Држава који је био заснован на немешању у интерне послове друге земље.²⁴ Насупрот ставу Џексона, делегат Француске, професор

¹⁸ "Декларацију о зверствима" потписали су председник Сједињених Америчких Држава Френклин Рузвелт, председник Совјетског Савеза Јосиф Стаљин и премијер Велике Британије Винстон Черчил. М. Шкулић (2022), *op. cit.*, 104.

¹⁹ "Приликом пристанка било на какво примирје на са каквом владом која би се могла образовати у Немачкој, они немачки официри и војници као и чланови нацистичке странке који су одговорни за оваква зверства, покоље и погубљења или су добровољно у њима учествовали, биће враћени у земље у којима су извршена њихова одвратна дела, како би им се могло судити и казнити их по законима тих ослобођених земаља и слободних влада које буду у њима образоване....Наведена декларација не прејудуира случај немачких злочинаца чији злочини нису везани за неко одређено место и који ће бити кажњени заједничком одлуком савезничких влада." R. Prljeta, *Zločini protiv čovečnosti i međunarodnog prava Njrnberska presuda i dokumenti o genocidu*, Službeni list SRJ, Beograd 1992, 33.

²⁰ Конкретније посматрано суд је имао за циљ у основи да процесуирана како војне делатнике, представнике цивилне власти тако и сва друга лица која су узела активност у систему држава или других политичких ентитета који су били укључени у рат. Р. Етински, *Међународно јавно право*, Службени гласник, Београд 2010, 327.

²¹ Т. Шурлан, *op. cit.*, 202.

²² За Херберта Пела, представника Сједињених Америчких Држава при Правном комитету Комисије Уједињених нација, злочини против човечности су била кривична дела: "Committed against stateless persons or against any persons because of their race or religion". W. A. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 36.

²³ Б. Ристивојевић, *op. cit.*, 9.

²⁴ Овакав став у литератури познат је као Монроова доктрина дефинисана у првој половини 19. века и чија је суштина лежала у забрани интервенција европских сила у послове Америке, и обратно. М. Крећа, *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022, 62.

Грос је истакао неопходност и пређашњи историјски континуитет интервенција у другим државама у циљу спашавања угрожених мањина.²⁵ Роберт Х. Џексон је 31. јула 1945. године изашао са предлогом о изгледу дефиниције злочина против човечности, што се испоставило и као коначна верзија. Она је била један вид компромиса, заснованог на чињеници да су злочини учињени над сопственим становништвом, превасходно Јеврејима представљали само сегмент једног ширег, општијег плана за организовање и вођење илегалног рата од стране Трећег рајха. Другим речима, да би се злочини против човечности, са елементима злочина спроведених на унутрашњем плану, могли третирали као међународно кривично дело неопходно је било успоставити непосредну спону са ратом.²⁶ Међутим, дефиниција је била тако скројена да је задовољавала и ставове професора Гроса јер је њена примена била могућа и на мирнодопско раздобље пре Другог светског рата када су применом дискриминаторских закона масовно страдали Јевреји са немачким држављанством.²⁷

Следећа, уједно и завршна етапа у поступку организације суђења нацистичким првацима догодила се потписивањем Лондонског споразума 8. августа 1945. године. На основу овог документа одређен је настанак Међународног војног трибунала чије је седиште било у Нирнбергу (скраћеница: МВТН), као и доношење Статута по чијим принципима је Трибунал требао да функционише.²⁸ Лондонски споразум је имао карактер вишеструког међународног уговора отвореног типа, што се може уочити у члану 5., којем је касније приступило још 19 држава.²⁹ Статут МВТН бројао је седам целина од којих је за тему рада свакако најважнија друга целина "Надлежност и општа начела". Разлог тога је што се у оквиру друге целине налази члан 6. у коме су дефинисана и прецизирана међународна кривична дела, између осталих и злочин против човечности. Као база за одређивање садржине злочина против човечности опет је послужила Мартенсова клаузула.³⁰ Дефиниција злочина против човечности у члану 6. пар. ц), Статута МВТН гласила је: "Злочин против човечности, то јест, убиства, истребљење, поробљавање, депортација и остала нечовечна дела, извршена против било ког цивилног становништва пре или за време трајања рата, или прогањање на политичкој, расној или верској основи у извршењу или у вези било којег злочина који спада у надлежност суда, без обзира да ли се тиме врше или не врше повреде закона оне земље где су злочини вршени".³¹

²⁵ W. A. Schabas (2009), *op. cit.*, 40–41.

²⁶ *Ibid.*, 42.

²⁷ Т. Шурлан, *op. cit.*, 203.

²⁸ У члану 1. се наводи: "После саветовања са Контролним саветом за Немачку установиће се Међународни војни суд за суђење ратним злочинцима, чија кривична дела немају никакву посебну географску одређеност, и то без обзира да ли ће они бити оптужени појединачно, или као чланови организације или група, или у оба својства." У члану 2. у вези са Статутом се наводи: "Састав, надлежност и функције Међународног војног суда биће оне које су означене у Статуту, приложеном овом споразуму, а који чини саставни део овог споразума". Целокупан текст Лондонског споразума као и Статута Међународног војног трибунала у Нирнбергу доступан је на: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf, последњи приступ 5. 5. 2023. године.

²⁹ А. Шкундрић, *Надлежност међународних кривичних судова и трибунала*, Правни факултет Универзитета у Београду, мастер рад, Београд 2021, 8.

³⁰ Т. Шурлан, *op. cit.*, 203.

³¹ Члан 6. Статута МВТН био је нешто комплексније састављен у односу на већину других чланова јер је садржао три става. Први је представљао општи појам, којим су прожета сва наведена кривична дела у Статуту МВТН, и гласио је: "Суд установљен Споразумом наведеним у члану 1., као суд за суђење и кажњавање главних ратних злочинаца земаља Европске осовине, надлежан је да суди и кажњава лица, која су било као појединци, било као

На самом почетку, треба истаћи да је, посматрано изоловано и ван контекста, формулација злочина против човечности у Статуту МВТН, била доста штура. Међутим, како су то креатори Статута МВТН и желели суштина је лежала у свеобухватном тумачењу члана 6. путем ког конкретно кривично дело стиче остале, неопходне одлике. Тако се општи појам злочина против човечности налазило у првом ставу члана 6 где се образлаже због чега тј. због кога је МВТН формиран "као суд за суђење и кажњавање главних ратних злочинаца главних ратних злочинаца земаља Европске осовине".³² Термином "главни ратни злочинци" извршило се додатно прецизирање коме се суди пред МВТН јер се радило о 24 процесуирана лица која су представљала врх војног, политичког и економског естаблишмента.³³ У наставку првог става члана 6 појављује се једна изразито важна компонента "интерес земаља Европске осовине". Наиме, оваквим изразом практично се указивало на то шта је есенција злочина против човечности, да то није спорадично, издвојено деловање неког појединца већ добро установљена и испланирана политика на основу које држава путем својих механизма делује против неког појединца или групе.³⁴ Басиуни истиче да је елемент тзв. "деловања државе" заправо најбољи показатељ да се злочини против човечности могу сматрати међународним кривичним делом. Премда, нигде није експлицитно назначено деловање државе, оно се у дефиницији злочина против човечности може јасно уочити кроз део реченице "прогањање на политичкој, расној или верској основи".³⁵ Овај елемент је током поступка дошао нарочито до изражаја јер је МВТН анализирао политику нацистичког режима у тоталитету. Стога је као релевантне доказе, поред закона који су доношени од доласка Хитлера на власт, узимао и штампане књиге, новинске текстове, политичке активности НСДАП као одраз свеопште пропаганде вођене против једног дела становништва, примарно Јевреја.³⁶

Можда и најкомплекснији део анализе злочина против човечности односио се на тумачење текста кривичног дела. Премда дефинисано као посебно кривично дело, злочин против човечности се могао тумачити искључиво у контексту друга два кривична дела из

чланови организације извршили ма који од следећих злочина, радећи у интересу замља европске осовине." Други став био је посвећен навођењу три типа кривичних дела, злочини против мира, ратни злочини и злочини против човечности: "Следећа дела, или било које од њих, јесу злочини који долазе у надлежност суда и за које је утврђена лична одговорност: а) Злочини против мира, то јест планирање, припремање, започињање или вођење агресивног рата или рата којим се крше међународни уговори, споразуми или гаранције, или учествовање у неком заједничком плану или завери за извршење ма ког од наведених дела; б) Ратни злочини, то јест повреде ратних закона и ратних обичаја. Такве повреде обухватају, али се на њих не ограничавају, убиство злостављање или одвођење на принудни рад или за који други циљ цивилног становништва окупираних територије, или у окупираним територијама, убиство или злостављање ратних заробљеника, или лица на мору, убијање таласа, пљачкање јавне или приватне имовине, намерно разарање градова, вароши или села, или пустошење неоправдано војном потребом". Садржина, преосталог кривичног дела, злочина против човечности у главном тексту је већ цитирана. Трећи, уједно и последњи став члана 6. гласио је: "Вође, организатори, подстрекачи или саучесници, који су учествовали у састављању или извршењу неког заједничког плана или завере ради извршења било којег од горе поменутих злочина, одговорни су за сва дела извршена у извођењу таквог плана ма којег од лица." R. Prljeta, *op. cit.*, 39-40.

³² Т. Шурлан, *op. cit.*, 204.

³³ Мартин Борман, Карл Дениц, Ханс Франк, Вилхелм Фрик, Ханс Фриче, Валтер Функ, Херман Геринг, Рудолф Хес, Алфред Јодл, Ернст Калтенбрунер, Вилхелм Кајтел, Густав Круп фон Болен унд Халбах, Роберт Лај, Константин фон Нојрат, Франц фон Папен, Ерих Редер, Јоахим фон Рибентроп, Алфред Розенберг, Фриц Заукел, Хјалмар Шахт, Балдун фон Ширах, Артур Зајс-Инкарт, Алберт Шпер, Јулијус Штрајхер. М. С. Bassiouni, *International Criminal Law: Sources, Subjects and Contents*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2008, 448-450.

³⁵ *Ibid.*, 256, 259.

³⁶ Т. Шурлан, *op. cit.*, 205.

Статута МВТН, злочина против мира и ратних злочина. Овакав приступ био је двоструко индикован, преваходно јер је општи појам био заједнички за сва три кривична дела. Други, можда и важнији разлог, тицао се жеље творца Статута МВТН да злочине против човечности подведе под окриље ратног права у оквиру ког су и злочини против мира и ратни злочини имали какво-такво пређашње утемељење. Самостално посматрано, ван ових оквира злочини против човечности нису могли егзистирати. Поједини елементи злочина против човечности, налик злочинима над сопственим грађанима, пре доношења Статута нису имали чак никакву материјалноправну основу.³⁷ Због тога је овакво везивање кривичних дела било неопходно и оно је у дефиницији Статута МВТН изражено у делу када се каже да све учињене радње злочина против човечности морају бити у "извршењу или у вези било којег злочина који спада у надлежност Суда". У прилог овоме говори и чињеница да Трибунал у појединим ситуацијама током процеса уопште није желео да прави неку детаљнију, појединачну разлику између злочина против човечности и ратних злочина већ је *a priori* утврђивао одговорност заједно за оба кривична дела.³⁸ Поред правноформалног покрића какво је везивање кривичних дела давало за злочине на унутрашњем плану, оно је имало и функцију указивања на кажњивост оних злочиначких активности које су непосредно утицале на интерес других држава.³⁹

Радње извршења заузимају највећи део дефиниције злочина против човечности Статута МВТН и подељене су у две групе. Првој групи су припадале радње усмерене против егзистенције и физичког интегритета људи: "убиства, истребљење, поробљавање, депортација и остала нечовечна дела". Насупрот, другу групу су чиниле радње које нису примарно подразумевале физичко насиље већ је било довољно изазивање оправданог страха од "прогањања на политичкој, расној или верској основи".⁴⁰ Обе групе радњи, да би злочини против човечности уопште и постојали, морале су бити усмерене против цивила тј. како се прецизније наводи "против било ког цивилног становништва пре или за време трајања рата".⁴¹ Поред објекта заштите у овом делу важно је и предочити не само над ким већи и када су радње могле бити почињене. Као што је већ речено, злочини против човечности су у Статуту МВТН предвиђени као једино кривично дело које је могло бити учињено и пре и за време Другог светског рата. На основу тога прва група радњи могла је бити извршена и у мирнодопском периоду и у периоду рата, док је друга група била резервисана само за ратни период.⁴² Ипак на крају процеса пред МВТН нико од 24 процесуирана лица није кажњен за злочине почињене пре 1. септембра 1939. године.⁴³ Као образложење Трибунал је између осталог навео да би се злочини учињени пре 1. септембра 1939. године могли третирали као злочини против човечности неопходно је било доказати непосредну везу са

³⁷ Т. Шурлан, *op. cit.*, 206.

³⁸ А. Kaseze, *op. cit.*, 81.

³⁹ Кршење интереса других држава био је заправо збирни појам под којим је могао да се подведе свака активност у вези са агресивним ратом, креирањем завере да се такав рат изазове или радње чије су поседице биле злочини над непријатељским борцима и цивилима: *ibid.*, 79–80.

⁴⁰ Т. Шурлан, *op. cit.*, 207–208.

⁴¹ Одредницом "било које становништво" креатори Статута МВТН нису желели да праве никакву разлику између злочина које је трпело становништво унутар граница Немачке и на простору окупираних територија. Д. Јовашевић, *Међународна кривична дела: Одговорност и кажњивост*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2010, 222.

⁴² Т. Шурлан, *op. cit.*, 208.

⁴³ А. Kaseze, *op. cit.*, 81.

другим злочинима из Статута МВТН, што на адекватан начин није урађено.⁴⁴ Према каснијем мишљењу појединих аутора разлог оваког одустајања да се нацистима суди и за злочине почињене пре почетка Другог светског рата био је страх савезника, превасходно империјалних сила. Страх је био заснован на чињеници да би се на основу злочина против човечности могао покренути неки будући поступак против држава које су се на сличан начин поступале са колонијалним становништвом или мањинама у својој земљи.⁴⁵

Формулисањем злочина против човечности у Статуу МВТН експлицитно је дата предност међународном праву у односу на домаће, унутрашње право. У тексту је овај аспект одређен у контексту потврде да ће Трибунал кажњавати сваки злочин у његовој надлежности "без обзира да ли се тиме врше или не врше повреде закона оне земље где су злочини извршени". Просто речено, неопходно је било ануларати деловање закона донесених у нацистичкој Немачкој, превасходно пре почетка Другог светског рата, јер су се путем њих легализовали дискриминација, убијање, отимање имовине, протеривање Јевреја.⁴⁶

Важно начело процеса пред Трибуналом било је и питање одговорности за учињене злочине, која је превасходно била индивидуална. На самом почетку члана 6 Статута МВТН наглашава се да је суд "надлежан да суди и кажњава лица, која су било као појединци, било као чланови организације извршили ма који од следећих злочина". Овде се може уочити двосмерност индивидуалне одговорности која је могла бити појединачна и у оквиру припадности некој организацији, а у циљу вршења радњи кривичног дела. У последњем пасусу истог члана, поред непосредних извршилаца, прецизира се и одговорност за "вође, организаторе, подстрекаче или саучеснике који су учествовали у састављању или извршењу неког заједничког плана или завере ради извршења било којег од горе поменутих злочина". Индивидуалном одговорношћу директно се желело избећи стављање етикете колективне одговорности и кривице целокупном немачком народу.⁴⁷

Највећа примедба на формулисање међународних кривичних дела, па уједно и на сам рад Трибунала односила се на поштовање начела законитости (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Срж проблема је представљала чињеница да, бар по мишљењу одбране, нити једно кривично дело у моменту извршења није имало своју правну формулацију или чак и да се узме да је имало, свакако нису биле предвиђене казне. Када је реч о злочинима против мира, током међуратног периода провејавала је идеја о забрани рата у контексту међународних односа. Међутим, у случају да је агресија ипак била и започета одговорност је лежала искључиво на држави као субјекту међународног права док индивидуална одговорност није уопште

⁴⁴ У вези са горе наведеним МВТН је констатовао следеће: "Да би представљале злочине против човечности, радње извршене пре избијања рата морају бити неки од злочина у надлежности Трибунала, или повезане са таквим злочиним. Трибунал сматра да, без обзира на то колико су многи од тих злочина били одвратни и страшни, није на задовољавајући начин доказано да су вршени у вези с било којим од ових злочина. Због тога Трибунал не може изрећи општу тврдњу да радње извршене пре 1939. године представљају злочине против човечности у значењу које им даје Повеља": *Ibidem*.

⁴⁵ Б. Ристивојевић, *op. cit.*, 9.

⁴⁶ Т. Шурлан, *op. cit.*, 208.

⁴⁷ На почетку суђења пред МВТН главни тужилац Хенри Џексон је изјавио: "Ми желимо да разјаснимо, да не намеравамо да окривљујемо немачки народ. Да су масе немачког народа Програм Националсоцијалистичке партије својевољно прихватиле, онда не би ибили неопходни јуришни одреди, као што не би били потребни ни концентрациони логори, нити Гестапо". М Шкулић, *op. cit.*, 113.

била прописана.⁴⁸ На основу тога се може рећи да је у погледу кривичног дела злочина против мира највидљивије кршење принципа законитости било у непоштовању елемента *nullum poena sine lege*, док је у ограниченој мери елемент *nullum crimen sine lege* испоштован.⁴⁹ За ратне злочине, премда прописане пре почетка Другог светског рата, није постојала конкретна казна тако да је и овде принцип законитости испуњен само у погледу дела *nullum crimen sine lege*, док аспект *nullum poena sine lege* није. Треће кривично дело, злочини против човечности готово уопште нису били прописани у предратном периоду ни на који начин, па самим тим за њих нису биле прописане ни санкције. На примеру злочина против човечности није испуњен нити услов *nullum crimen sine lege* нити *nullum poena sine lege*. Стога су злочини против човечности били најпроблематичнији те су, што због сличности, што због стицања већег степена легалитета, у пресудама своје место налазили поред ратних злочина.⁵⁰ На основу овога са високим степеном сигурности се може рећи да је принцип законитости током поступка у Нирнбергу био прекршен и да је таква чињеница тешко оборива. Ипак, за Нирнбершки процес оправдање је лежало у његовом циљу, кажњавању главних ратних злочинаца који су у име нацистичке Немачке вршили такве злочине чија масовност и окрутност дотадашње човечанство није упамтило. Зато је МВТН заправо био специфичан, готово екстреман изузетак на чијем примеру је начело легитимности засновано на неопходности да се злочинци казне однело превагу у односу на начело законитости.⁵¹

Не треба заборавити ни чињеницу да суђења пред МВТН нису била једина такве природе, али су свакако начином и одредбама из Статута послужили као узор. У многоме сличан са оним у Нирнбергу 19. јануара 1946. године основан је Међународни војни трибунал за Далеки исток са седиштем у Токију. На простору Немачке је такође суђењу нацистима доношењем Закона бр. 10 усвојеног од стране Контролног савета за Немачку где је предвиђено суђење за ратне злочине, злочине против мира и злочине против човечности. У оба документа своје место су опет нашли злочини против човечности. У дефинисању злочина против човечности између Статута два Међународна војна трибунала суштинских разлика није било осим у неколико елемената попут аспеката дискриминације. Токијски статут није садржао прогањање на верској основи, као што је оно било примењено у Нирнбершком статуту, јер религија током сукоба на Далеком истоку није играла важну улогу као у Европи.⁵² Код Закона бр. 10 постојале су извесније разлике превасходно у погледу чињенице да је овим Законом извршена додатна еманципација злочина против човечности јер се раскрстило са његовим везивањем за друга два кривична дела. Разлику не у садржини, већ у концепту документа представљао је и недостатак општег заједничког појма који је пак надомештен ставом 2 што је ослабило свеопште уобличавање злочина против човечности. Радње извршења добиле су додатну допуну поред претходно одређених, Законом бр. 10 су уведена два апстрактна појма "зверства и повреде" и поједине нове конкретне радње извршења попут затварања, мучења и силовања.⁵³ Какав је утицај заправо имао Трибунал у Нирнбергу говори и чињеница да се непосредно по

⁴⁸ Бриан-Келогов пакт из 1928. године био је документ у коме се заправо први пут спомињала забрана вођења агресивног рата једне државе против друге. Комплетан текст може се наћи на: <https://www.jura.uni-muenchen.de/fakultaet/lehrstuehle/satzger/materialien/kellogg1928e.pdf>, последњи приступ 13. 5. 2023. године

⁴⁹ М. Шкулић, "Начело законитости у кривичном праву", *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2010, 87.

⁵⁰ *Ibid.*, 88.

⁵¹ А. Шкундрић, *op. cit.*, 14.

⁵² Т. Шурлан, *op. cit.*, 210-211.

⁵³ *Ibid.*, 213-215.

завршетку процеса јавила потреба да се извуку темељни принципи на основу којих је вођен процес. Задатак дефинисања принципа припао је Комисији Уједињених Нација за међународно право. Свој посао Комисија је завршила 1950. године доношењем документа Принципи међународног права препознати у Статуу и пресуди Нирнбершког суда, чији је основ и представљао члан 6. Статута МВТН.⁵⁴

2. ЗЛОЧИНИ ПРОТИВ ЧОВЕЧНОСТИ У ПРЕСУДИ МЕЂУНАРОДНОГ ВОЈНОГ ТРИБУНАЛА У НИРНБЕРГУ

Читав процес пред Међународним војним трибуналом у Нирнбергу трајао је нешто мање од годину дана, од 20. новембра 1945. године до 1. октобра 1946. године. Постојало је 4 тачке оптужнице злочини против мира, вођење агресивног рата, ратни злочини и злочини против човечности. Процесуирано је било 24 лица док је за злочине против човечности осуђено 16 лица од којих је 12 припадало сфери политике, новинарства и економије док је осталих 4 било из војног или полицијског сектора. Уопштено посматрано њихова одговорност запараво је била оличена у радњама, попут издавања аката, наредби, ширењу пропаганде, које су они чинили у оквиру својих високо позиционираних функција у систему нацистичке Немачке. Рад ће покушати да пружи упоредну анализу, одговори на питање и представи бар по један пример зашто су дотична лица одговорна за злочине против човечности.

Осуђени војни официри били су Херман Геринг, Вилхелм Кајтел, Алфред Јодл.⁵⁵ Њихове радње извршења кривичног дела у одређеној мери су се преклапале. Заједничко за сву тројицу је било у погледу ратних злочина и злочина против човечности, немилосрдно поступање према цивилном становништву и ратним заробљеницима са подручја окупираних територија. Кривица Хермана Геринга, бар у погледу поступања са цивилним становништвом и ратним заробљеницима, заснивала се на издавању наредби у циљу њихове радне експлоатације у војној индустрији.⁵⁶ Слично поступање, нарочито према совјетским ратним заробљеницима, забележено је код Кајтела премда је његова одговорност изразито већа у злочинима учињеним над цивилима у сврху наводне заштите војника Верхмата.⁵⁷ Јодл, често само извршилац наредби, такође је узео учешће у злочинима над цивилима примера ради, издавањем сопствене наредбе октобра 1944. године о евакуацији становништва севера Норвешке и спаљивања њихових кућа како не би могли ни на који начин помоћи армији Совјетској Савеза. Заједничко за Алфреда Јодла и Вилхелма Кајтела били су злочини учињени према ратним заробљеницима и ту се истакло поступање по тзв. Закону о командосима према ком су се по кратком поступку у моменту хватања или предаје убијани припадници одређених специјалних јединица непријатељских војски.⁵⁸ Од војних лица једино су код Хермана Геринга биле доказане две радње, учешће

⁵⁴ *Ibid.*, 216.

⁵⁵ Херман Геринг је био главнокомандујући јединицама Luftwaffe, високи функционер НСДАП и Хитлеров наследник. Вилхелм Кајтел је био први човек врховне команде Вермахта, док је Алфред Јодл као Шеф оперативног одељења оружаних снага био одмах уз, и директно подређен, Вилхелму Кајтелу.

⁵⁶ Током испитивања пред МВТН Херман Геринг је изјавио: "Радници су приморавани да дођу у Рајх. То је чињеница коју ја нисам порекао." *Nimberška presuda*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1948, 155, 156.

⁵⁷ Вилхелм Кајтел је 13. маја 1941. године издао наредбу да се сва лица која су начинила преступе према оружаним снагама треба "сместа стрелати без суђења" док је гоњење немачких војника због злочина према цивилима беспотребно. *Ibid.*, 167.

⁵⁸ *Ibid.*, 166, 209.

у споровођењу "коначног решења", што је делимично и разумљиво услед његовог политичког деловања, и организовање систематског пљачкања окупираних територија, примарно Совјетског Савеза, премда је у појединим моментима и Кајтел издавао наређења да се пружи подршка у сличним радњама.⁵⁹ Вилхелм Кајтел, Алфред Јодл и Херман Геринг су били криви по свим тачкама оптужнице те су осуђени на смртну казну.⁶⁰

Ернст Калтенбрунер био је готово једини полицијски и функционер тајне службе пред Трибуналом у Нирнбергу.⁶¹ Највећи део доказног материјала у контексту злочина против човечности и ратних злочина односио се његово деловање од момента доласка на чело РСХА. Као њен шеф био је директно одговоран за примарну делатност Службе, истребљење Јевреја које се спроводило у оквиру концентрационих логора, над којима је у одређеним моментима имао и директну контролу, и путем активности посебних јединица тзв. Ајнзацгрупа које су заједно са јединицама Гестапо убијале Јевреје и друго цивилно становништво на окупираним територијама.⁶² Постојали су и злочини, почињени по Калтенбрунеровом наређењу, над ратним заробљеницима.⁶³ На основу чињенице да је Ернст Калтенбрунер био крив по свим тачкама оптужнице, сем за злочине против мира и њему је изречена смртна казна.⁶⁴

Пред Трибуналом се налазило и четири министра нацистичке Немачке, Јоахим фон Рибентроп, Вилхелм Фрик, Валтер Функ и Алберт Шпер.⁶⁵ Вилхелм Фрик је сносио одговорност за писање тзв. Нирнбершких закона 1935. године путем којих је давао правни оквир сегрегацији и дискриминацији Јевреје и које је током рата наредбама проширивао и на друге окупиране територије. За време мандата протектора Чешке и Моравске од 1943. године, издавао је наредбе о депортацији Јевреја у Аушвиц, терорисању цивилног становништва, принудној радној снази али и спроводио систематско убијање душевних болесника и старијих лица.⁶⁶ Рибентропова одговорност била је заснована на свим мерама и потезима из области политике, економије, елиминације Јевреја и другог цивилног ста-

⁵⁹ Однос Хермана Геринга према Јеврејима можда најбоље осликава наредба из јула 1941. године којом је указивао на неопходност да се "потпуно доврши решење јеврејског проблема у немачкој утицајној сфери у Европи". Занимљива је чињеница да пљачкање у навођењу радњи извршења кривичног дела није нигде конкретно наведено. Премда, ако приступимо нешто ширем тумачењу може се сматрати да ова радња има место у дефиницији злочина против човечности Статута МВТН као део збирног појма "и друга нечовечна дела". *Ibid.*, 156–157, 166.

⁶⁰ *Ibid.*, 233.

⁶¹ Ернст Калтенбрунер до 1941. године је био аустријски државни секретар за безбедност, а од укидања те позиције налазио се у систему СС дивизија. Његово напредовање у служби догодило се 1943. године када је постао командат СД јединица, шеф Полиције безбедности и шеф Главне службе безбедности Рајха (РСХА), што је *de facto* значило најважнији човек тајне службе уз Хајнриха Химлера.

⁶² Број од 6 милиона срадалих Јевреја није настао искључиво за време мандата Калтенбрунера на челу РСХА. Ипак он је имао активно учешће у спровођењу те политике о чему говори и писмо из јуна 1944. године где наводи, како од укупно 12 хиљада Јевреја који се транспортују за Беч, треба убити све оне који нису спремни за рад. *Ibid.*, 168–170.

⁶³ Наређење је носило назив "Метак декрет" према ком је обавезно било стрељање сваког ратног заробљеника који је покушао да побегне. *Ibidem.*

⁶⁴ *Ibid.*, 233.

⁶⁵ Јоахим фон Рибентроп је био на челу министарства спољних послова током читавог ратног периода, Вилхелм Фрик министар унутрашњих послова, од 1943. године протектор Чешке и Моравске, Валтер Функ министар привреде и председник Рајхсбанке од 1939. године док је Алберт Шпер фебруара 1942. године постао министар наоружања и муниције.

⁶⁶ Систематично убијање душевних болесника и старих лица није доказано нити код једног другог оптуженог пред Трибуналом у Нирнбергу. *Ibid.*, 179–180.

новништва које су спроводили њему подређени делегати министарства уједно највиши немачки представници преваходно у Данској и вишијевској Француској али и у другим земљама. У погледу спровођења "коначног решења" дао је допринос такође посредно путем својих представника који су вршили притисак на квислиншке владе и управнике окупираних територија да систематичније и брже спроводе депортацију и елиминацију Јевреја.⁶⁷ Валтер Функ је био најпознатији по сакривању и чувању вредности одузетих од жртава из концентрационих логора, али и по економском експлоативању поробљених територија.⁶⁸ Алберт Шпер је практично био први човек производње у нацистичкој Немачкој, како војне, тако и цивилне. На основу тако широких овлашћења Алберт Шпер је био у директној координацији са Фрицом Заукелом ради контроле и коришћења принудне радне снаге која је му била неопходна у извођењу планова преваходно у војној индустрији.⁶⁹ Јоахим фон Рибентроп сматрао се кривим по свим тачкама оптужнице, Вилхелм Фрик по 2., 3. и 4. тачки стога су осуђени на смртну казну. Валтер Функ је био крив такође крив по свим тачкама оптужнице, сем по за злочине против мира стога је добио доживотни затвор док је Алберт Шпер био крив само за злочине против човечности и ратне злочине за шта му је следила казна од 20 година затвора.⁷⁰

На челу окупираних и присаједињених територија које су силом прилика постајале интегрални делови Трећег рајха налазили су се уопштено речено управници чије су функције зависиле од величине територије, њене административне природе и политичког статуса. Као носиоци таквих функција на оптуженичкој клупи су се налазили Балдун фон Ширах, Артур Зајс-Инкварт, Алфред Розенберг, Константин фон Нојрат и Ханс Франк.⁷¹ Основне карактеристике њихових аката на овим функцијама биле су репресалије над цивилним становништвом, коришћење цивила за принудни рад у Немачкој, пивредна експлоатација окупиране територије као и депортација и убијање Јевреја. Константин фон Нојрат је од свог доласка на место протектора марта 1939. године у потпуности спроводио германизацију поверених му територија увођењем администрације, антисемитских закона, коришћењем индустрије у сврху ратних похода Немачке. Нојрат се залагао за спровођење германизације и асимилације што се могло и видети у његовом меморандуму из августа 1940. године, ипак због несугласица са Хитлером са места протектора се повукао септембра 1941. године.⁷² Ханс Франк поставши генерални гувернер 1939. године несумњиво је био један од најстрожих управник неке од окупираних територија. Његови акти водили су ка потпуној дезинтеграцији Пољске, њеног

⁶⁷ *Ibid.*, 162–163.

⁶⁸ Као председник Континенталног друштва нафте спроводио је експлоатацију нафте на окупираним источним територијама. Функ се теретио још и за заплелу резерви Чехословачке народне банке и ликвидацију Југословенске народне банке. *Ibid.*, 186.

⁶⁹ Алберт Шпер је био задужен за најзахтевније планове попут изградње Атлантског бедема, такође је увео и систем блокираних индустрија, који се користио у окупираним територијама у циљу прављења добара за транспорт у Немачку. Кроз овај систем мали део становништва окупираних територија је избегао депортацију у Немачку јер је остао да ради у блокираним индустријама. *Ibid.*, 219.

⁷⁰ *Ibid.*, 233.

⁷¹ Балдун фон Ширах био је гаулајтер и рајхгувернер Беча, Артур Зајс-Инкварт као рајхкомесар се налазио на челу окупиране Холандије, Алфред Розенберг је био рајхминистар задужен за контролу источних окупираних територија, Константин фон Нојрат је био протектор Чешке и Моравске, док је Ханс Франк био генерални гувернер окупиране Пољске. Виђина наведених су се готово до краја рата налазили на својим позицијама, изузев Константина фон Нојрата који је био до септембра 1941. године.

⁷² Неспоразум са Хитлером се највише односио на неслагање са спровођењем сурових репресалија и кажњавања, према је током свог мандата 1939. године Константин Фон Нојрат донео наредбу о одговорности целокупног становништва за евентуалне саботаже и аминовао стрељање вођа студентског протеста. *Ibid.*, 222–223.

становништва и претварању у колонију, спроводивши економску експлоатацију земље, депортовање радника на принудни рад у Немачку чији је број до августа 1942. године износио 800.000, систем концелтрационих логора, јавна стрељања талаца и заробљеника и масовна убијања Јевреја.⁷³ Артур Зајнс-Инкварт, пре добијања мандата рајхгувернера окупиране Холандије маја 1940. године, био је заменик Ханса Франка на подручју окупиране Пољске. Ипак њега је суд теретио превасходно за ратне злочине и злочине против човечности почињене у Холандији где је заједно са СС јединицама спроводио репресалије над било којим видом отпора према немачкој окупацији. Однос према принудном раду му је био сличан као Франков те је током читаве ратне окупације око 500.000 људи послато у Немачку. Спровео је готово потпуну елиминацију Јевреја на подручју Холандије где је од укупно 140.000 за Аушвиц било послато око 120.000.⁷⁴ Балдун фон Ширах, вођа Хитлерјугенда, гаулајтер и од јула 1940. године рајхгувернер Беч имао је готово целокупну административну, војну и политичку моћ у граду и околини. Са статусом гаулајтера и према декрету Заукела из априла 1942. године највећи удео кривине се односио на контролу и искоришћавање принудне радне снаге. У самој оптужници терор према локалном становништву није био забележен али учествовање у депортацији Јевреја је неспорно постојало. Наиме, Балдун фон Ширах је спровео последњу фазу депортовања 60.000 Јевреја, из Беча за окупирану територију Пољске, која је трајала непуне две године, тачније до друге половине 1942. године.⁷⁵ Алфред Розенберг један од водећих идеолога НСДАП и уопште идеолога расне теорије за рајхминистра источних окупираних територија постављен је јула 1941. године. Слично као Херман Геринг и Алфред Розенберг, док није постао рајхминистар, реализовао је у неколико наврата организовану пљачку институција западних окупираних земаља и приватне својине Јевреја са тих простора. Од момента усостављања контроле над окупираним источним територијама посредно преко формиране администрације спроводио је германизацију, економску експлоатацију, искоришћавање цивила за принудни рад и њихово организовано слање у Немачку, гетоизацију и истребљење Јевреја.⁷⁶ Ханс Франк је био крив по 3. и 4. тачки, Артур Зајнс-Инкварт био је крив по 2., 3. и 4. тачки, док је Алфред Розенберг био крив по свим тачкама оптужнице, те су сва тројица осуђени на смртну казну. Константин Фон Нојрат је био једини крив по свим тачкама оптужнице који није добио смртну казну већ казну затвора од 15 године, док је Балдун фон Ширах, као што је већ речено, био је крив само за злочине против човечности и добио је 20 година затвора.⁷⁷

Последња три осуђена пред Трибуналом у Нирнбергу били су високи званичници и функционери НДСАП Мартин Борман, Јулијус Штрајхер, Фриц Заукел. Фриц Заукел је постављењем на функцију генералног опуномоћеника за коришћење радне снаге постао је готово први у креирању система радне снаге. Током свог мандата формирао је органе и поставио комесаре готово на свим окупираним територијама за које је одређивао квоте, у депортацији радника за Немачку помагала му је и полиција окупираних терито-

⁷³ О односу Ханса Франка према Јеврејима можда и најбоље говори његова изнесена мисао децембра 1941. године: "Ми морамо уништити Јевреје где год их нађемо и где год је то могуће, да бисмо одржали структуру и чврстину Рајха." *Ibid.*, 175–176.

⁷⁴ *Ibid.*, 215, 216.

⁷⁵ Балдун фон Ширах заједно са Јулијусом Штрајхером је био једини осуђен само за злочине против човечности. *Ibid.*, 202, 203.

⁷⁶ Алфред Розенберг је јуна 1944. године учествовао у акцији прикупљања око 50.000 младића и девојака од 10 до 14 година који су били слати на принудни рад у Немачку. *Ibid.*, 173, 174.

⁷⁷ *Ibid.*, 233.

рија.⁷⁸ Мартин Борман је био одговоран за све законе и директиве које је издавао Адолф Хитлер и на основу њих је уредио личну администрацију кроз коју је био координатор свих локалних и месних гаулајтера како у Немачкој тако и на осталим територијама. На овај начин посредно је вршио репресалије над локалним становништвом, креирао планове о насилном исељавању становништва док су докази о антисемитизму били везани за Декрет из маја 1941. године којим је Нирнбершке законе проширио на источне окупиране области. По питању принудног рада Борман је био одмах уз Заукела, путем своје администрације водио је рачуна о функционисању принудне радне снаге, али и токо септембра 1942. године контролисао депортацију 500.000 радника из источних окупираних територија за Немачку. Борману је на терет стављен и окрутан однос према ратним заробљеницима.⁷⁹ Јулијус Штрајхер је путем свог часописа "Der Stürmer" спроводио систематичну антисемитску и дискриминаторску кампању према Јеврејима пре и током Другог светског рата. Примера ради током 1935. године давао је пропагандну подршку Нирнбершким законима, као докази изнето је и 23 чланка из периода од 1938. до 1941. године у којима је отворено говорено о унишћу Јевреја "из корена". Поред тога што је спроводио кампању против Јевреја, Штрајхер је био и обавештаван о начину на који се Јевреји убијају.⁸⁰ Фриц Заукел је био крив за ратне злочине и злочине против човечности, Мартин Борман био осуђен по свим тачкама оптужнице а Јулијус Штрајер само за злочине против човечности међутим свима им је следила смртна казна.⁸¹

3. ЗАКЉУЧАК

Суђење нацистима била је једна свеопшта потврда реченице "правда је спора али достижна". Поступак пред Трибуналом у Нирнбергу био је велики искорак за међународно кривично право јер су на овај начин савезници поставили чврсте темеље у његовом даљем развоју. Дефинисањем злочина против човечности практично је одређен начин за будућност у ком смеру треба спровести заштиту цивилног становништва у потенцијалним ратним сукобима, и како казнити оне који крше пре свега основне људске, а потом и правне принципе. Међународно право данас у тоталитету посматрано, има изузетно комплексан циљ да у сагласју са основним правним начелима обезбеди баланс међу великим силама, како мале да заштити од великих и како да заправо читавом свету пружи сигурност. Стога је и доста пута прекршено, али то никоме не даје дозволу да икада више доведе у питање постојање међународног кривичног права, јер колико год се десило ексцеса у током његовог развоја оно пружа стабилност и даје наду да се зло и злочини учињени у Другом светском рату више никада неће поновити.

ЛИТЕРАТУРА:

Bassiouni M. C., *International Criminal Law: Sources, Subjects and Contents*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008.
Етински Р., *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2010.

⁷⁸ Једна изјава Заукела из марта 1944. године говори о масовности принудног рада јер "од 5 милиона страних радника који су дошли у Немачку ни 200.000 није дошло добровољно." *Ibid.*, 204, 205.

⁷⁹ Јануара 1943. године издао је наредбу својим подређенима у партији у координисању са Врховном командом о употреби ватреног оружја и примени телесне казне за непослушне ратне заробљенике. Треба истаћи да је Мартину Борману једином суђено у одсуству. *Ibid.*, 228, 229.

⁸⁰ Неретко је током ратног периода у бројевима свог часописа објављивао бројеве убијених Јевреја на различитим окупираних територијама. *Ibid.*, 182, 183.

⁸¹ *Ibid.*, 233

- Јовашевић Д., *Међународна кривична дела: Одговорност и кажњивост*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2010.
- Kaseze A., *Међународно кривично право*, Београдски центар за људска права, Београд, 2005.
- Крећа М., *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022.
- Nirnberška presuda*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1948.
- Прлјета Р., *Zločini protiv čovečnosti i međunarodnog prava Nirnberška presuda i dokumenti o genocidu*, Službeni list SRJ, Београд, 1992.
- Ристивојевић Б., *Међународна кривична дела*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2011.
- Schabas W. A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- Schabas W. A., *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Шурлан Т., *Злочин против човечности у међународном кривичном праву*, Службени гласник, Београд, 2011.
- Шкулић М., "Начело законитости у кривичном праву", *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2010.
- Шкулић М., *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022.
- Шкундрић А., *Надлежност међународних кривичних судова и трибунала*, Правни факултет Универзитета у Београду, мастер рад, Београд, 2021.

* * *

Ognjen Bojanić*

CRIMES AGAINST HUMANITY IN THE NUREMBERG JUDGMENT

Summary

Howard Zinn, a historian from the United States and veteran of the Second World War, once said: "There is no flag big enough to cover the shame killing innocent people." The thought expressed was undoubtedly the fruit an experience during the Second World War that has remained indelible, a bloody mark in the history of mankind. The Allies during the war, but also immediately after the capitulation of the Third Reich, believed that there were those who, through this social influence of political, military functions and economic position in Nazi Germany, created a policy whose hallmark was to provoke fear and conflict. Determining the responsible Nazi leader also meant bringing them to justice and punishing them. To achieve such a goal, the Allies primarily determined criminal acts, among which some such as Crimes against humanity for the first legally defined, and then formed the International Military Tribunal in Nuremberg, which is based on them in perspective.

In perspective, the Nuremberg trials were a turning point in the development of international criminal law, which only after the Second World War began to gain more consistency and more precise formulation, thus becoming a part of international law in general.

Key words: international criminal law, International Military Tribunal in Nuremberg, crime against humanity.

* Fourth year undergraduate student, University of Belgrade, Faculty of Law, ognjenbojanic1234@gmail.com.

Павле Орестијевић*

ПОСТУПАК ПРЕД ТОКИЈСКИМ ТРИБУНАЛОМ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ

Апстракт: У раду се анализира начело законитости као фундаментално начело кривичног права. Кроз чувену латинску максиму *nullum crimen nulla poena sine lege*, анализира се значење сваког појединачног елемента. Такође, у раду се посебно анализира начело законитости у међународном кривичном праву, односно развој међународног кривичног права у односу на ово начело, као и начин на који је ово начело интегрисано у доктрину међународног кривичног права, са освртом и на присутност начела у важним међународним уговорима и Повељама. С тим у вези, у раду се анализира и присутност начела законитости у Римском статуту, као и интеграција тог начела у упоредном кривичноправном законодавству. Поред тога, рад анализира догађаје који су хронолошки довели до настанка Међународног војног трибунала за Далеки исток (даље у тексту: Токијски трибунал), са освртом на Други светски рат као неизоставан догађај који је представљао повод за настанак како поменутог Токијског трибунала, тако и историјски најзначајнијег – Нирнбершког трибунала. Најзад, рад се бави анализом Токијског процеса, односно начина на који је начело законитости примењено (или заобиђено) у поступку који се пред тим трибуналом водио.

Кључне речи: Начело законитости, кривично право, међународно кривично право, Римски статут, Токијски трибунал.

1. УВОД – НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ

1.1. Начело законитости у кривичном праву

Nullum crimen, nulla poena sine lege. Ова чувена латинска изрека, која у преводу значи да "нема злочина, ни казне, без закона" несумњиво представља основно и фундаментално начело како кривичног права, тако и правне државе у целости. Важности овог начела говори у прилог и да се оно налази на самом почетку Кривичног законика и то у његовом првом члану. Ако бисмо садржину ове максиме рашчланили на делове увидели би да начело законитости подразумева да кривичноправном нормом морају већ у време извршења дела да буду дефинисане како правне претпоставке тако и правне последице њеног кршења¹, те да је неопходно да је законом прописано како само дело које је извршено, тако и потенцијална кривична санкција која учиниоцу таквог дела следује.

* Студент треће године основних студија, Правни факултет Универзитета у Београду, pavle.orestijevic13@gmail.com.

¹ И. Вуковић, *Кривично право општи део*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021, 16.

У правну догматику ово начело уводи немачки теоретичар Фојербах, а онако како га ми поимамо начело законитости настаје у епохи просветитељства². Управо поменути Фојербах у свом доктринарном раду разлаже начело законитости на четири одвојена правила, и то:

- *Nullum crimen, nulla poena, sine lege scripta* - нема злочина без оног закона који је писан. Значај овог правила огледа се у томе да је за кривично право неопходно да норма која се тиче примене кривичног законодавства мора постојати у њеном формалном, писаном облику, јер би било незамисливо и свакако непримерено да се функције кривичног права остварују кроз некакве природне законе, или обичајно право.

- *Nullum crimen nulla poena, sine lege certa*. Ово правило подразумева да кривично-поправна норма, због њеног значаја, али и последица које из њене примене произилазе, мора бити довољно прецизно дефинисана, јер би се у супротном отворила могућност самовоље у њеном тумачењу. Имајући у виду пре свега наступајуће последице по учиниоца дела, које се неретко манифестују кроз вишегодишње казне затвора, логички се намеће да би свако уметање тзв. генералних клаузула или правних стандарда у кривичноправну норму отворило могућност њеном различитом тумачењу, што се свакако у кривичноправној материји мора избећи.

- *Nullum crimen nulla poena, sine lege stricta*. Ова максима подразумева забрану примене креативне аналогије, у смислу стварања кривичног права, али само онда када је то на штету учиниоца дела и ово правило упућено је према суду, као ономе који примењује право. Аналогија значи да се на један случај који није регулисан општом нормом примењује друга правна норма, чије је дејство предвиђено за неки други случај, који је сличан оном у односу на кога постоји правна празнина.³ Креативна аналогија је била могућа у Трећем рајху, где је постојало кажњавање према "основној идеји закона и здравом народном осећају"⁴, а знајући да је доба Трећег рајха недвосмислено био период историје у којем је право "изумирало", или бољеречено "анестезирало", бољи показатељ како би изгледао систем у коме је примена аналогије нормална свакако није потребан.

- *Nullum crimen nulla poena, sine lege praevia*. Овим правилом начелно се забрањује ретроактивна примена закона на учиниоца. Наравно, као и у претходном случају постоји изузетак и тиче се случаја када би ретроактивна примена (блажег) закона била повољнија за учиниоца. Дакле, уколико се, примера ради, у тренутку доношења пресуде учиниоцу кривичног дела ублажио казни распон за дело које му се ставља на терет у односу на време извршења кривичног дела, суд ће применити закон ретроактивно, идући тиме у корист учиниоцу дела. Са друге стране, није замисливо да се на некога примени строжа норма него што је била у време када је дело учињено. Правно-политички гледано постојала би бојазан од "намерног" мењања закона у смеру у коме би се на одређеног учиниоца примени строжи закон од оног који је постојао у време извршења дела. Међутим, иако таква примена закона у нашем праву није прописана, наши судови су се у

² G. Halleuy, *A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law*, Berlin – Heidelberg, 2010, 8, нав. према: И. Вуковић, *op. cit.*, 17.

³ М. Шкулић, "Начело законитости у кривичном праву", *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, 1/2010, 72.

⁴ С. Пихлер, "Аналогија у кривичном праву", *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, 1-2/1971, 152.

поступцима који су се тицали ратних злочина учињених у Другом светском рату на њега изричито позивали, иако та дела оновременим прописима нису била предвиђена.⁵

Начело законитости није само једно од основних начела кривичног права, које се данас у државама које се одликују владавином права сматра општеприхваћеним, већ је оно у савременим правним системима подигнуто на ранг уставног начела,⁶ а њега је узео у обзир и уставотворац нашег важећег Устава, који у члану 34. ставу 2. управо наводи да се кривична дела и кривичне санкције одређују законом. Уставна одредба је широко формулисана и односи се на све врсте деликата који постоје у правном систему, односно у тзв. казненом праву у ширем смислу, мешутим код прописивања кривичног дела и кривичне санкције то може бити урађено само законом, а не и другим прописима, као што је то на пример уредба.⁷ Такође, овај тренд прате и многе европске државе, па тако Устав Грчке у свом тексту садржи између осталог и одредбе којима се наглашава да кривично право мора бити писано право, да казна не може бити изречена према аналогiji, те да кривично право нема ретроактивно дејство. И у Основном закону Немачке који има уставни ранг наводе се претходно поменута правила. Поред европских и многе ваневропске државе начело законитости формулишу уставним одредбама, као што је случај са Јапаном чијим се Уставом забрањује ретроактивна примена кривичног права и предвиђа да кривично дело и казна за њега морају законом бити прописани пре извршења.⁸

У Декларацији УН, усвојеној од стране Генералне Скупштине УН децембра 1948. године, уткано је и начело законитости, наравно не на идентичан начин оном каквим га ми разумемо, али свакако у мери која је довољно јасна да се оно може тумачити на начин како га тумачи домаће право. Наиме, 11. члан ове декларације говори како се нико неће сматрати кривим за било које кривично дело ако оно није прописано као кривично према домаћем или међународном праву. Уз то, није дозвољено изрећи тежу казну од оне која је била примењивана у време када је односно кривично дело било учињено. Јасно је да се у овим одредбама препознају основна правила начела законитости о којима је претходно било речи. Оваквој формулацији прибегавају и творци Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, с тим што члан 7 ст. 2. ове Конвенције садржи својеврсну "ограду" од овог правила, тиме што се у њему прописује да оно не утиче на суђење и кажњавање лица за чињење или пропуштање које је у време извршења сматрано кривичним делом у складу са општим правним принципима признатим од стране цивилизованих народа.⁹

Формулацију начела законитости коју можемо видети у нашем кривичном закону препознају и користе је и други тзв. европско-континентални кривични законици. Наиме, француски Кривични законик садржи принципе забране повратног дејства кривичног закона, забрану аналогije, и наравно принцип законитости *nullum crimen, nulla poena sine lege* - као неотуђиву гаранцију слободе.¹⁰ И писци аустријског, али и италијанског Кривичног законика уткали су принцип законитости на сам почетак текста закона,

⁵ Вид. ОкС у Београду – веће за ратне злочине, Квв 23/09 од 24. 3. 2009.

⁶ З. Стојановић, *Кривично право*, СИД Подгорица, 2008, 37–38, нав. према: М.Шкулић (2010), *op. cit.*, 69.

⁷ З.Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2019⁹, 34.

⁸ М. Шкулић (2010), *op. cit.*, 69.

⁹ М. Шкулић, *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2022, 16.

¹⁰ U. Hübner, V. Constantinesco, *Einführung in das französische Recht*, Verlag C. H. Beck, München 2001, 132, нав. према: М. Шкулић (2010), *op. cit.*, 70.

односно у првом члану, на начин идентичан оном који је примењен у нашем закону. Са друге стране, у немачкој кривичноправној теорији заузет је став да је да је формулација начела законитости садржана у Основном закону Немачке строжија у односу на то како је оно описано у члану 7 ст. 1. раније поменуте Европске конвенције о људским правима и основним слободама, у смислу правила на могућност кажњавања сходно међународном праву и онда када кажњивост у време извршења кривичног дела није била прописана националним законом.¹¹ При таквом стању ствари дошло је до размимоилажења у ставовима између немачких судова са једне, и Европског суда за људска права са друге стране. Наиме, Европски суд за људска права доносио је одлуке супротне одлукама немачких судова у случајевима припадника бившег ДДР режима против СР Немачке.¹² Суд је стао на становиште да подносилац представке не може да се позива на разлоге за искључење постојања кривичног дела у чијем је нормирању и сам учествовао.¹³ Поред поменутих европских законодавстава, начело законитости се често среће и у многим ваневропским правима, па се на пример, кривично право Израела стриктно заснива на правилима да лице може бити кажњено само за оно дело које је било забрањено у време када је извршено, да лице које такво дело учини може бити кажњено само ако је његова кажњивост постојала пре извршења, да само законодавна власт може установљавати кривична дела и казне за њих – судови немају овлашћење да креирају кривична дела према аналогiji у односу на већ постојеће деликте¹⁴.

1.1. Начело законитости у међународном кривичном праву

Начело законитости схваћено на претходно објашњен начин који је типичан за европскоконтинентална законодавства није на исти начин тумачено и примењивано у међународном кривичном праву, односно у пракси везаној за одређена суђења поводом извршења међународних кривичних дела.¹⁵ С тим у вези, Римски статут представља прекретницу у смислу схватања начела законитости у међународном кривичном праву, јер се у њему, прецизније у самом називу члана 22. Статута, наводи латинска максима *nullum crimen, nulla poena sine lege*. У ствари, изгледа да је у том питању међународно (јавно) право одиграло кључну улогу, јер је за ту грану права карактеристично да њене норме нису садржане у законима, или не само у законима, већ и у другим изворима права, као што су међународни уговори и међународне конвенције, чак одлуке одређених међународних тела, или неписано право, као што су међународни обичаји.¹⁶ За начело законитости се сматра да је део међународног обичајног права, тако што се захтева да је криминално понашање било прописано што је могуће јасније у дефиницији злочина, али је овај стандард мање ригидан него што је то уобичајено у континенталном европском праву.¹⁷ У ствари, иако претходно цитирани аутор у делу поглавља књиге у којем објашњава начело законитости у међународном кривичном праву, позива и на

¹¹ М. Шкулић (2010), *op. cit.*, 71.

¹² Конкретно реч је о случају *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, а пресуда је донета 22. марта 2001. године.

¹³ А. Јакшић, *Европска конвенција о људским правима – коментар*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006, 236.

¹⁴ А. Shapira, К.С. DeWitt Arar, *Introduction to the Law of Israel*, Kluwer Law International Boston, 1994, 258, нав. према: М. Шкулић (2010), *op. cit.*, 72.

¹⁵ М. Шкулић (2022), *op. cit.*, 19.

¹⁶ *Ibid.*, 20.

¹⁷ G. Werle, *Principles of International Criminal Law*, Т.М.С. Asser Press, The Hague, 2005, 32–33, нав. према: М. Шкулић(2022), *op. cit.*, 20.

латинску сентенцу *nullum crimen, nula poena, sine lege*, а која представља класично објашњење принципа легалитета, он у свом објашњењу не објашњава суштину овог начела, већ само један његов елемент, а то је *lex certa*.¹⁸ Међутим, у сваком случају није спорно да се начело законитости у међународном кривичном праву, односно пре свега, у неким случајевима који су се решавали пред одређеним облицима међународног кривичног правосуђа, схватало на битно другачији начин него у већини европских континенталних правних система.¹⁹ Сходно овоме, начело законитости се у међународном кривичном праву сматра испоштованим ако кажњивост одређеног понашања произлази из писаних или неписаних норми које су биле на снази у време таквог понашања, а када су у питању неписане норме, нерeално је захтевати да оне ближе одређују врсту и висину казне која се за то понашање може изрећи, па не преостаје ништа друго, него да се препусти суду²⁰, па стога, традиционално међународно кривично право начело законитости није протезало на кривичноправне санкције, што представља можда и највеће одступање од праксе европских континенталних земаља.²¹ Овакво схватање у међународном кривичном праву, или боље речено овакво схватање међународног права које је своју примену доживело у неколико кривичних суђења за одређена међународна кривична дела, је свој израз пре свега имало у поступку пред Међународним војним трибуналом у Нирбергу, што је у литератури често означавано као спорно.²²

1.3. Начело законитости и Римски статут

Начело законитости своје место нашло је и у Римском статуту, тачније у члану 22. у коме се наводи основни постулат овог начела - *nullum crimen, nula poena, sine lege*. Овакво одређење у самом Статуту, с једне стране доприноси томе да се избегну спорна питања везана за само начело законитости, али исто тако повлачи са собом и одређене последице. Наиме, независно од овог решења из Римског статута, сматра се да начело законитости у међународном кривичном праву и након усвајања Римског статута има ужи значај него ово начело у националним кривичним законодавствима.²³ На пример у Немачкој, која је донела посебан закон о међународном кривичном праву посвећен имплементацији решења из Римског статута у домаће кривично законодавство, истиче се да с обзиром на то да се у том закону упућује на примену међународног уговорног права, може настати проблем на релацији између немачке верзије начела легалитета и оне која важи у међународном кривичном праву.²⁴ Што се тиче самог дејства начела законитости у Римском статуту, оно се, као и у другим примерима, односи на искључење кривичне одговорности у моменту извршења уколико оно није било предвиђено као кривично дело у односу на које Међународни кривични суд има надлежност.²⁵ С тим у вези, члан 22. ст. 1. дефинише да нико није кривично одговоран за дело које у моменту извршења није било у надлежности Суда. Оваква формулација одговара начину формулиса-

¹⁸ М. Шкулић (2010), *op. cit.*, 72.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ М. Шкулић, (2022), *op. cit.*, 20.

²¹ Р. Novoselec, Materijalnoправне одредбе Римског статута и њихова имплементација у хрватском казненом законодавству, у: I. Josipović, D. Krapac i P. Novoselec, *Stalni međunarodni kazneni sud*, Hrvatski pravni centar i Narodne novine, Zagreb, 2001, 95, нав. према: М. Шкулић (2022), *op. cit.*, 20.

²² М. Шкулић (2022), *op. cit.*, 20.

²³ М. Шкулић (2010), *op. cit.*, 95.

²⁴ Н. Satzer, "German Criminal Law and the Rome Statutes", *International Criminal Law Review*, 3/2002, 278, нав. према: М.Шкулић (2010), *op. cit.*, 96.

²⁵ *Ibid*, 97.

ња начела законитости у националним законодавствима, односно представља дефинитивни отклон од дотадашњег схватања овог принципа у међународно правном смислу. Овакво схватање подразумева да важи и правило: 1) *scripta*, јер да би неко био у смислу Римског статута кривично одговоран, битан је услов да је његово дело у време извршења било прописано као дело из надлежности Суда (чл. 22. ст.1), као и 2) *lex certa*, с обзиром да су сва кривична дела која спадају у стварну надлежност Међународног кривичног суда прецизно описана, само под условом да је тачно и одређено прописано у чему се конкретна радња дела састоји, може се за такву радњу кривично одговарати пред Међународним кривичним судом, а при том се и прописи којима се одређује биће кривичног дела морају тумачити рестриктивно.²⁶ У Римском статуту садржана је и изричита забрана примене аналогije, повезана и са обавезом рестриктивног, односно уског тумачења свих прописа којима се одређује биће кривичног дела, чиме је успостављен и захтев 3) *lex stricta*.²⁷ Тиме што се уводи правило обавезног фаворабилног тумачења неких евентуално двосмислених норми, формулисани су елементи принципа *in dubio pro reo*.²⁸ Мада је у Римском статуту изричито предвиђено начело законитости, те сходно томе није установљена могућност одређивања кривичних дела према сличности, извесни примери дефинисања појединих облика кривичних дела према сличности се могу уочити, што представља крупан пропуст до којег је вероватно дошло услед наглашене тежње творца овог права, да што свеобухватније регулишу могуће облике деликтног понашања, те да у том погледу не остане простора за правне празнине.²⁹

2. ДРУГИ СВЕТСКИ РАТ И ФОРМИРАЊЕ ПРВИХ *AD NOS* МЕЂУНАРОДНИХ ТРИБУНАЛА

2.1. Други светски рат као повод за формирање трибунала

Сматра се да је Други светски рат отпочео агресијом Нацистичке Немачке на Пољску, 1. септембра 1939. године. Само два дана касније, 3. септембра, Немачкој су рат објавиле Француска и Велика Британија (заједно са свим државама Комонвелта), чиме овај сукоб добија ноту светске размере. У борбама које су трајале непуних 6 година у рату је учествовало више од 100 милиона војника. Нажалост, податка о тачном броју мртвих нема нити ће га икада имати, како због обмана о броју умрлих које су државе користиле, тако и због самог броја који је толико велики да је практично немогуће извести тачан податак. Опште је познато да је Други светски рат остао упамћен као вероватно најстрашнији рат који се догодио у историји човечанства, а томе свакако иду у прилог како жртве коју су поднеле силе Осовине,³⁰ тако и оне које су поднеле државе Савезнице.³¹ Још пре формалног завршетка рата у Европи, имајући у виду да се победник надзирао, радило се на томе како ће се кривично гонити ратни генерали пре свега Италије и Немачке. У том смислу је на Московској конференцији одржаној у октобру и новембру 1943. године од стране СССР, САД и Уједињеног Краљевства, усво-

²⁶ М. Шкулић (2022), *op. cit.*, 28.

²⁷ *Ibidem*

²⁸ М. Шкулић и В. Бајовић, *Историјски развој међународног кривичног правосуђа и основне одлике поступка пред Међународним кривичним судом*, Досије, Београд, 2017, 97.

²⁹ М. Шкулић, *Међународни кривични суд – надлежност и поступак*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2005, 176–177.

³⁰ Силе осовине чиниле су пре свих Нацистичка Немачка, Фашистичка Италија и Јапанско царство. Овај савез такође је познат и под називом "Тројни пакт", и "осовина Рим-Берлин-Токио".

³¹ Државе савезнице биле су, пре свих, Велика Британија и Русија у Европи, САД, односно Кина у Азији.

јена заједничка Декларација о немачким злочелима у окупираној Европи.³² Њена суштина била је у следећем: у принципу, злочинци ће бити изручени оној држави на чијој су територији учинили злочине и органи те државе ће им судити, са изузетком главних (великих) злочинаца, чија дела немају тачно одређену географску локацију, који ће бити кажњени заједничком одлуком савезничких влада.³³ Знамо да "историју пишу победници", те је у неку руку очекивано да су у процесима након Другог светског рата антагонисти били управо генерали и високи функционери држава које су рат изгубиле. Штета је што савезници нису смогли снаге да пред "лице правде" ипак изведу и особе из сопственог окружења којима би се свакако могли ставити на терет одређени међународни злочини.³⁴ Поједини аутори наводе да се наука међународног кривичног права ни из далека није толико бавила судом у Токију колико се бавила судом у Нирнбергу.³⁵ Нирнбершки и Токијски војни трибунали били су претеча за велики број међународних судова насталих у последњим деценијама прошлог и почетком овог века. Након њих настали су и разни други међународни кривични судови – прво *ad hoc* међународни кривични трибунал за бившу Југославију (у Хагу) и Руанду (у Аруши), затим читав низ тзв. међовитих кривичних судова и, најзад, стални Међународни кривични суд.³⁶

2.2. Оснивање суда у Токију

Суђење и кажњаванње ратних злочинаца Сила Осовине током Другог светског рата постало је битно питање међу државама Савезницама. Немачки злочини у окупираним земљама рано су показали силну потребу за предузимањем одређених мера против криваца.³⁷ Три "Велика савезника" (Рузвелт, Черчил и Кај-Шек) су изјавила да воде рат да сузбију и "казне јапанску агресију". На конференцији у Јалти, од 4. до 11. фебруара 1945, Велики савезници су се сложили да подвргну "све ратне злочинце праведној и брзој казни" а министима иностраних послова су препустили да проуче питање главних ратних злочинаца...ради подношења благовременог извештаја по завршетку Конференције.³⁸ Суд у Токију основан је одлуком (Повељом) америчког генерала Дагласа МекАртура, према нацрту који је направио амерички правник Кинан, а који је потом и постављен за главног тужиоца пред тим судом. У основи, уз оређене разлике, правила токијског трибунала су веома слична онима која су се примењивала у Нирнбергу, а када је реч о правилима поступка, она су такође у основи изразио англосаксонског типа.³⁹ 26. јула 1945. године, у Постдаму, донета је нова Декларација од стране председника САД Харија Трумана, премијера УК Винстона Черчила и председника Кине Чанг Кај-Шека, у којој су наведени услови предаје Јапанског царства, а којој се касније придружио и Совјетски Савез. Текст Декларације представља исправљену верзију Декларације из Каира, а из 6.

³² А. Шкулић, *Надлежност међународних кривичних судова и трибунала*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2021, 10.

³³ С. Аврамов, *Међународно јавно право*, Академија за дипломатију и безбедност, Београд, 2011, 398.

³⁴ М. Шкулић (2022), *op. cit.*, 105.

³⁵ М. Бабић, *Међународно кривично право*, Правни факултет у Банја Луци, Банја Лука, 2011, 183.

³⁶ Б. Кривокапић, "Развој међународног кривичног судства", *Страни правни живот* 1-2/2007, 41.

³⁷ А. Малјковић, *Међународни војни трибунал за далеки исток – Токијски процес*, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, Загреб, 2022, 2.

³⁸ М. Милојевић, "Нирнбершка начела и кодекс злочина против мира и безбедности човечанства", *Од Нирнберга до хага* (ур. Јелена Ђ. Лопичић-Јанчић), Београдски форум за свет равноправних, Београд, 2012, 76.

³⁹ М. Шкулић (2022), *op. cit.*, 115.

из 10. тачке бива јасно да ће кажњавање снаћи само појединце.⁴⁰ Постдамска декларација тражила је баланс у мерама које ће бити преузете и које ће као такве представљати еквивалент за радње чињења, односно нечињења криваца у Другом светском рату.⁴¹

На Московској Конференцији, одржаној у децембру 1945. године, основана је Комисија за Далеки исток и савезнички савет за Јапан (даље у тексту: Комисија), која је била састављена од представника Совјетског Савеза, УК, САД, Холандије, Француске, Аустралије, Кине, Индије и Филипина, а све су то биле земље које су биле у рату са Јапаном. Комисија је, по узору на Европу одлучила да се највећим злочинцима суди пред једним међународним војним судом, док ће се свима осталима судити пред националним судовима и комисијама.

Конечно, 19. јануара 1946. године Даглас МекАртур објављује Специјалну прокламацију о успостављању међународног војног суда за Далеки исток (даље у тексту: Прокламација), којој је касније придодана и Повеља која је у 5 одељака дефинисала питање оснивања, опште одредбе, правично суђење, овлашћења трибунала, сам начин вођења поступка, те пресуде и казне. Овим актом направљен је искорак у смислу избегавања несугласица између националних законодавстава и уједначавање стандарда свих правних прописа, са тенденцијом изградње смерница које би омогућиле успешнију реализацију једног поступка међународног кривичног права.⁴² Битна разлика између суда у Нирнбергу и у Токију је правна подлога на којој је основан. Наиме, суд у Нирнбергу основан је на темељу међународног договора, у ком сама Немачка није ни учествовала, док је токијски трибунал са друге стране почивао на договору са Јапаном, који је пристајањем на услове из Постдамске декларације пристао и на оснивање суда и осуду злочинаца.⁴³

2.3. Повеља о оснивању Суда

Повеља о оснивању Трибунала се састојала из 17 чланака подељених у 5 одељака. Припрема и састављање повеље припала је Жозепу Кинану, који је касније био и главни тужилац међународног тужбеног тима у поступку. Будући да представници ниједне друге државе која је учествовала у поступку нису стигли у Јапан пре објављивања Повеље, изостали су из њене израде. Како су крајем јануара пристизали и придруживали се тиму тужитеља, тако су постепено изјављивали незадовољство на текст Повеље, те су њихови предлози усвајани и 26. априла 1946. завршена је измена и допуна Повеље по предлозима држава које су у тиму тужилаца, и Комисије.⁴⁴

2.3.1. Састав суда

Суд је првим чланом повеље успостављен као "праведан и ефикасан систем кажњавања ратних злочинаца". Број чланова суда именује врховни командант из редова

⁴⁰ "(6.)Једном заувек мора бити елиминисан ауторитет и утицај оних који су обманули и погрешно навели Јапанце на ова освајања. Нови мир у свету, сигурност и правда моћи ће бити задовољени тек када отерамо неодговорне милитаристе са овог света.

(10)Ми немамо намери да Јапан буде поробљен као раса или уништен као нација, али очекујемо круту правду која ће се изрећи за све ратне злочинце укључујући и оне који су били окрутни према нашим затвореницима. Јапанска влада уклониће све препреке за оживљавање и јачање демократске тенденције јапанског народа.

⁴¹ М. Ћујић, "Komandna odgovornost u slučaju Ivane Matsui", *Crimen*, 1/2017, 75.

⁴² *Ibid.*, 75.

⁴³ А. Малјковић (2022), *op. cit.*, 4.

⁴⁴ S. Horwitz, "The Tokyo Trial", *International Conciliation*, 28/1950, 483.

држава које су потписале капитулацију Јапана уз Индију и Филипине. Судом је председавао председник којег такође бира Врховни командант, и уз њега главне секретаре којима је задатак био да усмеравају рад читавог секретаријата суда. Прописан је кворум за заседање који је био већина од укупног броја чланова, а глас председника је био одлучујући у случају изједначеног гласања.⁴⁵ Ипак, за разлику од Нирнбершког трибунала, судије у овом поступку нису имале заменике.⁴⁶ Врховни командант је именовао 11 судија, по једног из сваке државе потписнице капитулације, уз по једног члана из Индије и Филипина. За председника суда именован је аустралијски судија Вилијам Веб.

2.3.2. Надлежност суда

У члану 5 Повеље навиду се како је суд надлежан судити ратним злочинцима Далеког истока као појединцима и члановима организација који су оптужени за злочине против мира. Према Повељи, Токијски трибунал био је надлежан за злочине против мира, одређене као "планирање, припремање, започињање или вођење ојављеног или необјављеног агресивног рата или рата уз кршење међународног права, уговора, споразума или гаранција, или учествовање у заједничком плану или завери ради извршења било које од напред наведених радњи" (члан 5 став 1 тачка а).⁴⁷ Злочини за које им се може судити су:

а. Злочини против мира/класа А: Пре свега, планирање, припремање и иницирање агресивног рата који крши одредбе међународног права, уговора или споразума, као и учествовање у заједничком плану и договору за постизање горе наведеног.

б. Конвенционални ратни злочини/класа Б – кршење закона и обичаја ратовања

ц. Злочини против човечности/класа Ц – убиства, поробљавање, иселавање, геноцид и остали нечовечни поступци учињени пре или током рата, прогањања на политичкој или расној основи самостално или у вези са неким наведеним злочинима, независно од тога да ли представљају кршење права у држави у којој су почињени.⁴⁸

За разлику од Повеље (Статута) Нирнбершког суда, овде је прецизирано како је за постојање кривичног дела ирелевантно да ли је у конкретном случају агресивни рат објављен или није, и приликом инкриминисања друге врсте противправног рата одредба Повеље Токијског трибунала додаје и опциону могућност да то буде рат који је настао кршењем међународног права уз могућности које су већ постојале у Повељи Нирнбершког трибунала. За разлику од оптужнице пред МВТН, токијска оптужница није разликовала акте агесије од агресорских ратова.⁴⁹ Уколико су почињени само злочини Б и Ц класе оптуженима се судило пред националним судовима држава у којима су злочини почињени.

2.3.3. Правично суђење

Што се тиче права на правично суђење, Статут суда је ово право гарантовао. Предвиђено је да оптужница садржи јасне и сажете злочине сваког оптуженог те му таква бити достављена заједно са Статутом на језику који разуме, на време како би адекватно припремио

⁴⁵ *Ibid.*, 484.

⁴⁶ А. Шкундрић (2021), *op. cit.*, 25.

⁴⁷ А. Шкундрић, *Агесија као злочин против мира*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2022, 32.

⁴⁸ Special proclamation: Establishment of an International military tribunal for the Far East, Threaties and Other International Acts Series 1589.

⁴⁹ А. Шкундрић (2021), *op. cit.*, 33.

и саставио одбрану.⁵⁰ Суђење је вођено на енглеском и јапанском језику. Постојао је тим преводаца који је током читавом поступка био на располагању свим актерима поступка. Осим превођења на јапански и обрнуто, постојали су и преводиоци кинеског, француског, холандског, немачког, руског и монголског, без којих комуникација у судници није била могућа, како са оптуженима и њиховим браниоцима, тако ни међу самим судијама.⁵¹

2.3.4. Овлашћења суда и вођење поступка

Због обимности самог предмета било је битно ограничити саслушања на само она која су нужна и уско повезана са оптужбама, те спровести потребне мере како би се спречио сваки поступак који би довео до неорпавданог кашњења или продужења суђења. Суд је био дужан да утврди ментално и физичко стање сваког оптуженог као и њихову способност да учествују у поступку. Суд се обавезао да ће примити сваки доказ за који сматра да има доказну вредност, а чињенице које су већ познате, односно већ расправљене међу странкама неће се поново испитивати.⁵² Токио је одређен за град у коме ће суђење бити одржано.⁵³

2.3.5. Пресуда и санкције

Изрека као и разлози саме пресуде биће објављени пред судом. Пресуда ће одмах по објави бити достављена Врховном команданту који ће спровести казне, уз овлашћење да у било ком тренутку може казне изменити, осим на штету самог осуђеног.⁵⁴ Суд је могао изрећи како смртну тако и сваку другу врсту казне коју сматра праведном.⁵⁵

3. ПОСТУПАК ПРЕД ТРИБУНАЛОМ И (НЕ)ПОШТОВАЊЕ НАЧЕЛА ЗАКОНИТОСТИ ТОКОМ ПОСТУПКА

Поступак вођен пред Токијским трибуналом био је далеко од савршеног. За разлику од суђења у Нирнбергу, које је имало одређене слабости, али је сам поступак у принципу био прилично фер, на суђењу у Токију много тога није ваљало.⁵⁶ Кривичноправни проблеми су се испојили у неколико важних области. Пре свега, неки од оптужених су кривично гоњени за злочин против мира, односно агресију, или вођење агресивног рата, али и за злочине против човечности, али пре самог суђења није постојало такво кривично дело. Агресија је била забрањена одређеним актима међународног права, али она није била дефинисана као противправна радња коју може да изврши физичко лице, односно појединац. Поред тога, ратни злочини за које се кривично гонило су били предвиђени Хашком конвенцијом из 1907. године и то није спорно, али у том акту се нису прописи-

⁵⁰ Special proclamation: Establishment of an International military tribunal for the Far East, Threaties and Other International Acts Series 1589, 24.

⁵¹ K. Takeda, *Trial and Error in the Interpreting System and Procedures of the Tokyo Trial*, The Tokyo Tribunal: Perspectives on Law, History and Memory, 2020, 132.

⁵² Special proclamation: Establishment of an International military tribunal for the Far East, Threaties and Other International Acts Series 1589, 25.

⁵³ A. Maljković (2022), *op. cit.*, 4

⁵⁴ Special proclamation: Establishment of an International military tribunal for the Far East, Threaties and Other International Acts Series 1589, 26.

⁵⁵ A. Maljković (2022), *op. cit.*, 4.

⁵⁶ Б. Кривокапић, "Путеви и странпутице међународних кривичних судова", *Од Нирнберга до Хага, поуке историје* (ур. Јелена Ђ. Лопичић-Јанчић), Београдски форум за свет равноправних, Београд, 2012, 39.

вале казне за таква кривична дела.⁵⁷ Све наведено говори да је од самог почетка овог поступка било упитно колико се поштује начело легалитета, имајући у виду да нека од дела за која су се оптужени теретили у оптужници у том тренутку нису била предвиђена као кривична дела, и, што је можда још важније, велику празнину представља и непостојање прописане санкције за поменуте ратне злочине, што је свакако велико размимоилажење са основним постулатима начела законитости у теоријском смислу.

Пред међународним војним судом за Далеки исток је одговарало 28 водећих јапанских политичара, службеника и војних лица, у својству "главних ратних злочинаца", при чему се процес заснивао на тврдњи да је Јапан од почетка 30их година водио агресивну, освајачку и ратну политику. Тако у самом Статуту суда долази до грубог кршења претпоставке невиности, узевши да се говори о суђењу "ратним злочинцима", уместо о вођењу кривичног поступка према људима који су за ратне злочине оптужени.⁵⁸ И на суђењу у Токију се као важно питање поставило проблем евентуалне ретроактивности и то у односу на вођење поступка за злочин против мира, јер то кривично дело није било стриктно предвиђено као злочин за који је неко сносио индивидуалну одговорност.⁵⁹

Токијски процес службено почиње 3. маја 1946. године читањем оптужнице. Оптужени су се изјаснили да нису криви за оно што им се оптужницом ставља на терет. Оптужени су проблетамизовали управо претходно поменута спорна питања, да ли је агресивни рат међународни злочин, сматрају ли се убијања током агресивног рата убиствима у смислу у којем је то објашњено у оптужници, и на крају, постоји ли стварно индивидуална одговорност за међународне злочине. Неколицина оптужених је довела у питање и надлежност да им се суди имајући у виду да су се предали, те су сматрали себе ратним заробљеницима.⁶⁰ Суд овакве приговоре није прихватио те је заказао главни претрес за 3. јун 1946. године.

Суду је требало готово седам месеци да донесе своју одлуку. Током читавог поступка саслушано је 419 сведока, док је за њих 779 предат писани исказ. Поднесено је још преко 4000 доказа. Записника са седница има око 48 хиљада страна. Сама пресуда има 1200 страница и још око 300 страница додатака.⁶¹ Од укупно 11 судија, 8 их се у потпуности слагало са пресудом, а најгласнији противник пресуде био је судија Пал⁶², чије је мишљење било дугачко готово као и пресуда.⁶³ Поред поменутог судије интересантна су и мишљења судије Анри Бернара из Француске и Берта Релинга из Холандије⁶⁴.

⁵⁷ М.Шкулић (2022), *op. cit.*, 21.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ М.Шкулић (2010), *op. cit.*, 93.

⁶⁰ S. Horwitz (1950), *op. cit.*, 503.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Судија Радхабинод Пал у свом мишљењу упућује да је ситуација у Јапану била битно другачија него у Немачкој. Уставни систем је функционисао, а такође је став у оквиру јапанског друштва био да су цар, војна лица и службеници били потпуно интегрисани у друштво, те је јапанско друштво њих подржавало и помагало им. Оптужени су своје позиције стекли у складу са Уставом и нису ни у једном временском тренутку своју моћ злоупотребили, нити су власт приграбили. Стога је јапанско друштво ове процесе доживело као неизбежно зло и као правду победника, не повезујући с тим неопходност моралног преиспитивања. Он је одбио да се сложи са мишљењем суда да хе агресивни рат незаконит, тврдећи да се ти бе може закључити ни из Париског пакта, јер се поставља питање да ли је неки рад имао одбрамбени карактер, а на крају је закључио, да је у ствари "само изгубљени рат злочин" (нав. према: S. Horwitz, *op. cit.*, 540).

⁶³ S. Horwitz (1950), *op. cit.*, 542.

⁶⁴ Анри Бернар оспорио је да се оптужба за злочин против мира може темељити на "Париском Пакту" који се односио на односе држава, али је тврдио да је вођење агресивног рата ипак незаконито јер то произлази из

Сви окривљени на процесу у Токију оглашени су кривим. Изречено је седам смртних казни вешањем, 16 оптужених осуђено је на доживотну казну затвора, један је осуђен на 7 година затвора и један на 20 година затвора. Двојица оптужених преминула су током трајања суђења. Један оптужени проглашен је неурачуњљивим у току суђења. Занимљиво је да је пресуда токијског процеса јавно објављена тек 1977. године, готово 30 година након завршетка суђења.⁶⁵ Када је реч о правилима доказног поступка на суђењу у Токију, у литератури се констатује да су она функционисала тако да служе оптужби, а отежају одбрану, али постоји сумња да би и боља доказна правила аутоматски довела и до другачије пресуде.⁶⁶ Под утицајем утврђене праксе међународног кривичног права у сегменту формираном под утицајем суђења у Нирнбергу и Токију, донесени су и одређени међународно-правни документи у којима се поштовање начела законитости одређује као важна међународна обавеза, која је истовремено и битно право човека, али се притом начело дефинише на широк начин, нетипичан већини националних кривично-правних законодавстава.⁶⁷ За одредбе садржане у овим документима је карактеристично да се њима захтева да се противрavnост одређеног понашања, која се третира као кривично дело, те кажњивост која из тога проистиче, морају темељити на одређеном формалном основу, у који се сврстава не само национално или међународно право, већ се ту подразумевају и основна општа начела права која признају цивилизовани народи, што је врло широка формулација, под коју е могу подвести и веома широка тумачења.⁶⁸ На крају, иако је код већине задовољен осећај правде, неупитно је да је овај процес обиловао манама и пропустима, и иако је њих много, следеће наведени могу се издвојити као најзначајнији.

3.1. Проблем независности и објективности

Суд у Токију није био независни међународни суд у правом смислу те речи. То је било судско тело које је деловало као заједнички орган држава које су га основале. Штавише, у питању је војни, а не цивилни суд. Самим тим и не чуди да су тужиоци поступали по упутствима држава које су их поставиле.⁶⁹

3.2. Амнестирање једног броја злочинаца

Јавност мање зна да је ово била пракса у окупираном Јапану. Припадници злоглашене јединице 731⁷⁰ коју су ухватили Совјети осуђени су због употребе хемијског и бактериоло-

"природног права". Судија Берт Релинг сложио се да злочин против мира није био дефинисан као злочин пре Лондонског споразума, али је слично судији Бернарду "обезбедио" друге рационалне разлоге за закључивање да је вођење агресивног рата незаконити, сматрајући да то произлази из фактичког стања и да се на тај злочин односе посебне одредбе, слично као што је у домаћим кривичним законодавствима однос политичких кривичних дела са другим класичним делима. (нав. према: S. Horwitz, *op. cit.*, 542)

⁶⁵ A. Maljković (2022), *op. cit.*, 25.

⁶⁶ M. Шкулић (2022), *op. cit.*, 115.

⁶⁷ Примери томе су свакако одредбе чл. 11 Опште декларације о правима човека из 1948, у чл. 15. Међународног пакта о грађанским и политичким правима из 1966. године, као и у чл.7 Европске конвенције о заштити људских права и основних људских слобода из 1950. године.

⁶⁸ M. Шкулић (2022), *op. cit.*, 26.

⁶⁹ Б. Кривокапић (2012), *op. cit.*, 42.

⁷⁰ У питању је била тајна јединица која је деловала у периоду непосредно пре и током Другог светског рата. Била је задужена за развој и употребу бактериолошког оружја, спроводивши неке експерименте и над људима. Експериментима подврнуто је преко 10000 ратних заробљеника (највише Корејаца, Монгола, Руса, Американаца), од којих је око 3000 изгубило животе. Према неким наводима више од 200.000 људи је у Кини

шког оружја у Кини, док они припадници исте дивизије који су имали среће да падну у руке Американаца, нису никада изведени пред суд, јер им је амерички командант МекАртур дао имунитет у замену за податке о биолошком оружју.⁷¹ Такође, цар Хирохито избегао сваку осуду, није био чак ни ухапшен, иако је био политичар највишег ранга и вођа војске током читаве агресије Јапана.⁷² Дакле правда је била, нажалост, једним делом селективна.⁷³

3.3. Злочини савезника

Вероватно највећа "мрља" војних судова у Нирнбергу и Токију била је управо што се у процесима у њима радило искључиво о судбини учесника који су у рату били на пораже-ној страни. Опште је позната чињеница да је Винстон Черчил био за то да се главни немачки злочинци једноставно побију без икаквог судског процеса.⁷⁴ Уосталом, Британци су заједно са Американцима теписима бомби разарали Немачке ратове (Хамбург и Дрезден), иако се у њима нису налазила важна војна постројења. Када говоримо о САД, иако су позната разна тешка дела која се могу приписати победницама, довољно је само рећи да се бацање атомских бомби на Хирошиму и Нагасаки са пуно основа може оквалификовати као један од најтежих, ако не и најтежи ратни злочин и злочин против човечности у историји.⁷⁵

4. ЗАКЉУЧАК

Начело законитости може се, са пуним правом, сматрати основним и најважни-јим постулатом и правим *conditio sine qua non* функционисања не само кривичног права, већ и једног демократског друштва. Урушавањем и непоштовањем овог начела не задире се само у грану кривичног права, већ и потенцијално у животе свакога појединца у једном систему. На нашу срећу историја је та која нас учи грешкама, и без сваке сумње процеси и у Нирнбергу и у Токију стоје нам као светионик који показује како изгледа када се право користи ради задовољења неке моралне компоненте оних који историју као победници и пишу. Уз све позитивне стране суђења у Токију, поменуте мане прете да у доброј мери пољуљају годинама грађену слику о том процесу који, уз свог Нирнбершког близанца, представља светле странице тријумфа међународне правде и међународног кривичног правосуђа.⁷⁶ Процеси у Нирнбергу и Токију показују шта значи када се политички инте-реси поставе изнад интереса права, јер смо сведоци да су како један, тако и други процес обиловали нејасноћама, пропустима, компромисима, и што је најважније, применом ана-логије у појединим деловима, што је без икаквог размишљања недопустиво у, за историју и читаво људство, овако значајним процесима. У складу са свим претходно изнетим, речи А. М. Schlesinger-а најбоље заокружују причу о овој теми: "Мит је да је судски процес независан од социјалних захтева; судије су људи, а не богови. Само строго поштовање законске форме није довољно да оптуженом обезбеди фер суђење."⁷⁷

изгубило живот од последица биолошког оружја за које се предпоставља да је развијено од ове јединице. (нав према: Б. Кривокапић (2012), *op. cit.*, 46)

⁷¹ А. Мајковић (2022), *op. cit.*, 11.

⁷² *Ibidem*

⁷³ Б. Кривокапић (2012), *op. cit.*, 44.

⁷⁴ *Ibid.*, 47.

⁷⁵ *Ibid.*, 44.

⁷⁶ *Ibid.*, 46.

⁷⁷ R. H. Minear, *Victor's justice – The Tokyo War Crimes Trial*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1971, 123, нав. према: М. Шкулић, *op. cit.*, 115.

ЛИТЕРАТУРА

- Аврамов С., *Међународно јавно право*, Академија за дипломатију и безбедност, Београд, 2011.
- Бabić М., *Међународно кривично право*, Правни факултет у Ванјој Луци, Ванја Лука, 2011.
- Бајовић В. и Шкулић М., *Историјски развој међународног кривичног правосуђа и основне одлике поступка пред Међународним кривичним судом*, Досије, Београд, 2017,
- Вуковић И., *Кривично право: опити део*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021.
- Јакшић А., *Европска конвенција о људским правима – коментар*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006.
- Кривокапић Б., "Развој међународног кривичног судства", *Страни правни живот* 1-2/2007.
- Кривокапић Б., "Путеви и странпутице међународних кривичних судова", *Од Ниρνберга до Хага, поуке историје*, Београдски форум за свет равноправних, Београд, 2012.
- Милојевић М., "Ниρνбершка начела и кодекс злочина против мира и безбедности човечанства", *Од Ниρνберга до хага, Београдски форум за свет равноправних*, Београд, 2012.
- Пихлер С., "Аналогија у кривичном праву", *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, 1-2/1971.
- Стојановић З., *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2019⁹.
- Takeda K., *Trial and Error in the Interpreting System and Procedures of the Tokyo Trial*, The Tokyo Tribunal: Perspectives on Law, History and Memory, 2020.
- Ћујић М., "Командна одговорност у случају Ivane Matsui", *Crimen*, 1/2017.
- Norwitz S., *The Tokyo Trial*, International Conciliation, 1950.
- Шкулић М., *Међународни кривични суд – надлежност и поступак*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2005.
- Шкулић М., "Начело законитости у кривичном праву", *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, број 1/2010.
- Шкулић М., *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2022.
- Шкундрић А., *Надлежност међународних кривичних судова и трибунала*, мастер рад, Правни факултет Универзитета у Београду, 2021.
- Шкундрић А., *Агресија као злочин против мира*, мастер рад, Правни факултет Универзитета у Београду, 2022.

* * *

Pavle Orestijević*

THE PRINCIPLE OF LEGALTY IN TOKYO WAR CRIMES TRIAL

Summary

The paper analyzes the principle of legality as a fundamental principle of the criminal law. Through the famous Latin maxim nullum crimen nulla poena sine lege, the meaning of each individual element is analyzed. Also, the paper specifically analyzes the principle of legality in intentional criminal law, same as the development of international criminal law in relation to this principle, as well as the way in which this principle is integrated into the doctrine of international criminal law, also with reference to the presence of the principle in important international treaties and Charters. In this regard, the paper analyzes the presense of the principle of legality in the Rome Statute, as well as the integration of that principle in comparative criminal legislation. In addition, the paper analyzes the events that chronologically led to the creation of the International Military Tribunal for the Far East. Finally, the paper analyzes the Tokyo Process, and how the principle of legality was (not)applied in the proceedings before that tribunal.

Key words: Principle of legality, criminal law, international criminal law, Roman Statute, Tokyo Tribunal.

* Third year undergraduate-student, University of Belgrade, Faculty of Law, pavle.orestijevic13@gmail.com.

Милица Милић*

Александар Максић**

ЗЛОЧИНИ ЈЕДИНИЦЕ 731 ЈАПАНСКЕ ЦАРСКЕ АРМИЈЕ

***Апстракт:** Када се помене Други светски рат и експерименти на људима, обично се прво помисли на др Јозефа Менгела, који је у историји остао познат по својој буталности. Ипак овај рад није посвећен њему; посвећен је другој јединици чији рад је остао под велом тајне веома дуго након завршетка Другог светског рата. У овом раду читалац ће се упознати са настанком ове јединице, њеним радом и њеним крајем. Име ове јединице је "Јединица за прочишћавање воде од заразе и борба против заразе" друга чије звана Јединица 731 или Ишиијева Јединица.*

***Кључне речи:** биолошко ратовање, злочин против човечности, Јединица 731, токијски трибунал, Широ Ишии*

1. УВОД

Када се помене Јапан у Другом светском рату прво што нам падне на памет су две атомске бомбе бачене на Хирошиму и Нагасаки које су омогућиле Јапанцима да се свету представљају као жртве. Ипак, истина није баш толико једноставна. Почетком осамдесетих година прошлог века јапански научник и доктор дао је интервју у коме је открио истину о Јапанској царској армији, конкретно о Јединици 731, тј. о терору који је ова јединица спроводила над ратним заробљеништвом и становништвом окупираних територија, у циљу развоја ефикасног биолошког оружја. О нечовечном и понижавајућем раду ове јединице могу се написати многобројни радови и полемике, али како историју пишу победници, ова тема је јако дуго и дубоко била закопана, а све под изговором "националне безбедности".

Фокус овог рада биће на оснивању ове јединице, њеном раду и на крају њеном гашењу. Први део рада биће посвећен самом биолошком ратовању у коме ће се кратко објаснити историја биолошког ратовања и конвенције које су донете у циљу његове забране. У другом делу рада аутори ће се посебно осврнути на историју Јапана и каквог је ова утицаја имала на настанак Јединице, док ће о самом настанку Ишиијева Јединице бити речи у наставку рада. Такође, биће речи и о експериментима који су спровођени. Крај рада биће посвећен Међународном војном трибуналу за Далеки Исток, истрази које је лоше спроведена и мишљењу аутора о проблематици рехабилитације и реформе лица које је извршило злочин против човечности. У закључку, аутори износе свој став о Токијском процесу и његовом утицају.

* Милица Милић, приправник-волонтер Првог основног јавног тужилаштва у Београду, m.milich99@gmail.com.

** Александар Максић, студент Универзитета у Београду – Правног факултета, alekmaksic@gmail.com.

2. БИОЛОШКО И ХЕМИЈСКО РАТОВАЊЕ

2.1. Наука у служби злочина

Биолошко ратовање је коришћење биолошких токсина или инфективних агенаса као што су бактерије, вируси и других узрочника болести, или токсина добијених од њих, на начин који би изазвао смрт или болест код људи, животиња или биљака у ратним дејствима. Хемијско ратовање је употреба токсичних својстава хемијских супстанци како би се изазвала смрт или повреда људи, животиња или биљака у ратним дејствима.¹

Прва помињања биолошког ратовања јављају се већ у давној прошлости, у хетитским текстовима из периода XV до XIII века старе ере у којима се наводи да су оболели од Туларемије бивали протеривани у Египат како би тамо проширили заразу. Наступање епидемије туларемије потврђују египатски извори из времена владавине фараона Ехнатона датирани на 1355. годину старе ере.²

Развојем науке и бољим разумевањем медицине и биологије, биолошко ратовање постаје ефикасније као оружје у арсеналу зараћених страна, један од конкретних примера је ноторан. Током седмогодишњег рата (French and Indian war), командант тврђаве Pitt (данашњи Питсбург) Simeon Esuyer, која је била под опсадом америчких домородаца, наредио је својим војницима да изасланицима из племена Ланапе под изговором поклона, дају ћебад заражену великим богињама. У том периоду се десила епидемија великих богиња у народима Делавера, међутим такве епидемије су се у том региону дешавале једном у деценији без људског фактора а уз то су изасланици племена Ланапе који су примили ћебад нису показивали симптоме великих богиња те је успех овог биолошког напада упитан.³

Индустријско доба довело је до развоја хемије, а развој и боље разумевање хемије довело је до тога да су токсичне хемикалије нашле своје место на бојном пољу. Иако је хемијско оружје било коришћено током античког доба и средњег века (грчка ватра), своју пролиферацију доживело је тек у XIX веку током индустријске револуције у форми гушећих гасова, свој највећи развој и најширу примену имало је током Великог рата прво на западном фронту а касније и на источном. Разлог привлачности хемијског оружја војсковођама великог рата било је обећање решавања пат позиције коју је рововско ратовање створило на западном фронту, прва масовна употреба гушећег гаса (Хлора) догодила се код Ипра у Белгији априла 1915.⁴ године од стране Немачког царства, као одговор, силе Антанте употребиле су своје хемијско оружје. Немачка је предњачила у развоју хемијског оружја те је 12.07.1917. године искористила иперит, гас пликавац у битци за Пашендејл.⁵

Ужаси које су се током Великог рата догодили услед употребе хемијског оружја и стравичне последице које је он оставио по жртве су један од кључних фактора и послу-

¹ Закон о потврђивању Конвенције о забрани развоја, производње, складиштења и употребе хемијског оружја и о њиховом уништавању, *Службени лист СРЈ*, бр. 2/2000

² S. I. Trevisanato, "The 'Hittite plague', an epidemic of tularemia and the first record of biological warfare", *Medical Hypotheses*, 6/2007, 1371–1374.

³ C. G. Calloway, *The Scratch of a Pen: 1763 and the Transformation of North America (Pivotal Moments in American History)*. Oxford University Press, Oxford, 2007, 73.

⁴ A. A. Fries, C. J. West, *Chemical Warfare*, McGraw-Hill Book Company, New York, 1921, 176.

⁵ *Ibidem*.

жиле су као катализатор за каснију регулативу и забрану употребе истог, конкретно Женевским протоколом из 1925. године.

2.2. Међународноправна регулатива – између суверенитета и хуманости

Први покушаји ограничавања и забране хемијског оружја се називу у Хашкој конвенцији из 1899. године која је садржала и "Декларацију о употреби пројектила чија је сврха распршивање гушећих или штетних гасова" којима је била забрањена употреба таквих пројектила, али не и њихова производња и складиштење, такође је постојала и правна празнина по питању испуштања таквих гасова из канистера низ ветар ка непријатељу, обе празнине биле су злоупотребљене од обе зарађене стране касније током Великог рата. Другом Хашком конвенцијом из 1907. године су забране из прве конвенције само потврђене тј. није дошло до проширивања забране хемијског и биолошког ратовања.

Услед страха хемијског ратовања на западном фронту и ужасавајућих последица по жртве хемијског оружја, 1925. године дошло је до потписивања Женевског протокола, конкретно Јапан је протокол потписао 14.01.1926. године а ратификовао га је тек 21.05.1970. године.⁶ Упркос обавезаности тим протоколом, Јапан се оглушио о забране и развијао и користио биолошко и хемијско оружје током Другог Кинеско-јапанског рата употребом биолошких агенаса као што су куга, колера, антракс и тифус против Кинеског становништва и против кинеских армија.⁷ Уз то је "Одељење за превенцију епидемија и пречишћавање воде (јапанске) Квантунг армије" познатија као Јединица 731. вршила нехумане експерименте над ратним заробљеницима, осуђеницима и кинеском цивилном становништву, о свему овоме ће више бити речено у наставку рада.⁸

Нечовечно понашање јапанске армије и јапанских истраживача током Другог Кинеско-јапанског рата и Другог Светског рата, након што је постало шире познато, довело је до Конвенције о биолошком и токсичном оружју из 1972. године и Конвенције о хемијском оружју из 1993. године. Циљ овог рада је да одговори на питање које се само поставља: "Зашто тек тад?", те да на основу доступних чињеница расветли околности које су довеле до заташкавања и изостанка правде у конкретном случају.

3. НАСТАНАК И РАД ЈЕДИНИЦЕ 731

3.1. Рађање зла

Након краја Првог Светског рата, мајор Терунобу Хасебе био је постављен за команданта истраживачког тима који је успоставио медицински биро јапанске армије са циљем истраживања биолошког ратовања, на тој позицији га је касније заменио др. Такео Ито и његов тим од 40 истраживача. Међутим интересовање за биолошко истраживање је убрзо нестало те је истраживачки тим угашен пар година касније. Почетак озбиљнијих напора у смеру биолошког истраживања везује се за јединицу Широ Ишија основану 1931. године.

⁶ Преузето са сајта међународног комитета црвеног крст, доступно на: <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/geneva-gas-prot-1925/state-parties?activeTab=default>, приступљено 14. маја 2023.

⁷ Н. Gold, Unit 731 testimony (Report), Tuttle Publishing, Vermont USA, 1996, 64–66.

⁸ Japan Times, Vivisectionist recalls his day of reckoning, доступно на <https://www.japantimes.co.jp/news/2007/10/24/reference/special-presentations/vivisectionist-recalls-his-day-of-reckoning/>, приступљено 14. маја 2023.

Ишии је 1920. године дипломирао на медицинском факултету универзитета Кјото и одмах затим се придружио јапанској армији,⁹ 1924. године се вратио на универзитет у циљу стицања доктората у чему је и успео 1927. године након чега се вратио у армију и почео да заговара биолошко ратовање.¹⁰ За брзо напредовање Ишиија у служби заслужан је талас јапанског милитаризма и национализма. Поготово су за његов успон биле заслужне околности да је 1928. године као војни аташе послат у Европу где је две године обилазио истраживачке центре и изучавао западне методе биолошког истраживања. Такође је значајна чињеница да је Ишии имао јаку подршку армије и њеног командног кадра. Ишиијев успех је коначно загарантовало то што је убрзо након његовог повратка из Европе, на острву Шикоку избила епидемија менингитиса у чијем је сузбијању Ишии имао незаменљив допринос обзиром да је изумео нови филтер за воду који је у значајној мери допринео сузбијању епидемије. Међутим, оно што је Ишиија одвајало од његових других амбициозних колега била је његова психопатија која му је дозволила да чини дела која његове колеге не би могле.¹¹

Недуго након исценираног Мукденског инцидента 1931. године, Јапан је окупирао целу Манџурију, а Ишии је уграбио прилику и преместио центар за биолошко истраживање јапанске армије у северну Манџурију обзиром да је Квантунг армија могла да својевољно убија кинеско становништво те је залиха биолошког материјала и људских опитника била ефективно неограничена. Августа 1932. године Ишии је са групом од 10 научника јапанског медицинског факултета обишао Манџурију и одлучио да за локацију свог новог истраживачког центра изабере обалу реке Пеијин 20 километара јужно од Пингфана. Како би заварео траг, нови центар је био називан различитим именима, Камо Јединица и Того Јединица.¹²

1936. година била је од великог значаја за Ишиија и његово истраживање обзиром да су царским декретом цара Хирохита основане две јединице: Јединица 731.-Ишијева Јединица са базом у Пингфану и Јединица 100. – Вакаматсуова Јединица са базом у Чончуну. Јединица 731. радила је до самог краја рата, када је августа 1945. године је услед напредовања Црвене армије сав рад обустављен и сва поверљива документа унуштена. За време свог деловања јединица је у циљу развоја биолошког оружја вршила неке од најнехуманијих експеримената на људима о којима ће више речи бити у наредном делу рада.¹³

3.2. Лекари хипокрити – најзначајнији чланови Јединице 731

Вођство јединице чинили су:

- Генерал поручник Широ Ишии, оснивач и командант јединице; заробили су га Американци, није био гоњен и осуђен, касније је према неким изворима отворио приватну клинику и водио повучен живот у својој вили, умро 1959. године у Токију.¹⁴

⁹ S. H. Harris, *Factories of Death: Japanese Biological Warfare, 1932-45, and the American Cover-up*, Routledge, London, 1995, 15.

¹⁰ *Ibid.*, 142.

¹¹ *Ibid.*, 39.

¹² T-W. Wu, "A preliminary Review of Studies of Japanese Biological Warfare and Unit 731 in the United States", *Japan War Crimes* (eds. Lewis Perdue), IdeaWorx, Sonoma CA, 2004, 1–11.

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ H. Gold, *Unit 731 testimony*, Yenbooks, Singapore, 1996, 109.

- Масађи Китано, Ишиијев заменик задужен за надзор над експериментима на људима и генерално понашање јединице, заробили су га Кинези као ратни заробљеник враћен 1946. године из Шангаја у Јапан, није гоњен, заједно са Рјоичи Наитом оснивач фармацеутске компаније "Green Cross" данас део "Mitsubishi Pharma"¹⁵, умро 1986. године у Токију.
- Јошио Шинозука, бактериолог који је истраживао технике коришћења куге и других болести као оружја, заробили су га Кинези, био затворен у Кини дуже од деценије, репатриран у Јапан 1956. године, сведочио против Јапана 1997. а у корист 180 грађана Кине који су тужили Јапан за штету нанету њиховим породицама, умро 2014. године.¹⁶
- Рјоичи Наито, задужен за вивисекције на затвореницима и развој техника трансплантације органа и удова, заробили су га Американци, није гоњен, основао са Масађи Китаном "Green Cross" данас део "Mitsubishi Pharma", бавио се педијатријом, умро 1982. године.¹⁷
- Хисато Јошимура, лекар задужен за експеримете са промрзлинама и хипотермијом и за развој техника за брзу ампутацију, заробили су га Совјети, осуђен у Кабаровску на 25 година тешког рада, враћен у Јапан 1959. године као део размене заробљеника између Јапана и Совјетког Савеза, предавао медицину на Кјушуу универзитету и био председник Јапанске Медицинске Асоцијације, данас широко поштован у Јапану за свој допринос медицини и образовању, умро 1993. године.¹⁸
- Кен Јуаса, хемичар који је био задужен за истраживање отровних и нервних гасова, заробили су га Кинези, као ратни заробљеник нагнан савешћу признао своје ратне злочине Кинеским истраживачима након што је добио писмо мајке једног од мушкараца над којим је вршио вивисекцију, 1956. године враћен у Јапан, где је јавно говорио о злочинима против човечности које је Јапан извршио, услед тога добијао је претње смрћу и упркос њима наставио да се бави активизмом и да говори о свом ратном искуству,^{19,20} умро 2010. године.

4. ЕКСПЕРИМЕНТИ

Јединица 731 је одговорна за неке од најгнуснијих ратних злочина који су познати човечанству. Експерименти над људима су били толико брутални и "маштовити" да би им чак и др. Јозеф Менгеле позавидео. У временском размаку од 15 година на десетине хиљада ратних заробљеника, осуђеника и становника Кине били су подвргнути најгорем облику мучења, нечовечног и понижавајућег поступања и то у циљу развоја биолошког оружја које би Јапану омогућило да успостави доминацију на Азијском континенту. Са експериментима је започео још 1930. године, као професор имунологије у својој лабораторији у Токију, али се убрзо показало да ова лабораторија није погодна. 1932. године

¹⁵ J. McCurry, "Japan compensates some of its hepatitis C victims", *The Lancet*, 9678/2008, 371.

¹⁶ アメリカ・カナダの入国を拒否されて, https://www.ne.jp/asahi/tyuukiren/web-site/backnumber/07/sinoduka_nyuukoku.htm, приступљено 06. априла 2023.

¹⁷ D. R. Rider, *Japan's Biological and Chemical Weapons Programs; War Crimes and Atrocities: Who's Who, What's What and Where's Where – 1928-1945*, 2018, 398, доступно на http://www.mansell.com/Resources/Rider_Whos_Who_in_Japanese_BW_2018-10-09_IN_PROCESS--SEEK-PERMISSION-TO-USE.pdf приступљено 17. априла 2023.

¹⁸ *Ibid.*, 190.

¹⁹ *Japan Times*, *op. cit.*

²⁰ *Ibidem*.

отворио је нову лабораторију у Харбину, а затим и у граду Бејну. 1934. или 1935. године Ишиијево тајно истраживање је угрозила побуна заробљеника и тајанствена експлозија, услед чега је Ишии био приморан да поново премешта своју операцију, овај пут трајно. Годину дана касније изграђена је "Јединица за заштиту од епидемија и зараза и за пречишћавање воде од заразе" у Пингфану, која је у историји остала запамћена под другим именом "фабрика смрти"²¹ у којој је Ишии вршио своје истраживање билошког оружја до краја рата. Истраживање је требало да утврди две ствари: 1. методе развоја културе биолошких агенаса; 2. начини њиховог преношења.

Експерименти над људима су се одвијали у три фазе. Прво би се вршили лабораторијски експерименти унутар установа за истраживање у Пингфану, Манчурији и осталим јединицама Ишиијеве мреже. Затим би се вршили експерименти на отвореном у циљу провере ефикасности постигнутих резултата. На крају, би се вршили тестови изван истраживачког центра, на становницима окупираних Кине.²² У наставку рада аутори ће се осврнути на сва три начина вршења експеримената посебно.

4.1. Лабораторијски експерименти

Жртве, или "дебла" (eng. logs)²³ како су их истраживачи звали, бивали су заражени патогенима разних заразних болести, попут колере, антракса, туберкулозе, куге, сифилиса итд у различитим дозама и на различите начине (преко одеће, хране, и пића) како би утврдили која доза је најпогоднија за инфицирање популације. Па тако није било необично да им се дају чоколадице инфициране антраксом, или колачићи заражени кугом.²⁴ Други би били изложени сувом, топлим ваздуху из фенова услед чега би дошло до губитка воде кроз знојење које би им тако трансформисало кожу да су изгледали као мумије, а њихова беживотна тела би изгубила 4/5 оригиналне тежине.²⁵ Треће би, пак, стављали у коморе са притиском који би се повећавао све док испитанци не колабирају или не умру.²⁶ Над трудницама су вршене вивисекције, жене су биле силоване док не остану трудне, како би могли да врше експерименте над тек рођеним бебама, а труднице би након порођаја убијали²⁷. Посебно су били гнусни експерименти у којима би истраживачи изводили мушкарце напоље, у најхладнијим месецима, и терали да наги остану напољу неколико сати, некада би им само руке или ноге остављали у хладној води преко ноћи, а онда би проучавали реакцију организма на промрзлине.²⁸

4.2. Тестови на отвореном

Следећи корак у тестирању новонасталих система дисперзије било је даље испитивање њихове ефикасности на отвореном на празним и забаченим пашњацима смештеним северно од Харбина на два сата вожње од Пингфана, који су пружали савршену локацију за спровођење тајних истраживања. Од 1939. године па до 1945. године на овој лока-

²¹ S. H. H. *op. cit.*, 1.

²² *Ibid.*, 63.

²³ *Ibid.*, 39.

²⁴ S. H. H., *op. cit.*, 62.

²⁵ D. R. R., *op. cit.*, 119.

²⁶ S. H. H., *op. cit.*, 71.

²⁷ H. G., *op. cit.*, 157–158.

²⁸ S. H. H. *op. cit.*, 70.

цији мучено је стотину људи.²⁹ Овога пута акценат је стављен на проверу система дисперзије бацила куге и антракса. У то име је 1941. године десет до петнаест заробљеника везано за стубове који су били укопани у замљу, да би на њих било бачено више од десет бомби које су садржале муве заражене кугом.³⁰ Након што би испитивачи били сигурни да су сви испитаници заражени, вратили би их у Пингфан и тамо посматрали. Резултати овог експеримента су непознати, али се претпоставља да нису разочарали обзиром да су оваква истраживања настављена. Временом, тестирања на отвореном су достигла одређене резултате, те је Ишии одлучио да прошири своје истраживање на пољима Кине. У периоду од 1939. до 1942. године, на територији Манчурije десила су се три биолошка напада за које су директно одговорни Ишии и његови следбеници.³¹ Управо о тим нападима биће речи у наставку рада.

4.3. Експерименти вршени изван истраживачког центра

Први напад догодио се 1939. године у области Номонхан на граници са Совјетским савезом. Јапанским војницима је било наређено да у реку Холстен, коју су у том периоду користили Совјетски војници, сипају патогене који изазивају гастроинтестиналне болести.³² Не зна се тачан број заражених, али се претпостављало да тај број није велики, обзиром да тифус и други патогени губе ефикасност у контакту са водом. Иронија је што је у овом нападу неколико Јапанских војника умрло од изложености тифусу. 1940. године уследио је нови напад, када су Јапански бомбардери из авиона испуштали инсекте заражене кугом, који су били везани за парче вате, како би лакше слетели на циљану територију.³³ Авиони нису директно бацали патогене тифуса, зато што се сматрало да је ефикасније проширити заразу на жељеној територији заражавањем инсеката. Први смртни случај десио се само четири дана касније, а број жртава је наставио убрзано да расте. До тренутка када су Кинеске власти схватиле шта се десило, већ тридесет седморо људи је умрло.³⁴ Епидемија је трајала готово месец и по дана, а број укупно страдалих је троцифрен, тачније 106оро људи је изгубило живот "ради науке".³⁵ Трећи напад се догодио након предаје Јапана, када је Ишии убио све заробљенике, и спалио Пингфан и целокупно истраживање. У жељи да се што пре реше свих доказа, Ишии је наредио да се све патогене болести заражени инсекти и животиње пуне напоље.³⁶ Наредних неколико година, сваке године су избијале епидемије које су са собом односиле још више невиних живота.³⁷

Тачан број умрлих испитаника није познат. Генерал мајор Кавашима Кјоши, управник прве, треће и четврте секције Јединице 731, је на суђењу у Кабаровску приликом испитивања признао да је као последица експеримената годишње умирало најмање шестстотина жртава.³⁸ На основу овог сведочења, Уједињене нације су процениле број

²⁹ *Ibid.*, 68.

³⁰ *Ibidem.*

³¹ J. Bao, *Japanese wartime medical atrocities-comparative inquiries in science, history and ethics*, Routledge, London, 2013, 25–30.

³² *Ibidem.*

³³ *Ibidem.*

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ S. H. H., *op. cit.*, 66 & 177.

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ *Ibid.* 66–67.

жртава на три хиљаде.³⁹ Међутим, када се узме у обзир чињеница да су експерименти започели још 1932. године, да је у Харбину и Бејну умрло стотине, можда и хиљаде људи, као и број умрлих на тестовима на отвореном или у нападима на Кину, долази се до закључка да број умрлих далеко прелази број од три хиљаде. На крају, овој бројци треба додати и најмање четрдесет хиљада мушкараца, жена, деце и старијих умрлих током епидемија куге у Харбину које су избиле 1946, 1947. и 1948. године. Верује се да је разлог избијања епидемија то што су Јапански истраживачи након предаје Јапана пустили хиљаде заражених животиња да лутају по заједници.⁴⁰

Иако, овакво "истраживање" слободно може да се назове злочинима против човечности, правда је изостала. Наставак рада биће посвећен разлозима зашто нико од одговорних из Ишиијеве мреже није одговарао за злодела која су извршена.

5. ИСТРАГА ЗАПАДНИХ САВЕЗНИКА

Након предаје Јапана у августу 1945. године, на ово острво је приступио генерал Даглас МекАртур са циљем да поново изгради Јапан, и претвори га у савезника Сједињених Америчких Држава. Није прошло много, а у МекАртуров штаб су већ почела да пристижу писма, меморандуми, сведочења која оптужују Јединицу 731 за вршење гнусних експеримента над људима.⁴¹ Нека писма су могла одмах да се одбаце због недостатка валидности, док су друга толико до детаља описивала гнусне експерименте, као и унутрашњост установе у Пингфану да нису могла бити игнорисана. Поједина сведочења су директно оптуживала Ишиија, а оптужбе су стизале од стране група које су деценијама биле ућуткиване у Јапану; комуниста, левичара, модерата, и понеких конзервативаца, а понајвише од стране Кинеза из Манчурије који су веровали да ће им МекАртур донети правду и узети их под своју заштиту. Оптужби је било толико да су и медији почели да пишу о Ишиијевој мрежи и Јапанском биолошком програму ратовања. *New York Times* је 1946. године објавио чланак наводећи да је Ишии ухапшен због истраге у вези вршења невољних експеримената.⁴²

У јануару 1946. године, амерички истражни тим је пронашао Ишиија у свом родном граду, а одређен му је кућни притвор, што свакако представља опасан преседан, поготову ако се узме у обзир чињеница да је Ишии након предаје Јапана спалио установу у Пингфану и сво истраживање, преостале заробљенике хладнокрвно убио (око 150 заробљеника), а онда лажирао своју смрт у нади да ће избећи кривичну одговорност⁴³. Генерал пуковник је, у току седмонедељног испитивања, тврдио да је истраживање вршено само у установи у Пингфану, а да су субјекти над којима су вршени експерименти биле мале животиње попут мајмуна, мачака, и паса.⁴⁴ Ова тврдња добија на значају, кад се узме у обзир то да су научници редовно објављивали чланке у истакнутим научним часописима о експериментима вршеним на људима које су за потребе чланка називали "мајмунима".⁴⁵

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ *Ibid.* 175.

⁴² *Ibid.* 176.

⁴³ *Ibid.* 177–178.

⁴⁴ *Ibid.* 179.

⁴⁵ *Ibid.* 63

До априла 1946. године главни тужилац за ратне злочине Џозеф Б. Кинан је имао и више него довољно доказа за подизање оптужнице, а можда чак и за доношење осуђујуће пресуде. Ипак, недела Јединице 731 нису ни стигла до суднице Међународног војног трибунала за Далеки исток.

5.1. Прикривање

У литератури се помињу два главна разлога која су утицала на овакав исход догађаја, а то су (1) интересовање америчке владе за Ишиијево биолошко истраживање, и (2) увертира хладног рата.⁴⁶ Најпре, Америка је релативно касно почела да се занима за биолошко истраживање, те је тако тек 1942. године изграђен њихов центар за биолошко истраживање у Форд Дитриху⁴⁷. Веома талентована група научника је до краја рата направила зачуђујући напредак у развоју биолошког оружја подобног за рат. Ипак, њихово истраживање било је ограничено традиционалним, етичким методама истраживања. 1943. године, научници су сазнали за јапански програм биолошког истраживања, као и за нетрадиционалне методе истраживања⁴⁸ Обзиром да је јапанско истраживање било далеко испред америчког и услед параноје која је у то време владала у америчком друштву да ће их Совјети претећи, амерички научници су изразили жељу да јапанско истраживање прибаве за себе. Друго, сукоби интереса Америке и Совјетског савеза пред крај другог светског рата су довеле до корених промена у односима између ове две земље. Разлог сукоба су била дубоко укореењена идеолошка неслагања.

У замену за њихово истраживање, МекАртур је Ишиију и његовим сарадницима понудио апсолутан имунитет од било какво кривичног гоњења.⁴⁹ У то име је сва сведочења, писма, меморандуме, слике и било који други доказ који би осигурао доношење осуђујуће пресуде прогласио тајним податком, који, уколико се јавно објави, може да представља претњу по националну безбедност. Поред тога, на све могуће начине је покушавао да заштити јапанског цара, у намери да стекне поверење јапанског народа.

Искристалисала се једна теорија која би дала још један разлог због ког је МекАртур одлучио да да имунитет Ишиију. Наиме, МекАртур је у Јапан дошао са циљем да га поново изгради, и претвори у свог савезника. Да би то урадио било је неопходно да стекне поверење поноситог народа који је на све војнике који су учествовали у рату, укључујући и научнике из Ишиијеве мреже гледао као на народне хероје. Ма колико то ружно звучало, јапанском народу је током готово две хиљаде година своје историје и услед значајног пруског утицаја на формирање савременог Јапана, урезивано да су они виша раса, а да суседне Кинезе не треба сматрати људима, већ животињама. Плашећи се да не изазове револт грађана и отпор окупацији, те тако онемогући било коју врсту напретка, МекАртур је подлегао под притисцима и дао пуни имунитет "народним херојима". На крају је у свом науку и успео. Претворио је Јапан у цивилизовано друштво како данас познајемо. Међутим, овде се поставља једно филозофско питање. Ко је мање зло? Пустити неморалне и нехумане научнике који су за 15 година истраживања изнова и изнова газили хипократову заклетву или је боље не изазивати нови рат и ризиковати животе хиљаде војника

⁴⁶ S. H. H., *op. cit.*, 492.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ S. H. H., *op. cit.*, 118.

зарад истеривања правде за људе који си уонако мртви? Мишљења аутора су подељена, да ли је боља опција коју је МекАртур изабрао, да он заправо није ни имао избора, да је морао да размишља о будућности. Није хтео да Америку и свет увлачи у нови рат, за који је био убеђен да ће се десити, ако настави са истеривањем правде. Или да овде треба размишљати и о жртвама које су умрле, али и о становницима Манџурије који су преживели, о онима који су у биолошким нападима изгубили своје ближње, о земљи која је из године у годину била трована, о свим оним људима који су слали писма и сведочења у штаб верујући да ће правда победити. Али, нажалост, правда није победила. Ишии и његови сарадници никада нису оптужени, а камоли осуђени. Штавише, МекАртур је отишао и корак даље те је забранио било какво спомињање биолошког истраживања и експеримената. Свако ко би проговорио о овој теми био би ућуткиван. Цензура је ишла толико далеко да се о овом сазнало тек почетком осамдесетих година прошлог века, када је више научника, приморано својој савешћу, иступило и говорило о свему што се дешавало у Пингфану. Најгласнији од њих је био Кен Јуаса, хируг који је у току рата извршио укупно честрнаест вивисекција над заробљеницима и који је након рата путовао по Кини и Јапану са циљем да становништво учи о злоделима Јединице 731, навукавши на себе бес дела јапанског становништва при том. У интервјуу⁵⁰ који је дао признао је да су његов занос и индоктринација национализмом, у то време распрострањена широм Јапана, угушиле његову савест, због чега је убрзо након заснивања радног односа у војној болници у Луану започео са вршењем вивисекција над живим Кинеским заробљеницима. "Порицао сам ствари које сам радио у болници у Луану све док се рат није завршио, зато што нисам осећао никакво кајање. Сматрали смо да су наређења одозгоре апсолутна. Вршили смо вивисекције како нам је наређено. Тиме смо избрисали било какав осећај одговорности, иако смо вршили грозне ствари." рекао је у интервјуу за *Japanese times*.⁵¹ У својој првој вивисекцији учествовао је 1942. године у амфитеатру за сецирање. Два Кинеска заробљеника, један млађи, други старији, обојица земљорадници била су везана за два стола. Пре саме вивисекције, Јуаса се присећа, владала је весела атмосфера међу двадесетак јапанских доктора, коју ни плач старијег заробљеника није могао да поквари. Прво су започели за апендектомијом, али је докторима требало три реза да пронађу и изваде орган који је био савршено здрав. Након тога Јуаса је извршио трахеотомију која је резултирала крварењем, да би му на крају ампутирао десну подлактицу. Наравно, све је вршено без примењивања анестетика. Старији затвореник је преминуо у току операције, док је млађи једва преживео, због чега му је доктор убризгао смртоносну дозу анестетика. Оба тела су на крају бачена у рупу близу болнице. Након завршетка рата, и сам је постао заробљеник Кинеске армије и тада су му кинески војници дали папир и оловку и натерали га да испише све грозоте које је вршио. Тада је, како каже, први пут схватио величину онога што је урадио. Међутим, моменат када је савест коначно превагнула, био је када је у затвору добио писмо мајке једне од његових жртава оптужујући га за брутално убиство њеног сина и тражећи најстрожу казну за њега. "Нисам могао да задржим сузе, док сам читао писмо, зато што сам се искрено покајао за ствари које сам урадио. Био сам спреман и вољан да прихватим најстрожу казну."⁵² Након изласка из затвора и повратка у Јапан, Јуаса је кренуо путем искупљења јавно говорећи о грозотама које је извршила, не само

⁵⁰ Japan Times, *op. cit.*

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² *Ibidem.*

Јединица 731, већ и цела јапанска царска армија. Ипак, његова сведочења нису увек била прихваћена позитивно, поготову од стране ултранационалиста. Након интервјуа који је дао почетком осамдесет година прошлог века добио је претеће писмо упозоравајући га пази шта говори и да треба да га буде срам због изнетих тврдњи. Једино му лични осећај кривице и страх да Јапан не крене опет истим путем није дао да посустане и подлегне притисцима великог броја претњи и сличних инцидената.

И дан данас, савремени Јапан не прихвата одговорност за све оно што се дешавало у току Другог Кинеско-Јапанског рата и Другог светског рата. Разлог за то је једноставан, нико их о томе није учио. И после готово осам деценија од завршетка Другог светског рата постоји култура изигравања жртве, у којој просечни Јапанац зна само за две атомске бомбе бачене на Хирошиму и Нагасаки, те због тога себе сматра вечитом жртвом. За разлику од Немаца који у школама уче о Хитлеру и нацистима, у Јапану постоји вео тајни који покрива истину о начину понашања јапанске државе и њеног апарата према ратним заробљеницима и становништву окупираних територија. Јапанска влада ни једном, до сад, није преузела одговорност нити се извинила жртвама, што оставља горак укус у устима Кинеза, Корејаца, Руса, Тајланђана, Вијетнамаца чију су преци биле директне жртве јапанске царске армије. Овакво порицање истине представља опасан преседан, обзиром на опасност од тога да Јапан у будућности поново крене путем супрематије, јер како стара изрека каже "Онај ко не памти своју прошлост, осуђен је поновити је".

6. МЕЂУНАРОДНИ ВОЈНИ ТРИБУНАЛ ЗА ДАЛЕКИ ИСТОК

6.1. Токијски процес

Међународни војни трибунал за далеки исток био је војни трибунал састављен по узору на Међународни војни трибунал у Нирнбергу који је судио нацистичким ратним злочинцима за њихове ратне злочине, злочине против мира и злочине против човечности.

Трибунал је са радом започео 29. 04. 1946. године у Токију са циљем гоњења за јапанске ратне злочине и злочине против човечности у периоду другог светског рата и периоду који је непосредно водио ка другом светском рату.⁵³ Суд је својом прокламацијом основао командант савезничке окупације Јапана генерал Даглас МекАртур.⁵⁴ Оптужено је 28 јапанских високих официра и политичких функционера за 55 различитих дела који су укључивала вођење агресивног рата, убиства, ратне злочине и злочине против човечности.⁵⁵ Временски оквир који је Токијски трибунал узео за своју сферу рада био је знатно шири од сфере коју је имао Нирнбершки трибунал, обзиром да је Токијски трибунал судио за сва дела почињена од инвазије Манџурије 1931. године.⁵⁶

Суђења су се одржавала почевши од 12. 11. 1948. године, до почетка његовог рада, двојица оптужених умрла су природном смрћу, а још један је проглашен неподобним за осуду.⁵⁷ Сви остали оптужени добили су осуђујуће пресуде, од тога 7 смртних

⁵³ Charter of the International Military Tribunal for the Far East, доступно на <https://web.archive.org/web/19990222030537/http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imtfech.htm>, приступљено 28. марта 2023.

⁵⁴ *Ibidem*

⁵⁵ М. Шкулић, В. Бајовић, *Историја међународног кривичног правосуђа и основне одлике поступка пред сталним међународним кривичним судом*, Досије студио, Београд, 2017, 38–39.

⁵⁶ Charter of the International Military Tribunal for the Far East, *op. cit.*

⁵⁷ М. Ш. и В. Б., *op. cit.*, 38–39.

казни и 16 казни доживотног затвора.⁵⁸ Током Токијског трибунала, чланови царске породице имали су имунитет од гоњења који им је дао Генерал МакАртур у замену за кооперацију јапанске владе и царске породице, то је поготово значајно када се узме у обзир да је главнокомандујући окупацијом и одговоран за "Силовање Нанкинга" био принц Јасухико Асака који је избегао своју одговорност и пред Трибуналом за ратне злочине у Нанкингу услед свог имунитета као члана царске породице.⁵⁹

Пред Токијским трибуналом није се нашао ни један члан Јединице 731 услед имунитета од гоњења који су они добили у замену за своје истраживање.

6.2. Остали поступци

Мимо Токијског трибунала, суђења хиљадама јапанских ратних злочинаца дешавала су се и у осталим трибунаlima и судовима успостављеним на територијама које су током рата биле под јапанском окупацијом.

Најзначајнији трибунал за ратне злочине које су починили Јапанци током рата мимо Токијског био је организован у Хабаровску на далеком истоку Совјетског Савеза. Суд трибунала у Хабаровску је свој рад обавио 25-31. 12. 1949. године, пред тај суд изведено је 12 чланова Јединице 731, који су били осуђивани на казне од 2 до 25 година напорног рада у сибирским радним логорима.⁶⁰ Међутим све казне су суспендоване 1956. године као део опште амнестије и извршена је репатријација свих јапанских ратних злочинаца и ратних заробљеника.⁶¹ Упркос присутној идеолошкој црти Хабаровског трибунала, он се ипак не може поредити са московским суђењима 1930-их година обзиром да су оптужбе биле праве, те да се није судило само на основу изнуђених признања. Овај трибунал упркос својим манама остаје једини трибунал који је организовала нека од великих сила пред којим су жртве Јединице 731. виделе неку форму правде.

7. ЗАКЉУЧАК

Након свега реченог појављују се два кључна питања: 1) могућност истинске рехабилитације и реформе некога ко је чинио оваква дела и 2) могућност непристрасне и независне примене међународног кривичног права у свету који и даље функционише по систему великих сила и довођење у питање легитимитета међународних кривичних судова као ентитета.

Одговор на прво питање није лако дати, штавише јако је комплексан и укључује интердисциплинарни рад права и психијатрије. Кен Јуаса је по мишљењу аутора пример некога ко се искрено покајао за своја дела, те је након извршења радио на минимализацији последице и покушавао да својим активизмом и радом изнесе пред лице правде све што је било рађено како се исто не би поновило. Аутори су мишљења да иако се Кен Јуаса искрено покајао и радио на предупређивању будућих недела, тежина дела које је он извр-

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ 75 years later-aftermath of World War II and Japan today, http://www.powtaiwan.org/archives_detail.php?75-YEARS-LATER---THE-AFTERMATH-OF-WORLD-WAR-II-AND-JAPAN-TODAY-56, приступљено 28. марта 2023.

⁶⁰ *Materials on the Trial of Former Servicemen of the Japanese Army Charged with Manufacturing and Employing Bacteriological Weapons*, Foreign Languages Publishing House, Москва, 1950, 523–534.

⁶¹ The trial of Unit 731, <https://www.japantimes.co.jp/opinion/2001/06/05/commentary/world-commentary/the-trial-of-unit-731/>, приступљено 14. маја 2023.

шио не може бити занемарена, те да је јако тешко оправдати потпуно ослобађање одговорности, али да свакако постоји макар јако значајна олакшавајућа околност која би морала бити цењена при одмеравању казне. Аутори су мишљења да иако дела која је Јуаса чинио завређују смртну казну, оно што одваја цивилизоване народе од нецивилизованих је наша спремност да поштујемо права оних који нису поштовали иста та права других, те да управо због могућности рехабилитације која се исказала на примеру Кена Јуасе, смртна казна не може као моћ бити дата у руке суда.

Одговор на друго питање је лакше дати. Правда и легитимитет не могу да постоје у међународно правном оквиру у коме "велике силе" имају право вета на сваку одлуку ОУН и у коме 3 чланице Савета Безбедности не признају легитимитет међународног кривичног суда у Риму, од којих једна иде толико далеко да је 2002. године донела закон (*American Service Member Protection Act*) којим даје себи за право, а уосталом и упозорава да ће у случају да се неком од припадника њених оружаних снага буде судило за ратне злочине или злочине против човечности, да ће употребити све силе укључујући и војну како би спречила да се њеном грађанину суди пред међународним трибуналом.⁶² Поготово је лицемерно да је тај закон донела чланица као одговор на покушај оптужења њених грађана за ратне злочине од стране трибунала у коме раде судије и тужиоци које је управо та чланица поставила. Стиче се утисак да живимо у ери међународног феудализма где правда постоји када су криви мали, али не и када су криви велики, да мали свој суверенитет морају да жртвују док велики то одбијају под претњом ратом.

На крају, може се поставити питање командне одговорности генерала Широ Ишиија који је као главнокомандујући Јединицом 731 морао да спречи извршење кривичних дела својих подређених, па својом радњом нечињења то није урадио. Мишљење аутора је да се у овом случају не може и не сме применити овај инстиут. Наиме, генерал поручник Ишии је не само лично смислио и вршио екперименте, већ је и наређивао њихово спровођење, те у односу на њега може једино бити примењен инстиут индивидуалне субјективне одговорности за вршење кривичног дела Ратног злочина. Члан 23 Хашке конвенције из 1907. Године коју је Јапан ратификовао 1907. године, прописује забрану убијања и нечовечног поступања према цивилном становништву, док члан 43 исте конвенције прописује обавезу зараћене стране да на окупираној територији осигура ред и безбедност цивилног становништва. Из свега до сад реченог, јасно се види да је Ишии урадио управо, супротно од обавеза прописаних конвенцијом, те, стога, он сноси највиши степен одговорности, због чега је морао одговарати пред Међународним војним трибуналом за далеки исток, као ратни злочинац А категорије.

Док је у Нирнбергу правда била задовољена, у Токију је она изостала. У начину вођења та два трибунала видљива је једна значајна разлика, у Нирнбергу су све стране победнице имале једнако право гласа, те није било права вета, док је у Токији поступак био вођен под будним оком једне стране победнице која је једина имала моћ одлучивања о току поступка, те право вета на сваки предлог или доказ осталих страна победница. Аутори су мишљења да је поредак ствари који је постојао у Токију, готову имајући у виду малопре речено, код мањих земаља створио одређену дозу скептицизма у погледу међународног кривичног права. Услед америчког погрешног руковођења Токијским три-

⁶² S.1610 - American Servicemembers' Protection Act of 2001, доступан на: <https://www.congress.gov/bill/107th-congress/senate-bill/1610/text>, приступљено 14. маја 2023.

буналом, дошло је до трајно поремећних међунродних односа између Јапана и Кине, затим Кине и Сједињених Држава. Проблеми ове природе нису престали 1948. године са завршетком Токијског трибунала, они су присутни и данас обзиром да и данас постоји систем великих сила које се једине о свему питају и одлучују. Те велике силе су данас сталне чланице Савета Безбедности Уједињених нација. Оне могу уложити вето на било који предлог или одлуку. Њихово непризнавање међународне кривичне одговорности својих грађана неминовно води губитку легитимитета међународног кривичног суда који не може да гони грађане тих великих сила онако како може и мора да гони све остале. Док год такав систем буде постојао, правда ће наставити да изостаје.

ЛИТЕРАТУРА

- Bao J., *Japanese wartime medical atrocities-comparative inquiries in science, history aand ethics*, Routlege, London, 2013.
- Wu T-W., "A preliminary Rewiew of Studies of Japanese Biological Warfare and Unit 731 in the United States", *Japan War Crimes* (eds. Lewis Perdue), IdeaWorx, Sonoma CA, 2004.
- Gold H., *Unit 731 testimony*, Yenbooks, Singapore, 1996.
- Materials on the Trial of Former Servicemen of the Japanese Army Charged with Manufacturing and Employing Bacteriological Weapons*, Foreign Languages Publishing House, Москва, 1950.
- McCurry J., "Japan compensates some of its hepatitis C victims", *The Lancet*, 9678/2008.
- Trevisanato S. I., "The `Hittite plague`, an epidemic of tularemia and the first record of biological warfare", *Medical Hypoteses*, 6/2007.
- Fries A. A., West C. J., *Chemical Warfare*, McGraw-Hill Book Company, New York, 1921.
- Harris S. H., *Factories of Death: Japanese Biological Warfare, 1932-45, and the American Cover-up*, Routlege, London, 1995.
- Calloway C. G., *The Scratch of a Pen: 1763 and the Transformation of North America (Pivotal Moments in American History)*. Oxford University Press, Oxford, 2007.
- Шкулић М., Бајовић В, *Историја међународног кривичног правосуђа и основне одлике постпка пред сталним међународним кривичним судом*, Досије студио, Београд, 2017.

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

- The trial of Unit 731, <https://www.japantimes.co.jp/opinion/2001/06/05/commentary/world-commentary/the-trial-of-unit-731/>, приступљено 14. маја 2023.
- アメリカ・カナダの入国を拒否されて, https://www.ne.jp/asahi/tyuukiren/web-site/backnumber/07/sinoduka_nyuuko-ku.htm, приступљено 06. априла 2023.
- S.1610 - American Servicemembers' Protection Act of 2001, доступан на: <https://www.congress.gov/bill/107th-congress/senate-bill/1610/text>, приступљено 14. маја 2023.
- D. R. Rider, *Japan's Biological and Chemical Weapons Programs; War Crimes and Atrocities: Who's Who, What's What and Where's Where – 1928-1945*, 2018, 398, доступно на http://www.mansell.com/Resources/Rider_Whos_Who_in_Japanese_BW_2018-10-09_IN_PROCESS--SEEK-PERMISSION-TO-USE.pdf приступљено 17. априла 2023.
- 75 years later-aftermath of World War II and Japan today, http://www.powtaiwan.org/archives_detail.php?75-YEARS-LATER--THE-AFTERMATH-OF-WORLD-WAR-II-AND-JAPAN-TODAY-56, приступљено 28. марта 2023.

* * *

Milica Milić*

Aleksandar Maksić**

**SHORTCOMINGS OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL PROCEDURE USING
THE EXAMPLE OF UNIT 731 OF THE JAPANESE IMPERIAL ARMY**

Summary

When talking about human experiments during WWII, the first thought that comes to mind is Dr. Joseph Mengele, who is remembered for his brutality. Be that as it may, this paper is not about him; it is about one unit whose work went largely unnoticed after WWII came to an end. In this paper, the reader will be informed about the existence, work, and demise of that unit. The name of that unit is 'Epidemic Prevention and Water Purification Department of the Kwantung Army', otherwise known as Unit 731 or the Ishii Unit.

Keywords: Biological warfare, crime against humanity, Unit 731, Toyo tribunal, Shiro Ishii

* Milica Milić, inern-volonteur of The 1st Basic Public Prosecutors office in Belgrade, m.milich99@gmil.com.

** Aleksandar Maksić is a student of University of Belgrade – Faculty of Law, alekmaksi@mail.com

Наташа Ранковић*

ОДГОВОРНОСТ ЗА ПОКУШАЈ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ДЕЛА И ПРАВИЛА КОЈА СЕ ТИЧУ ДОБРОВОЉНОГ ОДУСТАНКА ОД МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Апстракт: Овај рад посвећен је анализи како општег појма међународног кривичног дела и његових елемената, тако и кривичноправним правилима о одговорности за покушај међународног кривичног дела и правилима која се тичу добровољног одустанка од међународног кривичног дела. На почетку рада су дата уводна разматрања након чега следи појашњење општег појма међународног кривичног дела и његових елемената у Римском статуту. Други део рада посвећен је разрађивању теме стадијума у извршењу међународног кривичног дела где је акценат стављен на сам покушај међународног кривичног дела и облицима проширене одговорности за међународно кривично дело са акцентом на правила која се тичу добровољног одустанка од међународног кривичног дела.

Кључне речи: међународно кривично дело, елементи међународног кривичног дела, Римски стату, покушај, добровољни одустанак.

1. УВОД – ОПШТИ ПОЈАМ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Неизграђеност међународног кривичног права за последицу је имало различито дефинисање међународног кривичног дела у теорији међународног кривичног права. На развој међународног кривичног права, а тиме и дефинисање појма међународног кривичног дела, значајно је утицао Римски статут будући да је тек његовим доношењем оно добило јасне нормативне оквире.

Римски статут, као заједничко обележје међународних кривичних дела која су наведена у чл. 5, наводи да се ради о "најтежим кривичним делима која су за таква проглашена од стране целокупне међународне заједнице".¹ Римски статут даје дефиницију међународног кривичног дела која укључује и материјалне (*actus reus*) и психичке (*means rea*) елементе кривичног дела.

За постојање међународних кривичних дела захтева се кумулативна испуњеност и следећих услова: да је наступило кршење међународне обичајне норме, независно од тога да ли је она обухваћена одредбама одређеног споразума који кодификује већ постојеће обичајно право, формира га, или бар доприности његовом формирању; и да је насту-

* Студент треће године основних студија на Правном факултету Универзитета у Београду, natarankovic24@gmail.com.

¹ J. Fernandez, "Pojam međunarodnog krivičnog dela i njegova evolucija", *Strani Pravni život*, 2/2020, 100.

пило кршење норме која има за циљ заштиту вредности које цела међународна заједница сматра важним и сходно томе обавезујућим за све државе и појединце.²

Битно заједничко обележје међународних кривичних дела јесте постојање универзалног интереса за њихово сузбијање. Ако су испуњени одређени услови, оптуженима се у начелу може судити и могу бити кажњени од стране било које државе, независно од постојања територијалне или националне везе дате државе са учиниоцем или жртвом.

Касезе износи следећу дефиницију међународног кривичног дела: "... Међународна кривична дела су кршење међународних норми, која доводе до индивидуалне одговорности појединаца (на супрот одговорности државе, где такав појединац може деловати као део одређеног државног органа)."³

Појам међународног кривичног дела обухвата исте оне елементе као и општи појам кривичног дела што значи да не постоје суштинске разлике приликом дефинисања међународног кривичног дела и дефинисања кривичног дела у националном кривичном законодавству⁴ Из овог угла, међународно кривично дело дефинисало би се као противправно, у закону одређено, скривљено понашање из чега произилази да су елементи који чине међународно кривично дело: радња која проузрокује одређену последицу, противправност, одређеност у закону и кривица. Важно је указати на чињеницу да је у складу са овим ставом и дефиниција међународног кривичног дела у Римском статуту, као и то да је ово схватање уско повезано са дејством начела легалитета, тј. правилом *nullum crimen nulla poena sine lege*.⁵

Међународна кривична дела се класификују у две основне групе: међународна кривична дела која подпадају под стварну надлежност Међународног кривичног суда – међународна кривична дела у ужем смислу и друга међународна кривична дела – међународна кривична дела у ширем смислу.

Из додатног развијања ове класификације произилази да међународна кривична дела у ужем смислу чине она међународна кривична дела којима се крше ратни закони и обичаји рата (дакле норме међународног ратног и хуманитарног права). То су дела злочина против мира, ратни злочини и злочини против човечности. Међународна кривична дела у ширем смислу су дела којима се крше друга правила међународног права и која међународна заједница жели да инкриминише и санкционише у оквиру националног кривичног законодавства. Овде се ради о делима која имају основу у међународним забранама, али је кажњавање и кривични прогон њихових учинилаца остављен на вољу националним кривичним законодавствима,⁶ дела као што су она у вези са опојним дрогама, нуклеарним материјама, безбедношћу ваздушног саобраћаја, у вези са проституцијом, трговином људима... .

Међутим, под међународним кривичним делима ћемо, пре свега, подразумевати искључиво она кривична дела која су утврђена у одредбама члана 5. Римског статута (међународна кривична дела у ужем смислу) и која спадају у стварну надлежност сталног Међународног кривичног суда.⁷

² *Ibid.*, 98 .

³ А. Касезе, *Међународно кривично право*, 2003, Београдски центар за људска права, Београд, 2003.

⁴ Б. Чејовић, *Међународно кривично право општи и посебни део*, Досије, Београд, 2006, 80.

⁵ М. Шкулић, *Међународно кривично право*, Правни факултет универзитета у Београду, 2020, 149.

⁶ Б. Чејовић. *op. cit.*, 89.

⁷ М. Шкулић. *op. cit.*, 148.

Важна карактеристика дефиниције међународног кривичног дела у Римском статуту јесте то што укључује одређене материјалне (*actus reus*) и одређене психичке (*mens rea*) елементе кривичног дела. Кумулативна испуњеност следећих услова: да је наступило кршење међународне обичајне норме и да је наступило кршење норме која има за циљ заштиту вредности које цела међународна заједница сматра важним и сходно томе обавезујућим за све државе и појединце, неопходна је за постојање међународног кривичног дела.

Члан 30. Римског статута најбоље указује на постојање два аспекта међународног кривичног дела, једног који упућује на објективну страну дела, на предуслове који заједнички одликују одређену забрањену радњу (*actus reus*) и другог који упућује на субјективни део кривичног дела, на претпоставке које се тичу менталне компоненте одређене забрањене радње (*mens rea*).⁸

Одредбом члана 30. став 1. Римског статута којим је утврђено правило да се за кривична дела из надлежности Међународног кривичног суда одговара само ако су она извршена вољно и свесно, субјективни елемент међународног кривичног дела је добио своје уобличење. Дакле потребно је да је учинилац свесно и вољно остварио посебна обележја конкретног кривичног дела.

Други аспект на који указује члан 30. Римског статута везан је за дефинисање намере у односу на радњу и у односу на последицу. У погледу радње, учинилац радњу хоће или хоће у њој да учествује, а у погледу последице учинилац алтернативно хоће да је проузрокује својом радњом или је свестан да ће последица наступити према редовном току догађаја.⁹

Захваљујући чињеници да у буквалном преводу са латинског *actus reus* значи "противправна радња" овај термин се примарно схвата као радња кривичног дела. Давање *actus reus*-у третмана радње међународног кривичног дела, довело је до тога да и пракси трибунала *actus reus* буде третиран као основни елемент кривичности кривичног дела, јер без радње која је противправна, нема ни кривичног дела.¹⁰

Термин *actus reus* се објашњава као "*guilty act*" и упућује на забрањену радњу по себи, чиме се кривичним правом обухвата дело у физичком смислу, као одређена радња или пропуштање (када је пропуштање противправно обавези чињења), док *mens rea* упућује да је учинилац са намером предузео свој акт.¹¹

Тек када се кумулативно испуни, како субјективни елемент, тако и објективни елемент, постоји међународно кривично дело.¹²

У складу са реченим, уочава се да када се говори о *actus reus*-у у највећем броју случајева се заправо говори о радњи која је довела до одређене последице, међутим довођење до последице је идеална околност извршења међународног кривичног дела.¹³ Нерет-

⁸ *Mens rea* је у теорији међународног кривичног права наилазио на разне препреке, посебно због дилема о томе шта се у пракси и доктрини може сврстати под концепт *mens rea*. *Mens rea* третиран је као психички однос учиниоца према делу и као саставни део кривичне одговорности лица по предузимању радње са намером и знањем о важности тог чина: Д. Барјактаровић, *Појам међународног кривичног дела*, докторска дисертација, Универзитет EDUCONS факултет за европске правно-политичке студије Нови Сад, 2016, 360

⁹ М. Шкулић, *op. cit.*, 155.

¹⁰ Д. Барјактаровић, *op. cit.*, 348.

¹¹ М. Шкулић, *op. cit.*, 153.

¹² *Ibid.*, 156.

¹³ Д. Барјактаровић, *op. cit.*, 349.

ко се јављају случајеви где се радња не доврши до краја, те тако се поставља питање постојања *actus reus*-а у околностима као што су започете радње кривичног дела, а незавршене или када су радње завршене, а последица није наступила. Другим речима, поставља се питање да ли је недовршеност радње или ненаступање последице основ да кажемо да не постоје услови за остварење међународног кривичног дела, дакле да ли непостојање *actus reus*-а као таквог искључује и постојање међународног кривичног дела.

2. СТАДИЈУМИ У ИЗВРШЕЊУ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Кривичноправна теорија у већини евро-континенталних земаља, са којима је наша кривичноправна теорија у добром делу комплементарна, сматра да постоје четири могуће фазе (стадијума) у остварењу кривичног дела:¹⁴ доношење одлуке, припремне радње, покушај и довршено кривично дело. Разграничење те четири фазе заснива се на спрам момента уласка у зону инкриминације, тј. тачног момента када је одређено лице предузело рању за коју се према закону може казнити.

У многим правним системима се не кажњавају само довршена кривична дела, него и недовршена, тј. прелиминарне радње или "тек отпочето" противправно криминално понашање. То су дела која припремају забрањену радњу, нису довршена, тако да још нису произвела никакво зло, и кажњавају се као таква упркос томе што до извршења кривичног дела није дошло.¹⁵

Разлози за инкриминисање таквих радњи су јасни: правни систем настоји да заштити друштво у што је већој могућој мери.¹⁶ Уз то што се кажњавају већ извршена забрањена дела, настоји се спречити и могуће вршење забрањених радњи, те се у складу са тим интервенише забранама у раној фази, пре него што се кривично дело изврши, тј. у фази његовог припремања.

Теорија међународног кривичног права сматра да треба разликовати три подврсте у тој категори:¹⁷ оне криминалне радње којима се припрема злочин и које се кажњавају као такве иако није дошло до стварног извршења злочина, а када јесте оно није кажњиво као такво, у чију подврсту се сврставају планирање и наређивање; оне криминалне радње којима се припрема злочин, али којима по дефиницији не може уследити извршење намераваног кривичног дела, као што је случај са покушајем кривичног дела¹⁸; оне криминалне радње које су кажњиве као такве, без обзира на то да ли је остварена забрањена последица, а ако се оствари, кажњиве су те рање као и извршени злочин, а то је случај са подстрекавањем на геноцид, и заверу да се тај злочин изврши.

Члан 25 Римског статута дефинише и додатно појашњава индивидуалну одговорност, при чему став 3 говори следеће: у складу са овим Статутом, Суд може водити кривични поступак и казнити учиниоца кривичног дела само ако је исти кривично одговоран и уколико је кривично дело из надлежности Суда:

(а) Извршио лично или у саучесништву са другим лицима или посредством другог лица, без обзира да ли је то друго лице кривично одговорно;

¹⁴ З. Стојановић, *Међународно кривично право*, Правни факултет универзитета у Београду, Београд, 2008, 217.

¹⁵ А. Kazeze. *op. cit.*, 222.

¹⁶ Б. Чејовић. *op. cit.*, 135.

¹⁷ *Ibid.*, 136.

¹⁸ А. Kazeze, *op. cit.*, 222.

(б) Наредио, наговорио или подстрекао на извршење кривичног дела, а које кривично дело потом буде извршено или покушано;

(ц) У циљу олакшања извршења кривичног дела, помагао, подстицао или на други начин допринео његовом извршењу или покушају извршења, укључујући овде и стављање на располагање средстава за извршење кривичног дела;

(д) На било који други начин допринео извршењу или покушају извршења кривичног дела иза кога стоји група лица која делује са заједничким циљем. Такав допринос мора бити намеран и мора бити:

(i) учињен са циљем омогућавања даљег вршења кривичне активности или даљег остваривања циља те групе, када активност и циљ те групе имају за последицу извршење кривичног дела из надлежности Суда, или

(ii) учињен са знањем о намерама групе да почини злочин.

(е) У вези са кривичним делом геноцида, директно или јасно подстицао друге на извршење геноцида,

(ф) Покушао кривично дело започињући радње које представљају извршење тог кривичног дела, али га није довршио услед околности које су наступиле независно од његове намере. Међутим, лице које одустане од извршења кривичног дела или спречи наступање последице предузете радње кривичног дела, неће се, према одредбама овог Статута, казнити за покушај извршења кривичног дела, под условом да је од кривичног дела одустало у потпуности и да је одустанак био добровољан.¹⁹

Ова одредба је веома мешовитог карактера, у њој се говори о претходним радњама, о покушају кривичног дела и свршеном кривичном делу, о саучесништву, као и о појединим његовим облицима. Наиме, јасно се види да тачка (б) описује оне ситуације криминалних радњи којима се припрема злочин и које се кажњавају као такве иако није дошло до стварног извршења злочина, а када јесте оно није кажњиво као такво. Такође тачка (е) несумњиво одговара трећој подврсти, тј. оним ситуацијама криминалних радњи које су кажњиве као такве, без обзира на то да ли је остварена забрањена последица, а ако се оствари, кажњиве су те радње као и извршени злочин.

2. 1. Припремне радње

Проблем који се јавља везује се за кажњивост припремних радњи, онда када се јасно показује намера учињења кривичног дела. Припремне радње, из угла држава европско континенталног типа, подразумевају предузимање радње или низа радњи које су у "даљој или ближој вези са радњом извршења кривичног дела".²⁰ Захтева се постојање умишљаја када је реч о оваквим радњама, као и то да, да би биле кажњиве те радње, оне морају да буду прописане на један од два начина: прописивањем припремања као фазе у остваривању кривичног дела и прописивања припремања као посебног кривичног дела,²¹ с тим што уколико је припремна радња прописана као посебно кривично дело, она губи карактер припремне радње и задобија облик самосталног кривичног дела.

¹⁹ Закон о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда, *Службени лист СРЈ*, бр. 5/2001, члан 25.

²⁰ З. Стојановић. *op. cit.*, 220.

²¹ Д. Барјактаровић. *op. cit.*, 350.

За разлику од припремања кривичног дела у националним законодавствима, припремање се код међународних кривичних дела индетификује са грађењем контекстуалног оквира, у смислу окружења погодног за извршење међународног кривичног дела.²² Ту је препознатљив став који припремање кривичног дела поистовећује са планирањем.

У прилог томе, Касезе закључује: "Препоручљиво је да се утиче на то да планирање буде схваћено као међународни злочин по себи као посебна форма кривичне одговорности, као део сета услова који могу да буду изведени из општих принципа међународног кривичног права:"

2.2. Покушај

Криминалне радње којима се припрема кривично дело, али којима, по дефиницији, не следи и извршење намераваног кривичног дела представљају подврсту недовршених кривичних дела и представљају покушај (пошто су субјективне или објективне околности спречиле његово извршење).²³

О покушају као посебном кривичном делу говоримо онда када неко лице намерава да учини кривично дело и настоји да га изврши, али очекивана последица његових настојања изостаје,²⁴ при чему треба уочити две могућности: када учинилац предузме почетне кораке, али га други спречавају, или, због околности које су ван његове контроле. Учинилац врши све потребне радње да би своју намеру реализовао, међутим, не постиже жељени резултат.

У међународном кривичном праву, последица као таква постоји као промена у реалном свету или очекивана промена, тј. као промена која може да се очекује да ће наступити. Проблем изостанка последице, када се њен настанак очекује, неодређен је из угла озбиљности међународних кривичних дела, према ком дела која покрећу надлежност Међународног кривичног суда морају да буду најтежа дела од интереса по међународну заједницу у целини. Пракса међународних кривичних трибунала налаже да би дела покренула механизам заштите планиран међународним кривичним правосуђем мора да дође до наношења тешке последице по жртву.²⁵ Иако је праксом изражена потреба кажњавања за покушај, једно од најважнијих питања које потреба кажњавања за покушај трпи је питање оправданости кажњавања с обзиром на упитаност о задовољењу критеријума озбиљности као једног од елемената општег оквира нужних за конституисање међународног карактера учињених дела.

Да би покушај био кажњив, треба да постоји понашање које значи озбиљно отпочињање кривичне радње, јасна намера да се учини злочин и неуспех извршења те намере услед спољних околности.

Одговорност за покушај међународног кривичног дела је јасно одређена у међународном кривичном праву при чему постоје разлике у односу на развој у доктрини између националног и међународног правног система, те се тако у законодавству Републике Србије под покушајем кривичног дела подразумева умишљајно предузимање радње извршења кривичног дела, делимично или у целини, при ком долази до изостанка жељене последице. При томе се могу разликовати две ситуације и две врсте покушаја.²⁶ У случају

²² *Ibid.*, 351.

²³ A. Kaseze, *op. cit.*, 222.

²⁴ *Ibid.*, 226.

²⁵ Д. Барјактаровић. *op. cit.*, 355.

²⁶ З. Стојановић, *op. cit.*, 225.

свршеног покушаја учинилац је предузео све акте неопходне за довршење деликта, али је последица изостала. несвршени покушај постоји када је учинилац започео радњу извршења али је није довршио. Осим на плану кажњавања и у погледу утврђивања разграничења покушаја и припремања, ова подела је од значаја и у погледу добровољног одустанка.²⁷ Кажњавање за покушај постоји само када је законима одређене земље предвиђено да се за неко кривично дело може казнити и за покушај.

Према члану 25. став 3. (f) Римског статута, одговорност за кривично дело из надлежности Међународног суда постоји и онда када учинилац покуша такво кривично дело, тиме што је започео радњу која представља битан корак ка извршењу кривичног дела, али до извршења кривичног дела није дошло због околности које су постојале независно од умишљаја учиниоца. Сматра се да је учинилац покушао међународно кривично дело, онда када је започео радњу која представља битан или суштински корак у правцу извршења кривичног дела.²⁸

Касезе овакав начин резонувања у Статуту Међународног кривичног суда разуме на начин да су услови на основу којих се претпоставља одговорност за покушај међународног кривичног дела да се радња састоји из значајног започињања радње извршења кривичног дела и чисте намере да се учини кривично дело, као и неуспех такве намере услед спољашњих околности.²⁹

Може се сматрати да се и покушај онако како је дефинисан у Римском статуту, може према уобичајеним кривичноправним резонима поделити на две врсте: несвршени покушај, када је учинилац предузео радњу извршења или реализовао радњу која представља битан/суштински корак у извршењу кривичног дела, али комплетну радњу извршења није довршио, и, свршени покушај који постоји када је учинилац започео и довршио радњу извршења кривичног дела, али из одређеног разлога, а независно од умишљаја учиниоца, није дошло до наступања последице кривичног дела.³⁰

Што се тиче *mens rea* за покушај, треба имати у виду да се у англосансонским правним системима обично захтева умишљај да се изврши злочин, при чему евентуални умишљај није довољан што доводи до тешкоћа у гоњењу. Једини случајеви где долази до кажњавања су они где је извршилац у покушају одвојен од жртве или извршилац у покушају наушта жртву погрешно мислећи да је, примера ради, мртва.³¹

Умишљај учиниоца мора у потпуности одговарати умишљају који се односи на обележја кривичног дела чије се извршење покушава, што обухвата и последицу конкретног кривичног дела.³² Када се ради о покушају међународног кривичног дела, које осим умишљаја, подразумева и неки додатни субјективни елемент, као што је то намера код неких кривичних дела, која се своди на појачавање и посебно, усмеравање директног умишљаја, тада код учиниоца мора постојати и тај субјективни елемент кривичног дела, да би се радило о покушају. То је случај са кривичним делом геноцида-учинилац осим директног умишљаја мора имати и геноцидну намеру.

Правило је да до неизвршења покушаног међународног кривичног дела мора доћи потпуно независно од воље учиниоца, услед околности које су постојале независно од

²⁷ И. Вуковић, *Кривично право општи део*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2021, 298.

²⁸ М. Шкулић. *op. cit.*, 165.

²⁹ А. Касезе, *op. cit.*, 195.

³⁰ М. Шкулић. *op. cit.*, 165.

³¹ А. Касезе. *op. cit.*, 228.

³² М. Шкулић. *op. cit.*, 165.

његовог умишљаја. Одредбама Римског статута се слично као и у многим националним кривичним законодавствима повезано порписују, како правила одговорности за покушај међународног кривичног дела, тако и правила која се из одређених криминално-политичких разлога на посебан начин вреднује добровољни одустанак од довршења међународног кривичног дела, које на тај начин и остаје у покушају.³³

2.3. Правила која се тичу добровољног одустанка од међународног кривичног дела

Повезано са покушајем међународног кривичног дела, у Римском статуту се прописује и институт добровољног одустанка од извршења кривичног дела.³⁴ У истом параграфу у ком се налази инкриминација за покушај учињења међународних кривичних дела, изнет је и случај када дође до добровољног одустанка међународног кривичног дела, те тако се у наставку тачке ф, става 3, члана 25 каже: "Међутим, лице које напусти извршење кривичног дела или на други начин спречи његово извршење неће се сматрати подложним кажњавању за покушај кривичног дела према овом Статуту, ако је та особа у потпуности и добровољно одустала од намере учињења кривичног дела.

Ова одредба прописује да се неће казнити лице које је покушало кривично дело из надлежности Међународног кривичног суда ако су кумулативно испуњени услови да је учинилац одустао од извршења кривичног дела или је на други начин спречио довршење кривичног дела, као и то да је учинилац добровољно и у потпуности одустао од намере да изврши кривично дело.

Као што се може приметити, први услов који је неопходно да учинилац испуни је објективног карактера и огледа се у два алтернативно прописана модалитета. Први постоји када учинилац који је покушао извршење кривичног дела од тога одустаје, тј. прекида започету радњу извршења, а други постоји када учинилац на неки други начин спречи да покушано кривично дело буде довршено. Први модалитет описује пасивну радњу, одустајање од извршења кривичног дела, док је за други модалитет неопходна активност да би се спречило довршење покушаног кривичног дела.

Други услов за постојање добровољног одустанка је субјективне природе и састоји се у релативној и потпуној промени свести и воље учиниоца који је покушао извршење међународног кривичног дела, тако што учинилац у потпуности одустаје од своје првобитно постојаће намере. Ово се своди на престанак његовог умишљаја, првобитно усмереног ка извршењу кривичног дела.

Овде се као посебан захтев не узима постојање и неких посебних мотива учиниоца да добровољно одустане од извршења кривичног дела, односно "преуми" се, те одустане од кривичног дела, чије је извршење првобитно било обухваћено његовим умишљајем. Престанак постојања умишљаја учиниоца који је претходно био усмерен ка извршењу међународног кривичног дела у погледу чије радње извршења је учинилац предузео активност која је од суштинског значаја за извршење конкретного кривичног дела, представља својеврсно преумљење учиниоца. Умишљај у овом случају престаје да постоји, захваљујући вољи учиниоца. Он сам одустаје од кривичног дела чије је извршење покушао, тако што то дело више није обухваћено његовим умишљајем.³⁵

³³ *Ibid.*, 164.

³⁴ М. Шкулић. *op. cit.*, 166.

³⁵ М. Шкулић. *op. cit.*, 167.

За посотјање института добровољног одустанка потребно је да је одлука о одустанку од даљег извршења кривичног дела резултат добровољног опредељења учиниоца. Одлука о одустанку није добровољна када на њено доношење утичу спољни учиниоци.³⁶

Добровољни одустанак постоји само у случају када је услед предузете радње извршења кривично дело остало у покушају (без наступања последице). То значи да он не постоји ако је кривично дело извршено до краја. Тада постоји "неуспели одустанак". Мотиви због којих се одустаје нису од значаја за постојање добровољног одустанка. Они могу бити различити (алтруистички или егоистични) и не морају да буду моралне природе будући да добровољни одустанак није морални, већ психолошки појам. Вредновање ових мотива може бити од значаја код кажњавања, али не и за постојање одустанка као општег института кривичног права.³⁷

Институт добровољног одустанка од кривичног дела у националном законодавству поклапа се са добровољним одустанком у Римском статуту, међутим у нашој литератури доминира рестриктиван појам добровољности. Према овом схватању одустанак од извршења кривичног дела је добровољан ако је резултат искључиво унутрашњих мотива и слободне воље учиниоца. Било каква, пре свега спољна сметња, негира добровољност.³⁸

Кривични законик Републике Србије, решењем из чл. 32, ст. 2 пружа полазни основ за утврђивање појма добровољности. Према овој одредби правна фигура добровољног одустанка се неће применити уколико учинилац кривично дело није довршио због околности које онемогућавају или знатно отежавају извршење кривичног дела, или због тога што је сматрао да такве околности постоје. Осим што је истакнуто да добровољног одустанка нема у случају да нека околност представља несавладиву препреку за довршење дела због које се учинилац повлачи са свог криминалног пута, тзв. апсолутна спољна сметња, што је потпуно неспорно у науци и пракси, ова одредба полази од тога да тзв. релативне сметње могу имати различито дејство у односу на субјективну страну одустанка.³⁹ Тако, добровољност неће бити искључена у случају да су препреке лако савладиве за учиниоца или учиниоца не излажу превеликом ризику, док, овај услов није испуњен уколико је учиниочево даље настављање криминалним путем битно отежано.

3. ЗАКЉУЧАК

Суштинске разлике приликом дефинисања међународног кривичног дела и дефинисања кривичног дела у националном кривичном законодавству, не постоје. Појам међународног кривичног дела обухвата исте оне елементе као и општи појам кривичног дела. Кривичноправна теорија у већини евро-континенталних земаља, са којима је наша кривичноправна теорија у добром делу комплементарна, сматра да постоје четири могуће фазе (стадијума) у остварењу кривичног дела: доношење одлуке, припремне радње, покушај и довршено кривично дело. Покушај, онако како је дефинисан у Римском статуту, подразумева започињање радње која представља битан корак ка извршењу кривичног дела, али до извршења кривичног дела није дошло због околности које су постојале независно од умишљаја учиниоца.

³⁶ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Кж. 1. 845/14 од 09.12.2014. године.

³⁷ D. Jovašević, "Dobrovoljni odustanak od krivičnog dela 2 – teorija, praksa, uporedno zakonodavstvo –", *Strani Pravni Život*, 1/2014, стр.104.

³⁸ И. Ђокић, "О добровољности одустанка од извршења кривичног дела", *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2015, 187.

³⁹ *Ibid.*, 193.

Институт добровољног одустанка од кривичног дела у националном законодавству поклапа се са добровољним одустанком у Римском статуту, међутим у нашој литератури доминира рестриктиван појам добровољности, а према том схватању одустанак од извршења кривичног дела је добровољан ако је резултат искључиво унутрашњих мотива и слободне воље учиниоца, те тако било каква, пре свега спољна сметња, негира добровољност. Мотиви због којих се одустаје нису од значаја за постојање добровољног одустанка. Вредновање ових мотива може бити од значаја код кажњавања, али није од круцијалног значаја и за постојање одустанка као општег института кривичног права.

ЛИТЕРАТУРА

- Барјактаровић Д, *Појам међународног кривичног дела, докторска дисертација*, Универзитет EDUCONS, Факултет за европске правно-политичке студије, Нови Сад, 2016.
- Вуковић И., *Кривично право: општи део*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021
- Ђокић И. "О добровољности одустанка од извршења кривичног дела", *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2015.
- Јовашевић Д., "Добровољни одустанак од кривичног дела 2 – теорија, пракса, упоредно законодавство", *Страни Правни Живот*, 1/2014.
- Kaseze A., *Međunarodno krivično pravo*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2003.
- Стојановић З., *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008.
- Fernandez J., "Pojam međunarodnog krivičnog dela i njegova evolucija", *Strani Pravni Život*, 2/2020, 2020.
- Чејовић Б., *Међународно кривично право општи и посебни део*, Досије, Београд, 2006.
- Шкулић М., *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020.

* * *

Nataša Ranković*

RESPONSIBILITY FOR ATTEMPTED INTERNATIONAL CRIMINAL OFFENSES AND THE RULES CONCERNING VOLUNTARY RESIGNATION FROM INTERNATIONAL CRIMINAL OFFENSES

Summary

This paper is devoted to the analysis of both the general concept of an international criminal offense and its elements, as well as the criminal law rules on responsibility for attempting an international criminal offense and the rules regarding the voluntary renunciation of an international criminal offense. At the beginning of the paper, introductory considerations are given, followed by a clarification of the general concept of an international criminal offense and its elements in the Rome Statute. The second part of the paper is dedicated to the development of the theme of the stage in the execution of an international criminal offense, where the emphasis is placed on the attempt of an international criminal offense itself and the forms of extended responsibility for an international criminal offense with an emphasis on the rules regarding the voluntary renunciation of an international criminal offense. The end of the paper is dedicated to the conclusion.

Key words: international criminal offense, elements of an international criminal offense, Roman Statute, attempt, voluntary relinquishment

* Third year undergraduate student, University of Belgrade, Faculty of Law, natarankovic24@gmail.com

Драгана Милошевић*

РАТНИ ЗЛОЧИНИ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ЗАКОН О ОРГАНИЗАЦИЈИ И НАДЛЕЖНОСТИ ДРЖАВНИХ ОРГАНА У ПОСТУПКУ ЗА РАТНЕ ЗЛОЧИНЕ

Апстракт: У раду ће бити анализирана кривична дела ратних злочина, са посебним освртом на један од облика, кривично дело ратни злочин против цивилног становништва. Истраживан је развој ратних злочина против цивилног становништва током историје како на глобалном нивоу, тако и у домаћем праву. Такође, анализиран је члан 372. Кривичног законика Републике Србије којим је прописано кривично дело ратни злочин против цивилног становништва. Разматран је значај међународних конвенција почев од инкорпорисања ратних злочина као кривичног дела у национално законодавство, идеја хуманизације рата и оснивање Међународног кривичног суда. У вези са темом рада, анализиран је и Закон о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине, уз кратак осврт на најновије новеле из 2023. године.

Кључне речи: ратни злочини, цивилно становништво, Кривични законик, међународне конвенције, Закон о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Од настанка првих цивилизација рат се остваривао у виду најпримитивнијих облика – борби за територију или егзистенцију своје заједнице. Са даљим развојем друштва, облици ратовања су се усавршавали, циљеви због којих се рат водио постају развијенији, али самим тим и средства ратовања. Усавршавање средстава ратовања водило је, нажалост, и повећаном броју жртава које су приликом ратовања страдале јер нека од страна у рату није имала довољно развијена средства, технику али и стратегију. Несумњиво је да ратови, а самим тим и ратни злочини и ратна разарања и даље трају. Оно што је битно нагласити је да је право на живот прописано и у Пакту о грађанским и политичким правима, где се наводи да "свако људско биће има урођено право на живот", да право мора бити заштићено законом, те да "нико не може бити самовољно лишен живота."¹ Посматрајући наведену одредбу, јасно је због чега је санкционисање ратних злочина веома битно.

Ратови су одувек привлачили пажњу, посебно они који су обележени као период највећих разарања, попут Првог светског рата и Другог светског рата, па су стога често

* Студент докторских студија на Универзитету у Београду – Правном факултету, dragana_vip@yahoo.com

¹ В. Димитријевић, "Људско право на живот и физички интегритет", *Анали Правног факултета*, 1/1998, 88.

били на мети проучавања правника, политиколога, филозофа, али и социолога, па је следствено томе научна јавност такође била заинтересована за проучавање ратних злочина. Идеја о кажњавању за ратне злочине је постојала, али су постојале правно-техничке потешкоће за реализацију те идеје као и потешкоће политичке природе, јер се отварала дилема да ли је реч о појму ратних злочина или је реч о губитку рата.²

Усвајањем одређених међународних конвенција, о којима ће касније бити речи, покушало се утицати на смањење броја ратова и хуманизацију рата, али одређене државе су упркос томе водиле ратне сукобе. Идеја је била да се након усвајања међународних конвенција у националним законодавствима пропишу одређене кривичне санкције за кривична дела којима се крши међународно хуманитарно право и самим тим норме хуманитарног права инкорпоришу у националне прописе и тако постану њихов саставни део.

Развој држава је водио међусобној сарадњи на разним пољима, пре свега трговини, што је водило све већој мобилности људи и постепеном укидању граница, посебно између европских држава. Ширењем људских делатности на глобалном нивоу долази до појаве кривичних дела са међународним обележјем, а самим тим и успона развоја међународног кривичног права. Појавом оваквих облика злочина, јавља се све већа потреба за међународном кривичном сарадњом држава у циљу сузбијања криминалитета, а са појавом кривичних дела попут ратних злочина, та врста сарадње је знатно појачана. Током времена се за одређене државе формирају и посебни облици правосуђа пред којима су се одвијала суђења за ратне злочине, о чему ће бити више речи у даљем излагању.

2. РАТНИ ЗЛОЧИНИ ТОКОМ ИСТОРИЈЕ

2.1. Стари век

У старом веку велики број држава, Рим, Египат, Грчка, Месопотамија и Индија су постепено јачале и шириле своје територије и водиле многобројне ратове, а поред уништавања имовине, пљачки и разарања градова, неизоставно су постојала и страдања како цивилног становништва, тако и војника. Писани трагови о ратовима из тог периода су ретки, али постоје писани трагови о првим покушајима ограничавања и спречавања ратова, у виду стварања правила приликом ратовања која би се морала поштовати и идеје о хуманизацији рата. Тако, најстарији писани траг о начину вођења рата јесте *Закон Ману*, индијски законик из 500 године п.н.е., који је између осталог садржао и технику вођења рата. Затим, у 4. веку п.н.е. јавља се документ кинеског писца Сун Цуа, "*Уметност ратовања*", којим је прописана забрана повређивања непријатеља и болесника који су рањени, као и забрана рањавања. Правила ратовања се јављају и у старом Риму, где је све више јачала идеја мира, а Цицерон у својим делима пише о ратовима и прави поделу на "праведне" и "неправедне". Развој хришћанства доноси нове идеје код правила ратовања, па се прокламује неотпор и мир, тежња да се рат онемогући и искључи као средство за решавање међународних спорова стварајући нова обележја "праведног рата".

Ратни злочини у старом веку су најчешће вршени приликом опсада градова, где би након вишедневних напада војска заузимала градове а потом убијала не само војнике освојене територије већ и цивилно становништво. Вршећи том приликом ратне злочине, нису показивали милост ни према деци, старим лицима ни женама. Оно што је значајно

² С. Аврамов, "Међународно кривично право и Повеља УН", *Анали Правног факултета*, 5/1994, 480–481.

поменути јесте да су у Старом веку почеле да настају идеје о хуманизацији рата као и правила о вођењу ратовања, али као разлог због чега се оне нису доследно спроводиле могао би се наћи у непостојању међународног органа који би кажњавао непоштовање правила која су постојала.³

2.2. Средњи век

Као и у претходној епохи, и током средњег века су вођени ратови који су такође имали као исход велики број жртава. "Крсташки ратови су иза себе оставили велики број жртава, па је тако током Првог крсташког рата страдало око 700 људи а неколико хиљада је било рањено. По освајању Јерусалима, убијено је преко 40.000 Јевреја и Муслимана уз уништавање њихове имовине. Трећи крсташки рат је такође био веома бруталан и однео је велики број жртава".⁴

Поред великог броја страдалих током средњовековних ратова, постојале су идеје о хуманизацији рата и постављању темеља правилима ратовања. Тако, први покушај оснивања неке врсте међународног суда се јавља пред Стогодишњи рат (1337–1453. године). Злочини које су вршиле неке паравојне формације нису могли бити санкционисани у великој мери јер нису постојала правила међународног права која би се могла применити као ни одредбе националних законодавстава које би их санкционисале. Постојало је обичајно право које се примењивало за одређена кривична дела, док су ратни злочини постојали само у односу на војнике и војне заробљенике, а злочини над цивилним становништвом су практично били некажњиви.⁵

Средњи век је упркос свему изнедрио и одређен број мислилаца, правника и филозофа који су се бавили тематиком рата и ратних злочина. Тако је Шекспир у свом делу "Живот Хенрија V" навео да је Хенри дао инструкције да се током вођења рата не сме пљачкати село приликом проласка кроз исто, као и да је забрањено малтретирање Француза.

Интересантно је навести да се у средњем веку, односно 1474. године јавља и прво суђење ратном злочинцу, *Peteru von Hagenbach* -у, гувернеру окупираног града *Breisacha*, за време чије владавине и по чијем наређењу су извршени ратни злочини над цивилним становништвом, у виду убијања становништва, силовања, пљачки и илегалне конфискације имовине.⁶

2.3. Нови век

Ратови су се наставили и у новом веку, али новина се у овој епохи огледа у савременијим начинима ратовања, пре свега опреми, ватреном оружју, употреби модернијих средстава за масовно уништење, али и новијим стратегијама. Новине које нису постојале у ранијим епохама огледају се у употреби авијације и бродова за потребе ратовања. Међу-

³ Ј. Ђ. Лопичић, *Ратни злочин против цивилног становништва из члана 142. КЗ СРЈ*, Београд, 1999, 19–22.

⁴ *Ibidem*, 22.

⁵ *Ibidem*, 23.

⁶ За потребе суђења основан је *ad hoc* трибунал, који је чинило веће од 28 судија и имао је карактер међународног суда јер су га представљали чланови из сваког града-државе. Ово је било прво суђење за ратне злочине против цивилног становништва које је документовано у правним списима. Именовани је осуђен на смртну казну. *Ibidem*, 24.

тим, оно што је донело оваквом, до тад невиђеном начину ратовања, јесу многобројне жртве и разарања имовине у већим размерама.

Један од правника ове епохе, Хуго Гроцијус, који се бавио изучавањем ратних злочина, извршио је најзначајнији утицај на међународно хуманитарно право који је у свом капиталном делу "*De iure belli ac pacis libri tres*" описао рат, ратне злочине али и ратна разарања, као и друге елементе рата. Његов допринос науци је био значајан, јер иако је било зачетника идеја пре њега, нико није имао толики утицај као Гроцијус, из разлога што је прокламовао идеју о хуманизацији рата где недозвољена средства не би могла бити употребљавана, као и да вршење ратних злочина *није дозвољено* према цивилном становништву, а пре свега према женама, старима и деци. Истицао је да је забрањено уништавање и одузимање приватне имовине за време рата.

Ратови су се водили и у новом веку, пре свега Наполеонови ратови, затим Амерички грађански рат од 1861. до 1865. године, Француско-пруски рат од 1870. до 1871. године, Париске комуне 1871. године, Америчко-шпански рат 1898. године, као и Бурски рат од 1899. до 1902. године. У свим овим ратовима су вршени ратни злочини, у великој мери према цивилном становништву. Велики број жртава и настале штете на имовини резултирала су стварањем међународних правила за вођење рата у виду докумената. Тако су донета правила за регулацију рата са правном снагом и то Париска декларација 1856. године, Женевска конвенција 1864. године, Петроградска декларација 1874. године, Бриселска декларација 1874. године и Хашка конвенција 1899. године. Иако су ови документи садржали правила којих је потребно придржавати се током рата, многе државе су водиле ратове а да нису поштовале наведена правила. Међутим, наведене конвенције су имале значајан допринос и то као темељ за доношење конвенција у 20. веку које имају за циљ заштиту цивилног становништва у целисти, пре свега Женевске конвенције из 1949. године.⁷

2.4. Први светски рат

Први светски рат представљао је до тада никад виђен опсег ратних разарања и жртава. Употреба муниције, оружја и техничких средстава је било савременије, а страдао је велики број цивила и војника. Ратне злочине у свом најтежем облику вршиле су Аустроугарска, Бугарска и Немачка. Упркос томе што су ове државе биле потписнице претходно наведених конвенција, оне су вршиле веома тешке и сурове ратне злочине према цивилном становништу.

Велики допринос током Првог светског рата дао је Арчибалд Рајс (*Rudolph Archibald Reiss*) који је успео да утврди велики број ратних злочина које су аустроугарска и бугарска војска вршиле према становништву Србије и Црне Горе, да их евидентира а потом пласира у свет како би на глобалном нивоу била подигнута свест о размерама жртава у Србији и Црној Гори од стране аустроугарске војске, што је било веома значајно како за Србију, тако и за Црну Гору.

2.5. Други светски рат

У историји ће Други светски рат остати упамћен по огромним разарањима као и по великом броју жртава, пре свега цивилног становништва, које је било мучено и убија-

⁷ *Ibidem*, 26–27.

но на најбруталније начине. Немачка, Јапан и њени савезници вршили су ратне злочине у великој мери. Највише страдалих лица било је приликом бомбардовања градова попут Београда, Подгорице, Варшаве, Ротердама и других, док су познати и случајеви злочина које је Немачка вршила у логорима као што су Аушвиц, Јасеновац, Матхаузен и др. У логоре су довођени цивили, старци, деца и жене а потом би били изгладњавани, мучени и убијани. Над цивилним становништвом је вршен принудни рад, депортација а потом потапање бродова, како путничких, тако и трговачких, вршени су биолошки експерименти, а као један од тешких облика ратних злочина биле су отмице, где су лица коришћена као таоци, да би затим била стрељана. Овај облик ратних злочина посебно је био приметан на територији Србије, Русије и Црне Горе.

Немачка је током рата имала идеју да оснује биро који би прикупљао податке и доказе о томе како ратне злочине врше Савезници, са посебним акцентом на Русе и Пољацима, али Војни ратни кривични биро, који је био активан од 1939. до 1945. године, ипак није успео да реализује своје циљеве.

Како су покушавали да одговоре на нападе Немачке, војска Енглеске и Америке су бомбардовале немачке градове, фокусирајући се на индустријске циљеве, што је несумњиво такође представљало ратне злочине. Потом је уследило бацање атомске бомбе на Нагасаки и Хирошиму, што је поред великог броја жртава оставило вишедеценијске последице.

Као и у Првом светском рату, Немачка и њени савезници су такође били потписници претходно наведених декларација, али их то није спречило да изврше ратне злочине са којима се човечанство до тада није сретало. Велики помак у развоју међународног кривичног права представља оснивање *ad hoc* Међународног кривичног суда у Нинбергу и Токију како би се судило ратним злочинцима одговорним за вршење злочина током Другог светског рата. Поступак пред овим судовима и пресуде донете након судских процеса су од великог значаја за даљи развој међународног кривичног права.⁸

3. ПОЈАМ РАТНИХ ЗЛОЧИНА

Појам ратних злочина је пре свега могуће дефинисати са аспекта међународног кривичног права као свако кршење правила која спадају у међународно хуманитарно право, без потребе да се узима у обзир да ли су правила регулисана неком од међународних конвенција или су део обичајног права. Оно што је битно нагласити је да се ратни злочини на првом месту разликују од других врста злочина по томе што се врше за време рата, односно оружаних сукоба. Када је реч о разлици овог кривичног дела од геноцида и злочина против човечности, она се огледа у облику кривице, па је потребно да постоји директни или евентуални умишљај, док се у литератури помињу и случајеви где је постојао свесни нехат.⁹

Појам ратних злочина може се посматрати у ужем и ширем смислу. У ужем смислу, ратни злочини подразумевају повреде обичајног права и закона. Ратни злочини се не могу одредити јединственом дефиницијом као међународно кривично дело. Међутим, правила обичајног међународног хуманитарног права у правилу 156. ратне злочине дефинишу као "озбиљна крше-

⁸ *Ibidem*, 29.

⁹ М. Шкулић, *Међународно кривично право*, Београд, 2020, 300.

ња међународног хуманитарног права".¹⁰ Када је реч о схватању ратних злочина у ширем смислу, она представљају сва међународна кривична дела као што су ратни злочини, геноцид, злочин против човечности и која имају везе са ратом тј. извршена су током оружаних сукоба. Овакво шире схватање појма ратних злочина се често може чути у јавности али је доста непрецизно, јер нека од тих кривичних дела се могу извршити и током мира.¹¹ Такође, ратни злочини се не односе само на убијање и злостављање цивилних лица већ могу имати и неке друге облике. Ако се погледа историјски развој ратних злочина, може се извести закључак да ратни злочини представљају повреду ратног права. Али, на овом месту је потребно истаћи да није свака повреда ратног права злочин, те се захваљујући Женевској конвенцији а посебно Допунском протоколу I из 1977. године дефинише листа дела које се могу подвести под ратне злочине, јер представљају *теже* повреде ратног права. Управо се овде види где се прави дистинкција у односу на остале повреде ратног права, а то је управо тежина повреда.¹²

Оно што даје процену да ли је реч о кривичном делу ратних злочина или не, и чини је додатно компликовано, сам је карактер норме која ово кривично дело прописује. Одредбе којима се прописује ратни злочин као кривично дело су бланкетног карактера и одређивање да ли је реч о кривичном делу или не зависи од узимања у обзир и анализирања других правила међународног права. За разлику од неких других кривичних дела које имају упућујућу норму која указује на тачно одређен пропис, код овог кривичног дела ствар је донекле компликованија. За пример се може узети члан 2. Статута Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију којим је прописано да се као радња кривичног дела, а самим тим и тежа повреда Женевске конвенције из 1949. године сматра узимање цивила као таоца. Да би се могло утврдити која категорија лица представља цивилна лица током рата, у овом случају, неопходно је размотрити Женевску конвенцију, тачније Четврту конвенцију која се односи на заштиту грађанских лица током оружаног сукоба. Ствари се додатно компликују доношењем нових конвенција и питањем да ли старе остају на снази или не. Доношењем Статута Међународног кривичног суда, посебно његових Елемената злочина који се примењују уз Статут, донекле је прецизирано и сужено утврђивање елемената овог кривичног дела, али су поједине одредбе и даље задржале бланкетни карактер, те тиме дилема приликом одлучивања да ли је реч о ратним злочинима или не није у потпуности елиминисана. Оно што је изричито предвиђено у Елементима злочина, као увода у члану 8. Статута, јесте да ће се елементи злочина тумачити "у постојећим оквирима међународног права оружаних сукоба, укључујући где је то адекватно и међународно право оружаних сукоба, применљиво на оружане сукобе на мору".¹³

Када је реч о међународним конвенцијама којима су регулисана питања међународног хуманитарног права, потребно је навести оне најзначајније, а то су пре свега Женевске конвенције из 1949. године са два додатна протокола из 1977. године и Хашке конвенције из 1899. и 1907. године. Наведеним конвенцијама је дефинисан појам заштићених лица и методи ратовања, дозвољена средства која се могу користити током ратовања,¹⁴ а поједини статуту, као међународни извори, такође дају свој допринос дефинисању појма ратних злочина.

¹⁰ М. Милковић, *Ратни злочини као повреда међународног хуманитарног права*, мастер рад из међународног хуманитарног права, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 33.

¹¹ *Ibidem*, 32.

¹² М. Мајић, "Ратни злочин у међународном кривичном праву", *Техничка књига*, 39–40.

¹³ *Ibid.*, 43–44.

¹⁴ М. Шкулић *et. al.*, *Ратни злочини и други основни институти међународног кривичног права*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, Београд, 2011, 155–156.

3.1. Статут Међународног војног суда у Нирнбергу

У Статуту Међународног војног суда у Нирнбергу, члану 6., ратни злочин се дефинише као "повреде ратних закона и ратних обичаја". Такве повреде обухватају али се на њих не ограничавају, убиство, злостављање или одвођење на принудни рад или за било који други циљ цивилног становништва окупираних територија или у окупираним територијама; убиство или злостављање ратних заробљеника или лица на мору; убијање талаца; пљачкање јавне или приватне имовине; намерно разарање градова, вароши или села или пустошење неоправдано војном потребом."¹⁵

3.2. Статут Међународног трибунала за бившу Југославију

Статутом Међународног трибунала за бившу Југославију ратни злочини су дефинисани члановима 2. и 3. и подељена су као "тешка кршења Женевских конвенција и кршење закона или обичаја рата". Чланом 2. прописана је надлежност да се кривично гоне "особе које су починиле или наредиле да се почине тешке повреде Женевских конвенција од 12. августа 1949. године, односно следећа дела против особа или имовине заштићених одредбама релевантне Женевске конвенције":

(а) намерно лишавање живота; (б) мучење или нечовечно поступање, укључујући биолошке експерименте; (ц) намерно наношење великих патњи или тешких повреда тела или здравља; (д) уништавање и одузимање имовине широких размера које није оправдано војном нуждом и изведено је противправно и безобзирно; (е) присиљавање ратног заробљеника или цивила да служи у снагама непријатељске силе; (ф) намерно ускраћивање права ратном заробљенику или цивилу на правичан и редован судски поступак; (г) противправна депортација или премештање или противправно затварање цивила; (х) узимање цивила за таоце."¹⁶

У члану 3. наведеног статута прописано је да је "Међународни суд надлежан да кривично гони особе које су прекршиле законе или обичаје ратовања. Та кршења, између осталог, укључују следеће:

(а) коришћење отровних или других оружја чија је сврха наношење непотребних патњи;

(б) безобзирно разарање градова, насеља или села, или пустошење које није оправдано војном нуждом;

(ц) нападање или бомбардовање, било којим средствима, небрањених градова, села, стамбених или других објеката;

(д) заузимање, уништавање или намерно оштећивање верских, добротворних и образовних установа, установа намењених уметности и науци, историјских споменика и уметничких дела;

(е) пљачкање јавне или приватне имовине."¹⁷

¹⁵ М. Милковић, *op.cit.* 33.

¹⁶ Статут Међународног кривичног суда за бившу Југославију, Резолуција УН бр. 877 из 1993. године.

¹⁷ *Ibidem.*

3.3. Статут Међународног кривичног суда – Римски статут

Римски статут је темељ за оснивање Међународног кривичног суда и члан 8. садржи три става којим се одређују ратни злочини. Ставом 1. прописано је да је суд надлежан да поступа у односу на ратне злочине, посебно када су они почињени као део плана или политике или ако је ово кривично дело почињено у великом броју случајева.¹⁸ Став 2. Римског статута је подељен на неколико целина и то на тачке а, б, ц, д и е. Тачка а) одређује која су то тешка кршења Женевских конвенција из 1949. године, односно поступке против лица или имовине заштићених одредбама наведене конвенције.

Тачком б) прописане су друге озбиљне повреде закона и ратних обичаја приликом оружаних сукоба, а у те повреде се сврставају следеће:

1- Намерно усмеравање напада против цивилног становништва или против појединачних цивилних лица која нису директно умешана у сукоб; 2-Намерно усмеравање напада на цивилне објекте тј. на објекте који нису војни циљеви; 3-Намерно усмеравање напада на особље, инсталације, материјале, јединице или возила укључена у хуманитарну помоћ или мировну мисију у складу са Повељом УН све дотле док имају права на заштиту или пружају помоћ цивилима или цивилним објектима по међународним законима који важе за оружане сукобе; 4-Намерно започињање напада, знајући да ће такав напад проузроковати пропратна страдања или наношење повреда цивилима или наношење штете цивилним објектима или да ће узроковати велика, дуготрајна и озбиљна оштећења животне средине, што би било очигледно несразмерно у односу на очекивани, конкретан и непосредни војни учинак; 5-Напад или бомбардовање, било којим средствима градова, села, боравишта или грађевина који нису брањени или који нису војни објекти; 6-Убијање или рањавање војника који је положио оружје или више нема намеру да се брани а то је учинио са циљем да се преда; 7- Злоупотреба заставе којом се даје знак за примирје, заставе или војног обележја и униформе које припадају непријатељу или УН као и злоупотреба карактеристичних амблема дефинисаних Женевским конвенцијама а која су имала за последицу изазивање смрти или тешких телесних повреда; 8- Непосредно или посредно пресељење дела становништва од стране Окупационе силе на територију која је она окупирала или измештање и пресељење целокупног становништва или његовог дела са окупиране територије на неокупирану територију; 9- Намерно усмеравање напада на верске образовне, уметничке или научне објекте или објекте који се користе у добротворне сврхе, историјске споменике, болнице и места где се сакупљају болесни и рањени под условом да то нису војни циљеви; 10- Подвргавање лица која су заточена и под влашћу су противничке стране физичком сакаћењу или медицинским или научним експериментима ма које врсте који нису оправдани медицинским стоматолошким или болничким лечењем те особе нити су изведени у његовом/њеном интересу, а који могу да узрокују смрт или озбиљно угрожавање здравља те особе или особа; 11-Убијање или рањавање издајника који припадају непријатељском народу или војсци; 12- Објављивање да се према непријатељу неће поступати с милошћу; 13-Уништавање или конфискација непријатељске имовине осим уколико то строго захтевају потребе рата; 14-Укидање и суспендовање права и забрана учешћа у поступку пред судом држављанима непријатељске стране; 15-Принуђивање припадника непријатељске стране да учествују у ратним операцијама упереним против њихове земље, чак иако су били у служби стране са којом се ратовало пре отпочињања рата; 16-Пљачкање градова и

¹⁸ Закон о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда, *Службени гласник СРЈ-Међународни уговори*, број 5/01.

других насеља чак иако су иста освојена у нападу; 17-Коришћење отрова и средстава која у себи садрже отровне супстанце; 18-Коришћење загушљиваца, отровних и других гасова као и свих других сличних течности, материјала или изума; 19-Коришћење муниције која се лако распрскава у људском телу, као што су меци за тврдом чауром која не покрива у потпуности средину метка и/или је покривена засецима; 20-Коришћење оружја, пројектила, материјала или метода ратовања који су такве природе да могу узроковати тешке повреде или непотребне патње или се истим крши међународно право оружаног сукоба под условом да су таква оружја пројектили, материјали и методи ратовања забрањени и укључени у анекс овог Статута амандманом а у складу са одговарајућим одредбама прецизираним чл. 121. и 123. Статута; 21-Нарушавање личног достојанства, а посебно понижавајуће и деградирајуће поступање; 22-Извршење кривичног дела силовања, сексуално ропство, присиљавање на проституцију, насилну трудноћу како је дефинисано чл. 7. став 2 (ф), присилну стерилизацију или било који други облик сексуалног злостављања који се дефинише као озбиљно кршење Женевских конвенција; 23-Искоришћавање цивила или неких других категорија заштићених лица да би се повратиле одређене зоне, области или да би се одређене војне снаге заштитиле од војних операција; 24-Намерни напади на објекте, медицинске јединице, транспортна средства и медицинско особље које користи очигледне ознаке прецизиране у Женевским конвенцијама у складу са међународним правом; 25-Намерно прибегавање изгладњавању цивила као методе ратовања базираном на лишавању намирница неопходних за њихов опстанак, укључујући намерно спречавање дељења минималних порција прецизираних Женевским конвенцијама; 26-Регрутовање или на било који други начин стављање у војну службу деце испод 15 година старости у националне оружане снаге или њихово коришћење за активно учествовање у борби.

Тачке *ц*, *д* и *е* односе се на унутрашњи оружани сукоб. Тако, тачком *ц* прописана су озбиљна кршења члана 3. заједничког за четири Женевске конвенције од 12. августа 1949. године, наиме, било које од доле наведених кривичних дела почињених против лица која нису узимала активно учешће у непријатељствима, укључујући припаднике војних снага који су положили оружје и оне који су ван борбе због болести, рањавања, лишења слободе или ма ког другог разлога као што су нпр. насиље над животом и телом, посебно убиство у сваком облику (квалификовано и привилеговано убиство), сакаћење, окупно понашање и мучење, узимање талаца итд. Тачком *д* прописано је да се тачка *ц* односи на оружане сукобе који немају међународни карактер а не односи се на унутрашње немире и сукобе као што су побуне, појединачни и спорадични акти насиља или на друге акте сличне природе. Тачком *е* прописано је да друге озбиљне повреде закона и обичаја до којих дође у оружаним сукобима који нису међународног карактера, а које повреде су предвиђене одговарајућим одредбама међународног права, конкретно било која од алтернативно одређених радњи као што су нпр. намерно усмеравање напада на цивилно становништво или на цивиле који нису узимали активног учешћа у непријатељствима итд.

4. НОРМИРАЊЕ РАТНИХ ЗЛОЧИНА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ ТОКОМ ИСТОРИЈЕ

Ратни злочини се законски регулишу први пут за време Књажевине Србије, где се поред прикључивања примене међународних правних обичаја за вођење рата прикључила и Женевској конвенцији о побољшању судбине војних рањеника у војскама у рату која је закључена 1864. године. Поред тога што се наведена конвенција односила на рањенике и болеснике, она је имала велики значај за Србију, јер је након вишевековне турске

власти приступила конвенцији, показујући тиме тенденције ка поштовању савременог међународног хуманитарног права.

За време Књажевине Србије донет је 1864. године "Воено судскиј законик за Књажевство Србију", али он није садржао одредбе које се односе на ратне злочине. За такву врсту кривичних дела био је примењиван тадашњи "Казнителни закон" из 1860. године. Такође, за време Првог и Другог српског устанка нису постојали прописи, односно закон којим би били прописани ратни злочини, већ се примењивало строго обичајно право, за време Карађорђа.

Године 1877. године донета су ратна правила од стране министра војног Књажевине Србије и она су садржала правила поступања војске за време рата у складу са међународним правом и у одредбама 16, 17, 19, 20, 22, 23 и 24 била је прописана заштита цивилног становништва као и њихове имовине.

Даљи развој државе доносио је и унапређеност прописа којима се регулише кривична материја, па је тако за време Краљевине Србије, тачније 1901. године донет Војни казнени законик који у одредбама 146–149 и 152. препознаје ратни злочин као кривично дело.¹⁹

По настанку Краљевине Југославије 1918. године, дошло је до доношења Кривичног законика Краљевине Југославије из 1929. године али њиме нису били предвиђени ратни злочини као кривично дело. Тада је важио Војни казнени законик Србије све до 1930. године, који је, подсећања ради, садржао одредбе 146–149 и 152. и који је предвиђао ратне злочине.

У Краљевини Југославији је 1930. године донет нови Војни кривични законик који је у члановима 162., 163. и 166. прописивао ратне злочине у облику кривичних дела против имовине у мобилном и ратном стању.²⁰

У периоду народно-ослободилачке борбе, од 1941–1945. године, постојали су прописи који су регулисали ратне злочине као кривична дела, али закони из доба Краље-

¹⁹ "Члан 146: Пљачка је грабљење и узимање туђе имовине или ствари приликом заузимања каквог места у ратном стању или при маршу војске. Као пљачка сматрају се и случајеви кад неовлашћено врши контрибуцију и реквизицију или кад ко одређену меру ових прекорачи у своју корист."

"Члан 147: Отимање је насилно присвајање туђега имања или ствари у заузетом месту, у коме је већ повраћен ред и постављена власт"

"Члан 148: Ко пљачка или отима, казниће се робијом до пет година; а као је при том и сила употребљена, робијом најмање пет година у колико то не би прешло у тежу кривицу"

"Члан 149: Кад се више њих договоре и изврше пљачку или отимање, саучесници ће се казнити робијом најмање десет година, а коловођа смрћу; а ако је при том био ко повређен, казниће се и саучесници смрћу"

"Члан 152: Опустошавање је оштећивање туђе имовине без неопходне ратне потребе: ломљењем вођа, одграђивање, паљевином, рушењем зграда или разбијањем. За опустошавање казниће се кривац робијом најмање пет година; а у тежим случајевима смрћу". Видети: Ј. Ђ. Лопичић, *op.cit.*, 44–45.

²⁰ "Члан 162: Ко пљачка или отима туђу имовину, казниће се робијом до пет година; а ако је при томе и силу употребио да се казни робијом најмање пет година, уколико би то прешло у теже дело. Као пљачка има се сматрати свако грабљење или одузимање туђе имовине при заузимању каквог места у ратном стању или при маршу војске као и неовлашћено вршење или прекорачење реквизиције или контрибуције у своју корист; а као отимање има се сматрати свако насилно присвајање туђе имовине у заузетом месту, у коме је заведен ред и постављена власт".

"Члан 163: Кад двојица или више њих договорно учине пљачку или отимање, казниће се робијом најмање десет година; а ако је при томе ко био телесно повређен, да се казни смрћу."

"Члан 166: Ко без неопходне ратне потребе пустоши туђу имовину рушењем, разбијањем, ломљењем, паљевином, одграђивањем или ма којим другим начином, казниће се робијом, а у тежим случајевима, смрћу." Видети: Ј. Ђ. Лопичић, *op.cit.*, 45.

вине Југославије више нису важили. Доношени су нови прописи, пре свега Фочански документи из 1942. године као и Наредба Врховног штаба из 1942. године који су се бавили регулисањем појма народног непријатеља и поступања према њима и њиховој имовини. Један од најзначајнијих прописа тог времена је Уредба о војним судовима из 1944. године, донета од стране Врховног штаба, којом се одређује појам ратних злочина, војна кривична дела као и кривична дела народних непријатеља. Примењивала се у поступцима за суђење ратним злочинцима и народним непријатељима. Уредба је у Глави једанаест која је носила назив "Кривична дела, казне и заштитне мере" уређивала материјално кривично право. У овој глави регулисане су три групе кривичних дела, и то ратни злочини, кривична дела војних лица и ратних заробљеника и кривична дела народних непријатеља. Закони који су донети у овом периоду су били прилично непрецизни и сумарни, што је логично ако се узму околности под којима су доношени.

Током заседања АВНОЈ-а 30. новембра 1943. године у Јајцу, основана је Државна комисија за утврђивање злочина окупатора и њихових помагача, чији је задатак био утврђивање одговорности као и проналажење и процесуирање извршилаца кривичних дела ратних злочина на територији Југославије, као и њихових помагача. Међутим, поједине државе као што су Велика Британија, САД и Француска постају уточиште за злочинце и то тако што су им давале статус азиланата или избеглица. Број пријава за ратне злочине досегао је број од чак 900.000, поднетих како од стране оштећених, тако и од стране породица жртава.

Закон о кривичним делима против народа и државе донет је 1946. године и представља један од најважнијих кривичних закона и који је био на снази до доношења новог кривичног законика 1951. године. Ратни злочини су били прописани чланом 3. став 1. тачка 3.²¹ Такође, овим законом је у члану 12. инкриминисан и покушај овог кривичног дела. Осим тога, извршење пресуда изречене за ратне злочине регулисано је чланом 16. овог закона и прописано је да извршење тих пресуда не застарева.

Претходно поменути закон важио је све до доношења Кривичног закона ФНРЈ из 1951. године, који је у свом Нацрту предвиђао кривична дела против човечности и међународног права, чијим је чланом 128. било прописано кривично дело ратни злочин против цивилног становништва. Такође, у члану 131. Нацрта било је инкриминисано као посебно кривично дело организовање групе ради вршења геноцида и ратних злочина, док је чланом 137. било прописано изрицање казне конфискације имовине. Доношењем Кривичног законика ФНРЈ из 1951. године поглавље под називом Кривична дела против човечности и међународног права у члану 125. прописује кривично дело ратни злочини против цивилног становништва.

²¹ "Ко изврши ратни злочин тј. ко у време рата или непријатељске окупације ради као покретач, наредбодавац, помагач или непосредни извршилац убистава, осуђивања на смртне казне и њиховог извршавања, хапшења, мучења, присилног исељавања или одвођења у концентрационе логоре, у интернацију и на присилни рад становништва Југославије; ко врши намерно изглађивање становништва, принудно однарођивање, принудну мобилизацију, одвођење у проституцију, силовање, присилно превођење у другу веру; ко под истим условима врши потказивања која имају за резултат у овој тачки наведене мере терора присиљавања или ко под истим околностима наређује или врши паљевине, уништавања или плачку јавне или приватне имовине; ко постане функционер терористичког апарата и полицијских формација, непријатеља или службеник његових затвора, концентрационих или радних логора, или нечовечно поступа с југословенским држављанима и ратним заробљеницима или ко изврши неко друго дело које представља ратни злочин." Ј. Ђ. Лопичић, *op.cit.*, 48.

За време СФРЈ донет је Кривични закон из 1977. године који је у глави под називом "Кривична дела против човечности и међународног права" прописивао у члану 142. кривично дело под називом ратни злочини против цивилног становништва.

Законом о изменама Кривичног закона СФРЈ из 1992. године промењен је назив у Кривични закон Савезне Републике Југославије и он је такође садржао одредбу која се односила на ратне злочине, у члану 142. као кривично дело Ратни злочини против цивилног становништва. Одредба је добила своје допуне тако што су проширени облици извршења, а који су последица ратификације Допунског протокола Женевске конвенције о заштити жртава међународних оружаних сукоба.

5. ПОЈАМ РАТНИХ ЗЛОЧИНА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

У кривичном законодавству Републике Србије ратни злочини се прописују у члановима 372–385. Кривичног законика Републике Србије²² (у даљем тексту: КЗ), али се у односу на *ad hoc* облике правосуђа не позивају на повреде Женевске конвенције или правила ратног права, већ су изричито прописани и то као: ратни злочини против цивилног становништва, ратни злочини против рањеника и болесника или ратних заробљеника. Регулисано је такође и подстицање и организовање ратних злочина и геноцида, затим употреба недозвољених средстава борбе као и повреда парламентарара.²³

У самом КЗ кривична дела ратних злочина заузимају централно место узимајући у обзир да су ови злочини једни од најстаријих међународних кривичних дела и проистичу из многих извора међународног јавног права. Оно о чему је претходно било речи то је бланкетни карактер норме односно условљеност постојања противправности уколико је радња извршења предузета кршењем међународног права.

Ратни злочини прописани у КЗ могу се поделити на две основне групе. Прву групу чине *основни ратни злочини*, у оквиру којих је направљена подела на три врсте кривичних дела према пасивном субјекту и то на: 1) ратне злочине против цивилног становништва; 2) ратне злочине против рањеника и болесника; 3) ратне злочине против ратних заробљеника. Другу групу чине *други ратни злочини и са њима повезана и ратним злочинима блиска кривична дела* где припадају следећа кривична дела: 1) употреба недозвољених средстава борбе односно недозвољена производња, промет и држање оружја чија је употреба забрањена; 2) противправно убијање и рањавање непријатеља; 3) противправно одузимање ствари од убијених; 4) повреда парламентарара; 5) сурово поступање са рањеницима, болесницима и ратним заробљеницима; 6) неоправдано одлагање репатријације ратних заробљеника; 7) уништавање културних добара; 8) злоупотреба међународних знакова.

Од мноштва облика радњи извршења ратних злочина, у овом раду ће бити посебно обрађени ратни злочини против цивилног становништва, као најчешће примењиваних у пракси. Прописан је чланом 372. КЗ и има основни, тежи и два посебна облика.

Основни облик постоји када је уз кумулативно испуњење два услова предузета и нека од алтернативно постављених радњи извршења, без обзира на то да ли је радња наре-

²² Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 - испр., 107/05 - испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19.

²³ М. Шкулић *et. al.*, *op. cit.*, 160.

ђена да се предузме или је предузета. Кумулативни услови су: 1) радња коју предузима извршилац кривичног дела предузима на начин да крши правила међународног кривичног права; 2) и да постоји временска одредница, односно да је радња извршења предузета за време рата, оружаног сукоба или окупације.

Радња извршења кривичног дела постављена је алтернативно и то као:

1) извршавање напада на цивилно становништво, насеље, поједина цивилна лица, лица онеспособљена за борбу или на припаднике или објекте хуманитарних организација или мировних мисија; напад без избора циља којима се погађа цивилно становништво или цивилни објекти који су под посебном заштитом међународног права; напад на војне циљеве за који се знало да ће проузроковати страдање цивилног становништва или наношење штете цивилним објектима које је у очигледној несразмери са очекиваним војним учинком;

2) вршење према цивилном становништву телесних повреда, мучења, нечовечног поступања, биолошки или медицински или други научни експерименти, присилна стерилизација, узимање ткива или органа ради трансплантације или да се врше друге радње којима се нарушава здравље или наносе велике патње;

3) расељавање или пресељавање или присилно однародњавање или превођење у другу веру цивилног становништва;

4) присиљавање на трудноћу, проституцију или силовања;

5) примењивање мера застрашивања и терора, узимање талаца, колективно кажњавање, противправна лишавања слободе и затварања, лишавања права на правилно и непристрасно суђење, проглашење права и радњи држављана непријатељске стране забрањеним, суспендованим или недопуштеним у судском поступку, присиљавање на службу у оружаним снагама непријатељске силе или у њеној обавештајној служби или администрацији; присиљавање на службу у оружаним снагама лица млађег од 18 година, присиљавање на принудни рад, изгладњавање становништва, противправно одузимање, присвајање или уништавање имовине у великим размерама које није оправдано војним потребама, узимање противправне и несразмерно велике контрибуције и реквизиције, смањење вредности домаћег новца или противправно издавање новца.

Код овог облика ратних злочина је битно обележје објект извршења радње кривичног дела.

Тежи облик овог кривичног дела постоји када за време рата, оружаног сукоба или окупације долази до извршења убистава или наређења за вршења убистава према цивилном становништву. Временска одредница је битан елемент код овог облика вршења кривичног дела.

Посебан облик овог кривичног дела постоји у два облика. *Први посебан облик* постоји када извршилац овог кривичног дела, као окупатор нареди или изврши пресељење делова свог цивилног становништва на окупирану територију. Код овог облика кривичног дела је битно обележје место извршења кривичног дела, дакле ради се о територији која је окупирана и на којој окупатор има фактичку контролу. *Други посебан облик* постоји када извршилац прети да ће извршити једно или више дела која су садржана у прва два облика. Дакле, овде је радња извршења одређена као претња.

Код свих облика овог кривичног дела, пасивни субјект је цивилно становништво, које се тумачи као грађани, а не као припадници оружаних снага односно војске или полиције. Интересантно је приметити да се само код овог облика ратних злочина јавља облик

извршења сексуалног карактера. Временска одредница је битан елемент овог кривичног дела јер може бити извршена или за време рата, како грађанског тако и међународног, затим за време оружаног сукоба или за време окупације. Облик кривице под којим се може извршити ово кривично дело је умишљај и то директни, док се код неких облика ратни злочини могу извршити са евентуалним умишљајем. Казне прописане за ово кривично дело варира у зависности од облика. За основни облик овог кривичног дела кажњава се казном затвора од најмање 5 година, исто тако и за први посебни облик, док је за други посебан облик прописана казна затвора од 6 месеци до 5 година. За тежи облик овог кривичног дела прописана је казна затвора од најмање 10 година или доживотни затвор.²⁴

Такође, важно је напоменути да је исказ оштећеног као и сведока од великог значаја за вођење судског поступка и из тих разлога је заштита ових категорија лица потребна у појачаној мери. Као резултат оваквих тенденција, наше право познаје институт Службе за помоћ и подршку оштећеним и сведоцима у Вишем суду у Београду, како би им се пружила адекватна подршка и подстицај да се појаве на суђењу и дају одговарајући исказ без бриге од могуће одмазде и у циљу спречавања секундарне виктимизације.²⁵

6. ЗНАЧАЈ ЗАКОНА О ОРГАНИЗАЦИЈИ И НАДЛЕЖНОСТИ ДРЖАВНИХ ОРГАНА У ПОСТУПКУ ЗА РАТНЕ ЗЛОЧИНЕ

Последњих година у Србији се, поред још неких земаља, воде поступци за ратне злочине. Колоквијално и доста непрецизно се ратним злочинима називају сви облици извршења који су прописани у КЗ.

Доношењем Закона о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине 2003. године дошло је до оснивања Тужилаштва за ратне злочине и Већа за ратне злочине некада Округног (сада Вишег) суда у Београду, па се следствено томе повећавао и број поступака против учинилаца ових кривичних дела. Како су се окривљени али оштећени и сведоци налазили у другим државама, потешкоће за њихово присуство на суђењима је решено путем закључивања споразума између држава како би била остварена боља међународна сарадња. Сарадња се огледала како у олакшавању поступка екстрадиције, тако и у погледу размене доказа и других информација.²⁶

На седници Народне скупштине дана 9. фебруара 2023. године усвојен је сет правосудних закона, а између осталог и измене Закона о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине²⁷. Овим законом се пре свега уређује образовање, организација, надлежност и овлашћења државних органа и њихових организационих јединица ради откривања, кривичног гоњења и суђења за кривична дела одређена овим законом. Чланом 2. предметног закона прописано је да се примењује ради откривања, кривичног гоњења и суђења за кривична дела из члана 370. до 384. у која се сврставају и ратни злочини.

²⁴ М. Шкулић, *op. cit.*, 297–299.

²⁵ А. Борђевић, *Поступак за кривична дела ратних злочина у међународном и националном законодавству*, мастер рад, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2020, 77.

²⁶ М. Ђукић, "Резидуални механизам и национални стандарди у процесуирању ратних злочина", *Научни скуп са међународним учешћем "Право и друштвена стварност"*, Косовска Митровица, 2014, 491.

²⁷ Закон о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине, *Службени гласник РС*, бр. 67/03, 135/04, 61/05, 101/07, 104/09, 101/11- др. закон, 6/15 и 10/23.

У погледу вођења поступка, чланом 14а и 14б прописана су правила којима се уређује поступак суђења пред националим судовима. У члану 14а став 1. прописано је да, у случају да Међународни кривични суд за бившу Југославију, у складу са својом регулативом, уступи одређени предмет Републици Србији, Главни јавни тужилац ће предузети кривично гоњење на основу чињеница и доказа на којима се заснивала оптужба пред Међународним кривичним судом за бившу Југославију. Ставом 2. наведеног члана прописано је да Главни јавни тужилац *може* предузети кривично гоњење на основу података и доказа прикупљених од стране Тужиоца Међународног кривичног суда. Из овог става се може закључити да није нужно да Главни јавни тужилац предузме гоњење на основу чињеница и доказа који нису прикупљени од стране Републике Србије. У ставу 3. прописано је да се након уступања примењује домаће право.

Ставом 4. наведеног закона прописано је да се докази прикупљени или изведени од стране Међународног кривичног суда за бившу Југославију *могу* након уступања користити као докази у кривичном поступку пред домаћим судом. Такође, истим ставом прописано је да постојање или непостојање чињеница које се доказују тим доказима суд цени у складу са одредбама Законика о кривичном поступку.²⁸ Овде се чини да уколико би постојале сумње у доказе који су прикупљени или изведени пред Међународним кривичним судом могу да се не узму у обзир јер нису обавезујући за домаћи суд, што је јасно видљиво из наведене одредбе.

Када је реч о изменама, претходно важећи закон²⁹ је у члану 5. садржао одредбу која се односила на трајање мандата тужиоца за ратне злочине, у чијем ставу 3. и 4. је било прописано да му функција не престаје навршењем радног века, ако му није истекао мандат на који је изабран за Тужиоца за ратне злочине, као и да му у том случају функција престаје истеком мандата на који је изабран. Такође, брисан је и став 2. и 3. којима је регулисано поступање заменика Тужиоца за ратне злочине и трајање његовог упућивања. Садашње законско решење подразумева измењену одредбу из става 1. наведеног члана која гласи да приликом избора Главног јавног тужиоца, односно јавног тужиоца Јавног тужилаштва за ратне злочине предност имају кандидати који поседују потребна стручна знања и искуство у области кривичног права, међународног хуманитарног права и људских права.

7. ЗАКЉУЧАК

Услед великих губитака и људских жртава током рата пронађено је решење у виду доношења прописа којима би се обезбедила ефикасна заштита од непотребних разарања и наносења штете као и заштите жртава услед рата. Оно што је циљ међународног хуманитарног права јесте хуманизација рата. Кршењем прописа међународног хуманитарног права долази до остваривања ратних злочина. Прихватањем међународних конвенција национална законодавства инкорпорирају норме хуманитарног права у своје законе чинећи их тиме саставним делом домаћег права.

Оно што је најбитније јесте право жртве на задовољење правде, јер многе жртве су биле неадекватно саслушане, изложене притисцима јавности и секундарној виктими-

²⁸ Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/21 – одлука УС и 62/21 – одлука УС.

²⁹ Закон о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине, *Службени гласник РС*, бр. 67/03, 135/04, 61/05, 101/07, 104/09, 101/11- др. закон и 6/15.

зацији, из разлога што су многи медији, посебно у јавности истакнутим случајевима, тежили стварању сензационалистичких вести више него што су бринули о заштити жртава. Ако жртва није довољно заштићена током поступка, суд неће имати адекватну осуду за окривљеног. Следствено томе, уколико је пред судом недостатак доказа, неће моћи да спроведе поступак и осуди окривљеног.

ЛИТЕРАТУРА

- Аврамов С., "Међународно кривично право и Повеља УН", *Анали правног факултета у Београду*, година ХЛП, бр. 5, 1994.
- Димитријевић В., "Људско право на живот и физички интегритет", *Анали Правног факултета*, бр. 1, 1998.
- Ђорђевић А., *Поступак за кривична дела ратних злочина у међународном и националном законодавству*, мастер рад, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2020.
- Ђукић М., "Резидуални механизам и национални стандарди у процесуирању ратних злочина", *Научни скуп са међународним учешћем "Право и друштвена стварност"*, Косовска Митровица, 2014.
- Живковић М., *Ратни злочини против цивилног становништва*, мастер рад из међународног хуманитарног права, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008.
- Лопичић Ђ. Ј., *Ратни злочин против цивилног становништва из члана 142. КЗ СРЈ*, Београд, 1999.
- Мајлић М., "Ратни злочин у међународном кривичном праву", *Техничка књига*
- Милковић М., *Ратни злочини као повреда међународног хуманитарног права*, мастер рад из међународног хуманитарног права, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012.
- Шкулић М., *Међународно кривично право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2020.
- Шкулић М. *et al.*, *Ратни злочини и други основни институти међународног кривичног права*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, Београд, 2011.

* * *

*Dragana Milošević**

WAR CRIMES UNDER THE LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA WITH SPECIAL REFERENCE TO THE LAW ON THE ORGANIZATION AND COMPETENCE OF STATE BODIES IN THE PROCEDURE FOR WAR CRIMES

Summary

The paper will analyze the criminal offence of war crimes, with a special focus on one of its forms, the criminal offence of war crimes against the civilian population under the law of the Republic of Serbia. The development of war crimes against the civilian population throughout history both at the global level and in national law is explored. Also, the Article 372 of the Criminal Code, which prescribes war crime against the civilian population is analyzed. The importance of international conventions was discussed, starting from the incorporation of war crimes as a criminal offence into National legislation, the idea of humanizing war, to the establishment of the International Criminal Court. In connection with the topic of the paper, the Law on the Organization and Jurisdiction of State Bodies in War Crimes Proceedings is analyzed, with a brief review of the latest amendments in 2023.

Keywords: war crimes, civilian population, Criminal Code, international conventions, Law on the organization and jurisdiction of state bodies in war crimes proceedings

* PhD student, University of Belgrade - Faculty of Law, dragana_vip@yahoo.com.

Никола Гашпарић*

ЛЕГАЛИТЕТ И ЛЕГИТИМИТЕТ МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ СУДОВА

Апстракт: *Формирање међународног кривичног судства условљено је тежњом за институционализовањем међународног кривичног права. Област кривичног права спада у најосетљивији домен испољавања државног монопола силе. Зато је процес преношења надлежности у овој области на надржавни ниво комплексан процес, на који државе као носиоци суверенитета нерадо пристају. Да би се преношење надлежности извело на правно перфектан начин, неопходно је формираним судским телима обезбедити легалитет и легитимитет. Овај рад пружа историјски осврт на квалитативни степен легалитета и легитимитета *ad hoc* међународних кривичних судова, али и стални Међународног кривичног суда основаног Римским статутом. Напошетку, рад пружа увид и у могуће перспективе међународног кривичног судства.*

Кључне речи: *међународно кривично право, *ad hoc* трибунали, Римски статут, Стални Међународни кривични суд*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Понашања која се данас квалификују као кривична дела против човечности и других добара која се данас штите на међународном нивоу знатно су старија од њихове инкриминације. Може се рећи и да су инхерентна људском понашању од првобитних заједница и да представљају обележје свих фаза развоја човечанства.

Мислиоци који се сматрају класицима међународног права покушали су да учине прве кораке у правном дефинисању ових понашања чиме су ударили темеље њиховој инкриминацији. Од захтева да се рат може започети само ако постоји *justa causa* и водити у границама дозвољеног (*debitus modus*) у чему се већ називу извесне идеје о третману поражених и заштити становништва, па до Гроцијусових правила о тзв. "*temperamenta belli*" – еволуира сазнање о томе да је потребан један "наддржавни арбитар" који ће непослушне владаре и земље, применом санкција, подврћи обавези поштовања одређених заједничких вредности поретка.¹

Развој међународног кривичног правосуђа није линеаран процес. Сасвим супротно. Државе као носиоци суверенитета су невољне да предају своје државне прерогативе каква је судска улога наднационалним органима. Нарочито је то осетљиво у домену кривичне материје која представља срж репресивног државног механизма. Ако се томе дода

* Студент четврте године Правног факултета Универзитета у Београду, nikolagasparic28@gmail.com.

¹ З. Пајић, "Историјски коријени инкриминације злочина против човијечности", *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, 1/1988, 227.

надлежност *ratione materiae* која би прешла органу какав је стални Међународни кривични суд, а која обухвата најосетљивије заштитне објекте кривичног права уопште, примењује се да тај процес не носи само правне, већ и значајне политичке реперкусије.

Наведени разлози показују да је развој међународног кривичног правосуђа процес који најлакше добија на замаху у периодима после великих међународних криза и сукоба, нарочито ратова. Из чињенице да је општа историја човечанства у једној великој мери једна ратна историја, а да ратови неминовно производе и ратне злочине, те друга међународна кривична дела, произлази и доминантна веза важних историјских догађаја, нарочито ратних збивања, са конкретним случајевима међународног кривичног суђења. Историјско искуство јасно показује да је пресудан чинилац у оквирима релевантних историјских догађаја, а пре свега, ратне историје човечанства, била послератна подела на победнике и побеђене.²

Ово се историјски може поткрепити тиме што је управо после Другог светског рата дошло до формирања *ad hoc* трибунала у Нирнбергу и Токију. То су први институционални покушаји да се уобличи међународно кривично правосуђе. Они су били ограниченог домена примене, са доста правних недоследности, о чему ће бити више речи, али су први опипљиви резултат процесуирања најтежих кривичних дела против човечности. Из њихових институционалних грешака извучени су закључци што је јасно уочљиво у стварању сталног Међународног кривичног суда Римским статутом о оснивању Међународног кривичног суда (у даљем тексту Римски статут), макар у одређеним сегментима.

Римским статутом неће доћи до стварања посебног међународног кохерентног правосудног система, који би обухватио све оне елементе који данас постоје у националним правним оквирима, али то неће бити ни неопходно у погледу држава чланица Римског статута јер су с једне стране обавезне да у свом правном систему, сходно начелу комплементарности, имају све потребне кривичноправне инструменте предвиђене у Римском статуту, а с друге, национална кривична правосуђа су примарно надлежна, док тек под одређеним условима и супсидијарно, надлежност припада сталном Међународном кривичном суду³ (у даљем тексту СМКС). Решења Римског статута којим је створен овај суд требало би узети као референтну тачку не само приликом разматрања грешака учињених у стварањима претходних, *ad hoc* трибунала, већ и приликом проучавања савремених тенденција у развоју међународног кривичног правосуђа.

2. ЗАШТИТНИ ОБЈЕКАТ

Већ је поменуто да државе крајње невољно приступају конституисању међународног кривичног правосуђа. Ово је резултат тога што тај процес не носи само правне, већ и политичке консеквенце, а оне извиру из специфичне природе заштитног објекта. Тај заштитни објекат обухвата темељна и основна људска права која су паралелно кодификована и у међународним конвенцијама и у појединачним националним законодавствима.

На међународном плану, до закључивања низа мултилатералних међународних уговора којима се утврђују правила о забрани делатности којима се повређују или угрожавају добра за чију непосредну заштиту је заинтересована шира међународна заједница,

² М. Шкулић, *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022, 91.

³ *Ibid.*, 92.

долази тек у 19. веку – Женевска конвенција о побољшању судбине рањеника у рату на копну из 1864. године, Петроградска декларација из 1868, Бриселска декларација из 1874. и Женевска конвенција о рањеницима из 1864.⁴

Такође треба поменути Хашке конвенције, нарочито Четврту. Бројне одредбе Правилника 4. Хашке конвенције дају елементе за дефиницију међународног кривичног дела (термина који је знатно касније прихваћен у међународном праву). Нарочито одредбе којима се у условима рата ограничава употреба ратних средстава (чл. 21 и 22), начелно прописује поступање са ратним заробљеницима (чл. 4), налаже у условима окупације поштовање права на живот и приватну својину (чл. 46), изричито забрањује пљачка (чл. 47), штити јавна имовина (чл. 53, 55 и 56), забрањује убијање талаца (чл. 50).⁵ И Нирнбершке пресуде се, у својим образложењима, често позивају на цитиране инкриминације из Правилника, повезујући их са одговарајућим одредбама Статута Међународног војног суда у Нирнбергу.⁶

После Другог светског рата кључну улогу у кодификацији основних људских права имала је Организација Уједињених нација. Без обзира на своју правно необавезујућу природу Универзална Декларација УН о људским правима била је замајак систематског развоја међународног кривичног права јер је јасно уобличио заштитни објекат који се штити.

У српском Кривичном законуку 34. глава носи назив "Кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом". Језичким тумачењем назива ове главе кривичних дела закључује се да заштитни објект представљају човечност и друга добра заштићена међународним правом. Треба сматрати да у датом контексту појмови "човечност" и "друга добра заштићена међународним правом" означавају најважнија добра човека, као и основна права и слободе који су гарантовани одговарајућим међународним актима, чија правила представљају садржину међународног хуманитарног права и међународног ратног права.⁷

Пре Кривичног законика из 2006. године заштитни објект код ових кривичних дела је гласио "човечност и међународно право". Одређивањем новог назива је ближе одређен заштитни објект ове главе, јер не улазећи у расправу колико је човечност подобра да буде заштитни објект, она је ипак добро-вредност, па се може заштитити. Међународно право није добро-вредност већ грана права и као таква свакако није могућа као заштитни објект (као што нису могућа ни кривична дела против кривичног права).⁸

Законским описима већине кривичних дела из ове главе упућује се на примену правила међународног права, што овим кривичним делима даје (делимично) бланкетни карактер. Бланкетне диспозиције, које се уобичајено изражавају формулацијом "Ко кршећи правила међународног права" са једне стране омогућавају да се без измене закона уважава изражена динамика релевантних међународних правила и да се на тај начин обезбеди континуирана усаглашеност националног законодавства, али, са друге стране, додатно отежавају њихово тумачење, односно примену.⁹

⁴ Н. Делић, *Кривично право – Посебни део*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2023, 461.

⁵ З. Пајић, *op. cit.*, 232.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Н. Делић, *op. cit.*, 461.

⁸ Б. Ристивојевић, "Кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом", *Ревија за криминологију и кривично право*, 1/2005, 205.

⁹ Н. Делић, *op. cit.*, 462.

Акт који представља предмет примарног интересовања овог рада јесте Римски статут, статут сталног Међународног кривичног суда. Њиме је извршена одређена кодификација материје међународног кривичног права. Четири кривична дела предвиђена су Римским статутом: Геноцид, Злочини против човечности, Ратни злочини и Агресија.

Исправно дефинисање заштитног објекта је предуслов заштите општеприхваћених вредности и тековина бројних горенаведених мултилатералних конвенција. Јасно је да је ово питање високог политичког значаја па је јасан и отпор који се пружа стварању недвосмисленог и логички кохерентног кривичноправног оквира на међународном нивоу, што илуструју оскудни резултати Комисије за међународно право Уједињених нација.¹⁰

И поред спорних криминално-политичких питања, могло се бар у најважнијим сегментима створити једно кривично право у складу са највишим стандардима, које би тежило томе да буде синтеза најбољих упоредноправних решења. Није јасно због чега то није учињено. Као могућа објашњења могу се навести: остављање широког простора за остваривање политичких циљева, уважавање чињенице да саме државе уговорнице не желе прецизне норме које би биле сувише обавезујуће за њих, нужност компромисних решења која по правилу нису и најбоља решења, игнорантски однос према достигнућима кривичног права и др.¹¹ Сви ови, али и други разлози представљају често несавладиву препреку приликом суђења, али и извршења пресуда међународног кривичног правосуђа.

3. МЕЂУНАРОДНО КРИВИЧНО ПРАВОСУЂЕ ПРЕ СМКС

Као што је раније поменуто, развој међународног кривичног правосуђа није резултат велике и дугорочне политичке стратегије на међународном нивоу, већ је потреба за кажњавањем тешких кршења међународног хуманитарног и међународног ратног права могла да нађе свој пут ка реализацији тек након два исцрпљујућа светска рата који су представљали кулминацију синтезе анархије у међудржавним односима и високог степена војноиндустријског развоја.

Два трибунала која су утабала послератни развој међународног кривичног правосуђа јесу Нирнбершки и Токијски трибунал. Ови *ad hoc* трибунали који су основани након Другог светског рата били су судови који су испред победника у рату судили побеђенима, а касније се сматрало великим пропустом међународне заједнице да након суђења великим ратним злочинцима у Нирнбергу и Токију ти судови нису добили нову улогу, а то је улога једног сталног међународног кривичног суда. Иако до тога није дошло, ваља нагласити да је јудикатура тих судова знатно утицала на будући развој међународног хуманитарног, односно кривичног права.¹²

3.1. Међународни војни трибунал у Нирнбергу

Осмог августа 1945. СССР, САД, Уједињено Краљевство и Француска су као силе победнице Другог светског рата у Европи, закључиле у Лондону Споразум о кривичном гоњењу и кажњавању главних ратних злочинаца европских Сила осовине (*Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis*) којем

¹⁰ З. Стојановић, *Међународно кривично право*, Правна књига, Београд, 2017, 144.

¹¹ *Ibid.*, 145.

¹² М. Бабић, *Међународно кривично право*, Правни факултет у Бањој Луци, Бања Лука, 2021, 185.

је истовремено као анекс придодат и Статут Међународног војног трибунала (*Charter of the International Military Tribunal*).¹³

На основу овог можемо закључити да је само оснивање Међународног Војног Трибунала у Нирнбергу (МВТН) изведено на легалан начин. Да ли је он био и легитиман? С обзиром да су земље потписнице чиниле окосницу антихитлеровске коалиције а да је Лондонски споразум био отвореног типа те да му се придружило још деветнаест држава,¹⁴ може се извести закључак да је Нирнбершки трибунал остварио капацитет легитимитета у мери у којој је то било могуће у околностима непосредно завршеног рата.

Оно што се спочитава у кривичноправној теорији МВТН јесте повреда принципа *fair trial* јер се суђење одвијало у форми адверзијалног поступка. Заступници оптужених нису могли, ненавикнути на англосаксонски тип поступка, адекватно да припреме одбрану.¹⁵ Такође, оптужба је на располагању имала државне, бирократске апарате који су могли лако да систематизују обиман доказни материјал, што одбрани опет није било на располагању.

Такође, оно што би се могло замерити МВТН јесте одступање од једног од фундаменталних постулата кривичног права – начела законитости – *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Ово због тога што бројна међународна кривична дела нису инкриминисана раније, а оптуженицима је суђено за њихово кршење. Правни резон који је говорио у прилог оваквом решењу и који треба узети у обзир јесте да тежина тих кривичних дела крши људско достојанство у толикој мери да је оправдано одступити и од начела законитости. Кривичноправни проблеми су се испојили у неколико веома значајних области:

1. Неки од оптужених су гоњени за злочин против мира, односно агресију, али она није била дефинисана као противправна радња коју може да изврши физичко лице,
2. Ратни злочини који су и били инкриминисани Хашком конвенцијом из 1907. нису били имали прописане казне,
3. Злочин против човечности није био прописан као посебно кривично дело, па није постојала ни формална могућност да буде предвиђена казна.¹⁶

3.2. Међународни војни трибунал за Далеки Исток

Колоквијални назив овог суда је Токијски трибунал. Правни резон стварања овог трибунала било је раздвајање суђења јапанским високим дужносницима од суђења руководећим физичким лицима европског дела Сила осовине. Постојало је и незанемарљиво интересовање америчке јавности за оснивање овог трибунала с обзиром на висок степен окрутности јапанских војника према америчким ратним заробљеницима, што је била последица јапанских културолошких специфичности.¹⁷

За питање легалитета и легитимитета суда, што је од примарног интересовања за предмет овог рада, најзначајнији је начин успостављања овог суда. За разлику од МВТН,

¹³ А. Шкундрић, *Надлежност Међународних кривичних судова и трибунала*, мастер рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021, 7.

¹⁴ *Ibid.*, 9.

¹⁵ М. Шкулић, *op. cit.*, 111.

¹⁶ *Ibid.*, 21.

¹⁷ *Ibid.*, 190.

Токијски трибунал основан је Прокламацијом америчког генерала Дагласа МекАртура из 1946. године.¹⁸

Јасно је да је овакав избор начина конституисања обезбедио знатно нижи степен легалитета од мултилатералног међународног уговора. Треба, међутим, приметити и да делатност овог Трибунала привлачи знатно мање стручне позорности од рада МВТН¹⁹ те да се при анализи његовог рада углавном извлачи свентуална *differentia specifica* у односу на МВТН.

4. ХАШКИ ТРИБУНАЛ

Како се Хладни рат приводио крају, долази до интензивирања рада у правцу израде нацрта прописа којима би био установљен стални међународни кривични суд. Међутим, пре него што је тај посао окончан и доиста основан стални међународни кривични суд, дошло је до оснивања два *ad hoc* међународна кривична трибунала: за бившу Југославију и за Руанду.²⁰

Савет Безбедности Уједињених нација је 25. маја 1993. године донео одлуку која представља преседан у историји тог органа: својом резолуцијом 827 одлучио је да установи посебан судски орган УН са задатком да кривично гони особе за које се претпоставља да су учиниле тешке повреде међународног хуманитарног права током оружаних сукоба на територији бивше СФРЈ.²¹ Истом одлуком донет је и Статут Хашког трибунала.²²

Заправо, СБ УН је већ резолуцијом 808, њеним оперативним делом наложио оснивање једног таквог суда и поднео захтев Генералном секретару УН да што пре, а по могућности у року од највише 60 дана по усвајању ове Резолуције поднесе извештај о свим аспектима овог питања, укључујући и конкретне предлоге, а где је то могуће, и опције за ефикасно и брзо спровођење одлуке Савета Безбедности УН.²³

Овакав начин и правни основ оснивања представља оштар заокрет у односу на *ad hoc* претече и вредно је на моменат запитати се зашто је изабран овако "драстичан" начин оснивања. За разлику од класичног међународног права које је на пиједестал стављало интересе појединачних држава као конституената међународног поретка, УН су као организације имале "Павловљев рефлекс" од понављања глобалног конфликта какав је Други светски рат и зато је у фокусу било очување међународног поретка као глобалитета.

Поједини теоретичари сматрају да су, управо из тог разлога, Савету Безбедности дата "чудовишна овлашћења"²⁴ (првенствено прибегавање сили у одвраћању од агресије, а у општечовечанском интересу).²⁵ Кључно питање је да ли овлашћење из Главе VII Повеље ОУН да "констатује постојање претње миру, нарушења мира или агресије и препоручи или одлучи које ће мере бити предузете, сагласно чл. 41 (мере принуде које немају војни

¹⁸ М. Бабић, *op. cit.*, 190.

¹⁹ *Ibid.*, 191.

²⁰ А. Шкундрић, *op. cit.* 26.

²¹ К. Обрадовић, "О правној основи конституисања *Ad Hoc* Међународног кривичног суда за бившу Југославију", *Гласник Адвокатске Коморе Војводине*, 10/1994, 3.

²² Н. Раичевић, "Оснивање, организација и надлежност међународних *Ad Hoc* кривичних трибунала", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Правни факултет Универзитета у Нишу, 42/2002, 354.

²³ М. Палевић, *Ad Hoc кривични Трибунал за бившу Југославију*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2000, 30.

²⁴ К. Обрадовић, *op. cit.*, 11.

²⁵ *Ibid.*, 10.

карактер) или 42. (мере оружане силе) како би одржали или поново успоставили међународни мир и безбедност²⁶ даје овлашћење за успостављање судских тела.

У делу теорије као аргумент *contra* оснивања Хашког трибунала истиче се *argumentum nullum forum sine lege*²⁷ међутим, још је Нирнбершки суд у диспозитиву пресуде одбацио приговор да се појединцима суди *ex post facto*, позвавши се на начело правичности те утврдивши његов примат.²⁸ Апологија оснивања Хашког трибунала иде чак до тврдње да је казнена интервенција незаобилазан и можда и најзначајнији пут да се заштите мир и безбедност човечанства пред растућим претњама ратом.²⁹

У материјалном смислу Хашком трибуналу се може замерити да се већина од 34 одредбе његовог Статута бави организационим питањима док су кривичноправне регуле остале на нивоу рудиментарности. Еклатантан пример недопустиве арбитрарности и правне неуређености најбоље се читава у непостојању општег дела кривичног права.³⁰ Уместо тога позива се на "опште правне принципе признате од свих нација" при чему је очигледно да таква унисоност принципа не постоји ни код елементарних института, каква је старосна граница деликтне способности, а треба указати и на неспроводивост директне имплементације правних принципа.³¹ Не само што је СБ УН приликом оснивања сам себи приписао непостојећу законодавну надлежност, него је и њен део пренео на тужиоца како би он сам себи прописивао правила по којима ће поступати.³²

Повређена су сва три основна принципа кривичног права:

1. *Nullum crimen sine lege* – одсуство Општег дела и повреда *lex certa* у Посебном делу,
2. *Nullum poena sine lege* – коришћен је систем апсолутно неодређених казни,
3. *Nullum crimen sine culpa* – непостојање општих услова за кривичну одговорност, као и увођење претпоставке виности код командне одговорности.³³

У формалном смислу, легалитет Хашког трибунала је дакле окрњен приликом његовог оснивања. Судска власт представља једну од три гране власти у свакој демократској држави, у већини држава чланица УН она представља и уставну категорију и спада у најосетљивије прерогативе испољавања државних атрибута. Уговорни карактер судова у међународној заједници, је претпоставка да они неће бити под контролом једне државе, или пак групе држава, него независни и објективни форуми.³⁴ У том смислу, стварање правосудног органа у склопу принудних мера излази из оквира и најширег тумачења текста Повеље УН, сагласно правилима о тумачењу уговора по Бечкој конвенцији из 1969. године.³⁵

Резолуцијом бр. 827 СБ је, вршећи своју непостојећу законодавну надлежност, суспендовао примену Женевских конвенција од 12. августа 1949. са додатним протоколима,

²⁶ *Ibid.*, 11.

²⁷ М. Милојевић, "Неки правни проблеми међународног кривичног судства", *Анали Правног факултета*, 1-2/1994, 155–156.

²⁸ К. Обрадовић, *op. cit.*, 15.

²⁹ М. Палевић, *op. cit.*, 42.

³⁰ З. Стојановић, "Ad Hoc Трибунал за бившу Југославију и међународно кривично право", *Право-теорија и пракса*, 1/1999, 9.

³¹ *Ibid.*, 10.

³² К. Чавошки, *Хаг против правде*, ИКП "Никола Пашић", Београд, 1998, 27.

³³ *Ibid.*, 10.

³⁴ С. Аврамов, "Међународно кривично право и Повеља УН", *Анали Правног факултета*, 5/1994, 490.

³⁵ М. Палевић, *op. cit.*, 48

као и Конвенцију о спречавању и кажњавању злочина геноцида од 9. децембра 1948, које надлежност за суђење поверавају националним судовима, тако што је за злочине учињене на територији бивше Југославије успоставио првенствену надлежност међународног суда која укида надлежност националних судова. Поставља се питање у име ког начела СБ може суспендовати, па и мењати међународне уговоре легислативног карактера.³⁶

Са друге стране, у прилог МКТЈ говори теза да ни у једној држави насталој на простору бивше СФРЈ није постојало расположење за процесуирање ратних злочина.³⁷ Сматрамо међутим да треба оспорити овај аргумент јер није тај наддржавни арбитар (у датом случају СБ УН) индиферентан од политичких конституената, а то су државе чланице, већ се интерес правичности подређује њиховом политичком компромису. У прилог овој тези иде констатација да "овакви органи (помоћни органи СБ УН), по самој природи нису независни и не делују аутономно, већ строго по упутствима и у оквиру повереног им мандата".³⁸ СБ УН нема законодавна овлашћења, поготово не да оснива судове, нити се та творевина која ће проizaћи из поменуте Резолуције може сматрати у правом смислу речи судском институцијом.³⁹

"Питање легалности постављено је пред самим Хашким трибуналом и саме судије су позитивно одговориле на њега.⁴⁰ Супротно би било и нелогично, обзиром да су судиле у сопственој ствари, супротно начелу *Nemo iudex in causa sua*.

Слободни смо закључити да све изнесене правне нелогичности и (случајне или намерне) статутарне недоречености у случају МКТЈ извиру из начина његовог оснивања. Екстензивно тумачење, а суштински злоупотреба у политичке сврхе, Главе VII Повеље УН потврда су да *Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*. Оснивање Трибунала, макар он и не претендовао на излагање из *ad hoc* оквира, као помоћног органа политичке организације (супротно *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*), уз нераздвајање тужилаштва од судских већа и без поштовања елементарних (горенаведених) правних принципа у зачетку су поништили могућност дељења правде и кажњавања злочинаца.

5. ДРУГИ AD HOC МЕЂУНАРОДНИ КРИВИЧНИ ТРИБУНАЛИ

Као "правни пандан" и нека врста "брата близанца" МКТ за некадашњу СФРЈ (Хашки трибунал) помиње се Међународни кривични трибунал за Руанду основан 1994. године.⁴¹ Основан је на идентичан начин као Хашки трибунал, Резолуцијом Савета Безбедности 955 из 1994. године.⁴² Стога му се могу спочитати исте замерке у погледу легалитета и легитимитета. Дубоко укоревену симетричност два трибунала илустроваћемо куриозитетом да је према првобитном члану 15. Статута тужилац Трибунала за бившу Југославију такође служио и као тужилац овог Трибунала, те да су и остали прописи идентични, укључујући и Правила о поступку и доказима.⁴³

³⁶ К. Чавошки, *op. cit.*, 25.

³⁷ В. Димитријевић, *Хашке недоумице-познато и непознато о Кривичном Трибуналу за бившу Југославију*, Београдски центар за људска права, Београд, 2010, 17.

³⁸ С. Аврамов, *op. cit.*, 490.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ М. Шкулић, *op. cit.*, 125.

⁴¹ *Ibid.*, 137.

⁴² V. Đ. Degan, B. Pavišić, *Međunarodno kazneno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2005, 425.

⁴³ *Ibid.*, 426.

У облике међународних *ad hoc* Трибунала спада и Специјални кривични суд за Сијера Леоне. *Nota bene*, овај трибунал је настао споразумом Сијера Леонеа и УН на седници СБ УН⁴⁴ 2002, што, чак и када бисмо претпоставили да се на односну државу врши политички притисак у неком виду, представља Суд са знатно вишим степеном легалитета и легитимитета у односу на претходно поменути два, те Суд основан у складу са темељним међународноправним постулатима о преносу надлежности на наднационалне органе.

Треба напоследку споменути и оснивање "посебног судског већа за Косово", формирано одлукама Европске уније, као и споразумом ЕУ и власти квазидржаве Косово, која је на темељу тога 2015. усвојила измене устава своје квазидржаве.⁴⁵

6. СТАЛНИ МЕЂУНАРОДНИ КРИВИЧНИ СУД КАО РАСКРСНИЦА МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВОСУЂА

Повезаност политике и међународног кривичног права је таква да се на основу те везе може претпоставити када ће ова грана права добити замаха, а када ће бити спутана. Границе слободе институција међународног правосуђа су у тако тесној вези са политичком стварношћу, да се може рећи да су јој подређене. Наведене границе се померају са померањем равнотеже политичке односно војне моћи.⁴⁶

Као што је установљено на почетку рада, развој међународног кривичног права није линеаран, већ процес који зависи од осцилација геополитичког клатна, те се на основу његових замаха може и предвидети. Завршетком Хладног рата дошло је до ревитализације тежње за стварањем једног суда који би био сталне, а не *ad hoc* природе. У прилог тези да је био неопходан политички моментум високе сагласности поновићемо један врло једноставан аргумент процесне природе: Савет Безбедности УН нема надлежност да на основу Главе VII Повеље УН установи стално судско тело, и то резолуцијом која би обавезивала све чланице УН.⁴⁷

Најприроднији и најлогичнији начин формирања сталног Међународног кривичног суда био је потписивањем што је могуће ширег, отвореног мултилатералног међудржавног споразума. Радови на томе (у току Хладног рата прекинути 1954. године) интензивирани су деведесетих година XX века,⁴⁸ да би 1998. године, с обзиром на потребу да се прекине несигурност *ad hoc* трибунала и да се створи темељ који ће мање зависити од случаја, били окончани на Римској дипломатској конференцији потписивањем Римског статута.⁴⁹

С обзиром на природу правила међународног кривичног права у материјалном смислу, његови формални извори се поклапају са изворима перемпторних норми општег међународног права (*ius cogens*) тј. обухватају свеопште мултилатералне уговоре и универзалне обичаје, а универзални обичаји, због својих инхерентних слабости, а посебно у светлу начела законитости, нису идеални извор међународног кривичног права.⁵⁰ Остају,

⁴⁴ М. Шкулић, *op. cit.*, 137.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Б. Ристивојевић, "Утицај политике на развој и уобличавање МКП", *Анали Правног факултета*, 1/2011, 219.

⁴⁷ V. Đ. Degan, *op. cit.* 429.

⁴⁸ А. Шкундрић, *op. cit.* 63.

⁴⁹ А. Eser, "Na putu k međunarodnom kaznenom sudu: Nastanak i temeljne crte Rimskog statute", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 1/2003, 138.

⁵⁰ М. Крећа, *op. cit.* 677.

дакле, од извора побројаних у члану 38. Статута Међународног суда правде мултилатерални уговори као оптималан начин конституисања СМКС.

При оцени легитимитета СМКС треба направити критичку дистанцу према неутемељеним (мада разумљивим) захтевима јавног мњења у погледу функције међународних кривичних судова. Судска пресуда не може обухватити историјску истину у њеном тоталитету. Овде треба јасно повући дистинкцију између судије и историчара. Судије немају неограничено време за историјска истраживања, а њихова *res* мора што пре постати *judicata*.⁵¹ Ако би се границе правно релевантног прошириле у мери у којој је задовољен латерални видокруг историчара, предмет судске расправе постала би материја која захтева сложене и спорне интерпретације којима је тешко доделити *imprimatur* правоснажности.⁵²

Да би се неки судски орган могао окарактерисати као међународни кривични суд потребно је да задовољи следеће услове:

1. Стварање на темељу међународног права,
2. Примена искључиво (или претежно) правила међународног права,
3. Састав мора бити међународни,
4. Надлежност за кривични прогон и кажњавање учинилаца међународних кривичних дела.⁵³

Пошто смо већ констатовали исправност правног основа конституисања СМКС осврнућемо се и на формалне изворе који су дефинисани чланом 21 Римског статута:

- а) прво, Статут, Елементе кривичних дела и Правила о поступку и доказивању,
- б) друго, када је то примерено, одговарајуће међународне уговоре и начела и правила међународног уговорног права, укључујући и утврђена међународноправна начела оружаног сукоба,

в) уколико то није у стању, општа правна начела која Суд изводи из домаћих правних поредака укључујући, када је то примерено, домаће законе држава које би у нормалним околностима биле надлежне за то кривично дело под условом да та начела нису несагласна са Статутом и међународним правом и међународно признатим нормама и стандардима.⁵⁴

Могло би се рећи да Статут СМКС у основи садржи три главна извора општег међународног права: међународне уговоре, обичајна правна правила које одређује као "начела и правила међународног уговорног права" и општа правна начела из трећег става, чиме подражава чл. 38 Статута Међународног суда правде.⁵⁵

Велика предност у самом зачетку рада СМКС јесте његова правна природа, а то је форма самосталне организације. На тај начин он је способан да иступа као међународно правно лице (чл. 3)⁵⁶ и да на тај начин, у границама своје правне способности, ступа у

⁵¹ М. Дамашка, "Pravi ciljevi međunarodnog kaznenog pravosuđa", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 1/2008, 17.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Д. Јовашевић, "Међународно кривично правосуђе – између права, правде, помирења и права жртава", *Међународни проблеми*, 4/2011, 537.

⁵⁴ Џ. Р. В. Д. Џоунс, С. Паулс, *Међународна кривична пракса*, Фонд за хуманитарно право, Београд, 2005, 870.

⁵⁵ М. Крећа, *op. cit.*, 680.

⁵⁶ Џ. Р. В. Д. Џоунс, С. Паулс, *op. cit.* 860.

односе са другим државама, али и са УН (што је експлицитно предвиђено у чл. 2).⁵⁷ Ово је квалитативна предност у односу на *ad hoc* трибунале. Такође, тиме што му је надлежност *ratione materiae* шира од *ad hoc* судова избегава се и приговор селективне правде.

Још једна *differentia specifica* у односу на *ad hoc* трибунале јесте принцип комплементарности као контекстуални оквир рада Суда. Предност је дата вођењу поступка пред домаћим судовима, те ако је надлежна држава спровела истрагу и кривични поступак у погледу конкретног кривичног дела, Суд неће успостављати надлежност. Међутим, уколико Суд утврди да надлежна држава није у могућности или није одлучна да преузме одговарајуће процесне радње, огласиће се надлежним.⁵⁸

7. ИЗАЗОВИ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДСТВА У XXI ВЕКУ

Када смо говорили о предностима сталног Међународног кривичног суда у односу на његове претходнике, истакли смо неколико њих. То су, пре свега, виши степен легалитета, јасније уређени формални извори и комплементарност у спровођењу надлежности у односу на државе потписнице. Неопходно је, пак, истаћи да постоје значајни проблеми с којима се СМКС суочава.

Основни приговор том облику међународног кривичног правосуђа је био да велике силе, као што су пре свега САД, али и Русија и Кина, нису приступиле Римском статуту, а неке од њих, попут САД, су једно време чак веома активно деловале у правцу онемогућавања да се било када било који амерички држављанин, пре свега припадници војске, нађе пред међународним судом.⁵⁹

Оптимизам не улива чињеница да водеће силе нису приступиле Римском статуту, већ и неспремност држава које су међу првима ратификовале Римски статут да остану доследне у спровођењу Римског статута и онда када као потенцијални оптужени фигурирају њихови војници и официри.⁶⁰

Још једна мрља на СМКС јесте контроверза у вези са иницијалном (не)инкриминацијом агресије у поретку Римског статута. Према договору који је претходио потписивању Римског статута, дело агресије биће уврштено у круг кривичних дела која ће спадаати у стварну надлежност будућег међународног кривичног суда. Међутим, у самом статуту будућег суда неће одмах бити дата дефиниција овог кривичног дела.⁶¹ Дакле, агресија је била предвиђена као кривично дело "спавач".

Резолуцијом из Кампале из 2010. године додата је дефиниција кривичног дела агресије.⁶² Међутим, без обзира на накнадно дефинисање кривичног дела агресије као кривичног међународног кривичног дела против мира, без ратификације од стране водећих сила неће бити гаранције за извршење правде над потенцијалним виновницима. Макси-

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Б. Тубић, С. Радојчић, "Најважнија отворена питања успостављања надлежности међународног кривичног суда", *Liber amicorum prof.dr Milenko Kreća*, Удружење за међународно кривично право, Београд, 2020, 225.

⁵⁹ М. Шкулић, *op. cit.*, 145.

⁶⁰ *Ibid.*, 144.

⁶¹ А. Шкундрић, *Агресија као злочин против мира*, мастер рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022, 55.

⁶² М. Шкулић, *op. cit.*, 284.

мум који СМКС у садашњим оквирима може да пружи јесте да процесуира званичнике мање утицајних држава.

У том светлу, веома је индикативна и илустративна изјава председника САД Џоа Бајдена који је изјавио да је јасно да је руски председник Владимир Путин одговоран за ратне злочине и оценио да је одлука Међународног кривичног суда (СМКС) да се изда налог за хапшење председника Русије била оправдана.⁶³ Ово је недвосмислена опомена да то што један значајан актер међународне политичке сцене не признаје СМКС, не значи да се истовремено неће њиме служити као инструментом сопствених политичких циљева. *Quod licet Iovi, non licet bovi.*

Све су ово проблеми на која ће будућност дати одговор. Зато улогу СМКС не треба преувеличавати, већ је сврстати у оквир проучавања еволуције међународног кривичног судства које није окончано, и као и у досадашњем ходу човечанства, није линеарно.

ЛИТЕРАТУРА

- Аврамов С., "Међународно кривично право и Повеља УН", *Анали Правног факултета*, 5/1994.
- Бабић М., Међународно кривично право, Правни факултет у Бањој Луци, Бања Лука, 2021.
- Данашка М., "Pravi ciljevi međunarodnog kaznenog pravoduda", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 1/2008.
- Degan V. Đ., Pavišić B., *Međunarodno kazneno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2005 Делић Наташа, Кривично право-Посебни део, Правни факултет, Београд, 2023.
- Димитријевић Војин, *Хапше недоумице-познато и непознато о Кривичном Трибуналу за бившу Југославију*, Београдски центар за људска права, 2010.
- A. Eser, "Na putu k međunarodnom kaznenom sudu: Nastanak i temeljne crte Rimskog statute", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 1/2003.
- Крећа М., *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022.
- Милојевић Момир, "Неки правни проблеми међународног кривичног судства", *Анали Правног факултета*, 1-2/1994.
- Обрадовић К., "О правној основи конституисања *Ad Hoc* Међународног кривичног суда за бившу Југославију", *Гласник Адвокатске Коморе Војводине*, 10/1994.
- Пајић Зоран, "Историјски коријени инкриминације злочина против човијечности", *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, 1/1988.
- Палевић М., *Ad Hoc кривични Трибунал за бившу Југославију*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2000.
- Ристивојевић Б., "Кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом", *Ревизја за криминологију и кривично право*, 1/2005.
- Ристивојевић Б., "Утицај политике на развој и уобличавање МКП", *Анали Правног факултета*, 1/2011.
- Стојановић З., *Међународно кривично право*, Правна књига, Београд, 2017.
- Чавошки К., *Хаг против правде*, ИКП "Никола Пашић", Београд, 1998.
- Шкулић М., *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022.
- Шкундрић А., *Надлежност Међународних кривичних судова и трибунала*, мастер рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021.
- Шкундрић А., *Агресија као злочин против мира*, мастер рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022.

* * *

⁶³ Бајден сматра да су оптужбе за ратне злочине против Путина оправдане, <https://www.politika.rs/scclan/nak/543346/Bajden-smatra-da-su-optuzbe-za-ratne-zlocine-protiv-Putina-opravnane>, 27. 4. 2023.

Nikola Gašparić*

LEGALITY AND LEGITIMACY OF INTERNATIONAL CRIMINAL COURTS

Summary

Forming the international criminal judiciary was conditioned by tendency to institutionalize international criminal law. The field of criminal law is one of the most sensitive areas of state power monopoly. Therefore, process of jurisdiction transfer is very complex and states do it unwillingly. To do this lawfully, it is necessary for international criminal courts to possess both legality and legitimacy. This essay tends to enlighten legality and legitimacy of both Ad Hoc Tribunals and International Criminal Court. It also guides into some possible perspectives of international criminal judiciary.

Keywords: International criminal law, ad hoc Tribunals, Rome Statute, International Criminal Court.

* Fourth year undergraduate-student, University of Belgrade, Faculty of Law, nikolagasparic28@gmail.com.

Марица Мићић*

ЈЕМСТВО У СЈЕДИЊЕНИМ АМЕРИЧКИМ ДРЖАВАМА СА ОСВРТОМ НА ТРЕНДОВЕ РЕФОРМИ ЈЕМСТВА

***Апстракт:** Једно од основних људских права јесте право на слободу. Као такво оно не може бити неограничено, већ је неопходно тачно дефинисати његова ограничења. Као једно ограничење јавља се притвор, а како би се он избегао може се супституисати јемством. Јемство у Сједињеним Америчким Државама је институт који има дугу традицију, али исто тако постоји доста критика које му се приписују. Полазећи првенствено од финансијског аспекта, а касније узимајући у обзир и остале негативне стране увиђамо да је оправдано то што се у последње време све чешиће покреће тема да је неопходно извршити реформе јемства. Кроз рад је објашњено пар института који су уведени како би се користили упоредно са јемством, са циљем да се јемство укине или макар делимично замени.*

***Кључне речи:** јемство, реформа, притвор, Сједињене Америчке Државе.*

1. УВОД

Једно од основних зајемчених људских права јесте право на слободу. Ово се може видети у Декларацији о независности Сједињених Америчких Држава где се наводи да људи имају нека од неотуђивих права, међу којима јесу право на живот, слободу и срећу. Како би се нагласила његова важност ово право се дефинише и у Уставу. Овако постављена могла би се тумачити доста широко, али не треба заборавити да ничија слобода не може бити неограничена, па у том смислу и Устав Републике Србије дефинише да свако има право на личну слободу и безбедност, а да је лишење слободе допуштено само из разлога и у поступку који су предвиђени законом.¹ Као што видимо, слобода постоји све до оног момента када ју је неопходно, на основу закона ограничити. У кривичном поступку до ограничења слободе кретања лица може доћи из законом предвиђених разлога, који могу бити различити у зависности која држава је у питању. Тада се заправо ради о најтежој мери обезбеђења присуства окривљеног и несметано вођење кривичног поступка, односно о притвору. У том смислу, српски Законик о кривичном поступку² као разлоге за одређивање притвора предвиђа када је то неопходно за обезбеђење присуства окривљеног, спречавање доказне опструкције, из превентивних разлога

* Студент треће године основних академских студија, Правни факултет Универзитета у Београду, maricamic001@gmail.com.

¹ Чл. 27, ст. 1, Устав Републике Србије – *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

² Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – ослука УС и 62/2021 – ослука УС.

или ради спречавања ометања кривичног поступка због тежине кривичног дела.³ Са малим разликама, слични разлози су превиђени и у законодавству Сједињених Америчких Држава. Такође, пре него што ова мера буде изречена, треба подробно размотрити да ли ће се исти циљ постићи изрицањем блаже мере, где заправо постоји и обавеза да се увек изрекне блажа мера или да се по службеној дужности тежа мера замени блажом.⁴ Као једна од блажих мера може се поставити јемство.

Јемство је институт који већ дуго постоји и као такав прилагођавао се сваком законодавству. У овом раду највећи фокус је стављен на јемство у Сједињеним Америчким Државама, и то уопштено, а не за сваку државу појединачно. Иако има дугу традицију, у раду су највише наглашене његове негативне стране које не могу да се занемаре, како због њиховог негативног утицаја на окривљене, тако и због чињенице да нису неотклоњиве. Баш због тога се фокусирамо и на реформе јемства које су почеле да се јављају средином прошлог века, а последње деценије су постале све учесталије. Оне, иако не савршене, успевају да адресују одређене мане јемства и макар делимично их отклањају. Неке су у томе успешније од других, што ће детаљније бити објашњено касније.

2. ЈЕМСТВО И ЊЕГОВА СВРХА

Главна дужност окривљеног током поступка јесте његова доступност, односно да се током трајања кривичног поступка не скрива и не бежи, те одазива на позиве органа поступка. Са обзиром да се не може очекивати од сваког окривљеног да поштује ове дужности, постоје различите мере за обезбеђење присуства окривљеног и несметано вођење кривичног поступка. Њих има доста и тачан број и облик зависе од националног законодавства, али оно што је карактеристично за све јесте начело да ће се увек тежити коришћењу блаже, а не теже мере.⁵ Две мере које иду руку под руку јесу јемство и притвор. Притвор као најтежа мера обезбеђења подразумева одузимање слободе кретања и као оваква требало би да се практикује једино када је то заиста неопходно. Као супституција притвору јавља се јемство, односно полагање одређеног новчаног или стварног обезбеђења у замену да окривљени који треба да буде стављен у притвор остане на слободи (претходна супституција притвору) или, који је већ у притвору, да буде пуштен на слободу (накнадна супституција притвору).⁶ Ова средства полаже сам окривљени или њему блиска лица, а касније у раду ће бити објашњена и улога професионалних јемаца.

Јемство, иако не ограничава слободу кретања окривљеног, ипак му даје подстицај се не скрива и не бежи. То се остварује тако што јемство које је положено, у случају да се он скрива или бежи бива одузето у корист државе. Такође, окривљеном се у том случају уместо јемства одређује притвор како би се сигурно обезбедило његово присуство током поступка.⁷ У Сједињеним Америчким Државама постоје и такозвани ловци на главе, односно професионални јемци који у случају да окривљени бежи или се скрива имају исте

³ М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2020¹², 146–147.

⁴ *Ibid.*, 136.

⁵ *Ibid.*, 135–136.

⁶ *Ibid.*, 142.

⁷ *Ibid.*, 144.

могућности привођења и хватања одбеглог окривљеног као и полиција. Тиме се додатно подстиче окривљени да, не само због финансијских аспеката, поштује јемство.⁸

3. ЈЕМСТВО У СЈЕДИЊЕНИМ АМЕРИЧКИМ ДРЖАВАМА И ЊЕГОВЕ НЕГАТИВНЕ СТРАНЕ

Према Уставу Сједињених Америчких Држава не постоји изричита правна норма којом се гарантује јемство, али према осмом амандману се уводи забрана превеликог јемства,⁹ због чега се овај амандман често тумачи као Уставно право грађана на јемство.¹⁰ Иако се јемство примењује као правило, док се притвор сматра изузетком од правила, оно није неограничено.¹¹ Прво ограничење се односи на врсту кривичног дела за које се поставља јемство, где постоји правило да ће јемство бити дозвољено у свим случајевима осим уколико се ради о капиталним кривичним делима,¹² као и када се ради о случајевима тешких сексуалних кривичних дела чија су жртва деца.¹³ Друго ограничење се односи на самог окривљеног, односно да ли он представља опасност по јавност или постоји опасност да неће присуствовати суђењу, односно да ће побећи или се скривати.¹⁴ Такође, у појединим случајевима, ако је извесно или вероватно да су новчана средства окривљеног који би дао јемство проистекла из нелегалних извора, јемство се може одбити, јер се сматра да постоји мала вероватноћа да ће такво јемство бити довољна гаранција да окривљени неће побећи.¹⁵

Јемство је карактеристично за кривични поступак Сједињених Америчких Држава, како због мере обезбеђења присуства окривљеног, тако и због његовог изразито адвер-

⁸ М. Шкулић, "Значај и домет јемства у кривичном поступку", *Унификација права и правна сигурност* (ур. Ј. Перовић Вујачић), Копачичка школа природног права – Слободан Перовић, Том I, Београд, 2020, 560.

⁹ Како Шкулић наводи, ово је уведено ради заштите сиромашних грађана: *ibid.*, 553. Ово може бити доведено у питање, јер Врховни суд је на становишту да се јемство не може сматрати прекомерним због чињенице да окривљени није у стању да плати изречени износ: D. Hall, *Criminal law and procedure*, Lawyers Co-operative Publishing & Delmar Publishers, New York, 2009⁵, 445. Овим увиђамо да се јемство баш и не прилагођава материјалном стању окривљеног, јер у супротном висина јемства би се ускладила према његовим материјалним способностима. Опет, са друге стране, превагу треба дати мишљењу Врховног суда.

¹⁰ Кенеди скреће пажњу да ово становиште није универзално прихваћено у доктрини, али касније наводи да је суд у једној пресуди одлучио да се ово може тумачити као право на јемство, али да то право није неограничено. E. Kennedy, "A new approach to bail release: The proposed federal criminal code and bail reform", *Fordham Law Review*, 4/1980, 48, фн 10.

¹¹ М. Шкулић, "Значај и домет јемства у кривичном поступку", *op. cit.*, 551–552; М. Шкулић, *Основи кривичног права Сједињених Америчких Држава*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2022², 311.

¹² Под капиталним кривичним делима се углавном сматрају кривична дела за које је прописана смрна казна, али са обзиром да постоје државе које су забраниле смртну казну, овај термин је неопходно тумачити шире. Због тога се под овим термином подразумевају кривична дела за која је приписана најтежа казна. Више о томе: M. Hegreness, "America's fundamental and vanishing right to bail", *Arizona Law Review*, 4/2013, 941–954. Ово ограничење се види и из Устава појединих земаља САД, попут Устава Вирџиније из 1776. године који се прописивао да давање јемства неће бити дозвољено у случајевима када се радило о оптужби за најтежа кривична дела, забрањена смртном казном или тешком телесном казном, односно сакаћењем. Поред Устава, ово правило је прописано и у бројним законима, попут Закона о реформи јемства из 1966 (Bail Reform Act): М. Шкулић, "Значај и домет јемства у кривичном поступку", *op. cit.*, 553–554.

¹³ *Ibid.*, 556. За ова кривична дела су у скоро свим државама прописане најтеже казне и иако би се за те државе могла подвести у капитална кривична дела, то не можемо урадити због тога што није тако у свим државама. Главни разлог посебног издавања ових кривичних дела јесте тај што су посебно осетљива баш због тога ко је жртва.

¹⁴ D. Hall, *op. cit.*, 445.

¹⁵ М. Шкулић, "Значај и домет јемства у кривичном поступку", *op. cit.*, 555.

зијалног карактера.¹⁶ Ипак, током времена су се појавиле све учесталије критике које се односе на висину јемства и како оно неравноправно погађа сиромаше и богате, што се углавном манифестује као неравноправност сиромашних који ће због немогућности да плате јемство бити у притвору.¹⁷ Као додатна критика оваквој неравноправности се додаје и утицај притвора, чак и краткотрајног,¹⁸ који је неминован уколико окривљени није у стању да плати јемство. Утицај притвора се најчешће огледа кроз губитак посла, места становања, старатељства, такође долази до раздора односа окривљеног и лица са којима је у контакту, попут породице и пријатеља и итд.¹⁹ При томе се наводи и да је затворска популација Сједињених Америчких Држава од 2000. године порасла за 20%, а да чак 95% тог раста чине окривљени који чекају суђење.²⁰

Као још једна финансијска карактеристика јемства у Сједињеним Америчким Државама наводи се и комерцијално јемство. Овакав систем се сматра дубоко укоревеним у кривичноправном систему Сједињених Америчких Држава. Уколико окривљени или њему блиска лица немају финансијских средстава да плате јемство, они могу затражити да ту суму плате одређени специфични субјекти, односно професионални јемци. Поступак се састоји у томе што се на захтев окривљеног или њему блиских лица издаје посебна врста јемствене обвезнице, којом професионални јемци јемче да окривљени неће побећи, јер се у супротном те обвезнице наплаћују у корист државе. Професионални јемци узимају проценат од положене суме, коју исплаћују окривљени или њему блиска лица, и тиме остварују профит.²¹ За овакав систем јемства се може приметити његова позитивна страна, а то је да омогућава окривљенима који немају финансијска средства да се бране са слободе и самим тим обезбеде себи повољнији положај, а потенцијално и крајњи исход кривичног поступка. Са друге стране, овај систем није без критике, а оне се базирају на уношене елемента приватног начина стицања профита у кривичном поступку. Као додатак томе, постоје и мишљења да овај систем додатно погоршава положај сиромашних окривљених.²²

Кривичноправни систем Сједињених Америчких Држава је већ дуже време критикован као систем који је у својој целисти расно неравноправан. Процена је да црнци чине

¹⁶ М. Шкулић, *Основи кривичног права Сједињених Америчких Држава*, *op. cit.*, 311.

¹⁷ Почетком 1960-их година је започет велики покрет са циљем да се изврши реформа јемства. Основа за овај покрет су били емпиријски подаци који показују да су затвори прекомерно попуњени баш због тога што велики број затвореника чине грађани који нису у стању да плате јемство. Више о томе: J. Koepke, D. Robinson, "Danger Ahead: Risk Assessment and the Future of Bail Reform", *Washington Law Review*, 4/2018, <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol93/iss4/4>, asp, 07.05.2023., 1735-1737.

¹⁸ Чак и кратка изложеност (више од три дана) ће имати исти утицај као и дужа изложеност затворским условима. J. DaGrossa, J. Muller, "Pretrial detention and the sentencing variance: An analysis of fixed effects across U.S. District Courts", *Federal Probation Journal*, 3/2021, 27.

¹⁹ R. Gold, R. Wright, "The Political Patterns of Bail Reform", *Wake Forest Law Review*, 2020, https://scholarship.law.ua.edu/fac_essays/211, asp, 07.05.2023., 743-744; W. Calaway, J. Kinsley, "Rethinking bail reform", *University of Richmond Law Review*, 4/2018, <https://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol52/iss4/3>, asp, 07.05.2023., 798.

²⁰ J. Koepke, D. Robinson, *op. cit.*, 1745; Друга студија показује да је дошло до повећања окривљених који се налазе у притвору, али ово повећање се не приписује немогућности да окривљени плати јемство. Као једно од објашњења се наводи промена профила окривљених, односно за која кривична дела се терете, такође повећање учиниоца кривичних дела и повећање ризика од бекства или скривања и опасности по јавност, што као последицу ствара немогућност да такви учиниоци буду пуштени да се бране са слободе. J. Wyrne, J. Stowell, "The Impact of the Federal Pretrial Services Act of 1982 on the Release, Supervision, and Detention of Pretrial Defendants", *Federal Probation Journal*, 2/2007, 60.

²¹ М. Шкулић, "Значај и домет јемства у кривичном поступку", *op. cit.*, 558-560.

²² *Ibidem*.

пет пута већу популацију затвореника у односу на белце и три пута већу у односу на хиспано американце.²³ Неравноправност се такође види и у дужини казне која се изриче, где се увиђа да се црним мушкарцима изричу 19% дуже казне у односу на беле мушкарце.²⁴ До најскоријег покретања теме за потребом реформе јемства дошло поводом великих протеста који су се дешавали у Сједињеним Америчким Државама током 2020. године. Главни фокус је стављен на потребу за реформама које ће ускладити неравноправни однос према расама у оквиру кривичног законодавства, са посебним нагласком на полицију.²⁵

4. УТИЦАЈ ЈЕМСТВА НА КРАЈЊИ ИСХОД КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

Јемство у Сједињеним Америчким Државама има значајну улогу за крајњи исход кривичног поступка. У зависности да ли ће окривљени бити у могућности да плати јемство и да се брани са слободе или ће остати у притвору, зависи и крајњи исход поступка. Неопходно је сагледати оба случаја.

Водећи се чињеницом да је кривични поступак у Сједињеним Америчким Државама адверзијалног карактера и да окривљени у складу са начелом контрадикторности и правилом *audiatur et altera pars*²⁶ примарно сам изводи доказе који иду њему у прилог, јасно је да ће ток кривичног поступка ићи повољније за окривљеног уколико има могућност да се брани са слободе.²⁷ Са друге стране, окривљени који према процени судије чини вероватним да ће побећи или се скривати током поступка има већу вероватноћу да не оствари право на јемство. Са обзиром да у Сједињеним Америчким Државама није могуће водити поступак у одсуству окривљеног, судија ће у том случају радије одредити притвор, што наравно отежава положај окривљеног. У том смислу је неопходно пажљиво проценити ризик од бекства и да се затим у односу на то утврди да ли ће полагање јемства бити довољно да обезбеди присуство окривљеног током кривичног поступка.²⁸

Током историје се мењао циљ саслушања за одређивање јемства, где је први фокус био на обезбеђењу присуства окривљеног на суђењу. Сада се у обзир узима и предвиђање опасности окривљеног, односно да ли ће учинити ново кривично дело док је на слободи.²⁹ Овиме се може довести у питање претпоставка невиности, односно претпоставка да се свако лице оптужено за било које кривично дело сматра невиним, све док његова кривица у једном законски утврђеном поступку не буде доказана.³⁰ Начелно гледано, овиме се не крши претпоставка невиности, јер се притвором обезбеђује његово присуство суђењу и несметано вођење кривичног поступка. Са друге стране, постоји одређена доза скептицизма која се базира на претпоставци да ће доћи до дискриминације на основу расног профилисања, јер се црнци чешће карактеришу као окривљени који имају већу шансу да учине ново кривично дело док се бране са слободе. У пар студија које су спроведене у циљу провере да ли ће процена ризика бити под утицајем расног дискриминисања, нађено је да је

²³ W. Calaway, J. Kinsley, *op. cit.*, 798.

²⁴ J. DaGrossa, J. Muller, *op. cit.*, 28.

²⁵ R. Gold, R. Wright, *op. cit.*, 743.

²⁶ Представља могућност кривичнопроцесне странке да одговарајућим процесним средствима износи своје ставове у односу на сва питања у кривичном поступку. Овиме се свака странка изјашњава о сваком доказу, чињеници и сваком предлогу супротне странке. М. Шкулић, *Кривично процесно право, op. cit.*, 75–76.

²⁷ М. Шкулић, *Основи кривичног права Сједињених Америчких Држава, op. cit.*, 311.

²⁸ *Ibid.*, 311–312.

²⁹ J. Коерке, D. Робинсон, *op. cit.*, 1731.

³⁰ М. Шкулић, *Кривично процесно право, op. cit.*, 73

таква сумња основана. Наводно, припадници црне расе, поготово мушкарци, су оцењени са средњим или високим степеном ризика у поређењу са белцима. При овоме не смемо предвидети чињеницу да црнци имају већи степен рецидивизма, што представља главни разлог зашто су оцењени са знатно већим степеном ризика.³¹ Оваква претпоставка може отежати увођење овог критеријума за одређивање јемства, али је свакако корисно узети је у обзир како би се у будућности избегло стварање предрасуда на расној основи.

У последње време се све више за процену ризика уводи коришћење вештачке интелигенције. Генерално, у Европи се све чешће јавља тренд употребе вештачке интелигенције за различите циљеве, неки од њих могу бити ради транспарентности правосудних система путем објављивања пресуда у *online* форми, а може се ићи и тако далеко да се она примењује ради аутоматске примене права и аутоматског процесуирања учинилаца саобраћајних прекршаја.³² Вештачка интелигенција, када се користи у случају процене ризика и процене рецидивизма се може карактерисати као објективно средство, јер нема људске емоције које би утицале на њену процену и самим тим може непристрасно извршити процену и донети одлуку која има далекосежне последице по окривљеног.³³ Овде треба да поставимо питање да ли је то заиста тако? Неспорно је да алгоритам приступа сваком случају непристрасно и на једнакој основи. Проблем настаје у чињеници да алгоритме/софтвере који се користе за процену стварају људи и самим тим одређују који ће се критеријуми узимати у обзир, а који занемаривати. У том случају ипак видимо да потенцијално може постојати одређена доза пристрасности. Најчешће се у пракси примењује приступ где се у алгоритам убацују сви ранији случајеви о којима је одлучивано и алгоритму се налаже да пронађе сличности између претходних случајева и оног на који се примењује. Циљ је да се види како је одлучивано у претходним случајевима да би се таква одлука донела и на тренутни случај.³⁴ Као горе већ наведено, увиђамо да понекад чак и један параметар, у наведеном случају ради се о раси учиниоца, може утицати на крајњи резултат процене. Због тога је неопходно добро проценити који параметри су заиста неопходни за доношење одлуке, а који од њих могу да дају погрешна предвиђања.

Такође, не смемо занемарити чињеницу да се ни један случај не може у потпуности поклапати са неким другим, због чега је и нелогично изрећи исте мере које су изречене у сличним случајевима. Уз ово се и додаје чињеница да је при разматрању свих чињеница неминовно имати слободно судијско уверење, где судија према својој процени и уверењу доноси суд о свим чињеницама. Са увођењем вештачке интелигенције која знатно ограничава слободно судијско уверење увиђамо да се заправо одређена доза поверења више поклања вештачкој интелигенцији, а не судијама баш због непостојања непристрасности.³⁵ Ово је наравно погрешан приступ, те треба избегавати примену искључиво вештачке интелигенције без могућности да на одлуку коју је донела вештачка интелигенција судија донесе свој суд.

³¹ Поред резултата истраживања, и даље се поставља питање да ли је неопходно поставити као критеријум расу и пол окривљеног, или је ипак боље такав критеријум изоставити. Ј. Коерке, D. Robinson, *op. cit.*, 1750–1751.

³² И. Миљуш, "Ризици потенцијалне улоге вештачке интелигенције у поступку судског одлучивања – савремени изазови за кривични поступак", *Зборник радова 35. сусрета Копаоничке школе природног права Слободан Перовић* (ур. Јелена Перовић Вујачић), Том I, Београд 2022, 425.

³³ *Ibid.*, 453.

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ *Ibid.*, 460.

Пажња се поклања и на питање да ли притвор утиче на крајњи исход кривичног поступка, односно да ли ће сам боравак у притвору некако променити статус окривљеног и тиме угрозити претпоставку невиности. Урађена је студија којом је запажено да притвор повећава шансу за 1.67 да окривљени буде осуђен.³⁶ Овде не треба занемарити да је у овој студији на крајњи исход кривичног поступка утицај врше и други фактори, те не треба одмах донети закључак да је на овај резултат имао утицај једино притвор, али са друге стране не треба га ни занемарити.

Од релативно скоро уведена је новина код саслушања окривљених за одређивање јемства где постоји могућност да они не буду саслушани уживо, већ ради бржег и ефикаснијег поступка то може бити обављено коришћењем средстава за пренос звука и слике. Проблем је у чињеници што овакав приступ, иако убрзава поступак, нема интересе окривљеног у првом плану. То се и види из резултата добијених из истраживања која показују да се у случајевима употребе посебне телевизијске процедуре за одређивање јемства изриче просечно знатно виша количина јемства у односу на то када се овај поступак обавља уживо.³⁷

Институт који је карактеристичан за амерички кривични поступак јесте *plea bargaining*. Реч је о споразуму тужиоца и окривљеног, којег најчешће заступа бранилац, којим окривљени признаје кривицу за кривично дело за које је оптужен у замену за бржи поступак и блажу санкцију у односу на ону која би му била изречена да је се водио класичан кривични поступак пред поротом.³⁸ Уколико окривљени није у стању да приушти јемство, повећава се вероватноћа да ће пристати на споразум са тужиоцем, не због самог признавања кривице, већ како би избегао притвор.³⁹ Окривљени у притвору чак 2.68 пута брже пристају на споразум о признавању кривице у односу на окривљене који се бране са слободе.⁴⁰ Што опет указује да би доста окривљених радије били осуђени, него доживели негативне последице које се манифестују као последица боравка у притвору. Треба узети у обзир и окривљене који су сиромашни, као посебно угрожену категорију. Они имају право на бесплатну стручну помоћ пре и током саслушања за одређивање јемства. Према једном истраживању у Балтимору, окривљени који су имали стручну помоћ имају дупло већу шансу да буду пуштени на слободу без обезбеђења јемства, а уколико им је одређено јемство, оно је просечно мање за шест стотина америчких долара него да су сами себе заступали. Сама стручна помоћ, а можемо рећи и лично познавање права, директно утиче на вероватноћу окривљеног да пристане на споразум о признању кривице.⁴¹

³⁶ J. Lee, "To Detain Or Not To Detain Using Propensity Scores To Examine The Relationship Between Pretrial Detention And Conviction", *Criminal Justice Policy Review*, 30/2016, 139 и даље.

³⁷ И. Миљуш, "Изазови и ризици увиђења видео линка у кривични поступак", *Унификација права и правна сигурност* (ур. Ј. Перовић Вујачић), Копаоничка школа природног права – Слободан Перовић, Том II, Београд, 2020, 22–23.

³⁸ М. Шкулић, *Кривично процесно право, оп. cit.*, 336–337; М. Шкулић, *Основи кривичног права Сједињених Америчких Држава, оп. cit.*, 342–344; С. Бејатовић, *Кривично процесно право*, Службени гласник, Београд, 2019², 411–412; М. Симовић, В. Симовић, *Кривично процесно право II, Кривично процесно право – Посебни део*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2011², 83.

³⁹ C. Gerstein, "Plea bargain and the right to counsel at bail hearings", *Michigan Law Review*, 8/2013, <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol111/iss8/4>, asp, 07. 05. 2023., 1515.

⁴⁰ J. DaGrossa, J. Muller, *op. cit.*, 27.

⁴¹ C. Gerstein, *op. cit.*, 1516.

5. РЕФОРМА ЈЕМСТВА И ЊЕГОВЕ АЛТЕРНАТИВЕ

Узимајући у обзир све критике које се упућују јемству, није чудно што постоји потреба за његовим реформама. Ове реформе се могу са једне стране односити на сам изглед јемства, у смислу његове висине, на које случајеве се може применити, да ли ће се цео износ платити одједном или не и томе слично. Са друге стране, некада ће се реформе односити на увођење нових института чији је главни циљ да замене јемство у потпуности или делом. Са обзиром на број држава Сједињених Америчких Држава и бројност различитих варијација реформи, у раду ћемо се фокусирати на неке од њих које су најкарактеристичније и које су најчешће.

Као једна од најранијих алтернатива јемству јесте депозит од десет процената. Ово и даље представља један вид јемства, само што у овом случају окривљени уместо целог износа могу бити пуштени на слободу уколико обезбеде депозит од десет процената од целог износа јемства. Овиме се окривљени финансијски растерећују, а у случају да се јемство замени притвором из било ког разлога, они ће свакако морати да плате пун износ, а не само десет процената. Као и обично јемство, уколико се окривљени појави на суђењу, а у међувремену јемство није било замењено притвором, десет процената које је обезбедио ће му бити враћени.⁴² Иако је ова алтернатива позитивна за окривљене који су сиромашни, и даље постоје критике да чак и десет процената депозита за неке окривљене представља суму за коју немају финансијска средства, због чега је боље наћи друге алтернативе које не укључују новац.⁴³

Један вид покушаја да се укине јемство јесте пуштање на слободу под одређеним условима. Овај систем претпоставља одређивање посебних услова које окривљени треба да испуни у замену да се брани са слободе. Овакви услови могу бити у облику обавезног лечења од зависности од опојних дрога и/или алкохола или само уздржавање од конзумирања истих, различити видови психичког лечења, такође може се поставити услов да се окривљени запосли и томе слично.⁴⁴ Сви ови услови имају исти циљ, а то је одређена контрола окривљеног са циљем да га усмери на боље понашање. Као овакви, често су критиковани, јер неретко представљају нереалне услове за одређене категорије окривљених, те самим тим не испуњавају своју сврху.⁴⁵ Они такође захтевају и надзор над окривљеним, како би се утврдило да ли он испуњава постављене услове.⁴⁶ Понекад надзор не мора бити у облику надгледања где се креће окривљени, а опет може имати велики утицај. Један од таквих облика надзора јесу подсетници када се одржава суђење, у виду пору-

⁴² New York senate research service, Task Force on Critical Problems, Accused and unconvicted: A Brief on Bail Practices, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjLLKuJLAhWWWhf0HHS2DeIQFnoECAsQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.ojp.gov%2Fpdffiles%2FDigitization%2F46590NCJRS.pdf&usq=A0vVaw1fXUrXinBwgm9q3QZl3CB> asp, 25. 04. 2023, 51.

⁴³ *Ibid.*, 53.

⁴⁴ J. Byrne, J. Stowell, *op. cit.*, 58.

⁴⁵ Као пример се наводи постављање услова окривљеном да се запосли, а да се притом не узме у обзир да му се запослење и обезбеди, те се тиме ставља у тешку позицију уколико не буде у могућности да сам нађе посао. New York senate research service, Task Force on Critical Problems, Accused and unconvicted: A Brief on Bail Practices, *op. cit.*, 54–55.

⁴⁶ Овде заправо постоји обавеза да уколико је један од услова такве природе да захтева надзор или сам услов представља надзор, мора да постоје услови за ефикасан и ефективан надзор како би он уопште и могао да буде постављен. У супротном он губи сваки смисао. J. Clark, A. Henry, *Pretrial services programming at the start of the 21st century: A survey of pretrial services programs*, U.S Department of Justice Office of Justice Programs, Washington, 2003, 16–17.

ка или позива, које се могу обавити телефоном или поштом,⁴⁷ такође могу се обезбедити и остале услуге попут превоза окривљеног на рочиште.⁴⁸ Генерално гледано, што је више услова постављено окривљеном, јавља се већа шанса да ће их он прекршити, чак и са добрим надзором. О томе је спроведено истраживање и наводи се повећање броја окривљених који су прекршили услове који су им били постављени. Увиђа се да је у периоду од 1994. године до 2003. године са 10.9 процената број окривљених који су прекршили постављене услове порастао на 31.61 процената.⁴⁹ Овакав приступ може бити бољи него јемство, јер не ставља финансијски терет на окривљеног, што представља његову јачу страну и један од главних разлога зашто се примењује. Са друге стране, он није често заступљен, како због нереалних очекивања да сваки окривљени може испунити постављене услове тако и због тежине његовог спровођења у реалност.

Претходни приступ захтева одређене припреме пре него што окривљени буде пуштен на слободу. Заправо, овде је неопходно спровести истраживање о самом окривљеном које ће се односити на прикупљање података о његовом пребивалишту или боравишту и колико се већ дуго налази у том месту, да ли је запослен, његове везе са околином и породицом, његов криминални досије и томе слично. Ово се може спровести преко интервјуа са окривљеним, лицима са којима је у контакту или који га познају, преко увида у разне евиденције и томе слично.⁵⁰ Сама сврха овог поступка је прилично јасна, а то је процена ризика, односно да ли је окривљени погодан да буде пуштен на слободу и да ли представља опасност по јавност или постоји шанса да побегне или се скрива током поступка.

Као додатак претходном приступу, 1982. године на снагу је ступио *Federal Pre-trial Service Act*, закон који уређује посебна тела чија је сврха да прикупе информације о окривљеном и предоче их судији који треба да одлучује да ли ће окривљеном бити изречено јемство или не или да ли је погодан кандидат да буде пуштен на слободу са одређивањем посебних услова. У једном истраживању је пронађено да постоји пар разлога зашто примена овог закона заправо није најуспешнија. Број окривљених на које се он примењује је знатно повећан током година, што заправо представља позитивну чињеницу за окривљене, али и негативну због тога што се не може сваком посветити иста количина пажње и темељног истраживања. Са друге стране, овај приступ није смањио број окривљених који ће уместо оваког приступа ипак бити у притвору или имати могућност плаћања јемства.⁵¹ Иако овај приступ није успешан у смањивању броја окривљених који су у притвору, њега не треба занемарити, јер он представља одличну алтернативу окривљенима на које се примењује.

Постоји и могућност да се окривљени брани са слободе без обезбеђења јемства и без постављања услова које мора да испуни. Ради се о институту који је познат као *release on recognicance*. Овде се заправо окривљени пушта на слободу, јер се процењује ће се појавити на суђењу без потребе да пружи било какво обезбеђење за то. Једини проблем је у томе што се не примењује често.⁵² Разлог томе је у чињеници да је неопходно

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ J. Koepeke, D. Robinson, *op. cit.*, 1793.

⁴⁹ J. Byme, J. Stowell, *op. cit.*, 58.

⁵⁰ J. Clark, A. Henry, *op. cit.*, 13–14.

⁵¹ J. Byme, J. Stowell, *op. cit.*, 58 и даље.

⁵² New York senate research service, Task Force on Critical Problems, Accused and unconvicted: A Brief on Bail Practices, *op. cit.*, 55.

проценити колики је степен ризика од бекства или опасности по јавност да се окривљени пусти без икаквих услова. Као критика за ово се наводе такозване "зомби предикције", односно коришћење старих података за предвиђање ризика за будућност.⁵³ Ово је генерално проблем за сваки приступ који мора да користи предвиђање ризика. Као начин да се умањи негативан ефекат оваквог приступа неопходно је коришћење што новијих података који су прикупљени са територије на којој ће се примењивати и стално упоређивање очекиваног исхода и стварних резултата.⁵⁴

Као један од све чешћих видова реформи јемства јесте увођење обавезе да се за одређена казнена дела⁵⁵ окривљени морају пустити на слободу, што заправо значи да се не могу задржати у притвору нити им се може одредити јемство. Једно истраживање је открило да у Њујорку од свих окривљених, овакав приступ оставља само десет процената окривљених којима се може поставити јемство, а да у односу на њих судија мора узети у обзир висину јемства коју они могу да приуште.⁵⁶ Овакав приступ је најповољнији због његове окренутости ка окривљенима, у смислу да је финансијски повољан. Са друге стране, не треба правити корелацију између опасности окривљеног и врсте казног дела које је учинио. Тиме се директно занемарује чињеница да је неопходно за сваког окривљеног појединачно проценити ризик, уместо да једини критеријум буде врста учињеног кривичног дела.

6. ЗАКЉУЧАК

Кроз рад су исказане неке од мана јемства, највише финансијски аспект, али не треба занемарити и остале. Његов значај као мере која супституише притвор је приметан и тренутно не постоји ни један институт који може у потпуности да га замени. Поред овога не смемо пренебрегнути чињеницу да увек постоји простор за побољшање. При овоме треба водити рачуна који институти треба да буду уведени уместо јемства, те поготово да обратити пажњу да ли ће они у потпуности заменити јемство или само један његов део. Како би се утврдило да ли ће те замене имати успешну будућности, морају се помно пратити.

Сматрамо да је за сваки нови институт неопходно спровести истраживање са циљем да се утврди да ли постоји успех и колики је његов степен, односно да ли је он већи или мањи од предвиђеног. Овде би требало применити истраживање које треба да прикаже како краткорочне тако и дугорочне резултате. Краткорочни резултати могу давати погрешну слику и због тога највише пажње треба поклонити дугорочним резултатима успешности. Неопходно је утврдити у односу на које окривљене је који приступ имао највише успеха и увидети одређене шаблоне, како би у будућности примена ових алтернативних института имала виши степен успешности. Чак и да је степен успеха мањи од предвиђеног, не треба одмах укинути институт, већ треба ући у срж проблема и увидети

⁵³ J. Koeperke, D. Robinson, *op. cit.*, 1755.

⁵⁴ *Ibid.*, 1793–1797.

⁵⁵ Треба имати у виду да се кривични систем Србије и Сједињених Америчких Држава разликује по питању груписања казних дела у различите класе, па ће у овом раду сва она објединити у један израз, а то су казнена дела.

⁵⁶ M. Rempel, K. Rodriguez, *Bail Reform in New York: Legislative Provisions and Implications for New York City*, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewi3vcuqvNb-AhUNR_EDHQ4NBrEQFnoECDsQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.innovatingjustice.org%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fmedia%2Fdocument%2F2019%2FBail_Reform_NY_full_0.pdf&usq=A0vVaw3p2kmGE-uPT21Oja7yvhrJg. *asp*, 07. 05. 2023., 1.

да ли су очекивања била превисоко постављена или је институт заиста неуспешан или неприлагођен.

Као услов који постоји код скоро свих супститутивних института у односу на јемство јесте предвиђање ризика. Овај услов се јавља чак и код постављања јемства, па није ни чудно зашто се и јавља као услов и код других института. Он је поготово значајан за што успешније примењивање мера, јер чак и да мера по својој природи предвиђа велику успешност, уколико се примени на окривљеног који није погодан, она неће имати жељени ефекат. Као што је претходно у раду наглашено, велики проблем представљају "зомби предикције", које се превазилазе честим емпиријским тестирањем оног подручја на којем ће се касније и примењивати. Као препрека овоме јавља се висока цена таквог истраживања и његова временска захтевност, због чега је неопходно направити план како да се такви трошкови смање на најнижи ниво.

У процени ризика не сме се изоставити ни примена вештачке интелигенције, при чему се могу јавити различите компликације. У циљу решавања оваквих проблема, неопходно је направити алгоритме који ће користити само неопходне параметре за доношење одлуке, без употребе података који могу да створе непотребне предрасуде и самим тим донесу одлуку која је неповољна за окривљеног. Такође, не смемо ни у ком случају изоставити могућност да, поред употребе вештачке интелигенције, судија доноси одлуку узимајући у обзир налазе вештачке интелигенције, али такође користећи своје слободно судијско уверење.

Један од страхова који се може јавити јесте ширење оваквог приступа на друге правне системе. Овај резултат се јавио са институтом *plea bargain*, који се као творевина кривичноправног система Сједињених Америчких Држава великом брзином проширио на остатак света. Овакав став не треба имати и то из више разлога. Прво *plea bargain* омогућава бржи и јефтинији кривични поступак, због чега је и привлачан, док то није случај са јемством. Други разлог, који је и најбитнији огледа се у томе што Република Србија нема истоветне проблеме у вези јемства као Сједињене Америчке Државе. Баш због тога не постоји никаква потреба да наше законодавство врши реформе јемства, а чак и да до њих дође не треба да их адресује на горе наведене начине, баш зато што нису прилагођене нашем систему.

Као последње размишљање, навели бисмо да предвиђамо да ће доћи до још реформи јемства у Сједињеним Америчким Државама са циљем да се оно у потпуности или делимично укине, али да ће и поред њих јемство ипак опстати као институт који је тешко у потпуности заменити на адекватан начин.

ЛИТЕРАТУРА

- Бејатовић С., *Кривично процесно право*, Службени гласник, Београд, 2019².
- Byrne J., Stowell J., "The Impact of the Federal Pretrial Services Act of 1982 on the Release, Supervision, and Detention of Pretrial Defendants", *Federal Probation Journal*, 2/2007.
- DaGrossa J., Muller J., "Pretrial detention and the sentencing variance: An analysis of fixed effects across U.S. District Courts", *Federal Probation Journal*, 3/2021.
- Kennedy E., "A new approach to bail release: The proposed federal criminal code and bail reform", *Fordham Law Review*, 4/1980.
- Lee J., "To Detain Or Not To Detain Using Propensity Scores To Examine The Relationship Between Pretrial Detention And Conviction", *Criminal Justice Policy Review*, 30/2016
- Миљуш И., "Изазови и ризици увиђења видео линка у кривични поступак", *Унификација права и правна сигурност* (ур. Ј. Перовић Вујачић), Копаоничка школа природног права – Слободан Перовић, Том II, Београд 2020.
- Миљуш И., "Ризици потенцијалне улоге вештачке интелигенције у поступку судског одлучивања – савремени изазови за кривични поступак", *Зборник радова 35. сусрета Копаоничке школе природног права Сло-*

- бодан Перовић (ур. Јелена Перовић Вујачић), Том I, међународна научна конференција, Копаоничка школа природног права – Слободан Перовић, Београд 2022.
- Симовић М., В. Симовић, *Кривично процесно право II, Кривично процесно право – Посебни део*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2011².
- Hall D., *Criminal law and procedure*, fifth edition, Lawyers Cooperative Publishing & Delmar Publishers, New York, 2009.
- Hegreness M., "America's fundamental and vanishing right to bail", *Arizona Law Review*, 4/2013.
- Clark J., Henry A., *Pretrial services programming at the start of the 21st century: A survey of pretrial services programs*, U.S Department of Justice Office of Justice Programs, Washington, 2003.
- Шкулић М., "Значај и домет јемства у кривичном поступку", *Унификација права и правна сигурност* (ур. Ј. Перовић Вујачић), Копаоничка школа природног права – Слободан Перовић, Том I, Београд, 2020.
- Шкулић М., *Кривично процесно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2020¹².
- Шкулић М., *Основи кривичног права Сједињених Америчких Држава*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2022².

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

- Gerstein C., "Plea bargain and the right to counsel at bail hearings", *Michigan Law Review*, 8/2013, <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol111/iss8/4>.
- Gold R., Wright R., "The Political Patterns of Bail Reform", *Wake Forest Law Review*, 2020, https://scholarship.law.ua.edu/fac_essays/211.
- Koepke J., Robinson D., Danger Ahead: "Risk Assessment and the Future of Bail Reform", *Washington Law Review*, 4/2018, <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol193/iss4/4>,
- Rempel M., Rodriguez K., Bail Reform in New York: Legislative Provisions and Implications for New York City, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwi3vcuqvNb-AhUNR_EDHQ4NBrEQFnoECDsQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.innovatingjustice.org%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fmedia%2Fdocument%2F2019%2FBail_Reform_NY_full_0.pdf&usq=AOv-Vaw3p2kmGEuPT2IOja7yvhvJg.
- Calaway W., Kinsley J., "Rethinking bail reform", *University of Richmond Law Review*, 4/2018, <https://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol52/iss4/3>.

* * *

Marica Mičić*

BAIL IN UNITED STATES OF AMERICA WITH A REVIEW OF TRENDS IN BAIL REFORMS

Summary

One of the fundamental human rights is the right to freedom. This right cannot be unlimited, thus it is necessary for the limitations to be defined by law. One of these limitations is pretrial detention, and this measure can be avoided by setting bail. Bail in the United States of America has a long tradition, but on the other hand there has been a lot of criticism of the bail system. Firstly, taking into account the financial aspect of a problem, and later also considering the other negative aspects, it is not surprising there is a lot more talk about the necessity of bail reforms. Throughout the paper we discuss a few reforms that were introduced to be used along with bail in order for them to become replacements for bail completely or just partly.

Key words: bail, reform, pretrial detention, United States of America.

* Third year undergraduate student, University of Belgrade, Faculty of Law, maricamicic001@gmail.com.

Игор Муица*

ДЕКРИМИНАЛИЗАЦИЈА ЗЛОУПОТРЕБЕ ДОМИНАНТНОГ ПОЛОЖАЈА 2016.

Апстракт: У оквиру доношења Закона о изменама и допунама Кривичног законика из 2016. године коју одликују бројне промене у Глави XXII – кривична дела против привреде, аутор се усредсређује на замену кривичног дела злоупотреба монополистичког положаја (ex – чл. 232) кривичним делом закључење рестриктивних споразума (чл. 229). Тим изменама и допунама је дошло до сужавања броја радњи извршења кривичног дела којим се штити конкуренција на слободном тржишту. Аутор истражује да ли је декриминализација таквог дела оправдана и каква је ситуација упоредноправно у САД, Европи, а нарочито у бившим земљама СФРЈ. Најзад, разматра који вид нарушавања конкуренције је опаснији и изводи закључке о најадекватнијој заштити конкуренције и виду санкционисања учесника на тржишту који је нарушавају.

Кључне речи: кривично право, Кривични законик Републике Србије, злоупотреба доминантног положаја, право конкуренције.

1. УВОД

Савремене привредне системе одликују разне карактеристике и механизми који могу да их учине изузетно ефикасним, ако се на адекватан начин примене. Улога државе, с аспекта кривичног права је да својом нормативном активношћу уреди садржину и облик основних привредних односа.¹ Један од њих, ако не и најбитнији је постојање тржишне конкуренције односно утакмице за коју економска теорија тврди да је основни подстицај економске ефикасности.² Тај процес надметања подразумева такмичење у погледу цене и квалитета производа/услуга. Последица тога је да послују само најефикаснији конкуренти који послују са најбољим односом трошкова и квалитета и који стално раде на сопственом развоју и адаптирању. Тиме увећавају своју алокативну, производну и динамичку ефикасност која им омогућава опстанак, што непосредно омогућава повећање друштвеног благостања.³ Међутим, као и при сваком надметању тако и при овом постоје

* Аутор је студент треће године пословно правне наставне групе основних академских студија Правног факултета Универзитета у Београду, igor.muidza@gmail.com.

¹ Н. Делић, *Кривично право – Посебни део*, Универзитет у Београду – Правни факултет Центар за издаваштво, Београд, 2022², 213.

² Б. Беговић, В. Павић, Д. В. Поповић, *Увод у право конкуренције*, Универзитет у Београду – Правни факултет Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2019³, 23.

³ Б. Ристић, Д. В. Поповић, Б. Беговић, *Глосаријум права конкуренције*, Универзитет у Београду – Правни факултет Центар за издаваштво, Београд, 2021, 35–36.

одређена правила. Сврха тих правила је спречавање нарушавања конкуренције којом се умањује друштвено благостање.⁴

Правни системи широм света су приметили значај правне заштите института тржишног надметања. Стога, створена су различита тела за заштиту конкуренције која примењују прописе и врше надзор над деловањем конкурената. Та тела, такође, имају квази-судску функцију будући да располажу моћним начинима санкционисања конкурената. Ипак, неки од тих система су одлучили да оду корак даље сматравши да понашање конкурената које је забрањено носи са собом превелик ризик друштвене опасности те су одређене облике нарушавања конкуренције сврстали у оквир сопствених кривичноправних законодавстава.

Приметно је, међутим, да од државе до државе варира схватање који облик нарушавања конкуренције треба криминализовати и да ли их треба криминализовати уопште. Стога, аутор сматра да је битно разазнати којом се логиком законодавци воде и да ли је Кривични законик Републике Србије на правом путу.

2. ИСТОРИЈАТ КРИВИЧНОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Република Србија је својим Кривичним закоником из 2005.⁵ (даље: КЗ 2005) прописала кривично дело злоупотреба монополистичког положаја (чл. 232) у оквиру Главе XXII – Кривична дела против привреде. Формулација кривичног дела је остала непромењена до 2016, упркос томе што коришћена терминологија није била у складу са Законом о заштити конкуренције из 2005.⁶ (даље: ЗЗК 2005) нити актуелним Законом о заштити конкуренције из 2009.⁷ (даље: ЗЗК), пре и након измена и допуна из 2013. Узрок тога је што се КЗ 2005. угледао на терминологију и радње унутар Антимонополског закона из 1996, а не на ЗЗК 2005, иако је ЗЗК 2005 мало старији од КЗ 2005. Свакако, приметно је да радне групе за израду нацрта ова два закона нису имале добру координацију.⁸ Због тога ће се за потребе овог рада кривично дело злоупотребе монополистичког положаја и потенцијално *de lege ferenda* кривично дело злоупотребе доминантног положаја користити паралелно као синоними.

Злоупотреба монополистичког положаја – чл. 232:

Одговорно лице у предузећу или у другом субјекту привредног пословања које има својство правног лица или предузетник, који злоупотребом монополистичког или доминантног положаја на тржишту или закључивањем монополистичког споразума изазове поремећај на тржишту или тај субјект доведе у повлашћен положај у односу на друге, тако да оствари имовинску корист за тај субјект или за други субјект или нанесе штету другим субјектима привредног пословања, потрошачима или корисницима услуга, казниће се затвором до три године.

Године 2016. као што је поменуто долази од велике промене у оквиру групе кривичних дела против привреде Законом о изменама и допунама Кривичног законика из 2016 (даље:

⁴ Б. Беговић, В. Павић, Д. В. Поповић, *op. cit.*, 23.

⁵ Кривични законик – КЗ 2005, *Службени лист Србије и Црне горе*, бр. 85/05.

⁶ Закон о заштити конкуренције – ЗЗК 2005, *Службени лист Србије и Црне горе*, бр. 79/05.

⁷ Закон о заштити конкуренције – ЗЗК, *Службени гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013.

⁸ V. Pavić, "Revolution, Evolution and Devolution: Overview of the Past Twenty Years of Competition Legislation in Serbia", *Public Law in Serbia: Twenty years after* (eds. V. Beširević), Esperia, London, 2012, 247–248.

Измене и допуне КЗ 2016).⁹ Наиме, тим изменама и допунама се радња извршења овог кривичног дела сужава оставивши само закључење "монополистичких споразума" односно касније правилније формулисано "рестриктивних споразума" као једини начин извршења.

Нарочито проблематична је чињеница да се у Предлогу Закона о изменама и допунама Кривичног законика из 2016. (даље: Предлог 2016) не образлаже конкретно зашто се то кривично дело мења већ се то сврстава под општи разлог усклађивања са ЕУ и унапређењем кривичног законодавства.¹⁰ Битно је напоменути да је ЕУ у овој области како у Лисабонском уговору (ТФЕУ),¹¹ тако и у Уговору из Нице (ТЕС)¹² захтевала само управноправну заштиту конкуренције, али не и кривичноправну. Дакле, кривична заштита конкуренције је у потпуности интерна ствар држава коју слободно могу да успоставе. Стога, у важећем Кривичном законик¹³ се у чл. 229. прописује кривично дело Закључење рестриктивног споразума:

Ко у субјекту привредног пословања закључи рестриктивни споразум који није изузет од забране у смислу закона којим се уређује заштита конкуренције, а којим се одређују цене, ограничава производња или продаја, односно врши подела тржишта, казниће се затвором од шест месеци до пет година и новчаном казном.

Учинлац дела из става 1. овог члана који испуњава услове за ослобађање од обавезе утврђеном мером заштите конкуренције у смислу закона којим се уређује заштита конкуренције, може се ослободити од казне.

Амандманом на Предлог 2016. народна посланица др Ана Стевановић је, између осталог, предлагала да се уведе елемент намере баш због питања развијености свести о концепту конкуренције и компликованости тог концепта, те да стога не би требало кривично гонити за сваки рестриктивни споразум, већ само за онај са елементом намере, позивајући се на богату праксу ЕСП и Европског суда за људска права (даље: ЕСЉП). Међутим, посланица се није осврнула на питање декриминализације злоупотребе доминантног положаја¹⁴ као ни њен саговорник народни посланик Ђорђе Комленски приликом своје реплике, међутим, из транскрипта расправе у Народној скупштини чини се да је први део амандмана др Ане Стевановић који се тичао потенцијалне декриминализације кривичног дела злоупотреба положаја одговорног лица конзумирао питање кривичноправне заштите конкуренције.¹⁵ Један од разлога зашто је ово кривично дело измењено баш на тај начин је званично мишљење Савета Комисије за заштиту конкуренције који се, такође, није базирао на чињеницу да се тиме декриминализује једна од радњи извршења већ се фокусирао на формулацију кривичног дела закључивање рестриктивних споразума.¹⁶

⁹ Закон о изменама и допунама Кривичног законика – Измене и допуне КЗ 2016, *Службени гласник РС*, бр. 94/16.

¹⁰ Предлог Закона о изменама и допунама Кривичног законика из 2016 – Предлог 2016, http://www.parlament.gov.rs/upload/archiv/files/lat/pdf/predlozi_zakona/2769-16%20-Lat..pdf, 11. 5. 2023.

¹¹ The treaty on functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union*, С 326/47.

¹² Treaty on the European Union & Treaty establishing the European Community, *Official Journal of the European Union*, С 325/1.

¹³ Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

¹⁴ Амандмани на Предлог Закона о изменама и допунама Кривичног законика, 2016, <https://otvoreniparlament.rs/uploads/akta/Amandmani-na-Zakon-o-izmenama-i-dopunama-Krivi%C4%8Dnog-zakonika.pdf>, 11. 5. 2023.

¹⁵ Привремене стенографске белешке Четврте седнице Другог редовног заседања Народне скупштине Републике Србије, 01 број 06-2/256-16, 2016, <https://otvoreniparlament.rs/index.php/transkript/7375?page=1>

¹⁶ Комисија за заштиту конкуренције, *Мишљење на Нацрт закона о изменама и допунама Кривичног законика*, 2015, <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2016/06/Misljenje-na-Nacrt-zakona-o-izmenama-i-dopunama-Krivicnog-zakonika.pdf>, 11. 5. 2023.

3. АНАЛИЗА ЕЛЕМЕНАТА КРИВИЧНОГ ДЕЛА ЗЛОУПОТРЕБА МОНОПОЛИСТИЧКОГ ПОЛОЖАЈА

3.1. Класификација кривичног дела по обележјима објективног бића дела

Зарад оцене квалитета законске формулације кривичног дела Злоупотреба доминантног положаја, неопходно је сагледати обележја бића тог кривичног дела и проценити да ли она доприносе сврси због које је заштита конкуренције добила кривичноправни елемент.

Формулација кривичног дела указује на то да је у питању последично кривично дело. Уколико радњу не одликују сви услови неопходни за инкриминацију то не значи да радња није противправна и да се неће санкционисати у поступку пред Комисијом за заштиту конкуренције (даље: КЗК).¹⁷ Захтева се да је злоупотреба доминантног положаја изазвала поремећај на тржишту односно да се конкретни субјект довео у повлашћен положај. Такође, неопходно је да је тиме настала последица остваривања имовинске користи за тог или другог субјекта, да је нанета штета другим субјектима, потрошачима или корисницима услуга. Висина користи је ирелевантна што додатно проширује домашај ове инкриминације.¹⁸

С друге стране, ЗЗК не захтева наступање било какве последице односно "успеха" насталих злоупотребом доминантног положаја као услов санкционисања конкурента. Ти услови инкриминације би могли да се протумаче као елемент потребног степена друштвене опасности који ће га ултимативно учинити предметом кривичноправне регулативе.

Није био у питању деликт повреде јер би то захтевало да је у питању реално нарушавање објекта дела, а сам објект дела није реалан већ је ближи друштвеном концепту. Много је адекватније приписати му особине кривичног дела конкретне опасности. Непосредна последица те класификације је да суд мора да утврди да је једна од две последице управо настала због нарушавања конкуренције које је претходно наступило.¹⁹

Друге одлике овог кривичног дела су да је посебан деликт и да је у питању кривично дело стања, а то стање је изазивање поремећаја на тржишту или довођење конкурента у повлашћени положај.²⁰

3.2. Радња извршења

3.2.1. Опис радње извршења

Ово је кривично дело чињења чија радња извршења се састоји у злоупотреби монополског или доминантног положаја или закључењу монополског односно рестриктивног споразума. Ипак, битна је само прва алтернативна радња извршења односно зло-

¹⁷ И. Вуковић, *Кривично право – Општи део*, Универзитет у Београду – Правни факултет Центар за издаваштво, Београд, 2021, 82–85.

¹⁸ З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Јавно предузеће "Службени гласник", Београд, 2006, 555.

¹⁹ И. Вуковић, *op. cit.*, 72–75.

²⁰ *Ibid.*, 76–78.

употреба доминантног положаја. Термин злоупотреба доминантног положаја је шири од злоупотребе монополског положаја и конзумира га.²¹

Зарад разјашњења шта спада у домен те радње извршења неопходно је осврнути се на ЗЗК. Да ли је у питању старији или важећи закон пре или након измена није кључно, будући да је члан који дефинише злоупотребу доминантног положаја практично недотакнут, а у самом закону та радња није дефинисана у потпуности већ су набројане *exempli causae* неки од начина злоупотребе доминантног положаја. Ипак, правна доктрина детаљније дефинише радње.²²

3.2.2. Промене Законом о изменама и допунама Кривичног законика из 2016. године

Изменама и допунама КЗ 2016. радња извршења је, као што је више пута поминуто, сужена само на рестриктивне споразуме односно монополистичке како су се раније неправилно називали у КЗ 2005. Такође, приметно је да су објективни услови инкриминације измењени или чак практично укинута будући да без тих услова инкриминације то није "опасан" рестриктиван споразум у смислу права заштите конкуренције. Будући да су последице по тржиште односно конкуренте и последице по остале субјекте постале ирелевантне, може се рећи да је регулатива делом пооштрена. Међутим, уведена је додатна норма која се позива на ЗЗК и тврди да у случају постојања разлога за ускраћивање изрицања мере на основу заштите конкуренције кривичног гоњења бити неће. Тиме би могло да се каже да је успостављена равнотежа у новоствореној формулацији.

Наравно, сигурно је да ће некадашњи услови инкриминације који сада изостају утицати на одмеравање казне као отежавајућа околност.

3.2.3. Практични проблеми

Кривична дела из области заштите конкуренције прате бројни проблеми у пракси. Наиме, доказивање и констатовање постојања злоупотребе доминантног положаја је подухват који је неретко захтевнији од доказивања и утврђивања постојања рестриктивног споразума.

Проблем настаје јер би првенствено суд морао да утврди релевантно тржиште (географско или производно) на ком конкурент делује, затим да утврди ли конкурент има доминантан положај на тржишту и најзад да је конкурент тај положај злоупотребио. Такође, битно је узети у обзир да разне пословне тактике које се категоришу као злоупотреба доминантног положаја јесу легитимне пословне стратегије у случају да конкурент нема доминантан положај.²³ Суд би морао у практично сваком случају да ангажује вештака економске струке који би давао свој налаз и мишљење о поменутих елементима неопходним за овакву инкриминацију јер сва неопходна знања судија као правник не може да има.

²¹ Н. Д. Лукић, *Криминалитет компанија*, докторска дисертација, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2017, 333.

²² Б. Беговић, В. Павић, Д. В. Поповић, *op. cit.*, 84–87. Злоупотреба доминантног положаја се категорише као експлоатативна која је усмерена на штету купца односно потрошача или ексклузивна која је усмерена на штету других конкурентата. У прву категорију би спадало наметање прекомерних или неправичних цена, а у другу пословне тактике попут предаторског формирања цена које треба да "отера" остале конкуренте у стечај, као и радње ценовне дискриминације и везане трговине. Наравно, постоји низ других злоупотреба и начина њиховог извођења које би могле да створе објективне услове инкриминације који се захтевају.

²³ Б. Беговић, В. Павић, Д. В. Поповић, *op. cit.*, 79–93.

Мимо изнетог, ситуација се додатно компликује чињеницом да једна од радњи извршења злоупотребе доминантног положаја јесте уговарање, најчешће вертикалних споразума којима се нарушава конкуренција. Европски суд правде (даље: ЕСП) се у случају *Hoffmann-La Roche v. Commission* (1979)²⁴ изјаснио по том питању и закључио да у том случају избор пада на Европску комисију односно тело за заштиту конкуренције. Такав став ЕСП је незгодан због правне несигурности, а тиме се ствара ситуација у којој свако тело за заштиту конкуренције на неки начин својим угледом и стручношћу прејудицира у најгорем, а у најбољем случају утиче на одлуку првостепеног кривичног суда. Дакле, са стањем каквим јесте и радњама извршења након 2016. кривично гоњење лица индиректно зависи од одлуке КЗК.²⁵

3.2.4. Процесни проблеми трихотомије поступака

Незгодна околност код радњи нарушавања конкуренције је велика вероватноћа вођење више поступака истовремено или једног за другим. Поступак који би се водио пред првостепеним кривичним судом у случају злоупотребе доминантног положаја највероватније би се водио паралелно или након поступка пред КЗК из простог разлога јер је вероватније да ће КЗК прва да сазна да је дошло до злоупотребе доминантног положаја и прва га започне. Решења КЗК су коначна и против њих се једино може покренути управни спор, а тужба не одлаже извршење решења.

Дакле, постојао би поступак пред КЗК у ком би готово сигурно учествовао вештак и стручни помагач на ког странка има право у складу са Законом о општем управном поступку (даље: ЗУП).²⁶ Затим, јавни тужилац би највероватније покренуо поступак пред првостепеним кривичним судом. Ту долази до проблема где је неопходно да се избалансирају економичност поступка и право на суђење у разумном року у складу са чл. 14 Закона о кривичном поступку (даље: ЗКП) и с друге стране избегавање прејудицирања односно заснивања пресуде искључиво на доказима изведеним у поступку пред КЗК чиме би се знатно одступило од начела непосредности у извођењу доказа, иако је то дозвољено чл. 17. у оквиру института претходног питања.²⁷

Друга могућност је да првостепени кривични суд одлучи да самостално утврди чињенично стање те би опет морао да врши вештачење, а окривљени би готово сигурно одредио стручног саветника те би се на тај начин дошло до ситуације у којој се поново вештачи идентично чињенично стање.²⁸ Да ствари буду горе, због комплексности материје, поготово у граничним случајевима заиста може да дође до различитих мишљења стручњака што хипотетички може да доведе до супротно утврђеног чињеничног стања и одлука првостепеног кривичног суда и КЗК.

Проблем нарочито долази до изражаја, ако се након поступка пред КЗК поднесе тужба Управном суду на основу чл. 24 Закона о управним споровима (даље: ЗУС)²⁹ на

²⁴ *Hoffmann-La Roche v. Commission* (1979), ECR 461.

²⁵ Б. Беговић, В. Павић, Д. В. Поповић, *op. cit.*, 91.

²⁶ *Службени гласник РС*, бр. 18/2016, 95/2018 – аутентично тумачење и 2/2023 – одлука УС.

²⁷ М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет Центар за издаваштво, Београд, 2020¹², 65–66.

²⁸ М. Шкулић, *op. cit.*, 228–237.

²⁹ *Службени гласник РС*, бр. 111/2009.

основу тврдње да је настала грешка приликом утврђивања чињеничног стања³⁰ и ако утврди се супротно од онога што садржи решење КЗК, а да се притом то решење знатно одразило на пресуду првостепеног кривичног суда. Непотребно је на поврх свега изнетог помињати и потенцијал за покретање парничног поступак за накнаду штете која је потенцијално настала због злоупотребе доминатног положаја где би ангажовање стручњака опет било неопходно,³¹ као и за подношење жалбе због погрешно утврђеног чињеничног стања пред другостепеним кривичним судом. Најзад, ова компилација поступка би могла да стигне и до Врховног касационог суда (даље: ВКС).

Овај вртлог симултаних поступака може да буде изузетно проблематичан због конфузије коју може да створи како за странке, тако и за правнике са различитим улогама, али још више због трошкова који настају за овако скупе поступке где у готово сваком од њих може да дође до поновног вештачења и ангажовања стручњака који ће вештаку да парира, као и чињенице да је вероватноћа за сукобљење њихових мишљења у компликованијим случајевима поприлично вероватна.

Често преплитање надлежности и одигравање паралелних поступака између регулаторних органа, парничних, кривичних и управних судова у овом, а и другим кривичним делима против привреде је један од разлога зашто се размишља о стварању самосталне гране права и система контроле који би се бавили искључиво привредним кривичним делима.³² Свакако, та отежавајућа околност у вези процесних питања и поступка доказивања никако није разлог за одустанак од разматрања овог и сличних питања већ, напротив, изазов за правну науку да изнедри решење које би било применљиво и ефикасно при оваквим и сличним кривичним делима.

3.2.5. *Метаправни проблеми*

Зарад давања одговора на питање да ли било које кривично дело треба декриминализовати неопходно је присетити се основне улоге кривичног права у једном друштву и правном поретку. Начелно, кривичноправне санкције и регулативу је потребно применити једино када одређена радња угрожава фундаменталне вредности најопаснијим нападима и тада кривичноправна заштита наступа као крајње средство (*ultima ratio*). Устав Републике Србије (даље: Устав) квалификује слободно и отворено тржиште као једно од основних начела економског уређења државе. Такође, забрањује све акте којима се нарушава конкуренција.³³ Дакле, може се закључити да то даје основа да се тржиште ненарушене конкуренције прокламује као вредност коју треба штити Кривичним закоником³⁴ на шта указује и Зоран Стојановић.³⁵

Дакле, неопходно је поставити питање да ли конкуренција на тржишту Републике Србије ужива адекватну заштиту? Наравно, могуће је рећи да је један аспект нарушавања конкуренције обухваћен – рестриктивни споразуми. Ипак, проблем је што злоупотребе доминантног положаја имају опасније последице по тржиште у односу на тек

³⁰ З. Р. Томић, *Опште управно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет Центар за издаваштво и информисање, Београд 2021¹⁴, 385.

³¹ *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020,

³² Н. Делић, *op. cit.*, 213.

³³ *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

³⁴ И. Вуковић, *op. cit.*, 2–3.

³⁵ З. Стојановић, *op. cit.*, 554.

закључен рестриктиван споразум. Један од разлога је чињеница да је злоупотребом доминантног положаја штета већ учињена тако да фали реакција кривичног права јер кривична санкција тренутно изостаје, док је у случају рестриктивних споразума у питању превентивна реакција односно кривично право наступа на сцену у тренутку настанка опасности да до штете по тржиште дође, а не након наступања штете.³⁶

Негативан утицај злоупотребе доминантног положаја је очигледан и он се огледа у алокативној неефикасности, производној неефикасности, динамичној неефикасности и расипању ренте.³⁷ С друге стране, ефекти картела су готово исти, једино се разликују у начину расипања ренте, али коначно оба служе зарад одржања *status quo*.³⁸ Мимо тога, картели су знатно нестабилнији будући да подлежу противречним подстицајима³⁹ и захтевају сарадњу више учесника на тржишту док онај са доминантним положајем мора да одржава ту позицију, што јесте изазов, али свакако мањи када није условљен договарањем са другима у картелу и чињеницом да тај који има доминантан положај заправо има доминантан положај, док чланови картела не морају удружени да имају такав положај да би се класификовали као лица која су закључила рестриктивни споразум.

Дакле, кривично законодавство се доводи у један апсурд у ком се инхерентно опаснија радња и друштвена опасност, а то је злоупотреба доминантног положаја кривично не санкционише реактивно, док инхерентно нестабилнија и мања опасност попут рестриктивног споразума се санкционише превентивно.

3.3. Извршилац⁴⁰

Изазов код кривичних дела против привреде је свакако лоцирање извршиоца одређеног кривичног дела и саучесника, ако постоје. При формулацији пре 2016. се кривична одговорност приписивала одговорном лицу у смислу КЗ чија дефиниција се проме-

³⁶ Аутор не сматра да је у случају злоупотребе доминантног положаја потребна превентивна реакција уопште будући да конкуренти не могу да се кажњавају због тога што су успешни и што добро послују па евентуално стичу доминантан или монополистички положај, мада превентивна реакција би могла и да се протумачи као успостављање кривичноправне заштите за непријављивање концентрација. Такође, не сматра да је превентивна реакција рестриктивних споразума негативна, већ мисли да треба да се или успостави превентивна реакција на рестриктивне споразуме и реактивна реакција на злоупотребу доминантног положаја или да се обе радње нарушавања конкуренције декриминализују у потпуности.

³⁷ Б. Беговић, В. Павић, Д. В. Поповић, *op. cit.*, 33–38. Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, *Економија за правнике*, Универзитет у Београду – Правни факултет Центар за издаваштво, Београд, 2020¹¹, 244 – 250: Алокативна неефикасност – цена није једанак граничним трошковима те губитак потрошачевог вишка није компензован стварањем економског профита монополисте.

Производна неефикасност – недостатак конкуренције умањује подстицаје произвођачима да обарају трошкове односно трошкови монополисте су виши од његових најнижих доступних трошкова.

Динамичка неефикасност – нестаје подстицај за инвестирање у истраживање и развој како би се оборили трошкови производње.

Расипање ренте – ниједан део прихода проистекао из потрошачевог вишка не иде монополисти због тога што се рента користи за одржавање монопола, стога повећања друштвеног благостања нема.

³⁸ Б. Беговић, В. Павић, Д. В. Поповић, *op. cit.*, 54. Одређени монополи на плану динамичке ефикасности су повољнији по друштво уколико су настали истраживањем и развојем, али они се бране патентним правом у оквиру права интелектуалне својине и мање су интересантни за право заштите конкуренције.

³⁹ *Ibid.*, 48.

⁴⁰ Услов да се буде извршилац радње злоупотребе доминантног положаја није да се буде субјект унутар привредног друштва, већ је то могуће и у другим врстама правних лица, ипак фокус ће бити на привредним друштвима будући да су најинтересантнија, а и најчешће место одакле извршиоци ових кривичних дела потичу.

нила Законом о изменама и допунама Кривичног законика 2012,⁴¹ а након 2016. извршила је лице које није ни на који начин описано осим да је закључило рестриктиван споразум, иако је КЗК предлагала да то остане одговорно лице.⁴² Стога, аутор ће размотрити адекватност сваке од ове три опције као начина санкционисања лица које је заиста узрок кривичног дела. Најзад, неопходно је при свакој од ових формулација утврдити да ли природа кривичног дела подразумева саучесништво, ако је за одређене пословне подухвате односно радње нарушавања конкуренције по правилу неопходан читав тим људи?

3.3.1. Потенцијални извршиоци

Одговорно лице пре 2012:

"Одговорним лицем сматра се власник предузећа или другог субјекта привредног пословања или лице у предузећу (...) којем је, с обзиром на његову функцију, уложена средства или на основу овлашћења, поверен одређени круг послова у управљању имовином, производњи или другој делатности или у вршењу надзора над њима или му је фактички поверено обављање појединих послова..."

Одговорно лице након 2012:

"Одговорним лицем у правном лицу сматра се лице које је на основу закона, прописа или овлашћења врши одређене послове управљања, надзора или друге послове из делатности правног лица, као и лице коме је фактички поверено обављање тих послова..."

Генерално, новија дефиниција одговорног лица делује адекватније, пре свега јер искључује у потпуности власнике који немају ниједну другу улогу, осим као инвеститори у том друштву. Дакле, одговорно лице у привредном друштву и по ставу судске праксе је пре свега лице које има одлучујућу функцију у расподели послова, контроле пословођења, овлашћења да врши пословођење, али остаје изузетак фактичког поверавања да не би изостанак формалног документа овлашћења био препрека код лоцирања правог вршиоца неке функције у привредном друштву.⁴³

По питању предузетника је најлакше одредити извршиоца будући да је то сам предузетник. Предузетник има велику контролу у свом пословању и мали број запослених, ако их уопште има. С друге стране, интерна транспарентност пословања је огромна, стога, чак и да неки запослени има овлашћење да уређује пословни план на тај начин да инкорпорира злоупотребу доминантног положаја то би предузетник морао да примети те ниједним подухватом правничке менталне акробације не би могао да се не окарактерише као извршилац.

У случају ортачког друштва карактер одговорног лица би могао да се припише свим ортацима у случају колективног пословођења или ортаку односно ортацима којима је пословођење поверено уговором. Наравно, уколико је ортачко друштво одредило прокуристу по Закону о привредним друштвима (даље: ЗОПД)⁴⁴ прокуристина овлашћења

⁴¹ Службени гласник РС, бр. 121/2012.

⁴² Комисија за заштиту конкуренције, *Мишљење на Нацрт закона о изменама и допунама Кривичног законика*, 2015, <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2016/06/Misljenje-na-Nacrt-zakona-o-izmenama-i-dopunama-Krivicnog-zakonika.pdf>, 11. 5. 2023.

⁴³ Н. Делић, *op. cit.*, 222.

⁴⁴ Службени гласник РС, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021.

обухватају радње којима би могао да нарушава конкуренцију у свим могућим облицима чиме би он заправо био извршилац. У командитном друштву ситуација је слична, осим што би комплементари били одговорна лица, док командитори искључиво ако су добили прокуру (наравно прокура може да добије и неко треће лице).⁴⁵

Код друштва ограничене одговорности пут лоцирања извршиоца варира од тога да ли је друштво једнодомно или дводомно. Директори друштва, уколико их је више морају једногласно да се сложе око начина пословођења друштва и пословних потеза. Такође, они га заједнички заступају. Уколико је оснивачким актом одређено да самостално воде пословање, а не заједнички то значи да у случају противљења једног директора може да се захтева упутство скупштине друштва односно надзорног одбора, ако он постоји.⁴⁶

У том случају се нарочито поставља питање ко све кривично одговара? Да ли одговара цео одбор директора или само они који су били сагласни, или пак само онај који је покренуо иницијативу за такав пословни потез. Најзад, да ли у случају дводомних друштава одговара надзорни одбор, односно чланови надзорног одбора који су били сагласни будући да је део њиховог делокруга у друштву ограничене одговорности и акционарском друштву надзор над законитошћу пословања? Такође, да ли су у случају једнодомног друштва кривично одговорни чланови друштва који су били сагласни на скупштини друштва и да ли ти чланови друштва, ако им није изричито указано на незаконитост и могућност кривичног гоњења због предузимања таквог потеза уопште могу да одговарају или би се подвели под институт правне заблуде о ком ће касније бити речи? Слична питања се постављају и код акционарских друштава. Битна разлика је да у акционарским друштвима није потребан консензус одбора директора или одбора извршних директора те одлука неће пасти на скупштину односно надзорни одбор, мада би надзорни одбор морао да реагује, ако примети да је пословни план који нарушава прописе о конкуренцији усвојен.⁴⁷

Најзад, уколико инкриминација гласи да одговара само лице које је нешто учинило без даљег описа поставља, поставља се питање ко би то био? То би могао да буде и одређени запослени и његов тим (нпр. менаџер продаје који се бави ценама и продајом производа друштва) или неко ко је предложио такав пословни потез њему или директору који је то изнео пред одбор директора, а не неко лице које по правилима компанијског права иначе одговара за активности привредног друштва.

Стога, битно је да због комплексности односа унутар једног привредног друштва суд веома пажљиво лоцира право извршиоца (или више њих) да се не би створила ситуација да друштво мора да "екстрадира/жртвује" једног од својих запослених или руководећих лица да би јавни тужилац имао кога да кривично гони.

3.3.2. Проблематика саучесништва

Као што је малопре поменуто привредна друштва, а нарочито друштва капитала, су комплексне организације где мали број послова фактички зависи од воље и рада једног лица. Стога, веома је лако код оваквог и сличних кривичних дела хипотетички доћи до прешироког круга окривљених. Ова опасност нарочито долази до изражаја, ако се извр-

⁴⁵ М. С. Васиљевић, Т. Јевремовић Петровић, Ј. Лепетић, *Компанијско право – Право привредних друштава*, ЈП "Службени гласник", Београд, 2020, 128, 146–151.

⁴⁶ *Ibid.*, 128, 184–190.

⁴⁷ *Ibid.*, 184–190, 305–336.

шиоцу кривичног дела надене карактеристика било ког лица у односу на дефинисање извршиоца као одговорног лица што значајно ограничава круг лица која ће се потенцијално кривично гонити. Међутим, не треба обухватити ни сва одговорна лица, а нарочито не она која су се противила таквом пословном потезу.

Најзад, кривично процесуирање свих тих лица и потенцијално изрицање затворских казни би у најбољем случају паралисало, а евентуално и уништило то привредно друштво (нарочито код друштава лица) будући да постоји хипотетичка могућност да велики број лица који је на неки начин унутар привредног друштва буде кривично осуђено на издржавање затворске казне, што није сврха ни кривичног права, нити заштите конкуренције.

Стога, неопходно је нарочито пажљиво приступити оваквим случајевима приликом ког судија мора да зна да интерна уређења привредних друштава варирају од случаја до случаја и да с тим на уму проба да лоцира право кривца који је био одлучујући фактор, али који је пре свега крив, о чему аутор највише посвећује пажњу у предстојећем делу.

Ипак, баш због велике и комплексне мреже односа, притисака, подстицаја и вртлога сукобљених легитимних интереса који су уникатни за свако привредно друштво, поставља се питање да ли је те извршиоце могуће заиста лоцирати? Чак и да јесте, неопходно је да се то изврши без елемената произвољности суда и стварања правне несигурности која би могла да настане услед недостатка судске праксе и због комплексности подухвата. Дакле, неопходно је промислити још једном да ли их треба кривично гонити и да ли се гоњењем тих лица заиста остварује нека сврха кривичног права коју КЗК својим системом санкционисања привредног друштва не постиже, и ако се нека од поменутих сврха постиже онда по коју цену?

3.4. Релевантни облик кривице

Кривична дела против привреде по правилу одликује умишљај као релевантан облик кривице,⁴⁸ и то као свесно и вољно угрожавање правног поретка у случају директног умишљаја или у случају евентуалног умишљаја као пристајање на извесно угрожавање, а што се мора доказивати.⁴⁹ Потребно је осврнути се и на институт намере који се не захтева код ових кривичних дела, иако се то предлагало у оквиру поменутих амандмана,⁵⁰ а тај приступ предлажу и неки аутори јер би се тиме санкционисали учиниоци који имају свест и циљ да наруше конкуренцију, а не и неуки и мање информисани пословни људи.⁵¹

Најпроблематичније питање код релевантног облика кривице је где се повлачи граница између извршења кривичног дела и престапа који ће санкционисати КЗК. У једном случају немачки банака ЕСП је закључио да је циљ, односно намера због које је предузет одређени пословни потез којим се нарушавала конкуренција ирелевантан, дакле да се посматра само последица.⁵² Стога, може се закључити да тела за заштиту конкурен-

⁴⁸ Н. Делић, *op. cit.*, 214. Нехат се једино јавља код кривичних дела одваја пословне тајне и прање новца.

⁴⁹ И. Вуковић, *op. cit.*, 201.

⁵⁰ Амандмани на Предлог Закона о изменама и допунама Кривичног законика, 2016: <https://otvoreniiparlament.rs/uploads/akta/Amendmani-na-Zakon-o-izmenama-i-dopunama-Krivi%C4%8Dnog-zakonika.pdf>, 11. 5. 2023.

⁵¹ Nazim U. Hajiev, "Studying of special practical issues of abuse of dominance", *The Journal of Economic Sciences: Theory and Practice*, 2/69, 2012, 57–58; W. P. J. Wils, "Is criminalisation of EU competition law the answer?", *Criminalisation of competition law enforcement – Economic and legal implications for member states* (eds. K. J. Cseres, M. P. Schinkel, F. O.W. Vogelaar), Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2006, 84–85.

⁵² T-301/04 *Clearstream Banking v. Commission*, 142–144.

ције санкционишу објективно, док кривично дело захтева субјективни елемент у форми кривице, конкретно умишљаја или чак намере због чега се између осталог предлагало да се намера уврсти у формулацију новог кривичног дела 2016.⁵³

Све се више чини да је кривичноправна заштита права заштите конкуренције један од ретких примера где постоји простор за примену института правне заблуде. Окривљени би могао да се брани ставом да је сматрао да је његово нарушавање конкуренције заправо лукав пословни потез којим је он хтео да врши своју дужност коју његова улога носи и допринесе привредном друштву у ком има одређену улогу, а тиме посредно и себи. Наиме, стицање свести о заштити конкуренције захтева познавање више прописа и одређених теоријских концепата и терминологије из сфере права и економије. Стога, могло би се рећи да је у питању чак и неотклоњива правна заблуда будући да радња извршења није очигледно супротстављена друштвеним и појединачним интересима, а спознаја невредности тог акта захтева поменути знања која нису општепозната.⁵⁴

У прилог вероватноћи постојања правне заблуде иде и чињеница да је савремени систем права заштите конкуренције релативно нов. Штавише, већини тела за заштиту конкуренције се као битан део њеног деловања приписује организовање активности заступања и промовисања идеја заштите конкуренције (*advocacy*) баш због неинформисаности опште и пословне јавности.⁵⁵ Такође, то није само област права слабо позната међу учесницима на тржишту различитих образовних профила, већ је и недовољно позната међу правницима у смислу броја стручњака који постоји и заступљености те гране права у образовним програмима правних факултета.⁵⁶

Наравно, институт правне заблуде се треба применити пре свега на лица која немају начин да буду обавештена о својим обавезама у вези ненарушавања конкуренције. Овај принцип је најбоље објаснити на примеру: предузетник или мање привредно друштво највероватније нема средства за сопствену адвокатску службу у оквиру предузећа нити се консултује са адвокатским канцеларијама баш по овом питању, јер за њега ни не зна. Међутим, већа предузећа која запошљавају макар једног правника би морала да се сматрају информисаним о овим прописима.

То доводи до још једног апсурда тренутног режима кривичноправне заштите, а то је да је код злоупотребе доминантног положаја услов пре свега постојање доминантног учесника на тржишту за ког је већа вероватноћа да ће имати приступ адвокатским услугама којима би се информисао о правним последицама свог начина пословања у односу на учесника у рестриктивном споразуму, па се опет такви субјекти кривично не гоне. С друге стране, постоје учесници на тржишту који закључују рестриктивне споразуме који нису обухваћени институтом *de minimis* споразума иако су мањи учесници на тржишту, а потенцијално би могли кривично да се гоне.

Независно од поменутог, хипотетички треба узети у обзир да на неком релативно новом тржишту или малом географском тржишту, нарочито у занатским делатностима учесници немају довољно средстава да "себи приуште свест о постојању права заштите

⁵³ Амандмани на Предлог Закона о изменама и допунама Кривичног законика, 2016, <https://otvoreniportalment.rs/uploads/akta/Amendmani-na-Zakon-o-izmenama-i-dopunama-Krivi%C4%8Dnog-zakonika.pdf>, 11. 5. 2023.

⁵⁴ И. Вуковић, *op. cit.*, 262–264.

⁵⁵ Б. Беговић, В. Павић, Д. В. Поповић, *op. cit.*, 124.

⁵⁶ Н. Д. Лукић, *op. cit.*, 334.

конкуренције", а могу да имају доминантан положај и могу да изврше то кривично дело. Дакле, и ту категорију учесника на тржишту треба размотрити као потенцијалне кандидате за примену института правне заблуде. Такође, треба се подсетити примера чланова скупштине привредног друштва са доминантним положајем који одобравају одређени пословни потез чије незаконитости нису свесни.

Свакако, аутор сматра да учесници на тржишту који на опаснији начин крше прописе о заштити конкуренције и који имају већу свест о њима треба пре кривично гонити у односу на другу категорију, ако и једне и друге треба кривично гонити уопште. Мимо тога, све више сагледавање проблема из овог угла чини развојни пут КЗ изузетно чудним. Наиме, прво се доноси одлука да се млада грана права у потпуности кривичноправно заштити. Међутим, након више од деценије приликом које је КЗК деловала, учествовала у доношењу нових прописа и подизању свести учесника на тржишту долази се до сценарија у ком се тежи облик нарушавања конкуренције декриминализује, а лакши облик остаје у КЗ-у. Аутор сматра да би логичнији приступ био да се кренуло искључиво од доношења мера за заштиту конкуренције од стране КЗК, па да су се накнадно евентуално криминализовале обе радње нарушавања конкуренције када може са много већом сигурношћу да се каже да су како правници тако и учесници на тржишту свеснији о постојању те гране права и потреби за њеном кривичноправном заштитом као фундаменталном вредношћу загартованом Уставом.

4. УПОРЕДНОПРАВНИ ОСВРТ НА КРИВИЧНО ЗАКОНОДАВСТВО

4.1. Државе бивше СФРЈ

Држава	Кривично дело злоупотребе доминантног положаја	Кривично дело закључење рестриктивних споразума
Хрватска ⁵⁷	Не	Не
Босна и Херцеговина ⁵⁸	Не	Не
Република Српска ⁵⁹	Не	Не
Северна Македонија ⁶⁰	Не	Да – чл. 283
Црна Гора ⁶¹	Да – чл. 270	Да – чл. 270
Словенија ⁶²	Да – чл. 225	Да – чл. 225

⁵⁷ Kazneni zakon, *Narodne novine*, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15 - ispravka, 101/17, 118/18 i 126/19. Стари Казнени закон Хрватске је садржао кривично дело Злоупораба монополистичког положаја на тржишту који је инкриминисао рестриктивне споразуме, злоупотребе доминантног положаја и непријављивање концентрација раних 2000-их.

⁵⁸ Krivični zakon Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 3/2003, 32/2003 - ispr., 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018 i 46/2021.

⁵⁹ Кривични законик Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 64/2017, 104/2018 - одлука УС, 15/2021 и 89/2021.

⁶⁰ Кривичен законик, *Службен весник на Република Македонија*, 37/96, бр.80/99, 48/01 – одлука на УС, 4/02, 16/02 – одлука на УС, 43/03,19/04, 40/2004 – одлука на УС, 81/05, 50/06 – одлука на УС, 60/06, 73/06, 7 /08 , 139/08 , 114/09, 51/11, 135/11, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013.

⁶¹ Кривични законик Црне Горе, *Службени лист Републике Црне Горе*, бр. 70/2003, 13/2004 - испр. и 47/2006 и бр. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011 – др. закон, 40/2013, 56/2013 – испр., 14/2015, 42/2015, 58/2015 – др. закон, 44/2017, 49/2018 и 3/2020.

⁶² Kaznenski zakonik, *Uradni list Republike Slovenije*, št. 55/08, 66/08, 39/09, 91/11, 50/12, 6/16, 54/15, 38/16, 27/17, 23/20, 95/21, 186/21, 105/22 i 16/23. Република Словенија криминализује и непријављивање концентрација које су трећи стуб заштите конкуренције и које постоје и у нашем ЗЗК, али никад нису биле у КЗ.

4.2. САД и Европа

САД је позната по томе што у оквиру Министарства правде постоји посебна Антимонополска дивизија којом руководи један од пандана заменику Врховног јавног тужиоца САД који кривично гони учеснике на тржишту у складу са Шермановим актом,⁶³ који инкриминише закључивање рестриктивних споразума и злоупотребу доминантног положаја. Такође, читава идеја кривичноправног санкционисања потиче из САД-а, док је за простор Европе преваходно заступљен модел санкционисања посредством тела за заштиту конкуренције у управним поступцима.⁶⁴ Међутим, битно је узети у обзир да се амерички правни систем битно разликује од континенталног, поготово због института *punitive damages* који је на некин начин пандан високим новчаним износима на основу мера заштите конкуренције заступљених у Европи које се обрачунавају у процентима годишњег прихода које компаније остварују.

5. ЗАКЉУЧАК

Чудноват пут развоја КЗ у области заштите неспорне фундаменталне вредности слободне тржишне утакмице је неспоран, но оставивши по страни пут који нас је довео у тачку у којој се налазимо неопходно је сагледати суштину, а то је заштита конкуренције. До сад изнета анализа радњи извршења доводи до закључка да је логичније имати или криминализацију рестриктивних споразума и злоупотребе доминантног положаја или декриминализовати оба облика нарушавања.

Ипак, чак и кад су оба облика, иако лоше формулисана, била криминализована статистика је показала да су се случајеви броја осуђених на годишњем нивоу бројали на прсте једне руке који су чинили и мање од 10% поступака пред КЗК из те области.⁶⁵ Стога, чини се да српско друштво, тржиште и правничка струка нису спремни за то кривично дело, ако за њим уопште постоји потреба. Нарочито, јер кривични судови тешко утврђују чињенично стање у оваквим случајевима што ствара претњу да КЗК прејудицира ток кривичних поступака. Такође, око неких питања и квалификација ни ЕСП није могао да заузме чврсто становиште, већ је то препустио телима за заштиту конкуренције. Уз то, чини се да ће декриминализацијом тих дела странке, па и оштећени лакше остваривати своја права и обавезе без икакве штете по јавни интерес, смањењем броја поступака у којима морају да учествују. Тиме би се, такође, решила дилема вагања који је облик нарушавања опаснији и усмерила енергија на неке друге проблеме.

Битно је истаћи да криминолошка теорија заступа став да је управноправни приступ посредством тела за заштиту конкуренције у односу на кривичноправни приступ

⁶³ Sherman Act, Chapter 647 / 51st Congress; 26 stat, 209, 1890 – Ammended through P.L. 108 – 237, 2004, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-3055/uslm/COMPS-3055.xml>, 11. 5. 2023.

⁶⁴ Б. Беговић, В. Павић, Д. В. Поповић, *op. cit.*, 122–123.

⁶⁵ Комисија за заштиту конкуренције – Република Србија, Годишњи извештај о раду Комисије за заштиту конкуренције за године 2012–2015., <http://kzk.gov.rs/izvestaji>, 11. 5. 2023.

Ј. М. Обрадовић, Д. Илић, "Кривична дела против привреде – Кривична регулатива као значајан фактор привредне стабилности", *Пословна економија*, 1/12, 2017, 103. У периоду од 2012–2015. пре Измена и допуна 2016 број покренутих поступака за то кривично дело је био укупно 16, а број осуђених укупно 6 у односу на између 50 и 60 окончаних поступака пред КЗК, не узимајући у обзир оне поступке решене у корист учесника на тржишту.

ефикаснији.⁶⁶ Такође, питање је шта се постиже у једној пост-транзиционој привреди у којој стално ничу све комплексније привредне структуре санкционисањем појединца непрецизно одређеног од стране закона и арбитражно оптуженог и осуђеног од стране органа кривичног поступка који нису уско специјализовани за ту област, осим разапињања тог појединца зарад слања поруке двосмисленог садржаја.

Констатовање радње извршења и лоцирање тог лица или више њих је тек половина пута, јер треба утврдити кривицу тих лица и заиста доказати да правна заблуда не постоји. Кривичне санкције се код привредних деликата не би смеле изрицати без стварне свести привредних субјеката где су заправо погрешили, поготово у привреди која се и даље развија и која подстиче све облике предузетништва. Аутор сматра да таква свест код предузетника и других укључених лица неправничких образовних профила не постоји и ствара ризике и несигурност која може само да створи негативне подстицаје за било какав даљи привредни ангажман и пословање. Такође, таквим санкционисањем се не постижу две најбитније сврхе санкција за нарушавање привреде на било који начин поред казнене, а то су ресторативна и педагошка или едукативна.

Поред свега изнетог, КЗК функционише претежно успешно или се бар њихови резултати из године у годину побољшавају. Наравно, као и овде и у Европи се поставља питање да ли треба пооштрили санкције које тела за заштиту конкуренције изричу, иако то у неким предлозима иде и до 150% годишњег профита.⁶⁷ Аутор сматра да можда треба увести евентуално повећање максималног износа казне за "привредна друштва повратнике" на између 10% и 15% годишњег профита.

Излагање става који аутор заузима напослетку овог рада почиње подсећањем да није свака традиција добра само зато што је устаљена и да, ако постоји кривично дело код којег се орган поступка саплиће у сваком кораку кривичног поступка, оно је или лоше формулисано, или уопште не треба да буде предмет кривичноправне заштите, барем не у том правном поретку и друштву, већ ту вредност треба сачувати на неки други начин. Најзад, аутор сматра да је то кривично дело реликт једног доба пре скоро две деценије у којем је држава хтела разним правним украсима да истакне своју спремност за новопридошли демократски систем и систем слободног тржишта. Међутим сада, у времену у ком су се те (некада можда угрожене) вредности чвршће институционализовале тренутак је да се напусти приступ кривичноправне заштите конкуренције, а да се фокус у овој области преусмери на КЗК као регулаторно тело и управноправну заштиту слободне тржишне утакмице као фундаменталне вредности српског друштва.

ЛИТЕРАТУРА

- Беговић Б., Лабус М., Јовановић А., *Економија за правнике*, Универзитет у Београду – Правни факултет Центар за издаваштво, Београд, 2020¹¹.
- Беговић Б., Павић В., Поповић Д. В., *Увод у право конкуренције*, Универзитет у Београду – Правни факултет Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2019³.
- Васиљевић М. С., Јевремовић Петровић Т., Лепетић Ј., *Компанијско право – Право привредних друштава*, ЈП "Службени гласник", Београд, 2020.

⁶⁶ Н. Д. Лукић, *op. cit.*, 331. Управним мерама се постиже усаглашавање понашања јер поред санкционе имају и регулаторну улогу, побољшавају се услови у компанија, успех примене управног права је већи, а у конкретном случају изречени новчани износи на основу мере заштите конкуренције већи су од оних који би били изречнути у кривичним поступцима.

⁶⁷ W. P. J. Wils, *op. cit.*, 78.

- Вуковић И., *Кривично право – Општи део*, Универзитет у Београду – Правни факултет Центар за издаваштво, Београд, 2021.
- Wils W. P. J., "Is criminalisation of EU competition law the answer?", *Criminalisation of competition law enforcement – Economic and legal implications for member states* (eds. K. J. Cseres, M. P. Schinkel, F. O.W. Vogelaar), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006.
- Делић Н., *Кривично право – Посебни део*, Универзитет у Београду – Правни факултет Центар за издаваштво, Београд, 2022².
- Лукић Н. Д., *Криминалитет компанија*, докторска дисертација, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2017, 333.
- Обрадовић Ј. М., Илић Д., "Кривична дела против привреде – Кривична регулатива као значајан фактор привредне стабилности", *Пословна економија*, 1/12, 2017.
- Рајић В., "Revolution, Evolution and Devolution: Overview of the Past Twenty Years of Competition Legislation in Serbia", *Public Law in Serbia: Twenty years after* (eds. Violeta Beširević), Esperia, London, 2012, 247–248.
- Ристић Б., Поповић Д. В., Беговић Б., *Глосаријум права конкуренције*, Универзитет у Београду – Правни факултет Центар за издаваштво, Београд, 2021.
- Стојановић З., *Коментар Кривичног законика*, Јавно предузеће "Службени гласник", Београд, 2006, 554.
- Томић З. Р., *Опште управно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет Центар за издаваштво и информисање, Београд 2021¹⁴.
- Најије Н. У., "Studying of special practical issues of abuse of dominance", *The Journal of Economic Sciences: Theory and Practice*, 2/69, 2012.
- Шкулић М., *Кривично процесно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет Центар за издаваштво, Београд, 2020¹².

* * *

Igor Muidža*

DECRIMINALISATION OF ABUSE OF DOMINANT POSITION OF 2016.

Summary

Within the framework of passing the Law on amendments and additions of the Criminal code of the year 2016. which is characterised by numerous changes in the Chapter XXII – Criminal offences against economic interests the author focuses on the replacement of the criminal offence of the abuse of monopolistic position (ex – Article 232) by the criminal offence conclusion of the restrictive agreement (Article 229). Via those amendments and additions the number of acts of execution of the criminal offence which protects the competition on the free market has been reduced. The author researches if the decriminalisation of such an offence is justified and what is the situation in the USA, Europe, and especially the states of former Yugoslavia. Finally, he is considering which aspect of the distortion of competition is more dangerous and draws conclusions about the most adequate form of protection of competition and sanctioning of participants in the market who are distorting it.

Keywords: Criminal law, Criminal code of the Republic of Serbia, Abuse of dominant position, Competition law.

* Third-year undergraduate student, University of Belgrade, Faculty of Law – Business law module.

Никола Д. Спасић*

МАСОВНИ НАДЗОР КАО ДОКАЗ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Апстракт: У раду се разматра проблематика и правна природа прикупљених података вршењем масовног надзора комуникација. Масовни надзор представља најзначајније ограничење права на приватност појединца, те се, с тим на уму, први део рада тиче самог појма права на приватност као и транзицијом поменутог права и комуникације из физичког у дигитални свет. Други део рада ближе објашњава појам масовног надзора, прибављених података и актуелних проблема везаних за масовни надзор комуникације.

Кључне речи: право на приватност, комуникација, масовни надзор, прибављени подаци.

1. УВОД

Човек је најпре друштвено биће, те као неминовност треба узети интеракцију њега и других чланова друштва у којем се налази. Иако појединац, и најпростија човекова активност коју предузима у току дана прожета је са безброј интеракција између њега са једне стране и других чланова друштва са друге. При таквом стању ствари можемо констатовати да је свака наша радња нужно повезана са радњама других лица. Свакако заједничка, не нужно увек и свуда, комуникација између најмање два лица са собом носи одређени садржај, као и жељу да исти остане у сфери приватности између учесника самог разговора.

Савремена реалност довела је до применљивости рачунара у разним сферама живота на шта обична, свакодневна комуникација свакако није остала имуна. Ту наилазимо и на први камен спотицања који се тиче самог надзора комуникације, јер Законик о Кривичном поступку Републике Србије,¹ као такву радњу препознаје надзор и заплону писама и других пошиљки. У информатичкој ери каква нас данас окружује, човечанство је прешло дуг пут од писама до комуникације преко e-maila, од разговора фиксном телефонијом до "паметних" телефона, од смс порука до апликација које су намењене дигиталној комуникацији између људи као што су *Telegram*, *Viber*, да би на крају дошли и до апликација за криптоване, заштићене, комуникације у које је увид готово немогуће добити осим ако нисте непосредни учесници разговора; што са једне стране оличава саму срж

* Основне академске студије, трећа година студија, Универзитет у Београду – Правни факултет, nikolaspasic674@gmail.com

¹ *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 - одлука УС.

фундаменталног права на приватност, док са друге стране поставља важно питање неопходности задирања у слободу појединца зарад добробити читаве заједнице.

2. ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ

2.1. Појам права на приватност

Право на приватност представља темељно људско право, признато и заштићено готово свим релевантним документима за заштиту људских права.² Иако човек као појединац себе свакодневно излаже комуникацији са другим људима, он неспорно има право на приватан живот, приватну сферу своје личности. Лингвистичко порекло речи приватност вуче корене из латинског језика где се означавало са "*privare*", што је у дословном преводу значило лишавање, тј способност да одређено лице лишимо информација о нашем приватном животу. Тако је у раном период људске цивилизације "приватна личност" означавала особу која је лишена позиције или ранга или је представљала припадника затворене религијске заједнице.³ Приватан живот представља најинтимнију сферу сваког човека, право да живи на начин на који хоће, опритом да буде заштићен од очију јавности. Право на приватност делује *erga omnes*, има апсолутни домашјај тј. делује према свима; у вертикалној равни представља корелацију између појединаца и државних органа, док у хоризонталној равни право на приватност делује између самих појединаца. Иако право на приватност има апсолутни домашјај, оно није неограничено, те се као важно питање намеће граница права на приватност како у равни са осталим појединцима, тако и у равни са државним апаратом.

Право на приватност је елемент којим се ограничавају радње, државних органа и приватних лица, које угрожавају приватност појединца. Право на приватан живот уобичајено се у правној теорији дефинише као настојање да се искључи могућност да трећа лица сазнају нешто што се односи на одређену личност.⁴ Други теоретичари полазе од тога да је право на приватни живот, заправо захтев да се очува индивидуалност човека као појединца, како би човек, издвојен од радозналости других људи, могао да води живот какав жели. Такав захтев тражи јачу правну заштиту, како би се личност у њу могла повући ако у потпуности хоће да буде самосвојна.⁵ Заштита тајне сфере човекове личности се, у упоредном праву, схвата као објект права на приватност.

Право на приватност се развило у Сједињеним Америчким Државама под утицајем либералистичке доктрине о положају појединца у друштву.⁶ Друштвено-економске,

² Општа декларација о људским правима, усвојена и проглашена од Опште скупштине Резолуцијом 217 А (Ш) 10. децембра 1948., (NN (Међународни део)12/2009), [Општа декларација] чл. 12.; Међународни пакт о грађанским и политичким правима (NN МУ 7/2005), [MPGPP] чл. 17.; Европска конвенција за заштиту људских права и темељних слобода, пречишћен текст (NN МУ 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10), [ЕКЉП] чл. 8.; Организација америчких држава, Америчка конвенција о правима човјека, "Пакт из Сан Хосеа", Костарика, од 22. новембра 1969., 1144 УНТС 123, чл. 11.; Лига арапских држава, Арапска повеља о људским правима од 22. маја 2004. године, 12 Int'l Hum. Rts. Rep. 893 (2005), чл. 21.

³ S. Marks, A. Clapham, *International Human Rights Lexicon*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 259.

⁴ F. Carnelluti, *Diritto alla vita privata*, Roma, 1955, 5., нав. Према: Ž. Sindelić, *Pravo na privatnost – krivično-pravni, krivičnoprocesni i kriminalistički aspekti*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012.

⁵ H. Hubmann, *Das Personenlichkeitsrecht*, Köln, 1976, 320–333., нав. Према: Ž. Sindelić, 2012, *op. cit.*, 7.

⁶ Ž. Sindelić, *Pravo na privatnost – krivično-pravni, krivičnoprocesni i kriminalistički aspekti*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, 9.

политичке промене кроз које је цивилизација пролазила у периоду за нама, са собом су донеле тежње за признањем нових права, захтевајући од обичајног права да одговори таквим захтевима. Закон је у најранијим временима признавао правни значај само физичком мешању у живот и имовину појединца, а тек касније правни поредак је као објект заштите препознао и човекову духовну природу, интелект и осећања. Постепено ширећи свој обим заштите, право на приватан живот постало је право на уживање у животу, право да будете остављени на миру, право на остваривање широких грађанскоправних привилегија.⁷ Овакав развој права био је неизбежан. У последњих неколико деценија развојем технологије дошло је до интензивирања свакодневне комуникације између појединаца. Такав социјални живот, појачане интелектуалне и емоционалне сензације, довеле су до тога да само део бола, патњи лежи у опипљивој повреди физичким стварима – емоције, мисли па и сама комуникација такође су захтевале правну заштиту.

Из права на приватност, схваћеног као апсолутно субјективно право, извиру посебна лична права која ужива појединац, као што су: право на приватан живот, право на приватност породичног живота, право на поштовање приватности дома, право на приватност преписке, право на лик, право на глас, право на списе личног карактера. У даљем тексту рада поједина права ће бити подробније изложена.

2.2. Право на приватност преписке

Човекова свакодневница прожета је комуникацијом између више појединаца. С тим у вези, право на приватност преписке представља право на непрекидну, слободну и нецензурисану комуникацију између двоје или више људи, при чему од воље носиоца конверзације зависи да ли ће и у којој мери, своју преписку изложити очима јавности. Иако се преписка у смислу схватања која су изложена у Конвенцији, поима најпре као размена писмена, она данас обухвата много више од тога.

Дигитална стварност која нас окружује донела је са собом и нове начине на које можемо комуницирати са другим људима, те се сама преписка мора схватати екстензивно. Под појам преписке потпада и комуникација путем електронске поште (имејл), мобилних телефона, као и путем интернет комуникације, која је у данашње време све доминантнији начин комуницирања путем посебних криптованих и некриптованих апликација.⁸ Такође комуникација постоји како између самих појединаца тако и између појединаца и државних органа.⁹

Поштовање преписке намеће обавезу трећим лицима да се уздржавају од контроле, задирања, задржавања писама и других видова комуникације, неовлашћеног отварања, читања, снимања као и даљег репродуковања садржаја преписке. Одступања у овом смеру су дозвољена само у случајевима очувања националне безбедности, као и у случајевима предузимања таксативно наведених доказних радњи у складу са Закоником о кривичном поступку Републике Србије.

Посебне повреде нарушавања права на приватност преписке тичу се аудио и визуалног прислушкивања и снимања,¹⁰ као и тајног надзора комуникације. Законик о кривич-

⁷ S. Warren, L. Brandeis, "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, 1890, 134.

⁸ Taylor-Sabori v. The United Kingdom, 2002

⁹ Niemitz, 1992, Series A, No.251, нав. према: Ž. Sindelić, *op. cit.*, 2012, 9.

¹⁰ PG and JH, 2001, br. 59

ном поступку у свом члану 166. наводи да суд може "на образложени предлог јавног тужиоца" да "одредити надзор и снимање комуникације која се обавља путем телефона или других техничких средстава или надзор електронске или друге адресе осумњиченог и заплену писама и других пошиљки" и то само за *numerus clausus* кривичних дела која су наведена у члану 162, а која се првенствено тичу кривичних дела која су тешко доказива општим доказним радњама, као што су дела која подпадају под делокруг јавног тужилаштва посебне надлежности. Важно је напоменути да постоје ситуације у којима подаци, прикупљени посебном доказном радњом тајног надзора комуникације, не могу послужити као доказ, до чега долази када су приликом спровођења посебних доказних радњи начињене одређене грешке, било у односу на законска правила, било у погледу императивног садржаја одлуке којом је одређена конкретна посебна доказна радња.¹¹ Такође је важно напоменути да се судска одлука не може заснивати искључиво на подацима који су прикупљени на овај начин, иако је сама доказна радња изведена у складу са законом.

Посебна заштита преписке предвиђена је за комуникацију између адвоката и клијента који је лишен слободе. Тако и Законик о кривичном поступку у свом члану 69 став 1 тачка 2, предвиђа право ухапшеног да "са браниоцем" обави "поверљив разговор који се надзире само гледањем, а не и слушањем."

2.3. Међународни прописи који штите право на приватност

2.3.1. Међународни пакт о грађанским и политичким правима

Члан 17. Пакта прописује да "нико не може бити предмет самовољних или незаконитих мешања у његов приватни живот, његову породицу, у његов стан или његову преписку, нити незаконитих повреда нанесених његовој части или његовом угледу", док члан 23. штити породицу и право на склапање брака и оснивање породице, а члан 24. уређује права и заштиту деце и малолетника.

2.3.2. Европска конвенција о људским правима

У ЕКЉП право на приватност представља збирни назив за заштиту неколико на први поглед разнородних права, и то права на поштовање приватног живота, породичног живота, неповредивости дома и преписке, као и части и угледа појединца (члан 8. ЕКЉП). Члан 8. ЕКЉП нам каже:

"1. Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке.

2. Јавне власти неће се мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других."

Поучени страхотама изазваним Другим светским ратом, у периоду фашистичке Европе током тридесетих и четрдесетих година прошлог века, Савет Европе доноси прав-

¹¹ М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2020, 252.

ни акт под називом Европска конвенција о људским правима (у даљем тексту ЕКЉП)¹² који под своје окриље ставља заштиту приватног и породичног живота.

Из поменутог члана 8 став 1 ЕКЉП, проистичу одређена права и обавезе. Наиме, ЕКЉП сваком појединцу гарантује право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке, али намеће и одређене обавезе. У првом реду стоји обавеза државним органима да се не смеју мешати у приватну сферу појединца уколико не постоји сам пристанак појединца о чијем праву се ради или претежнији интерес очувања јавне безбедности у демократском друштву. При сличном становишту стоји и наш важећи Устав који у свом члану 41 наводи да је "тајност писама и других средстава комуникације неповредива" те да су одступања, у том погледу, дозвољена само ако су "неопходна ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије".¹³

Иако је негативна обавеза државе да појединца "остави на миру", доминантна у члану 8 ЕКЉП, став судске праксе је да држава има обавезу да активно учествује у обезбеђивању овог права, кроз процес доношења закона и других општих аката, тиме настојећи да омогући стварно уживање приватног и породичног живота појединца.¹⁴ Право на приватност, загарантовано поменутиим чланом, омогућава појединцу не само да буде заштићен од стране државног апарата већ и од стране других појединаца, институција, укључујући и средства масовне комуникације.¹⁵ Други став члана 8 наводи и околности под којима се јавни органи могу оправдано мешати у права која одређује први став члана 8. Оправданим ограничењем појединца у уживању права из члана 8 ЕКЉП, од стране државе, сматраће се само мешање које је у складу са законом и које је неопходно у демократском друштву, у циљу остварења једног или више легитимних циљева наведених у закону.

Иако је ЕКЉП питање права на приватност уредила са посебном пажњом кроз један засебан члан, прецизно дефинисање поменутог права и даље је остао "идеал ка којем се тежи". Још увек се не зна тачна дефиниција права на приватност, његов опсег, док је и питање граница самог права остало неразјашњено. Недоумице је покушао да нам одгонетне Европски суд за људска права (у даљем тексту ЕСЉП) који у једној својој пресуди наводи: "Право на поштовање приватног живота ограничава се у мери у којој појединац сам доведе свој приватни живот у додир са јавним животом или у тесну везу са другим заштићеним интересима. Тиме је одређен и обим приватног живота".¹⁶ Када ће одређено лице довести свој приватан живот у додир са другим заштићеним интересима, и даље остаје непознаница. Такође, поменути став оставља простор за екстензивно тумачење, што нас може довести у ситуацију где државе, нарочито оне у којима доминира тоталитарни начин владања, користе изнето мишљење не би ли неоправдано задирали у приватну сферу човека, тиме нарушавајући члан 8 ЕКЉП. Имајући на уму све наведено, као и то да живимо у информатичкој ери где наше активности, у дигиталном свету, остају забележене и након предузимања радњи, као и све учесталије ситуације масовног надзора становништва од стране држава, право на приватност захтева редефинисање самог појма

¹² Европска конвенција о људским правима (енгл. *European Convention on Human Rights*) је правни акт Савета Европе о заштити слобода и права, донет у Риму, 4. новембра 1950. године.

¹³ Устав Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021).

¹⁴ *Marckx v. Belgium* (No. 6833/74), 1979.

¹⁵ Став Скупштине Савета Европе одржане 26. јуна 1998. године; доступно на интернет адреси: http://www.coe.ba/pdf/Media_Res_1165_1998_APCE_local_lg.pdf, приступљено: 29. 04. 2023.

¹⁶ *Van Oosterwijk v. Belgium*, 1980.

као и тачно одређивање граница када, како и на који начин се поменуто право може ограничити, јер тамо где је масовни надзор доминантна и учестала појава нема речи ни о праву појединца ни о његовој приватности.

2.4. Право на приватност у дигиталном добу

Свет се неупитно мења, те је данас ноторна чињеница да живимо у дигиталном добу, чија је главна карактеристика пресељење наших живота у виртуелну реалност. Технолошка достигнућа која су директно повезана са развијањем рачунара су унела велике промене у живот човека. У овом процесу комуникација је предњачила, јер се најпре она, као размена информација између два појединца, преселила на интернет.¹⁷

Кривично право представља најснажнији инструмент у арсеналу државне принуде, јер располаже најстрожијим санкцијама које једно друштво познаје.¹⁸ Са друге стране правни поредак, ако га схватимо као систем норми који регулише људске радње, настоји да дефинише и под своје окриље стави све друштвене интеракције и активности, које се предузимају у једној заједници, у којој важи дати правни систем. С тим на уму, све животне навике које нису постојале у моменту легислативних активности, са собом носе потребу ка правном регулисању. Таква промена животних навика, изазвана напретком и доступношћу високе технологије, препозната је и од УН-а, па је Општа скупштина у Резолуцији о праву на приватност у дигитално доба, навела како се сва људска права која су зајамчена *offline* морају штитити и *online*, а нарочито у контексту дигиталних комуникација и масовног надзора. Таква одлука је поздрављена као прва резолуција УН која потврђује да људска права у дигиталном свету морају бити заштићена и промовисана у истој мери, и са истом посвећеношћу, као и људска права у физичком свету.¹⁹

Иако закон не садржи дефиницију права на приватност, механизми за заштиту људских права тражили су његов садржај управо кроз испитивања начина и механизма за кршење поменутог права. Европски Суд за људска права је тако утврдио да се садржај права на приватност односи и на комуникацију е-поштом (преписка путем е-mail), видеопозивима као и на комуникацију путем интернета кроз посебно програмиране апликације као што су *Viber*, *WhatsUp*, *Telegram*, а у одређеним случајевима објект заштите права на приватност односи се и на метаподатке.²⁰

Наиме, системи за масовни надзор често сакупљају метаподатке који представљају податке о комуникацијама (нпр. податке о датуму, локацији, бројеве односно адресе особа које ступају у контакт, без садржаја саме комуникације), али не и сам садржај комуникације.²¹ ЕСЉП је става да у одређеним случајевима прикупљање метаподатака само за себе не представља кршење права на приватност с обзиром на то да мерење тих података није исто што и пресретање садржаја комуникације, али да даље дељење и прослеђивање тих података може представљати кршење права на приватност зајемченог чла-

¹⁷ Глобална рачунарска мрежа, World Wide Web

¹⁸ И. Вуковић, *Кривично право: општи део*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022, 3.

¹⁹ The right to privacy in the digital age, <https://www.ohchr.org/en/stories/2013/10/right-privacy-digital-age>, приступљено: 28. 04. 2023.

²⁰ Kennedy v. the United Kingdom, br. 26839/05, ESLJP (2010).

²¹ Z. Salaj, "Međunarodnopravne implikacije masovnog nadzora elektroničkih komunikacija u kontekstu ljudskih prava, s posebnim osvrtom na sigurnosno-obavještajni sustav u Republici Hrvatskoj", *Zagrebačka pravna revija*, 6-1/2017, 33.

ном 8. ЕКЈП-а.²² У том смислу је битно нагласити да чување података и даље дељење података, прикупљених надзором комуникације, која се одвија у дигиталном простору, с трећом страном могу представљати засебну даљу повреду права на приватност.

3. МАСОВНИ НАДЗОР

3.1. Појам масовног надзора

Питање масовног надзора на велика врата заузима светску сцену након што је *Edward Snowden*, припадник Централне обавештајне агенције и сарадник Националне безбедносне агенције САД (у даљем тексту НСА), у јавност изнео податке који су сведочили о великом броју тајних пројеката масовног надзора од стране САД. *Snowden* је јуна 2013. године сазнања до којих је дошао, предао новинарима "The Guardian"-а и "The Washington Post"-а. Таква одлука за последицу је имала геополитички и међународноправни потрес без преседана, док је *Snowden* проглашен најпознатијим светским узбуњивачем, иако не и први који је на светло дана изложио рад НСА-а.²³ Документи до којих је *Snowden* дошао, су том приликом разоткрили до тада непознат опсег и метод рада система за масовни надзор електронске комуникације од стране америчких и британских државних агенција.

Масовни надзор је сложен надзор над читавом или значајним делом популације у циљу праћења те групе грађана.²⁴ Најзначајнија одлика масовног надзора јесте да је у бити неселективни надзор шире популације, који користи системе или технологије који прикупљају, анализирају и генеришу податке о неограниченом или великом броју људи уместо да ограничавају надзор на појединце, за које постоји основана сумња да су починили прекршаје. Тако схваћен појам масовног надзора представља карактеристичну одлику тоталитарних режима, такође он је И најдоминантнија претња која угрожава право на приватност човека у 21. веку. Управо из тог разлога, масовни надзор је често критикован због кршења права на приватност, ограничавања грађанских и политичких права и слобода и незаконитости према неким правним или уставним системима.²⁵

Када говоримо о заштити националне безбедности, доба у којем живимо колоквијално се назива и "Post 9/11 era", а означава раздобље након напада на зграде Светског трговинског центра у Њу Јорку 11. септембра 2001. године, али и друге терористичке нападе који су се одиграли у Мадриду 2004. године и Лондону 2005. године. Поменути догађаји навели су међународну заједницу, пре свега УН²⁶ и ЕУ²⁷ на предузимање легислативних активности у циљу сузбијања терористичких аката и очувања националне безбедности. Све одлуке које су тим поводом донете, стављене су под исти корпус борбе против тероризма, науштрб уживања основних људских права појединца, тиме и права на приватност. Управо

²² P.G. i J.H. v. the United Kingdom, br. 44787/98, ESLJP (2001).

²³ The Guardian's Audio Long Reads, How the Pentagon punished NSA whistleblowers, <https://www.theguardian.com/news/audio/2016/jun/03/how-the-pentagon-punishednsa-whistleblowers>, приступљено : 28. 04. 2023

²⁴ New Privacy International report shows that 21 European countries are unlawfully retaining personal data, <https://www.privacyinternational.org/press-release/52/new-privacy-international-report-shows-21-european-countries-are-unlawfully>, приступљено: 28. 04. 2023

²⁵ E. Watt, "The right to privacy and the future of mass surveillance", *The International Journal of Human Rights*, 2017, 773–799.

²⁶ Савет безбедности, Resolution, UN Doc. C/REC/1373 (2001) од 28. септембра 2001.

²⁷ Директива 2006/24/ЕЗ Европског парламента и Већа од 15. марта 2006. о задржавању података добивених или обрађених у вези с пружањем јавно доступних електронских комуникацијских услуга или јавних комуникацијских мрежа и о измени Директиве 2002/58/ЕЗ.

позивање на потребу очувања националне безбедности, представља аргумент који оправдава системе за масовни надзор као само вршење масовног надзора од стране држава. И док суверене државе задржавају право на избор најделотворнијег средства за очување помених вредности, предметни избори држава, у сваком конкретном случају, могу бити подложни испитивању од стране механизма за заштиту људских права.

Масовни надзор често се поима као неопходно средство у борби против тероризма, спречавању криминала и вршењу злочина, контроли становништва, очувања националне безбедности и суверености држава, имајући на уму циљеве који се пред њега стављају системи за масовни надзор представљају сложен механизам за чије деловање је неопходна финансијска, техничка, оперативна организација на највишем нивоу власти. С тим у вези, системи за масовни надзор представљају сложен механизам за чије деловање је неопходна финансијска, техничка, оперативна организација на највишем нивоу власти. Из тог разлога и не чуди да управо најмоћније светске економије, као што су Сједињене Америчке Државе и Уједињено Краљевство, предњаче у погледу поседовања система за масовни надзор. Поменуте државе нису усамљене у вршењу масовног надзора, поред њих ту су свакако Немачка, Француска, Русија, Мађарска, док глобално истраживачко новинарство и медијски аутлети за објаву тајних докумената који су "процурели" у јавност од стране узбуњивача и хакера, као што је "Wikileaks", дају примере око 25 држава које чине исто.²⁸ Уједињене нације су, тим поводом, изразиле забринутост због политика и праксе све већег броја држава које искоришћавају рањивост дигиталних комуникација те уводе масовни надзор не као "неопходну меру", већ као "опасну навику", истичући посебно сарадњу између држава и приватних компанија у извршавању таква надзора. Државе на тај начин, занемарујући властиту инфраструктуру система за масовни надзор, све чешће посежу за подацима које приватне компаније имају о својим клијентима.²⁹ Наведена пракса нам показује сву рањивост масовног надзора као и мета према којима се исти примењује, такође можемо увидети и међународноправну рањивост система за масовни надзор, поготово када се ради о надзору лица који се налазе изван територије држава која масовни надзор и примењују.

3.2. Масовни надзор у контексту људских права

Као што је раније речено, право на приватност представља темељно право сваког појединца у грађанском друштву, које је као такво заштићено свим међународноправним документима за заштиту људских права. Пресретање и тајни надзор комуникације, као и масовни надзор комуникације, по својој бити су ограничења уживања поменутог права које припада појединцу. Међународноправни документи, имајући то на уму, признају и ограничење права на приватност од стране државе, све док су та ограничења законита и неарбитарна.³⁰

Међународни пакт о грађанским и политичким правима (у даљем тексту МПГПП), најзначајнији инструмент за заштиту људских права са више од 165 ратифика-

²⁸ Wikileaks, The Spy Files, <https://wikileaks.org/the-spyfiles.html>, приступљено: 06. 05. 2023

²⁹ Европски парламент, Извештај о постојању глобалног система за пресретање приватне и комерцијалне комуникације (Систем за пресретање ECHELON) (2001/2098(INI)), 11. јул 2001, 134

³⁰ Izveštaj, 7-9: Odbor za prava čoveka, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, David Kaye.

ција у домаћим правним системима,³¹ у свом члану 2 став 1 наводи да су државе потписнице у обавези да наведена права осигурају и јемче "свим особама на свом подручју и подручјима која се налазе под њеном јурисдикцијом". Оно што ствара проблем јесте техничка сложеност система за масовни надзор, који нам данас, у својој примени, омогућавају праћење комуникација између појединаца који се не налазе на подручју државе која врши надзор. Стога се поставља питање екстратериторијалне примене тих међународних уговора, односно опсега заштите која је осигурана појединцима чији надзор комуникације омогућују управо наведене инфраструктуре, а који нису становници подручја државе која надзор обавља. Међународни Суд је у свом саветодавном мишљењу о градњи зида на окупираном Палестинском подручју утврдио да се МПГПП примењује екстратериторијално у случајевима када војне снаге одређене државе физички окупирају неко подручје кроз дуже време.³² Надаље, Одбор за људска права у предмету Лопез Бургос против Уругваја истакао је како би тумачење МПГПП, на начин да се допушта држави да крши људска права изван својих граница било неразумно.³³ Из наведених примера произлази да се за екстратериторијалну примену и обавезност инструмената за заштиту људских права тражи одређена физичка и фактична контрола државе над подручјем, односно над појединцем. Можемо приметити да, у случају масовног надзора, изостаје елемент ефективне физичке контроле над појединцем јер је просторни елемент масовног надзора, у условима које осигурава модерна технологија, заправо и беспредметан с обзиром на то да се праћење извршава без обзира на локацију појединца, односно без потребе ефективне физичке контроле над појединцем каква се захтева за екстратериторијалну примену међународних инструмената.³⁴

Није згорег осврнути се на ЕКЉП која у свом члану 8 јемчи право на приватност, те нам у следећем ставу поменутог члана наводи како се "јавне власти неће мешати у вршење овог права, сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље". Из наведеног можемо закључити да су одступања тј ограничења од вршења права на приватност могућа, али такође и да јавне власти могу задирати у право појединца само из *numerus clausus* наведених разлога. Иако је слово законодавца доста ригидно, Суд у Стразбуру није пропустио да додатно уредити спорна питања ограничења права на приватност кроз вршење тајног надзора од стране јавних власти, те је развио неколико критеријума односно мера заштите приликом тајног надзора комуникација, који морају бити регулисана унутрашњим правом како би се избегле злоупотребе.³⁵

Доказни поступак је скуп делатности суда и странака и есенција је фазе главног претреса.³⁶ Да би тајни надзор комуникације могао да се спроведе као доказна радња, не би ли подаци прикупљени вршењем тајног надзора комуникације имали неопходан степен доказне валидности и као такви могли бити употребљени као доказ у кривичном

³¹ Status Of Ratification Interactive Dashboard, <http://indicators.ohchr.org/>, приступљено: 07.05.2023

³² Правне последице изградње зида на Окупираном палестинском подручју, Саветодавно мишљење, ICJ Reports 2004, 136, § 111

³³ Lopez Burgos v. Uruguay, § 12.3.

³⁴ M. Milanović, *Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age*, 56 HARV. INT'L L. REV. 81 (2015), 120.

³⁵ *Kruslin v. France*, 24.04.1990., par. 35; *Weber and Saravia v. Germany*, app. no. 54934/00, par. 95

³⁶ В. Ђурђић, *Кривично процесно право – посебни део*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2017, 143.

поступку, ЕСЈП је става да домаћа законска решења на основу којих је одређена поменута доказна радња морају садржати одређене елементе. Ту се најпре мисли на природу и врсту кривичних дела у погледу којих је одређен надзор; категорију лица чија комуникација може бити надзирана; трајање надзора; поступак за приступ, испитивање, коришћење и чување прибављених података; мере предострожности које треба предузети приликом преношења података другим субјектима; околности под којима прибављени подаци могу или морају бити избрисани или уништени; контролом примене тајног надзора од стране независног тела; обавештење лица која су била под надзором; постојањем ефикасног правног средства којим би се оспоравала основаност надзора.³⁷ Сви наведени захтеви се стављају и испред масовног надзора комуникације, са тим што се према мишљењу ЕСЈП одступа од прва два услова, јер они, имајући на уму правну природу и циљ поменуте радње, нису применљиви. ЕСЈП као неопходан услов примене масовног надзора наводи да "Унутрашњим правом треба јасно прописати основ због кога може бити одређен масовни надзор те околности под којима лична комуникација може бити предмет надзора."³⁸ На тај начин се, испред држава које примењују масовни надзор, као императив ставља захтев за детаљном легислативном активношћу, у погледа правила под којим условима се може приступити вршењу наведене радње. Остаје бојазан да се радња масовног надзора комуникације, имајући на уму циљ и ефекат који се жели постићи, предузима мимо прописаних захтева за њену примену, те се као логично намеће питање доказног кредибилитета на тај начин прикупљених података.

Члан 13 ЕКЈП у свом тексту каже да "Свако чија су права и слободе, призната овом Конвенцијом нарушена, има право на правни лек пред националним властима, чак и онда када су повреду ових права и слобода учиниле особе у вршењу своје службене дужности", те нам тиме јемчи право на ефикасно правно средство сваког појединца. ЕСЈП, у вези са наведеним чланом, стоји при схватању да поменуто право треба да буде обезбеђено свакоме ко верује да је његова комуникација била под надзором, а у циљу испитивања законитости самог надзора или усаглашеност надзора са Конвенцијом.³⁹ Наведеним мишљењем, акценат се ставља на један од примарних захтева за предузимање ове мере а то је обавештење лица која су била под надзором, што је и крајње логично решење јер у одсуству таквих сазнања лице не би било у ситуацији да искористи своје право зајемчено чланом 13 ЕКЈП. Као што је већ речено, масовни надзор је сложен надзор над читавим или значајним делом популације у циљу праћења те групе грађана. Ако масовни надзор схватимо на тај начин, обавештење сваког лица који је мета надзора је крајње неспроводљиво, с тога ЕСЈП сматра да могућност подношења правног лека не треба везивати за претходно обавештавање лица о томе, већ право на подношење правног лека треба да има свако ко сумња да је његова комуникација била предмет надзора.⁴⁰ Без улажења у анализу одлука ЕСЈП, одређени број међународних организација и тела стоји на становишту да масовни надзор комуникације са собом мора повлачити и примену деловотворних инструмената за заштиту људских права.⁴¹

³⁷ V. Bajović, "Enrochat i Sky ECC komunikacija kao dokaz u krivičnom postupku", *Crimen*, 2/2022, Beograd, 2022, 171.

³⁸ Case of Big Brother Watch and others v. The United Kingdom, no. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, par. 348.

³⁹ Big Brother Watch, par. 357

⁴⁰ V. Bajović, *op. cit.*, 172.

⁴¹ UNGA, *The Right to Privacy in the Digital Age*, UN Doc. A/C.3/68/L.45/Rev.1.

4. ПРАВНА ВАЉАНОСТ ПРИБАВЉЕНИХ ПОДАТАКА

На почетку разматрања о подацима који су прибављени вршењем масовног надзора, неопходно је указати на то да постоји више начина надзора комуникација, те да је природа података нераскидиво везана за природу самог надзора. Главно разлучивање се прави на окосници између циљаног и масовног надзора комуникација, који, иако дијаметрално супротни, деле много тога заједничког.

4.1. Циљани надзор – подаци прибављени тајним надзором комуникације

Циљани надзор се, за разлику од масовног надзора комуникације, користи у кривичном поступку као посебна доказна радња која је као таква предвиђена Закоником о кривичном поступку. Наведени законик који важи у правном систему Републике Србије у свом члану 166 наводи да "на образложен предлог јавног тужиоца суд може одредити надзор и снимање комуникације која се обавља путем телефона или других техничких средстава или надзор електронске или друге адресе осумњиченог и заплелу писама и других пошиљки".

Да би подаци који су прибављени вршењем доказне радње тајног надзора комуникације имали неопходан степен доказног кредибилитета, неопходно је да се испуне материјални и формални предуслови за предузимање поменуте доказне радње. Материјални услов се стиче у постојању два елемента: први се односи на врсту кривичних дела у погледу којих можемо предузимати посебне доказне радње, док се други елемент тиче тешкоћа прикупљања неопходних доказа за вођење кривичног поступка. ЗКП у члану 162 таксативно набраја каталог кривичних дела у погледу којих можемо предузимати меру тајног надзора. Међу наведеним делима налазе се и дела тешког убиства, разбојништва, примање као давање мита у обављању привредне делатности, неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога, трговина људима као и за нас најинтригантнија дела "за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности". У групу дела која су последња наведена, између осталог, спадају и дела која се тичу организованог криминала, у погледу чијег откривања се масовни надзор комуникација све интензивније користи.

Законодавно решење јесте и крајње логично, јер за сва наведена кривична дела постоји бојазан да се докази не могу на други начин прикупити тј. да су се опште доказне радње, у поменутим случајевима, показале као неделотворне. Формални услов садржан је у неопходности одлуке суда о предузимању ове мере, прецизније судије за претходни поступак, а на иницијативу надлежног јавног тужиоца. Одлука се доноси у форми образложене наредбе која, по слову закона садржаном у члану 167 став 2 ЗКП, мора да садржи податке о лицу према коме се мера одређује, законски назив кривичног дела за које постоји основана сумња да је извршено, неопходне разлога на којима се заснива сумња, означавање броја телефона или адресе која се надзире те обим и трајање надзора. Тајни надзор може трајати три месеца, са тим да се због неопходности даљег прикупљања доказа може продужити највише за три месеца.⁴²

Меру тајног надзора комуникације на територији Републике Србије једино су овлашћени да предузимају полиција, Безбедносно-информативна агенција и Војно-безбед-

⁴² С. Бејатовић, *Кривично процесно право*, Службени гласник, Београд, 2019, 352.

носна агенција. Што нас даље може навести на закључак да једино подаци који су прикупљени од стране поменутих служби могу послужити као доказ у кривичном поступку, те да подаци који су прикупљени супротно члану 168 став 1 ЗКП, представљају "плодове трулог дрвета" који, као такви, не могу имати неопходан степен доказне валидности да би се на њима засновала судска одлука. Како би се избегла ситуација да се одлука суда заснива на правно неваљаним доказима, честе су ситуације када подаци прикупљени доказном радњом тајног надзора комуникација не могу бити коришћени у кривичном поступку, до чега долази када су приликом спровођења посебних доказних радњи начињене одређене грешке.⁴³ Такав материјал тада ни фактички, као ни формално, нема значаја доказа, нити било какав процесно правни значај, а с обзиром на, по правилу, изразиту "осетљивост" информација до којих се долази предузимањем посебних доказних радњи, законодавац, у члану 163 став 1 ЗКП, прописује обавезно уништавања таквог материјала.⁴⁴

4.2. Подаци прибављени масовним надзором комуникације

Масовни надзор се, за разлику од циљаног надзора који је доказна радња у кривичном поступку, махом користи од стране обавештајних служби, у циљу прикупљања обавештајних података.⁴⁵ Овако изнето схватање није у свему доследно, јер се и масовни надзор може користити ради откривања и спречавања одређених кривичних дела, као и праћења комуникације појединих лица. У једном од најзначајних предмета, који се тичу масовног надзора "Big Brother Watch", ЕСЉП је изнео мишљење да и када је случај да се надзире појединац "не надзиру се уређаји тих појединаца већ се појединци 'циљају' применом јаких селектора на комуникације које се већ прате од стране обавештајних служби".⁴⁶

Из изнетог става можемо закључити да обавештајне службе врше надзор комуникације над групом људи или делом популације једне земље која се одвија преко надзираних сервера за комуникацију, а све у циљу стицања обавештајних података. Тек у следећој фази своје операције, обавештајне службе из "мора" информација и података који су добили, извлаче и посебно надзиру комуникације лица за које постоји извештан степен сумње да планирају или су извршили одређена кривична дела. ЕСЉП посебно наглашава да масовни надзор махом обухвата комуникацију која се одвија ван државних граница, јер је у многим случајевима интерес државе да надзире комуникацију особа које се налазе ван њене територијалне надлежности, што није могуће остварити циљаним надзором.⁴⁷ Даља разматрања нас наводе на закључак да уколико једна држава шаље одређене податке или информације другој држави, о лицима за које постоји одређен степен сумње да су извршили кривична дела на територији државе која нема таква сазнања, у оквиру међународно правне помоћи, не може бити речи о циљаном већ једино о екстратериторијалном масовном надзору.

5. АКТУЕЛНИ ПРОБЛЕМИ

Питања везана за податке који су прикупљени масовним надзором комуникација, у жижу светске јавности доспели су 2017. године, када су Француске извршне власти

⁴³ М. Шкулић, *op. cit.*, 252

⁴⁴ *Ibid.*, 251

⁴⁵ Big Brother Watch, par. 332.

⁴⁶ Big Brother Watch, par. 345–346.

⁴⁷ V. Bajović, *op. cit.*, 170.

дошле до сазнања да припадници организованих криминалних група своју комуникацију воде преко апликација које су намењене за криптовану комуникацију, као што су *EncroChat* и *Sky ECC*.

Поменуте компаније су легално пословале на глобалном нивоу, са циљем да својим корисницима обезбеде потпуну анонимност приликом размене информација. Анонимност комуникације се обезбеђивала аутоматским шифровањем поруке која се шаље, тако да се, и под претпоставком њеног "хватања" током преноса, она без кода за дешифровања не може прочитати, док се анонимност корисника обезбеђивала тиме што приликом куповине или инсталације ових уређаја корисник не оставља своје личне податке, а на "мрежи" односно током комуникације са другим корисницима се користио надимак који би корисник сам себи дао.⁴⁸ Као предуслов за коришћење апликација, корисницима је био потребан "паметан" телефон на који би се инсталирао програм апликације за криптоване поруке. Након што апликација буде инсталирана, исти телефон се не може користити у друге сврхе, такође за поменуте услуге и гаранције, корисници су плаћали месечну надокнаду.

У случају који се тиче откривања комуникација на *EncroChat* платформи, анализом заплениених телефона, дошло се до закључка да се комуникација одвијала преко сервера који се налазио у Француској, па је наредбом истражног судије у Лилу дозвољен надзор компјутерских података на серверу и терминалима повезаним са тим сервером.⁴⁹ Када говоримо о *Sky ECC* платформи, Еуропол је издао саопштење у којем наводи да су истражни тимови Белгије, Француске и Холандије уз подршку Еуропол-а и Еуројуст-а, извршили велики број претреса и одузимања предмета широм Европе и да су том приликом лишили слободе на стотине припадника организованих криминалних група, након што су успели да дешифрују комуникацију која се одвијала путем *Sky ECC* платформе.⁵⁰ Оно што завређује пажњу, али и бојазан светске јавности, јесу и тврдње да је у периоду фебруара месеца 2021. године, полиција надзирала комуникацију 70.000 корисника⁵¹, који су се налази на територији држава које врше надзор али и ван њих.

Дубиоза проблематике прикупљених података на овај начин, у том је већа јер је интезивирала питање доказне валидности података прикупљених у иностранству. ЗКП у члану 16. став 1. изричито забрањује "заснивање судских одлука на доказима који су сами по себи или према начину прибављања, у супротности са Уставом, ЗКП, другим законима или општеприхваћеним правилима међународног права", те се као предуслов за извођењем доказа и каснијим заснивањем судских одлука над тим доказима, мора размотрити начин њиховом прибављања. Према начину прибављања постоји подела доказа на дозвољене и недозвољене доказе.⁵² У нашем праву поменути подаци до којих су дошли страни државни органи, прихваћени су кроз институт "Међународно правне помоћи". Али то није довољно да би се објаснило порекло података до којих се дошло, већ се мора отићи корак даље до извора самог доказа, односно начина на који се до података дошло у тој држави.

⁴⁸ V. Bajović, *op. cit.*, 155.

⁴⁹ Higher Regional Court Hamburg 2nd Criminal Senate, no. Ws 2/21 – 7 OBL 3/21 v. 29. 01. 2021., par. 8, <https://www.landesrecht-hamburg.de/bsha/document/JURE210003021>, 21. Avgust 2022.

⁵⁰ EUCRIM, The European Criminal Law Associations' Forum, 2021/1, p. 22., https://eucrim.eu/media/issue/pdf/eucrim_issue_2021-01.pdf, приступљено: 03.05.2023

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Д. Радуловић, *Кривично процесно право*, Правни факултет у Подгорици, Подгорица, 2002, 192.

Надзор над мрежом *EncroChat* спроведен је на основу наредбе суда и то "упадом у рачунарски систем", на тај начин што су власти послале обавештење корисницима да ажурирају своје апликације након чега би убацили вирус у своје уређаје, а на основу члана 706–101–2 француског ЗКП, такође претпоставља се да је и *Sky* комуникација прибављена на сличан начин.⁵³ Поменуту радњу "упад у рачунарски систем" познају и признају свега 7 Европских држава⁵⁴, међу којима се не налази Србија, штавише КЗ Републике Србије у члану 300 став 2 каже "Ко унесе рачунарски вирус у туђ рачунар...и тиме проузрукује штету, казниће се новчаном казном или затвором до три године". Тиме је управо радња којом се дошло да података прибављеним масовним надзором комуникације од стране Француских власти, у конкретном случају надзора комуникације која се одвијала на *EncroChat* и *Sky ECC* платформи, у правном систему Републике Србије прописана као кривично дело.

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Масовни надзор и право на приватност, налазе се на дијаметрално супростављеној равни између којих стоји човек као појединац у данашњем друштву. Време у којем живимо, а поготово оно које тек долази за нама, пред нас ставља неколико задатака у правцу редефинисања наведених појмова. Најпре, право на приватност мора оивичити своје спољне границе, како би спречило државни апарат да, користећи монопол физичке али и дигиталне силе, угрози фундаментално људско право које је данас у ери слобода, угрожено више него икад. Живимо у свету где је човек све слободнији да каже оно шта мисли, са све више речи које не сме да изговори. При таквом чињеничном стању, захтев појединца "да буде остављен на миру", треба да представља путоказ при следећим легитимним активностима у правцу очувања људских права.

Масовни надзор, са друге стране, јесте антипод схватању да човек не сме да буде диран у својој приватној сфери. Наше слободе су ограничене у оној мери у којој исте, ограничавају слободе других око нас. Како би масовни надзор био добар слуга, а не лош господар, правни поредак мора јасно да уреди питање правног основа на коме се заснива масовни надзор, начина на који се исти врши, као и различита правна средства која ће појединцу пружати сигурно уточиште од самовоље оних који масовним надзором и управљају.

На крају, користим прилику да се осврнем на капитално дело *Georga Orwell-a* "1984" у којем нас упозорава да се "они који не постану свесни, никада неће побунити, а све док се не побуне не могу постати свесни". Човек је данас свестан угрожености своје приватне сфере, те стога као егзистенцијалну борбу, пред собом, мора ставити борбу за очување његовог приватног бића, као појединца, у оквиру једног друштва. У супротном од права на приватност остаће само идеал, масовни надзор постаће јава, док ће се приватност свести искључиво на мисао о којој човек размишља.

ЛИТЕРАТУРА

Vajović V., "Encrochat i Sky i ECC komunikacija kao dokaz u krivičnom postupku", *Crimen*, 2/2022.

Бејатовић С., *Кривично процесно право*, Службени гласник, Београд, 2019.

Warren S., Brandeis L., "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, 1890.

⁵³ V. Vajović, *op. cit.*, 158

⁵⁴ То су Француска, Немачка, Холандија, Данска, Пољска, Шведска, Швајцарска.

- Watt E., "The right to privacy and the future of mass surveillance", *The International Journal of Human Rights*, 2017.
- Вуковић И., *Кривично право: општи део*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022.
- Ђурђић В., *Кривично процесно право – посебни део*, Центар за публикацију Правног факултета у Нишу, Ниш, 2017.
- Marks S., Clapham A., *International Human Rights Lexicon*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- Milanović M., "Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age", *Harvard International Law Journal*, 1/2015.
- Радуловић Д., *Кривично процесно право*, Правни факултет у Подгорици, Подгорица, 2002.
- Salaj Z., Међународноправне импликације масовног надзора електроничких комуникација у контексту људских права, s posebnim osvrtom na sigurnosno-obavještajni sustav u Republici Hrvatskoj, *Zagrebačka pravna revija*, 6-1/2017.
- Sindelić Ž., *Pravo na privatnost – krivičnopravni, krivičnoprocesni i kriminalistički aspekti*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012.
- Шкулић М., *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2020.

* * *

Nikola D. Spasić*

MASS SURVEILLANCE AS EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

The paper discusses the issues and legal nature of data collected through mass surveillance of communications. Mass surveillance represents the most significant limitation of an individual's right to privacy, bearing that in mind, the first part of the paper concerns the very concept of the right to privacy, as well as the transition of said right and communication from the physical to the digital privacy. The second part of the paper explains in more detail the concept of mass surveillance, the obtained data and current problems related to mass surveillance of communications.

Keywords: right to privacy, communication, mass surveillance, acquired data.

* Third year undergraduate student, Faculty of Law, University of Belgrade., nikolaspasic674@gmail.com

Технички уредник:

Саша Ђорђевић

Припрема за штампу:

Intermex, Београд

Штампа:

Сајнос, Нови Сад

ISBN:

978-86-6132-074-3

Тираж:

200

Адреса редакције:

Универзитет у Београд – Правни факултет

Булевар краља Александра 67

Тел./факс: 30-27-725, 30-27-776

e-mail: udruzenje.mkp@gmail.com, centar@ius.bg.ac.rs

web: <https://umkp.rs/>, www.ius.bg.ac.rs

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

341.4(082)

343(497.16)(082)

МЕЂУНАРОДНА научна конференција „Раскршћа међународног
кривичног и кривичног права – реформа правосудних закона
Републике Србије“ (2023 ; Палић)

Зборник радова са Међународне научне конференције
„Раскршћа међународног кривичног и кривичног права – реформа
правосудних закона Републике Србије“, Палић, 16–19. јун 2023. год.
/ [уредници Милан Шкулић, Ивана Миљуш, Алекса Шкундрић]. –
Београд : Удружење за међународно кривично право : Универзитет,
Правни факултет, 2023 (Нови Сад : Сајнос). – 777 стр. ; 24 cm

Тираж 200. – Радови на срп. и енгл. језику. – Стр. 9–10: Предговор
/ уредници. – Напомене и библиографске референце уз текст. –
Библиографија уз сваки рад. – Summaries.

ISBN 978-86-6132-074-3 (ПФ)

а) Међународно кривично право -- Зборници

б) Кривично право -- Србија -- Зборници

COBISS.SR-ID 119252233

