



УДРУЖЕЊЕ ЗА МЕЂУНАРОДНО КРИВИЧНО ПРАВО  
INTERNATIONAL CRIMINAL LAW ASSOCIATION

ЗБОРНИК РАДОВА СА МЕЂУНАРОДНЕ НАУЧНЕ КОНФЕРЕНЦИЈЕ

**„ОДНОС МЕЂУНАРОДНОГ  
КРИВИЧНОГ И НАЦИОНАЛНОГ  
КРИВИЧНОГ ПРАВА“**

*Том 1*



Палић, 14–17. јун 2024.

## „ОДНОС МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ И НАЦИОНАЛНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА“

**Издавач:** 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 Правног факултета Универзитета у Београду  
асс. Алекса Шкундрић, секретар Удружења за међународно кривично право

**Уредници:** проф. др Милан Шкулић  
проф. др Родољуб Етински  
доц. др Ивана Миљуш  
асс. Алекса Шкундрић

**Рецензенти:** Академик проф. др Владо Камбовски, Северна Македонија  
проф. др Станко Бејатовић, Србија  
проф. др Вид Јакулин, Словенија  
проф. др Татјана Бугарски, Србија  
проф. др Вања Бајовић, Србија  
проф. др Александар Гајић, Србија

**Програмски одбор:** проф. др Елена Багреева Геннадиевна (Русија), проф. др Мирзоев Гасан Борисович, ректор Академије адвокатури и нотарства (Русија), проф. др Санџив П. Сани (Индија), проф. др Моника Сани (Индија), Барабара Јануш-Пол (Пољска), Елена Дијаз Галан (Шпанија), Харолд Бертог Тријана (Шпанија), проф. др Анита Куртовић-Мисић (Хрватска), проф. др Игор Вулетић (Хрватска), проф. др Коку Маријус Менсах (Словенија), проф. др Жан Батист Букуру (Бурунди), 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 Милијана Буха (Босна и Херцеговина – Република Српска), доц. др Јелена Ђуришић (Црна Гора), проф. др Бранко Ракић, проф. др Владан Петров, судија Уставног суда Републике Србије, проф. др Бојан Милисављевић, проф. др Божидар Бановић, др Ивана Стевановић, директорка Института за криминолошка и социолошка истраживања, проф. др Бранислав Ристивојевић, др Горан Илић, јавни тужилац Врховног јавног тужилаштва, проф. др Александра Илић, Ненад Вујић, директор Правосудне академије, проф. др Наталија Лукић, доц. др Иван Ђокић, асс. Ивана Радисављевић, Тома Фила, адвокат, Горан Петронијевић, адвокат, Момчило Булатовић, председник АК Београда, др Вељко Делибашић, председник АК Србије, Драгомир Милојевић.

**Организациони одбор:** проф. др Милан Шкулић, судија и заменик председника Уставног суда Републике Србије (председник), проф. др Миленко Крећа, бивши судија *ad hoc* Међународног суда правде и Европског суда за људска права, проф. др Родољуб Етински, проф. др Славољуб Вукићевић, мр Томислав Стојковић, адвокат, доц. др Ивана Миљуш, Мирослав Бојић, Новица Пековић, мр Дарко Тадић, асс. Алекса Шкундрић.

**Припрему и објављивање овог Зборника подржало је Министарство науке, технолошког развоја и иновације Републике Србије.**

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.

Београд, 2024.



УДРУЖЕЊЕ ЗА МЕЂУНАРОДНО КРИВИЧНО ПРАВО  
INTERNATIONAL CRIMINAL LAW ASSOCIATION

COLLECTION OF PAPERS PRESENTED AT THE INTERNATIONAL  
SCIENTIFIC CONFERENCE

**“RELATION BETWEEN  
INTERNATIONAL AND NATIONAL  
CRIMINAL LAW”**

*Vol. 1*



Palić, Serbia, June 14<sup>th</sup> –17<sup>th</sup> 2024.

## “RELATION BETWEEN INTERNATIONAL AND NATIONAL CRIMINAL LAW”

**Publisher:** International Criminal Law Association and University of Belgrade – Faculty of Law

**For Publisher:** prof. dr Milenko Kreća, President of the International Criminal Law Association  
prof. dr Zoran Mirković, Dean of the University of Belgrade – Faculty of Law  
ass. Aleksa Škundrić, Secretary of the International Criminal Law Association

**Editors:** prof. dr Milan Škulić  
prof. dr Rodoljub Etinski  
doc. dr Ivana Miljuš  
ass. Aleksa Škundrić

**Reviewers:** Academician prof. dr Vlado Kambovski, North Macedonia  
prof. dr Stanko Bejatović, Serbia  
prof. dr Vid Jakulin, Slovenia  
prof. dr Tatjana Bugarski, Serbia  
prof. dr Vanja Bajović, Serbia  
prof. dr Aleksandar Gajić, Serbia

**Program Board:** prof. dr Elena Bagreeva Genadievna (Russia), prof. dr Mirzoev Gasan Borisovič (Russia), prof. dr Sanjeev P. Sahni (India), prof. dr Monica Sahni (India), Barbara Janusz-Pohl (Poland), Elena Diaz Galan (Spain), Harold Bertot Triana (Spain), prof. dr Anita Kurtović-Misić (Croatia), prof. dr Igor Vuletić (Croatia), prof. dr Cocou Marius Mensah (Slovenia), prof. dr Jean Baptiste Bukuru (Burundi), prof. dr Vari Vince (Hungary), prof. dr Miloš Babić (Bosnia and Herzegovina – Republika Srpska), prof. dr Ivanka Marković (Bosnia and Herzegovina – Republika Srpska), doc. dr Jelena Đurišić (Montenegro), prof. dr Milijana Buha (Bosnia and Herzegovina – Republika Srpska), prof. dr Branko Rakić, prof. dr Vladan Petrov, Judge of the Constitutional Court of the Republic of Serbia, prof. dr Bojan Milisavljević, prof. dr Božidar Banović, dr Ivana Stevanović, Director of the Institute for Criminological and Sociological Research, prof. dr Branislav Ristivojević, dr Goran Ilić, Public Prosecutor in the Supreme Public Prosecution Office of the Republic of Serbia, prof. dr Aleksandra Ilić, Nenad Vujić, Director of the Judicial Academy of the Republic of Serbia, prof. dr Natalija Lukić, doc. dr Ivan Đokić, ass. Ivana Radisavljević, Toma Fila, Attorney, Goran Petronjević, Attorney, Momčilo Bulatović, President of the Bar Association of Belgrade, dr Veljko Delibašić, president of the Bar Association of Serbia, Dragomir Milojević.

**Organisational Committee:** prof. dr Milan Škulić, Judge and Vice-president of the Constitutional Court of the Republic of Serbia (president of the Organisational Committee), prof. dr Milenko Kreća, judge *ad hoc* of the International Court of Justice and of the European Court of Human Rights, prof. dr Rodoljub Etinski, prof. dr Slavoljub Vukićević, mr Tomislav Stojković, Attorney, doc. dr Ivana Miljuš, Miroslav Bojić, Novica Peković, mr Darko Tadić, ass. Aleksa Škundrić.

**The publication of this Collection of papers was supported by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia.**

All rights reserved. Neither part of this book could be reproduced, recorded or transmitted by any means – electronic, mechanical, by copying, recording or by any other way without the previous consent of the authors and publisher.

Belgrade, 2024.

## САДРЖАЈ/TABLE OF CONTENTS

Том 1/Vol. 1

Предговор .....	9
-----------------	---

### I УВОДНИ РЕФЕРАТИ

1. Milenko Kreća, PhD  
DECISIONS OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE  
IN GAMBIA v. MYANMAR AND SOUTH AFRICA v. ISRAEL  
CASES AS A NEW PERSPECTIVE OF ADJUDICATION OF  
CRIME OF GENOCIDE..... 13
2. Др Милан Шкулић  
ХУМАНИТАРНА ИНТЕРВЕНЦИЈА И ОДГОВОРНОСТ  
ЗА ЗАШТИТУ (R2P КОНЦЕПТ) У КОНТЕКСТУ  
МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА..... 31

### II РАДОВИ НА ЕНГЛЕСКОМ ЈЕЗИКУ/ PAPERS IN ENGLISH LANGUAGE

1. Allan F. Tatham, PhD  
UK – EU POST-BREXIT COOPERATION IN COUNTER  
TERRORISM ..... 73
2. Dr. hab. Barbara Janusz-Pohl  
Adam Mickiewicz  
THE INFLUENCE OF THE ECTHR’S JURISPRUDENCE ON  
MODELS OF EVIDENCE ADMISSIBILITY IN NATIONAL  
CRIMINAL PROCEEDINGS – REMARKS ON THE ART. 3  
OF THE ECHR..... 101
3. Academician prof. dr Miodrag N. Simović  
prof. dr Vladimir M. Simović  
UNIVERSAL JURISDICTION IN THE CRIMINAL LAW OF  
BOSNIA AND HERZEGOVINA..... 119
4. Milica Kolaković Bojović, PhD  
ELECTION OF JUDGES OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL  
COURT: TOWARDS INTEGRITY AND TRANSPARENCY OF  
THE NATIONAL NOMINATION PROCEDURES..... 143

5. Elena Diaz Galan, PhD  
THE CRIME AGAINST HUMANITY AND ITS EVENTUAL RECONFIGURATION ..... 161
6. Harold Bertot Triana, PhD  
THE INFLUENCE OF THE COMMON LAW SYSTEM ON THE CONSTRUCTION OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW. SOME PRELIMINARY CONSIDERATIONS ..... 177
7. Jean Baptiste Bukuru, PhD  
Cocou Marius Mensah, PhD  
Zorica Brajović Mensah  
INTERNATIONAL LAW & AFRICA'S PERSPECTIVES ON CRIMINAL JUSTICE INSTITUTIONS..... 203
8. Sanjeev P. Sahni, PhD  
THE EMERGING TRENDS OF ONLINE ROMANCE FRAUD IN THE ERA OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE..... 225
9. Monica Sahni, PhD  
EXPLORING CYBER SAFETY AND SECURITY OF INDIAN POPULATION ..... 227
10. Maja Lukić Radović, PhD  
THE STRATEGIC COMPASS FOR SECURITY AND DEFENSE IN LIGHT OF THE PROSPECTS FOR THE EU COMMON SECURITY AND DEFENSE POLICY ..... 229
11. Filipo Biolé  
DELIVERING JUSTICE FOR VICTIM STATES: THE ITALIAN EXPERIENCE IN OBTAINING JUSTICE FOR VICTIMS OF THE WAR THROUGH COMPENSATION – BRIEF NOTES BY FILIPPO BIOLÉ..... 241

### **III РАДОВИ ИЗ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА И СРОДНИХ ОБЛАСТИ**

1. Академик др Владо Камбовски  
КУДА ИДУ МЕЂУНАРОДНО И НАЦИОНАЛНО КАЗНЕНО ПРАВО? ..... 249
2. Dr Vid Jakulin  
ODNOS MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG PRAVA I NACIONALNOG KRIVIČNOG PRAVA REPUBLIKE SLOVENIJE... 277
3. Др Горан П. Илић  
РАТ И ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ – *CONTRADICTIO IN ADIECTO?* ..... 293

4. Др Александар В. Гајић  
КУМУЛАТИВНЕ ОСУДЕ У МЕЂУНАРОДНОМ  
КРИВИЧНОМ ПРАВОСУЂУ ..... 325
5. Др Милош Бабић  
КРИВИЧНА ДЈЕЛА ПРОТИВ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА  
У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ У БОСНИ И  
ХЕРЦЕГОВИНИ (ДВИЈЕ РАЗЛИЧИТЕ ФАЗЕ У ПРИМЈЕНИ)..... 357
6. Др Александра Илић  
ЕКСТРАДИЦИЈА ИЗМЕЂУ ПРАВА И ПОЛИТИКЕ..... 375
7. Др Наталија Лукић  
ОРГАНИЗОВАНИ КРИМИНАЛИТЕТ У РАТУ УЗ ОСВРТ  
НА ИЛЕГАЛНУ ТРГОВИНУ ОРУЖЈЕМ ..... 395
8. Др Емир Ђоровић  
УСТУПАЊЕ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА СТРАНОЈ ДРЖАВИ  
КАО ОБЛИК МЕЂУНАРОДНЕ ПРАВНЕ ПОМОЋИ У  
КРИВИЧНИМ СТВАРИМА ..... 417
9. Др Иван Ђокић  
ТЕОРИЈСКИ И ПРАКТИЧНИ АСПЕКТИ ПОСРЕДНОГ  
ИЗВРШИЛАШТВА У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ  
ПРАВУ ..... 445
10. Др Ивана Миљуш  
УПОТРЕБЕ СИСТЕМА ВЕШТАЧКЕ ИНТЕЛИГЕНЦИЈЕ  
У ОРУЖАНИМ СУКОБИМА – ПРАВНА ЗАШТИТА И  
ПРАВНИ ИЗАЗОВИ ..... 469
11. Др Ивана Марковић  
КРАЂА КУЛТУРНИХ ДОБАРА ИЗМЕЂУ МЕЂУНАРОДНОГ  
(КРИВИЧНОГ) ПРАВА И НАЦИОНАЛНОГ КРИВИЧНОГ  
ПРАВА ..... 491
12. Др Вишња Ранђеловић  
ДРУГА НЕХУМАНА ДЕЛА КАО РАДЊА ЗЛОЧИНА  
ПРОТИВ ЧОВЕЧНОСТИ ..... 513
13. Др Светлана Ненадић  
ПРАВНА И ИСЦЈОРИЈСКА ИСТИНА У ЛИМБУ ИЗМЕЂУ  
ЉУБАВИ И МРЖЊЕ ..... 533
14. Др Драган Обрадовић  
ЗАШТИТА КУЛТУРНИХ ДОБАРА У МЕЂУНАРОДНОМ  
КРИВИЧНОМ ПРАВУ И У СРБИЈИ..... 551
15. Ивана Радисављевић  
НЕЗАСТАРЕВАЊЕ МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ ДЕЛА  
У УЖЕМ СМИСЛУ ..... 575

16. Алекса Шкундрић  
НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ У МЕЂУНАРОДНОМ  
КРИВИЧНОМ ПРАВУ ..... 589
17. Јелена Шопаловић  
ОДГОВОРНОСТ ПРАВНИХ ЛИЦА У МЕЂУНАРОДНОМ  
КРИВИЧНОМ ПРАВУ ..... 615
18. Никола Пауновић  
КРИВИЧНОПРАВНИ И ДОКАЗНИ АСПЕКТИ  
ЗЛОЧИНА СИЛОВАЊА У МЕЂУНАРОДНОМ  
КРИВИЧНОМ ПРАВУ ..... 637
19. Драгана Милић  
КОНТРАДИКТОРНА ПРИМЕНА ПРАВА ХАШКОГ  
ТРИБУНАЛА У ОДНОСУ НА ВОЈНУ АКЦИЈУ „ОЛУЈА“ ..... 659
20. Огњен Ивановић  
*NE VIS IN IDEM* У ПОСТУПКУ ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ  
КРИВИЧНИМ СУДОМ ..... 677
21. Огњен Бојанић  
ИСТОРИЈСКИ КОРЕНИ ИНСТИТУТА КОМАНДНЕ  
ОДГОВОРНОСТИ У МЕЂУНАРОДНОМ  
КРИВИЧНОМ ПРАВУ ..... 693



## ПРЕДГОВОР

Удружење за међународно кривично право је препознало да се свет данас суочава са бројним изазовима, попут нажалост све чешћих и крвавијих ратова и оружаних сукоба, на које како међународно, тако и унутрашње право, а поготово њихове кривичноправне компоненте, још увек нису пронашли адекватан одговор. Све то доприноси слабљењу вере у постојеће правне институте међународног и унутрашњег права, па самим тим и кривичног права као гране обе ове две велике правне области. Удружење објављује овај Зборник радова како би покушало да, макар донекле, пружи допринос правној реакцији на поменуте изазове.

Приступ за који се Удружење определило у испуњењу описаног циља је мултидисциплинаран. Наш Зборник садржи радове, који ће бити изложени на 24. традиционалној међународној научној конференцији Удружења за међународно кривично право на општу тему „Однос међународног кривичног и националног кривичног права“, на Палићу од 14. до 17. јуна 2024. године, и то најпре из међународног кривичног права (у ужем и у ширем смислу) и сродних дисциплина, затим из националног кривичног права и сродних области, као и из домена међународног јавног права и дисциплина које су му сродне. Поред тога, Зборник ове године садржи и посебну целину у оквиру које су објављени радови на енглеском језику. Коначно, на крају Зборника се налазе и радови студената Правног факултета Универзитета у Београду, који по свом квалитету и актуелним темама, стоје „раме уз раме“ са осталим радовима објављеним у Зборнику.

Посебно напомињемо да је чак четрнаест радова објављених у овом Зборнику плод научног истраживања наставника и сарадника Правног факултета Универзитета у Београду у оквиру стратешког пројекта за 2024. годину са називом „Проблеми стварања, тумачења и примене права“ (подтема: „Правосуђе и изазови данашњице“ – тема истраживачке групе: „Правна заштита од рата и у рату), који финансира Правни факултет Универзитета у Београду“. Велика нам је част и задовољство што је ове године Правни факултет Универзитета у Београду суорганизатор наше конференције. Сваки од ових радова који су део пројекта Правног факултета Универзитета у Београду је и посебном фуснотом нотиран.

Удружење и ове године велику захвалност дугује Правном факултету Универзитета у Београду, Адвокатској комори Београда, Адвокатској комори Србије, Адвокатској комори Крагујевца, АИК-банци и Службеном гласнику

који су великодушно помогли одржавање овогодишње научне конференције и објављивање Зборника радова. Такође се захваљујемо Министарству науке, технолошког развоја и иновација, Министарству правде Републике Србије, Институту за криминолошка и социолошка истраживања, Студентском парламенту Правног факултета Универзитета у Београду, Српском удружењу за кривичноправну теорију и праксу, Правосудној академији, као и „last but not least“, Установи студентско одмаралиште „Београд“, Студентском одмаралишту „Палић“, као и хотелу „Президент“ на Палићу, на сарадњи која већ полако, али сигурно, постаје традиционална.

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. Такође, велику захвалност дугујемо и нашој драгој и поштованој колегиници Ксенији Џипковић, асистенткињи Катедре за грађанско право Правног факултета Универзитета у Београду, на изради DOI бројева за радове садржане у овом Зборнику, као и колегиници Милицы Ђирковић, студенткињи Правног факултета Универзитета у Београду на идејно-техничким решењима за израду материјала за потребе научне конференције.

У Београду,  
маја 2024. године

*Уредници*

I

**УВОДНИ РЕФЕРАТИ**



Professor dr Milenko Kreća\*

DOI: 10.51204/Zbornik\_UMKP\_24101A  
Originalni naučni rad

**DECISIONS OF THE INTERNATIONAL  
COURT OF JUSTICE IN GAMBIA v. MYANMAR  
AND SOUTH AFRICA v. ISRAEL CASES  
AS A NEW PERSPECTIVE OF  
ADJUDICATION OF CRIME  
OF GENOCIDE**

*Abstract: The author analyses the effects of decisions of the International Court of Justice in two recent genocide cases – Gambia v. Myanmar and South Africa v. Israel – as an element of progressive development of the Law of the Court in adjudicating of the crime of genocide.*

*The Court in its decisions, both in the Judgement on Preliminary objections in Gambia v. Myanmar case as well as the orders on provisional measures in both cases, introduced the concept of obligations erga omnes partes in terms of obligations owed to a group of states, so breach of those obligations enables all States members of a group to invoke the responsibility for breach.*

*The essential meaning of the obligations erga omnes partes, understood as secondary rules of international law, lies in the horizontal expansion of the jurisdiction of the Court *ratione personae* based on the subject matter of the dispute without deviating from the principle of consent as a fundamental principle of which ICJ rests.*

*He concludes that, despite the fact that they are not free of legal difficulties, obligations erga omnes partes are valuable step in promotion of the rule of law in international community.*

**Keywords: obligations erga omnes partes; ICJ jurisdiction *ratione personae*; res iudicata erga omnes partes; common interest; related ICJ jurisprudence.**

---

\* Former Judge *ad hoc* of the ICJ and ECHR, former Member of Venice Commission and Permanent Court of Arbitration, Full Professor at University of Belgrade – Faculty of Law, retired, [mkreca@ius.bg.ac.rs](mailto:mkreca@ius.bg.ac.rs)

On November 11, 2019 The Republic of The Gambia instituted proceedings against the Republic of the Union of Myanmar before the International Court of Justice, alleging violations of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide through “acts adopted, taken and condoned by the Government of Myanmar against members of the Rohingya group”.

Specifically, The Gambia argued that “from around October 2016 the Myanmar military (the ‘Tatmadaw’) and other Myanmar security forces began widespread and systematic ‘clearance operations’ – the term that Myanmar itself uses – against the Rohingya group. The genocidal acts committed during these operations were intended to destroy the Rohingya as a group, in whole or in part, by the use of mass murder, rape and other forms of sexual violence, as well as the systematic destruction by fire of their villages, often with inhabitants locked inside burning houses. From August 2017 onwards, such genocidal acts continued with Myanmar’s resumption of ‘clearance operations’ on a more massive and wider geographical scale”.

The Gambia contended that these acts constitute violations of the Genocide Convention.

Along with the Application the Gambia submitted also request for indication provisional measures of protection.<sup>1</sup>

On January 20, 2021 Myanmar submitted preliminary objections to the jurisdiction of the Court and the admissibility of the claim.<sup>2</sup>

On December 29, 2023, South Africa filed an application instituting proceedings against Israel before the International Court of Justice concerning alleged violations by Israel of its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in relation to Palestinians in Gaza Strip.

According to the Application, “acts and omissions by Israel... are genocidal in character, as they are committed with the requisite specific intent... to destroy Palestinians in Gaza as a part of the broader Palestinian national, racial and ethnical group” and that “the conduct of Israel – through its State organs, State agents, and other persons and entities acting on its instructions or under its direction, control or influence – in relation to Palestinians in Gaza, is in violation of its obligations under the Genocide Convention”.

The Applicant further states that “Israel, since 7 October 2023 in particular, has failed to prevent genocide and has failed to prosecute the direct and public incitement to genocide” and that “Israel has engaged in, in engaging in and risk further engaging in genocidal acts against the Palestinian people in Gaza”.

On the same day South Africa submitted request for indication of provisional measures of protection.<sup>3</sup>

The Court adopted provisional measures of protection in both cases.

---

1 *Cour internationale de Justice*. [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org), case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Gambia v. Myanmar), Application Instituting Proceedings, paras. 2, 48–68.

2 *Ibidem*.

3 *Cour internationale de Justice*. [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org). Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (South Africa v. Israel), Application Instituting Proceedings, paras. 1, 18–21.

Basically, the measures adopted are similar to a large extent expressing the letter and spirit of the Convention with some differences that derive from specific circumstances surrounding the cases.

We will not deal specifically with these measures, but pay attention to the issue of Gambia's standing before the Court, as the crucial issue which will have a substantial impact on the future jurisprudence of the Court. Of the four preliminary objections to the jurisdiction of the Court and admissibility of claim,<sup>4</sup> two are relevant in this specific context – the First preliminary objection and the Second preliminary objection of the Myanmar.

In the First preliminary objection Myanmar claimed that “The Court lacks jurisdiction, or alternatively the application is inadmissible, as the real applicant in these proceedings is the Organisation of Islamic Cooperation”, as an International organization.

The Myanmar referred to the fact that the Organisation consisted of 57 members “decided in March 1999 to bring these proceedings and the Gambia agreed to act in its capacity as chair of an OIC *Ad hoc* Committee to give effect to that OIC initiative...”.<sup>5</sup> As only States can be parties to the Genocide Convention, the OIC as an international organization is not a party to that Convention, and therefore cannot invoke the compromisory clause in its Article IX.

The Bangladesh, as an affected State, was not in position to submit application, due to the fact that it put a reservation on Article IX of the Convention. The Myanmar contended that its interpretation is consisted with the approach taken by the International Law Commission (“ILC”) in Article 7 of its 2011 Draft Articles on the Responsibility of International Organisations (the “2011 ILC Draft Articles”),<sup>6</sup> which deals with situation where “an organ of a State [...] is placed at the disposal of another international organisation”.

According to the Second Preliminary Objection of Myanmar, the Gambia, as a non-injured Contracting Party to the Genocide Convention, lacks standing to bring the case against Myanmar under Article IX thereof, because the Convention does not provide for the concept of an *actio popularis*. Furthermore, The Gambia is also barred from bringing the case because Bangladesh, as the Contracting Party specially affected by the alleged violations of the Genocide Convention purportedly committed by Myanmar, has entered a reservation to Article IX and has thereby waived its right to settle disputes relating to the interpretation, application or fulfilment of the Convention by bringing a case before the Court under that provision.<sup>7</sup>

---

4 Until this moment, Israel has not filed any preliminary objection in that regard.

5 *Cour Internationale de Justice*, www.icj.org, Case concerning Application of the Convention on the Prevention on the Punishment Crime of Genocide (Gambia v. Myanmar), First Preliminary Objections of the Republic of Union of Myanmar, paras. 25, 34–162.

6 Draft articles on Responsibility of International Organizations, YILC 2011, II, Part Two.

7 *Cour Internationale de Justice*, www.icj.org, Case concerning Application of the Convention on the Prevention on the Punishment Crime of Genocide (Gambia v. Myanmar), Second Preliminary Objections of the Republic of Union of Myanmar, paras. 210–217, 222–260.

Second Preliminary Objection of the Myanmar is a combination of following elements:

- principle *parens patriae* according to which in order to appear before the Court as an Applicant has to be “injured State”, i. e. “adversely affected by an internationally wrongful act”. As in this particular case the victims of alleged genocidal acts are not citizens of Gambia, it has not legal interest to appear before the Court on the basis on Article IX of the Genocide Convention;
- if Contracting parties that are not specially affected by an alleged violation of the Convention are assumed to have standing to submit a dispute under Article, this standing is a specific one being subsidiary to and dependent upon the standing of States that are “specially affected”.

Further, “that in bringing its claims before the Court, The Gambia has in fact acted as an “organ, agent or proxy” of the OIC, which is the “true applicant” in these proceedings. The Myanmar’s main contention was that a third party, namely the OIC, which is not a State and cannot therefore have a reciprocal acceptance of jurisdiction with the respondent State, had used The Gambia as a “proxy” in order to circumvent the limits of the Court’s jurisdiction *ratione personae* and invoke the compromissory clause of the Genocide Convention on its behalf”.<sup>8</sup>

The Court rejected both preliminary objections. The rejection is based on community or common interest whose normative expression are obligations *erga omnes*.

The Court stated *inter alia* that “In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d’être* of the convention. Consequently, in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties. The high ideals which inspired the Convention provide, by virtue of the common will of the parties, the foundation and measure of all its provisions (*I.C.J. Reports 1951*, para. 23)”.

It continued that “The common interest in compliance with the relevant obligations under the Genocide Convention entails that any State party, without distinction, is entitled to invoke the responsibility of another State party for an alleged breach of its obligations *erga omnes partes*. Responsibility for an alleged breach of obligations *erga omnes partes* under the Genocide Convention may be invoked through the institution of proceedings before the Court, regardless of whether a special interest can be demonstrated. If a special interest were required for that purpose, in many situations no State would be in a position to make a claim”<sup>9</sup>.

In its Order in the case the Court also invoked obligations *erga omnes partes* in order to establish its *prima facie* jurisdiction necessary for indication provisional measures.

The same ground the Court invoked to establish its *prima facie* jurisdiction in the provisional measured phase in *South Africa v. Israel* case.

<sup>8</sup> *Ibidem*, para. 43.

<sup>9</sup> *Ibidem*, para. 108.



## THE BASIC ELEMENTS OF APPROACH OF THE COURT

In its previous decisions on provisional measures phase in both cases, as well in its Judgment on provisional measures on Gambia v. Myanmar case, the Court replaced the obligations *erga omnes* as elaborated in the famous *obiter dictum* in Barcelona case with its reduced, transcated form as the obligations *erga omnes partes*.

In Barcelona case the Court stated *inter alia*:

“...an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.

Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law;<sup>10</sup> others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character”<sup>11</sup>

It is reasonable to assume that this change in the approach of the Court is dictated by some ambiguities and controversies that accompany the concept of the obligations *erga omnes*.

The objective meaning of the Court’s *dictum* in the Barcelona case is the promotion of *actio popularis* as a secondary rule of general international law. It was revolutionary, laudable idea, which, however, was divorced from legal reality, especially in 1970 when the judgement in Barcelona case was passed.

Did the Court really intend to promote the construction of obligations *erga omnes* as a part of positive international law?

It should be emphasized that the Court included the *dictum* in the judgment after it had already resolved the issue of the *ius standi* of Belgium, so from the point of judicial logic there was no need to deal with the obligations *erga omnes* at all.

The possible explanation of such decision of the Court is given by its principal legal advisor professor Thirlway, its “finest unseen actor”.<sup>12</sup> Based on discussion in the deliberation stage in the work of the court forever closed to the public according to the law of Court, he states that: “... it is more or less an open secret that the passage in the Barcelona Traction judgment – with its specific reference to ‘protection... from racial discrimination’ was intended to a public disavowal by the Court in its 1970 composition, of at least one element in the controversial decision given by the (barest) majority of the judges sitting in 1966” (in Sout West Africa case – M. K.).<sup>13</sup>

10 *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23.*

11 *ICJ Reports, 1970, para. 33.*

12 *Leiden Journal of International Law, 2020, vol. 3, p. 261.*

13 H. Thirlway, *The Law and Procedure of ICJ 1960–1989, p. 94.*

By its nature the Barcelona *dictum*, as it is commonly called, is in fact an *obiter dictum* meaning incidental statement said in passing and as such not essential to the decision and therefore not binding.<sup>14</sup>

Article 48 (Invocation of responsibility by a State other than an injured State) of ILC Articles on State Responsibility<sup>15</sup> was formulated with intention “to give effect to the International Court’s statement in the Barcelona case”.

But, it is highly doubtful as to whether the Article *per se* is capable to give effect to the ICJ *dictum* in the Barcelona case.<sup>16</sup>

The same consideration applies to the Resolution on obligations *erga omnes* in International Law adopted by Institut de droit international on its Krakow Session 2005.

There are two characteristics of judgments and advisory opinions following Barcelona Traction judgment in which the Court refers to the obligations *erga omnes*.

*Primo*, consistent reference, either directly or indirectly to rules of *ius cogens*;<sup>17</sup> and *Secundo*, tying *erga omnes* effects both to obligations and to rights, thus raising the issue as to whether the Court understand obligations *erga omnes* as secondary rule independent of primary rules of general international law or not?

It is also of relevance that since Barcelona case, the Court in all cases referring to obligations *erga omnes* did not deal with the relationship between such obligations and the issue of standing before the Court in a positive way. Moreover, the

14 Such position of the *obiter dictum* is indicated in the structure of the Barcelona judgement by the fact that in unusually extensive opinions of 12 judges appended to the judgement, obligations *erga omnes* are not mentioned at all.

15 The Article avoid to use the term “obligations *erga omnes*, giving explanation that the term “*erga omnes*” “conveys less information than the Court’s reference to the international community as a whole and has something been confused with obligations owed to all parties of a treaty”, see, page 9 *supra*.

16 The Articles on State Responsibility are not a codification in terms of Article 15 of the Statute of the International Law Commission. They are examples of new practise in the work of ILC based on Article 23(b) in terms of to “take note of or adopt the report”. In this specific case the ILC recommended to the General Assembly simply to “take note” of the Articles, with the caveat that a later stage the General Assembly should consider the adoption of a Convention. The General Assembly followed this recommendation “without prejudice to the question of their future adoption or other appropriate action”. It took this decision without a vote in the Sixth Committee as well as in the Plenary meeting. Consequently, the Articles on the Responsibility of States are, by their nature, closest to the semi-official codification and progressive development by the prestigious body of international lawyer such as International Law Commission. They have no binding force by themselves, but can possess it indirectly via customary law to the extent to which they express it.

17 East Timor case, Judgment, ICJ Reports 1995, para. 29; Also in armed Activities on the territory of Congo (New Application 2002), Judgment, ICJ Reports 2006, para. 125; Case concerning the Application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objection, ICJ Reports, 1966, para 31; Construction of the Wall in the Occupied Palestine Territories, Advisory Opinion, ICJ Reports, 2004, paras. 155, 159; Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, ICJ Reports 2019, para. 180.

Court clearly stated in the East Timor case “The Court considers that the *erga omnes* character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things. Whether the nature of the obligations involved the Court could not rule on the lawfulness of the conduct of another State which is not a party to the case. Where this is so, the Court cannot act, even if the right in question is a right *erga omnes*”. It seems that obligations *erga omnes* advocated by the Court in its *obiter dictum* in Barcelona case lead to *actio popularis* which in current International Law is rather a theoretical construction.<sup>18</sup>

The formulation in Barcelona *dictum* that “breach of obligations *erga omnes* enables all States to take action” implies that the obligations are rather moral or political than legal one.

Namely, the obligation in legal terms means duty to action, leaving no choice to take action or not. The term “enable” place the “action of all states” on the level of political expediency as a matter of discretion.<sup>19</sup>

The rigidity of understanding of obligations *erga omnes* as a legal obligations is softened in the Article 48 (1, a) of Articles on State Responsibility by introducing the *erga omnes partes* concept which has certain ground in the positive international law.

These obligations in the light of Judge Higgins observations are, in fact, provisions in an almost universally recognized multilateral conventions<sup>20</sup> and as such might be understood basically as an expression of the rule *pacta sunt servanda* in the frame of Article 60 of the Convention on the Law of Treaties (Termination or suspension of a treaty as a consequence of its breach).

It appears that the jurisprudence of the Court, from the Barcelona *obiter dictum* and onwards, does not recognize the obligations *erga omnes* as a separate and independent obligations in the structure of the international law.

18 Prof. H. Thirlway, Principal Legal Advisor of the ICJ after extensive analysis of the jurisprudence of Court found that “The conclusion which has to be accepted is that obligations *erga omnes* to which “compulsory rights of protection have entered into the body of general international law still be – with possible exception of the obligation not to commit genocide – a purely theoretical category” – H. Thirlway, *op. cit.*, Part 1, p. 102. In South West Africa case the Court clearly stated that the *actio popularis* was “not known to international law at present...” ICJ Reports 1966, p. 45. States are aware of it, so that, “Notwithstanding of apparel, acceptance of the *erga omnes* concept, no state has invoked it in judicial proceedings since its emancipation in the Barcelona case” – L. Henkin, R. Pugh, O. Schahter, H. Smit, *International Law*, 1993, p. 556. Such an conclusion necessarily follows from the consensual nature of the jurisdiction of international courts.

19 Hence it is of fundamental importance that these actions are undertaken *lege artis*. In that regard article 5 of the Institut de droit international is relevant. It reads as follows: “Should a widely acknowledged grave breach of an *erga omnes* obligation occur, all the States to which the obligations is owed:

(a) shall endeavour to bring the breach to an end through lawful means in accordance with the Charter of the United Nations;

(b) shall not recognize as lawful a situation created by the breach;

(c) are entitled to take non-forcible counter-measures under conditions analogous to those applying to a State specially affected by the breach”.

20 See, p. 10 *supra*.

In two pending cases – Gambia v. Myanmar and South Africa v. Israel involving issue which according to Barcelona *dictum*, indisputably by “their very nature... the concern of *All States* (emphasis added) genocide and torture – the Court’s reasoning shifted to obligations *inter partes*.<sup>21</sup>

Obligations *erga omnes partes* applied by the Court, are defined by Article 48 (Invocation of responsibility by a State other than injured State) of International Law Commission’s Articles on State Responsibility whose relevant provision reads as follows:

“1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if:

a) the obligations breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of collective interest of the group”

As stated in the commentary to Article 48 (1, a) it deals with “the invocation of the responsibility by States other than the injured State acting in the collective interest”. A State entitled under Article 48 “is acting not in its individual capacity by reason of having suffered injury but in its capacity as a member of a group of States to which the obligation is owed...”<sup>22</sup>

Institut de droit international designed obligations *erga omnes partes* in the following terms:

“Article 1.

....

(b) an obligation under a multilateral treaty that a State party to the treaty owes in any given case to all the other States parties to the same treaty, in view of their common values and concern for compliance, so that a breach of that obligation enables all these States to take action”<sup>23</sup>

So the constitutive elements of obligations *erga omnes partes* are:

- they are established for the protection of collective interest of the group;
- they are obligations owed to a group of States;
- they enables any member of a group to initiate appropriate judicial proceedings for protection of collective interest. In the light of these

21 It is striking that the Court known for meticulous editing of its decisions, incorrectly cited the relevant part of the Barcelona judgment with the effect of identifying obligations *erga omnes* with obligations *inter partes*. Namely, in Belgium v. Senegal case the Court stated: “All the States parties ‘have a legal interest’ in the protection of the rights involved (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 32, para 33*). These obligations may be defined as ‘obligations *erga omnes partes*’ in the sense that each State party has an interest in compliance with them in any given case against torture” (para. 68. of the Judgment. Belgium v. Senegal case, ICJ Reports, 2012).

The same reasoning the Court applied in Gambia v. Myanmar case, para. 108 of the Judgment. In fact, according to Barcelona *dictum* “All States...” not “All the States parties...” can be held to have a legal interest as regards obligation *erga omnes* (para. 33 of the judgment in Barcelona case).

22 The ILC’s Articles on State responsibility, Introduction, Text and Commentary, Introduction by J. Crawford, p. 276, para. 1.

23 Resolution Obligations *erga omnes* in International Law, Fifth Cttee, Krakow 2005.

elements it might be said that obligations *erga omnes partes* are a sort of reduced, transacted form of *actio popularis* advocated by Barcelona *dictum*.

There exist a slight difference between these two definitions that is not without a relevance. The definition given by the Institut de Droit International cites multilateral treaty as a source of obligations *erga omnes partes*, while, according to the Commentary to Article 48 “obligations protecting a collective interest... may derive from multilateral treaties or customary international law”<sup>24</sup>

Having that in mind the question might be posed as to whether obligations *erga omnes partes* are original concept or not?

In her separate opinion in the Construction of Wall case, Judge Higgins noted that “invocation (para. 157) of “the *erga omnes*” nature of violations of humanitarian law seems equally irrelevant. These intransgressible principles are generally binding because they are customary international law, no more and no less. And the first Article to the Fourth Geneva Convention, under which “The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances” while apparently viewed by the Court as something to do with “the *erga omnes* principle”, is simply a provision in an almost universally ratified multilateral Convention. The Final Record of the diplomatic conference of Geneva of 1949 offers no useful explanation of that provision; the commentary thereto interprets the phrase “ensure respect” as going beyond legislative and other action within a State’s own territory. It observes that “in the event of a Power failing to fulfil its obligations, the other Contracting Parties (neutral, allied or enemy) may, and should, endeavor to bring it back to an attitude of respect for the Convention. The proper working of the system of protection provided by the Convention demands in fact that the Contracting Parties should not be content merely to apply its provisions themselves, but should do everything in their power to ensure that the humanitarian principles underlying the Conventions are applied universally”. (*The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary, IV Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war*, Pictet, ed., p. 16.)”<sup>25</sup>

The opinion is supported by the fact that the obligations *erga omnes partes* as such does not necessarily imply the jurisdictional link among States that make up a group.

As correctly stated in the Resolution of the Institut the droit International:  
“Article 3:

*In the event of there being a jurisdictional link between a State alleged to have committed a breach of an obligation erga omnes and a State to which the obligations is owed, the latter State has standing to bring a claim to the International Court*

24 The ILC’s Article on State Responsibility, Introduction, Text and Commentary, Introduction by J. Crawford, p. 277, para. 6. Since the obligations *erga omnes partes* are owed to a group of States, it is reasonably to assume that AOR has in mind particular or regional customary law.

25 Legal consequences of a construction of a wall in occupied Palestinian territory, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, para. 39. Also, Judge Xue in her dissenting opinion in *Gambia v. Myanmar* case, Judgment on Preliminary objections, para. 39.

of Justice or other international judicial institution in relation to a dispute concerning compliance with that obligation”<sup>26</sup>

The actions of the States to which the obligations is owed are not limited to judicial one.<sup>27</sup>

In contrast to obligations *erga omnes*, as designed in the *dictum* in Barcelona case, “the *erga omnes partes* applied in Gambia-Myanmar case and South Africa - Israel case is a treaty based concept.

In the frame of Genocide Convention such concept is not free of difficulties due to some features of the Convention.

Substantive provisions of the Convention are rules of *ius cogens* having absolute, *erga omnes* effects. As opposed to substantive ones its procedural provisions are of contractual nature and as such are subject to the will of the parties as demonstrated by the possibility of putting reservations on Article IX of the Convention.

So, the substantive provisions of the Convention bind all States regardless of whether they are parties to the Convention. In that sense, the ICJ in its Advisory Opinion concerning reservations to the Genocide Convention stated that: “the principles underlying the Convention... are recognised by civilized nations as binding on States, *even without any conventional obligations*”<sup>28</sup>

However, due to the possibility of putting a reservation on Article IX, the effects of *erga omnes partes* are in fact limited to the parties that did not use this possibility. This is the basis of the possible processual inequality between the parties to the Convention.

Judge Xue highlights a specific element dispute with more than one as Applicant or Respondent. She says: “When the applicant is in fact acting on behalf of an international organization, albeit in its own name, the respondent may be placed in a disadvantageous position before the Court. This is particularly true if several judges on the bench are nationals of member States of the international organization concerned. With the organization in the shadow, inequality of the Parties may be hidden in the composition of the Court, thereby undermining

26 Resolution on Obligations *erga omnes* in the International Law, Fifth Cttee, Krakow Session 2005. (emphasis added).

27 Those States also:

“(a) shall endeavour to bring the breach to an end through lawful means in accordance with the Charter of the United Nations;

(b) shall not recognize as lawful a situation created by the breach;

(c) are entitled to take non-forcible counter-measures under conditions analogous to those applying to a State specially affected by the breach”. *Ibidem*, Article 5.

Any of the listed actions is related to the claim to responsible State to:

“a) cessation of internationally wrongful act, and assurances and guaranties of non-repetition...

b) performance of the obligation of reparation... in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached”.

ILC Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries, Introduction, J. Crawford, 2002, Article 48, para. 2.

28 ICJ Reports 1951, pp. 23-24, emphasis added.

the principle of equality of the parties, one of the fundamental principles of the Court for dispute settlement”<sup>29</sup>

The observations is not without merit as illustrated in the Legality of Use of Force States.<sup>30</sup>

Judge Xue also expressed concern that the Gambia’s legal action “may challenge the principle of finality in the adjudication of the dispute”<sup>31</sup>

29 The case concerning the Application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Gambia v. Myanmar*), Judgment on Preliminary Objection of 22 July 2022, Dissenting opinion of Judge Xue.

30 In legality of Use of Force cases Respondent States, although parties in the same interest, had 5 judges of their nationality in the Bench in the phase of indication of provisional measures (4 in the phase of preliminary objections), while the Respondent States having no judge of their nationality have chosen, in usual procedure, their judges *ad hoc* (Belgium, Canada, Italy and Spain). Only Portugal had not designated its judge *ad hoc*. More details, Legality of Use of Force (*FR Yugoslavia v. Belgium*), Provisional Measures, Dissenting Opinion of Judge Kreća, para. 1-4.

According to the settled jurisprudence of the Court if among the Members of the Court there is a judge having the nationality of even one of those parties, then no judge *ad hoc* will be appointed (*Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, 1929. P.C.I.J., Series C, No. 17-11* p. 8; *Customs Regime between Germany and Austria. 1931, P.C.I.J., Series A/B. No. 41*, p. 88).

In the *South West Africa* case (1961) it was established that, if neither of the parties in the same interest has a judge of its nationality among the Members of the Court, those parties, acting in concert, will be entitled to appoint a single judge *ad hoc* (*South West Africa. I.C.J. Reports 1961*, p. 3).

For the basic function of the institution of judge *ad hoc* are:

“(a) to equalize the situation when the Bench already includes a Member of the Court having the nationality of one of the parties; and (b) to create a nominal equality between two litigating States when there is no Member of the Court having the nationality of either party” (S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, Vol. III, pp. 1124-1125).

This formal inequality may have substantive effect in the light of practise of so-called block-voting in the ICJ. See, E. Posner, H. de Figueredo, *Is the ICJ politically based?*, UC Berkeley International Law Workshop <https://escholarship.org/uc/item/35j504g>.

It should be noted that the analysis was performed on a statistical basis.

31 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Gambia v. Myanmar*, Preliminary Objections, Judgment, Dissenting Opinion of Judge Xue, para 11. She was of the opinion that “Articles 59 and 60 of the Statute provide that the decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case and that the decision of the Court shall be final and without appeal. In the present case, if any State party has standing to take legal action in the Court for the protection of the common interest of the States parties in compliance with the obligations *erga omnes partes* of the Genocide Convention, one may wonder whether the Court’s decision has binding force on all other States parties as well. According to Article 59, the effect of *res iudicata* of the judgment should be limited solely to the parties. It follows that, at least in theory, those States parties will not be prevented from exercising their right to institute separate proceedings for the same cause against the same State before the Court”.

The possible challenge may be neutralized by creative interpretation of Article 59 and 60 of the Statute of the Court.<sup>32</sup>

In this particular issue raised by Judge Xue, creative interpretation is required in relation to the expression “between two parties” in Article 59 of the Statute of the Court.

Although, “the general principle announced in numerous cases... that a right, question or fact, distinctly put in issue and directly determined by a court of competent jurisdiction... cannot be disputed”<sup>33</sup> should be sufficient to ensure finality of judgment, it seems that in conditions of non-existence of a judicial system in international community, as well as proliferation of international court and tribunals, some additional safeguards might be needed.

*Exempli causa*, to treat States to which the obligation is owed as a collective Applicant on behalf of whom a member State of a group acts as the real applicant, acting in the collective interest “not in its individual capacity by reason of having suffered injury”<sup>34</sup> or, to treat other members of a group as silent intervenor States that do not take an active part in the proceedings but to which provision of Article 63, paragraph 2, of the Statute applies.

In fact, a simple and most effective way to secure the finality of the judgment would be the participation of all States sharing collective interest as Applicants, but such solution would cause practical problems in the functioning of the Court, due to number of members of a group in addition to possible legal ones (for instance, if some member of a group do not accept the jurisdiction of the Court in a concrete matter). Regardless of the interpretation, it is essential to ensure *res iudicata erga omnes partes* effect of judgment on *erga omnes partes* obligations.

---

32 In principle two components may be discerned in the substance of *res iudicata* as provided in the Statute of the Court:

- (i) Procedural, which implies that: “The judgment is final and without appeal. In the event of dispute as to the meaning or scope of the judgment, the Court shall construe it upon the request of any party” (Art. 60); and
- (ii) Substantive, according to which: “The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case” (Art. 59).

The primary effect of *res iudicata* in the procedural sense is claim preclusion – meaning that a future lawsuit on the same cause of action is precluded (*non bis in idem*), whereas the effect of *res iudicata* in the substantive sense is mainly related to the legal validity of the Court’s decision as an individualization of objective law in the concrete matter – *pro veritate accipitur* – M. Reisman, *Nullity and revision*, Yale University Press, New Haven and London, 1974, p. 341.

It seems clear that revision in accordance with the conditions specified in Article 61 of the Statute “constitutes direct exception to the principle *res iudicata*, affecting the validity of a final judgment”. B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953, p. 372.

33 *Ibid.*, 337.

34 ILC Articles on State Responsibility, Intruction, Text and Commentaries, Introduction by J. Crawford, 2002, p. 275, para. 1.



It is much more difficult, if at all possible, to resolve the issue of inequality in the proceedings in terms of legal impossibility of the Respondent to file a counter claim in the dispute with Applicant which is not injured State.

## EVALUATION

It should be kept in mind that the Court's decisions, both the Judgment on Preliminary objections in *Gambia v. Myanmar* case as well as the orders on provisional measures in both cases, were made in the incidental proceedings, and that as such they do not bind the Court in the merits.<sup>35</sup>

It is to be expected, however, that the Court will maintain the position taken as regards obligations *erga omnes partes*.

The basis for this expectation is the large majority with which the decisions were made,<sup>36</sup> so that even the changes in the composition of the Court (one third of the Court is elected ever three years) that will happen before passing judgments on the merits in both cases, will hardly lead to a change in the position of the Court.

The Court's understanding of obligations *erga omnes partes* is an undeniably important step in the judicial protection of fundamental human rights, both individual and collective rights, as well as rights of States pursuant to the principle of rule of law in the international community.

The essential meaning of the obligations *erga omnes partes*, understood as secondary rules of international law, lies in the horizontal expansion of the jurisdiction of the Court *ratione personae* based on the subject matter of the dispute without deviating from the principle of consent as a fundamental principle on which the ICJ rests.

These obligations deviate from the strict paradigm of bilateralism in the jurisdiction of the International Court of Justice, developed by analogy with the solutions from domestic law, expressing the individualistic structure of the international community.

The paradigm has become too narrow with the growing interdependence of States, which is expressed, *inter alia*, in the emergence of group and collective values and interests shared by number or all States in the International Community.

Certain ambiguities and, even, controversies in the application of *erga omnes partes* obligations do not arise from the nature of these obligations, they are not inherent to themselves, but resulted from a traditional concept of a dispute in

35 See M. Kreća, "The res iudicata rule in jurisdictional decisions of the ICJ", *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 3/2014.

36 Order on provisional measures of 23 January 2024 in *Gambia v. Myanmar* case was adopted unanimously; Order of 26 January 2024 in *South Africa v. Israel* case were adopted by votes of 15/16 judges and two/one against. *Myanmar* case relating to Objection four (obligations *erga omnes partes*) was adopted unanimously and Second Objection (standing of *Gambia*) by 15 votes, one against.

the Law of the Court between injured State and a State that violates its right or interest embodied.

According to that concept a dispute is basically understood as a conflict of legal views on individual rights or interests between two or more parties in contrast to collective rights and interests underlying obligations *erga omnes partes*.

The Court approached the issue with a reasonable measure of caution so not to come into conflict in the exercise of its judicial task according to which it “cannot make a judgment *sub specie ferende* (under the pretext of law) or anticipate the law before the legislator adopts it.”<sup>37</sup>

*Novum* in the decision of the Court essentially refers to the interpretation of its jurisdiction *ratione personae*, as a primary form of its jurisdiction, in terms that the common interest is superior to a special interest for “if a special interest is required... in many situations no State would be in position to make a claim.”<sup>38</sup> Thus the Court distanced itself from the traditional principle *parens patriae* in the case of genocide as a crime under international law in contrast to cases related, *exempli causa*, to diplomatic protection by a State of nationality of injured person.

The Court’s distancing from the *parens patriae* principle is not completely unknown in its jurisprudence. It is discretely announced in the Judgment of the Court in so-called Bosnia case, although in cautious and reserved way.

In its Judgment in the case concerning Application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. FR of Yugoslavia) of 2007, the Court under the heading “The Applicant’s Claims in Respect of Alleged Committed Outside Its Territory against Non-Nationals” stated *inter alia*, “In its final submissions the Applicant requests the Court to make rulings about acts of genocide and other unlawful acts allegedly committed against “non-Serbs” outside its own territory (as well as within it) by the Respondent. Insofar as that request might relate to non-Bosnian victims, it could raise questions about the legal interest or standing of the Applicant in respect of such matters and the significance of the *ius cogens* character of the relevant norms, and the *erga omnes* character of the relevant obligations.”<sup>39</sup>

In this context it should be noted that the Court did not consider the Applicant’s claims to be inadmissible, but found that “the Applicant has not established to the satisfaction of the Court any facts in support of this allegation.”<sup>40</sup>

As other cases in this sense are cited counter claims submitted by FR of Yugoslavia against Bosnia and Herzegovina (withdrawn in 1999) and counter claim against Croatia.<sup>41</sup>

37 Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Ireland, Merits, ICJ Reports 1974, para. 53; Fisheries Jurisdiction (FR of Germany vs. Ireland), Merits, ICJ Reports 1974, p 45.

38 *Cour Internationale de Justice*, www.icj.org, Case concerning Application of the Convention on the Prevention on the Punishment Crime of Genocide (Gambia v. Myanmar), Second Preliminary Objections of the Republic of Union of Myanmar, para. 108.

39 ICJ Reports 2007, Judgment, Merits, para 185.

40 *Ibid.*, para. 368.

41 A. Gattini, *Actio popularis*, Oxford Public International Law, para 16, 19.

It appears that these two cases could hardly be considered as a deviation from the *parens patriae* principle, since until FR of Yugoslavia applied for membership in the UN

Elements of the conception of obligation *erga omnes partes* in terms of horizontal extension of the jurisdiction of the Court *ratione personae* are also incorporated in Articles 62 and 63 of the Statute of the Court, enabling third States to participate in the proceedings. As such intervention is an exception to the Court's bilateralism.<sup>42</sup>

Moreover, both articles confer the right "to intervene using the term 'any state' meaning it is not necessary that the State seeking to intervene under either of these provisions should be party to the Statute"<sup>43</sup> – if fulfilled conditions provided in Article 35, par. 2 of the Statute.

Obligations *erga omnes partes* eliminate the difference between two forms of intervention – intervention of a third State on the basis of Article 62 of the Statute of the Court,<sup>44</sup> upon the permission of the Court – so-called discretionary intervention<sup>45</sup> – and intervention on the basis of Article 63<sup>46</sup> – intervention as of right.<sup>47</sup>

---

in 2000, as a successor state of SFRY, it was in a position of legal continuity with SFRY. As a consequence, the rules of the citizenship of the SFRY were in force especially for parts of Serbian people in the secessionist republics that in addition expressed their will to remain in the common state. Also, the members of those parts of the Serbian people did not even accept the citizenship of the breakaway republics Bosnia and Herzegovina and Croatia in the relevant period.

The legal continuity of the FR of Yugoslavia with SFRY was assumed by the International Court of Justice; for otherwise FR of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) could not possess *locus standi in indicio* before the Court either as an Applicant nor as a respondent. As the Court stated in the Legality of Use of Force cases: "The Court can exercise its judicial function only in respect of those States which have access to it under Article 35 of the Statute. And only those States which have access to the Court can confer jurisdiction upon it".

Only States parties to the Statute of the Court possess the right referred to, being as Members of the United Nations *ipso facto* parties to the Statute of the Court or by accepting conditions pursuant to Article 35, paragraph 2, of the Statute. States non-parties to the Statute can acquire this right on condition that they accept the general jurisdiction of the Court in conformity, with Security Council resolution 9 (1946).

FR of Yugoslavia never accepted conditions pursuant to Article 35, para. 2, of the Statute nor the general jurisdiction of the Court in conformity with Security Council resolution 9 (1954). More detail, *ibidem*, Separate Opinion of Judge Kreća, M. Kreća, "A Few Remarks about the Membership of FR Yugoslavia in the United Nations", *Anal. of the Faculty of law in Belgrade*, 6/1994, pp. 594–605. Y. Z. Blum, "Was Yugoslavia a Member of UN in the Years 1992-2000", *AJIL*, vol. 101, 4/2007, pp. 800-818.

42 S. Rosenne, *The Law and Practice of the ICJ 1920-2005*, Fourth Edition, 1439.

43 *Ibid.*, 1472–1473.

44 Article 62 reads as follows:

"1. Should a state consider that it has an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case, it may submit a request to the Court to be permitted to intervene.  
2. It shall be for the Court to decide upon this request".

45 S. Rosenne, *op. cit.*, 1472–1473.

46 Article 64:

"1. Whenever the construction of a convention to which states other than those concerned in the case are parties is in question, the Registrar shall notify all such states forthwith.  
2. Every state so notified has the right to intervene in the proceedings; but if it uses this right, the construction given by the judgment will be equally binding upon it".

47 *Ibidem*.

The parties to the Convention like Genocide Convention, have a common interest to ensure its application and on that basis possess the presumed right to intervene pursuant to Article 62 of the Statute. As the Court stated, “The common interest in compliance with the relevant obligations under the Genocide Convention entails that any State party, without distinction, is entitled to invoke the responsibility of another State party for an alleged breach of its obligations *erga omnes partes*.”<sup>48</sup>

One of the effects of obligations *erga omnes partes* is that the multilateral convention such as the Genocide Convention are understood as integral one “where the force of the obligation is self-existent, absolute and inherent for each party”,<sup>49</sup> both in substantive and procedural terms.

Such an understanding significantly extends the circle of potential applicants as well as interventions as of right in the proceedings before the Court affecting in addition the scope of validity of the rule *res iudicata* in terms of *res iudicata erga omnes partes*.

The concept of obligations *erga omnes partes* is not free from certain risks.

They concerned the attitude of States to the obligatory jurisdiction of the International Court of Justice in terms of Article 36, paragraph 2 of the Statute of the Court and more specifically the compromisory clauses in treaties of universal or quasi-universal character in the view of extension of jurisdiction of the Court *ratione personae*.

In that matter the time, we would say in relatively short time, probably following the judgments *in meritum* in these two cases, will be the ultimate judge.

The ambiguities and controversies are the consequence of current state in international law. The idea promoted by the *dictum* of the Court in Barcelona case is, however, a kind of beacon to which to international law should strive in order to establish the rule of law in international community.

The obligations *erga omnes partes* is a modest<sup>50</sup> and valuable step in that direction.

48 Case concerning Application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Gambia v. Myanmar*), Judgement, Preliminary Objections, ICJ Reports 2022, para. 108.

49 Third Report on the Law of Treaties by General Fitzmaurice, UN doc. A/CN.4/115, YILC, 1964, Vol. II, 20, Art. 17, p. 27.

50 As regards the *ratione personae* effects, the concept of so-called objective regimes were more strict. The concept was for the first time elaborated in the decision of the International Committee of Jurists related to the status of Alland Islands 1920. – Alland Islands question, League of Nations Official Journal, Special supplements. No. 3, October 1920. As regards the validity of the 1856. treaties concerning the demilitarization of Islands, the Committee stated: “The provisions were led down in *European Interest*. They constituted a *special international status* relating to military considerations for the Alland Islands. It follows that *until* these provisions are *dully replaces* by others, *every State interested* has the right to insist upon compliance with them. It also follows that any State in possession of Islands must conform to the obligations, binding upon it, arising out of the system of demilitarisation established by these provisions – *ibidem*.”

In that frame the obligations *erga omnes* and even *erga omnes partes* could have the proper effect as a processual element of *ius cogens* in *statu nascendi*. As such, they would contribute to the full effects of *ius cogens*, as basis and criteria of substantive legality in the international community. Of highest relevance is the fact that in all judgement and advisory opinions in which it deals with obligations *erga omnes*, the Court referred either directly or indirectly to rules of *ius cogens*, tying its effects both to obligations and rights.<sup>51</sup>

By acting in such a way the Court demonstrated its belief in the unity of primary and secondary rules of international law against its fragmentation.

## BIBLIOGRAPHY

- Alland Islands question, League of Nations Official Journal, Special supplements. No. 3, October 1920
- Blum Y. Z., "Was Yugoslavia a Member of UN in the Years 1992-2000", *AJIL*, 4/2007.
- Cheng B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, 1953.
- Draft articles on Responsibility of International Organizations, *YILC* 2011, II, Part Two.
- Gattini A., *Actio popularis*, Oxford Public International Law.
- Henkin L., Pugh R., Schachter O., Smit H., *International Law*, St. Paul, Aspen Publ., 1993.
- ILC Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries, Introduction by J. Crawford, 2002.
- Kreća M., "A Few Remarks about the Membership of FR Yugoslavia in the United Nations", *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 6/1994.
- Kreća M., "The res iudicata rule in jurisdictional decisions of the ICJ", *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 3/2014.
- Posner E., de Figueredo H., *Is the ICJ politically based?*, UC Berkeley International Law Workshop <https://escholarship.org/uc/item/35j504g>.
- Reisman M., *Nullity and revision*, Yale University Press, New Haven and London, 1974.
- Resolution on Obligations *erga omnes* in the International Law, Fifth Ctee, Krakow Session 2005.
- Rosenne S., *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, Vol. III, Fourth Edition, Leiden, Boston, 2006.
- Thirlway H., *The Law and Procedure of ICJ 1960-1989*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

---

Consequently, the Sweden, as a non-signatory of the treaty, by reason of objective nature of the settlement of the Alland Islands question by treaty of 1956... may, as a power directly interested, insist upon compliance with the provisions of these treaty in so far as the contracting parties have cancelled it. *Ibidem*, p. 17.

51 See, p. 7. *infra*.

## INTERNATIONAL JURISPRUDENCE AND CODIFICATIONS AND CODIFICATIONS OF INTERNATIONAL LAW

Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Gambia v. Myanmar*), Application Instituting Proceedings.

The case concerning the Application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Gambia v. Myanmar*), Judgment on Preliminary Objection of 22 July 2022, Dissenting opinion of Judge Xue.

Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*South Africa v. Israel*), Application Instituting Proceedings.

*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1951.

*East Timor case*, Judgment, ICJ Reports 1995.

*Armed activities on the territory of Congo* (New Application 2002), Judgment, ICJ Reports 2006.

Case concerning the Application of the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objection, ICJ Reports, 1966.

*Construction of the Wall in the Occupied Palestine Territories*, Advisory Opinion, ICJ Reports, 2004.

*Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, ICJ Reports 2019.

*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970.

*Legality of Use of Force (FR Yugoslavia v. Belgium)*, Provisional Measures, ICJ Reports 2004, Dissenting Opinion of Judge Kreća.

*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Ireland)*, Merits, ICJ Reports 1974.

*Fisheries Jurisdiction (FR of Germany vs. Ireland)*, Merits, ICJ Reports 1974.

Third Report on the Law of Treaties by General Fitzmaurice, UN doc. A/CN.4/115, YILC, Vol. II, 20, Art. 17.

## ХУМАНИТАРНА ИНТЕРВЕНЦИЈА И ОДГОВОРНОСТ ЗА ЗАШТИТУ (R2P КОНЦЕПТ) У КОНТЕКСТУ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА<sup>1</sup>

*Апстракт:* У раду се у контексту међународног кривичног права објашњавају како основне карактеристике концепта хуманитарне интервенције, за коју се истиче да је у пракси најчешће „камуфлирана“ агресија, иако и основни елементи концепта одговорности за заштиту („R2P концепт“), који суштински представља значајно модификован концепт хуманитарне интервенције, ие подразумева постојање одговарајуће ауторизације Савета безбедности Уједињених Нација. Иако је сам по себи бољи од озлобљене концепта хуманитарне интервенције, ни „R2P концепт“ свакако није имун од могућих злоупотреба у пракси, иако да извесно, након што је примењен у неколико наврата, неће у пракси доживети ширу примену, у време када објективно постоји криза у систему УН, а када је свет захваћен великим ратним пожарима, уз константну опасност да се они и значајно прошире.

У раду се посебно закључује да је неприхватљив став дела теорије (пре свега у домену међународног јавног права), да се „одговорност за заштиту“, намењена као само донекле модификован концепт хуманитарне интервенције, иако што би држава која се сматра одговорном да заштити људска права која се масовно крше у другој држави, прво морала покушати да добије одобрење Савета безбедности за одговарајућу интервенцију, а након чега би ако у томе не успе, имала право да и онда када не постоји ауторизација икакве акције у Савету безбедности (због „блокаде“ већом једне или више сталних чланица), ипак насилно интервенише у односу на другу

---

\* Редовни професор Универзитета у Београду – Правног факултета и судија Уставног суда Републике Србије, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4515-1852>, [skulic@ius.bg.ac.rs](mailto:skulic@ius.bg.ac.rs).

1 Овај рад је настао као резултат истраживања у оквиру стратешког пројекта за 2024. годину „Проблеми стварања, тумачења и примене права“ (подтема: „Правосуђе и изазови данашњице“ – тема истраживачке групе: „Правна заштита од рата и у рату“), који финансира Правни факултет Универзитета у Београду.

*државу, руководећи се својом „одговорношћу за заштиту“.* Такав став је у ствари, веома опасан. То би се svelo само на једну циничну варијанту хуманитарне интервенције, која би као и иначе, најчешће имала суштински карактер „камуфлирања“ агресије, што би се и само по себи сводило на извршење злочина против мира.

**Кључне речи:** међународно кривично право, кривично право, хуманитарна интервенција, „R2P“ концепт, агресија.

## 1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Као и у било којем другом кривичноправном систему који је националног карактера, и на међународно-кривичноправном нивоу је изузетно важно питање постојања/непостојања основа који под одређеним условима искључују постојање кривичног дела/одговорности за међународно кривично дело. За међународно кривично право је притом, посебно карактеристично да осим неких класичних основа искључења постојања кривичног дела који постоје у свим савременим националним кривичним законодавствима, у том погледу познаје и неке веома специфичне основе искључења постојања кривичног дела/одговорности за кривично дело.

Када је реч о основима искључења постојања кривичног дела/одговорности за међународно кривично дело, ради се о основима/разлозима који своје порекло дугују како неким историјским конотацијама, тако и одређеним концепцијама из домена међународног јавног права, при чему су те концепције често прилично удаљене од неких основних захтева начела законитости у стриктном формалном кривичноправном смислу. Неки од тих основа се у пракси чак најчешће испољавају као начин за својеврсно „камуфлирање“ противправног понашања, које представља конкретно кривично дело, као што је то случај са хуманитарном интервенцијом, којом се често прикрива агресија као злочин против мира. У вези са тим је веома интересантно и разматрање односа између хуманитарне интервенције и специфичног концепта одговорности за заштиту („R2P концепт“), који суштински представља како одговарајућу модификацију, тако и својеврсну „надградњу“, а донекле и унапређење већ веома озлоглашене хуманитарне интервенције.

## 2. ОСНОВИ КОЈИ ИСКЉУЧУЈУ/МОГУ ИСКЉУЧИТИ ПОСТОЈАЊЕ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Као што то и иначе, типично у савременом националном кривичном праву и међународно кривично право познаје одређене основе, које искључују постојање међународног кривичног дела, што се своди на правило да када *ејзистира* одговарајући основ, тада *не постоји* међународно кривично



дело.<sup>2</sup> За свако модерно национално кривично право је карактеристично да „постоје ситуације када су испуњена сва законом прописана обележја неког кривичног дела,<sup>3</sup> али оно ипак не постоји јер му недостаје противправност, тј. постоји неки од основа искључења противправности“, или кривично дело неће постојати због егзистирања основа који искључује кривицу, попут неурачунљивости учиниоца.<sup>4</sup> Тако је и у савременом међународном кривичном праву, иако иначе међународно кривично право у ранијим епохама свог развоја и постојања није поклањало много, а некада чак ни уопште, пажње том питању.

Дакле, у историјском смислу се дуго, тј. са становишта деловања норми међународног кривичног права у периоду до ступања на снагу Римског статута (што се пре свега, тицало права примењиваног у поступцима пре *ad hoc* трибуналима након Другог светског рата), није уопште ни размишљало о могућим „оправдавајућим/извињавајућим“ основима у односу на међународна кривична дела. То значи да се није (при)давао било какав реалан значај могућим кривичноправним „оправдањима“ одређених међународних кривичних дела (*искључење њројивџравности*) или факторима који би *искључили кривицу* за дело које је противправно и законом, односно одређеним међународним извором кривичног права, прописано као кривично дело.

Међународно кривично право се у периоду свог настајања а нарочито у раним фазама, које се корелативно преплићу са одређеним историјски значајним облицима међународног кривичног правосуђа, није не само

2 М. Шкулић, *Међународно кривично љраво*, 2. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022, 198.

3 Када се овде говори/пише о испуњености свих елемената који су прописани законом, односно када се пише о обележјима кривичног дела која прописује закон, мисли се наравно, на класично национално кривично право, које је искључиво законског карактера, бар када се ради о европско-континенталним кривичноправним системима.

Извори међународног кривичног права могу да буди и други општи правни акти, попут Римског статута, када се ради о примени права које се примењује у поступку пред Међународним кривичним судом, односно које тај Суд примењује када одлучује о кривичним делима која су предмет поступка пред њима. С друге стране, део међународног кривичног права је садржан и у националним кривичноправним системима, не само када се ради о традиционалним правилима просторног важења кривичног права, већ и у погледу неких инкриминација (попут ратних злочина, геноцида итд.), али некада и неких других кривичноправних института који су међународног карактера. Такав је случај са кривичним делима против човечности и других добара заштићених међународним правом у Кривичном законнику Србије. Када се ради о кривичном праву држава које су странке/чланице Римског статута, тада у том погледу делује и изузетно важно начело комплементарности националног кривичног права тих држава у односу на оно које је прописано самим Римским статутом.

4 З. Стојановић, *Кривично љраво – ојшици део*, 29. издање, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2024, 144 и 194.

систематски, већ чак ни рудиментарно бавило основима који искључују постојање кривичног дела.<sup>5</sup> Одређени помаци у односу на ово питање донекле настају током суђења у Нирнбергу, али је енормна тежина нацистичких злочина бацила у дубоку сенку, низ „формалних приговора“, па и оних који су се тичали постојања могућих основа искључења постојања кривичног дела/кривичне одговорности. До Римског статута, којим су створени услови за настанак/деловање сталног Међународног кривичног суда (ICC), али и стварања у складу са начелом комплементарности, одговарајућих нормативних механизма на националном кривичноправном нивоу држава странака/чланица тог Статута,<sup>6</sup> у међународном кривичном праву, су се само у одређеној мери као могући основи искључивања постојања кривичног дела/одговорности за међународно кривично дело, узимали у обзир једино „стање принуде“ и поступање по наређењу.<sup>7</sup>

У нашој теорији се примећује да је на непридавање посебне пажње „основима искључења кривичног дела и кривичне одговорности“ у међународном кривичном праву до ступања на снагу Статута МКС (Римски статут), утицало англосаксонско кривично право које овој проблематици не придаје посебан значај,<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> Такав приступ англосаксонског кривичног права, које је значајно утицало и на развој међународног кривичног права, посебно до настанка и ступања на снагу Римског статута, је у ствари, последица схватања појма кривичног дела у англосаксонском

5 У историјском смислу може се уочити да је, када је реч о случајевима суђења пред *ad hoc* међународним кривичним трибуналима, постојала и тенденција изразите „објективизације“ одговорности на таквим суђењима, што је посебно дошло до изражаја и приликом „традиционалне“ оцене о међународној кривичноправној „правди“, као „правди победника у односу на побеђене у рату“.

6 У даљем тексту ће се уз понекад коришћење и пуног назива тог Статута, за Римски статут, претежно користити скраћеница „РСт“.

7 С. Safferling, *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, „Springer Verlag“, Heidelberg, 2011. 112.

8 У ствари англосаксонско кривично право се у битној мери бави основама искључења кривичне одговорности, што се своди на основе непостојања кривичног дела (некада због искључења противправности, што је у домену *actus reus* сегмента, а некада због искључења релевантне намере, односно друге врсте субјективног односа учиниоца према делу – што се тиче *mens rea* сегмента), али се ти основи не дефинишу формално на такав начин, већ се сматрају „одбранама“ у кривичном поступку (*defences*), где се уз оне основе који су очигледно материјалног кривичноправног карактера, попут нужне одбране, принуде и крајње нужде, релевантне заблуде, ту сврставају и основи који искључују кривичну одговорност, попут правноснажно већ пресуђене ствари (*Prohibition of double jeopardy*), чак питање алибија, које се тиче доказивања и сл. Више о томе: М.Шкулић, *Кривично право Сједињених Америчких Држава*, „Службени гласник“, Београд, 2023, 99–100.

9 М. Бабић, *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2011, 71–72.

кривичном праву. Према оваквом схватању; „злочин је намерна радња или њено пропуштање, којом се крши кривично право (законско или оно садржано у судским прецедентима), учињена без постојања одређених основа искључења противправности (одбране – *defences*) или без оправдавајућих разлога (*justification*) и које је санкционисано од стране државе као кривично дело или прекршај.“<sup>10</sup> У оквиру ове дефиниције се *mens rea* мање упадљиво означава, али је тај психолошки елемент ипак садржан у одређивању да радња извршења мора бити предузета намерно, што се у ствари своди на „скривљено“ чињење или нечињење, уз проузроковање одређене релевантне последице, а што укључује и случајеве одређених форми нехата, зависно од врсте кривичног дела. Коначно, у односу на кривично дело, односно дело које би иначе (да нема тих основа), било кривично дело могу се у англосаксонском кривичном праву испољити одређени основи који искључују његово постојање. Ти основи који искључују постојање кривичног дела, односно кривичну одговорност или кривично гоњење конкретног лица, односно потенцијалног учиниоца кривичног дела, називају се „одбране“ (*defenses*) и постоје у неколико облика, теоријски подељених према одређеним категоријама.<sup>11</sup> Ова класична схватања англосаксонског кривичног права су имала велики утицај и на међународно кривично право, када се ради о основима искључења кривичног дела/кривичне одговорности, нарочито до ступања на снагу Римског статута.

Тек је у одредбама Римског статута прописано неколико класичних кривичноправних основа који искључују постојање међународног кривичног дела, а који се у терминолошком смислу у Римском статуту дефинишу као основи искључења кривичне одговорности.<sup>12</sup> Поред тога, традиционално међународно право устаљено познаје одређене фактичке основе искључења постојања кривичног дела, засноване пре свега, на обичајном међународном праву, као што су репресалије. Тек у релативно новије време, у делу теорије међународног јавног права, али много више у спољнополитичким доктринама неких земаља, развијен је и концепт хуманитарне интервенције, утемељен примарно на идеји заштите темељних људских права, као основне вредности, која притом, као таква може легитимно да буде заштићена и супротно неким другим принципима међународног јавног права, као што су забрана насилне/оружане интервенције у односу на другу државу, као и обавеза поштовања државне суверености.<sup>13</sup> Тај

10 S. T. Reid, *Crime and Criminology*, Ninth Edition, „Mc Graw Hill“, Boston, 2000, 6.

11 J. M. Scheb and J. M. I. Scheb, *Criminal Law and Procedure*, Fourth Edition, „Wadsworth & Thomson Learning“, Belmont, 2002, 338.

12 М. Шкулић, *Међународно кривично право – ироспорно важење кривичног права, кривично право међународног порекла, међународна кривичноправна помоћ, зачеци кривичног права ЕУ*, „Службени гласник“, Београд, 2022, 336.

13 Хуманитарна интервенција је у пракси често „камуфлирана агресија“, што ће се детаљније објаснити у даљем тексту. Интересантно је једно објашњење З. Стојановића, које се односи на практичан пример постојања/непостојања основа који

концепт је временом модификован и једним релативно новим концептом „одговорности за заштиту“ (R2P концепт).

### 3. ОСНОВИ ИСКЉУЧЕЊА ПОСТОЈАЊА МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ДЕЛА ДЕФИНИСАНИ У РИМСКОМ СТАТУТУ

Одредбама Римског статута прописано је неколико класичних кривично-правних института, који се дефинишу као основи искључења кривичне одговорности и не деле се систематски/системски (као што је то иначе, уобичајено у многим националним кривичноправним системима, те у теорији кривичног права), на две врсте основа: 1) оне који искључују противправност дела (*ојравдавајући основи*), као и 2) оне које искључују кривицу (*извињавајући основи/одривљујући основи*), за противправно дело које је као кривично дело прописано законом или релевантним међународним извором кривичног права. Напротив, у Римском статуту се сви основи искључења постојања кривичног дела/одговорности за кривично дело, набрајају „збирно“, без поделе на основе који би искључивали противправност и оне које би искључивале кривицу, а као што је то већ и истакнуто у претходном тексту, „уопште је новост и прописивање таквих основа“ у међународном кривичном праву.<sup>14</sup> Стога, иако би се у теоријском смислу, ти институти који

---

искључује међународно кривично дело, конкретно агресије, у једном историјски веома значајном случају (3. Стојановић, *Међународно кривично право*, 12. издање, „Правна књига“, Београд, 2018. 67–71). Ово објашњење се састоји у анализи потенцијалног позивања актера НАТО агресије на СР Југославију 1999. године на евентуално постојање основа искључења кривичног дела.

3. Стојановић закључује да је и овде, као и у другим случајевима потребно утврдити да ли су остварена сва *четири оштриа констативна елемента кривичног дела*, па потом наводи да у конкретном случају „напада“ (агресије) НАТО-а на СР Југославију, постоје сви потребни елементи злочина против мира: 1) радња кривичног дела; 2) оствареност битних елемената бића кривичног дела; 3) противправност, при чему посебно утврђује да није остварен ниједан од могућих основа искључења противправности, као што су: а) нужна одбрана, б) крајња нужда, в) наређење претпостављеног, г) неки изричито основ искључења противправности, нити чак д) потенцијални „природноправни“ аргумент; 4) кривица, која постоји јер се реално не може говорити о неурачунљивости главних актера НАТО агресије на СР Југославију, нити о неком другом могућем основу искључења постојања субјективног елемента општег појма кривичног дела, као што би били отклоњива стварна заблуда (пошто се ради искључиво о умишљајним кривичним делима), правна заблуда, компулзивна сила и претња, па чак ни основ који је својевремено истицао Ханс Келзен, а који се своди на априорну немогућност да појединци који делују у име државе и као њени органи, одговарају за кривична дела, јер је тај аргумент превазиђен још током суђења у Нирнбергу.

14 Н. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht, Völkerstrafrecht*, 8. Auflage, „Nomos“, Baden, Baden, 2018, 385.

се у Римском статуту дефинишу као основи који искључују кривичну одговорност, могли према критеријуму своје садржине, поделити на оне који искључују противправност и друге који искључују кривицу, они ће се овде навести без такве поделе, коју иначе, ни сам Римски статут формално не познаје. Ти се основи односе на кривично дело које спада у надлежност Међународног кривичног суда.

Дакле, Римски статут познаје одређене основе искључења постојања међународног кривичног дела, односно кривичног дела које спада у стварну надлежност Међународног кривичног суда, који су у правно-техничком и терминолошком смислу, дефинисани као основи искључења кривичне одговорности. То су: 1) неурачунљивост, 2) нескривљено довођење интоксикацијом у стање неурачунљивости, 3) нужна одбрана, 4) принуда и крајња нужда, 5) стварна и правна заблуда, 6) наређење претпостављеног, као и 7) други основи за које Суд закључи да могу проистећи из примењивог права у складу са чланом 21. Римског статута.<sup>15</sup>

У теоријском смислу се ови основи, дефинисани формално у Римском статуту као основи искључења кривичне одговорности, могу поделити на две врсте: а) основи искључења кривице и б) основи искључења противправности. Таква подела је иманентна и било којем модерном континентално-европском кривичном праву.<sup>16</sup> У основе искључења кривице (извињавајући/“откривљујући“ основи), спадају: 1) неурачунљивост, 2) нескривљено довођење интоксикацијом у стање неурачунљивости, што се своди на нескривљену неурачунљивост (*actiones liberae in causa*), као и 3) релевантна заблуда у виду *error facti* и *error iuris*. У основе искључења противправности (оправдавајући основи), спадају: 1) нужна одбрана, 2) принуда и крајња нужда, као и наређење претпостављеног.

Такође, други основи за које Суд (ICC), закључи да проистичу из примењивог права у складу са чланом 21. Римског статута, ће по логици ствари, примарно бити основи искључења противправности. Међу такве основе спадају репресалије (које су иначе, под великим „знаком питања“ у савременом међународном кривичном праву), а под одређеним условима (ако се поступа у складу са међународним правилима, што значи једино уколико такву интервенцију одобри Савет безбедности), ту би могао да спада и концепт одговорности за заштиту (R2P), као својеврсна „надградња“, иначе веома спорне хуманитарне интервенције, која у пракси најчешће представља

15 Понекад се у теорији као основ искључења одговорности за кривично дело у надлежности Међународног кривичног суда или као „одбрана“ (када се користи англиосаксонска терминологија), подразумева и узраст учиниоца дела, који у време извршења дела није имао 18 година, али се у том случају у ствари, уопште не ради о основу који искључује кривично дело/кривичну одговорност, јер се релевантна одредба Римског статута (члан 26.), односи само на искључење надлежности Међународног кривичног суда у таквом случају.

16 М. Шкулић, *Кривичнојравни аспектии форензичкој рачуноводсїва*, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд, 2023, 21.

„камуфлирану“ агресију, односно своди се на својеврсни „изговор“ и „оправдање“ за противправно деловање држава које се одреде за такву врсту поступања у међународним/међудржавним односима.

#### 4. ОСНОВИ КОЈИ ИСКЉУЧУЈУ/МОГУ ИСКЉУЧИТИ ПОСТОЈАЊЕ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ДЕЛА КРЕИРАНИ У ДОКТРИНИ МЕЂУНАРОДНОГ ЈАВНОГ ПРАВА

Постоје одређени основи искључења постојања међународног кривичног дела који се дефинишу у доктрини међународног јавног права, али не директно у односу на физичка лица, тј. појединце који долазе у обзир као учиниоци таквих кривичних дела (јер се међународно јавно право ни иначе не бави одговорношћу физичких лица), већ у односу на државе којима се под одређеним условима признаје право предузимања одређених аката према другим државама, односно против њих, а који би иначе, били противправни, али се из одређених разлога сматра да је противправност искључена у конкретном случају.

Тада не постоји кршење правила међународног права од стране државе, која предузима акте који су иначе противправни и забрањени међународним правом, па из тога произлази и искључење противправност одређених радњи физичких лица која су у таквој ситуацији деловала у име државе. Тако на пример, не би постојао ратни злочин конкретних војних лица која су такво кривично дело фактички учинили као непосредни извршиоци или као наредбодавци, уколико се радило о радњама које су биле део репресалија, или не би постојала агресија, ако се радило о хуманитарној интервенцији, наравно, уколико би се хуманитарна интервенције сматрала могућим осномом искључења агресије као злочина против мира. У даљем тексту ће се посебно објаснити зашто начелно није адекватно концепт хуманитарне интервенције сматрати осномом искључења постојања агресије/кривичне одговорности за агресију, уз повезивање тог концепта и објашњења са новијим концептом одговорности за заштиту („R2P концепт“).

Дакле, ти основи креирани у доктрини међународног јавног права имају две основне карактеристике: 1) То су искључиво *ојравдавајући* основи евентуалног непостојања међународног кривичног дела,<sup>17</sup> те 2) Тичу се искључиво евентуалног непостојања само одређених међународних кривичних дела,

---

17 Ово је иначе, разумљиво у теоријском смислу, а у складу је донекле и са запажањем кривичноправне доктрине да се „основи оправдања“, односно основи искључења противправности и иначе, „налазе у свим подручјима правног поретка“, тако да „њихов број није затворен“, те се не може искључити да се у будућности развију неки нови основи“. И. Вуковић, *Кривично право – оишши гео*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021, 120.

што се када је реч о репресалијама искључиво односи на ратне злочине, а када је у питању хуманитарна интервенција/одговорност за заштиту, такви основи искључиво и једино могу искључити постојање агресије, као злочина мира. Агресија се своди на врсту рата, чије се започињање и вођење сматра кривичним делом, што се своди на агресивни рат, као злочин против мира. У литератури се истиче да је „злочин агресије акт који по својој природи, тежини и обиму чини очигледно кршење Повеље Уједињених нација“,<sup>18</sup> те да „Статут Сталног међународног кривичног суда увршћује злочин агресије у најтеже злочине који се тичу међународне заједнице као целине“.<sup>19</sup> Иначе се сам по себи, рат од времена чувене дефиниције Клаузевица сматра наставком политике оружаним средствима, те представља како „оружани сукоб између организованих политичких јединки“, те „организовани облик насиља“, тако и „израз воље једне од зарађених страна“, који је потребан да би се „створило ратно стање“.<sup>20</sup>

## 5. РЕАЛНИ ДОМЕТ ГЕНЕРАЛНЕ КЛАУЗУЛЕ О ПРИМЕЊИВОМ ПРАВУ У РИМСКОМ СТАТУТУ У ПОГЛЕДУ ПОТЕНЦИЈАЛНОГ ИСКЉУЧЕЊА ПОСТОЈАЊА МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Осим стриктно наведених основа искључења међународног кривичног дела/кривичне одговорности (нужна одбрана, принуда и крајња нужда, неурачунљивост итд.), у Римском статуту се једном *генералном клаузулом* која упућује на изворе права које важи за Међународни кривични суд, омогућава да се на темељу примене тих правила о примењивом праву у

---

Наравно, када се ради о међународном кривичном праву, ту се ипак, не може говорити о неком „броју основа искључења противправности међународних кривичних дела у ужем смислу, који није „затворен“. Наиме, у та кривична дела спадају кривична дела у надлежности сталног Међународног кривичног суда. То су геноцид, злочин против човечности, ратни злочини и агресија, тако да нити постоји креална могућност развијања неких нових основа искључења противправности појединих од тих кривичних дела, исто као што се и постојећи основи, који иначе и нису неспорно прихваћени, ни у теорији, нити у пракси, тичу искључиво ратних злочина (репресалије) и агресије, коју би могла да искључи хуманитарна интервенција која је у ствари, најчешће неприхватљива, јер се прежечно своди на камуфилирану агресију, те одговорност за заштиту, што је концепт још увек у развоју, а који подразумева поступање у складу са одлуком Савета безбедности донесеном у оквиру овлашћења тог тела УН.

18 Р. Етински, С. Ђајић, Б. Тубић, *Међународно јавно право II*, 10. измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2024, 51.

19 М. Крећа, *Међународно јавно право*, 11. издање, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2019, 647.

20 С. Аврамов и М. Крећа, *Међународно јавно право*, 19. измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006, 579.

поступку пред Међународним кривичним судом (члан 21. РСт.), односно на самом суђењу пред тим Судом (што значи на главном претресу), Међународни кривични суд размотри и неки други основ искључења кривичне одговорности, осим оних који су као такви формално дефинисани у Римском статуту.<sup>21</sup> Наиме, у члану 21. Римског статута одређује се *йримењиво йраво* у поступку пред Међународним судом, односно право које важи за тај Суд (ICC). Када је реч о основима искључења кривичне одговорности/постојања кривичног дела, значај би могли да у најопштијем смислу имају начела и правила међународног права, укључујући и начела међународног ратног права, а супсидијарно у обзир долазе, онда када је то сврсисходно и општа правна начела из националног кривичног законодавства оних држава, чије би правосуђе према редовном току ствари било надлежно, уколико та начела нису у супротности са Римским статутом, међународним правом и међународно признатим правилима и стандардима.

Када је реч о националним изворима из којих би произишли/могли произићи основи који искључују постојање кривичног дела/кривичне одговорности, у теорији се најчешће спомињу имунитет, амнестија и помиловање, као и „други основи одрицања од права кажњавања“.<sup>22</sup> Ради се дакле о одрицању од класичног права државе на кажњавање (*ius puniendi*), али се поставља питање, да ли одрицање конкретне државе од тог свог права, може утицати на право кажњавања које постоји на међународном кривичноправном нивоу. У теорији се поред тога, као други основи искључења кривичног дела који потичу из националног кривичног права, а чија би примена у складу са чланом 21. Римског статута, евентуално дошла у обзир и у поступку пред Међународним кривичним судом, спомиње још и *йрисшанак жрйиве*, за шта се истиче да је проблематичан као такав основ, јер се не може пристанком оправдати чињење дела које је усмерено на „супра-индивидуално заштићено добро“.<sup>23</sup> Интересантно је сврставање у „друге основе“

21 Поступак таквог разматрања ближе се уређује одредбама Правила о поступку и доказима, као супсидијарном и допуњујућем извору права које се примењује у поступку пред Међународним кривичним судом (члан 31. став 3. РСт.).

22 К. Ambos, *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*, 5. Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2018, 234.

23 Овде се мисли на то да се међународним кривичним делима начелно заштићује и један виши интерес, па стога, оно што би се у класичном кривичном праву могло сматрати пристанком повређеног који искључује постојање кривичног дела, не може то бити и у међународном кривичном праву, чак и када је на први поглед ситуација истоветна. На пример, то што неко из мазохистичких побуда пристаје да се изложи мучењу, може да искључи постојање одређених кривичних дела, попут кривичног дела злостављања и мучења у нашем кривичном праву, али ако би лице под међународном заштитом, попут ратних заробљеника или цивилног становништва чак и пристало на такве радње, такав пристанак жртве, односно повређеног, се ипак из начелних разлога не би сматрао основом који искључује постојање ратног злочина, онога ко је предузео те радње, јер се том међународном инкриминацијом не штите само конкретна лица према којима се врше одређене



искључења постојања кривичног дела, једног веома специфичног „оправдања“, а то је *испуњавање засновано на обостраном/узајамном кршењу међународној права* („*ti quoque* аргумент“), за који се наводи да је своју примену доживео у Нирнбергу у погледу ратних злочина који су се састојали у потапању и цивилних бродова, што је била пракса свих зарађених страна у операцијама на мору током Другог светског рата. У ствари, овде се ради о чистом „фактицитету“, јер то што обе зарађене стране чине одређена кривична дела, или кривична дела одређене врсте чине оружане снаге више држава које су ратни противници, не може само по себи, бити основ који формално искључује постојање таквих кривичних дела, већ се из сасвим практичних разлога, за таква кривична дела нико не оптужује,<sup>24</sup> нити осуђује, јер то није у интересу ни у рату побеђенима, нити ратним победницима, као што је то у ствари, примарно и био случај током суђења у Нирнбергу и Токију након Другог светског рата.

## 6. ХУМАНИТАРНА ИНТЕРВЕНЦИЈА

Под концептом хуманитарне интервенције најчешће се подразумева „схватање по којем једна држава или група држава може интервенисати у ствари друге државе ако се она не придржава општепризнатих основних хуманитарних правила, а посебно ради спасавања живота одређене групе људи, које држава у којој се интервенише угрожава или није у стању да заштити.“<sup>25</sup> Хуманитарна интервенција се своди на насилну интервенцију, што подразумева и оружано деловање једне државе или групе држава против друге државе, да би се тиме спречило масовно кршења људских права у држави против које се или у којој се интервенише, а у пракси најчешће ради заштите сопствених националних интереса државе/држава које интервенишу или у циљу реализације одређених гео-политичких циљева. Најчешће се хуманитарна интервенција у својој суштини и своди на оружани напад против друге државе или одређених формација на територији друге државе, што може имати и обележја агресивног рата. Право на хуманитарну интервенцију, без обзира да ли се ради о мултилатералној или унилатералној

---

радње, као „таква“, тј. као људска бића, већ је кривичноправна заштита усмерена према лицима која имају одређени *међународнојравни заштитишени ситишус*, попут у овом примеру, цивила или ратних заробљеника.

24 Овакво уздржавање од кривичног гоњења и оптужења се у ствари, своди на *случај фактичкој ојоршунитишета кривичној гоњења*, који је заснован на одређеним криминално-политичким разлозима, који су суштински ванправне природе. Свакако се не ради о основу који има материјални кривичноправни карактер уопште, па стога он није ни основ који би искључивао постојање међународног кривичног дела/одговорности за међународно кривично дело.

25 Б. Кривокапић, *Енциклопедијски речник међународној права и међународних односа*, „Службени гласник“, Београд, 2010, 338.

акцији, је веома контроверзан појам. Тако је већ у *prima facie* смислу, јер у Повељи УН постоји генерална забрана насилне интервенције једне државе у ствари друге и није експлицитно предвиђен изузетак у односу на то, што би се могло означити као тзв. *право* на хуманитарну интервенцију.<sup>26</sup> Није тешко закључити да у ствари, ни не постоји *право* на хуманитарну интервенцију. У неким ситуацијама се државе које одлуче да интервенишу против друге државе, ради на пример, заштите одређене националне мањине у држави против које се/у којој се интервенише, позивају на поступање које има *ultima ratio* карактер, те представља неку врсту крајње нужде.

Као примери хуманитарних интервенција, наводе се између осталог, интервенција Индије у источном Пакистану,<sup>27</sup> те танзанијска интервенција у Уганди, али како наводе цитирани аутори, Аустралија (коју посебно спомињу јер се ради о ауторима из те државе), као и многе друге државе међународне заједнице, никада није прихватила право на унилатералну хуманитарну

26 S. Blay, R. Piotrowicz, B. M. Tsamenyi, *Public International Law – An Australian Perspective*, „Oxford University Press“, Oxford, Auckland, New York, 1997, 253.

27 У ствари, када се ради о интервенцији Индије у источном Пакистану, што је довело до једног од многих оружаних сукоба и ратова између Индије и Пакистана у 20. веку, а ији корени у историјском смислу сежу у доба ослобођења Индије од колонијалне власти и време стицања независности од Велике Британије, што је потом, довело и до цепања Индије по националним, али претежно и религијским „шавовима“, када као резултат тога настаје и Пакистан, са којим потом сама Индија има константне граничне спорове. До интервенције Индије у источном Пакистану дошло је 1971. године. Радило се, у ствари, о рату између Индије и Пакистана. У питању је био тзв. трећи рат између те две државе.

Индија је заратила са Пакистаном у намери да оснажи борбу за ослобођење Бангладеша, те ослаби Пакистан као свог великог ривала, што је затим, резултирало капитулацијом Пакистана, те потом, стварањем независног Бангладеша. Пре тога су пакистанска војска и парамилитарне пакистанске исламистичке формације у обрачуна Западног Пакистана са становништвом у тадашњем Источном Пакистану, односно на територији која је касније постала Бангладеш, убиле између 300.000 и 3.000.000 цивила на том подручју. Сматра се и да је тада више стотина хиљада бангладешких, односно бенгалских жена систематски силовано од стране пакистанских војника и припадника парамилитарних снага. Такве страхоте и страдања цивилног становништва су и биле разлог за оружану интервенцију Индије, чији је основни мотив био да стане у заштиту популације која је самој Индији била блиска (иако се већински радило о муслиманима, али и уз значајну хиндустанску мањину), а која је реално била угњетавана од стране дела већинског народа Пакистана и власти те државе. Осим тога, разлог за ангажовање Индије, те оружану интервенцију против Пакистана на том делу његове територије, је био како изразити антагонизам између Индије и Пакистана, у политичком али и у војном смислу, те жеља за обрачуном са државом која је сматрана исконским непријатељем, а која је у том тренутку била значајно војно слабија од Индије, тако и реални проблеми које је Индија тада имала услед великог прилива избеглица, који су у Индији тражили спас од ужасне репресије. Ту се наравно, *суицидски радило о рату* у међународноправном смислу између две државе, након чега је на територији поражене државе (Пакистана), настала потпуно нова држава – Бангладеш.

интервенцију, јер сматра да је таква интервенција могућа само из хуманитарних разлога, те мора бити колективна, остварена под ауторитетом самих УН или одговарајуће регионалне организације, са претходном дозволом Савета безбедности.<sup>28</sup> У ствари, чини се да унилатералност или мултилатералност стране/страна које интервенишу из „хуманитарних“ разлога, не би требало да представља основни, нити чак било какав критеријум за процену легалности такве интервенције. С друге стране, ако је субјект интервенције нека регионална организација, типа војног савеза, онда се ту не може говорити о мултилатералности, јер тада у оквирима таквог савеза, све државе чланице практично губе свој појединачни субјективитет, бар у односу на циљеве интервенције, па се и таква интервенција у основи мора сматрати унилатералном.

Међутим, независно од тога, концепција хуманитарне интервенције отвара могућност да се пренебрегне забрана употребе силе у међународним односима, јер ако се слободно препусти било којој држави или организацији да процењује када се у некој другој држави масовно крше људска права, те тиме угрожава светски мир и сл., онда је сасвим лако могуће да одређена моћна држава такву процену направи, не на темељу реалног стања ствари, већ на основу својих сопствених интереса, које ће остваривати таквом оружаном „хуманитарном“ интервенцијом, преобученом у „легално“ рухо. 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 се чини да је цео концепт хуманитарне интервенције у основи веома контроверзан и најчешће сведен на својеврстан „изговор“, који у пракси омогућава да моћне државе спроводе агресију ради остваривања сопствених интереса, а да то онда, правдају хуманитарним разлозима.

Наиме, свака употреба силе у међународним односима, представља агресију у кривичноправном смислу, уколико за то не постоји одговарајуће одобрење Савета безбедности, или је у питању самоодбрана државе која је нападнута, односно која је жртва агресије. Иначе, у кривичноправној теорији се у вези злочина против мира, који су у историјском смислу први пут одређени у члану 6. став 2. тачка а Статута Међународног војног трибунала у Нирнбергу (ИМТ),<sup>29</sup> с правом закључује да иако је агресија „једно од најтежих кривичних дела“ и поред тога, „постоји низ препрека политичког карактера које у ствари и онемогућавају примену међународног кривичног права у односу на ово кривично дело.“<sup>30</sup>

28 S. Blay, R. Piotrowicz, B. M. Tsamenyi, *op. cit.*, 254.

29 Агресија је тада дефинисана као „планирање, припремање, започињање или вођење агресивног рата или рата којим се крше међународни уговори, споразуми или гаранције, или учествовање у завери ради извршења неког од таквих дела.“

30 З. Стојановић, *Коменитар Кривичног законика*, 13. измењено и допуњено издање, „Службени гласник“, Београд, 2024, 1142.

Наиме, агресивни ратови су стална константа у развоју човечанства, које и само, као свој неизоставни део, има веома дугу “ратну историју”, али супротно овоме инкриминисање агресивних ратова, односно њихово дефинисање као посебног деликта (*злочина прошив мира*) ипак нема дугу историју.<sup>31</sup> Тако се у теорији наводи: “Тешкоћа је очигледна. С једне стране, Савет безбедности има примарну одговорност да одређени акт одреди као агресију, али с друге стране, Савет безбедности није судско тело и не може своју одлуку засновати на темељу права и доказа; овај проблем постоји и с обзиром да окривљени пред Међународним кривичним судом има право на *fair* суђење, а ово начело захтева да оптужба докаже сваки елемент кривичног дела, укључујући, да је акт агресије несумњиво учињен.”<sup>32</sup> Из овога произлази и да *право* на „хуманитарну интервенцију“ у ствари не постоји, а свака агресија која се именује као хуманитарна интервенција није чак ни злоупотреба права, јер такво право не постоји, већ представља најобичније *прошивравно* *јонашање*, односно *злочин прошив мира*, који се само из дневно-политичких разлога, или у циљу прибављања легитимитета примени оружане силе, именује као „хуманитарна интервенција“, али тако нешто не може утицати на суштински агресивни карактер сваког рата, који се води мимо одлуке Савета безбедности или који није одбрамбеног карактера.

У ствари, чини се да је цела концепција „хуманитарне интервенције“ и уопште било какве друге „интервенције“ оружаном средствима, изворно настала да би омогућила да велике силе ратом остваре своје циљеве, а да притом имају „какво такво оправдање“ за учешће у рату, односно да би избегле да се започињање рата и његово вођење, означе као агресија. Још увек није спорна традиционална дефиниција рата као „наставка политике другим средствима“, односно његово означавање као „последњег средства политике“, али мада су агресивни ратови увек израз одређене политике, они често нису последње политичко средство. Напротив, они су некада, прво или једно од првих „политичких средстава“, али се наравно, од стране оних који их иницирају, подстичу, започињу и воде, то приказује другачије, те се истиче да је ратна опција била „изнуђена“, за сам рат се налазе разноврсна оправдања, по правилу заснована на „моралним“ разлозима.

Потреба да се вођење рата оправда, је мање више, скоро увек постојала и она је посебно важна у државама које настоје да се прикажу као демократске и у којима ипак постоји одређена јавна контрола начина остваривања државних функција, а посебно утицај јавног мњења и масовних медија, али и такве државе, а посебно велике силе, често своје интересе остварују и насилним средствима, па и започињањем и вођењем рата. У том се смислу, износи и пример САД, за које се закључује да су у односу на рат склоније прагматичном реализму, него идеализму, те се износи тврдња да, мада према

31 М. Шкулић, *Међународни кривични суд – надлежност и јосциуајак*, Правни факултет Универзитета у Београду и „Досије“, Београд, 2005, 282.

32 R. L. Griffiths, *International Law, the Crime of Agression and the Ius ad Bellum*, “International Criminal Law Review“, 4/2002, The Hague, London, Boston, 2002, 310.

америчком Уставу једино Конгрес може објавити рат, то није спречило многе председнике САД, од *Jefferson*-а, па до *Bush*-а, да започињу и воде оружане конфликте и без сагласности Конгреса.<sup>33</sup> У ствари, тако нешто је формално и могуће када се започињање оружаног сукоба, односно рата, само преименује у одређени „политички коректан“ појам, а ту је идеалан термин „хуманитарна интервенција“ и тада се могу превазићи не само забране у домену унутрашњег правног поретка,<sup>34</sup> већ и оне које намеће међународно право.

У ствари, строго правно посматрано и овде мора важити правило да погрешно или намерно погрешно означавање одређене ствари или правне ситуације, не мења њену суштину, па тако агресија преименована у хуманитарну интервенцију, не губи у кривичноправном смислу, свој карактер злочина против мира, али наравно, с обзиром да је ово питање уско повезано са политиком на међународном плану и утицајем моћних међународнополитичких фактора, оно се веома тешко решава применом стриктних правних критеријума.

Иначе, мада агресија по дефиницији подразумева учешће више одређених држава, где се једна или више држава појављује у својству агресора,

33 Више о томе: D. Ruloff, *Wie Kriege beginnen – Ursachen und Formen*, „Verlag C. H. Beck“, München, 2004. 187–188.

34 Тако је и СР Немачка учествовала у агресији на СР Југославију 1999. године, иако је учествовање у рату који није одбрамбен, стриктно забрањено немачким уставноправним прописима. Наиме према одредбама Основног закона Немачке (*Grundgesetz – GG*), који је у ствари, немачки Устав, иако се тако због одређених историјских разлога, термилошки не означава, *припремање и зајочињање агресивног рата је начелно забрањено и кажњиво*.

У члану 26. став 1. Основног закона Немачке прописано је: „Радње које се врше умишљајно, а које су подобне да наруше светски мир, а посебно вођење и припремање агресивног рата, су противуставне и кажњиве.“ У § 80 Кривичног законика Немачке (*StGB*), било је прописано кривично дело агресивног рата, које је тек 2017. године замењено у § 13 Међународног кривичног законика Немачке (*VStGB*) кривичним делом – злочин агресије.

Норма која се у време агресије НАТО-а на СР Југославију, дефинисала агресивни (нападачки/агресивни) рат у КЗ-у Немачке (*StGB*), гласила је: „Ко припрема нападачки рат (члан 26. став 1. Основног закона), у коме би Савезна Република Немачка требало да учествује и тиме за Савезну Републику Немачку изазове опасност наступања рата, казниће се казном доживотног затвора или казном затвора од најмање десет година.“ Тај „уставноправни проблем“, али и прописана кажњивост агресије/агресивног рата у кривичноправном смислу, су у Немачкој 1999. године веома једноставно решени, тако што је као пригодна „каучук норма“, примењен концепт хуманитарне интервенције, што је значило да се формално не ради о рату уопште, па ни о агресивном рату, упркос томе што је Југославија тада била изложена масовном и систематском бомбардовању, па и копненим нападима, те без обзира што је било више хиљада жртава у таквој „интервенцији“ која за тадашњу немачку власт уопште „није била рат“. Оваква цинична „правна гимнастика“ је само још један пример који указује зашто је веома важно бити крајње опрезан када се ради о концепту хуманитарне интервенције.

док су друга држава, или друге државе жртве такве агресије, мада се зависно од исхода „ратне среће“, али и других фактичких околности, такве улоге могу и променити, односно модификовати у одређеној мери, могуће је да у рату учествује, односно да га води и неки други колективитет, али је и тада неопходно, као што то у пракси по правилу и јесте, одређена јавна или прикривена подршка неке државе таквом учеснику рата. Пример за овако нешто је случај познате британске „Источно-индијске компаније“, која је практично водила вишегодишњи рат на територији Индије.<sup>35</sup> У ствари, ово је одличан пример за могућност државе да преко таквих (пара)привредних ентитета остварује своје политичке интересе, а такво замаскирано учешће конкретне државе у рату, се посебно може испољавати у оквирима „хуманитарних интервенција“, што се у одређеној форми постиже и када се као актер такве интервенције (агресије) појављује одређени савез држава, али у коме је доминантна воља једне велике силе, као што је то у великој мери, био случај током НАТО агресије на СРЈ 1999. године.

### 6.1. Хуманитарна интервенција као „камуфлирана“ агресија

Концепција „хуманитарне интервенције“ у виду коришћења оружане силе против друге државе, у својој суштини представља вид замаскиране агресије, односно тражења/добијања оправдања за вођење агресивних ратова, који су с једне стране, изричито забрањени међународним правом и чак је њихово започињање и вођење кривично дело које спада у надлежност Међународног кривичног суда, док је с друге стране и из моралних разлога, а посебно због чињенице да је у демократском јавном мњењу, класични агресивни рат изразито непопуларан. Зато је моћним политичким факторима на међународној сцени потребна једна таква „резервна могућност“, која свакако није легална и не постоји као формално призната, али ипак ствара потребан „маневарски простор“, за правдање на правном нивоу, које стриктно правно посматрано не може бити успешно, с тим да у међународним односима право ипак нема примаран значај, али обрнуто, у односу на сопствену и светску јавност, оно може остварити сасвим задовољавајући ефекат. Одличан пример за ову констатацију је случај агресије на СР Југославију у марту 1999. године.<sup>36</sup>

Потреба да се започињање агресије прикрије од сопственог и међународног јавног мњења је постојала и раније, али су се разни тирански режими и освајачки настројене државе служиле бројним и перфидним лукавствима,

35 D. Ruloff, *op. cit.*, 22.

36 М. Шкулић, „Агресија као злочин против мира“, *Зборник Удружења за међународно кривично право – дванаести шемајски међународни научни скупи: „Међународна кривична дела“*, Тара, 2013. 56–79.

усмереним на класичну превару, односно стварање нечега што би се у кривичноправној терминологији условно и у једном више метафоричном смислу, могло објаснити као „стварна заблуда“, док концепција хуманитарне интервенције покушава да створи својеврсну „правну заблуду“, односно да развије погрешну свест да је такав рат оправдан, те да није противправан.

Овај други начин преваре јавног мњења пре свега, који се своди на креирање лажног „правног изговора“ за агресију против конкретне државе, а примарно у циљу остваривања сопствених гео-политичких интереса, је свакако суптилнији од првог начина, који се своди на класичну превару у *de facto* смислу.<sup>37</sup> Међутим, ни он се суштински много не разликује од класичне преваре, односно стварања лажног повода за започињање рата, у ком су погледу од значаја два класична *историјска примера*: Први пример представља напад Јапана на Кину (Манџуријски рат), када су Јапанци 18. септембра 1931. године инсценирали диверзантски напад на за њих важну манџуријску железницу, за то оптужили кинеске снаге, те под изговором да морају да заштите своје интересе, једним „ноћним маневром“ окупирали део кинеске територије. Други пример је много познатији случај, када је нацистичка Немачка 31. августа 1939. године изрежирала напад пољских граничара на једну радиостаницу у близини немачко-пољске границе, којом приликом је чак ликвидано неколико политичких затвореника обучених у пољске униформе, да би наравно, већ дан после – 1. септембра 1939. почео масиван немачки напад на Пољску, која је релативно брзо војнички сломљена (прва жртва „Blitzkrieg-a“), а сам Хитлер је немачку акцију заваривања недељу дана пре напада на Пољску најавио и објаснио следећим речима: „Ја хоћу да пропагандистички повод за започињање рата учиним могућим или вероватним. Победника неће касније питати, да ли је говорио истину или није.“<sup>38</sup>

У литератури се наводи да се већина покушаја развијања критеријума за „хуманитарну интервенцију“, односи на следеће критеријуме: 1) обим страха на одређеном подручју, 2) одговорност за таква дела, 3) исцрпљеност мирних и споразумних решења, 4) ауторизација и давање легитимитета интервенцији, 5) заинтересованост и брига силе која интервенише, 6) циљеви и резултати интервенције, 7) придржавање хуманитарних норми од стране силе која интервенише.<sup>39</sup> Цитирани аутор, који претходно пише о принципу забране интервенције и наводи примере злоупотреба током тзв. хуманитарних интервенција, коначно закључује да се уопште употреба термина „право на интервенцију“ може довести у питање („*Is the language of „rights“*

37 М. Шкулић, „Злочин против мира као „капитално“ међународно кривично дело“, *Зборник радова са међународној научној скупи*: „Кривична дела и ројив чо-вјечности – нормативно и стварно“, Правни факултет у Бањој Луци, Бања Лука, 2015, 93–140.

38 D. Ruloff, *op. cit.*, 94.

39 A. Roberts, „The So-called „Right“ of Humanitarian Intervention“, *Yearbook of International Humanitarian Law* (eds. H. Fischer, A. McDonald), Volume 3, „T.M.C. Asser Press“, The Hague, 2002, 34.

*the right language*“?), при чему посебно истиче да није јасан однос тога „права“ и опште забране интервенције (*the principle of non-intervention*); не може се јасно закључити, коме би то право припадало, појединцима или организацијама; затим, да би такво „право“ било ефективно, неопходно је да постоје одређена мерила у погледу његове примењивости и важности, што није случај, те у том погледу нема опште сагласности; те коначно, када би „право на хуманитарну интервенцију“ било у правном смислу признато, то би могло довести до злоупотреба.<sup>40</sup>

## 6.2. Основни елементи односа између хуманитарне интервенције и одговорности за заштиту (R2P)

У делу доктрине, пре свега оне у домену међународног јавног права, а донекле и у међународној кривичноправној теорији, која прихвата и развија концепт одговорности државе да заштити цивили од политичког насиља, када се наравно, мисли на једну (страну) државу, која „има одговорност“ да заштити грађане неке друге државе од политичког насиља (што се у пракси последњих деценија углавном своди на констатацију о „хуманитарној катастрофи“), најчешће се инсистира на критеријумима утврђивања неопходности која се огледа у томе да је у односу на правило могућ/потребан изузетак. Тако се између осталог, констатује да одговорност такве заштите“ (R2P),<sup>41</sup> постоји на нивоу „међународних односа“, те да она „сама по себи није легалан (правом утврђени) концепт, већ је више један „мета легални концепт“, из којег „многа од правом утврђених правила и принципа могу бити изведени.“<sup>42</sup>

Уз истицање да према правилима Римског статута не постоји формално „одбрана“ у виду хуманитарне интервенције, тј. да хуманитарна интервенција није у Римском статуту прописана као облик искључења кривичне одговорности/противправности у односу на кривично дело агресије, у делу теорије се сматра да је такав концепт ипак легитиман, те да „легализује у међународној заједници употребу силе у циљу заштите цивила од политичког насиља у другој држави (R2P), онда када сама та држава није у стању или одбија да испуни сопствену одговорност заштите цивила“.<sup>43</sup> Употреба

40 *Ibid.*, 50.

41 Необична скраћеница „R2P“ означава *одговорност да се заштити/одговорност заштите*, при чему се мисли на „одговорност (државе) да се заштите“ цивили (*Responsibility to protect civilians*), чија се људска права у некој држави масовно и систематски крше и сл.

42 E. Bikundo, *International Criminal Law – Using or Abusing Legality?*, Ashgate, Farnham, 2014. 1.

43 *Ibid.*, 13.



оружане силе може представљати само средство заштите цивила, а сама та заштита је лимит („крај“) легитимности таквог коришћења оружане силе.<sup>44</sup> Из овога произлази да би употреба оружане силе, што би по схватању овог аутора искључила кривично дело агресије, била легитимна, па и легална, само док се њоме не постигне циљ, а то је заштита цивила од политичког насиља или спречавање хуманитарне катастрофе, а чим је такав легитиман циљ постигнут, престаје и право на коришћење оружане силе.

Заступници рудиментарног концепта „одговорности заштите“ („R2P“), као облика извесне „надградње хуманитарне интервенције“, теже да на тај начин обезбеде суштинску легитимност хуманитарне интервенције, односно увођења хуманитарне интервенције у „легитимне оквири“. То ипак, не значи да ће ти оквири истовремено бити и легални. Ово схватање подразумева да постоји одговорност заштите цивила од хуманитарне катастрофе, односно масовног кршења људских права у некој држави, када се притом посебно инсистира и на томе да је „сувереност државе, само један легални концепт“<sup>45</sup> као и да сувереност има своје такође *легалне границе*, утемељене

44 *Ibidem.*

45 Посебно се код аутора који заступају овај став, жестоко инсистира на извесној „превазиђености“ државне суверености, што поприлично подсећа на некадашњу доктрину СССР-а у време Леонида Брежњева о *ограниченој суверености* социјалистичких држава, из чега би произишло „легитимно право правоверних социјалистичких држава“, а пре свега самог СССР-а, као водеће државе у блоку социјалистичких држава, да и војно интервенишу уколико се у некој социјалистичкој држави тог времена, одступи од изворног комунистичког/реалсоцијалистичког концепта. Модерни теоретичари лимитирања државне суверености у ствари, резонују веома слично, као и заступници некадашње совјетске концепције о ограниченом суверенитету у доба „хладног рата“, а за њих је основни разлог за могуће легитимно оспоравање суверености конкретне државе, кршење људских права у њој, у мери која оправдава хуманитарну интервенцију, што је наравно, по логици ствари, скопчано са увек могућим високим степеном арбитрарности, па наравно и грешке у процени.

Посебно се истиче да је „стари концепт државне суверености, временом трансформисан, те супституисан далеко новијим концептом људских права.“ Дакле, посебно се апострофира начелна „једнакост/равноправност правних концепата“, тако што се наводи да је сувереност државе *легални концепт*, односно на праву заснован „концепт“ али да су и људска права такође, такав *легални*, односно *на праву утемељен концепт*.

Наравно, предност се у односу на „стари правни концепт“, даје „новом правном концепту“. Из овога произлази према схватању оних који безрезервно прихватају такав концепт, да ако државна сувереност подразумева да суверена држава не крши људска права, односно да је обавеза поштовања људских права својеврсни стриктни лимит државне суверености, онда обрнуто, уколико нека држава крши људска права, то оправдава да се њена државна сувереност ограничи или да она чак буде лишена суверености у крајњој линији, то представља оправдање за хуманитарну интервенцију, која се посматра као одговорност/дужност/право других суверених држава. То у ствари, ни не мора бити апсолутно спорно, али само ако

пре свега на одговорности државе да не крши људска права. Стога, по овом схватању, „ако се у некој држави масовно и систематски крше људска права, постоји одговорност или право, а по неким схватањима, чак и дужност других држава, односно тзв. међународне заједнице (која је често у пракси специфичан еуфемизам), да то спрече“. Оно што представља израз посебне врсте „злоћудности“ оваквих концепција је да се у делу теорије међународног јавног права, а посебно повезано са доктрином заштите фундаменталних људских права, некада посебно инсистира и на томе да „није добро да се као услов за хуманитарну интервенцију, поставља одобрење за примену силе Савета безбедности УН, који би у случају хуманитарне катастрофе, масовног кршења људских права у некој држави и сличних разлога за хуманитарну интервенцију, у ствари, био дужан да такав чин одобри, што је спорно с обзиром да тај орган одлучује на темељу своје дискреционе оцене, уз право вета сталних чланица у њему.“<sup>46</sup>

Критичари овог претходно објашњеног и у основи радикално оријентисаног схватања које екстремно фаворизује људска права у односу на државну сувереност, посебно инсистирају на томе да је право Савета безбедности УН да одобрава насилне мере против одређене државе у којој се крше људска права и уопште, стварају могући поводи за хуманитарну интервенцију, само по себи прописано међународним правом, те да је као такво легално и легитимно.<sup>47</sup> Овај рудиментарни концепт одговорности за заштиту, који не подразумева и формални услов у виду одлуке/одобрења Савета безбедности, суштински није ништа друго него само незнатно модификована идеја хуманитарне интервенције, која се у пракси до сада углавном сводила на „камуфлирање“ агресије, као злочина против мира.

У ствари, концепција по којој постоји не само право, већ и одговорност и дужност на хуманитарну интервенцију, којом се драстично лимитира/негира сувереност државе, а уз тврдњу о постојању некакве обавезе Савета безбедности да такву интервенцију свакако одобри или чак уз „легитимну“, иако не и легалну могућност да се она спроведе и без таквог одобрења, ако оно изостане због постојања права вета сталних држава чланица у Савету безбедности, своди се на давање скоро „божанског“ йрава на безйрешиности, оних који констатују да заиста постоји разлог за хуманитарну интервенцију. То је наравно, већ на први поглед, сасвим илузорно и нереално, па и веома опасно по мир у свету, јер је по логици ствари, уско скопчано са огромним

---

се избегне арбитрарност, те под кључним формалним условом да такву „интервенцију“, као вид примене силе у међудржавним односима, тј. у међународној заједници, одобри Савет безбедности УН, када би се радило о мери из домена Главе VII Повеље УН. Тада се практично не би ни радило о „хуманитарној интервенцији“, према схватању оних који заступају концепт „R2P“.

46 A. Peters, “Humanity as A and  $\Omega$  of Sovereignty”, *The European Journal of International Law*, Vol. 20, 3/2009, 515, 533 и 544.

47 E. Kid White, “Humanity as A and  $\Omega$  of Sovereignty: Four Replies to Anne Peters”, *The European Journal of International Law*, Vol. 20, 3/2009, 545–549.

могућностима крајње арбитражног резонувања у пракси, пре свега од стране оних који заступају интересе конкретних држава, а примарно великих сила, које би желеле да у неком конкретном случају реализују „хуманитарну интервенцију“, а у ствари, „камуфлирајући“ тиме агресију, ради остваривања на тај начин неких својих спољно-политичких, гео-стратегичких или било којих других интереса.

У нашој литератури се аргументовано констатује: „Право на хуманитарну интервенцију заговарају пре свега политичари појединих земаља, као и мали број теоретичара међународног права. Не постоје прихватљиви аргументи који би ишли у прилог дозвољености војне интервенције у иностранству од стране једне или више земаља у корист групе држављана (стварну или претпостављену) нападнуте земље. Прихватање концепције хуманитарне интервенције („хуманитарне катастрофе“) водило би томе да се позивањем на заштиту људских права може оправдати било каква војна интервенција и кршење Повеље УН. Овај основ постао је нарочито актуелан у вези са агресијом НАТО на СР Југославију.“<sup>48</sup>

У епохи глобализма и великог утицаја масовних медија на становништво које се претвара у масовне „конзументе информација“,<sup>49</sup> концепт хуманитарне интервенције најчешће служи да на веома ефикасан начин „замаскира“ и „камуфлира“ агресију, односно остварење политичких, економских и других циљева великих сила. Грађани агресорских држава, односно држава које своје јавно мњење „припремају“ за предстојећу агресију против друге државе, се прво масовним медијима „бомбардују“ информацијама о злоделима која се у неким другим, наравно малим и реално немоћним државама у односу на конкретну велику силу, чине било према некој националној мањини, било према сопственом становништву или се конкретна држава упорно представља као „претња светском миру“, „спонзор тероризма“ и сл. Потом се та држава-жртва, што значи и њени грађани, реално „бомбардују“, односно изложе агресији, што се на крају окончава било „меким“, било „тврдом“ окупацијом, односно уопште остварењем циљева ради којих је цела „операција“ (*прво медијско, а затим право бомбардовање*) и започета. Зато, италијански професор Данило Золо и тврди да – „ко каже „хуманост“<sup>50</sup> покушава

48 З. Стојановић (2018), *op. cit.*, 65.

49 Уобичајено се у неким земљама/на неким језицима о тзв. брзој храни, која се генерално сматра нездравом или бар не превише здравом и квалитетном и сл., некада говори као о „junk food“, али би се данас, с обзиром на владајући карактер масовних медија и индустрије лаке забаве, могло говорити и о „брзим информацијама“ – „junk information“.

Обични грађани, који су наравно и бирачи у демократским државама, „бомбардовани“ обиљем медијских садржаја, као конзументи средстава јавног информисања и потом, сегменти јавног мњења, лако „прогутају“ и сервиране информације у које просто ни немају времена да се претерано удубе. Уосталом, давно је речено да је „истина прва жртва рата“.

50 Италијански професор Данило Золо, који је изричито осудио НАТО агресију на Југославију, те оштро критиковао концепцију хуманитарне интервенције, при

да те обмане“.<sup>51</sup> Потпуно је јасно да не постоји никакво право на хуманитарну интервенцију, те да је обрнуто, свака примена силе, без одговарајућег овлашћења Савета безбедности УН, или уколико се не ради о праву на одбрану нападнуте државе, по својој природи изразито противправног карактера, што истовремено значи да она представља агресију, као злочин против мира.<sup>52</sup>

### 6.3. Основне разлике између хуманитарне интервенције и одговорности за заштиту (R2P)

Суштински концепт одговорности за заштиту (R2P концепт), представља значајну надградњу старог и у пракси прилично озлоглашеног концепта хуманитарне интервенције, али он већ сам по себи, има и своју посебну „физиономију“, сходно чему је могуће говорити о низу битних разлика између та два концепта. У теорији се најчешће истиче да постоје четири основне разлике између хуманитарне интервенције и одговорности за заштиту (R2P).<sup>53</sup> Пре објашњења свих основних разлика између концепта одговорности за заштиту (R2P концепт) и концепта хуманитарне интервенције, треба приметити и да та два концепта имају и једну основну сличност, а то је да и један и други концепт полазе од тога да државна сувереност није апсолутног карактера, односно нема апсолутни значај у тзв. међународној заједници. Другим речима објашњено, то значи да оба та концепта омогућавају да једна држава/више других држава, интервенише/интервенишу у односу на другу државу, онда када за то постоје одређени разлози из којих произлази изузетак у погледу уобичајеног дејства државне суверености. Ти су разлози прецизније дефинисани у концепту одговорности за заштиту, за разлику од „каучук“ манира присутног код концепције хуманитарне интервенције, те поред тога, деловање на основу R2P концепта подразумева одговарајућу ауторизацију Савета безбедности УН. Из тих основних разлика произлазе и друге битне разлике између ова два концепта, што ће се објаснити детаљније у даљем тексту.

Прва основна разлика између хуманитарне интервенције и концепта одговорности за заштиту огледа се у томе што хуманитарна интервенција

---

том се нарочито служећи примером напада НАТО-а на Југославију 1999. године, код нас најчешће, није толико познат као његов у Србији знатно познатији италијански колега, покојни Антонио Касезе, некадашњи председник Хашког трибунала. Пишући о лицемерју тзв. међународне заједнице и оштро осуђујући „хуманитарну интервенцију“ против СРЈ и Србије, чиме је само цинично преименована агресија као злочин против мира, Золо између осталог, каже да је данас „морална дужност да се буде песимиста“.

51 Више о томе: Д. Золо, *Ко каже хуманост... рај, право и глобални поредак*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012. 40–41.

52 Више о томе: М. Шкулић (2013), *op. cit.*, 56 – 79.

53 А. Peters, *op. cit.*, 533 – 534.

једино/ексклузивно упућује на примену војне/оружане силе, док R2P концепт напротив, подразумева као први и најважнији принцип, одговарајуће превентивно деловање, што обухвата велики број мера којима се покушава спречавање (из)вршења геноцида, ратних злочина, етничког чишћења и злочина против човечности у држави у којој се испољава претња/опасност од таквих кривичних дела, којима се становништво те државе може потенцијално изложити тешкој виктимизацији. Сходно овоме, било која оружана акција против државе мора бити „последње/ултимативно средство“, које је могуће применити само и тек када су сва остала „мирољубива“ средства, била неуспешна у конкретном случају. Наравно, поред тога, овде је неопходан и посебан, али и *кључан* формални услов, везан за оружану акцију стриктно *ultima ratio* карактера, а то је да је за такву врсту деловања неопходна ауторизација/одлука Савета безбедности УН, у оквиру његовог поступања у складу са правилима из Главе VII Повеље УН. Ово је огромна разлика и велики „контраст“ у односу на хуманитарне интервенције, које су се у досадашњој пракси сводиле на оружане акције једних држава, против других/друге, а све то без икакве „ауторизације“ Савета безбедности УН.

Друга битна разлика између хуманитарне интервенције и концепта одговорности за заштиту је непосредно ослоњена на прву разлику између ова два појма/концепта, а своди се на разлику у погледу на државну/националну сувереност. У начелу, концепт одговорности за заштиту респектује државну сувереност, као дубоко „укорењену“ у актуелном међународном праву, док сасвим обрнуто, концепт хуманитарне интервенције почива на извесној релативизацији вредности државне суверености.

С друге стране, неке рудиментарне концепције одговорности за заштиту су покушавале да у крајњој линији и негирају некакво „нелимитирано дејство суверености држава, нарочито када се покушавало да се право/одговорност за заштиту под одређеним условима може реализовати и без одлуке Савета безбедности УН, али се то у основи своди само на варијанту хуманитарне интервенције. Такве идеје су потом, превазиђене, тако да данас концепт одговорности за заштиту (независно од тога што ни он није идеалан, те је скопчан и са могућим злоупотребама), непосредно повезује питање државне суверености са проблемом безбедности и мира на међународном нивоу, људским правима и виктимизацији становништва током оружаних конфликта, а при том се свака оружана интервенција заснована на одговорности за заштиту, може реализовати само уколико постоји одговарајућа одлука Савета безбедности УН.

Трећа основна разлика између хуманитарне интервенције и одговорности за заштиту темељи се на много одређенијим разлозима за поступање у оквиру одговорности за заштиту у поређењу са веома широко дефинисаним разлозима за предузимање хуманитарне интервенције, који су суштински у битној мери били „каучук“ карактера. Уобичајено се у досадашњој пракси као разлог за хуманитарну интервенцију наводило безобално дефинисано „кршење људских права“ и сл. Другачије је са концептом одговорности за

заштиту. R2P концепт је фокусиран на заштиту становништва од неколико таксативно и лимитативно наведених злочина/облика злочина. То су геноцид, ратни злочини, етничког чишћење и злочин против човечности. Ово је у великој мери ослоњено и на основна кривична дела (сва кривична дела, осим агресије), која су у надлежности сталног Међународног кривичног суда (ICC), с тим да би етничко чишћење најчешће могло да буде облик злочина против човечности, али некада и вид неких других кривичних дела.

Наиме, када се ради о етничком чишћењу, није реч увек о једнозначном појму у кривичноправном смислу, јер оно подразумева да се принудним средствима, те умишљајним и систематским вршењем низа насилних аката, који су сами по себи друга кривична дела, а некада и терористичким деловањем, одређена група етнички, национално или религијски одређеног становништва, односно део такве цивилне популације или цела та популација принуди на напуштање одређеног географског подручја. У кривичноправном смислу се у овој ситуацији, када су за то испуњени потребни нормативни услови, може радити о злочину против човечности,<sup>54</sup> али некада и неким ратним злочинима, а саме принудне мере управљене против цивила који спадају у популацију коју треба „етнички очистити“, су већ по себи, увек одређена кривична дела, попут убиства, наношења тешких телесних повреда, мучења и злостављања итд.

Четврта битна разлика између хуманитарне интервенције и концепта одговорности за заштиту, је у томе што хуманитарна интервенција инсистира на постојању йрава оружаной инйтервенисања из одређених у основи „каучук“ дефинисаних разлога, попут нужности спречавања „хуманитарне катастрофе“, док се R2P концепт заснива, као што је то јасно и у употребљено терминологији у његовом наслову, на одговорности за заштиту/интервенисање, онда када за то постоје одређени знатно уже формулисани разлози него када се ради о хуманитарној интервенцији и када за такво деловање постоји одговарајућа ауторизација Савета безбедности.

## 7. ПОРЕКЛО И ОСНОВНИ ЕЛЕМЕНТИ КОНЦЕПТА „ОДГОВОРНОСТИ ЗА ЗАШТИТУ“

Концепт одговорности за заштиту настао је као покушај да се с једне стране, превазиђе, али и унапреди, у пракси већ веома озлоглашена концепција класичне хуманитарне интервенције, а да се с друге стране, некако креира и одговарајући међународноправни механизам реаговања на тешка кривична дела, а пре свега, у циљу спречавања геноцида, ратних злочина

54 Више о томе: М. Шкулић, „Злочин против човечности – основни кривичноправни и доказни аспекти“, *Сузбијање криминалишета – деценија йосле смрти йрофесора Водинелића*, Правни факултет у Крагујевцу/Полицијска академија – Београд/Виша школа унутрашњих послова – Земун, Крагујевац, 2004, 427–456.

и злочина против човечности.<sup>55</sup> Концепт одговорности за заштиту је глобалног карактера, а о њему се посебно расправљало на заседању Генералне скупштине УН 2005. године (high-level UN World Summit meeting - *World Summit*).<sup>56</sup> Сам концепт је заснован на начелном поштовању принципа националне суверености до одређених легитимних граница, што се пре свега, односи на захтев поштовања међународноправних норми, примарно оних које се сматрају основним принципима међународног права, попут правила које се односе на национални суверенитет, светски мир и безбедност, те поштовање људских права, али и основна људска права у условима оружаних конфликта. У теорији се запажа да је „фокус концепта“ одговорности за заштиту „померен са права трећих држава тј. међународне заједнице да интервенише, што је смисао неприхватљивог концепта хуманитарне интервенције, на прихватљиви концепт обавезе државе да штити своје становништво.“<sup>57</sup>

Концепт одговорности за заштиту проистекао је из рада једне „Међународне комисије о интервенцији и државној суверености“ (*ICISS*), коју је формирала канадска Влада крајем 2001. године.<sup>58</sup> Та Комисија је имала међународни карактер само у смислу да су у њеном саставу били експерти из различитих држава, а не само Канаде, али није била суштински међународног карактера, јер је основана одлуком само једне државе, као специфичног „покровитеља“ такве „међународне комисије“. Из њеног рада је проистекао извештај под називом: „Одговорност за заштиту“ (*The Responsibility to Protect*). Суштина тог концепта је била на начелној идеји да се мора успоставити одговарајући баланс између „државне суверености и државне одговорности“ у односу на заштиту сопствених грађана од најтежих облика кршења људских права.<sup>59</sup>

У извештају „Међународне комисије о интервенцији и државној суверености“ (*ICISS*), објашњавају се основне карактеристике концепта одговорности за заштиту (R2P концепт), када се ради о његовој активистичкој варијанти, што значи, када из тог концепта, онда када сама држава није била у стању/није хтела да заштити сопствене грађане, произиђе/произлази крајња (*ultima ratio*) могућност оружаног интервенисања против конкретне државе или против других формација на њеној територији, из чијег деловања произлази широка виктимизација становништва. То се своди на следеће:

55 Извор: <https://www.un.org/en/genocideprevention/about-responsibility-to-protect.shtml>. Последњи пут приступљено 27. марта, 2024.

56 A/59/2005. Извор: <https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/document/cpr-a-59-2005.php>. Последњи пут приступљено 1. априла, 2024.

57 Т. Шурлан, „Одговорност државе за заштиту (R2P): генеза и смисао концепта“, *Међународни проблеми*, 1-2/2014, 76.

58 Е. Dunlop, „Humanity as A and  $\Omega$  of Sovereignty: Four Replies to Anne Peters“, *The European Journal of International Law*, Vol. 20, 3/2009, 556–560.

59 С. Е. Sweetsen, „Humanity as A and  $\Omega$  of Sovereignty: Four Replies to Anne Peters“, *The European Journal of International Law*, Vol. 20, 3/2009, 549–555.

- 1) *Ойравдани разлої* предузимања одговарајуће акције/интервенције: Мора постојати стварна и иманентна опасност од тешког и „непоправљивог“ наношења штете и губитака становништву/људима;
- 2) *Ойравдане намере*: Основна интенција било које оружане акције мора бити искључиво спречавање патње становништва;
- 3) *Последње средсїво* деловања (*Ultima ratio* механизам): Свака друга могућа мера која не представља оружану интервенцију мора претходно бити узета у обзир и имати предност пре оружане интервенције, што не значи да је неопходно да све такве мере претходно „пропаду“ и покажу се као неделотворне, већ да морају постојати разумни разлози из којих произлази уверење да би једино/искључиво оружана акција била адекватна у конкретној ситуацији;
- 4) *Пройорционална средсїва*: Сва употребљена оружана средства и начин оружане интервенције морају бити пропорционални опасности која прети по становништво и степену његове угрожености, те не смеју прекорачити оно што се реално сматра неопходним да на хуман начин обезбеди заштиту становништва;
- 5) *Разумно очекивање усїеха/гелойворносїи*: Шансе/могућности да интервенција буде успешна морају бити „високе“ и не сме бити вероватно да ће последице оружане интервенције погоршати стање, тако да оно буде још горе него што је било пре такве интервенције; као и
- 6) *Посїојање одлуке надлежної орїана* – Свака оружана акција мора бити ауторизована од стране Савета безбедности Уједињених нација.

Основна идеја приликом првих „корака“ у стварању и развијању концепције одговорности за заштиту (R2P концепт), била је и да се појам државне суверености редефинише тако да обухвата како заштиту од спољних негативних утицаја на државу, тако и заштиту становништва државе у самој држави од одређених видова систематског кршења људских права. Концепт је подразумевао да примарну одговорност те врсте сноси сама држава, а да супсидијарно одговорност имају и друге државе у међународној заједници. Овако дефинисан концепт одговорности за заштиту се није суштински у делу који се тицао „одговорности других држава“, разликовао од већ од раније познатог и у пракси углавном озлоглашеног концепта хуманитарне интервенције. Он је касније значајно надграђен, како додатним прописивањем критеријума који би били материјални услов за предузимање конкретних акција других држава, тако и формулисањем кључног материјалног услова који се своди да је за сваку принудну, а посебно оружану акцију те врсте, неопходно одобрење Савета безбедности Уједињених нација.

Концепт одговорности за заштиту, уобичајено означаван енглеском скраћеницом „R2P“, почива у свом супстанцијалном смислу на *їири основна сїуба*:<sup>60</sup>

60 A. Kapur, "Humanity as A and  $\Omega$  of Sovereignty: Four Replies to Anne Peters", *The European Journal of International Law*, Vol. 20, 3/2009, 560–561.



- 1) *Први „стуб“* одговорности за заштиту је одговорност саме државе за заштиту, што се своди на правило по којем је свака индивидуална држава одговорна да сопствено становништво заштити од геноцида, ратних злочина, „етничког чишћења“,<sup>61</sup> као и злочина против човечности.
- 2) *Други „стуб“* R2P концепта представља правило о међународној помоћи у изградњи потребних „капацитета“ других држава које за тим имају потребу, што значи да су државе дужне да једна другој помажу у развијању способности/капацитета да се заштити сопствено становништво.
- 3) *Трећи „стуб“* одговорности за заштиту своди се на колективну одговорност држава - да онда када једна држава очигледно испољава неспособност да заштити сопствено становништво, односно очигледно пропушта да то учини, саме те друге државе имају одговорност да заједнички предузму потребне „колективне акције“ ради заштите становништва.

Трећи „стуб“ концепта одговорности заштите је у теорији најспорнији, а он би свакако по логици ствари, у многим ситуацијама у пракси, могао да буде и веома контроверзан, те скопчан са бројним како фактичким, тако и правним проблемима, јер из њега произлази као својеврсни *ultima ratio* и могућност оружане интервенције против друге државе или у другој држави,<sup>62</sup> у којој се масовно крше људска права, тако да је то облик геноцида/ратних злочина/злочина против човечности/етничког чишћења, односно врше тешка међународна кривична дела.

61 Тзв. етничко чишћење је у ствари, најчешће облик злочина против човечности, а може бити елемент и неких други међународних кривичних дела, попут неких форми ратних злочина против цивилног становништва, тако да оно не постоји само по себи и под тим „метафоричним насловом“, као посебна инкриминација, али је тај појам веома учестао, не само повезано са ратним извештавањем, а некада и као израз ратне пропаганде, већ и у међународном јавном праву, које понекад није склоно претераној нормативној прецизности, својственој класичном кривичном праву.

Наиме, депортација као облик злочина против човечности (онда када су испуњени и други услови који се тичу тог кривичног дела, а пре свега, постојање широког и систематског напада усмереног против цивилног становништва, чији је депортација део, да учинилац има одговарајући субјективни однос у погледу тог напада итд.), подразумева принуђавање употребом силе, претње или других принудних мера, појединог лица или групе становништва, да напусте своје место боравка, те да живе тамо где им се одреди. A. Becker, *Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit – Überlegung zur Problematik eines völkerrechtlichen Strafrechts*, „Duncker & Humblot“, Berlin, 1995. 200–201.

62 Наиме, таква интервенција не мора бити нужно против друге државе, већ она може бити и „само“ унутар ње, онда када у конкретној држави, где се по логици ствари, ради о држави која је стању хаоса, односно није способна да спроводи државну власт у пуном капацитету на целој својој територији или делу територије, постоје одређене снаге које делују тако што масовно врше злочине против становништва, као када се на пример, ради о побуњеничким војскама које се боре против централне власти, или су у исто време и у међусобном сукобу, или је у држави у току грађански рат, револуција, други облици државних преврата и сл.

Подразумева се да државе које испољавају своју одговорност за заштиту, пре евентуалне оружане интервенције против друге државе или унутар ње, онда када она није у стању да заштити своје становништво или га сама та држава излаже тешкој виктимизацији и систематском кршењу основних права и слобода у различитим облицима, који у ствари, најчешће представљају врсте и форме одређених међународних кривичних дела, предузму друге мере које су блаже по карактеру од оружане интервенције. Ту би спадала медијација међу државама,<sup>63</sup> одређене форме преговарања, као и економске санкције различитог степена. У ствари, неке од тих мера би могле бити легитимне, али и легалне у међународноправном смислу, само ако би биле предузете на темељу одлуке Савета безбедности у оквиру његових овлашћења из Главе VII Повеље УН, што би такође подразумевало да се мере, као што су економске санкције врше у циљу одржања угроженог мира на међународноправном нивоу.

Генерално су скоро све државе чланице УН широко и углавном безрезервно испољиле сагласност у погледу општих карактеристика концепта одговорности за заштиту,<sup>64</sup> а пре свега, када се ради о „два стуба“ тог концепта. Међутим, у погледу „трећег стуба“ *R2P* концепта, који се и иначе, као што је то објашњено у претходном тексту, теоријски, па и практично, сматра прилично спорним, дошло је до озбиљних несугласица и резерви многих држава, посебно са становишта наглашене забринутости у погледу могућих тумачења елемената „трећег стуба“ у пракси.

Ипак, према наводима из извештаја Генералног секретара УН из 2012. године, тај „трећи стуб“ одговорности за заштиту није „секвенцијалан“ и једнаког је значаја, као и друга „два стуба“, па се тако посебно закључује: „Без сва три стуба, цео концепт би био нецеловит“, тако да „сва три стуба морају бити имплементирана у потпуности складно свом садржају и циљу, а све то у складу са Повељом УН.“ Сматра се поред тога и да такав приступ, начелно заснован на паралелном/кумулятивном постојању/деловању сва „три основна стуба“ *R2P* концепта почива на намери да оснажи, а не да обеснажи државну сувереност. И у извештају Генералног секретара УН из 2009. године се тако

63 Када је реч о *међудржавној медијацији*, ради се практично о модерном концепту *ресторативној правосуђа* на међународном нивоу, иако се иначе, уобичајено ресторативно правосуђе испољава на националном нивоу, најчешће као начин тзв. диверзионих форми поступања у кривичном поступку или као одређени вид кривичнопроцесних механизма усмерених на одговарајуће помирење између учиниоца и жртве и уопште, поклањање веће пажње жртви кривично дела. М. Šku- lić, “National Report – Serbia”, *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters – A stock-taking of legal issues implementation strategies and outcomes in 36 European countries* (eds. F. Dünkel, J. Grzywa-Holtén, P. Horsfield), Vol. 2, Band 50/2 Forum Verlag Godesberg, Schriften zum Strafvollzug, Jugendstrafrecht und zur Kriminologie, Greifswald, 2015, 803 – 828.

64 Конкретно су само Куба, Никарагва, Венецуела и Судан изразиле забринутост у погледу општих елемената тог концепта, те испољиле став да је његова валидност у међународноправном смислу начелно „упитна“.

констатује: „Помажући државама да остваре своју темељну дужност заштите становништва, R2P концепт служи јачану суверености, а не њеном слабљењу“, тако да је он у функцији помоћи државама које нису успеле да остваре своју дужност да заштите сопствено становништво.

У формалном смислу на нивоу УН, R2P концепт се „рађа“ једном резолуцијом посебно посећеном том питању. Наиме, Резолуцијом Генералне скупштине УН произишло из Самита на високом нивоу (самит „шефова држава и влада“),<sup>65</sup> а након и одговарајућих активности Генералног секретара УН, усвојена је 2005. године резолуција,<sup>66</sup> којом се прописује између осталог, да свака индивидуална држава има одговорност да заштити сопствено становништво од геноцида, ратних злочина, етничког чишћења и злочина против човечности, а одговорност обухвата и превенцију таквих злочина адекватним мерама, укључујући и подстрекавање на њих.<sup>67</sup> Прописано је и да ће међународна заједница на прикладан начин охрабрити државе да реализују своју одговорност за заштиту, те им ефективно помоћи у томе, нарочито у циљу стварања способности за хитно упозоравање и реаговање.

У резолуцији Генералне скупштине УН се потом, прописује да „међународна заједница“ кроз механизам Уједињених Нација, такође има и одговорност да употреби прикладна дипломатска, хуманитарна, као и остала *мирољубива средства*, у складу са Главом VI и VIII Повеље УН, да би на такав начин заштитила популацију од геноцида, ратних злочина, етничког чишћења и злочина против човечности. Овде је у „првом кораку“, нагласак на средствима која су *мирољубива*, која дакле, искључују принуде, а посебно, оружане акције других држава. У том контексту су се државе сагласиле да припремају предузимање колективне акције, у право време и на одлучан начин, деловањем механизмима Савета безбедности, а у складу са Повељом УН, укључујући и њено Поглавље VII. То је могуће на темељу поступања у конкретним случајевима и у сарадњи са релевантним регионалним организацијама на одговарајући начин, уколико су кумулативно испуњена *два услова* 1) онда када би *мирољубива средства* била неадекватна, као и 2) када су национални органи власти очигледно пропустили да заштите сопствено становништво од геноцида, ратних злочина, етничког чишћења и злочина против човечности. Само је под тим кумулативно дефинисаним условима, могућа и примена силе, што би се у *ultima ratio* смислу могло свести и на оружану интервенцију, али искључиво када о томе одлуку у складу са својим

65 Основни елементи концепта одговорности за заштиту (R2P), дефинишу се у параграфима 138 и 139 ове Резолуције.

66 UN General Assembly Resolution, 2005 World Summit Outcome Document, A/Res/60/1, 24 October 2005. Извор: [https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A\\_RES\\_60\\_1.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_60_1.pdf). Последњи пут приступљено 6. априла 2024.

67 Извор: <https://www.un.org/en/genocideprevention/about-responsibility-to-protect.shtml#:~:text=Paragraphs%20on%20the%20Responsibility%20to%20Protect&text=Each%20individual%20State%20has%20the,through%20appropriate%20and%20necessary%20means>. Последњи пут приступљено 6. априла 2024.

овлашћењима из Поглавља VII Повеље УН, донесе Савет безбедности. То наравно, представља и кључну разлику у односу на концепт хуманитарне интервенције, који с једне стране не подразумева ни иоле прецизно дефинисање разлога за деловање те врсте, док с друге стране, уопште не захтева било какву „ауторизацију Савета безбедности УН“, због чега се тај концепт у пракси најчешће и сводио на „камуфлирану“ агресију.

Концепт одговорности за заштиту поред тога, стриктно инсистира и на одговарајућем принципу *конјиниуишејша*, у виду дужности Генералне скупштине УН да настави своје деловање у циљу даљег развијања самог тог концепта ради заштите популације од геноцида, ратних злочина, етничког чишћења и злочина против човечности, са свим њиховим импликацијама, имајући при том, кумулативно у виду:1) принципе Повеље УН, као и 2) међународно право.

Поред тога, државе чланице међународне заједнице у оквиру концепта одговорности за заштиту, резолуцијом посебно изражавају своју намеру да се с једне стране, посвете у неопходној мери и на прикладан начин, помагању другим државама у изградњи капацитета за заштиту свог становништва од геноцида, ратних злочина, етничког чишћења и злочина против човечности, као и да с друге стране, помогну другим државама које су под притиском, пре самог избијања криза и конфликта. У свом Извештају из 2009. године о примени одговорности за заштиту (*Implementing the Responsibility to Protect*), Генерални секретар УН, износи став да би државе чланице УН требало да се у оквиру R2P концепта посвете како деловању против „четири специфична злочина и кршења људских права“, где спадају геноцид, ратни злочини, етничко чишћење и злочин против човечности, тако и проширивању акције у односу на друге врсте „невоља“ у појединим државама као што су епидемија HIV/AIDS, глобалне климатске промене, те одговор и реаговање на друге врсте природних катаклизми. Наравно, овде би по логици ствари, нагласак морао бити на превентивном деловању, те међудржавној хуманитарној помоћи у „класичном смислу“, дакле свакако не би у циљу такве врсте помоћи, било могуће реализовање одређених оружаних/насилних акција. Као што је то и иначе, уобичајено и у овом извештају Генералног секретара УН, инсистира се доследно на потреби развијања сарадње како између самих држава чланица УН у оквиру организације Уједињених нација, тако и на неопходности складне сарадње са релевантним регионалним и субрегионалним организацијама.

## 8. ДЕЛОВАЊЕ САВЕТА БЕЗБЕДНОСТИ УН У КОНТЕКСТУ ПРИМЕНЕ R2P КОНЦЕПТА

Концепт одговорности за заштиту, ослоњен на дефиницију садржану у Резолуцији Генералне скупштине УН,<sup>68</sup> што је објашњено у претходном

68 UN General Assembly Resolution, 2005 World Summit Outcome Document, A/Res/60/1, 24 October 2005.

тексту, је потом неколико десетина пута у својим резолуцијама „реафирми-сао“ и Савет безбедности УН. Прва таква резолуција је она од 28. априла 2006. године (Резолуција СБ УН 1674),<sup>69</sup> којом се формализује подршка Савета безбедности R2P концепту. У Резолуцији Савета безбедности 1894 из 2009. године,<sup>70</sup> изричито се спомињу §§ 138 и 149 Резолуције Генералне скупштине УН из 2005. године, а у којима се дефинише основна садржина R2P концепта.

Интересантан је низ резолуција Савета безбедности УН, у којима је R2P концепт споменут у вези ситуације у низу држава, односно када су те резолуције биле у потпуности ли делимично утемељене на R2P концепту. Ту спадају резолуције које су се, између осталог, тичале следећег низа земаља и области: Дарфур – Резолуција 1706, од 31. августа 2006. године,<sup>71</sup> Обала Слоноваче (*Côte d'Ivoire*) – Резолуција 1975, од 30. марта 2011. године,<sup>72</sup> Јемен – Резолуција 2014, од 21. октобра, 2011. године,<sup>73</sup> Мали – Резолуција 2085, од 20. децембра 2012. године,<sup>74</sup> као и Резолуција 2121 од 25. априла 2013. године,<sup>75</sup> Судан и Јужни Судан – Резолуција 1996, од 8. јула 2011. године,<sup>76</sup> као и Резолуција 2121 од 24. децембра 2013. године<sup>77</sup> итд.

## 9. СЛУЧАЈ ЛИБИЈЕ У КОНТЕКСТУ ПРИМЕНЕ R2P КОНЦЕПТА

Посебно је симптоматичан случај Либије, на коју су се односиле четири резолуције Савета безбедности УН засноване на R2P концепту. То су биле: Резолуција 1970, 1973, као и 2016, из 2011. године, те потом Резолуција 2040 од 12. марта 2012. године.<sup>78</sup>

69 Извор: Извор: <https://digitallibrary.un.org/record/573969?ln=en&v=pdf>. Последњи пут приступљено 6. априла 2024.

70 Извор: <https://digitallibrary.un.org/record/671179?ln=en>. Последњи пут приступљено 6. априла 2024.

71 Извор: <https://digitallibrary.un.org/record/582107?v=pdf>. Последњи пут приступљено 6. априла 2024.

72 Извор: <https://digitallibrary.un.org/record/700150?ln=en&v=pdf>. Последњи пут приступљено 6. априла 2024.

73 Извор: <https://digitallibrary.un.org/record/713876?ln=en&v=pdf>. Последњи пут приступљено 7. априла 2024.

74 Извор: <https://digitallibrary.un.org/record/740273?ln=en&v=pdf>. Последњи пут приступљено 7. априла 2024.

75 Извор: <https://digitallibrary.un.org/record/748429?ln=en&v=pdf>. Последњи пут приступљено 7. априла 2024.

76 Извор: <https://digitallibrary.un.org/record/706698?ln=en&v=pdf>. Последњи пут приступљено 9. априла 2024.

77 Извор: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n13/632/43/pdf/n1363243.pdf?token=JAACCSHKiYzg3xCL7x&fe=true>. Последњи пут приступљено 9. априла 2024.

78 Извор: [https://www.securitycouncilreport.org/un\\_documents\\_type/security-council-resolutions/?ctype=Libya&cbtype=libya](https://www.securitycouncilreport.org/un_documents_type/security-council-resolutions/?ctype=Libya&cbtype=libya). Последњи пут приступљено 9. априла 2024.

Резолуција 1973. Савета безбедности УН од 17. марта 2011. године,<sup>79</sup> послужила је за оружану интервенцију против Либије војне коалиције неколико држава, коју је предводио НАТО. Оружани напад на Либију започео је 19. марта 2011. године, а током њега је на положаје либијске војске испаљен велики број крстарећих пројектила, спроведена је строга поморска блокада либијске обале, док је америчко, француско, британско и канадско ратно ваздухопловство извело велики број напада из ваздуха, како бомбардовањем и ракетирањем, тако повремено и дејством типа ваздух-ваздух на апсолутно инфериорне противнике.

Резолуција Савета безбедности којом (UNSCR 1973), којом је ауторизована оружана интервенција у Либији, била је „одговор“ на грађански рад који је започео у тој земљи. Савет безбедности је своју одлуку донео са десет гласова „за“ и пет уздржаних, што је било могуће само зато што ниједна стална чланица тог тела није користила своје право вета. Резолуцијом Савета безбедности захтевао се између осталог, моментални прекид ватре у Либији и престанак непријатељстава између зараћених страна у грађанском рату, прекид напада на цивиле за које се сматрало да могу имати и обележја злочина против човечности, као и увођење „зоне забране лета“ за либијско ратно ваздухопловство, уз даље поштравање санкција против либијског лидера Моамера Ел Гадафија и његових следбеника.

Сама Резолуција Савета безбедности УН 1973 од 17. марта 2011. године није прописивала слање копнених трупа у Либију, али су коалиционе снаге, осим масовног коришћења крстарећих пројектила и бомбардовања/ракетирања из ваздуха, у Либију послале и своје мање специјалне снаге, које су деловале на терену, супротно ономе што је иначе, омогућавала Резолуција Савета безбедности УН. Ова оружана интервенција, која је довела до слома либијских оружаных снага, те непосредно омогућила војну победу Гадафијевих опонената у грађанском раду, фактички је окончана убиством Муамера Ел Гадафија крајем октобра. Убрзо су коалиционе снаге које је предводио НАТО, 31. октобра 2011. године прогласиле завршетак своје операције/оружане интервенције у Либији, што је потом, упркос захтеву нове либијске Владе, једногласним гласањем потврђено и у Савету безбедности УН.

Основни епилог оружане интервенције започете у марту 2011. године утемељене на фактичкој примени R2P концепта, био је смена режима у Либији, након убиства Гадафија, те увођење те државе потом, у вишедеценијски период нестабилности са константним елементима грађанског рата, што је било скопчано са великим губицима људских живота у Либији, драстичним осиромашењем те државе богате нафтом и енормним материјалним губицима уопште. То је потом, између осталог, био и један од разлога за велике миграције, како из саме Либије, тако преко Либије и из других

79 Извор: <https://www.un.org/securitycouncil/s/res/1973-%282011%29>. Последњи пут приступљено 9. априла 2024.

афричких држава, те талас што класичних избеглица, што много више миграната који теже бољој будућности у западноевропским земљама.

## 10. ЗАКЉУЧАК

Иако искуства са применом концепције хуманитарне интервенције углавном нису добра, или се чак, могу означити као веома лоша, те упркос томе што се, (попут случаја бруталне НАТО агресије на Југославију 1999. године), концепт хуманитарне интервенције у пракси најчешће своди(о) на „камуфлирање“ агресивног рата, као злочина против мира, који представља својеврсно „мега међународно кривично дело“, не треба из начелних разлога у потпуности одбацити и могућност легитимне/легалне хуманитарне интервенције у неком њеном суштинском смислу, али свакако и уз избегавање чак и употребе тог термина, јер је он реално већ увелико компромитован. И то је између осталог, вероватно и било разлог за развијање концепта одговорности за заштиту, који у великој мери модификује и надграђује већ озлоглашени концепт хуманитарне интервенције. Дакле, у том се погледу практично „(су)срећу“ концепт прилично озлоглашене хуманитарне интервенције и њене надградње у виду концепта одговорности за заштиту (R2P). Међутим, треба у том погледу бити начелно и веома опрезан. Ово би у пракси, наравно, морало да буде и екстремно ретко, те свакако бити како израз изразито *ultima ratio* ситуације, тако и скопчано са одобрењем/одлуком Савета безбедности УН, које би морало да буде *condicio sine qua non*. Поред тога, то би било могуће једино уколико би се заиста радило о ситуацији која представља реалну претњу „светском миру“, јер само би тада и могао да реагује Савет безбедности УН. У погледу овога одређену вредност има и концепт одговорности за заштиту, мада и он свакако, мада је боље формулисан него „чиста хуманитарна интервенција“, те уважава „ауторитет Савета безбедности УН“, подразумева и ризике од одређених злоупотреба.

Сви основни разлози који би могли да буду основ за концепт хуманитарне интервенције, у виду давања права државама на хуманитарну интервенцију, попут масовног кршења људских права у некој држави, великог обима „страхота“, у конкретной држави, што се своди на масовно/систематско чињење тешких кривичних дела против већег броја људи, који су искључиво цивили, уз исцрпљеност других мирних начина решавања проблема, оглушавања конкретне државе од позива да престане са противправним актима, спровођење геноцида према припадницима одређене националне/етничке/расне/верске групе и сл., што се до сада углавном сводило на „камуфлирање агресије“, могли би у одређеним околностима да буду и легитимни разлози за хуманитарну интервенцију, као својеврстан *мајеријални услов* за њу, али само под условом да се неспорно ради о *ultima ratio* случају. Поред тога, било би неопходно, с обзиром на улогу и могућност деловања Савета безбедности УН (чија би „ауторизација“ увек била неопходна), да из свих

тих „унутрашњих проблема“ конкретне државе и такве виктимизације њеног становништва, наступа и одговарајућа опасност по мир и безбедност других држава. Тада би се такво деловање практично свело на примену концепта одговорности за заштиту, који надграђује у пракси често злоупотребљаван концепт хуманитарне интервенције.

Међутим, треба овде имати у виду и да сви ти разлози који се тичу системске виктимизације становништва конкретне државе или дела њене популације, могу у исто време да буду или потпуно измишљени или значајно преувеличани, „медијски режирани“, те „медијски експлоатисани“, да би на тај начин послужили као што је то и до сада често био случај, за пуко „камуфлирање агресије“. Стога, сами ти разлози по себи, никако не би смели бити довољни за предузимање акције једне државе или више других држава, против конкретне државе у погледу које се сматра да крши основна људска права свог становништва или дела популације и сл.

Дакле, сви ти разлози у домену конкретних материјалних услова за хуманитарну интервенцију у неком конкретном случају, сами по себи не могу да се сматрају довољним и дефинитивним, јер како реално проценити да се ради о оправданим разлозима, а не о пуком „камуфлирању агресије“, у циљу остварења неких сасвим других интереса конкретне велике силе/конкретних великих сила. Стога би прихватање концепта хуманитарне интервенције, као потенцијалног основа искључења постојања агресије као међународног кривичног дела/кривичне одговорности за агресију, морало бити праћено формулисањем и додатног круцијалног услова, који би био *формалној карактеру*. То значи да би хуманитарна интервенције била легална, односно међународноправно оправдана/дозвољена, једино уколико се поред испуњености објашњених материјалних услова за њу, где је посебно важно да она и тада апсолутно буде *ultima ratio*, испуни и кључни услов, који је *формалне природе*, а то да Савет безбедности у оквиру својих надлежности и овлашћења из Главе VII Повеље УН, на регуларан начин одлучи о предузимању такве интервенције. То наравно подразумева и да се таква одлука донесе на темељу веродостојних информација да заиста постоје оправдани разлози за хуманитарну интервенцију, у случају када је због ситуације у конкретној држави угрожен мир, а што се своди на опасност од ширења „ратног пожара“ и на друге државе. У том погледу се на такву врсту „легализоване/ауторизоване“ хуманитарне интервенције, одлуком/мером Савета безбедности УН, наслања *R2P* концепт.

Наравно, увек су могуће и одређене злоупотребе, па и онда када се ради о одговорности за заштиту (*R2P* концепт), која подразумева и одобрење/одлуку Савета безбедности УН, јер у неким околностима, што је у пракси веома ретко, али не и немогуће, могу се и све државе сталне чланице тог тела, сагласити око одређеног питања, односно не користити право вета и онда када се ради о неким веома контроверзним ситуацијама, попут нама у Србији добро познатог случаја са тешким економским санкцијама уведених против Савезне Републике Југославије 30. маја 1992. године



током грађанског рата на територији некадашње СФРЈ (Резолуција Савета безбедности 757).

Поред тога, као што је то у претходном тексту већ и објашњено, једна од првих примена „R2P“ концепта у пракси, када се радило о интервенцији у Либији, свела се на злоупотребу, јер је она у првој линији довела до рушења тадашњег либијског режима (што је по свему судећи и била основна интенција „интервенишућих сила“), а не до заштите становништва од масовног и систематског кршења људских права. Ово је постало посебно очигледно веома брзо након свргавања са власти Гадафија и његовог суровог погубљења, када су наступиле године немира и грађанског рата, уз вишегодишња тешка страдања либијског становништва, али и покретање масовних миграција ка Европи, из чега су произишли и други веома тешки проблеми.

Концепт „одговорности заштите/одговорности (државе/држава за заштиту“) „R2P концепт“, је непосредно произишао из концепта хуманитарне интервенције, па и из досадашње праксе конкретних хуманитарних интервенција, претежно сведених на камуфлирање агресије. Већ сама та чињеница, без обзира на значајну надградњу почетног концепта, представља добар разлог за озбиљно подозрење и висок ниво опреза. Самим тим што „R2P концепт“ између осталог, предвиђа и кључну формалну улогу Савета безбедности, он ипак начелно представља значајно бољи међународно-правни механизам од у „каучук“ маниру конструисаног концепта хуманитарне интервенције. Из овога произлази да би у пракси примена тог концепта можда могла искључити и оно што је до сада била суштина и практично основни циљ хуманитарних интервенција у домену тзв. реал-политике, а то је да се њима остварују интереси одређених великих сила, које на такав начин прикривају вођење агресивних ратова, претежно у функцији остваривања својих гео-стратегијских циљева. Ипак, ни у том погледу нема разлога за оптимизам.

Наиме, то што је „R2P концепт“ бољи од концепта хуманитарне интервенције, свакако не значи да се ради о савршеном, па чак ни реално о квалитетном концепту. Ни он наравно, није савршен. Напротив и тај концепт је уско скопчан са великим ризицима од крупних злоупотреба. Велики део његовог садржаја има и „каучук“ карактер. И питање његовог укупног квалитета, а нарочито у правно-техничком смислу, је такође веома дубиозно. Поред тога, без обзира на „вето механизам“ одлучивања у Савету безбедности УН, када се реално у погледу низа актуелних проблема, а посебно када се ради о могућој „ауторизованој оружаног интервенцији“ у другој држави ради заштите људских права становништва конкретне државе, тешко може очекивати сагласност свих сталних држава-чланица Савета безбедности УН, није немогуће ни да се у погледу одређеног питања ове врсте, из било којих разлога, па и оних у домену одређених „спољнополитичких компромиса“ и тзв. реал-политике на међународној сцени, не искористи право вета, а да и таква оружана интервенција у оквиру R2P концепта, испољи као неоправдана у светлу свих конкретних околности.

Већ је у претходном тексту објашњено да ни „R2P концепт“ свакако није имун од могућих злоупотреба у пракси, тако да извесно, након што је примењен у неколико наврата, неће у пракси доживети ширу примену, у време када објективно постоји озбиљна криза у систему УН, а када је свет захваћен великим ратним пожарима, уз константну опасност да се они и значајно прошире. У ствари, ово турбулентно време посебно обележено ратом у Украјини и у Гази, сукобом Израела и Ирана, прво великим ратним пожаром, а сада тињајућим ратом у Сирији итд., свакако неће омогућити консензус у Савету безбедности чланица које имају право вета. Тако је и иначе, када је реч о низу питања о којима се у том телу решава, а нарочито када се ради о „R2P концепту“, који се не може у пракси оживотворити без одлуке/ауторизације Савета безбедности УН, што подразумева консензус свих сталних чланова тог тела, који имају право вета.

Посебно није прихватљив став који постоји у делу теорије (пре свега међународног јавног права), да „одговорност за заштиту“ буде сведена искључиво на мало „умивен“, односно само донекле модификован концепт хуманитарне интервенције, тако што би држава која се сматра одговорном да заштити људска права која се масовно крше у другој држави, прво (*примарно*) морала покушати да добије одобрење Савета безбедности за одговарајућу интервенцију, а након чега би ако у томе не успе (*суисидијарно*), имала право да и онда када не постоји ауторизација такве акције у Савету безбедности (најчешће због „блокаде“ ветом једне или више сталних чланица), ипак насилно интервенише у односу на другу државу, руководећи се својом „одговорношћу за заштиту“. Такав став је веома опасан. То би се svelo само на једну циничну варијанту хуманитарне интервенције, која би као и иначе, најчешће имала суштински карактер „камуфлирања“ агресије, што је наравно, неприхватљиво, те би се и само по себи сводило на извршење злочина против мира.

## ЛИТЕРАТУРА

- Аврамов С., Крећа М., *Међународно јавно право*, 19. измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006.
- Ambos K., *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*, 5. Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2018.
- Бабић М., *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука, 2011.
- Becker A., *Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit – Überlegung zur Problematik eines völkerrechtlichen Strafrechts*, „Duncker & Humblot“, Berlin, 1995.
- Bikundo E., *International Criminal Law – Using or Abusing Legality ?*, Ashgate, Farnham, 2014. 1.

- Blay S., Piotrowicz R., Tsamenyi B. M., *Public International Law – An Australian Perspective*, „Oxford University Press“, Oxford, Auckland, New York, 1997.
- Вуковић И., *Кривично право – ошшти гео*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021.
- Griffiths R. L., *International Law, the Crime of Agression and the Ius ad Bellum*, „International Criminal Law Review“, 4/2002, The Hague, London, Boston, 2002.
- Dunlop E., „Humanity as A and  $\Omega$  of Sovereignty: Four Replies to Anne Peters“, *The European Journal of International Law*, Vol. 20, 3/2009.
- Етински Р., Ђајић С., Тубић Б., *Међународно јавно право II*, 10. измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2024.
- Золо Д., *Ко каже хуманост... рай, право и глобални поредок*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012.
- Карур А., „Humanity as A and  $\Omega$  of Sovereignty: Four Replies to Anne Peters“, *The European Journal of International Law*, Vol. 20, 3/2009.
- Kid White E., „Humanity as A and  $\Omega$  of Sovereignty: Four Replies to Anne Peters“, *The European Journal of International Law*, Vol. 20, 3/2009.
- Крећа М., *Међународно јавно право*, 11. издање, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2019.
- Кривокапић Б., *Енциклопедијски речник међународног права и међународних односа*, „Службени гласник“, Београд, 2010.
- Peters A., „Humanity as A and  $\Omega$  of Sovereignty“, *The European Journal of International Law*, Vol. 20, 3/2009.
- Reid S. T., *Crime and Criminology*, Ninth Edition, „Mc Graw Hill“, Boston, 2000.
- Roberts A., „The So-called „Right“ of Humanitarian Intervention“, *Yearbook of International Humanitarian Law* (eds. H. Fischer, A. McDonald), Volume 3, „Т.М.С. Asser Press“, The Hague, 2002.
- Ruloff D., *Wie Kriege beginnen – Ursachen und Formen*, „Verlag C. H. Beck“, München, 2004.
- Satzger H., *Internationales und Europäisches Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht, Völkerstrafrecht*, 8. Auflage, „Nomos“, Baden, Baden, 2018.
- Safferling C., *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, „Springer Verlag“, Heidelberg, 2011.
- Sweetsen C. E., „Humanity as A and  $\Omega$  of Sovereignty: Four Replies to Anne Peters“, *The European Journal of International Law*, Vol. 20, 3/2009.
- Стојановић З., *Међународно кривично право*, 12. издање, „Правна књига“, Београд, 2018.
- Стојановић З., *Коменитар Кривичног законика*, 13. измењено и допуњено издање, „Службени гласник“, Београд, 2024.
- Стојановић З., *Кривично право – ошшти гео*, 29. издање, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2024.

- Scheb J. M., Scheb J. M. I., *Criminal Law and Procedure*, Fourth Edition, „Wadsworth & Thomson Learning“, Belmont, 2002.
- Шкулић М., „Злочин против човечности – основни кривичноправни и доказни аспекти“, *Сузбијање криминалитета – деценија после смрти професора Водинелића*, Правни факултет у Крагујевцу/Полицијска академија – Београд/Виша школа унутрашњих послова – Земун, Крагујевац, 2004.
- Шкулић М., *Међународни кривични суд – надлежности и процесуал*, Правни факултет Универзитета у Београду и „Досије“, Београд, 2005.
- Шкулић М., „Агресија као злочин против мира“, *Зборник Удружења за међународно кривично право – дванаести тематски међународни научни скуп: „Међународна кривична дела“*, Тара, 2013.
- Шкулић М., „Злочин против мира као „капитално“ међународно кривично дело“, *Зборник радова са међународној научној скупу: „Кривична дела против човечности – нормативно и стварно“*, Правни факултет у Бањој Луци, Бања Лука, 2015.
- Škulić M., „National Report – Serbia“, *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters – A stock-taking of legal issues implementation strategies and outcomes in 36 European countries* (eds. F. Dünkel, J. Grzywa-Holten, P. Horsfield), Vol. 2, Band 50/2 Forum Verlag Godesberg, Schriften zum Strafvollzug, Jugendstrafrecht und zur Kriminologie, Greifswald, 2015.
- Шкулић М., *Међународно кривично право – претходно важење кривичној права, кривично право међународној порекла, међународна кривично-правна помоћ, зачеци кривичној права ЕУ*, „Службени гласник“, Београд, 2022.
- Шкулић М., *Међународно кривично право*, 2. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022.
- Шкулић М., *Кривично право Сједињених Америчких Држава*, „Службени гласник“, Београд, 2023.
- Шкулић М., *Кривичноправни аспекти форензичкој рачуноводства*, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд, 2023.
- Шурлан Т., „Одговорност државе за заштиту (R2P): генеза и смисао концепта“, *Међународни проблеми*, 1-2/2014.

*Milan Škulić, PhD\**

## HUMANITARIAN INTERVENTION AND THE RESPONSIBILITY TO PROTECT (R2P CONCEPT) IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

### Summary

*In the article are in the context of international criminal law, explained both the basic characteristics of the concept of humanitarian intervention, which in practice is most often “camouflaged” aggression, as well as the basic elements of the concept of responsibility for protection (“R2P concept”), which essentially represents a significantly modified the concept of humanitarian intervention, and implies the existence of appropriate authorization from the United Nations Security Council. Although it is in itself better than the notorious concept of humanitarian intervention, the “R2P concept” is certainly not immune from possible abuses in practice, so it is certain that, after being applied on several occasions, it will not experience a wider application in practice, at a time when objectively there is a crisis in the UN system, and when the world is engulfed in great war fires, with the constant danger that they will expand significantly.*

*The author especially concludes that it is an unacceptable position of the theory (primarily in the domain of international public law), that “responsibility for protection” is imposed as only a somewhat modified concept of humanitarian intervention, so that the state that is considered responsible for protecting human rights which are massively violated in another country, first had to try to get the approval of the Security Council for the appropriate intervention, after which, if it failed, it would have the right to do so even when there is no authorization of such an action in the Security Council (due to the “blockade” by the veto one or more permanent members), nevertheless violently intervenes in relation to another state, guided by its “responsibility to protect”. Such an attitude is, in fact, very dangerous. It would only be reduced to a cynical variant of humanitarian intervention, which, as usual, would most often have the essential character of “camouflaging” aggression, which in itself would amount to the commission of a crime against peace.*

**Keywords: International Criminal Law, Criminal Law, Humanitarian Intervention, R2P Concept, Aggression.**

---

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



## II

**РАДОВИ НА ЕНГЛЕСКОМ ЈЕЗИКУ/**

**PAPERS IN ENGLISH LANGUAGE**





Allan F. Tatham, PhD\*

DOI: 10.51204/Zbornik\_UMKP\_24103A  
Originalni naučni rad

## UK-EU POST-BREXIT COOPERATION IN COUNTER TERRORISM

*Abstract: The withdrawal of the United Kingdom ('UK') from the European Union ('EU') has had serious implications across the board, not only in terms of trade and business but also in many other fields, including justice and home affairs. Within that latter field, counter-terrorism policy is a key element and the implications for the continuing cooperation between the UK and the EU after Brexit were singularly grave. In view of the importance attached to this cooperation in counter terrorism, both sides saw it as in their best interests to try and mitigate the impact of withdrawal on security matters. Without being able to replicate the situation pre-Brexit, the two sides have nevertheless attempted to forge as close a relationship as far as possible within existing legal parameters. This work will look at how the parties have dealt with the identification and tracking of inter-state movement of terrorists; the cooperation with EU agencies; and the extradition of terrorists to the UK. It will further add some ideas on how to progress the implementation and enforcement of counter-terrorism policy between the two parties.*

**Keywords: Trade and Cooperation Agreement, counter-terrorism policy, tracking terrorist movements, exchange of data, extradition.**

### 1. INTRODUCTION

The UK withdrawal from the EU has resulted in its loss of access to various EU law enforcement databases, collaboration with EU agencies and use of the European Arrest Warrant for extradition with profound negative impacts on cooperation in the practical aspects of policing, criminal justice and security including counter-terrorism activities.<sup>1</sup>

---

\* Universidad San Pablo-CEU, Madrid, allanfrancis.tatham@ceu.es.

1 On the field of EU counter-terrorism policy, there is an abundant literature including a number of monographs, e.g.: D. Spence (ed.), *The European Union and Terrorism*, John

The treaty signed between the UK and the EU in December 2020, the Trade and Cooperation Agreement ('TCA'),<sup>2</sup> provides a section outlining the basis for substantial ongoing cooperation between the parties in justice and home affairs. In particular, Article 768 of that Agreement concerns cooperation on 'Counter terrorism' that includes collaboration on 'preventing and countering violent extremism and the financing of terrorism' and requires the parties to establish a regular dialogue on these matters, including operational cooperation and exchange of information. Nevertheless, the obvious hallmark of this cooperation is the way in which the executives of both parties remain in complete charge of it, to the exclusion of any parliamentary and civil society oversight.

The aim of this presentation then is to look at how Brexit has impacted in the field of counter terrorism in relations between the UK and the EU, especially: the change of legal regime; the extent to which pre-withdrawal levels of cooperation have been retained; and the evolution of new practices and procedures to cope with the shortfalls after Brexit. It will also briefly look at what mitigations are in place as well as proposals that might be made to improve the situation between the parties and thus help repair – to some extent – the damage caused by the UK's departure.

## 2. COUNTER-TERRORISM POLICY AS AN EU MEMBER STATE: THE UK'S LEGAL POSITION AND ROLE

As a Member State, the UK's counter-terrorism relationship with the EU possessed broadly two key elements. First, it had negotiated a default position in not participating in EU justice and home affairs measures but could rather choose to opt in to such measures if it decided to do so.<sup>3</sup> As a consequence, each EU

---

Harper, London, 2007; J. Argomaniz, *The EU and Counter-Terrorism. Politics, polity and policies after 9/11*, Routledge, Abingdon 2011; O. Bures, *EU Counterterrorism Policy: a Paper Tiger?*, Ashgate, Farnham, 2011; M. O'Neill, *The Evolving EU Counter-terrorism Legal Framework*, Routledge, London, 2011; R. Bossong, *The Evolution of EU Counter-Terrorism: European Security Policy after 9/11*, Routledge, London, 2012; C. C. Murphy, *EU Counter-Terrorism Law: Pre-Emption and the Rule of Law*, Hart, Oxford, 2012; M. Puchwein, *The EU Counter Terrorism Strategy: The Management of Counter Terrorism Actors*, AV Akademikerverlag, Saarbrücken, 2014; F. de Londras, J. Doody, *The Impact, Legitimacy and Effectiveness of EU Counter-Terrorism*, Routledge, London, 2015; J. Argomaniz, O. Bures, C. Kaunert (eds.), *EU Counter-Terrorism and Intelligence: A Critical Assessment*, Routledge, London, 2016; C. Andreeva, *The Evolution of Information-sharing in EU Counter-terrorism: A Post-2015 Paradigm Shift?*, Edward Elgar, Cheltenham, 2023.

- 2 Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part: 2020 OJ L444/14 (provisional version); and 2021 OJ L149/10 (definitive version). References throughout are to the latter version.
- 3 For a summary of the history of EU-UK cooperation on justice and home affairs, see the following report: House of Lords European Union Committee, 'Brexit: Future UK-EU

police and criminal justice measure (law, policy or bureaucratic system) in which the UK participated – including those on counter-terrorism – was the subject of a positive decision on its part, and this approach persisted after the Lisbon Treaty changes of 2009.<sup>4</sup>

Secondly, the UK also belonged to several bilateral and multilateral partnerships, especially regarding intelligence-sharing, with other EU Member States. Since the EU has no dedicated terrorism-related institutions of its own, such as a police force or intelligence service, it cannot as such contribute directly to counter terrorism itself but rather acts in a complementary way, e.g., to facilitate links between services across the Union, sharing of information from EU databases and speeding up the process of extradition between Member States.<sup>5</sup>

Yet the EU's own counter-terrorism system has been criticized for its high level of bureaucratization; a huge fragmentation between national services with their differing approaches to the issue; problems (in some instances) with a willingness to work together; and a system seen as being very complex and suffering from too much focus on institutions rather than results. Taken together, these elements produce delays in the system and slow answers to a (potential) threat when counter-terrorism is itself fast moving and requires a swifter and more coordinated and dynamic response.

Before its withdrawal, the UK had had a significant impact in developing the EU's policy in the field of counter terrorism, dating back to 1976 with the Trevi Group and the earlier intergovernmental meetings on terrorism in 1971 and 1972.<sup>6</sup> With the changes wrought by the Maastricht and Amsterdam Treaties in the 1990s, counter terrorism was brought more formally within the institutional structures of the EU, with the UK maintaining a pre-eminent role in that particular operational field. In fact, using the British national strategy as its model,<sup>7</sup> the EU produced its own Counter-Terrorism Strategy in 2005.<sup>8</sup> In addition,

---

Security and Police Cooperation', 16 December 2016, *HL Paper 77* of Session 2016-17, pp. 6-9.

4 Protocols 19 and 21 to the Treaty on European Union (TEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) (pre-Brexit Consolidated Versions 2010): 2010 OJ C83/290 and 2010 OJ C83/295.

5 See discussions in points 3.1.–3.3. in the text below.

6 T. Bunyan, "Trevi, Europol and the European state", *Statewatching the new Europe: a handbook on the European state* (ed. T. Bunyan), Statewatch, London, 1993, Section II.

7 For information on the UK Counter-Terrorism Strategy 2005, see, e.g., House of Commons Home Affairs Committee, 'Project CONTEST: The Government's Counter-Terrorism Strategy', 29 June 2009, *HC Paper 212* of Session 2008-09, pp. 5-11. This Strategy has been subsequently updated more recently, post Brexit, in 2018 and 2023.

8 Council of the European Union, 'The European Union Counter-Terrorism Strategy', 14469/3/05 REV 4, Brussels, 30 November 2005. See also European Commission, Staff Working Paper 'Taking stock of EU Counter-Terrorism Measures': COM(2010)386 final. For the most recent paper from the Union on this, see European Commission, Communication 'A Counter-Terrorism Agenda for the EU: Anticipate, Prevent, Protect, Respond': COM(2020) 795 final.

positive British influence<sup>9</sup> can be seen in certain EU initiatives, such as the Counter Terrorism Centre ('CTC') in Europol as well as the EU rules on passenger name record data ('PNRD').<sup>10</sup>

Moreover, in operational terms, the UK model for counter terrorism was highly respected for the efficiency of British intelligence, its better organization, and fewer inter-agency barriers. Perhaps most importantly from both an efficiency and an effectiveness perspective, the UK changed continental European culture and operational structuring through its intelligence-led counter-terrorism policing concept. The previous functional separation between the intelligence services and the police that was prevalent on the continent was replaced rather by integration of their operations, working to a shared agenda and using the same databases. By bringing the two services together from the very start of investigations into (possible) terrorist plots,<sup>11</sup> providing for the timely exchange of vital information and speeding up of the investigation process itself, the British model of counter terrorism was incorporated into the EU. Chief among the reasons for such a change in approach may be traced to the appointment in 2009 of Robert Wainwright, former director of the UK's National Crime Agency, to lead Europol and his introduction of British intelligence management systems to the organization.<sup>12</sup> Britain's leadership role in moulding EU security structures was confirmed with Sir Julian King becoming European Commissioner for the Security Union in September 2016.

### 3. IMPACT OF WITHDRAWAL ON UK COUNTER-TERRORISM POLICY WITH EU

In the aftermath of the June 2016 referendum, both parties considered various options in the field of counter terrorism in order, initially, to 'plug the gap' in the period immediately after UK withdrawal while considering the replacement of existing forms of cooperation in this field, albeit with a reduced efficacy. During

---

9 D. Anderson, 'The Terrorism Acts in 2015', Report of the Independent Reviewer of Terrorism Legislation, December 2016, pp. 21-22: available at <<https://terrorismlegislationreviewer.independent.gov.uk/wp-content/uploads/2016/12/TERRORISM-ACTS-REPORT-1-Dec-2016-1.pdf>>, accessed 19 April 2024.

10 Directive (EU) 2016/681 on the use of passenger name record (PNR) data for the prevention, detection, investigation and prosecution of terrorist offences and serious crime: 2016 OJ L119/132.

11 P. Clarke, "Intelligence-Led Policing in Counter-Terrorism: a Perspective from the United Kingdom", *Combating Transnational Terrorism* (eds. J. K. Wither, S. Mullins), Procon, Sofia, 2016, 149-161; D. Omand, "Keeping Europe Safe: Counterterrorism for the Continent", *Foreign Affairs*, September/October 2016, 83-93.

12 D. Armond, Deputy Director of the National Crime Agency, quoted in the House of Commons Exiting the European Union Committee, *The Government's negotiating objectives: the White Paper*, Third Report, 4 April 2017, *HC Paper 1125 of Session 2016-17*, p. 73.

the eventual transition period (February-December 2020),<sup>13</sup> the Withdrawal Agreement ('WA') allowed the UK largely to retain the position in the counter-terrorism sector as it had previously enjoyed as an EU Member State (including access to relevant databases).<sup>14</sup>

In addition, the WA made provision for an on-going use of the EAW scheme by the UK during an agreed transition period following exit from the EU.<sup>15</sup> Any EAW requests made before the transition period had ended would be processed. Nevertheless, during the transition period, an EU Member State could refuse to execute a warrant for one of its own nationals.<sup>16</sup> Similarly, the UK could similarly declare that it would not surrender British nationals to that EU Member State.

With the eventual failure to conclude any form of a separate, overarching Security Partnership as originally foreseen<sup>17</sup> (and discussed below<sup>18</sup>), the parties had to revert to including provisions in the TCA<sup>19</sup> – then under negotiation – to try and minimize the reduction in the level of their pre-existing cooperation in counter terrorism.

In particular for present purposes, the consequent disruption that Brexit caused to active British participation in the erstwhile formulation, implementation and enforcement of EU counter-terrorism policy had the potential to expose the UK to risks in three key areas (to be discussed in turn), viz.: (1) the identification and tracking of inter-state movement of terrorists; (2) the cooperation with EU agencies; and (3) the extradition of terrorists to the UK.

### **3.1. The identification and tracking of terrorists – access to EU data after Brexit**

#### *(a) Pre Brexit*

While an EU Member State, the UK participated in a number of what are primarily data-sharing platforms and was thus required to comply with EU data

13 Art. 126 of EU/EAEC and UK, Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community ('WA'): 2019 OJ C384/I/01.

14 Art. 63 WA.

15 Art. 62(1)(b) WA.

16 Art. 185, third paragraph WA.

17 European Council, Political declaration setting out the framework for the future relationship between the European Union and the United Kingdom, 25 November 2018, Brussels, Part III, paras. 78-117: 2019 OJ C384/I/178.

18 See point 4.1. in the text below.

19 For a full analysis of the field, see C.-C. Cîrlig, "Law enforcement and judicial cooperation in criminal matters under the EU-UK Trade and Cooperation Agreement", *Briefing* PE 690.627, May 2021, European Parliamentary Research Service, Brussels (2021): available at <[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS\\_BRI\(2021\)690627](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2021)690627)>, accessed 20 April 2024.

protection standards in using those platforms. In the last 25 years or so, the EU has developed internally various data systems within the area of transnational police and criminal investigations linked to matters of counter terrorism, but with little precedent for participation of states outside of the EU or Schengen area. Among the most important systems which the UK opted into as an EU Member State, the following are the most relevant:

- (i) Europol Information System ('EIS'):<sup>20</sup> A database of Europol which pools information on more than 86,000 suspected criminals and terrorists from across the EU that allows national investigators directly to check as to whether information on a potential terrorist suspect exists in any other Member States' systems.
- (ii) Passenger Name Records ('PNR'):<sup>21</sup> This database comprises information collected and processed by air carriers' control systems on passenger flight details as part of the travel booking process. It may include details of how travel was booked and for whom, contact details, and travel itinerary. With such information, national crime agencies are able to access this data to identify terrorist suspects in advance of travel, including those travelling under aliases, and so track relevant individuals and allow analysis of travel patterns. Data sharing agreements are in place with Australia, Canada and the USA<sup>22</sup> for which PNR agreements the EU possesses exclusive competence to negotiate and sign.
- (iii) Prüm:<sup>23</sup> Through a Council Decision in 2008 (based on the earlier non-EU Prüm Convention<sup>24</sup>), this system allows national agencies to check automatically with profiles held in the databases of other EU Member States for DNA profiles, fingerprints found at a crime scene and vehicle registration information. In respect of third countries, Norway and Iceland<sup>25</sup>

20 Regulation (EU) 2016/794 on the European Union Agency for Law Enforcement Cooperation (Europol) and replacing and repealing Council Decisions 2009/371/JHA, 2009/934/JHA, 2009/935/JHA, 2009/936/JHA and 2009/968/JHA: 2016 OJ L135/53. See also European Commission, Communication 'Overview of information management in the area of freedom, security and justice': COM(2010) 385 final, p. 16.

21 Directive (EU) 2016/681, note 10 above.

22 In July 2017, the CJEU issued an Opinion stating that provisions of the PNR Agreement with Canada were incompatible with the EU Charter of Fundamental Rights, such as the processing of sensitive data (religious and philosophical beliefs, trade union membership or sex life): Opinion 1/15, *EU-Canada PNR Agreement*, ECLI:EU:C:2017:592.

23 Council Decision 2008/615/JHA on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime: 2008 OJ L 210/1.

24 Convention between the Kingdom of Belgium, the Federal Republic of Germany, the Kingdom of Spain, the French Republic, the Grand Duchy of Luxembourg, the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Austria on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism, cross-border crime and illegal migration: 2617 UNTS 3.

25 Council Decision on the signing, on behalf of the European Union, and on the provisional application of certain provisions of the Agreement between the European Union

- as well as Switzerland<sup>26</sup> and Liechtenstein<sup>27</sup> agreed to apply certain provisions of these Decisions.
- (iv) Second Generation Schengen Information System ('SIS II'):<sup>28</sup> This database contains information on over 35,000 people wanted under an EAW as well as alerts on suspected foreign terrorist fighters, missing or wanted individuals as well as on persons and objects (e.g., dangerous weapons, vehicles) of interest to EU law enforcement agencies. SIS II thus allows EU Member State law enforcement agencies to share and receive alerts in real time, thereby speeding up and easing cooperation in border security and policing. Each participating EU Member State

---

and Iceland and Norway on the application of certain provisions of Council Decision 2008/615/JHA on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime and Council Decision 2008/616/JHA on the implementation of Decision 2008/615/JHA on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime, and the Annex thereto: 2009 OJ L353/1.

- 26 Council Decision (EU) 2022/2536 on the conclusion of the Agreement between the European Union and the Swiss Confederation on the application of certain provisions of Council Decision 2008/615/JHA on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime, of Council Decision 2008/616/JHA on the implementation of Decision 2008/615/JHA on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime, and the Annex thereto, and of Council Framework Decision 2009/905/JHA on accreditation of forensic service providers carrying out laboratory activities: 2022 OJ L328/94.
- 27 Council Decision (EU) 2022/2537 on the conclusion of the Agreement between the European Union and the Principality of Liechtenstein on the application of certain provisions of Council Decision 2008/615/JHA on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime, of Council Decision 2008/616/JHA on the implementation of Decision 2008/615/JHA on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime, and the Annex thereto, and of Council Framework Decision 2009/905/JHA on accreditation of forensic service providers carrying out laboratory activities: 2022 OJ L328/96–97.
- 28 Most recently on three 2018 Regulations: Regulation (EU) 2018/1860 on the use of the Schengen Information System for the return of illegally staying third-country nationals: 2018 OJ L312/1; Regulation (EU) 2018/1861 on the establishment, operation and use of the Schengen Information System (SIS) in the field of border checks, and amending the Convention implementing the Schengen Agreement, and amending and repealing Regulation (EC) No 1987/2006: 2018 OJ L312/14; and Regulation (EU) 2018/1862 on the establishment, operation and use of the Schengen Information System (SIS) in the field of police cooperation and judicial cooperation in criminal matters, amending and repealing Council Decision 2007/533/JHA, and repealing Regulation (EC) No 1986/2006 of the European Parliament and of the Council and Commission Decision 2010/261/EU: 2018 OJ L312/56. An upgraded SIS entered into operation on 7 March 2023: European Commission, 'Security Union: The renewed Schengen Information Systems enters into operation', *Press Release* IP/23/1505, 7 March 2023, Brussels: available at <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_1505](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1505)>, accessed 20 April 2024.

has a SIRENE (‘Supplementary Information Request at the National Entry’) Bureau providing further information on alerts and coordinating activities in relation to SIS II alerts. These alerts allow for discreet markers to monitor an individual’s movements.<sup>29</sup> For counter-terrorism purposes, a national agency can issue an alert for discreet checks regarding an individual suspected of terrorist activities or deemed to pose a domestic or transnational security threat.

- (v) European Criminal Records Information System (‘ECRIS’):<sup>30</sup> This is a secure electronic system that enables the rapid exchange of information on criminal records and convictions – including terrorist information – between Member States’ authorities.<sup>31</sup> No third countries have access to ECRIS so that Norway and Switzerland have to use the more cumbersome and slower system under the 1959 Council of Europe Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters.<sup>32</sup>
- (vi) Intelligence Analysis Centre (‘INTCEN’):<sup>33</sup> This civilian unit provides intelligence and awareness to the High Representative of the European Union for Foreign Affairs and the External Action Service with a focus is on sensitive geographical areas, counter terrorism (with its own Counter-Terrorist Cell) and the proliferation of weapons of mass destruction and other global threats.

Taken together, the Union’s work in coordinating and expediting collaborations across Member States through its various platforms and databases provides

- 
- 29 In comparison, the Interpol equivalent (I-24/7) contains a fraction of the alerts and requires partners to actively check Interpol notices thus slowing down the process of obtaining information: Romyana van Ark, ‘Post Brexit EU (In)Security’, 6 June 2019, International Centre for Counter-Terrorism, The Hague: available at <<https://www.icct.nl/publication/post-brexit-eu-insecurity>>, accessed 20 April 2024.
  - 30 Directive (EU) 2019/884 amending Council Framework Decision 2009/315/JHA, as regards the exchange of information on third-country nationals and as regards the European Criminal Records Information System (ECRIS), and replacing Council Decision 2009/316/JHA: 2019 OJ L151/143; and Regulation (EU) 2019/816 establishing a centralised system for the identification of Member States holding conviction information on third-country nationals and stateless persons (ECRIS-TCN) to supplement the European Criminal Records Information System and amending Regulation (EU) 2018/1726: 2019 OJ L135/1.
  - 31 HM Government, The UK’s cooperation with the EU on justice and home affairs, and on foreign policy and security issues, *Background Note*, 9 May 2016, pp. 2-8: available at <<https://www.gov.uk/government/publications/the-uks-cooperation-with-the-eu-on-justice-home-affairs-foreign-policy-and-security-issues-background-note>>, accessed 20 April 2024.
  - 32 European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, 20 April 1959, Strasbourg, ETS No. 30.
  - 33 Originally mentioned under its previous incarnation in Art. 4(3)(a), third indent, of Council Decision 2010/427/EU on establishing the organisation and functioning of the European External Action Service: 2010 OJ L201/30.



national authorities with an array of possibilities to use in order to render more effective their counter-terrorism operations, both domestically and in cooperation with their opposite numbers in other Member States.

*(b) Post-Brexit possibilities*

By leaving the EU, the UK forfeited its right to access EU databases aimed at criminality and terrorist activities. For INTCEN, there was clearly no possibility of continuing to enjoy access to it while both the Prüm and the PNR systems were expressly mentioned in the Political Declaration<sup>34</sup> accompanying the Withdrawal Agreement and it was thus considered that they would be reproduced in some form in the TCA.

This left the EIS, SIS II and ECRIS databases out of the picture and accordingly the strong likelihood of no further access for British crime agencies. While EIS was intimately linked to the post-Brexit arrangements with Europol (discussed below), the SIS II plays a significant role in tracking individuals under surveillance by intelligence agencies and is absolutely crucial to intelligence sharing so that losing access to it posed the serious risks of (severely) circumscribing the exchange and sharing of information between relevant crime agencies in the UK and the EU. Further, no access to ECRIS would cause delays in retrieving time-sensitive intelligence, crucial in the aftermath of a terrorist attack; it would equally have substantial practical implications with a response to a request about a foreign national's criminal history taking an average of 66 days, compared to ten under ECRIS.<sup>35</sup>

One or two options were still available to address this putative loss of access. As with other issues, the UK remains a member of the Council of Europe and could therefore use the more cumbersome procedure under the 1959 Council of Europe Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters.<sup>36</sup>

Alternatively, the UK could seek an 'adequacy decision' from the EU by which the EU recognizes that a third country offers an adequate level of data protection so that personal data can flow from the EU (plus Iceland, Liechtenstein and Norway) to that third country without the need for any further safeguards.<sup>37</sup> Although these decisions used to apply solely to data transfers in the commercial sector under the

34 Political Declaration, note 17 above, para. 84.

35 Van Ark, note 29 above.

36 1959 Convention, note 32 above.

37 According to Art. 45(3) of Regulation (EU) 2016/679 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 (General Data Protection Regulation): 2016 OJ L119/1. The European Commission may decide, by means of an implementing act, that a third country, a territory or one or more specified sectors within a third country, ensure(s) an adequate level of protection. Under this condition, transfers of personal data to a third country may take place without the need to obtain any further authorisation, as provided for in Art. 45(1) and recital 103 of Regulation (EU) 2016/679.

2016 General Data Protection Regulation ('GDPR'), the European Commission was granted the power to adopt them for the law enforcement sector through the Law Enforcement Directive ('LED').<sup>38</sup> However, existing adequacy decisions took many years to negotiate and the UK would need to be a third country before it could be subject to such a decision that risked a gap between the end of the Brexit transition period and an adequacy decision taking effect.<sup>39</sup> Further, obtaining an adequacy decision depended partly on the UK's legal framework for data processing for national security purposes and maintaining of a similar level of protection in processing private data to that of the EU.<sup>40</sup> The UK would thus be required to mirror changes in the EU within the data protection field to maintain an adequate level of protection.<sup>41</sup> Lastly, an adequacy decision is not granted for a specific period of time but is reviewed by the European Commission at least every four years.<sup>42</sup> A negative review would thus lead to withdrawal of permission from any type of UK access to the relevant databases for security purposes. Consequently, the UK's failure to retain some form of access to SIS II and ECRIS would have amounted to a significant downgrade of policing and security capabilities at a time when cross-border crime and terrorism related security threats were increasing.

### (c) Current situation

Bearing in mind the concerns of the previous section, the provisions of the TCA and the relevant adequacy decision of the European Commission have helped – to some extent – to plug the gaps in information sharing between the EU and the UK post Brexit.

As already noted, the arrangements under Prüm<sup>43</sup> and PNR databases were carried on through the TCA. On the one hand, under Title II of Part Three

38 Art. 36 and recitals 67-71 of Directive (EU) 2016/680 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free movement of such data and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA: 2016 OJ L119/89.

39 House of Lords European Union Committee, 'Brexit: The EU Data Protection Package', 18 July 2017, *HL Paper 7* of Session 2017-19, p. 32.

40 S. Alegre *et al.*, "The implications of the United Kingdom's withdrawal from the European Union for the Area of Freedom, Security and Justice", *PE 596.824, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, DG for Internal Policies of the European Union, European Parliament, December 2017, 63.

41 House of Lords European Union Committee, 'Brexit: The EU Data Protection Package', note 39 above, p 4.

42 Art. 45(3) of Regulation (EU) 2016/679, note 37 above; and Art. 36(3) of Directive (EU) 2016/680, note 38 above.

43 Council Decision (EU) 2022/1014 on the position to be taken on behalf of the Union vis-à-vis the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland regarding the determination under Article 540(2) of the Trade and Cooperation Agreement between the

(Articles 527-541 TCA), cooperation based on the Prüm system is continued, thereby allowing the automated exchange of DNA, fingerprints and vehicle registration data through national contact points which TCA provisions are mostly similar to the Prüm Decisions. On the other hand, Title III of Part Three (Articles 542-562 TCA) provides for continued UK access to PNR data for flights departing from the EU, and vice-versa, subject to safeguards on use and storage of the data (although, besides the TCA provisions, data transfers depend on an EU adequacy decision). The TCA provisions again largely reflect those of the EU PNR Directive and take into account the 2017 Opinion of the Court of Justice of the European Union ('CJEU') on the EU-Canada PNR agreement.<sup>44</sup> In particular, the UK may process PNR data from the EU strictly for the purpose of preventing, detecting, investigating or prosecuting terrorist offences or serious crime.

However, for ECRIS and SIS II the situation has, as expected, changed. Although the UK lost access to ECRIS, the TCA states that exchanges will take place 'electronically in accordance with the technical and procedural specifications' laid down in Annex 44 TCA. In practice, since EU Member States will continue to use ECRIS to cooperate with the UK, the UK will build its own infrastructure ('UKRIS') that is compatible with ECRIS.

For UK law enforcement, the Interpol databases have replaced SIS II. In order to achieve the best level of cooperation between the UK and EU Member States, it will be necessary for those Member States to introducing alerts twice, once in SIS II database and once in the Interpol system, so making Interpol information available to Member State authorities. In this sense, bilateral agreements – permitted within the terms of Title IV of Part Three of the TCA (Article 563 TCA) – could facilitate future information exchange.

Lastly, the European Commission adopted two adequacy decisions in June 2021, one under the GDPR<sup>45</sup> and the other for the LED.<sup>46</sup> Together they allow for the free flow of data from the EU and to the UK where it benefits from an essentially equivalent level of protection to that guaranteed under EU law. The adequacy decisions also facilitate the correct implementation of the TCA which

---

European Union and the European Atomic Energy Community, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part, of the date from which personal data relating to DNA profiles and dactyloscopic data as referred to in Articles 530, 531, 534 and 536 of that Agreement may be supplied by Member States to the United Kingdom: 2022 OJ L170/68.

44 See Opinion 1/15, *EU-Canada PNR Agreement*, note 22 above.

45 Commission Implementing Decision (EU) 2021/1772 pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the adequate protection of personal data by the United Kingdom (notified under document C(2021)4800): 2021 OJ L360/1.

46 Commission Implementing Decision (EU) 2021/1773 of 28 June 2021 pursuant to Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council on the adequate protection of personal data by the United Kingdom (notified under document C(2021) 4801: 2021 OJ L360/69.

foresees the exchange of personal information, for example for cooperation on judicial matters. Both decisions contain strong safeguards in the case of future divergence, such as a ‘sunset clause’ that limits the duration of adequacy to four years. In this way, the adequacy decisions will need to be renewed by June 2025.

### 3.2. The cross-border counter-terrorism collaboration – cooperation with EU agencies after Brexit

#### (a) Pre Brexit

In the counter-terrorism sector, Europol has increasingly strengthened its role for police liaison and cooperation across the continent and beyond.<sup>47</sup> As an EU agency since 2010, it supports law enforcement authorities and facilitates cooperation between them by processing data and making links between crimes committed in different countries as well as providing access to law enforcement intelligence from the other EU Member States. Europol accordingly supports information exchange, provides operational analysis, lends technical expertise and generates strategic reports.

A new EU Regulation updating Europol’s governance structure, objectives and tasks, which the UK opted in to, was adopted in May 2016.<sup>48</sup> It gives the CJEU jurisdiction to give judgment pursuant to any arbitration clause in a contract concluded by Europol and also permits the European Data Protection Supervisor to oversee the processing of personal data by Europol and can refer a matter to the CJEU or intervene in actions brought before the CJEU.<sup>49</sup> Yet removal of the UK from CJEU jurisdiction was one of the May and Johnson government’s ‘red lines’ in the negotiations.<sup>50</sup>

#### (b) Post-Brexit possibilities

Since the UK would cease to be a Member State upon withdrawal, the level of its cooperation with Europol would be noticeably reduced in intensity for

47 F. König, *The Rise of EU Police Cooperation: Governing Differentiated Integration*, Routledge, London, 2023, chapters 3–5.

48 Regulation (EU) 2016/794, note 19 above.

49 Arts. 43(3)(h) and (i), 48 and 49 of Regulation (EU) 2016/794, note 19 above.

50 V. Miller, “Brexit: red lines and starting principles”, *House of Commons Library Briefing Paper* No. 7938, 21 June 2017, p. 6: available at <<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-7938/CBP-7938.pdf>>. On this issue, see F. Dehousse, “The European Union is exaggerating in its demands for Brexit, especially about the European Court of Justice’s future role”, *Egmont Royal Institute of International Relations website*, 29 May 2017, Brussels (2017): available at: <<https://www.egmontinstitute.be/eu-exaggerating-in-its-demands-for-brexit>>. Both accessed 20 April 2024.

which situation the 2016 Europol Regulation provided for two possibilities<sup>51</sup>, i.e., either (i) the EU would conclude an international agreement with the UK as a third country; or (ii) the European Commission would need to make a data adequacy decision.

The UK sought to secure a partnership with Europol that was above and beyond any operational agreement already concluded by the EU with a third country. In this, the British government looked to securing its own bespoke deal along the lines of the cooperation agreement between Denmark and the EU.<sup>52</sup> As a consequence of its opt-out from all EU justice and home affairs legislation adopted after the Lisbon Treaty entered into force and no ability to selectively opt in (unlike the UK had while an EU Member State), Denmark managed to negotiate a hybrid arrangement somewhere between a full member and a third party in view of its continued EU membership. It thus interacts with Europol on broadly the same footing as other third countries though it enjoys observer status at Europol's Management Board and Management Board working groups. In addition, Denmark was required to recognise the jurisdiction of the CJEU and the competence of the European Data Protection Supervisor, to implement fully in domestic law the relevant EU directive on data protection in police matters and, not surprisingly, maintain its membership of both the EU and the Schengen area. In view of the foregoing the cooperation agreement with Denmark necessarily fell short of full membership of Europol, its operations and decision-making as well as access to its databases.<sup>53</sup>

The alternative then was for the UK to negotiate with Europol to secure either a strategic agreement providing for the exchange of general intelligence, strategic and technical information or a more extensive operational agreement. Having a strong record of operational cooperation with (non-EU) international partners – like Serbia,<sup>54</sup> Australia, Canada, Switzerland and the USA as well as Interpol – these operational agreements allow third countries: (i) to participate in Europol analysis projects but only with the agreement of relevant Member States; (ii) to exchange data but do not have direct access to the EIS; (iii) to be

51 Art. 25(1) of Regulation (EU) 2016/794, note 19 above.

52 Agreement on Operational and Strategic Cooperation between the Kingdom of Denmark and the European Police Office, updated 1 August 2022: available at <[https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/operational\\_agreement\\_europol\\_denmark.pdf](https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/operational_agreement_europol_denmark.pdf)>, accessed 20 April 2024.

53 European Commission, 'Declaration by the President of the European Commission, Jean-Claude Juncker, the President of the European Council, Donald Tusk and the Prime Minister of Denmark, Lars Løkke Rasmussen', *Press Release No. IP/16/4398*, 15 December 2016, Brussels: available at <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_16\\_4398](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_4398)>, accessed 20 April 2024.

54 Agreement on Operational and Strategic Cooperation between the Republic of Serbia and the European Police Office, updated 15 October 2020: available at <<https://www.europol.europa.eu/partners-collaboration/agreements/republic-of-serbia>>, accessed 20 April 2024.

invited to meetings of Heads of Europol National Units but not to Management Board and Management Board working group meetings; and (iv) to station liaison officers at Europol headquarters and access Europol's secure messaging system (Secure Information Exchange Network Application, 'SIENA').

### *(c) Current situation*

With the UK being the first Member State to leave the EU, there was no precedent for what a future relationship between the UK and Europol would involve, especially given the EU's justified refusal to countenance any arrangement that merely reproduced the previous cooperation with the UK and the British government's own red lines in the negotiations.

Title V of Part Three of the TCA (Articles 564-579 TCA) sets out the arrangements for UK cooperation with Europol. In terms of substantive law, it lays down the list of crimes within Europol's competence and related criminal offences.<sup>55</sup> Were the EU to change the list of crimes under Europol's mandate, then the Specialised Committee on Law Enforcement and Judicial Cooperation (set up under Article 8(1)(r) TCA) has the power to amend the relevant annex of the TCA in order to bring it into line with the amended list. The scope of cooperation covers exchange of personal data, as well as exchange of specialist knowledge; general situation reports; results of strategic analysis; information on criminal investigation procedures and on crime prevention methods; participation in training activities; advice and support in criminal investigations, and operational cooperation.

However, in order to implement this Title, the parties were required to negotiate an operational agreement. This process was successfully concluded in September 2021 with a Working and Administrative Arrangement between Europol and the competent UK authorities represented by the NCA.<sup>56</sup>

## **3.3. The extradition of terrorists to the UK – the surrender of EU citizens to UK jurisdiction after Brexit**

### *(a) Pre Brexit*

With Brexit, the UK lost its access to the European Arrest Warrant ('EAW') regime that, since its introduction, had greatly enhanced the timeline and

---

55 The forms of crime listed in Annex I to the Europol Regulation are copied into Annex 41 of the TCA.

56 Working and Administrative Arrangement establishing cooperative relations between the competent authorities of the UK and Europol, updated 20 December 2023: available at <[https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/wa\\_with\\_united\\_kingdom\\_-\\_implementing\\_the\\_tca.pdf](https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/wa_with_united_kingdom_-_implementing_the_tca.pdf)>, accessed 20 April 2024.

efficiency of the extradition of suspects and criminals between EU Member States.<sup>57</sup> As a legal framework based on mutual trust between the relevant national authorities and without recourse to the executive,<sup>58</sup> the EAW greatly facilitates extradition of individuals between EU Member States so that they face prosecution for a crime of which they are accused ('accusation warrants') or to serve a prison sentence for an existing conviction ('conviction warrants'). One of its main advantages over other systems of extradition is that it has noticeably reduced the time of extraditions within the EU so that cases that had previously taken months or years, are now resolved in a matter of weeks.

It provides a simplified procedure by means of which an EU Member State is able to issue a warrant for an arrest and extradition that is valid throughout the whole of the EU. Moreover, EU Member States can no longer refuse to surrender their own nationals unless they themselves assume responsibility for the execution of the prison sentence against the wanted individual. In addition, a 'double criminality check' is not required for 32 categories of offences including crimes related to terrorism. In other words, an offence need not to be an offence in both EU Member States provided that the offence in question is sufficiently serious.

Lastly and perhaps even more importantly in many respects, an EAW is subject to strict time limits, with final decisions in the extraditing EU Member State must be made within 60 days of arrest or within 10 days were the defendant to consent to the surrender. The surrender must occur as quickly as possible on a date agreed between the relevant authorities and no later than 10 days after the final decision on the EAW's execution. The simplification and speeding up of procedures using the EAW has altered the counter-terrorist environment in the EU. A comparative example will illustrate the impact.<sup>59</sup>

In the pre-EAW era, France requested the extradition from the UK of Rachid Ramda who was wanted by the French authorities for his alleged part in several bombings of the Paris Metro between July and October 1995 that had caused a number of fatalities and injuries. In all, France made three requests for his extradition in the period 1995-1996. However, it took some ten years until he was finally surrendered to the French authorities, having gone through a series of nine separate legal proceedings.

By contrast, using an EAW, the UK was able to bring back Hussain Osman from Italy in 2005 in a mere 56 days to try him as one of the failed 21/7/2005 London Tube bombers. He and his compatriots had targeted three Tube trains and a bus (attempting to repeat the 7/7/2005 attack) but the devices failed to go

57 2002/584/JHA: Council Framework Decision on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States: 2002 OJ L190/1.

58 Unlike the requirements under the Council of Europe system of extradition: European Convention on Extradition, 13 December 1957, Strasbourg, ETS No. 24 and its three Additional Protocols (First Additional Protocol, 15 October 1975, Strasbourg, ETS No. 86; Second Additional Protocol, 17 March 1978, Strasbourg, ETS No. 98; and Third Additional Protocol, 10 November 2010, Strasbourg, ETS No. 209).

59 Van Ark, note 29 above.

off. Osman fled to the continent but was arrested within eight days in Italy and returned to the UK, as already noted, in 56 days.

### *(b) Post Brexit possibilities*

From these examples, it becomes quite evident that various British agencies dealing with crime in general and terrorism in particular – viz., the Crown Prosecution Service, the National Crime Agency ('NCA') and the Metropolitan Police Counter Terrorism Coordinator – regarded the UK's continuing participation in the EAW as a top priority in the negotiations with the EU. The fall-back position in case of no agreement in this area would have been the 1957 Council of Europe Convention on Extradition to which the UK and all EU Member States were parties. However, this solution was not regarded as optimal in the circumstances and would mark a large step back from the previous form of cooperation under the EAW system:<sup>60</sup>

- (1) The EAW is basically a transaction between judicial authorities where the role of the executive is removed. By contrast, applications under the 1957 Convention need to be made via diplomatic channels, with government minister approval required at a number of points in the process.
- (2) The EAW framework imposes strict time limits at each stage of the process and is considered to be substantially faster than the 1957 Convention that does not impose the same time limits. Overall, the EAW the previous arrangements based on the 1957 European Convention on Extradition.<sup>61</sup> The lack of Convention provisions on mutual recognition of judicial orders triggers this lengthy process.
- (3) Article 6 of the 1957 Convention provides that states can refuse an extradition request for one of their own nationals. The EAW framework abolished this own nationals' exception based on the concept of EU citizenship.

Alternatively, the arrangement on extradition that the EU had previously agreed between Norway and Iceland (neither of which is a member of the EU but are in the Schengen area) could form a more effective model.<sup>62</sup> However, this

60 House of Lords European Union Committee, 'Brexit: Future UK-EU Security and Police Cooperation', note 3 above, p. 36.

61 According to the UK's Institute for Government, an EAW-based extradition takes on average 48 days, whereas an extradition under the rules of the 1957 Convention can take up to a year. See T. Durrant, L. Lloyd, M. T. Jack, *Negotiating Brexit: policing and criminal justice*, Institute for Government, London, September 2018, p. 10: available at <<https://www.instituteforgovernment.org.uk/publication/report/negotiating-brex-policing-and-criminal-justice>>, accessed 21 April 2024.

62 Agreement between the European Union and the Republic of Iceland and the Kingdom of Norway on the surrender procedure between the Member States of the European Union and Iceland and Norway: 2006 OJ L292/2.



treaty took 13 years to enter into force after it was signed in 2006 (although it was considered that both parties would want to have a post-Brexit procedure in place much faster).<sup>63</sup>

Aside from the lengthy negotiation process, there are two other significant differences between the EAW scheme and the EU-Iceland/Norway agreement. The latter arrangement enables all parties to refuse extradition of their own nationals.<sup>64</sup> More significantly, it includes a ‘political offence’ exception in respect to terrorism offences.<sup>65</sup> In practice, if this provision is ever utilised, an EU Member State could refuse to extradite a suspected terrorist to Iceland or Norway, and vice versa, if their terrorism-related offences are regarded as political in nature.

### (c) *Current situation*

The EAW has been replaced by the new arrest warrant (‘AW’) under Articles 596-632 TCA as the key component of the new extradition system between the EU and the UK, pursuant to which individuals may be surrendered between jurisdictions. This is closely along the lines of the EU-Iceland/Norway agreement which means not only the inclusion of the political offence exception for terrorism<sup>66</sup> but also the refusal of EU Member States to extradite their own nationals.<sup>67</sup> In addition, at the instigation of the UK, the principle of proportionality is to apply to both sides in their cooperation under the arrest warrant.<sup>68</sup> Lastly, Article 599(2) TCA also subjects surrender to double criminality as a general rule although, on the basis of reciprocity, this requirement may be abolished for 32 offences (the same as in the EAW FD) by notifying the Specialised Committee on Law Enforcement and Judicial Cooperation.<sup>69</sup>

63 C. Mortera-Martinez, ‘Plugging in the British: EU justice and home affairs’, *CER Policy Brief*, Centre for European Reform, 31 May 2018, Brussels, pp. 8-9: available at <[https://www.cer.eu/sites/default/files/pbrief\\_plugin\\_jha\\_31.5.18.pdf](https://www.cer.eu/sites/default/files/pbrief_plugin_jha_31.5.18.pdf)>, accessed 20 April 2024.

64 Art. 7 of the 2006 Agreement, note 62 above.

65 Art. 6 of the 2006 Agreement, note 62 above.

66 Belgium, Czechia, Denmark, France, Croatia, Italy, Cyprus, Poland, Portugal, Slovakia, Finland, Sweden have already notified their intention not to invoke the political offence exception for terrorist offences.

67 The Member States which do not surrender their nationals are Germany, Greece, France, Croatia, Latvia, Poland, Slovenia, Slovakia, Finland, Sweden. Others make surrender of their nationals conditional on reciprocity or transferring the person to the Member State to serve the sentence (Bulgaria, Czechia, Austria, Denmark, Estonia, Cyprus, Lithuania, Luxembourg, Hungary, Malta, the Netherlands, Portugal, Romania). The UK will not invoke the nationality exception; it will refuse to surrender nationals only when the acts are not an offence under UK law, or if there are clear political motivations behind the warrant.

68 Art. 597 TCA.

69 In this respect, Belgium, Ireland, Greece, Spain, France, Italy, Cyprus, Lithuania, Luxembourg, Hungary, The Netherlands, Austria, Poland, Portugal, Romania have already waived double criminality for the listed 32 offences (reciprocity).

## 4. POSSIBLE FURTHER MITIGATION OF EFFECTS OF BREXIT

### 4.1. Potential new Security Agreement between the EU and the UK

For the period after Brexit, the parties had initially looked towards some form of enhanced degree of collaboration based on an overarching agreement.<sup>70</sup> In fact, the idea of maintaining a high-level security relationship after Brexit was paramount in the mind of the UK government as evidenced in its formal notification for withdrawal<sup>71</sup> and it continued to pursue this theme, at least under the premiership of Theresa May. In a speech delivered in January 2017, she had already noted that, ‘At a time when together we face a serious threat from our enemies, Britain’s unique intelligence capabilities will continue to help to keep people in Europe safe from terrorism’. She continued in the same vein later on, stating that, ‘our future relationship with the European Union [should] include practical arrangements on matters of law enforcement and the sharing of intelligence material with our EU allies.’<sup>72</sup> And again, in her speech in Florence in September 2017, the Prime Minister May declared her ambition to achieve ‘a bold new strategic agreement that provides a comprehensive framework for future security, law enforcement and criminal justice cooperation’ which would be ‘unprecedented in its depth, in terms of the degree of engagement that we would aim to deliver.’<sup>73</sup> Such an agreement, she argued, would be built on ‘our shared principles, including high standards of data protection and human rights’.

This point was reiterated that same month when the UK government published a document setting out its vision for UK-EU cooperation on security,

70 E. Haves, ‘Proposed UK-EU Security Treaty’, *House Lords Library Briefing* No. 58/2018, 23 May 2018, London: available at <<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/LLN-2018-0058/LLN-2018-0058.pdf>>, accessed 20 April 2024.

71 Prime Minister’s Office, *Prime Minister’s letter to Donald Tusk triggering Article 50*, 29 March 2017, London, p. 4: available at <<https://www.gov.uk/government/publications/prime-ministers-letter-to-donald-tusk-triggering-article-50>>, accessed 20 April 2024.

72 Prime Minister’s Office, *The government’s negotiating objectives for exiting the EU: PM speech*, Lancaster House, London, 17 January 2017 (last updated, 3 February 2017): available at <<https://www.gov.uk/government/speeches/the-governments-negotiating-objectives-for-exiting-the-eu-pm-speech>>, accessed 20 April 2024.

73 Prime Minister’s Office, *PM’s Florence speech: A new era of cooperation and partnership between the UK and the EU*, 22 September 2017: available at <<https://www.gov.uk/government/speeches/pms-florence-speech-a-new-era-of-cooperation-and-partnership-between-the-uk-and-the-eu>>. This position was repeated in her subsequent Munich speech: Prime Minister’s Office, *PM speech at Munich Security Conference*, 17 February 2018: available at <<https://www.gov.uk/government/speeches/pm-speech-at-munich-security-conference-17-february-2018>>. Both accessed 20 April 2024.

law enforcement and criminal justice. In this paper, the government argued that ‘it is in the clear interest of all citizens that the UK and the EU sustain the closest possible cooperation in tackling terrorism, organised crime and other threats to security now and into the future.’<sup>74</sup> The government argued for a treaty between the UK and the EU which would provide a legal basis for continued cooperation on security.

For its part, the EU was equally forthcoming about its support for a possible strategic partnership. For example, the European Council’s negotiating guidelines of April 2017 stated that ‘the EU stands ready to establish partnerships in areas unrelated to trade, in particular the fight against terrorism and international crime, as well as security, defence and foreign policy.’<sup>75</sup> In its subsequent guidelines adopted at the December 2017 European Council meeting, this position was confirmed.<sup>76</sup> Yet despite a willingness to continue with this idea during 2018<sup>77</sup>, with her failure to get the EU-UK Withdrawal Agreement passed by the British Parliament three times, May’s resignation opened the way for the subsequent premiership of Boris Johnson wanting to ‘get Brexit done’ as soon as possible and a government more wedded to ‘global Britain’ in its security and defence aspirations, consideration of this security partnership fell by the wayside.<sup>78</sup>

More recently the UK Labour Party – with a general election due by the end of this year – is keen to reset British relations with the EU in the field of defence and security. In this respect, various proposals made by the Shadow Foreign Secretary, David Lammy,<sup>79</sup> suggest a new arrangement reminiscent of Theresa

74 HM Government, *Security, law enforcement and criminal justice: a future partnership paper*, 18 September 2017, p. 2: available at <<https://www.gov.uk/government/publications/security-law-enforcement-and-criminal-justice-a-future-partnership-paper>>, accessed 20 April 2024.

75 European Council, ‘European Council (Art. 50) guidelines for Brexit negotiations’, *Press Release*, 29 April 2017, Brussels: available at <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/04/29/euco-brexit-guidelines/>>, accessed 20 April 2024.

76 European Council, ‘European Council (Art. 50) guidelines for Brexit negotiations’, *Press Release*, 15 December 2017, Brussels: available at <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/12/15/european-council-art-50-guidelines-for-brexit-negotiations/>>, accessed 20 April 2024.

77 European Council, ‘European Council (Art. 50) guidelines on the framework for the future EU-UK relationship’, *Press Release*, 23 March 2018, points 3, 13 and 14: available at <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/03/23/european-council-art-50-guidelines-on-the-framework-for-the-future-eu-uk-relationship-23-march-2018/>>; and HM Government, *Framework for the UK-EU Security Partnership*, 9 May 2018: available at <<https://www.gov.uk/government/publications/framework-for-the-uk-eu-security-partnership>>. Both accessed 20 April 2024.

78 B. Martill, “The future of UK-EU security cooperation in the shadow of Ukraine”, *LSE blog*, 6 June 2023: available at <<https://blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/the-future-of-uk-eu-security-cooperation-in-the-shadow-of-ukraine/>>, accessed 20 April 2024.

79 R. Whitman, “Lammy at ‘em: securing a security pact with Europe”, 1 February 2023, *UK in a Changing Europe website*, London (2023): available at <<https://ukandeu.ac.uk/lammy-at-em-securing-a-security-pact-with-europe/>>, accessed 20 April 2024.

May's original wish for a privileged security agreement with the EU, complemented by strong bilateral relationships.

## 4.2. Non-EU cooperation in counter-terrorism strategy

The UK remains a member of the Counter Terrorist Group ('CTG'),<sup>80</sup> a non-EU body located in The Hague where the heads of intelligence agencies of EU Member States plus Norway and Switzerland meet to encourage members to share intelligence and facilitate operational cooperation. It has the capability to undertake counter-terrorism operations globally and provides valuable proactive and sometimes pre-emptive threat intelligence that would otherwise be unavailable. But this informal group together with the Kilowatt network, the Mega-tonne network and the Club de Berne (the CTG's initiator), that have been set up as European intelligence-sharing networks for counter terrorism, are no substitute for direct cooperation through the relevant EU agencies already discussed.

Moreover, compared to these less structured arrangements, the EU arrangements are formally based on relevant provisions of the EU treaties and underscored by human rights standards contained in the CFR and the ECHR. Yet the legal bases also act as constraints – owing to data protection rules enforced by the Court of Justice of the European Union ('CJEU') which judicial body had previously ruled<sup>81</sup> that evidence gained through the bulk-intercept operations of the UK's Government Communications Headquarters ('GCHQ') were disproportionate and thus unlawful.

And yet it is GCHQ with its unrivalled signal intelligence capacities, combined with the UK-US intelligence-sharing and cooperation arrangement and with the 'Five Eyes' alliance between the USA, UK, Australia, Canada and New Zealand, that continue to provide British security services with a global reach and probably their most significant and successful international counter-terrorism collaborations to date. Withdrawal of the UK has accordingly impacted on the EU in its operations in the area of counter terrorism and this should not be overlooked either. In this way, the EU has lost a very strong Member State, with a very efficient intelligence whose collaboration on counter terrorism has proved beneficial on many occasions. Moreover, its access to the data collected by the UK's intelligence services has officially come to an end.

---

80 P. P. Seyfried, "A European Intelligence Service? Potentials and Limits of Intelligence Cooperation at EU Level", *Security Policy Working Paper* No. 20/2017, Federal Academy for Security Policy/Bundesakademie für Sicherheitspolitik ('BAKS'), Berlin (2017), p. 3, available at: <<https://www.baks.bund.de/en/working-papers/2017/a-european-intelligence-service-potentials-and-limits-of-intelligence>>, 20 April 2024.

81 Case C-623/17, *Privacy International v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, ECLI:EU:C:2020: 790.

### 4.3. UK-EU Counter-Terrorism Dialogue under the TCA

The first UK-EU Counter-Terrorism Dialogue was held in Brussels on 2 February 2024.<sup>82</sup> The dialogue was established by the terms of the Article 768(3) TCA and is designed to enhance cooperation on counter terrorism. Participants discussed a broad spectrum of issues, including assessments on the terrorist threat as well as strategic approaches for prevention and response in order to protect citizens. Best practice and expertise on counter terrorism were also shared and discussed, including responses to terrorist content online and financing of terrorism.

The UK delegation was chaired by Jonathan Emmett, Director of Counter-Terrorism and Homeland Security Strategy in the Home Office, who was accompanied by officials from the Home Office, the Foreign, Commonwealth and Development Office and a police representative from the UK's Liaison Bureau at Europol. On the EU side, which included an observer from the Belgian Presidency on behalf of EU Member States, the Dialogue was chaired by Nadia Costantini, Special Envoy for Counter-Terrorism, of the European External Action Service ('EEAS'). Representatives were present too from the European Commission, including Deputy Director-General from the Directorate General for Migration and Home Affairs, Olivier Onidi, and the EU Counter-Terrorism Coordinator's Office.

## 5. CONCLUSION

Brexit has certainly put UK-EU security operations and intelligence cooperation at significant risk and the current absence of any formal security partnership to underpin such cooperation is a noticeable failure. Loss of access to the relevant databases, the termination of the EAW and the retrograde steps in relations with EU agencies have added to the general malaise in counter-terrorism cooperation since Brexit. The main impact of UK withdrawal has already been felt in terms of time and efficiency and the significant risk that the UK and the EU were facing a security downgrade<sup>83</sup> continues to stoke fears that a terrorist outrage in the UK would leave the country vulnerable and ineffective in its response. Thankfully, according to available data, such fears have so far proven to be overwrought and that in fact the cooperation between both parties on counter terrorism is still flourishing at similar levels before UK withdrawal,

---

82 EEAS Press Team, 'Counterterrorism: EU and UK hold dialogue on shared priorities and approaches', 2 February 2024, Brussels (2024): available at <[https://www.eeas.europa.eu/eeas/counterterrorism-eu-and-uk-hold-dialogue-shared-priorities-and-approaches\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/counterterrorism-eu-and-uk-hold-dialogue-shared-priorities-and-approaches_en)>, accessed 20 April 2024.

83 For a critical parliamentary report, see: House of Commons Home Affairs Committee, 'Home Office preparations for the UK exiting the EU', Twelfth Report, 7 December 2018, *HC Paper 1674* of Session 2017-19.

due to the determination of the professionals concerned to ensure the reinforcement of any perceived weakened links after Brexit.<sup>84</sup>

In this sense, the picture is starting to improve, if only incrementally – the new Conservative government of Rishi Sunak at Westminster has sought to reset its relations with the EU, with the first meetings of the Counter-Terrorism Dialogue taking place in February 2024 (as noted above). Moreover, the Labour Party has called for the substantial enhancement of Britain's security partnership with the EU. With the British general election slated for later this year, there is a possibility of evolving such a partnership in the short term although it faces difficulties from the EU side in securing a 'bespoke' security agreement.<sup>85</sup> In fact, developing the EU's counter-terrorism efforts in a more dynamic and competent manner is likely not only to revive its own commitment to fighting terrorism but would also indicate its openness to working together with third countries in this common project. At this present juncture, then, a deterioration in the intelligence-sharing partnerships post Brexit has definitely created risks and hazards for the parties concerned, given the mobility of transnational criminal and terrorist groups. While intelligence cooperation has not ended and UK security (apparently) has not so far suffered dramatically in the aftermath of Brexit, nevertheless specific discontinuities will continue to impact adversely on security capabilities, with the principal ones concerning the effects upon the UK of its disconnection from the EU's relevant policy frameworks, reduced access to EU databases and networks as well as an increase in time and complexity to what were previously swifter and more efficient procedures, e.g., with extradition and surrender.

## BIBLIOGRAPHY

- Alegre S. *et al.*, "The implications of the United Kingdom's withdrawal from the European Union for the Area of Freedom, Security and Justice", *PE 596.824, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, DG for Internal Policies of the European Union, European Parliament, December 2017.
- Anderson D., 'The Terrorism Acts in 2015', Report of the Independent Reviewer of Terrorism Legislation, December 2016: available at <https://terrorismlegislationreviewer.independent.gov.uk/wp-content/uploads/2016/12/TERRO-RISM-ACTS-REPORT-1-Dec-2016-1.pdf>.
- Andreeva C., *The Evolution of Information-sharing in EU Counter-terrorism: A Post-2015 Paradigm Shift?*, Edward Elgar, Cheltenham, 2023.

84 H. B. Jaffel, "Britain's European connection in counter-terrorism intelligence cooperation: everyday practices of police liaison officers, Intelligence and National Security", *Intelligence and National Security*, 35/7 (2020), 1007–1025.

85 J. Wachowiak, R. G. Whitman, J. Grogan, *Report: UK-EU Foreign, Security & Defence Cooperation*, 27 March 2024, *UK in a Changing Europe website*, London (2024), 13-15: available at <<https://ukandeu.ac.uk/reports/uk-eu-foreign-security-and-defence-cooperation/>>, accessed 20 April 2024.

- Argomaniz J., Bures O., Kaunert C. (eds.), *EU Counter-Terrorism and Intelligence: A Critical Assessment*, Routledge, London, 2016.
- Argomaniz J., *The EU and Counter-Terrorism. Politics, polity and policies after 9/11*, Routledge, Abingdon 2011.
- Bossong R., *The Evolution of EU Counter-Terrorism: European Security Policy after 9/11*, Routledge, London, 2012.
- Bunyan T., “Trevi, Europol and the European state”, *Statewatching the new Europe: a handbook on the European state* (ed. T. Bunyan), Statewatch, London, 1993, Section II.
- Bures O., *EU Counterterrorism Policy: a Paper Tiger?*, Ashgate, Farnham, 2011.
- Cirlig C.-C., “Law enforcement and judicial cooperation in criminal matters under the EU-UK Trade and Cooperation Agreement”, *Briefing* PE 690.627, May 2021, European Parliamentary Research Service, Brussels (2021): available at [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS\\_BRI\(2021\)690627](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2021)690627).
- Clarke P., “Intelligence-Led Policing in Counter-Terrorism: a Perspective from the United Kingdom”, *Combating Transnational Terrorism* (eds. J. K. Wither, S. Mullins), Procon, Sofia, 2016.
- de Londras F., Doody J., *The Impact, Legitimacy and Effectiveness of EU Counter-Terrorism*, Routledge, London, 2015.
- Dehousse F., “The European Union is exaggerating in its demands for Brexit, especially about the European Court of Justice’s future role”, *Egmont Royal Institute of International Relations website*, 29 May 2017, Brussels (2017): available at: <https://www.egmontinstitute.be/eu-exaggerating-in-its-demands-for-brexit>.
- Durrant T., Lloyd L., Jack M. T., *Negotiating Brexit: policing and criminal justice*, Institute for Government, London, September 2018: available at <https://www.instituteforgovernment.org.uk/publication/report/negotiating-brexit-policing-and-criminal-justice>.
- Haves E., ‘Proposed UK-EU Security Treaty’, *House Lords Library Briefing* No. 58/2018, 23 May 2018, London: available at <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/LLN-2018-0058/LLN-2018-0058.pdf>.
- Jaffel H. B., “Britain’s European connection in counter-terrorism intelligence cooperation: everyday practices of police liaison officers, Intelligence and National Security”, *Intelligence and National Security*, 35/7 (2020).
- König F., *The Rise of EU Police Cooperation: Governing Differentiated Integration*, Routledge, London, 2023.
- Martill B., “The future of UK-EU security cooperation in the shadow of Ukraine”, *LSE blog*, 6 June 2023: available at <https://blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/the-future-of-uk-eu-security-cooperation-in-the-shadow-of-ukraine/>.
- Miller V., “Brexit: red lines and starting principles”, *House of Commons Library Briefing Paper* No. 7938, 21 June 2017: available at <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-7938/CBP-7938.pdf>.
- Mortera-Martinez C., ‘Plugging in the British: EU justice and home affairs’, *CER Policy Brief*, Centre for European Reform, 31 May 2018, Brussels: available at [https://www.cer.eu/sites/default/files/pbrief\\_plugin\\_jha\\_31.5.18.pdf](https://www.cer.eu/sites/default/files/pbrief_plugin_jha_31.5.18.pdf).

- Murphy C. C., *EU Counter-Terrorism Law: Pre-Emption and the Rule of Law*, Hart, Oxford, 2012.
- O'Neill M., *The Evolving EU Counter-terrorism Legal Framework*, Routledge, London, 2011.
- Omand D., "Keeping Europe Safe: Counterterrorism for the Continent", *Foreign Affairs*, September/October 2016, 83–93.
- Puchwein M., *The EU Counter Terrorism Strategy: The Management of Counter Terrorism Actors*, AV Akademikerverlag, Saarbrücken, 2014.
- Seyfried P. P., "A European Intelligence Service? Potentials and Limits of Intelligence Cooperation at EU Level", *Security Policy Working Paper No. 20/2017*, Federal Academy for Security Policy/Bundesakademie für Sicherheitspolitik ('BAKS'), Berlin (2017), available at: <https://www.baks.bund.de/en/working-papers/2017/a-european-intelligence-service-potentials-and-limits-of-intelligence>.
- Spence D. (ed.), *The European Union and Terrorism*, John Harper, London, 2007.
- van Ark R., 'Post Brexit EU (In)Security', 6 June 2019, International Centre for Counter-Terrorism, The Hague: available at <https://www.icct.nl/publication/post-brexit-eu-insecurity>.
- Wachowiak J., Whitman R. G., Grogan J., *Report: UK-EU Foreign, Security & Defence Cooperation*, 27 March 2024, *UK in a Changing Europe website*, London (2024), 13-15: available at <https://ukandeu.ac.uk/reports/uk-eu-foreign-security-and-defence-co-operation/>.
- Whitman R., "Lammy at 'em: securing a security pact with Europe", 1 February 2023, *UK in a Changing Europe website*, London (2023): available at <https://ukandeu.ac.uk/lammy-at-em-securing-a-security-pact-with-europe/>.

## OTHER SOURCES

- Agreement between the European Union and the Republic of Iceland and the Kingdom of Norway on the surrender procedure between the Member States of the European Union and Iceland and Norway: 2006 OJ L292/2.
- Agreement on Operational and Strategic Cooperation between the Kingdom of Denmark and the European Police Office, updated 1 August 2022: available at [https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/operational\\_agreement\\_europol\\_denmark.pdf](https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/operational_agreement_europol_denmark.pdf).
- Agreement on Operational and Strategic Cooperation between the Republic of Serbia and the European Police Office, updated 15 October 2020: available at <https://www.europol.europa.eu/partners-collaboration/agreements/republic-of-serbia>.
- Case C-623/17, *Privacy International v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, ECLI:EU:C:2020: 790.
- Convention between the Kingdom of Belgium, the Federal Republic of Germany, the Kingdom of Spain, the French Republic, the Grand Duchy of Luxembourg, the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Austria on the



stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism, cross-border crime and illegal migration: 2617 UNTS 3.

Council Decision (EU) 2022/2536 on the conclusion of the Agreement between the European Union and the Swiss Confederation on the application of certain provisions of Council Decision 2008/615/JHA on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime, of Council Decision 2008/616/JHA on the implementation of Decision 2008/615/JHA on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime, and the Annex thereto, and of Council Framework Decision 2009/905/JHA on accreditation of forensic service providers carrying out laboratory activities: 2022 OJ L328/94.

Council Decision (EU) 2022/2537 on the conclusion of the Agreement between the European Union and the Principality of Liechtenstein on the application of certain provisions of Council Decision 2008/615/JHA on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime, of Council Decision 2008/616/JHA on the implementation of Decision 2008/615/JHA on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime, and the Annex thereto, and of Council Framework Decision 2009/905/JHA on accreditation of forensic service providers carrying out laboratory activities: 2022 OJ L328/96–97.

Council Decision 2008/615/JHA on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime: 2008 OJ L 210/1.

Council Decision on the signing, on behalf of the European Union, and on the provisional application of certain provisions of the Agreement between the European Union and Iceland and Norway on the application of certain provisions of Council Decision 2008/615/JHA on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime and Council Decision 2008/616/JHA on the implementation of Decision 2008/615/JHA on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime, and the Annex thereto: 2009 OJ L353/1.

Council of the European Union, 'The European Union Counter-Terrorism Strategy', 14469/3/05 REV 4, Brussels, 30 November 2005.

Directive (EU) 2016/681 on the use of passenger name record (PNR) data for the prevention, detection, investigation and prosecution of terrorist offences and serious crime: 2016 OJ L119/132.

Directive (EU) 2019/884 amending Council Framework Decision 2009/315/JHA, as regards the exchange of information on third-country nationals and as regards the European Criminal Records Information System (ECRIS), and replacing Council Decision 2009/316/JHA: 2019 OJ L151/143; and Regulation (EU) 2019/816 establishing a centralised system for the identification of Member States holding conviction information on third-country nationals and stateless persons (ECRIS-TCN) to supplement the European

- Criminal Records Information System and amending Regulation (EU) 2018/1726: 2019 OJ L135/1.
- EEAS Press Team, 'Counterterrorism: EU and UK hold dialogue on shared priorities and approaches', 2 February 2024, Brussels (2024): available at [https://www.eeas.europa.eu/eeas/counterterrorism-eu-and-uk-hold-dialogue-shared-priorities-and-approaches\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/counterterrorism-eu-and-uk-hold-dialogue-shared-priorities-and-approaches_en).
- European Commission, 'Declaration by the President of the European Commission, Jean-Claude Juncker, the President of the European Council, Donald Tusk and the Prime Minister of Denmark, Lars Løkke Rasmussen', *Press Release* No. IP/16/4398, 15 December 2016, Brussels: available at [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_16\\_4398](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_4398).
- European Commission, 'Security Union: The renewed Schengen Information Systems enters into operation', *Press Release* IP/23/1505, 7 March 2023, Brussels: available at [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_1505](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1505).
- European Commission, Communication 'A Counter-Terrorism Agenda for the EU: Anticipate, Prevent, Protect, Respond': COM(2020) 795 final.
- European Commission, Staff Working Paper 'Taking stock of EU Counter-Terrorism Measures': COM(2010)386 final.
- European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, 20 April 1959, Strasbourg, ETS No. 30.
- European Council, 'European Council (Art. 50) guidelines for Brexit negotiations', *Press Release*, 29 April 2017, Brussels: available at <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/04/29/euco-brexite-guidelines/>.
- European Council, 'European Council (Art. 50) guidelines for Brexit negotiations', *Press Release*, 15 December 2017, Brussels: available at <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/12/15/european-council-art-50-guidelines-for-brexite-negotiations/>.
- European Council, 'European Council (Art. 50) guidelines on the framework for the future EU-UK relationship', *Press Release*, 23 March 2018, points 3, 13 and 14: available at <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/03/23/european-council-art-50-guidelines-on-the-framework-for-the-future-eu-uk-relationship-23-march-2018/>.
- European Council, Political declaration setting out the framework for the future relationship between the European Union and the United Kingdom, 25 November 2018, Brussels, Part III, paras. 78-117: 2019 OJ C384/I/178.
- HM Government, *Framework for the UK-EU Security Partnership*, 9 May 2018: available at < <https://www.gov.uk/government/publications/framework-for-the-uk-eu-security-partnership> >.
- HM Government, *Security, law enforcement and criminal justice: a future partnership paper*, 18 September 2017: available at <https://www.gov.uk/government/publications/security-law-enforcement-and-criminal-justice-a-future-partnership-paper>.
- HM Government, The UK's cooperation with the EU on justice and home affairs, and on foreign policy and security issues, *Background Note*, 9 May 2016:

available at <https://www.gov.uk/government/publications/the-uks-cooperation-with-the-eu-on-justice-home-affairs-foreign-policy-and-security-issues-background-note>.

- House of Commons Exiting the European Union Committee, *The Government's negotiating objectives: the White Paper*, Third Report, 4 April 2017, *HC Paper 1125* of Session 2016-17.
- House of Commons Home Affairs Committee, 'Home Office preparations for the UK exiting the EU', Twelfth Report, 7 December 2018, *HC Paper 1674* of Session 2017-19.
- House of Commons Home Affairs Committee, 'Project CONTEST: The Government's Counter-Terrorism Strategy', 29 June 2009, *HC Paper 212* of Session 2008-09.
- House of Lords European Union Committee, 'Brexit: Future UK-EU Security and Police Cooperation', 16 December 2016, *HL Paper 77* of Session 2016-17.
- House of Lords European Union Committee, 'Brexit: The EU Data Protection Package', 18 July 2017, *HL Paper 7* of Session 2017-19.
- House of Lords European Union Committee, 'Brexit: The EU Data Protection Package'.
- Prime Minister's Office, *PM speech at Munich Security Conference*, 17 February 2018: available at <https://www.gov.uk/government/speeches/pm-speech-at-munich-security-conference-17-february-2018>.
- Prime Minister's Office, *PM's Florence speech: A new era of cooperation and partnership between the UK and the EU*, 22 September 2017: available at <https://www.gov.uk/government/speeches/pms-florence-speech-a-new-era-of-cooperation-and-partnership-between-the-uk-and-the-eu>.
- Prime Minister's Office, *Prime Minister's letter to Donald Tusk triggering Article 50*, 29 March 2017, London: available at < <https://www.gov.uk/government/publications/prime-ministers-letter-to-donald-tusk-triggering-article-50>>.
- Prime Minister's Office, *The government's negotiating objectives for exiting the EU: PM speech*, Lancaster House, London, 17 January 2017 (last updated, 3 February 2017): available at <https://www.gov.uk/government/speeches/the-governments-negotiating-objectives-for-exiting-the-eu-pm-speech>.
- Regulation (EU) 2016/794 on the European Union Agency for Law Enforcement Cooperation (Europol) and replacing and repealing Council Decisions 2009/371/JHA, 2009/934/JHA, 2009/935/JHA, 2009/936/JHA and 2009/968/JHA: 2016 OJ L135/53. See also European Commission, Communication 'Overview of information management in the area of freedom, security and justice': COM(2010).
- Regulation (EU) 2018/1860 on the use of the Schengen Information System for the return of illegally staying third-country nationals: 2018 OJ L312/1.
- Regulation (EU) 2018/1861 on the establishment, operation and use of the Schengen Information System (SIS) in the field of border checks, and amending the Convention implementing the Schengen Agreement, and amending and repealing Regulation (EC) No 1987/2006: 2018 OJ L312/14.

Regulation (EU) 2018/1862 on the establishment, operation and use of the Schengen Information System (SIS) in the field of police cooperation and judicial cooperation in criminal matters, amending and repealing Council Decision 2007/533/JHA, and repealing Regulation (EC) No 1986/2006 of the European Parliament and of the Council and Commission Decision 2010/261/EU: 2018 OJ L312/56.

Working and Administrative Arrangement establishing cooperative relations between the competent authorities of the UK and Europol, updated 20 December 2023: available at [https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/wa\\_with\\_united\\_kingdom\\_-\\_implementing\\_the\\_tca.pdf](https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/wa_with_united_kingdom_-_implementing_the_tca.pdf).

*Dr hab. Barbara Janusz-Pohl\**

DOI: 10.51204/Zbornik\_UMKP\_24104A  
*Originalni naučni rad*

## THE INFLUENCE OF THE ECTHR'S JURISPRUDENCE ON MODELS OF EVIDENCE ADMISSIBILITY IN NATIONAL CRIMINAL PROCEEDINGS – REMARKS ON THE ART. 3 OF THE ECHR

*Abstract: The considerations presented in this study dealt with selected issues related to the interpretation of Article 3 ECHR. The center of work is a critically oriented review of two cases of similar gravity in which the Court referred Article 3 to evidentiary proceedings.*

*The study presents an analysis concerning ill treatments formulas. It consists of three parts. The introduction comments on the perception of the prohibition of torture and other ill-treatments formulas. The following part contains statistics on Western and Central Europe countries in terms of violations of Article 3 of the ECHR. Based on these, it is ascertained that the Court, with regard to Central and Central-Eastern Europe, derives the so-called deterrence principle by relying on empirical regularity of violations of the ECHR. A certain proxy for this optics is made apparent by the analysis of the Gäfgen and Ćwik cases, in which the court showed a great deal of scepticism about the standards of fairness in the functioning of Polish courts, tightening the paradigm for the elimination of evidence obtained under ill-treatment conditions and its influence for the evaluation of the whole procedure in question. The examination of these cases was based on the concept of constitutive rules by J. Searle*

**Keywords: prohibition of torture, ill treatments, constitutive rules, ECtHR, fundamental rights, evidence, fair trial.**

### 1. INTRODUCTION

This work addresses the question of the relevance of ECHR jurisprudence to the interpretation of evidentiary issues. Given its most far-reaching implications,

---

\* Professor at Department of Criminal Procedure, Faculty of Law and Administration, Adam Mickiewicz University, Poznań, Poland, barbara.janusz@amu.edu.pl.

the interpretation regarding Article 3 of the ECHR,<sup>1</sup> is crucial in this regard. According to this provision: *No one shall be subjected to torture, inhuman or degrading treatment, or punishment.*<sup>2</sup> As a side note, it must be mentioned that this canonical formula is historically driven, one shall observe that at the international level, it was codified only in the 20th century, and was subsequently reproduced in many international conventions and domestic constitutions. Not entering deeper into the historical grounds of this institution, one must remind that internationally, this claim for the elimination of torture has been expressed primarily in the Universal Declaration of Human Rights (1948) and then proclaimed in 1975 by the UN Declaration against Torture, finally being codified in the United Nations Convention of 10 December 1984 against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (OJ of 2 December 1989).<sup>3</sup>

Additionally, it should be further emphasized the UN Convention is the only piece of international law to formulate a legal definition of torture. Consequently, the term “torture” means *any action by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on any person in order to obtain from him/her or a third person information or a confession to punish him/her for an act committed by him/her or a third person, or of which he/she is suspected, and to intimidate or to put pressure on him/her or a third person, or for any other purpose arising from any form of discrimination, where such pain or suffering is caused by a public official or other person acting in an official capacity or on their instructions or with their express or tacit consent. The term does not include pain or suffering arising only from lawful sanctions, inherent or associated with these sanctions or caused by them incidentally* Art. 1(1).

Researchers rightly note that while the axiological legitimacy and the “absolute dimension” of the ban on torture nowadays does not raise any doubts, the entire prohibition encompassing not only torture but also inhumane or degrading treatments or punishments require interpretation. Thus, it is beyond doubt that the entire collection of behaviours falling within the scope of the prohibition of other forms of ill-treatment is ‘by its nature’ incompatible with the essence of the punitive nature of the criminal justice and, particularly, with the use of a legally applicable system of coercive measures in criminal proceedings.<sup>4</sup> Without analysing the complexity

1 Council of Europe Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, adopted on 4 November 1950 and hereafter referred to as “the Convention” or “ECHR”.

2 Additionally, the European standard is supported by the mechanism based on the European Convention of 26 November 1987 for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, and regarding the EU states by the Charter of Fundamental Rights that explicitly in art. 4 stipulates the ban of ill-treatments: *No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.*

3 Hereafter referred to as “the UN Convention”. Access on [Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment | OHCHR](#)

4 See: S. Greer, “Is the Prohibition against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Really ‘Absolute’ in International Human Rights Law?”, *Human Rights Law Review*, 2015, 1–37. Available at: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33346.pdf>. Accessed on Sept. 1 2023; J. Mayerfeld, “In defense of the absolute prohibition of torture”, *Public*

of the prohibition of other forms of ill-treatment, let us note that the universal standard arising from Articles 1 and 15 of the UN Convention is the one which should have a **limiting effect on the development of the European standard of a fair trial in terms of admission of evidence obtained as a result of all formulas of ill-treatment**. Thus, the interpretation of the art. 3 of the ECHR. In fact, the Strasbourg Court should interpret the ECHR with regard to universal standards due to the lack of a legal definition of torture in the conventions of the Council of Europe. Moreover, the ECtHR is entitled **to assume a higher level of protection against ill-treatment than the one set in the universal human rights protection system**. As already mentioned, even a basic analysis of the ECtHR's judgments in terms of the state's positive obligations to ensure protection against ill-treatment leads to a conclusion that the relevant Strasbourg standard is currently **more protective** and, in the specific circumstances, shall be directly applied to acts of private individuals what is excluded *expressis verbis* by cited art. 1 the UN Convention.<sup>5</sup>

Given that, this study is not of a descriptive nature and that the characteristic of the so-called European standard set by the ECtHR concerning the prohibition of torture and other ill-treatment formulas is well established - in subsequent section we will focus on statistics connected with the Art. 3 ECHR and then interpretation of two judgments by the ECtHR connected with the admissibility of evidence.<sup>6</sup> The interpretations at hand are particularly significant. Based on Article 3 in conjunction with Article 6 of the Convention, the Court argues in favor of the concept of elimination of unlawful pieces of evidence. As is known, the elimination of evidence in criminal proceedings, across national regulations, is not uniformly settled, moreover, very often it is not regulated at all. Thus, the Court's indications are of great importance for legal practice.

## 2. CENTRAL AND EASTERN EUROPE AND WESTERN EUROPE – STATISTICAL BIAS

The purpose of the above research is to describe the empirical tendencies of the ECtHR jurisprudence versus Central (and Eastern) European states and

---

*Affairs Quarterly* vol 22/2, 2008, 109–128; R. Pattenden, “Admissibility in criminal proceedings of third party and real evidence obtained by methods prohibited by UNCAT”, *International Journal of Evidence and Proof*, 1/2006, 1–41, <https://doi.org/10.1350/ijep.2006.10.1.1>, Accessed on Sept. 1 2023; T. Thienel, “The admissibility of evidence obtained by torture under international law”, *European Journal of International Law*, 2/2006, 349–367, <https://doi.org/10.1093/ejil/chl001>, Accessed on Sept. 1 2023.

5 M. Wąsek-Wiaderek, “Admissibility of Statements Obtained as a Result of “Private Torture” or “Private” Inhuman Treatment as Evidence in Criminal Proceedings: Emergence of a New European Standard?”, *Revista Brasileiro de Direito Processual Penal*, Vol. 7, 1/2021, 343–374.

6 See: M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa, 2003, 98–135; U. Erdel, H. Bakirci, *Article 3 of the ECHR: A Practitioner's Handbook*, Gents, 2006, 207–229.

Western European states when it comes to the infringements of the Art. 3 of the ECHR. The analysis based on open data available on the website of the ECtHR. Two very insightful collections were identified. The first group covers national reports - available on [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). European Court of Human Rights, March 2023.<sup>7</sup> These reports examine various aspects of the ECtHR jurisprudence during the whole 25-year perspective.

The second group contains the full statistical information about violations of the ECHR during the entire period of the functioning of the ECtHR (1959-2022), connected with 48 States under its jurisdiction (Albania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaijan, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Malta, Republic of Moldova, Monaco, Montenegro, Netherlands, North Macedonia, Norway, Poland, Portugal, Rumania, Russian Federation, San Marino, Serbia, Slovak Republic, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, Turkey, Ukraine, United Kingdom).

Based on the first collection of data (national reports), a few elements were selected: 1) the rate of judgments against a country, 2) the rate of violation of Article 3 of the ECHR, 3) the rate of violation of Article 6 of the ECHR and the nature of the violation under the fair trial standard. At the time of the analysis, data was available for the following Central and Eastern European countries: Hungary, Albania, Czech Republic, Georgia, Greece, Armenia, Croatia, and Western European countries: Germany, France, Italy, and Germany.

Regarding Hungary, in almost 94% of the judgments delivered in the described period, the Court has given judgment against the State, finding at least one violation of the Convention; over half of the findings of a violation concerned Article 6 (right to a fair trial), referring mainly to the length of the proceedings. Prohibition of torture and inhuman or degrading treatment amounted to 7,42% of all types of ECHR violations.

In more than 80% of the judgments delivered concerning Albania, the Court has ruled against the State, finding at least one violation of the Convention. Almost half of the findings of a violation concerned Article 6 (right to a fair trial), relating mainly to the unfairness of the proceedings and failure to enforce final judicial decisions. The breaches of prohibition of torture and inhuman or degrading treatment were confirmed in 5.59% of cases.

Similarly, in about 81% of the judgments delivered by the ECtHR concerning the Czech Republic, judgments were given against the State by finding at least one violation of the Convention. Prohibition of torture and inhuman or degrading treatment (Art. 3) amounted to 2.42% of the cases. Over 61 % of the findings of a violation concerned Article 6. A further 13.22% concerned a violation of Article 5 (right to liberty and security).

---

7 [The ECHR in facts & figures \(coe.int\)](http://www.echr.coe.int) the ECtHR's series of documents provides a global overview of the Court's work and the extent to which its judgments have an impact in each member State.



In three-quarters of the judgments delivered concerning Georgia, the Court adjudicated against the State, finding at least one violation of the Convention. The right to a fair trial (Art. 6) was jeopardized in 25.87% of the cases, and the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment (Art. 3) in 24.88%.

In almost 90% of the judgments delivered concerning **Greece**, the Court has given judgment against the State, finding at least one violation of the Convention, including the right to a fair trial (Art. 6) in 50.32% of them and the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment (Art. 3) in 9.70% of all cases. In over 90% of the judgments delivered concerning **Armenia**, the Court has ruled against the State, finding at least one violation of the Convention. Prohibition of torture and inhuman or degrading treatment (Art. 3) was found in 12.27% and the right to a fair trial (Art. 6) in 23.47% of all cases. In about 80% of the judgments delivered concerning **Croatia**, the Court has adjudicated against the State, finding at least one violation of the Convention, including the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment (Art. 3) in 6.61% and violation of a right to a fair trial (Art. 6) in 49.22% of cases.

As for now, let's analyse the data on Western European countries. In more than 70% of the judgments delivered concerning **France**, the Court has ruled against the State, finding at least one violation of the Convention. Over 60% of violations found concerned Article 6 (right to a fair hearing), specifically the length or fairness of proceedings. Prohibition of torture and inhuman or degrading treatment (Art. 3) was found only in 1.20% of the cases. Out of the total number of judgments concerning **Germany**, in over half of the cases, the Court found at least one violation of the Convention and held the State responsible. About half of the violations concerned Article 6, mainly the length of proceedings, accounting for some 40% of the violations found by the Court. Prohibition of torture and inhuman or degrading treatment (Art. 3) amounted to 2.31%. In more than 70% of the judgments concerning **Italy**, the Court has ruled against the State, finding at least one violation of the Convention, including over 60% of violations of Article 6 (right to a fair hearing), specifically the length or fairness of proceedings; violation of the Art. 3 (prohibition of torture and inhuman or degrading treatment) were found in 2.36% of cases.

In over 30% of the cases concerning **Denmark**, the Court gave a judgment against the State, finding at least one violation of the Convention. Nearly 40% of the violations concerned Article 6, and almost all of those are related to the excessive length of proceedings. Breach of prohibition of torture and inhuman or degrading treatment (Art. 3) was established in 4% of cases.

In more than 62% of the judgments concerning **Ireland**, the Court has adjudicated against the State, finding at least one violation of the Convention. Prohibition of torture and inhuman or degrading treatment (Art. 3) remained at 2.50% of ECHR convention infringements. In almost three-quarters of all its judgments concerning **Finland**, the Court found against the State for at least one violation of the Convention. Virtually 60% of the findings of a violation concerned Article 6 (right to a fair trial), mainly with regard to length of proceedings. The

second most common violation of the Convention found by the Court concerned Article 8 (right to respect for private and family life; almost 15%). Violation of prohibition of torture and inhuman or degrading treatment (art. 3) remained at the level of 1.20%.

Referring to the second type of data titled “Violations by Articles and States”, one may indicate that during the given period of 1958–2022, violations of the prohibition of torture were established 188 times, and the violations of the prohibition of other forms of ill-treatment occurred 3135 times. Data is presented in the table automatically generated based on HUDOC, the official database of the ECtHR.<sup>8</sup> Prohibition of torture was violated in cases versus Albania (1), Armenia (1), Austria (1), Azerbaijan (3), Belgium (1), Bosnia & Herzegovina (1), Bulgaria (4), France (2), Georgia (1), Italy (9), Republic of Moldova (9), Netherlands (1), North Macedonia (3), Poland (2), Romania (2), Russian Federation (89), Slovak Republic (1), Sweden (1), Turkey (31) Ukraine (22) and United Kingdom (2). However, the prohibition of another form of ill-treatment was found more often – in cases against Albania (4), Armenia (22), Austria (4), Azerbaijan (30), Belgium (29), Bosnia & Herzegovina (2), Bulgaria (91), Croatia (20), Cyprus (10), Czech Republic (2), Denmark (1), Estonia (8), Finland (2) France (47), Georgia (30), Germany (5), Greece (125), Hungary (46), Ireland (1), Italy (36), Latvia (19), Lithuania (33), Malta (4), Republic of Moldova (114), Montenegro (4), Netherlands (10), North Macedonia (6), Poland (67), Portugal (4), Romania (380), Russian Federation (1190), Serbia (7), Slovak Republic (6), Slovenia (21), Spain (1), Sweden (4), Switzerland (2), Turkey (348), Ukraine (383), United Kingdom (17).

Consequently, cases against the Russian Federation, Romania, Turkey and Ukraine constructed 2301 cases out of a total number of 3135 cases based on the violation of Article 3 when referring to the infringements of the prohibition of other forms of ill-treatment. When analysing the given data, it should be taken into account that the countries listed above accepted the jurisdiction of the Strasbourg Court at different periods of time, and with a certain simplification, it can be considered that the Western European countries ratified the ECHR earlier than the Central and Eastern European countries.

Analysing the figures, it is clear that the empirical data allows the conclusion of a quantitative trend as regards to violations of Article 3 of the ECHR. Based on the quantitative data, as indicated in the introduction, it should be pointed out that the Court, when adjudicating, considerably more often confirmed violations of Article 3 of the Convention in the case of Central and Eastern European States than in the case of Western European States. With a certain degree of caution, therefore, it may be concluded that this state of affairs results in a sort of **presumption of a higher level of threat to the rights and freedoms** protected by the ECHR when the Court rules on violations of the Convention regarding Central and Eastern European states. This could be observed as a symptom of

8 [Violations by Article & by State \(coe.int\)](#).

the deterrence principle and, at the same time, as a factual presumption based on a probabilistic factor, i.e. the frequency of previous violations<sup>9</sup>.

It seems that the issue of the impact of the principle of deterrence also becomes apparent against the backdrop of the two rulings discussed below. In the case against Germany, despite the finding infringements of the Article 3 of the Convention in connection with the performance of procedural activities involving the accused, the Court held that there was no violation of the fair trial standard. Meanwhile, in the case against Poland, although the violation of Article 3 concerned the actions of private individuals, not the procedural authorities, it reached the opposite conclusion.

### 3. CASE STUDY: GÄFGEN<sup>10</sup> V. GERMANY AND ĆWIK V. POLAND<sup>11</sup>: ART. 3 OF THE ECHR AS A SOURCE OF CONSTITUTIVE RULES FOR EVIDENTIARY ACTIONS – DISCUSSION

As Lord Bingham observed in *A and others v. United Kingdom* [GC], 2009 no. 3455/05, § 52, torture evidence is excluded because it is “unreliable, unfair, offensive to ordinary standards of humanity and decency and incompatible with the principles which should animate a tribunal seeking to administer justice.”

Regardless of the pertinence of this statement, yet the mere recognition of the inadmissibility of such evidence does not prejudice the question of the fairness of the entire proceedings, as a rule, the key in this regard is the response to the question of what are implications of evidence obtained in violation of Article 3 ECHR on the fairness of the trial. The ECtHR addressed the very same question in both cases: *Gäfgén v. Germany* and *Ćwik v. Poland*. These cases differed significantly from each other, both in terms of the facts and the rulings made. In *Gäfgén v. Germany*, a violation of Article 3 occurred by the trial authorities in connection with the act of interrogating the suspect. Still, the ECtHR found that this defective illegal procedural act was convalidated in the subsequent course of the proceedings and the proceedings as a whole met the standard of fairness. Meanwhile, in *Ćwik v. Poland*, the violation of Article 3 concerned the conduct of private individuals, and took place outside of the criminal proceedings and not for its purposes. Nevertheless, in this second case, the Court found that there was a violation of the right to a fair trial.

In cases at hand - two issues are essential: a) verification of the legality (admissibility) of evidence gathered in violation of the law (prohibition of torture *sensu largo*), and b) the impact of such evidence on the question of the procedural fairness and, consequently, the outcome of the entire case.

9 Zob. B. Janusz-Pohl, “Uwagi o doniosłości koncepcji domniemań relevantnych prawnokarnie”, *Prawo w Działaniu*, SPRAWY KARNE, 43/2020, 37 et seq.

10 No. 22978/05/ 1 June 2010.

11 No. 31454/10, 5 Nov. 2020.

As in both cases, the Court found a violation of Article 3 ECHR and stated that this had an effect on the legality of evidence; therefore, consequently it shall be challenged if the Article 3 ECHR is to be considered as a source for constitutive rules determining the validity of evidence.

As mentioned before, the first attempt in legal sciences to use the concept of constitutive rules for the interpretation of art. 3 ECHR was made on the example of the case *Gäfgen v. Germany*. M. Mittag has performed an in-depth study in this regard. Hence, it must be emphasized that, this Author has operated on the basic version of the constitutive rules concept by J. Searle. His conclusions have shown the potential of the indicated concept but also its certain shortcomings. Meanwhile, in the last 30 years, especially from 1996 onwards, the idea of constitutive rules has been interpreted by Polish scholars. However, the purpose of this interpretation was to adapt the idea of constitutive rules to the demands of legal thinking. Thus, S. Czepita<sup>12</sup> - a Polish legal theoretician, formulated additional assumptions that enabled its application to private law considerations. In turn, B. Janusz-Pohl has used this transformed concept for the interpretation of legal actions in the criminal proceedings<sup>13</sup>. These new optics allow us to return to the considerations carried out by M. Mittag. Of course, a comprehensive presentation of this issue goes beyond the scope of this study. At the same time, in order to - at least in a tentative way - provide an outline of the conclusions, it is necessary to bring the foundations of the concept of constitutive rules closer, briefly reporting on its evolution. What must be emphasized at this point is a core assumption for this concept, which states: undoubtedly, legal action is a pure example of conventional legal acts (actions). At the same time, criminal procedure shall be perceived as **a sequence of legal actions**. Consequently, **the constitutive rules shall be attributed to each legal action in the sequence**.

### 3.1. Constitutive rules concept – evolution

Let us put the spotlight on the core acknowledgements.<sup>14</sup> Outlining Searle's approach, it must be remembered that it refers to the conception of performative utterances developed by Austin, specifically to locutionary, illocutionary and perlocutionary acts.<sup>15</sup> An illocutionary act is an intentional act performed by an

12 Cf. S. Czepita, „O koncepcji czynności konwencjonalnych w prawie”, *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje* (ed. M. Smolak), Warsaw, 2016, 138–139; S. Czepita, *Reguły konstytucyjne a zagadnienia prawoznawstwa*, Uniwersytet Szczeciński, Studia i Rozprawy, vol. 223 (CCXCVII), Szczecin, 1996 146 *et seq.*

13 B. Janusz-Pohl, *Definitions and Typologies of Legal Acts: Perspective of Conventionalisation and Formalisation*, Poznań, 2017a, 23–24 and the literature referred therein; B. Janusz-Pohl, *Formalizacja i konwencjonalizacja jako instrumenty analizy czynności kar-noprocesowych w prawie polskim*, Poznań, 2017b, *passim*.

14 Description based on my previous work: B. Janusz-Pohl (2017a), *op. cit.*, 23–24 and the literature referred therein; B. Janusz-Pohl (2017b), *passim*.

15 J. L. Austin, *How to Do Things with Words*, Oxford: Clarendon Press, 1962, 311 *et seq.*

individual uttering a performative sentence (locutionary act), the purpose of which is to create a new state of affairs unattainable in any other way<sup>16</sup>. Legal actions are an example of illocutionary acts. In the general law theory, legal actions are also denominated as formalised conventional acts (actions). It means that one could distinguish the set of specific rules attached to the given types of legal action.<sup>17</sup> These rules are divided by scholars into two groups: 1. a) constitutive rules and b) regulative rules (i.e. Searle); or 2. a) rules of conventionalisation and b) rules of formalisation (i.e. Czepita).

Searle relied on performative utterances (i.e. illocutionary acts, distinguished by Austin), formulating an independent conception of constitutive and regulative rules. Searle's conception distinguishes speech acts as uttering (muscle movements), propositional, and illocutionary acts. Its crux is the distinction of the so-called elementary illocutionary act<sup>18</sup>. This Author stressed that: „In our analysis of illocutionary acts, we must capture both the intentional and the conventional aspects, especially the relationship between them. In the performance of an illocutionary act in the literal utterance of a sentence, the speaker intends to produce a certain effect by getting the hearer to recognise his intention to produce that effect<sup>19</sup>. Furthermore, component acts can be distinguished in any act, not only intentional. A component of a given act is held to mean an act, the performance of which is a necessary albeit insufficient condition of performing a given act. A component of a given act is renowned based on another theoretical conception as the material substrate of a conventional act. In Searle's conception, it is crucial to observe that illocutionary acts are interpreted by opposing constitutive rules for given speech acts to regulative rules.<sup>20</sup> As the latter, Searle considered such rules regulate antecedently or independently existing forms of behaviour. In turn, **constitutive rules not merely regulate but, above all, create or define new forms of actions (we could say conventional forms)**; they thus create new beings, also in term of legal beings. Searle introduced a pattern of the constitutive rule. The pattern ran as follows: X counts as Y in the context C. He emphasised that constitutive rules were thus rules of conventionalisation. It is worth mentioning that Searle analysed regulative rules on the example of the rules of etiquette, finding that their observation did not undermine the existence of specific acts but determined their form.<sup>21</sup>

16 See more B. Janusz-Pohl (2017a), *op. cit.*, 25.

17 See *ibid.*, 26 *et seq.*; B. Janusz-Pohl (2017b), *passim*.

18 J. R. Searle, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, London 1967 *passim*; J. R. Searle, *Czynnościowy. Rozważania z filozofii języka*, Warsaw 1987, *passim*.

19 J. R. Searle (1967), *op. cit.*, 45.

20 This constructed foundation for the M. Mittag interpretation: „A Legal Theoretical Approach to Criminal Procedure Law: The Structure of Rules in the German Code of Criminal Procedure”, *German Law Journal*, Vol. 7, 8/2006, 637–645.

21 J. R. Searle (1967), *op. cit.*, 36. Disavowing the approach to regulative rules as second types of rules helped Searle discern a new approach to illocutionary acts. It inspired scholars to search for such conventional act rules, the breaking of which would not undermine the validity (existence) of a given act. In this sense, it appears that regulative

Let us note that Searle's concept was drafted in very general terms without going into detail about all the complexities, but at the same time, Searle has inspired many scholars to follow up his steps, one of them was the Polish legal philosopher Stanisław Czepita.<sup>22</sup> This Author has developed the concept of constitutive and regulative rules by denominating them as constitutive rules (rules of conventionalisation) and formalisation rules. Both types have been divided into two other groups: constructive rules and consequential rules. The constructive rules (rules of construction) indicate how to perform a conventional act validly (constitutive rules) and effectively (formalisation rules).<sup>23</sup> Thus, consequential rules show the consequences of the infringements of constitutive rules or the infringements of the formalisation rules. Through this approach, B. Janusz-Pohl has analysed the defectiveness of legal actions, starting with the sanction of 'non-existent legal action' and nullity *ex tunc* (in case of breach of constitutive rules) through inadmissibility (in case of breach of some constitutive rules) to nullity *ex nunc* and the non-futility (in case of breach of formalisation rules).<sup>24</sup> Besides, it is to be observed that many formalisation rules remain only the rules of construction and are not linked with consequential rules, the so-called *lex imperfectae*. It means that any legal consequence is not connected with the breach of formalisation rules of this type. The indicated forms of defects apply to all types of procedural actions, but they are most fully exemplified by defects in evidentiary actions.

Therefore, one could ask, what is the main contribution of the referenced concept to legal sciences? The separation of constitutive rules (rules of conventionalisation) and rules of formalisation indicates that the rules for the performance of legal acts are diversified. Only a few of them have the status of constitutive rules, and most are rules of formalisation, the violation of which – sometimes – does not cause any negative legal consequences. The referenced concept also has two other important features relevant to the interpretation of legal actions; namely, it allows for imposing the sanction of nullity and non-existence (in the legal sense) – *negotia nulla, nogotia non existens* - when it comes to legal systems that do not provide statutory sanction of nullity. It is critical, as the recognition that a rule has a constitutive status and a primary meaning enables the declaration of nullity (*nullity ex tunc*) of an act performed in violation of a constitutive rule, **even when at the level of statutory regulation, such a sanction does not exist.**

Of course, the discussion on how to determine that a rule has the status of a constitutive rule for a legal (procedural) act of a given type is beyond the scope

---

rules inspired Czepita to distinguish the rules of formalisation of conventional acts and devise a related mechanism of formalisation See: B. Janusz-Pohl (2017a), *op. cit.*, 25 *et seq.*

22 Cf. S. Czepita (2016), *op. cit.*, 138–139; S. Czepita (1996), *op. cit.*, 146 *et seq.*

23 **Effectiveness has been understood in a specific way and was linked with the typical purpose (result) for the given legal action. So from this perspective, effective legal action is valid action performed under formalisation rules for the given type, and its effect is described by law.**

24 This approach given by B. Janusz-Pohl (2017b), *passim*.

of this discussion. Other studies have been devoted to this issue<sup>25</sup>. At this point, we can point out that constitutive rules, as rules of validity, refer to what on the background of the concept at hand is called the material substrate for a given conventional action (legal action), so-called primary constitutive rules. In addition, constitutive rules concern the existence of competence in the legal system to perform an action of a given type; in some cases, these rules may have the status of temporal rules. For further consideration, the two types of constitutive rules, i.e. rules on the material substrate and rules on the competence to perform a conventional act (legal action) of a given type, are pivotal.

Referring to the first type of constitutive rules, the initial assumption states that for any conventional act of a given individual (even though the conventional act may be attributed to many individuals when it comes to collective actions), a necessary condition for this individual to perform a given conventional act is performing a specific person(s) behaviour in a specific way. This behaviour is called 'material substrate' for the given conventional action (here: legal action).<sup>26</sup> Just to mention, one should indicate that material substrate, in initial Searle's conception, has been denominated as an elementary act. Moreover, material substrates of conventional acts may vary (different behaviours, i.e. expression of knowledge and expression of intent, shall be distinguished). In our case, the material substrates consisting of the expression of knowledge are of core importance. As in both cases (Gafgen and Ćwik), the alleged pieces of evidence were in some connection with the expression of knowledge of the defendant.

Yet, let us recall that following the findings of the concept of conventional acts in law applied as an instrument for interpreting the criminal process, it is established that the subject performing a conventional action must carry out the material substrate of this act in a conscious manner. Exogenous coercive factors must not limit the will of such a subject. In my previous research, I established that the consciousness of the person performing the legal action in criminal proceedings must extend to the execution of the behaviour (being the material substrate of the given action). At the same time, it's (behaviour) freedom means that the person's will, unfettered by any exogenous factors, necessarily prompts it.<sup>27</sup> At this point, it can also be mentioned that the impact of the use of deception has already been discussed.<sup>28</sup>

Assumptions on how to perceive the material substrate for a conventional act directly correspond with the ill-treatment *sensu largo* formulas. After all, it is not difficult to see that regardless of whether the legal system employs the sanction of nullity, the performance of a legal act, including an act of interrogation in violation of Article 3, and therefore in violation of freedom of expression,

25 *Ibidem*.

26 Cf. S. Czepita (2016), *op. cit.*, 138–139; S. Czepita (1996), *op. cit.*, 146 *et seq.*

27 See B. Janusz-Pohl (2017a), *op. cit.*, 70.

28 *Ibid.*, 80 *et seq.* and the literature referred therein. Although such practices are incorrect, it seems that their application in Polish law does not allow to invalidate in an unambiguous way the defendant's deceptive statement of intent.

determines its invalidity. However, as indicated earlier, the criminal process from the point of view of the concept at hand represents a certain sequence; the nullity of a legal act from this perspective is seen as an empty chain of this sequence. Subsequently, it is necessary to assess how this empty cell affects the entire process and, consequently, the judgment that was passed. In previous studies, it had been established that, as a principle, constitutive rules for legal (procedural) actions do not assume the automatism that can be observed in the case of constitutive rules for games (e.g., chess games). In the case of the latter, after all, a violation of a constitutive rule and thereby making an invalid move nullifies the entire game. The issue of constitutive rules linked to the material substrate for a legal act will be relevant to the analysis of the *Gäfgen v. Germany* case.

The second case of a constitutive rule relevant for further discussion involves a constitutive rule that determines the competence (power, entitlement) of a given entity to perform a certain legal action. In light of the concept at hand, the existence of such competence in the legal system is a condition for the validity of the legal action. Previous studies have shown that the issue of establishing competence (entitlement) is, however, very complex; for example, in the case of enforcement authorities in criminal proceedings, the competence does not always address specific actions but has the status of general competence, what is covert by *ex officio* principle and take all necessary investigative actions necessary to determine whether a crime has been committed. Meanwhile, in the case of private players, as a rule, the performance of a legal (procedural) act requires an individualised competence (to file an appeal, take evidence, and attend a hearing). When analysing the entitlement to perform an act, it is also necessary to consider the assumption that a valid and effective procedural act can only be performed in a criminal trial. So that it cannot be performed outside the criminal proceedings, this finding will be relevant to the *Ćwik v. Poland* case analysis.

### 3.2. Case of Gäfgen – discussion

In an attempt to relate the indicated assumptions to the two cases examined by the ECtHR, let us begin the analysis with the case of *Gäfgen v. Germany*. Briefly highlighting the facts, it should be pointed out that on 27 September 2002, Magnus Gäfgen (G.), a student in Frankfurt am Main, lured Jakob von Metzler (J.) into his flat, killed the eleven-year-old boy, and hid his dead body. Subsequently, he extorted the parents for a ransom. When G. picked up the ransom, he was under police surveillance. G. indicated that two kidnappers held the boy hidden in a hut by a lake. Concerned about the life of J., D., deputy chief of the Frankfurt police, ordered E., an officer, to threaten G. with considerable physical pain and, if necessary, to subject him to such pain to make him reveal the boy's whereabouts. Because of E.'s threat, G. disclosed the whereabouts of J.'s corpse.

The applicant, in this case, alleged that the treatment to which he had been subjected during police interrogation concerning the whereabouts of a boy,



J., constituted torture prohibited by Article 3. He further alleged that his right to a fair trial as guaranteed by Article 6, comprising a right to defend himself effectively and a right not to incriminate himself, had been violated in that evidence obtained in violation of Article 3 had been admitted at his criminal trial.

In assessing the treatment to which the applicant was subjected, the Court notes that it is uncontested between the parties that during the interrogation that morning, the applicant was threatened by detective Officer E., on the instructions of the deputy chief of the Frankfurt am Main police, D., with intolerable pain if he refused to disclose J's whereabouts. The process, which would not leave any traces, was to be carried out by a police officer specially trained for that purpose, who was already on his way to the police station by helicopter. It was to be conducted under medical supervision. Indeed, this was established by the Frankfurt am Main Regional Court both in the criminal proceedings against the applicant and the criminal proceedings against the police officers. Furthermore, it is clear both from D's note for the police file and from the Regional Court's finding in the criminal proceedings against D. that D. intended, if necessary, to carry out that threat with the help of a "truth serum" and that the applicant had been warned that the execution of the threat was imminent. Having regard to the relevant factors, the Court reiterated that according to its own case-law, a threat of torture could amount to torture. In particular, the fear of physical torture may itself constitute mental torture. However, the Court considered that the method of interrogation to which the applicant was subjected in the circumstances of this case amounted to inhuman treatment prohibited but that it did not reach the level of cruelty required to attain the threshold of torture. Nevertheless, in the given case, treatment was considered to be "inhuman" because, *inter alia*, it was premeditated, was applied for hours at a stretch and caused either actual bodily injury or intense physical and mental suffering. The Chamber considered that Detective Officer E. had threatened the applicant on the instructions of the deputy chief of the Frankfurt am Main police, D., with physical violence, causing considerable pain to make him disclose J's whereabouts. It found that further threats alleged by the applicant or alleged physical injuries inflicted during the interrogation had not been proved beyond reasonable doubt.

Moreover, the Court has concluded that in the particular circumstances of the applicant's case, the failure to exclude the impugned real evidence, secured following a statement extracted by means of inhuman treatment, did not have a bearing on the applicant's conviction and sentence. As the applicant's defence rights and his right not to incriminate himself have likewise been respected, the whole trial must be considered fair. The Court has stated that a criminal trial's fairness is only at stake if it has been shown that the breach of Article 3 had a bearing on the outcome of the proceedings. In the case at hand, the conviction was based exclusively on the new, full confession by the defendant. The Court thus held that the causal link between the threat of torture and the conviction had been broken as the breach of Article 3 in the investigation proceedings had no bearing on the applicant's confession at the trial, and the trial as a whole was fair

in terms of Article 6. At the beginning of the proceeding, G. confessed voluntarily that he had murdered J., and the court instructed him on his rights. The judgment was primarily based on this confession. The impugned items of real evidence only were used to test their veracity. The ECHR concludes: “It can thus be said that there was a break in the causal chain leading from the prohibited methods of investigation to the applicant’s conviction and sentence in respect of the impugned real evidence.” A single “unfair” procedural act is able to make the whole trial unfair but does not do so necessarily. The unfairness of the trial is not a matter of necessity or causation but of an assessment of the trial as a whole.

Interpreting the Gäfgen case in accordance with the concept of constitutive rules, it can, therefore be recognised that the ECtHR confirmed the constitutive nature of the interrogation rule, which has its source in the wording of Article 3 ECHR. Let us further note that even if there had not been any legal source for this rule (as art. 3 ECHR is), we would have adopted such a constitutive rule based on a general assumption for this concept in relation to the material substrate for a conventional act (the primary constitutive rule). Due to the fact that for a given behaviour to be considered a material substrate, its performance must be conscious and voluntary and therefore unfettered by external factors of a coercive nature. At the same time, the interrogation of a suspect as a procedural act performed in violation of the indicated rule must be qualified as void. In addition, such qualification obtains under the applied concept regardless of whether the legal system in question operates the sanction of nullity *ex-lege*. In the present case, this sanction arises due to the violation of a constitutive rule (primary rule) concerning the substantive substrate of a conventional act (interrogation act). However, as indicated previously, the nullity of such an action is only an empty chain in the sequence, and it depends on the assessment of its impact on the judgment handed down as to whether the entire process is considered defective. In conclusion, it should therefore be considered that in the Gäfgen case, the ECtHR applied an interpretation that coincides with the concept of constitutive rules.

### 3.3. Case *Ćwik* – discussion

Meanwhile, the second case, *Ćwik v. Poland*, differed significantly from the case of *Gäfgen v. Germany* (no. 22978/05, ECHR 2010). In contrast to *Gäfgen*, in the present case, the violence had been used by private individuals and not towards the applicant but a third person outside of the criminal trial. The Court has reiterated that the use in criminal proceedings of evidence obtained as a result of a person’s treatment in violation of Article 3 - irrespective of whether that treatment is classified as torture, inhumane or degrading - made the whole proceedings automatically unfair, in violation of Article 6. This is irrespective of the evidence’s probative value and whether its use was decisive in securing the defendant’s conviction. Thus, in this judgment, the Court held that the sanction of nullity relating to one piece of evidence extends to the entire proceedings.

In case *Ćwik v. Poland* the domestic court determined the facts of the case, inter alia, on the basis of a recorded “interrogation” of K.G. who, together with the applicant (Ćwik), participated in the unlawful practice of smuggling cocaine from the USA to Poland. Both K.G. and the applicant (Ćwik) came into conflict with other members of the organised group. Consequently, K.G. was abducted and tortured by the other members of the group. During the “private interrogation” K.G. disclosed information on the location of the smuggled cocaine and cash. K.G. was later released from the abductors by the police, who also entered into possession of the recording of “private interrogation”. What was crucial was that the recording was then used as a piece of evidence in the criminal proceedings against the applicant (Ćwik), who refused to give explanations during the trial and pleaded not guilty. In its judgment in *Ćwik v. Poland*, the Court pointed out that the prohibition outlined in Article 3 ECHR had previously been referred in the case law not only to public officials but also to private individuals. Particularly, in cases concerning extradition or expulsion, the Court examines whether transferring a person to another jurisdiction may expose him or her to a real risk of maltreatment by private persons. But it was only in the case *Ćwik v. Poland* that the Court linked the prohibition expressed in art. 3 to the behaviours of individuals seen as pieces of evidence. The Court had already held in a series of cases that admission of statements obtained as a result of torture or of other ill-treatment in breach of Article 3 into evidence in criminal proceedings renders the proceedings as a whole unfair. A common thread of all those cases had been the involvement of State agents in obtaining impugned statements from the accused or from a third party. The question before the Court, which had not arisen before, was whether the rule mentioned above might be applicable to the instant case in which information had been obtained from a third party as a result of ill-treatment inflicted by private individuals, even where there had been no evidence of involvement or acquiescence of State actors. The Court finds that it is equally applicable to the admission of evidence obtained from a third party due to ill-treatment proscribed by Article 3 when such ill-treatment was inflicted by private individuals, irrespective of the classification of that treatment. In the opinion of the Court, the domestic court failed to consider the fact that the evidence had been obtained in violation of the absolute prohibition. In the judgment, the Court emphasised that the protection against conduct proscribed under Article 3 ECHR is the state’s positive obligation, also when inflicted by private individuals. This assertion was supported by reference to multiple rulings on the state’s positive obligations, including procedural ones, arising from Article 3 ECHR<sup>29</sup>.

In the Court’s view, the very admission of the impugned transcript into evidence in the criminal proceedings against the applicant rendered the proceedings as a whole unfair, in breach of Article 6 para. 1 ECHR. In the context of the case law at hand, a question arises of whether the use of evidence obtained outside criminal proceedings (prior to their instigating) by private individuals

---

29 See more: M. Wąsek-Wiaderek, *op. cit.*, 343–374.

as a result of ill-treatment may be perceived as the establishment by the state of a legal framework for tolerating the collection of evidence by private individuals in violation of Article 3 ECHR, and thus for tolerating such conduct in general. In *Ćwik* case, evidence (recording of statements) was produced outside the criminal proceedings, before its initiation and, more importantly, for other purposes. As Wąsek-Wiaderek rightly observed, it had been secured in the course of lawful action of the Police (search), and its use in the criminal trial could not in any way reduce K.G.'s protection against torture or inhuman treatment.<sup>30</sup>

Applying the assumptions of the concept of constitutive rules to the case of *Ćwik v. Poland*, one shall observe that so-called private interrogation was not a legal action in the trial, and from this perspective, the use of ill-treatment methods must be observed separately as a criminal offence of individuals. Thus, from the perspective of the criminal process, private interrogation cannot be qualified from the angle of validity (nullity) and therefore, from the point of view of a violation of a constitutive rule is excluded. Nor is there any question of private actors' competence (legitimacy) to conduct interrogations. This private interrogation, in violation of Article 3 in the legal sphere, can only be assessed as another crime and consequently concerns the question of whether evidence in a criminal trial can be derived from a separate crime (disconnected with the given procedure). In addition, it may be pointed out that the issue here is only the content of statements made under ill-treatment, not any material evidence obtained as a result of this private interrogation. Thus, only a possible exclusionary rule in the frame of the statements' content comes into play.

It should be mentioned that the question of the admissibility of such evidence is most often the subject of national regulations within the framework of the issue of so-called evidentiary bans. The Polish system does not provide for an exclusion rule concerning evidence derived from a separate crime (not connected to the ongoing proceeding and not for the purposes of such proceedings). Therefore, in the analysed case, there were no grounds for excluding this evidence as inadmissible in criminal proceedings conducted in Poland.

From the perspective of the concept of constitutive rules - thus, with the assumption that in the absence of clear indications of statutory sanctions of invalidity (nullity) of proceedings *ex lege*, the assessment of evidence derived from a crime in the plane of its reliability is still permissible, especially taking into account the circumstances of the case and the incriminating nature of this evidence for the accused.

Meanwhile, as indicated at the outset, the Court reiterated that the use in criminal proceedings of evidence obtained as a result of a person's treatment in violation of Article 3 - irrespective of whether that treatment is classified as torture, inhuman or degrading treatment - made the proceedings as a whole automatically unfair, in violation of Article 6. This is irrespective of the probative value of the evidence and irrespective of whether its use was decisive in securing

---

30 *Ibidem*.

the defendant's conviction. Yet applying the constitutive rules concept argues in favour of a less automatic rule of weighing the relevance of criminal evidence to the factual findings that form the basis of the decision in a given case. Given this state of affairs, the court's stance should be critically assessed. Additionally, one shall observe that, in the case against Poland, a Central European country, the Court invoked a strong version of the deterrence principle by extending the effects of a violation of Article 3 ECHR to the extra-procedural actions of private individuals.

\*

The considerations presented in this study dealt with selected issues related to the interpretation of Article 3 ECHR. The centre of work is a critically oriented review of two cases of similar gravity in which the Court referred Article 3 to evidentiary proceedings.

The article seeks to bring out the perspective of Central Europe, noting that the Court has grounds for the adoption of probabilistically oriented factual presumption based on the one hand on frequency and intensity of violations and, on the other hand, on the level of guarantees of the law enforcement process in Central Europe. A certain proxy for this optics is made apparent by the analysis of the Gäfgen and Ćwik cases, in which the court showed a great deal of scepticism about the standards of fairness in the functioning of Polish courts, tightening the paradigm for the elimination of evidence obtained under ill-treatment conditions and its influence for the evaluation of the whole procedure in question. Of course, the analysis presented here does not contain any hard conclusions but only outlines some hypotheses that require follow-up research.

## BIBLIOGRAPHY

- Austin J. L., *How to Do Things with Words*, Oxford: Clarendon Press, 1962.
- Czepita S., *Reguły konstytucyjne a zagadnienia prawoznawstwa*, Uniwersytet Szczeciński, *Studia i Rozprawy*, vol. 223 (CCXCVII), Szczecin 1996.
- Czepita S., „O koncepcji czynności konwencjonalnych w prawie”, *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje* (ed. M. Smolak), Warsaw, 2016.
- Erdel U., H. Bakirci, *Article 3 of the ECHR: A Practitioner's Handbook*, Gents 2006.
- Greer S., “Is the Prohibition against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Really ‘Absolute’ in International Human Rights Law?”, *Human Rights Law Review*, 2015. Available at: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33346.pdf>.
- Janusz-Pohl B., *Definitions and Typologies of Lega Acts: Perspective of Conventionalisation and Formalisation*, Poznań, 2017a.
- Janusz-Pohl B., *Formalizacja i konwencjonalizacja jako instrumenty analizy czynności karnoprosesowych w prawie polskim*, Poznań, 2017b.

- Janusz-Pohl B., „Uwagi o doniosłości koncepcji domniemań relewantnych prawnokarnie”, *Prawo w Działaniu*, SPRAWY KARNE, 43/2020.
- Mayerfeld J., “In defense of the absolute prohibition of torture”, *Public Affairs Quarterly*, Vol 22/2, 2008.
- Mittag M., “A Legal Theoretical Approach to Criminal Procedure Law: The Structure of Rules in the German Code of Criminal Procedure”, *German Law Journal*, Vol. 7, 8/2006.
- Nowicki M. A., *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa, 2003.
- Pattenden R., “Admissibility in criminal proceedings of third party and real evidence obtained by methods prohibited by UNCAT”, *International Journal of Evidence and Proof*, Vol. 10, 1/2006. <https://doi.org/10.1350/ijep.2006.10.1.1>.
- Searle J. R., *Czynności mowy. Rozważania z filozofii języka*, Warsaw, 1987.
- Searle J. R., *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, London, 1967.
- Thienel T., “The admissibility of evidence obtained by torture under international law”, *European Journal of International Law*, Vol. 17, 2/2006, <https://doi.org/10.1093/ejil/chl001>.
- Wąsek-Wiaderek M., “Admissibility of Statements Obtained as a Result of “Private Torture” or “Private” Inhuman Treatment as Evidence in Criminal Proceedings: Emergence of a New European Standard?”, *Revista Brasileiro de Direito Processual Penal*, Vol. 7, 1/2021.

## UNIVERSAL JURISDICTION IN THE CRIMINAL LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

*Abstract: Universal criminal law jurisdiction is one of the principles of territorial validity of criminal legislation. It is about the application of the criminal legislation of a country to persons who are not their nationals, nor have they committed a criminal offense against their nationals or that country, nor has this offense been committed on the territory of that country. Therefore, it is a departure from the classic settings of criminal law with regard to territorial validity. In the foreground is not the connection between a specific state and the committed criminal offense, but the interests of the entire international community. It is about national prosecution, primarily of international crimes.*

*In the criminal legislation of BiH, universal jurisdiction is regulated according to the model of the Criminal Code of the former SFRY. It is about too broad definition of universal jurisdiction, and in the context to which criminal offenses it is to be applied, thus using general and vague clauses. In addition to high-quality regulation at the national level, interstate agreements are also crucial for the efficient application of universal jurisdiction, which further improve international criminal justice cooperation, in terms of transfer of evidence, cases, etc.*

*The paper presents the corresponding provisions from the Criminal Code of BiH, with special reference to the key elements of the conditions of universal jurisdiction. Trying to answer the question, the authors also analyze universal jurisdiction as a subject matter of dispute between the states. In conclusion, the authors also give certain *de lege ferenda* suggestions.*

**Keywords: universal jurisdiction, territorial validity, criminal offense, criminal law, Bosnia and Herzegovina.**

---

\* Academician, full member of the Academy of Sciences and Arts of Bosnia and Herzegovina, full professor at the Faculty of Law, University of Bihać, professor emeritus, [msimovic@anubih.ba](mailto:msimovic@anubih.ba), <https://orcid.org/0000-0001-5116-680X>.

\*\* Prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina; full professor at the Faculty of Security and Protection Independent University in Banja Luka, e-mail: [vlado\\_s@blic.net](mailto:vlado_s@blic.net); <https://orcid.org/0009-0002-9640-6488>.

## 1. INTRODUCTORY REMARKS

In order to suppress the most serious forms of criminal offenses as effectively as possible, the international community has established the institute of national prosecution for international crimes, which is known as universal criminal law jurisdiction. It is about the position of individual countries which in this way expand the application of their own criminal law on the basis of certain criminal law institutes, with the aim of protecting universal values.<sup>1</sup> In this way, they apply their criminal legislation to persons who are not their citizens, have neither committed a criminal offense against their citizens or that state, nor is that person located within the territory of the state that is trying him. Therefore, it is a departure from the classic settings of criminal law with regard to its territorial validity, which causes polemics among theoreticians and practitioners of (international) criminal law.<sup>2</sup>

In the modern world, migration and population mobility are largely eroding the concept of citizenship, and technological progress and transnational organized crime are eroding the concept of territoriality.<sup>3</sup> With the development of international law, especially with the adoption of international conventions, this common interest grows into universal values of humanity, which every state is obliged to protect.<sup>4</sup> In the foreground is not the connection between a specific state and the committed criminal offense, but the interests of the entire international community.<sup>5</sup> The basis of the interpretation of universal jurisdiction, which represents the obligation of every state, lies in such interpretation. Accordingly, it is noticeable that the right to punishment (*ius puniendi*) belongs to the state, that is, to the sovereignty of states. The states ensure this right to punishment by determining the boundaries of the spatial validity of the criminal law.<sup>6</sup>

- 
- 1 See A. Eser, O. Lagodny, (eds.), *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*, Freiburg, 1992.
  - 2 I. Bantekas, „The principle of mutual recognition in EU criminal law“, *European Law Review*, 2007, 365.
  - 3 M. Munivrana, „Univerzalna jurisdikcija“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, vol. 13, 1/2006, 231.
  - 4 See N. Arajärvi, „Looking Back from Nowhere: Is There a Future for Universal Jurisdiction over International Crimes?“, *Tilburg Law Review*, vol. 16, 2011, 5–29.
  - 5 See M.C. Bassiouni, „Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice“, *Virginia Journal of International Law Association*, 2001, 945–1001.
  - 6 See H.A. Kissinger, „The Pitfalls of Universal Jurisdiction“, *Foreign Affairs*, 80, 4/2001, 86–96; M. Chadwik, „Piracy and the Origins of the Universal Jurisdiction: On Stranger Tides“, *The American Journal of International Law*, Vol. 114, 3/2020, 555–560; G. P. Fletcher, „Against Universal Jurisdiction“, *Journal of International Criminal Justice*, Volume 1, Issue 3, 580–584; W.B. Cowles, „Universality of Jurisdiction over War Crimes“, *California Law Review*, Volume XXXIII, 2/1945, 177–218; Z. Konstantopoulou, „Universal jurisdiction“, *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 80, 3-4/2009, 487–512; F. Lafontaine, „Universal Jurisdiction - the Realistic Utopia“, *Journal of International Criminal Justice*, Volume 10, 5/2012, 1277–1302; M. Langer, „The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes“, *The*



One of the most important things is how to apply universal jurisdiction within clearly defined legal frameworks, and to avoid any possibility of abuse that leads to the violation of the principle of state sovereignty and good relations between the states. In this context, the issue of jurisdiction is most often considered as a preliminary issue, which should be resolved before the merits of the criminal case. Accepting or terminating the cases discussing the jurisdiction may mask their political context.<sup>7</sup> This can certainly lead to abuse of this very important institute of international criminal law. It should be said that the states, the scientific and professional public basically accept the idea of universal jurisdiction, but since it is a complex institute, there are different understandings of it. Therefore, it is necessary to analyze this institute, its legal nature and characteristics that vary from state to state. States. It is this diversity in the acceptance and implementation of universal jurisdiction in national criminal justice systems that leads to different interpretations, so we can say it also leads to abuse of this very important institute of (international) criminal law.

Certain authors believe that the historical development of universal jurisdiction can best be observed through four phases.<sup>8</sup> The first phase refers to the period of international traditional law. The second phase covers the period after the Second World War until the end of the sixties of the last century. The third phase covers the period from the seventies of the last century, until the establishment of international *ad hoc* tribunals, and the fourth phase covers the period from the nineties to the present day.<sup>9</sup>

We find the first forms of universal jurisdiction in the works of *Huge Grotius*, in the 17th century, in relation to criminal offenses of piracy. *H. Grotius* called pirates *bastis humani generis* or „enemies of humanity“, and he believed that all

---

*American Journal of International Law*, vol. 105, 1/2011, 1–49; H. M., Madeline, „Universal Jurisdiction in a Divided World: Conference Remarks“, 35 *New Eng. Law Review*, 2001, 337–361; X. Philippe, „The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh?“, *International Review of the Red Cross*, volume 88, number 862, June 2006, 375–398; R. Rabinovitch, „Universal Jurisdiction in Absentia“, *Fordham International Law Journal*, vol 28, 2005, 500–530; A.H. Butler, „The Doctrine of Universal Jurisdiction: A Review of the Literature“, 11 *Crim. L. F.*, 2000, 353–357; M.P. Scharf, „Universal Jurisdiction and the Crime of Aggression“, *Harvard International Law Journal*, vol. 53, no. 2, 2012, 358–388.

7 See D. Hovell, „The Authority of Universal Jurisdiction“, *The European Journal of International Law* Vol. 29 2/2018, 427–456. Available on: <https://academic.oup.com/ejil/article/29/2/427/5057077> (19.11.2023).

8 M. Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crime under International Law*, Institute for Legal Studies, Utrecht, 2005, 49.

9 See L. Arbour, „Will the ICC have an Impact on Universal Jurisdiction?“, *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, 3/2003, 585–588; O. Bekou, R. Cryer, „The International Criminal Court and Universal Jurisdiction: A close encounter?“, *International and Comparative Law Quarterly*, Nottingham, vol 56, Issue 1, 2007, 49–68; C. Rynjaert, „Universal Jurisdiction in an ICC Era“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 46/2006, 46–80.

the states should punish piracy, because it is their common interest, regardless of the place where the crime was committed and who the perpetrator is. In his work „De iure belli ac pacis“ H. Grotius stated: “As the laws of each state have in mind its own interests, the consent of all the states, or at least majority of them, could produce certain common laws between them. It is obvious that this is how the laws were established, the purpose of which is the interest, not of each state individually, but of a large community of states.<sup>10</sup> On the other hand, a group of authors led by *Montesquieu, Voltaire and Jean-Jacques Rousseau* opposed this approach. Their views were based on the views of *C. Beccariae*, who believed that „judges are not the avengers of humanity, and that the crimes are punishable in the country in which they were committed“. Thus, the aforementioned group of authors took firm positions on what will be defined in modern criminal law as *the territorial principle of the validity of criminal legislation*.<sup>11</sup>

Some authors believe that the first form of universal jurisdiction *actio popularis*, existed in Ancient Rome, where every citizen could initiate criminal proceedings, regardless of whether he was injured by the criminal offense. Universal jurisdiction developed as a need to protect the exchange of goods that took place by sea, as well as the sailing itself, which was disrupted by pirates with theft, murders and torture.<sup>12</sup> Based on the above stated, the states very early realized the need for efficient prosecution of pirates, regardless of whose citizens they were and where the piracy was committed.

Historically, the oldest and most accepted application of universal jurisdiction was for piracy on the high seas.<sup>13</sup> Every country has a right to use the high seas. Even more, it has a right to patrol the high seas in search of pirates without violating the sovereignty of any state<sup>14</sup>. Piracy is a crime that has been recognized for the longest time in history as an object of universal jurisdiction.<sup>15</sup> The place where the piracy was committed (the high seas) is the key premise of universal jurisdiction, because international waters excluded the jurisdiction of specific states.<sup>16</sup>

10 See H. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, Book II, chapter XXI, section IV (English translation by Francis W. Kelsey (Oxford/London: Clarendon Press/Humphrey Milford, 1925), 527–529.

11 See L. Benavides, „The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope“, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. I, 2001, 19–96; Škulić M., „Značaj Suda pravde Evropske unije kao segmenta zajedničkih krivičnopravnih/krivičnoprocesnih mehanizama EU u kontekstu dejstva načela *ne bis in idem*“, *Pravni život*, 9/2019, 521–547.

12 E. Kontorovich, „A Positive Theory of Universal Jurisdiction“, *80 Notre Dame Law Review*, 2004, 32.

13 R. Kenneth, „Universal jurisdiction under International Law“, *Texas Law Review*, 66, 1988, 791.

14 W. R. Slomanson, *Fundamental Perspectives on International Law*, Thomson West Publishers, USA, 2003, 225.

15 W. B. Cowles, „Universality of Jurisdiction over War Crimes“, *California Law Review*, 1945, 181.

16 Palestinian Center for Human Rights, *The Principle and Practice of Universal Jurisdiction*, 2010, p. 16. Available on: <https://reliefweb.int/report/occupied-palestinian-territory/principle-and-practice-universal-jurisdiction-pchr-s-work> (9.12. 2023.)

In the interest of justice, the jurisdiction was given to any state that deprived a pirate of his liberty.

While piracy and the need to protect international interests were elements of the initiation of universal jurisdiction, the fact that it was committed outside the territorial jurisdiction of any state was *ratio legis* of its application. This is different from the idea of universality in relation to genocide, crimes against humanity and war crimes, where the seriousness of these crimes is *ratio legis* for its application.<sup>17</sup> The heinousness of piracy cannot be compared to the heinousness of genocide or crimes against humanity, and piracy is rather comparable to ordinary robbery.<sup>18</sup> In other words, the grounds for the application of universal jurisdiction for piracy in the 19th century was based on the fact that pirates are not under the authority or protection of any state, rather on the basis of the nature of the crime itself.<sup>19</sup> This position was accepted later and when adopting the Convention on the High Seas from 1958 and the Convention on the Law of the Sea from 1982.

Universal jurisdiction over piracy was reaffirmed by the 1982 UN Convention on the Law of the Sea. Pirates can be seen as the precursors of today's perpetrators of international crimes, perpetrators of genocide, crimes against humanity, war crimes and crimes of aggression.<sup>20</sup>

Back in 1933, at the International Congress of Criminal Law, held in Palermo, the universal suppression of serious crimes was considered.<sup>21</sup> Already at this stage of the development of universal jurisdiction, questions began to arise as to whether universal jurisdiction can be applied only to piracy or to other crimes as well. This dilemma will remain until today.

Universal jurisdiction came to the fore especially after the Second World War, during the trial to war criminals. After the Nuremberg and Tokyo trials, the case of Adolf Eichmann,<sup>22</sup> who was kidnapped by Israeli secret service agents in Argentina on 11 May 1960, was transferred to Israel to be tried for crimes against the Jewish people, crimes against humanity and war crimes committed on the territory of Central and Eastern Europe, stands out in particular.<sup>23</sup>

17 L. S. Sunga, *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, 102–103.

18 See C. Kres, „Universal Jurisdiction over International Crimes and the Institut de Droit international”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4(3), 2006, 561–585.

19 M. Takeuchi, „Beyond Dichotomy between Deduction and Induction—Critical Appraisal on the Approaches to Universal Jurisdiction”, *Okayama Law Journal*, 2/2014. Vol. 64, 8.

20 See M Chadwik, „Piracy and the Origins of the Universal Jurisdiction: On Stranger Tides”, *The American Journal of International Law*, Vol. 114, 3/2020, 555–560.

21 See. Universal jurisdiction, *International Review of Penal Law*, vol. 80, 2009, pp. 395–396. Available on: [https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2009\(22.12.23\)](https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2009(22.12.23)).

22 Adolf Eichmann was an SS official in Nazi Germany. The creator of the „final solution“ policy, the so-called Jewish question. He is considered the father of the committed Holocaust.

23 Argentina considered that Israel, with this operation, violated its sovereignty and violated international law, and filed a complaint to the UN Security Council. The Security Council adopted the Resolution 138 of 24 June 1960, which stated that such actions could threaten international peace and security.

As it can be noted, Eichmann was tried in Israel, for crimes committed out of the territory of Israel, and he was an Austrian-German citizen. At the beginning of the 1960s, Israel was one of the first countries to invoke the principle of universal jurisdiction in its revolutionary trial against Eichmann, called the „architects of the Holocaust“.<sup>24</sup>

In its decision from 1961, the Supreme Court of Israel pointed out that „the essential basis on which the application of universal jurisdiction with respect to the crime of piracy is based - also justifies its application with respect to the crimes we are dealing with in this case“.<sup>25</sup> At the trial, Eichmann did not dispute the basic facts of the indictment, but the jurisdiction and competence of the Israeli court. He believed that the crimes he was charged with were committed before the creation of the state of Israel, and the application of Israeli law could be considered *ex post facto*. The trial was justified by the fact that Israeli law basically follows international customary law that existed even before Eichmann committed the crime.

In addition, Eichmann disputed the jurisdiction of the Israeli court based on illegal arrest and kidnapping by the Israeli secret services, and he pointed out as disputable the retroactive application of the Israeli law.<sup>26</sup> Both the District Court in Jerusalem and the Supreme Court of Israel rejected the aforementioned objections and confirmed their jurisdiction.<sup>27</sup>

The positions taken by the aforementioned courts regarding universal jurisdiction are also interesting. The District Court of Jerusalem emphasized that the crimes listed in the 1950 Nazis and Nazi Collaborators Law were not only crimes under domestic law but also violations of international law. The court confirmed that universal jurisdiction was not based on Israeli law, nor on Article 6 of the Genocide Convention, but on the very nature of genocide, as the most serious crime under international law.<sup>28</sup> The Supreme Court of Israel took a position on the justification of the application of universal jurisdiction, because the characteristics of committed crimes were indisputably such that it was a crime against humanity.<sup>29</sup>

The main reason why international law allows the states to apply universal jurisdiction for piracy is the existence of common interests of the international community. Consequently, the states act as an authority of the international community. Accordingly, the same reasons that justify the application of universal jurisdiction for piracy, justify Israeli (universal) jurisdiction for the Eichman case.<sup>30</sup>

The Supreme Court of Israel, when applying universal jurisdiction, relied on precedents created in trials after the Second World War and on an analogy in the

24 See D. Morrison, J.R. Weiner, „Curbing the Manipulation of Univrsal Jurisdiction“, *Jerusalem Center for Public Affairs, Jerusalem*, 2010, 3; S. Zuccotti, *The Holocaust, the French, and the Jews*. Lincoln, NE: University of Nebraska Press, 1999 and Bauer, Y., *A History of the Holocaust*, Franklin Watts, New York, 1982.

25 F. Karčić, *Kako je nastala i razvijala se univerzalna jurisdikcija*, Oslobođenje, Sarajevo, 14.12.2019. Available on: <https://www.oslobodjenje.ba/dosjei/teme/kako-je...> (15.02.2024).

26 Eichmann was accsed on the basis of Israeli Nazis and Nazi Collaborators Law from 1950.

27 M. Inazumi, *op. cit.*, 63.

28 *Ibid.*, 64.

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*

context of piracy.<sup>31</sup> The District Court in Jerusalem sentenced Eichmann to death, and the Supreme Court of Israel upheld this sentence.

## 2. CRIMINAL CODE OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

In the current legislation of BiH, universal jurisdiction is also determined by the Criminal Code of BiH (CC BiH<sup>32</sup>). Article 9, paragraph 4 of this law stipulates that the criminal legislation shall also be applied to an alien who, outside the territory of BiH, perpetrates a criminal offense against a foreign state or a foreign national, which carries a punishment of imprisonment of five years or a more severe punishment. In paragraph 5 of the same article, it is prescribed that the criminal legislation of Bosnia and Herzegovina shall apply only if the perpetrator of the criminal offense is found in or extradited to Bosnia and Herzegovina, and in the case from paragraph (4) of this Article - only if the perpetrator is found in the territory of Bosnia and Herzegovina and is not extradited to another country.<sup>33</sup>

In addition, it is important to mention paragraph 1, item c) of Article 9 of this law, which stipulates that the criminal legislation of Bosnia and Herzegovina shall apply to anyone who, outside of its territory, perpetrates a criminal offense that Bosnia and Herzegovina is bound to punish according to the provisions of international law, international or interstate agreements. According to some authors, this is about the application of a realistic or protective principle, so the effects of the protective principle extend to those criminal offenses committed abroad, to which certain objections can certainly be pointed out.<sup>34</sup> Some authors believe that this is a special universal jurisdiction incorporated into the application of the realistic or protective principle.<sup>35</sup>

31 M. Zulfu Oner, *The principle of Universal jurisdiction in Interantional Criminal Law*, Justice Academy of Turkiye, Issue 12, 2016, 189.

32 *Official Gazette of BiH*, nos. 3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 32/2007, 8/2010, 25/2015, 40/2015, 35/2018, 46/2021, 31/2023 and 47/2023.

33 See M.N. Simović, V.M. Simović, M. Govedarica, *Krivično procesno pravo II*, peto izdanje (izmijenjeno i dopunjeno), Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo, 2021, 304–318; M.N. Simović, M., Blagojević, V. M. Simović, *Međunarodno krivično pravo*, treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, 2023, 528–542; M.P.Munivrana, P. Novoselec, „Univerzalno načelo u hrvatskom kaznenom pravu, posebno s osvrtom na odnos Zakona o primjeni Statuta Međunarodnog kaznenog suda i Kaznenog zakona“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, vol. 24, 2/2017, 695–714; A. Mujkanović, *Univerzalna krivičnopravna jurisdikcija u nacionalnom i međunarodnom krivičnom pravu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet, Univerzitet u Zenici, 2022, 15–22; Vešović, M. „Jedan aspekt univerzalne jurisdikcije u savremenom krivičnom pravu“, *Strani pravni život*, god. 63, 1/2019, 55–65; S. Softić S., „Međunarodna jurisdikcija u krivičnim stvarima“, *Kriminalističke teme*, Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije, Sarajevo, 1-2/2013, 131–151.

34 M. Munivrana, *op. cit.*, 224.

35 I. Josipović, „Pravni i politički aspekti spora Hrvatske i Srbije o nadležnosti za ratne zločine“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, vol. 24, 1/2017, 42.

Thus, the provisions of Article 9 of the CC BiH prescribe universal jurisdiction (paragraph 4), and paragraph 5 prescribes additional conditions for universal jurisdiction. Paragraph 1, item c) also talks about the criminal prosecution of all persons (including foreign citizens and stateless persons), regardless of the place of commission, in accordance with the provisions of international law.

In this context, it should be mentioned that the provisions on universal jurisdiction are included in the legal order of BiH in an indirect way. Thus, the Constitution of BiH stipulates that certain international conventions shall be directly applied in BiH, and are above the law in terms of legal force.<sup>36</sup>

Universal jurisdiction is also determined by the criminal laws of the entities the Federation of BiH (FBiH),<sup>37</sup> the Republika Srpska (RS)<sup>38</sup> and Brčko District (BD).<sup>39</sup> This jurisdiction is prescribed almost identically to that in the CC BiH. In these provisions too, the terminology and nomotechnics of the Criminal Code of the former SFRY (CC SFRY)<sup>40</sup> are inherited. Similar to the CC BiH, it is about the amount of the threatened sentence (five years and more); the presence of the perpetrator on the territory (FBiH, RS and BD BiH); the court cannot impose a more severe sentence than that one prescribed by the law of the country where the offense was committed; the requirement of double punishment and the principle *aut dedere aut judicare*.<sup>41</sup>

The provision „according to that legislation“ is prescribed identically in the CC FBiH<sup>42</sup> and CC RS,<sup>43</sup> while the CC BDBiH<sup>44</sup> has a somewhat clearer and more specific

36 Here we can mention the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide from 1948, the Geneva Convention from 1949, etc.

37 Criminal Code of the Federation of Bosnia and Herzegovina, *Official Gazette of the Federation of BiH*, nos. 36/2003, 21/2004, 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016, 75/2017 and 31/2023.

38 Criminal Code of the Republika Srpska, *Official Gazette of the Republika Srpska*, nos. 64/2017, 104/2018, 15/2021, 89/2021 and 73/2023.

39 Criminal Code of Brčko District of Bosnia and Herzegovina, *Official Gazette of Brčko District of BiH*, no. 19/2020 – consolidated version.

40 „Official Gazette of SFRY“, nos. 44/1976, 36/1977, 56/1977, 34/1984, 37/1984, 74/1987, 57/89 and 3/90.

41 See. M.J. Kelly, „Cheating Justice by Cheating Death: The Doctrinal Collision for Prosecuting Foreign Terrorists - Passage of *Aut Dedere Aut Judicare* into Customary Law & Refusal to Extradite Based on the Death Penalty“, *20 Ariz. J. Int'l & Comp. L.*, 2003, p. 491: 496–497.

42 Article 13, paragraph 4 of the CC FBiH establishes that the criminal legislation in the Federation shall be applied to an alien who, outside the territory of the Federation, perpetrates against a foreign state or an alien a criminal offense, for which a punishment of imprisonment for a term of five years or a more severe punishment may be imposed under the legislation in force.

43 Article 13, paragraph 2 of the CC RS: „The criminal legislation of the Republika Srpska shall also apply to any alien who, outside the territory of the Republika Srpska, commits any criminal offence against a foreign country or an alien, which is punishable by five years of imprisonment or a more severe punishment pursuant to that legislation, if he happens to be found in the territory of the Republika Srpska and he is not extradited to the foreign country. Unless otherwise provided by this Code, in this case the court shall not pronounce a sentence that is more severe than the one provided for in the legislation of the country where the criminal offence was committed.“

44 Article 13, paragraph 3 of BDBiH: Criminal legislation of Brčko District shall be applied to a foreign citizen who, while being abroad, perpetrates a criminal offence against a

provision – „according to the law of that state“. The provisions of the CC BD somewhat more specifically meet the requirement of definiteness of the law (*nullum crimen sine lege certa*).

The requirement of double punishment is more clearly expressed in the CC RS<sup>45</sup> with one exception.<sup>46</sup> The CC BDBiH prescribes the requirement of double punishment,<sup>47</sup> also with one exception.<sup>48</sup>

It is also necessary to point out to the entities and CC BD that speak about the application/validity of the general part of the law (Art. 14 CC FBiH, 16 CC RS and 14 CC BDBiH). The aforementioned provisions prescribe that the provisions of the general part of these laws shall apply to all perpetrators of all criminal offenses prescribed by the laws of FBiH and BD BiH, while the CC RS regulates that the provisions of the general part of this code shall apply to all criminal law provisions contained in the laws of the Republika Srpska.

With regard to the above, the question that is rightly raised is how and in what way universal jurisdiction can be applied to criminal offenses that are not prescribed by entity laws and the law of the Brčko District, whose courts do not have jurisdiction to prosecute them, thinking, primarily, of international criminal offenses *stricto sensu* (genocide, crime against humanity, war crimes).<sup>49</sup> In accordance with positive legal provisions, the Court of BiH has exclusive jurisdiction over them according to the Criminal Code of BiH, according to the provisions of this law that prescribe universal jurisdiction, and in the context of criminal offenses against international law. This is also indicated by the provisions of entity criminal laws and the CC BDBiH, which refer to the application of the general part of these laws.

---

foreign state or a foreign citizen for which, under the law in force in the state of perpetration of the criminal offence, a sentence of imprisonment for a term of five years or a more severe penalty may be imposed, if he is found in Brčko District territory. In such cases, unless otherwise stipulated by this Code, the court may not pronounce a sentence more severe than the sentence prescribed by the law of the state in which the criminal offence was perpetrated.

45 Article 13, paragraph 5: „...prosecution shall be carried out only if the criminal offence is punishable also under the legislation of the country where the criminal offence was committed.“

46 Article 13, paragraph 6: „In cases referred to in Article 13, paragraph 3 of this Code, the prosecutor shall carry out prosecution, regardless of the legislation of the country where the criminal offence was committed if, at the time of commission, the act was considered criminal offence under the principles recognized by the international law“.

47 Article 13, paragraph 5: „...prosecution shall be instituted only if the perpetrated criminal offence is also punishable under the laws of the state in which the criminal offence was perpetrated“.

48 Article 13, paragraph 6: „The prosecutor may institute prosecution referred to in Article 13, paragraph 3 of this Code, irrespective of the law of the state in which the criminal offence was perpetrated, if the criminal offence in question was, at the time of perpetration, defined as a criminal offence under the principles of the international law“.

49 Here, we mean the proceedings conducted for war crimes committed during the war in BiH, when entity courts applied CC SFRY, as milder law at a time the criminal offenses were perpetrated.

## 2.1. Conditions of universal jurisdiction according to the Criminal Code of BiH

When talking about the conditions of universal jurisdiction, it is important to point out that these conditions in a certain way determine the subsidiary character of this jurisdiction. This means that universal jurisdiction is conditioned by certain assumptions such as the presence of the suspect, extradition<sup>50</sup> (*aut dedere, aut iudicare*), double criminality, and the amount of the threatened sentence. The conditions of universal jurisdiction are in the function of preventing the deterioration of relations between states.<sup>51</sup>

### 2.1.1. Presence of the suspect

Article 9, paragraph 5 of the CC BiH stipulates that criminal legislation (universal jurisdiction) shall apply in the case referred to in paragraph (4) of this Article only if the perpetrator is found in the territory of Bosnia and Herzegovina. With this, the BiH legislator practically rejected the broader form of universal jurisdiction, i.e. universal jurisdiction *in absentia*.<sup>52</sup> The stated position is justified because it is in accordance with the majority of international documents that deal with this domain, as well as with the positions of leading theoreticians and practitioners of criminal law.

Of course, the suspect's presence is not required to start an investigation or to take certain actions with the aim of elucidating a certain criminal offense. Some countries do not prescribe this condition when dealing with the most serious crimes against international law (genocide, war crimes, etc.).<sup>53</sup>

### 2.1.2. *Aut dedere aut iudicare*

One of the assumptions of the application of universal jurisdiction is the principle *aut dedere aut iudicare* (extradite or judge).<sup>54</sup> It is a principle of international law that requires the states to extradite the perpetrator of a criminal offense

50 See J. O. Hafen, „International Extradition: Issues arising under the Dual Criminality Requirement“, *Brigham Young University Law Review*, 1/1999, 191–230; P. Finkelman, „International Extradition and Fugitive Slaves: The John Anderson Case“, *Brooklyn Journal of International Law*, 18(3), 1992, 765–810.

51 P. Baumruk, „Universal Jurisdiction: A Tool against Impunity“, *Czech Yearbook of Public and Private International Law*, vol. 4, 2013, 63.

52 See J.G. Starkey, „Trial in Absentia“, *St. John's Law Review*, 1978, 53 (4), 721.

53 This is visible from determination of universal jurisdiction according to the Criminal Code of the Republic of Croatia from 2011. In addition, neither FR Germany stipulates the presence of the suspect for international crimes *stricto sensu*.

54 See *The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut iudicare)*, Final Report of the International Law Commission, 2014. The report will appear in Yearbook of the International Law Commission, vol. II (Part Two), 2014, 2–14.



to another state for prosecution or, if there are obstacles to that - to try the perpetrators itself.<sup>55</sup> The core of this principle is that no perpetrator goes unpunished.<sup>56</sup> Article 9, paragraph 5 of the CC BiH prescribes that the criminal legislation of Bosnia and Herzegovina shall apply only if the perpetrator of the criminal offense is found in the territory of Bosnia and Herzegovina or extradited to it, while in the case referred to in paragraph 4 of this Article - only if the perpetrator is found in the territory of Bosnia and Herzegovina and is not extradited to another country. Therefore, BiH's obligation is to extradite the perpetrator of the criminal offense (an alien) to another country, and if there are obstacles to extradition - to try him. Thus, this international principle is fully respected in positive legal provisions relating to universal jurisdiction.

The universal principle formed in this way is in accordance with the principle *aut dedere aut judicare*, which greatly influences the determination of universal jurisdiction in international criminal law.<sup>57</sup> C. Bassiouni also calls the principle *aut dedere aut judicare* an *ius cogens* obligation.<sup>58</sup> Today, there is universal agreement that this principle represents a universal obligation.<sup>59</sup>

In literature, the question arises whether in this way the principle *aut dedere aut judicare* overlaps with the principle of universal jurisdiction. If extradition cannot happen, the state is obliged to transfer the case to the authorities competent for prosecution. Of course, the principle *aut dedere aut judicare* does not specify which form of jurisdiction will be used. As long as the suspect is being prosecuted in the country where he is located, in case of impossibility of extradition, the principle *aut dedere aut judicare* is respected.<sup>60</sup> Thus, in the Draft Code against the Peace and Security of Mankind, adopted by the International Law Commission (ILC) in 1996, it is stated that the obligation to extradite or prosecute rests with the state on whose territory the perpetrator is located. The state on whose territory the perpetrator is - has a unique position to ensure the implementation of the Code.<sup>61</sup>

The states must transfer the case to the appropriate authorities for prosecution, unless they extradite the perpetrator to another state or to the appropriate international criminal tribunal.<sup>62</sup> Universal jurisdiction can be applied through

---

55 See C. Soler, *Aut dedere aut judicare, The global Prosecution of Core Crimes under International law*, Springer, pp. 319–401.

56 See. M.P. Scharf, *Aut dedere aut judicare*, Max Planck Encyclopedias of International Law [MPIL], 2008.

57 M. Munivrana, *op. cit.*, p. 223.

58 P. Baumruk, *op. cit.*, 254.

59 F. C. Blaas, *Double Criminality in International Extradition Law*, The University of Stellenbosch, 2003, 21. Available on: <https://core.ac.uk/download/pdf/37376692.pdf>. (7.1.2024).

60 P. Baumruk, *op. cit.*, 75.

61 1996 Draft Code of Crimes, Commentary to Article 8, para. 3. International Law Commission: Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-eight session, 51 UNGAORSupp. N.10, at 9, UN Doc. A/51/10 (1996). Available on: <https://legal.un.org/ilc/sessions/48/docs.shtml> (20.1.2024.).

62 C. C. Jalloh, „The International Law Commission's First Draft Convention on Crimes Against Humanity: Codification, Progressive Development, or Both?“, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 52, 2020, 372.

the obligation to apply the principle *aut dedere aut judicare* if the perpetrator of an offense, which is so serious that it requires prosecution even outside the country where it was committed, is arrested on the territory of another state. In this case, the state has an obligation to extradite the suspect to the state that declares its jurisdiction - in order to prosecute the suspect.

Although this is not an application of narrower universal jurisdiction, because states can decide not to prosecute but to extradite a suspect, it is an indisputable mechanism through which the states can cooperate in order to fight impunity for crimes and fulfill the goal of universal jurisdiction. Jurisdiction based on international agreements is based exclusively on mutual relations/interests of the contracting parties (states act in their own interest), and the jurisdictional basis is the principle *aut dedere aut judicare*. Jurisdiction based on this principle is often treated as a specific variant of universal jurisdiction.<sup>63</sup>

Universal jurisdiction is the most common and safest form of prosecution based on the principle *aut dedere aut judicare*. These two principles should not be equated, since prosecution can be based on other grounds, for example, active or passive personality.<sup>64</sup> The importance of *aut dedere aut judicare* in strengthening the universal principle becomes more impulsive when the crime committed outside the territory of the country has no connection with the country of the forum, and requires extradition or prosecution, which necessarily reflects on universal jurisdiction.<sup>65</sup> The obligation to extradite or try for international crimes in international law may be contrary to the principle of double criminality and legality, if the criminal offense as such is not provided for in the requested state. This scenario is not impossible if the state has not implemented certain criminal offenses in its national legal system. The requested state cannot extradite due to the absence of the principle of double criminality, nor can it prosecute due to the principle of legality of criminal prosecution.<sup>66</sup>

Explicit inclusion of universal jurisdiction in international conventions is limited, and a certain number of treaties implicitly allow the states to apply universal jurisdiction in their national legislations. On the other hand, the principle *aut dedere aut judicare* can be found in most multilateral treaties dealing with transnational crimes<sup>67</sup>.

### 2.1.3. Double criminality

Although it is not unambiguously legally defined,<sup>68</sup> the concept of double criminality is also known in the literature as the identity of the norm, double

63 M. Vešović, „Osnovne karakteristike univerzalne jurisdikcije u savremenom krivičnom pravu“, *Strani pravni život*, god. LXIV, 3/2020, 9.

64 *Ibid.*

65 P. Baumruk, *op. cit.*, 81.

66 F.C. Blaas, *op. cit.*, 26.

67 *Ibid.*

68 See P.O. Träskman, „Should We Take the Condition of Double Criminality Seriously?“, *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab*, 76, 1989, 135–155, <https://doi.org/10.7146/ntfk>.

criminality, dual incrimination, or double culpability.<sup>69</sup> The Institute of double criminality is relevant when defining the extraterritorial principles of the application of criminal legislation in the area, that is, when determining negative assumptions for extradition.<sup>70</sup> The condition of double criminality must be met in order for the criminal legislation of a country to be applied to criminal offenses committed outside its territory.<sup>71</sup> It must be a criminal offense according to the provisions of domestic criminal legislation, as well as according to the legislation of the state on whose territory it was committed.<sup>72</sup>

Double criminality is a substantive legal assumption (condition) for the exercise of the state's penal power, that is, of the state's right to punish (*ius puniendi*).<sup>73</sup> It must be a criminal offense according to the provisions of the domestic criminal legislation, as well as according to the legislation of the state on whose territory it was committed.<sup>74</sup> In this sense, determining the content of the criminal law norm of foreign law is the assumption for the application of domestic law, and the meaning of the institute of double criminality is the acceptance of a foreign legal order.<sup>75</sup>

According to the identity of norms, in order for a certain criminal offense to be prosecuted on the basis of universal jurisdiction, the offense must be punishable under the law of BiH, as well as under the law of the country where the offense was committed. In the context of double criminality, the criminal offenses do not have to be the same, but must be about the similarity of the important features of the criminal offense.<sup>76</sup>

---

v76i.71234 and S.Z. Feller, "The Significance of the Requirement of Double Criminality in the Law of Extradition", 10 *Is. L. R.*, 1975, 70.

69 In literature in English language, the following terms are used: *double criminality*, *double criminality*, *double penalization*, *dual (criminal) liability*, *dual incrimination*, *double prosecutability*, *double culpability*, *equivalency of offences and even reciprocity of offences*.

70 See M. Plachta, "The Role of Double Criminality in International Cooperation in Penal Matters" in Jareborg, N., ed., *Double Criminality. Studies in International Criminal Law*, Uppsala 1989, 84–134.

71 See L. Gardocki, "Double Criminality in Extradition Law", *Israel Law Review*, Volume 27, 1-2/1993, 286–296.

72 See D. Derenčinović, „Doseg isključenja provjere dvostruke kažnjivosti iz Zakona o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima s državama članicama Europske unije“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 21, 2/2014, 249–270.

73 See *Criminal Law*, ed. Nils Jareborg, Iustus, Uppsala 1989, pp. 43–56.

74 See J. Nils (ed.), *Double Criminality – Studies in International Criminal Law*, Uppsala, 1989. and J. Vervaele, „The transnational *ne bis in idem* principle in the EU: mutual recognition and equivalent protection of human rights“, *Utrecht Law Review*, 2005, 100–118.

75 D. Derenčinović, *op. cit.*, 264.

76 This is a term called in literature „an analogous transposition of facts“. Hereby, factual description of offense is summed up under domestic legal norm. See D. Krapac, Novi Informator, „Ulazi li zastara u pojam dvostruke kažnjivosti pri primjeni europskog uhidbenog naloga?“, available on: <https://informatior.hr/strucni-clanci/ulazi-li-zastara-u-pojam-dvostruke-kaznjivosti-pri-primjeni-europskog-uhidbenog-naloga> (25.02.2024).

In the literature, it is rightly pointed out that the concept of double criminality, i.e. mutual punishability, is more appropriate than the concept of *norm identity*. Namely, the norm identity implies a complete equivalence, that is, the overlapping of all the characteristics of the nature of the criminal offense and of all the elements of the legal description in both countries. Given the tendencies of extensive definition of that institute, a more adequate term is certainly double, that is, mutual punishment.<sup>77</sup>

The provision of Article 9, paragraph 4 of the CC BiH prescribes that the criminal legislation of BiH shall also apply to an alien who, outside the territory of BiH, perpetrates a criminal offense against a foreign state or a foreign national for which „under this legislation“ a sentence of imprisonment for a term of five years or more severe punishment can be imposed. Here, double criminality is defined not only as condition that the behavior constitutes a criminal offense in both countries, but is also conditioned by the amount of the prescribed penalty or other conditions, which is why such double criminality is also called *qualified double criminality*.<sup>78</sup>

The provision „according to that legislation“ refers to the existence of the requirement of double criminality or the identity of norms. Such a provision is confusing in terms of the fact to which legislation it refers, and in terms of the term used. The provision „according to that legislation“ has the significance of a general clause and is contrary to the principle *nullum crimen sine lege certa*.<sup>79</sup> Some authors believe that it is only about the legislation of the country whose regulation is (in this case the legislation of Bosnia and Herzegovina), and others that it is about foreign legislation.<sup>80</sup> This inconsistency in the CC BiH is transferred from the CC SFRY (Article 107, paragraph 2).

The same provision existed in the previously valid Criminal Code of the Republic of Croatia from 1997<sup>81</sup> (Article 14, paragraph 4). However, in Article 16 of the current law<sup>82</sup> (Application of criminal legislation for criminal offenses against values protected by international law committed outside the territory of the Republic of Croatia) the said domain is regulated in a significantly different way: it is prescribed that the criminal legislation of the Republic of Croatia shall apply to anyone who, outside its territory, commits a criminal offense from Article 88, Article 90, Article 91, Article 97, Article 104, Article 105 and Article 106 of this

77 See *ibid.*

78 I. Turudić, T. Pavelin Borzić, I. Bujas, „Odnos načela uzajamnog priznavanja/ povjerenja i provjere dvostruke kažnjivosti“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Rijeka, 1991, 1086.

79 Nevertheless, in modern law, which refers to universal jurisdiction, there is a tendency to expand the universal principle by means of a general clause. See P. Novoselec, I. Martinović, *Komentar Kaznenog zakona, I. Knjiga*, Narodne novine, Zagreb, 2019.

80 Stated according to: B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, *Komentar Kaznenog zakona*, Narodne novine, Zagreb 2007, 71.

81 Criminal Code of the Republic of Croatia, *National Newspaper* no. 110/97.

82 Edited text, *National newspaper*, nos. 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017, 118/2018, 126/2019, 84/2021, 114/2022 and 114/2023.

law, as well as a criminal offense for which the Republic of Croatia is obliged to punish, according to an international agreement, even when it was committed outside the territory of the Republic of Croatia.<sup>83</sup>

In literature, there are many critics addressed to the institute of double criminality based on the assumption that the court must investigate the regulations of a foreign state using the comparative method. Interpreting foreign law is a risky endeavor that can go in the wrong direction.<sup>84</sup> The danger of this scenario is significant.<sup>85</sup> Domestic legislation is best interpreted by domestic courts.<sup>86</sup> This leads to a more difficult approach in meeting the requirements of double criminality, and certain countries try to reduce these requirements when extraditing for the most serious crimes.<sup>87</sup>

The mentioned problems can also affect the effective application of universal jurisdiction, in the context of fulfilling the requirement of double criminality. On the other hand, the question of applying double criminality when using universal jurisdiction for the most serious international crimes, i.e. when applying *ius cogens* norms, is justifiably raised.<sup>88</sup>

#### 2.1.4. *The amount of threatened punishment*

Universal jurisdiction in the criminal legislation of Bosnia and Herzegovina is conditioned by the amount of the threatened punishment. Thus, in Article 9, paragraph 4 of the CC BiH, it is stipulated that the criminal legislation shall also apply to an alien who, outside the territory of BiH, perpetrates a criminal offense against a foreign state or a foreign national which, under this legislation, carries a *punishment of imprisonment for a term of five years or a more severe punishment*.

83 See A. Garačić, *Zakon o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima s državama članicama Europske unije u sudskoj praksi*, Libertin naklada, Rijeka, 2015. and D. Krapac, „Okvirna Odluka vijeća (Europske unije) od 13. VI. 2002. godine o europskom uhidbenom nalogu (EUN) i postupcima predaje između država članica (2002/584/PUP)“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 64, 5-6/2014.

84 See B. Swart, B., “Human Rights and the Abolition of Traditional Principles” in A. Eser, Lagodny, O., eds., *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*, Freiburg 1992, 16.

85 See M. Deflem, I. Kyle, 2017. „Extradition, International“, *Encyclopedia of American Civil Rights and Liberties: Revised and Expanded* (eds. K. E. Stooksbury, J. M. Scheb II, O. H. Stephens), Santa Barbara, CA: ABC-CLIO, 340–342.

86 F. C. Blaas, *op. cit.*, 31.

87 See I. A. Shearer, *Extradition in International Law*, Manchester University Press, 1971; G. Gilbert, *Aspects of Extradition Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1991; M.C. Bassiouni, *International Extradition: United States Law and Practice*, 3rd edn, Oxford Scholarly Authorities on International Law, 1995; A. Eser, “Common Goals and Different Ways in International Criminal Law, Reflections from a European Perspective”, *31 Harv.Int.LJ.*, 1990, 125.

88 See E. Fitzgerald, „Recent Human Rights Developments in Extradition Law & Related Immigration Law“, *The Denning Law Journal*, 25, 2013, 89–90.

Therefore, in order to apply universal jurisdiction in BiH, it must be a criminal offense punishable with five years or more. As we have previously stated, the condition of double criminality is additionally qualified by the amount of the threatened punishment.<sup>89</sup>

Such a broad provision leads to a situation where, according to positive criminal law legislation, it is possible to apply universal jurisdiction for those criminal offenses that do not fall in the group of international criminal offenses, in the narrower and broader sense. This determination is not in accordance with international documents and the views of leading authors who treated the institute of universal jurisdiction in their work. This leads to the possibility of abuse of universal jurisdiction and the deterioration of international relations. In this way, this very important institute of international and national criminal law would be in contradiction with the very *ratio legis* of universal jurisdiction, which is prosecution and punishment for the most serious forms of international criminal offenses, which have been declared as such by the international community and for which there is a consensus at the global level.<sup>90</sup>

The identical provision to the one from the CC BiH is also found in the entity criminal laws, as well as in the CC BDBiH, which further complicates the mentioned problem, because the amount of the threatened punishment also corresponds to some „ordinary“ criminal offenses. At the same time, the essence of universal jurisdiction is not in the threatened punishment, but in the gravity and seriousness, that is, in the nature of the crimes committed.<sup>91</sup> On the other hand, there is an approach that is much more practical and clear, which is called the *enumerative method or the method of the list of crimes*, that is, the catalog of criminal offenses that are listed in the context of universal jurisdiction.<sup>92</sup> In addition, there is also the „no list“ method, which limits certain crimes with a general clause of conditions, usually the amount of the threatened punishment.<sup>93</sup>

The question also arises whether all perpetrators of criminal offenses, punishable by a sentence of imprisonment for a term of five or more years, should be prosecuted. From a humanistic point of view, the answer is positive, motivated by the aspiration that all serious crimes be punished. However, on the other hand, the question of the interests of the international community and the process economy also arises.<sup>94</sup>

89 I. Josipović also speaks about the amount of threatened punishment as a condition for the application of universal declaration. See I. Josipović, „Pravni i politički aspekti spora Hrvatske i Srbije o nadležnosti za ratne zločine“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, vol. 24, 1/2017, 39.

90 These are the most severe crimes such as genocide, crime against humanity, war crimes etc.

91 It can be said that all serious crimes are threatened with high penalties, but the amount of punishment for the application of universal principle in BiH (five years and more) is too low for an institute that carries *ius cogens* norms at its core.

92 For example, in the Criminal Code of the Republic of Croatia from 2011.

93 For example, CC BiH and the Criminal Code of the Republic of Serbia. See P. Aughterson, „Extradition: Australian Law and procedure, North Ride“, Law Book CO., 1995. Available on: <http://www.catalouge.nia.gov.au>. (15.12.2022.)

94 M. Munivrana, *op. cit.*, 224.

The CC BiH has maintained a limit of five years and longer for the application of criminal legislation against an alien who perpetrates a criminal offense against a foreign country or a foreigner outside the territory of BiH. This solution, as stated, was taken from the former CC SFRY, which was not changed even by the adoption of the CC BiH from 2003. Given the change in the social and legal system, and the change in penal policy since the independence of BiH, the mentioned limit should have been adequately changed, if the position for this establishment of universal jurisdiction was to be maintained. Now, the catalog of criminal offenses provided for by the universal jurisdiction is determined by the general clause and meets the requirements of legal certainty, which leads to legal uncertainty. A better solution would be if the law prescribed a catalog of criminal offenses to which universal jurisdiction applies.

### 2.1.5. Procedural determination of double criminality

In theory, the concepts of double criminality *in abstracto* and *in concreto* are distinguished. Double criminality *in abstracto* is a substantive legal concept according to which the executing state subsumes (summarizes) the facts and legal qualification of criminal offense from the received request under the corresponding norm of domestic criminal law.

In the case of double criminality *in abstracto*, it is always a matter of substantive legal assumptions that establish or exclude the punishability of the crime (e.g. characteristics of the nature of the criminal offense, delusion, necessary defense, etc.). Contrary to that, in case of double criminality *in concreto*, we are talking about procedural legal assumptions that do not affect the punishability of the crime, but rather the punishment of the perpetrator (e.g. amnesty, statute of limitation, age of the perpetrator, etc.)<sup>95</sup>

In addition to checking the matching of the characteristics of criminal offenses, it is also possible to check the existence of legal presumptions that such a criminal offense can be prosecuted in both countries. It is a procedural determination of double criminality.<sup>96</sup>

Article 210 (Special conditions for criminal prosecution), paragraph 1 of the CPC BiH stipulates that in the event that a criminal offense was committed outside the territory of Bosnia and Herzegovina, the prosecution may be initiated by the prosecutor, provided that this criminal offense is envisaged under the law of Bosnia and Herzegovina. Paragraph 2 of the same Article stipulates that the Prosecutor shall undertake the criminal prosecution only if the offense committed is prescribed as the criminal offense under the law of the country in whose territory the criminal offense was committed. Neither in that case shall the prosecution be undertaken,

95 D. Derenčinović, *op. cit.*, 266.

96 Article 210 of Criminal Procedure Code of BiH (*Official Gazette of Bosnia and Herzegovina*, nos. 3/2003, 32/2003, 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 76/2006, 29/2007, 32/2007, 53/2007, 76/2007, 15/2008, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 93/2009, 72/2013 and 65/2018).

if under the law of that country the prosecution is to be undertaken only upon the request of the injured party. Nevertheless, the injured party filed no such request. In paragraph 3, it is established that notwithstanding the law of the country where the criminal offense was committed, the Prosecutor may undertake the prosecution if such an act is a criminal offense against the integrity of Bosnia and Herzegovina or if that act is considered a criminal offense under the rules of international law. It can be concluded that double criminality is treated in paragraphs 2 and 3, while paragraph 3 contains the substantive legal basis of the application of the real or protective principle (in the case of criminal offense against the integrity of Bosnia and Herzegovina) and the universal principle (although this act is considered a criminal offense according to the rules of international law). It is a kind of deviation from double punishment for the most serious forms of international crimes, which has its theoretical and practical basis.

### 3. UNIVERSAL JURISDICTION AS SUBJECT MATTER OF DISPUTE BETWEEN THE STATES

As we already stated, the application of universal jurisdiction can lead to misunderstandings and violation of interstate relations. As an example, we can cite the Report of the Council of Europe in which it is stated that according to African countries, they are individually targeted in the context of the arrest of their officials by European countries, and that the use of universal jurisdiction is politically motivated<sup>97</sup>. All this leads to the violation of interstate relations, violation of the state sovereignty, interference with the internal affairs of other states, etc., which calls into question the very application of universal jurisdiction.

One of the basic objections to universal jurisdiction is that it undermines the sovereignty of states. It affects the sovereign equality and independence of the states.<sup>98</sup> It is important to emphasize that the sovereign equality of the states is also proclaimed by the UN Charter. In addition, the right to punishment is an important attribute of sovereignty.

Most of discussions regarding universal jurisdiction revolve around the conflict between two legal principles. On the one hand, it is about the principle of sovereignty, and, on the other hand, the principle of individual responsibility for international crimes, that is, that the perpetrators of serious crimes do not go unpunished.

The central requirement is the need to determine the balance between the interests of the international community in punishing the perpetrators of the most serious crimes and the will of the states to preserve their sovereign prerogatives and, consequently, protect their citizens from foreign interference with their

97 Council of The European Union, The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction, Brussels, 16 April 2009. Available on: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8672-2009-REV-1/en/pdf>. (20.12.2023.).

98 *Ibid.*



internal affairs.<sup>99</sup> The application of universal principle, at first glance, may appear as if the state exceeds its competences and „abuses“ its sovereign right to punishment, because it judges a criminal offense that has no connection with the values, goods and interests protected by its criminal legislation.<sup>100</sup>

In recent times, the best indicator of violated relations is the relationship between the Republic of Croatia and the Republic of Serbia, regarding the prosecution of Croatian officers and soldiers (the case of Velimir Marić and Tihomir Purda, for crimes committed during the war on the territory of the Republic of Croatia from 1991 to 1995). The most recent example of the repeated violation of these relations on the same basis is the confirmation of indictments in the Republic of Serbia, in July 2022, against four Croatian army pilots who were accused of committing war crimes against the civilian population during the „Storm“. The tightening of interstate relations also occurred between Bosnia and Herzegovina and the Republic of Serbia, due to the same reasons (the cases of Ejup Ganić, Jovan Divjak, Ilija Jurišić and Husein Mujanović). The Serbian Law on the Organization and Jurisdiction of State Authorities in War Crimes Proceedings,<sup>101</sup> from 2003, is also a subject of dispute.<sup>102</sup>

#### 4. CONCLUSION

Although universal jurisdiction is globally accepted today (in different ways and in different forms), there is no widely accepted definition of it. The reasons for this lie in the fact that there is no universally accepted document on this jurisdiction, and that it is left up to the states how to prescribe it, determine its characteristics, elements, scope and method of its application, etc. This fact leads to most of the problems related to this jurisdiction.

The term universal jurisdiction does not cause ambiguities in theory and practice. However, in order to understand this term and determine its definition, one must understand the social conditions and circumstances that led to the application of universal jurisdiction. By defining this jurisdiction, the requirement of definiteness of the legal norm would be fulfilled, and general clauses would be avoided, which is not the case now.

There is no scientific and professional agreement regarding the definition of universal jurisdiction. In addition, the legal texts of most countries did not comply with the principle *nullum crimen sine lege certa*. Likewise, by comparing

99 P. Baumruk, *op. cit.*, 157.

100 S. Ganić, E. Ćorović, „Principi univerzalnog važenja krivičnog zakonodavstva i pitanje državnog suvereniteta“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Novi Sad, 2013, 246.

101 *Official Gazette of the Republic of Serbia*, nos. 67/2003, 135/2004, 61/2005, 101/2007, 104/09, 101/2011, 6/2015 and 10/2023.

102 See M. Пајванчић, „О судској власти у уставном систему Србије у контексту међународних стандарда“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад, 3/2011, 7–21.

the normative definition of universal jurisdiction, its too broad definition can be observed.

Universal jurisdiction is determined in the criminal law of Bosnia and Herzegovina in such a way that the nomotechnique followed was taken from the Criminal Code of the former SFRY. The positive aspects of this determination are that it is a conditional universal jurisdiction, and the suspect's presence on the territory of Bosnia and Herzegovina is required. In addition to this condition, double criminality, the amount of the threatened penalty and the principle *aut dedere aut judicare* are required. On the other hand, the critics that can be directed at such determination of universal jurisdiction is that general clauses were used in a certain segment. First of all, it refers to the segment which prescribes double criminality („according to that legislation“). The following question is rightly asked - what was the intention of the legislator with such determination of this punishment? Does this provision refer to the legislation of BiH when domestic authorities apply universal jurisdiction or to the country in which the crime was committed? The same critics can be directed at the entity laws, with the fact that the CC BDBiH additionally clarifies that criminal prosecution shall be undertaken if it is a criminal offense and according to the law of the country in which the offense was perpetrated.

The amount of the threatened penalty is also not adequately applied. By limiting, or rather by prescribing the minimum of threatened sentence (over five years), *ratio legis* of universal jurisdiction itself is lost. Its *ratio legis* is not in the amount of the threatened punishment, but in the seriousness of the international crimes and acts for which it is prescribed. In this way, universal jurisdiction is also used for „ordinary“ criminal offenses, thereby losing its universality.

Finally, we believe that universal jurisdiction should be made internationally binding through its internationalization. The best way to do this is to adopt an international convention on universal jurisdiction within the framework of the UN. Universal jurisdiction without an international convention is more permissive than mandatory in nature.

## BIBLIOGRAPHY

- Arajärvi N., „Looking Back from Nowhere: Is There a Future for Universal Jurisdiction over International Crimes?“, *Tilburg Law Review*, vol. 16, 2011.
- Arbour L., „Will the ICC have an Impact on Universal Jurisdiction?“, *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, 3/2003.
- Bantekas I., „The principle of mutual recognition in EU criminal law“, *European Law Review*, 2007.
- Bassiouni M.C., *International Extradition: United States Law and Practice*, 3rd ed., Oxford Scholarly Authorities on International Law, 1995.
- Bassiouni M.C. „Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice“, *Virginia Journal of International Law Association*, 2001.

- Baumruk P., „Universal Jurisdiction: A Tool against Impunity”, *Czech Yearbook of Public and Private International Law*, vol. 4, 2013.
- Bekou O., Cryer R., „The International Criminal Court and Universal Jurisdiction: A close encounter?“, *International and Comparative Law Quarterly*, Nottingham, Vol. 56, 1/2007.
- Benavides L., „The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope“, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. I, 2001.
- Blaas F. C., *Double Criminality in International Extradition Law*, The University of Stellenbosch, 2003.
- Butler, A. H., „The Doctrine of Universal Jurisdiction: A Review of the Literature“, *11 Crim. L. F.*, 2000.
- Chadwick M., „Piracy and the Origins of the Universal Jurisdiction: On Stranger Tides“, *The American Journal of International Law*, Vol. 114, 3/2020.
- Cowles W.B. „Universality of Jurisdiction over War Crimes“, *California Law Review*, Vol. XXXIII, 2/1945.
- Derenčinović, D., „Doseg isključenja provjere dvostruke kažnjivosti iz Zakona o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima s državama članicama Europske unije“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, Vol. 21, 2/2014.
- Eser A., „Common Goals and Different Ways in International Criminal Law, Reflections from a European Perspective“, *31 Harv. Int. LJ.*, 1990.
- Fletcher, G. P., „Against Universal Jurisdiction“, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, 3/2003.
- Garačić, A., *Zakon o pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima s državama članicama Europske unije u sudskoj praksi*, Libertin naklada, Rijeka, 2015.
- Gardocki L., „Double Criminality in Extradition Law“, *Israel Law Review*, Volume 27, 1-2/1993.
- Gilbert G., *Aspects of Extradition Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1991.
- Feller S.Z., „The Significance of the Requirement of Double Criminality in the Law of Extradition“, *10 Is. L. R.*, 1975. (Hebrew University of Jerusalem Legal Research Paper).
- Fitzgerald, E., „Recent Human Rights Developments in Extradition Law & Related Immigration Law“, *The Denning Law Journal*, 25, 2013.
- Finkelman P., „International Extradition and Fugitive Slaves: The John Anderson Case“, *Brooklyn Journal of International Law*, 18(3), 1992.
- Ganić, S., Ćorović E., „Principi univerzalnog važenja krivičnog zakonodavstva i pitanje državnog suvereniteta“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2013.
- Hafen J. O. „International Extradition: Issues arising under the Dual Criminality Requirement“, *Brigham Young University Law Review*, 1/1992.
- Hovell D., „The Authority of Universal Jurisdiction“, *The European Journal of International Law*, Vol. 29 no. 2, Oxford University Press, 2018.
- Jospović I., „Pravni i politički aspekti spora Hrvatske i Srbije o nadležnosti za ratne zločine“, *Hrvatski ljetopis za kazneno znanosti i praksu*, Zagreb, vol. 24, 2017.
- Kelly M. J., „Cheating Justice by Cheating Death: The Doctrinal Collision for Prosecuting Foreign Terrorists - Passage of Aut Dedere Aut Judicare, Customary

- Law & Refusal to Extradite Based on the Death Penalty“, *20 Ariz. J. Int'l & Comp. L.*, 2003.
- Kenneth R., „Universal jurisdiction under International Law“, *Texas Law Review*, no. 66, 1988.
- Konstantopoulou Z., „Universal jurisdiction“, *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 80, 3-4/2009.
- Kontorovich E., „A Positive Theory of Universal Jurisdiction“, *80 Notre Dame Law Review*, 2004.
- Krapac, D., „Okvirna Odluka vijeća (Europske unije) od 13. VI. 2002. godine o europskom uhidbenom nalogu (EUN) i postupcima predaje između država članica (2002/584/PUP)“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 64, 5-6/2014.
- Kres, C., „Universal Jurisdiction over International Crimes and the Institut de Droit international“, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4 (3), 2006.
- Lafontaine F., „Universal Jurisdiction - the Realistic Utopia“, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 5/2012.
- Langer M., „The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes“, *The American Journal of International Law*, Vol. 105, 1/2011.
- Madeline H. M., „Universal Jurisdiction in a Divided World: Conference Remarks“, *35 New Eng. Law Review*, 2001.
- Mujkanović A., *Univerzalna krivičnopravna jurisdikcija u nacionalnom i međunarodnom krivičnom pravu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet, Univerzitet u Zenici, 2022.
- Munivrana M., „Univerzalna jurisdikcija“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, Vol. 13, 1/2006.
- Munivrana M.P., Novoselec, P., „Univerzalno načelo u hrvatskom kaznenom pravu, posebno s osvrtom na odnos Zakona o primjeni statuta Međunarodnog kaznenog suda i Kaznenog zakona“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, Zagreb, Vol. 24, 2/2017.
- Nils, J. (ed.), *Double Criminality - Studies in International Criminal Law*, Uppsala, 1989.
- Пајванчић М., „О судској власти у уставном систему Србије у контексту међународних стандарда“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, Нови Сад, 3, 2011.
- Philippe X., „The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh?“, *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, number 862, June 2006.
- Plachta M., „The Role of Double Criminality in International Cooperation in Penal Matters“ in Jareborg, N., ed., *Double Criminality. Studies in International Criminal Law*, Uppsala 1989.
- Rabinovitch R., „Universal Jurisdiction in Absentia“, *Fordham International Law Journal*, Vol. 28, 2005.
- Ryngaert C., „Universal Jurisdiction in an ICC Era“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 46/2006.

- Simović N. M., Simović M.V., Govedarica M., *Krivično procesno pravo II*, peto izdanje (izmijenjeno i dopunjeno), Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo, 2021.
- Simović N. M., Blagojević M., Simović, M.V., *Međunarodno krivično pravo*, treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, 2023.
- Scharf M. P., „Universal Jurisdiction and the Crime of Aggression“, *Harvard International Law Journal*, Vol. 53, no. 2/2012.
- Shearer L.A., *Extradition in International Law*, Manchester University Press, 1971.
- Softić S., „Međunarodna jurisdikcija u krivičnim stvarima“, *Kriminalističke teme*, Fakultet za kriminalistiku, kriminologiju i sigurnosne studije, Sarajevo, 1-2/2013.
- Starkey J.G., „Trial in Absentia“, *St. John's Law Review*, 1978, 53 (4).
- Swart B., „Human Rights and the Abolition of Traditional Principles“ in Eser, A. and Lagodny, O., eds., *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law*, Freiburg, 1992.
- Škulić M., „Značaj Suda pravde Evropske unije kao segmenta zajedničkih krivičnopravnih/krivičnoprocesnih mehanizama EU u kontekstu dejstva načela *ne bis in idem*“, *Pravni život*, 9/2019.
- Takeuchi M., „Beyond Dichotomy between Deduction and Induction-Critical Appraisal on the Approaches to Universal Jurisdiction“, *Okayama Law Journal*, 2014.
- Träskman O., „Should We Take the Condition of Double Criminality Seriously?“, *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab*, 76, 1989.
- Turudić I., Pavelin Borzić T., Bujas, I., Odnos načela uzajamnog priznavanja/povjerenja i provjere dvostruke kažnjivosti“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta, Rijeka*, 1991.
- Vervaele, J., „The transnational *ne bis in idem* principle in the EU: mutual recognition and equivalent protection of human rights“, *Utrecht Law Review*, 2005.
- Vešović, M., „Jedan aspekt univerzalne jurisdikcije u savremenom krivičnom pravu“, *Strani pravni život*, Institut za uporedno pravo, Beograd, god. 63, 1/2019.
- Vešović M., „Osnovne karakteristike univerzalne jurisdikcije u savremenom krivičnom pravu“, *Strani pravni život*, Beograd, god. LXIV, 3/2020.
- Zuccotti S., *The Holocaust, the French, and the Jews*, Lincoln, University of Nebraska Press, 1999.
- Zulfu Oner, M., „The principle of Universal jurisdiction in International Criminal Law“, Justice Academy of Turkiye, Issue 12, 2016.

*Akademik prof. dr Miodrag N. Simović\**

*Prof. dr Vladimir M. Simović\*\**

## UNIVERZALNA JURISDIKCIJA U KRIVIČNOM PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE

### *Rezime*

*Univerzalna krivičnopravna jurisdikcija predstavlja jedno od načela teritorijalnog važenja krivičnog zakonodavstva. Radi se o primjeni krivičnog zakonodavstva neke države na osobe koje nisu njihovi državljani niti su počinili krivično djelo protiv njihovih državljana ili te države, niti je to djelo počinjeno na teritoriji te države. Dakle, radi se o odstupanju od klasičnih postavki krivičnog prava u pogledu teritorijalnog važenja. U prvom planu nije veza između konkretne države i izvršenog krivičnog djela, već interesi cjelokupne međunarodne zajednice. Riječ je o nacionalnom procesuiranju, u prvom redu međunarodnih krivičnih djela.*

*U krivičnom zakonodavstvu BiH univerzalna jurisdikcija uređena je po uzoru na Krivični zakon bivše SFRJ. Radi se o preširokom određenju univerzalne jurisdikcije, i to i u kontekstu na koja krivična djela je primijeniti, tako korištenja generalnih i nejasnih klauzula. Pored kvalitetnog uređenja na nacionalnom nivou, za efikasnu primjenu univerzalne jurisdikcije ključni su i međudržavni sporazumi, kojima se dodatno unapređuje međunarodna krivičnopravna saradnja, u smislu ustupanja dokaza, predmeta itd.*

*U radu je dat prikaz odgovarajućih odredbi iz Krivičnog zakona BiH, sa posebnim osvrtom na ključne elemente uslova univerzalne jurisdikcije. Nastojeći dati odgovore na postavljena pitanje, autori analiziraju i univerzalnu jurisdikciju kao predmet spora među državama. Zaključno, autori daju i određene de lege ferenda prijedloge.*

**Ključne riječi: univerzalna jurisdikcija, teritorijalno važenje, krivično djelo, krivični zakon, Bosna i Hercegovina.**

---

\* Redovni član Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Bihaću, profesor emeritus, [msimovic@anubih.ba](mailto:msimovic@anubih.ba), <https://orcid.org/0000-0001-5116-680X>.

\*\* Tužilac Tužilaštva BiH i redovni profesor Fakulteta za bezbjednost i zaštitu Nezavisnog univerziteta u Banjoj Luci, [vlado\\_s@blic.net](mailto:vlado_s@blic.net), <https://orcid.org/0009-0002-9640-6488>.

**Milica Kolaković-Bojović, PhD\*** DOI: 10.51204/Zbornik\_UMKP\_24106A  
**Originalni naučni rad**

## **ELECTION OF JUDGES OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: TOWARDS INTEGRITY AND TRANSPARENCY OF THE NATIONAL NOMINATION PROCEDURES**

*Abstract: The election of judges to the International Criminal Court (ICC) is a critical process that shapes the Court's legitimacy and effectiveness. This paper delves into the normative framework governing the election of ICC judges, explores the challenges arising from the past election cycles, examines national nomination procedures in the State Parties, and discusses the efforts to enhance these procedures. By scrutinizing these aspects, the paper aims to contribute to the ongoing discourse on improving the democratic legitimacy of the ICC through the lens of the recent, ongoing and the forthcoming activities of the Advisory Committee for nomination of judges of the International Criminal Court (ACN), but also with respect of the role that in that plays the Assembly of ICC (ASP). Since ACN plays a pivotal role in enhancing the nomination procedures for ICC judges, it has been actively engaged in developing non-binding instruments aimed at improving the transparency, inclusivity, and integrity of the nomination process. These efforts were made in response to the challenges identified in past election cycles, including concerns regarding the quality of candidates and nomination process itself, gender and geographical representation, and overall fairness.*

**Keywords: International Criminal Court, election of judges, national nomination procedures, judicial independence, judicial integrity.**

---

\* Milica Kolaković-Bojović, PhD is a Senior Research Fellow in the Institute of Criminological and Sociological Research - Belgrade, Vice-President of the UN Committee on Enforced Disappearances and a member of the Advisory Committee on nomination of judges of the International Criminal Court, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3130-5128?lang=en>, [kolakius@gmail.com](mailto:kolakius@gmail.com). The research preceded to the development of this paper was supported by the Ministry of Science, Technological Development and Innovations through Agreement on the realization and financing of scientific research work SRO in 2024, registration number 451-03-66/2024-03/200039.

## 1. PROLEGOMENA ON IMPORTANCE OF ICC AND ITS JUDGES

The International Criminal Court (ICC) was established in 2002 with the Rome Statute,<sup>1</sup> aiming to prosecute individuals for genocide, war crimes, crimes against humanity, and aggression<sup>2</sup> (Art. 5) when national jurisdictions are unable or unwilling to do so. (Art. 17) Its primary goal is to end impunity for the perpetrators of these heinous crimes and bring justice to the victims.

The ICC's jurisdiction covers crimes committed after July 1, 2002, when the Rome Statute entered into force,<sup>3</sup> and its reach extends globally, regardless of where the crimes occurred. However, it can only prosecute individuals, not states, and operates on the principle of complementarity, meaning it steps in only when national courts are unable or unwilling to prosecute.

Since its establishment, the ICC has faced challenges, including criticism over its selectivity in cases, accusations of political bias, and difficulties in enforcing its arrest warrants. Nevertheless, it has made significant strides in holding individuals accountable for grave international crimes, fostering a culture of accountability, and contributing to the prevention of future atrocities. Despite its limitations, the ICC remains a crucial institution in the pursuit of global justice and the protection of human rights.

Considering such a vital role of the Court, the independence and integrity of ICC judges are paramount for the effectiveness and credibility of the court. As the ultimate arbiters of justice within the ICC, judges must remain impartial and free from external influences to ensure fair and unbiased proceedings.

Independence safeguards judges from political pressure, allowing them to interpret and apply the law objectively. It enables them to make decisions solely based on evidence and legal principles, without fear of reprisal or favouritism towards any party involved.

Integrity is equally crucial, as it upholds the trust of the international community in the ICC's ability to administer justice. Judges must demonstrate honesty, ethical conduct, and adherence to the highest standards of professionalism. Any compromise to their integrity undermines the legitimacy of the court and jeopardizes its ability to fulfil its mandate effectively.

---

1 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, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>, last accessed on March 7<sup>th</sup> 2024.

2 Inserted by resolution RC/Res.6 of 11 June 2010 based on Kampala amendments. See: <https://asp.icc-cpi.int/crime-of-aggression>, last accessed on March 7<sup>th</sup> 2024.

3 Except for the crime of aggression where the Court may exercise jurisdiction only with respect to crimes of aggression committed one year after the ratification or acceptance of the amendments by thirty States Parties. The Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with this article, subject to a decision to be taken after 1 January 2017 by the same majority of States Parties as is required for the adoption of an amendment to the Statute. (Art. 15bis)



Furthermore, the independence and integrity of ICC judges contribute to the court's broader mission of combating impunity for the most serious international crimes. By upholding these principles, judges bolster confidence in the rule of law and demonstrate the ICC's commitment to fairness, accountability, and the protection of human rights on a global scale.

## 2. NORMATIVE AND INSTITUTIONAL FRAME WORK FOR NOMINATION AND ELECTION OF ICC JUDGES AND PRACTICES APPLIED BEFORE 2023 ELECTIONS

### 2.1. The conditions and qualifications required for ICC judges

The Rome Statute sets forth several conditions and qualifications required for individuals to serve as ICC judges. These conditions ensure that judges possess the necessary qualifications, integrity, impartiality, and independence to effectively fulfil their duties in administering international justice:

a) Personality:

Article 36(3)(a) of the Rome Statute stipulates that judges must be "persons of high moral character, impartiality, and integrity."

b) Legal qualifications:

– He/she possess the qualifications required in their respective States for appointment to the highest judicial offices.

c) Experience and Expertise:

Article 36(3)(b) requires judges to have different professional background depending on the State Party preference to nominate them for the list "A" or "B" of candidates, where for the List A it requires of "established competence in criminal law and procedure, and the necessary relevant experience, whether as judge, prosecutor, advocate or in other similar capacity, in criminal proceedings", while for the List B requires "established competence in relevant areas of international law such as international humanitarian law and the law of human rights, and extensive experience in a professional legal capacity which is of relevance to the judicial work of the Court". Therefore, the List A is „reserved“ for legal professionals while List B involves legal experts.

A candidate with sufficient qualifications for both lists may choose on which list to appear. At the first election to the Court, at least nine judges shall be elected from list A and at least five judges from list B. Subsequent elections shall be so organized as to maintain the equivalent proportion on the Court of judges qualified on the two lists. (Art. 36(5)).

d) Language skills:

Article 36(3)(c) emphasizes the importance of judges possessing “an excellent knowledge of and be fluent in at least one of the working languages of the Court“, therefore either English or French.

e) Gender and Geographical Representation:

Article 36(8) of the Rome Statute emphasizes the importance of ensuring gender and geographical representation on the ICC bench. It states that “due account shall be taken of the importance of ensuring representation of the principal legal systems of the world, equitable geographical representation and a fair representation of female and male judges.”

No two judges may be nationals of the same State. A person who, for the purposes of membership of the Court, could be regarded as a national of more than one State shall be deemed to be a national of the State in which that person ordinarily exercises civil and political rights. (Art. 36(7))

Each State Party may put forward one candidate for any given election who need not necessarily be a national of that State Party but shall in any case be a national of a State Party. (Art. 36(4)b)

f) Tenure:

Article 36(9) specifies the tenure of ICC judges, stating that they shall be elected for terms of nine years and may be re-elected, provided they continue to meet the qualifications required for the office.

## 2.2. Nomination and election of ICC judges

The process of nomination and election of ICC judges can be divided in two, probably equally important stages of the process:

- a) The national nomination procedure
- b) The procedure before the ICC,

Where the procedure before ICC can be also divided in two stages:

- Evaluation of candidates by ACN
- Election of judges by ASP

### 2.2.1. National Nomination Procedures

Article 36(4)a rules the nomination procedures to be conducted by the State Parties and requires them to be made either:

- (i) By the procedure for the nomination of candidates for appointment to the highest judicial offices in the State in question;
- or (ii) By the procedure provided for the nomination of candidates for the International Court of Justice in the Statute of that Court.

Nominations shall be accompanied by a statement in the necessary detail specifying how the candidate fulfils the requirements of Article 36, paragraph 3.(b) of the Rome Statute.

Once the nomination period expires, the list of candidates disaggregated by all relevant criteria (list A or B, gender and geographical representation)<sup>4</sup> is published on the ICC ASP web page, together with a full biographical data and the statements elaborating how the candidate meets the criteria prescribed by the Rome Statute.

### 2.2.2. *Evaluation of candidates*

The evaluation of candidates is being done by ACN in the two/stages process. The ACN as expert body composed of 9 independent experts, nationals of States Parties, designated by the Assembly of States Parties by consensus on recommendation made by the Bureau of the Assembly also made by consensus, reflecting the principal legal systems of the world and an equitable geographical representation, as well as a fair representation of both genders, based on the number of States Parties to the Rome Statute. Members of the Committee are drawn from eminent interested and willing persons of a high moral character, who have established competence and experience in criminal or international law. Members of the Committee are not the representatives of States or other organizations and serve in their personal capacity. Therefore, they are not allowed to take instructions from States Parties, States or any other organizations or persons. Furthermore, any member who is a national of a State Party shall not participate in the assessment of candidates nominated by that State Party.<sup>5</sup>

In order to fulfil its mandate, according to the Terms of Reference (ToR)<sup>6</sup> ACN is in charge of the following tasks:

- (a) developing a common questionnaire for all nominees that asks them to explain: i) their experience in managing complex criminal proceedings; ii) their experience in public international law; iii) specific experience in gender and children matters; iv) track record of impartiality and integrity; and v) fluency in one of the working languages of the Court; and provide all nominees the option to make their answers to the questionnaire public;
- (b) asking nominees to demonstrate their legal knowledge by presenting relevant evidence;
- (c) checking candidates' references and any other information publicly available;

---

4 See e.g. [https://asp.icc-cpi.int/sites/default/files/asp\\_docs/ICC-ASP-EJ2023-AllCategories.pdf](https://asp.icc-cpi.int/sites/default/files/asp_docs/ICC-ASP-EJ2023-AllCategories.pdf), last accessed on March 7<sup>th</sup> 2024.

5 Consolidated Terms of Reference for the Advisory Committee for nomination of judges of the International Criminal Court, paras. 1-3.

6 These Terms of Reference were originally adopted by the Assembly of States Parties via resolution ICC-ASP/10/Res. 5, para. 19, and subsequently amended by resolutions ICC-ASP/13/Res. 5, annex III, and ICC-ASP/18/Res. 4, annex II.

- (d) creating a standard declaration for all candidates to sign that clarifies whether they are aware of any allegations of misconduct, including sexual harassment, made against them;
- (e) assessing practical skills such as the ability to work collegially; knowledge of different legal systems; and exposure to and understanding of regional and sub-regional political, social, and cultural environments;
- (f) documenting the national-level nomination processes in the nominating State Parties; and
- (g) reporting on the above aspects.

It is important to mention that the ACN mandate initially didn't involve all the above-mentioned tasks. Namely, its mandate has been extended by ASP resolution in 2019<sup>7</sup> to include, in addition to those tasks, the mandate covered by par. 8 *bis*. which refers to the “confidential, provisional assessment” of candidates. Namely, the Committee shall also, upon request by a State Party, provide a confidential, provisional assessment of the suitability of a potential candidate of that State Party. Such a provisional assessment shall be based solely on information submitted to the Committee by the State Party concerned, and shall not require the Committee to communicate with the potential candidate. A request for a provisional assessment of a potential candidate shall be without prejudice to the decision of the State Party to nominate or not nominate that potential candidate. “Any provisional assessment shall also be without prejudice to the evaluation of that individual by the Committee, should they be nominated by a State Party. The number of Committee members responsible for conducting a provisional assessment of a potential candidate shall be limited to three. In the case of a candidate being nominated by a State Party after a provisional assessment, the Committee members that conducted the provisional assessment of the candidate shall recuse themselves from the formal evaluation of that candidate.”

In practice, ACN publishes the list of nominated candidates on the ICC website, along with their biographical information and statements outlining their vision and priorities as prospective judges.

This transparency allows State Parties, civil society organizations, and other stakeholders to review and assess the qualifications and suitability of the nominees.

The evaluation process starts with the development of the uniform questionnaires prepared by ACN to be answered by the candidates and made publicly available. The candidates should also sign a standard declaration for all candidates that clarifies whether they are aware of any allegations of misconduct, including sexual harassment, made against them.

At the second stage, the candidates are interviewed by ACN (closed for the public). In 2023 election cycle, each interview lasted 85 minutes.

---

7 ICC-ASP/18/Res.4 Resolution on the review of the procedure for the nomination and election of judges, Adopted at the 9th plenary meeting, on 6 December 2019, [https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp\\_docs/ASP18/ICC-ASP-18-Res4-ENG-PEJ-resolution-10Dec19-%20AM%201728.cln.pdf](https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP18/ICC-ASP-18-Res4-ENG-PEJ-resolution-10Dec19-%20AM%201728.cln.pdf), last accessed on March 12th 2024.

Based on the answers provided in the questionnaires and during the interview, ACN evaluates their knowledge and skills as required by the art. 36 of the Rome Statute and prepares the report to the ASP which at the final stage elects the ICC judges.

### 2.2.3. *Election of Judges*

The election of ICC judges takes place during sessions of the Assembly of States Parties, with each State Party casting votes for their preferred candidates.

Candidates are elected based on a two-thirds majority vote, with a minimum threshold for gender and geographical representation to ensure diversity on the ICC bench.

The election process may involve multiple rounds of voting until the required majority is achieved for all vacant positions.

The Bureau of the Assembly of States Parties shall fix the date of the election. The Secretariat of the Assembly of States Parties shall prepare, in accordance with article 36, paragraph 5, of the Statute, two lists of candidates in English alphabetical order. The election of judges shall be a matter of substance, and subject to the requirements of article 112, paragraph 7(a), of the Statute. The persons elected to the Court shall be the 6 candidates who obtain the highest number of votes and a two-thirds majority of States Parties present and voting, provided that an absolute majority of the States Parties constitutes the quorum for voting. When two or more candidates of the same nationality obtain the required majority, the candidate who receives the higher number of votes shall be considered elected.<sup>8</sup>

States Parties shall, in the election of judges, take into account the need for the representation of the principal legal systems of the world, equitable geographical representation and a fair representation of female and male judges. They shall take into account the need to include judges with legal expertise on specific issues, including, but not limited to, violence against women and children. During any given ballot, each State Party shall vote for no more candidates than seats to be filled, whereby it shall observe the minimum voting requirements regarding lists A and B, regional groups and gender.<sup>9</sup>

### 2.2.4. *Appointment and Swearing-In:*

Following the election, successful candidates are formally appointed as ICC judges by the ASP President in the official ceremony including taking an oath.<sup>10</sup>

8 ICC-ASP/16/INF.2, Informal guide and commentary to the procedure for the nomination and election of judges of the International Criminal Court\*, Sixteenth session New York, 4-14 December 2017, paras. 13-16.

9 ICC-ASP/16/INF.2, Informal guide and commentary to the procedure for the nomination and election of judges of the International Criminal Court, Sixteenth session New York, 4-14 December 2017, paras. 19-20.

10 The standardised text of the solemn declaration stating: "I solemnly undertake that I will perform my duties and exercise my powers as a judge of the International Criminal

### 3. OVERVIEW OF PREVIOUS ELECTION CYCLES AND THE CHALLENGES ENCOUNTERED DURING ELECTIONS

Above-described nomination, evaluation and election mechanism are being subject of criticism not only internally, in the Court itself. Even more, there has been some criticism of the existing system of nomination and election of ICC judges present in the public discourse, too, mostly in academic circles and NGO community. While the ICC's judicial selection process is designed to be transparent and merit-based, some stakeholders have raised concerns about certain aspects of the process.

Here are some common criticisms:

#### a) Lack of Diversity:

Critics argue that the current nomination and election process does not always result in a sufficiently diverse bench in terms of gender, geographical representation, and legal backgrounds. This lack of diversity may undermine the Court's legitimacy and effectiveness in addressing a wide range of international crimes.

#### b) Influence of Political Considerations:

Some observers raise concerns that political considerations, rather than merit and qualifications, may sometimes influence the nomination and election of ICC judges. This could lead to the appointment of judges who prioritize the interests of certain states over the impartial administration of justice.<sup>11</sup>

#### c) Limited Transparency:

The nomination and election process for ICC judges involves closed-door negotiations and voting among State Parties, which may limit transparency and public accountability. Critics argue that greater transparency in the selection process could enhance confidence in the integrity of the ICC judiciary.

#### d) Complexity and Length of Process:

The nomination and election process for ICC judges can be lengthy and complex, involving multiple rounds of voting and negotiations among State Parties. This complexity may impede the timely selection of qualified judges and delay the Court's judicial functions.<sup>12</sup>

---

Court honourably, faithfully, impartially and conscientiously, and that I will respect the confidentiality of investigations and prosecutions and the secrecy of deliberations".

11 See e.g. A. Rass, M. E. Vingoli, *Elect the Best in Upcoming ICC Judicial Elections Member Countries' Votes Should be Exclusively Merit-Based*, November 29<sup>th</sup>, 2023, last accessed on March 11<sup>th</sup> 2024.

12 See e.g. S. Barriga, *Election Rules for ICC Judges: A Balanced Bench Through Quasi-Quotas*, <https://www.ejiltalk.org/election-rules-for-icc-judges-a-balanced-bench-through-quasi-quotas/>, last accessed on March 11<sup>th</sup> 2024.

e) Need for Reform:

Some stakeholders have called for reforms to the nomination and election process to address these criticisms and enhance the transparency, inclusivity, and effectiveness of the ICC judiciary. Proposed reforms may include changes to the nomination criteria, increased transparency in the selection process, and efforts to promote diversity on the ICC bench.

These highlights have been transformed into the official recommendation in the Report following the Review of the International Criminal Court and the Rome Statute system functioning (hereinafter: IER).<sup>13</sup>

## 4. HOW TO IMPROVE THE PROCESS OF NOMINATION AND ELECTION?

### 4.1. Independent Review and the Facilitation Process

In 2020 the ICC conducted IER of the functioning of the Court aimed at improvement of different aspects of the functioning of the court. The report produced within that process included a set of recommendations including those referring to the election of judges.

During the review, the Group of experts has conducted a number of interviews<sup>14</sup> as well as a comprehensive documentation review, prior to presenting the Final Report<sup>15</sup> presented on September 30<sup>th</sup> 2020.

The IER Report addressed also the processes of nomination, evaluation and election of judges, resulting in the list of recommendations. These recommendations fall under “Chapter XX: Improvement of the system of nomination of judges” (recommendations R371-R380) in the IER Experts’ 2020 report, including the two main recommendations:

13 Established by the ICC-ASP/18/Res.7, [https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp\\_docs/ASP18/ICC-ASP-18-Res7-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP18/ICC-ASP-18-Res7-ENG.pdf), last accessed on March 8<sup>th</sup> 2024. For more information on the Review of the International Criminal Court and the Rome Statute system functioning see: <https://asp.icc-cpi.int/Review-Court>, last accessed on March 8<sup>th</sup> 2024.

14 During the consultations phase (January – April), the IER held a total of 272 interviews and meetings with 243 current and former officials, staff and external defence and victims representatives. These took place alongside meetings with the Heads of Organs, the Staff Union Council, 9 States parties, 12 ASP bodies, 54 NGOs and 6 academics. Further details on the consultations held can be found in the appendix to the report. See: [https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp\\_docs/ASP19/IER-Interim%20Report%20Chair%20Message-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP19/IER-Interim%20Report%20Chair%20Message-ENG.pdf), last accessed on March 8<sup>th</sup> 2024.

15 Report of the Independent Expert Review of the International Criminal Court and the Rome Statute System, [https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp\\_docs/ASP19/IER-Final-Report-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP19/IER-Final-Report-ENG.pdf), last accessed on March 8<sup>th</sup> 2024.

**Recommendation R376**

“The ASP should initiate a process leading to the harmonisation of the nomination procedures followed by States Parties. That should include requiring States Parties providing in the course of 2021 information and commentary on their own existing or prospective procedures for nomination of candidates to the Court.”

**Recommendation R377**

“In time for the election of Judges in 2023, the Working Group on Nomination and election of Judges should compile a set of criteria which should be applied in national level nomination processes along with guidelines on the conduct of the nomination process.”

“The relevant recommendations of the Independent Expert Review (IER) on the election processes were allocated to the facilitation per the ‘Comprehensive action plan for the assessment of the recommendations of the Group of Independent Experts, including requirements for possible further action’ (‘Comprehensive Action Plan’)<sup>16</sup>, which had been proposed by the Review Mechanism on 30 June 2021 and adopted by the Bureau on 28 July.”

The facilitation process and an intensive debate among State Parties were done in accordance with the ICC ASP Resolution ICC-ASP/19/Res. 7 that “welcome[d] the report and recommendations of the Independent Expert Review contained in the document entitled ‘Independent Expert Review of the International Criminal Court and the Rome Statute System - Final Report’, dated 30 September 2021”, and “decide[d] to establish a Review Mechanism, under the auspices of the Assembly”.<sup>17</sup>

The Facilitation process has resulted in the Report submitted pursuant to the mandate given to the facilitation of the New York Working Group of the Bureau (“Working Group”) on the review of the procedure for the nomination and election of judges based on resolution ICC-ASP/19/Res.6, in which the Assembly of States Parties (“Assembly”) decided “to continue to review the procedure for the nomination and election of judges as set forth in resolution ICC-ASP/3/Res.6 as amended, with a view to making any improvements as may be necessary.”<sup>18</sup>

The main focus of the Working Group was on the future steps in improvement of the national nomination procedures, where there is a predominate question on how to balance the need to overcome identified challenges, but also to stay in line with the ACN mandate and the Rome Statute as well as to provide for the

16 Comprehensive action plan for the assessment of the recommendations of the Group of Independent Experts, including requirements for possible further action, in particular section XX, “Improvement of the system of nomination of judges” (see recommendations 371–380): [https://asp.icc-cpi.int/EN\\_Menu/asp/review-court/pages/action-plan.aspx](https://asp.icc-cpi.int/EN_Menu/asp/review-court/pages/action-plan.aspx), last accessed on March 11th 2024.

17 ICC-ASP/19/Res.7, [https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp\\_docs/ASP19/ICC-ASP-19-Res7-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP19/ICC-ASP-19-Res7-ENG.pdf), last accessed on March 8th 2024.

18 Report to the Bureau on the review of the procedure for the nomination and election of judges ICC-ASP/20/30



“politically acceptable solutions” for the State Parties not jeopardizing their sovereignty in governing national nomination procedures.

This attitude was already visible in the ASP in its Resolution ICC-ASP/20/Res.5<sup>19</sup> which refers to the resolution ICC-ASP/18/Res.4 and invited the States Parties to consider the compendium of submissions from States Parties, and the reference document of practices that could be taken into account when States Parties are establishing or utilizing national nomination procedures, as prepared by the Advisory Committee on Nominations. (par. 76)

Some States Parties at the time also recognised the capacity of the compendium of the national nomination procedures to be seen as a work in progress and updated two years before each election of judges.

The discussion resulted in the amended wording of the Recommendations 376 and 377 in the following way:

#### ***New Recommendation R376***

Instead of the “process leading to harmonization of national nomination procedures”, “preparation of a non-binding document for the attention of States Parties when forming or amending the rules governing their national nomination procedures was agreed.”

#### ***New Recommendation R377***

Modifications concern “preparation of a non-binding document for the attention of States Parties when forming or amending the rules governing their national nomination procedures” instead of “a set of criteria which should be applied in national nomination procedures along with guidelines on their conduct.”

Such modification of the recommendations was reflected in the ASP resolution ICC-ASP/21/Res.2 (Annex III Amendment(s) to the resolution ICC-ASP/18/Res.4) adopted in December 2022<sup>20</sup> which brought the following novelties in ACN mandate:

- a) ASP requested the Advisory Committee on Nominations of Judges, in consultation with States and other relevant stakeholders, to prepare and present at the earliest possible date, but no later than the twentieth session of the Assembly of States Parties, a compendium of submissions from States Parties explaining the national nomination procedures for ICC judges.
- b) Further requests the Advisory Committee on Nomination of Judges, in consultation with States Parties and other relevant stakeholders, to prepare,

19 ICC-ASP/20/Res.5, *Adopted at the 8th plenary meeting, on 9 December 2021*, [https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp\\_docs/ASP20/ICC-ASP-20-Res5-AV-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP20/ICC-ASP-20-Res5-AV-ENG.pdf), last accessed on March 8th 2024.

20 ICC-ASP/21/Res.2 *Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties (Annex III Amendment(s) to the resolution ICC-ASP/18/Res. 4) Adopted at the 9th plenary meeting, on 9 December 2022*, <https://asp.icc-cpi.int/sites/default/files/2022-12/ICC-ASP-21-Res2-ENG.pdf>, last accessed on March 12<sup>th</sup> 2024.

in light of the compendium presented under paragraph 7 as well as additional submissions of States Parties under paragraph 6, guidelines for the national-level nomination procedures and bring them to the attention of States Parties at the earliest possible date, but no later than twenty-third session of the Assembly.

## 4.2. Efforts made so far to improve national nomination procedures and evaluation procedures

The 2023 election process has also included the three important elements contributing to the quality and transparency of the procedure before the ACN and ACP:

### a) Steps towards improvement of the national nomination procedures

Following the ASP Resolution, the Committee has started its work on preparing the compendium of information on the national nomination procedures in 2022. However, this process has been challenged by the small number of received submissions by the States Parties. “Pursuant to notes verbales sent by the Secretariat in 2020, 2021 and 2022 requesting States Parties to submit information on their national nomination procedures, a total of 30 States Parties had submitted the information requested”.<sup>21</sup> Triggered by this, the Committee “was of the view that additional submissions were required in order for it to effectively carry out this mandate. The Committee called upon all States Parties to submit to the Secretariat “information and commentary on their own existing or prospective national nomination and selection procedures” as soon as possible, in order to facilitate its work on the preparation of the guidelines.” (para. 21)

As of March 2024, only 32 States Parties have submitted information on the national nomination procedures<sup>22</sup> which makes just a one third of the State Parties. Namely, 124 countries are States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court.<sup>23</sup> Therefore, the current version of Compendium<sup>24</sup> remains to be updated once additional information is available. However, this low number of submissions opens a fully a legitimate question:

- 
- 21 ICC-ASP/21/4, Report of the Advisory Committee on Nominations of Judges on the work of its eighth session, Par. 6, <https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/2022-11/ICC-ASP-21-4-ENG.pdf>, last accessed on March 12<sup>th</sup> 2024
  - 22 Submissions from States Parties on national nomination procedures: <https://asp.icc-cpi.int/ACN/2020-National-Procedures>, last accessed on March 8<sup>th</sup> 2024.
  - 23 Out of them 33 are African States, 19 are Asia-Pacific States, 19 are from Eastern Europe, 28 are from Latin American and Caribbean States, and 25 are from Western European and other States.
  - 24 Advisory Committee on Nominations of Judges Compendium of national nomination procedures, <https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/2022-10/ACN-NominationProcedures-ENG-14Oct22-1350.pdf>, last accessed on March 13<sup>th</sup> 2024.

Whether this low number of submissions can be explained by the absence or deficiency of the national nomination procedures that make the States Parties keep silent about them? It seems that answer is positive, which means that efforts need to be doubled to develop a non/binding instrument and to guide the States Parties to implement it in their own legislation and practice.

#### b) Language test

2023 election cycle has also brought an important novelty developed to address the issues recognised in the previous election cycles. Namely, ACN identified insufficient knowledge of the two working languages of ICC for some candidates. However, it was difficult to adequately reflect this in the reports since ACN members are not qualified to professionally assess the language skills.

This situation triggered the ANC decision to outsource this part of the assessment to the Registry's Language Services Section that prepared language test for candidates. In 2023 election cycle this test was on voluntary basis. It is interesting (and probably also worrying) that only 6 of 14 candidates accepted to be tested. It is worthy to think about two possible options:

- To make the language test obligatory for the upcoming election cycles, and/or
- To incorporate mandatory language test in the national nomination procedure.

#### c) Vetting process

Similarly, as for the language skills it is difficult for ACN to make an assessment of the Rome Statute requirement referring to "high moral character" of candidates for ICC judges. Therefore, ACN decided to delegate this part of assessment to the Independent oversight mechanism (IOM) resulting into the report on each candidate presented to the ASP.

This review process is designed to provide an additional layer of oversight and accountability to the ICC's judicial selection process, enhancing transparency and confidence in the Court itself. The IOM may conduct background checks, verify credentials, and review candidates' records to determine their suitability for appointment as ICC judges.

#### d) The roundtable discussions with candidates proposed by ACN

For the first time in 2023 election cycle the round tables were organised with the participation of the candidates, States Parties' representatives and NGOs where the participants were free to pose many questions to the candidates, as way to ensure more merit-based approach of the States Parties during the voting in the ASP. Those round tables were globally broadcasted via UN Web TV.

The primary objective of the roundtable discussions is to enhance transparency and accountability in the nomination process by fostering open dialogue and interaction between candidates, NGOs, and State Parties. These sessions aim

to provide stakeholders with insights into the candidates' qualifications, judicial philosophy, and commitment to the principles of international criminal law and human rights.

The roundtable discussions were organized as moderated panel sessions, with each candidate given an opportunity to present their background, experience, and vision for the ICC judiciary, but guided by the questions posed by participants, namely, representatives from NGOs specializing in international criminal law, human rights, and justice invited to participate in the roundtable discussions. These organizations play a crucial role in advocating for accountability and transparency in the ICC nomination process. Delegates from State Parties to the Rome Statute are also invited to attend the sessions, providing an opportunity for governments to engage directly with the candidates and assess their suitability for the ICC judiciary.

The roundtable discussions cover a wide range of topics relevant to the role of ICC judges, including their understanding of international criminal law, experience in legal practice, familiarity with the ICC's mandate and jurisprudence, and commitment to upholding the principles of justice and accountability. Participants may inquire about candidates' views on specific legal issues, their approach to decision-making, their understanding of the challenges facing the ICC, and their strategies for enhancing the Court's effectiveness and legitimacy.

By providing a platform for dialogue and engagement, these sessions contribute to the selection of highly qualified and credible candidates who are committed to the principles of international justice and the rule of law.

Moreover, the interactions between candidates, NGOs, and State Parties foster mutual understanding and collaboration, strengthening the partnership between civil society and governments in advancing the goals of the ICC. Overall, the roundtable discussions organized by the ACN serve as important mechanisms for promoting transparency, accountability, and stakeholder engagement in the nomination process for ICC judges, ultimately contributing to the integrity and effectiveness of the Court's judiciary.

## 5. THE FORTHCOMING STEPS: GUIDELINES TO IMPROVE NATIONAL NOMINATION PROCEDURES

As earlier elaborated, these guidelines should provide a solid base for the States Parties to either develop or improve national nomination procedure as a prerequisite of ensuring that the process is transparent, merit-based, and free from political interference.

Having in mind the variety of the existing national nomination procedures, but also a non-binding character of Guidelines, it seems that the starting point in their development should be found in the main international and/or regional

instruments on judicial independence and impartiality<sup>25</sup> as well as the best practices for the election of judges of international and regional courts.<sup>26</sup>

In addition to the relevant international standards on judicial independence and integrity, the baseline standards that could also be incorporated in this instrument is already well established in Guidelines on the independence and impartiality of members of the human rights treaty bodies (“the Addis Ababa guidelines”).<sup>27</sup>

When it comes to the process of development the Guidelines, in order to respond to the part of the recommendation referring to inclusiveness of the process of developing such an instrument, but also to make the process of the adoption efficient and transparent, ACN decided to proceed with the development of the “zero draft” Guidelines to be transferred to the State Parties to comment upon it and to make suggestions, but also to ensure that the Committee adopts the Guidelines in autumn 2024 and to submit them to the ASP for their information. Such an approach shall ensure that the States Parties feel of having a kind of ownership over this document, which should consequently motivate them to use it later in improving/developing their own national nomination procedures. However, in March 2024 this process is still on hold due to the ASP decision not to approve the budget for ACN in person meetings in 2024. In practice, this means that ASP requested ACN to develop the instrument, but not provided it with the necessary means to do that. Having in mind that an amount of this budget is minor comparing with other budget lines, it is difficult to find a reasonable explanation beyond the lack of political will on a side of the States Parties to support this process.

## 6. CONCLUSION

Whether development and/or existence of a non-binding instrument by ACN can motivate/push them to develop or improve those procedures more than

- 
- 25 For more info on applicable standards, see: M. Kolaković-Bojović, “Constitutional Provisions on Judicial Independence and EU Standards”, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade: Journal of Legal and Social Sciences*, 3/2016, 192–204; M. Kolaković-Bojović, „Nezavisnost pravosuđa i efikasnost sudske zaštite kao međunarodni pravni standard i uslov članstva u EU“, *Organizacija pravosuđa i efikasnost sudske zaštite (Evropski standardi i stanje u Srbiji): krivičnopravni aspekti* (ur. S. Bejatović), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Intermex: Beograd, 95–116; M. Kolaković-Bojović, B. Petković, *Položaj pravosuđa u Srbiji - između vladavine prava i samovlašća*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2020; M. Kolaković-Bojović, *Organizacija pravosuđa u Republici Srbiji: reformski okvir i EU standardi.*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2018.
- 26 For more info. see: *Selecting International Judges: Principle, Process and Politics* (discussion paper), Centre for International Courts and Tribunals, University College London [https://www.ucl.ac.uk/international-courts/sites/international-courts/files/selecting\\_int\\_judges.pdf](https://www.ucl.ac.uk/international-courts/sites/international-courts/files/selecting_int_judges.pdf), Last accessed on March 11th 2024.
- 27 Guidelines on the independence and impartiality of members of the human rights treaty bodies (“the Addis Ababa guidelines”, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n12/449/83/pdf/n1244983.pdf?token=41cBvTtUC8ofB24kVe&fe=true>, last accessed on March 11<sup>st</sup> 2024.

the Compendium and information available there in? Probably not. However, supported by several “side mechanisms”, the outcome could be completely different. Namely, even a small additional point in the questionnaire for candidates requesting elaboration on how the guidelines were introduced/followed in the process of nomination of that candidate can make a big difference. Similarly, these questions can be asked by NGOs during the round tables with candidates. Both mechanisms could foster implementation of such non-binding instrument in practice since no States Parties would like to be publicly disclose the nomination procedure which is non transparent and or politicised.

In addition to this, it could be useful if ACN supported by NGOs and academia actively disseminates best practices and lessons learned from previous nomination processes to State Parties and other stakeholders. By sharing experiences and insights, the ACN could seeks to facilitate peer learning and promote the adoption of effective nomination practices that contribute to the integrity and legitimacy of the ICC.

## BIBLIOGRAPHY

- Barriga S., Election Rules for ICC Judges: A Balanced Bench Through Quasi-Quotas, <https://www.ejiltalk.org/election-rules-for-icc-judges-a-balanced-bench-through-quasi-quotas/>, last accessed on March 11<sup>th</sup> 2024.
- Kolaković-Bojović M., “Constitutional Provisions on Judicial Independence and EU Standards”, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade: Journal of Legal and Social Sciences*, 3/2016.
- Kolaković-Bojović M., „Независност правосуда и ефикасност судске заштите као међународни правни стандард и услов чланства у ЕУ“, *Организација правосуда и ефикасност судске заштите (европски стандарди и стање у Србији): кривичноправни аспекти* (ur. S. Bejatović), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Intermex, Beograd.
- Kolaković-Bojović M., Petković B., *Положај правосуда у Србији - између владавине права и самовлашћа*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Beograd, 2020.
- Kolaković-Bojović, M. *Организација правосуда у Републици Србији: реформски оквир и ЕУ стандарди.*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Beograd, 2018.
- Rass, A., Vingoli, M. E., *Elect the Best in Upcoming ICC Judicial Elections Member Countries’ Votes Should be Exclusively Merit-Based*, November 29<sup>th</sup>, 2023.
- Vingoli, M. E., *New ICC Vetting Process Begins for Judicial Candidates, International Criminal Court Members Should Support Robust Screening for all Elections*, April 4th 2023, <https://www.hrw.org/news/2023/04/04/new-icc-vetting-process-begins-judicial-candidates>, last accessed on March 2024.

## OTHER SOURCES

- Advisory Committee on Nominations of Judges Compendium of national nomination procedures, <https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/2022-10/ACN-NominationProcedures-ENG-14Oct22-1350.pdf>, last accessed on March 13<sup>th</sup> 2024.
- Consolidated Terms of Reference for the Advisory Committee for nomination of judges of the International Criminal Court.
- Guidelines on the independence and impartiality of members of the human rights treaty bodies (“the Addis Ababa guidelines”, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n12/449/83/pdf/n1244983.pdf?token=41cBvrTuC8ofB24kVe&fe=true>, last accessed on March 11<sup>st</sup> 2024.
- ICC-ASP/16/INF.2, Informal guide and commentary to the procedure for the nomination and election of judges of the International Criminal Court\*, Sixteenth session New York, 4-14 December 2017.
- ICC-ASP/18/Res.4 Resolution on the review of the procedure for the nomination and election of judges, Adopted at the 9th plenary meeting, on 6 December 2019, [https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp\\_docs/ASP18/ICC-ASP-18-Res4-ENG-PEJ-resolution-10Dec19-%20AM%201728.cln.pdf](https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP18/ICC-ASP-18-Res4-ENG-PEJ-resolution-10Dec19-%20AM%201728.cln.pdf), last accessed on March 12<sup>th</sup> 2024.
- ICC-ASP/19/Res.7, [https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp\\_docs/ASP19/ICC-ASP-19-Res7-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP19/ICC-ASP-19-Res7-ENG.pdf), last accessed on March 8<sup>th</sup> 2024.
- ICC-ASP/20/Res.5, *Adopted at the 8th plenary meeting, on 9 December 2021*, [https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp\\_docs/ASP20/ICC-ASP-20-Res5-AV-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP20/ICC-ASP-20-Res5-AV-ENG.pdf), last accessed on March 8<sup>th</sup> 2024.
- ICC-ASP/21/Res.2 Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties (Annex III Amendment(s) to the resolution ICC-ASP/18/Res.4) Adopted at the 9th plenary meeting, on 9 December 2022, <https://asp.icc-cpi.int/sites/default/files/2022-12/ICC-ASP-21-Res2-ENG.pdf>, last accessed on March 12<sup>th</sup> 2024.
- Report of the Independent Expert Review of the International Criminal Court and the Rome Statute System, [https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp\\_docs/ASP19/IER-Final-Report-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP19/IER-Final-Report-ENG.pdf), last accessed on March 8<sup>th</sup> 2024.
- Report to the Bureau on the review of the procedure for the nomination and election of judges ICC-ASP/20/30.
- 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, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>, last accessed on March 7<sup>th</sup> 2024.
- Selecting International Judges: Principle and Politics (discussion paper), Centre for International Courts and Tribunals, University College London [https://www.ucl.ac.uk/international-courts/sites/international-courts/files/selecting\\_int\\_judges.pdf](https://www.ucl.ac.uk/international-courts/sites/international-courts/files/selecting_int_judges.pdf), Last accessed on March 11<sup>th</sup> 2024.

**Dr Milica Kolaković-Bojović\***

## **IZBOR SUDIJA MEĐUNARODNOG KRIVICHNOG SUDA: U PRAVCU INTEGRITETA I TRANSPARENTNOSTI NACIONALNIH PROCEDURA ZA NOMINOVANJE**

### *Rezime*

*Apstrakt: Izbor sudija međunarodnog krivičnog suda (MKS) je veoma važan process koji utiče na legitimnost i efikasnost suda. Ovaj rad zadire u normativni okvir koji uređuje izbor sudija MKS, istražuje izazove proizaše iz poslednjih izbornih ciklusa, analizira nacionalne procedure nominovanja kandidata od strane Država članica i diskutuje napore koji su učinjeni na unapređenju tih procedura. Produbljujući ove aspekte, rad ima za cilj da doprinese tekućem diskursu o poboljšanju demokratskog legitimiteta MKS-a kroz lupu nedavnih, tekućih i predstojećih aktivnosti Savetodavnog komiteta za nominaciju sudija Međunarodnog krivičnog suda (ACN), ali i u pogledu uloge koju u tom procesu ima Skupština država članica MKS-a (ASP). Pošto ACN igra ključnu ulogu u unapređenju postupaka nominovanja kandidata za sudije MKS-a, aktivno je angažovan u razvoju neobvezujućih instrumenata koji imaju za cilj da poboljšanje transparentnosti, inkluzivnosti i integriteta procesa nominovanja. Ovi napori su napravljeni kao odgovor na izazove identifikovane u prošlim izbornim ciklusima, uključujući zabrinutost u pogledu kvaliteta kandidata i procesa nominacije, rodnu i geografsku zastupljenost i generalno legitimitet.*

**Ključne reči: Međunarodni krivični sud, izbor sudija, nacionalne procedure za nominovanje, sudska nezavisnost, sudijski integritet.**

---

\* Dr Milica Kolaković - Bojović, viši naučni saradnik na Institutu za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu, Potpredsednik UN Komiteta za prisilne nestanke i član Savetodavnog komiteta za nominacije sudija Međunarodnog krivičnog suda, [kolakius@gmail.com](mailto:kolakius@gmail.com). Istraživanje koje je prethodilo izradi ovog rada podržano je od strane Ministarstva nauke, tehnološkog razvoja i inovacija kroz Ugovor o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2024. godini, broj 451-03-66/2024-03/200039.



## THE CRIME AGAINST HUMANITY AND ITS EVENTUAL RECONFIGURATION<sup>1</sup>

*Abstract: This paper aims to specify whether international law can achieve a technical notion of “humanity”, or if it will always remain open to interpretation and disposition by States and other actors in international relations. While the Rome Statute of the International Criminal Court and other legal instruments have constrained the definition of the crime against humanity, the behaviors indicated in these instruments, which are numerous, must always be related to the criterion of humanity. In short, this work approaches some new visions regarding the crime against humanity and its configuration in the Rome Statute.*

**Keywords: crime against humanity, international criminal law, international criminal courts, human rights, Rome Statute.**

### 1. INTRODUCTION

The definition of the crime against humanity still presents difficulties in international law, albeit not as much in criminal legal systems. This occurs despite verifying two undeniable facts: Firstly, crimes against humanity are an especially grave offense for which individuals may be tried by international courts and held

---

\* Full Professor of Public International Law University Rey Juan Carlos of Madrid (Spain), ORCID: 0000-0003-0914-8944, elenacdz1@gmail.com.

1 This paper takes as reference previous works, especially: E. Díaz Galán, “Venezuela ante la Corte Penal Internacional (CPI): algunas cuestiones sobre el crimen de lesa humanidad”, *Revista de Derecho YACHAQ* 14, 2022, 165–184. Additionally, the original article is in Spanish. The article has been prepared within the framework of The 24th International Conference of the International Criminal Law Association will be held in Palić, Serbia, from June 14th to June 17th 2024, on the topic “Relation Between International and National Criminal Law”; and within the Grupo de investigación de alto rendimiento en Libertad, Seguridad y Ciudadanía en el Orden Internacional of the University Rey Juan Carlos de Madrid.

accountable under international law. According to A. Gil, “crimes against humanity constitute the central category of international crimes in contemporary international criminal law. This means that their commission entails direct individual criminal responsibility under international law”<sup>2</sup>. This consequence of responsibility is fundamental, as it implies granting the individual international legal personality as the holder of international obligations.<sup>3</sup> This appreciation, which might be irrelevant in domestic legal systems, nevertheless, carries profound significance on the international stage. The acceptance of international crimes, not only against humanity, signifies a qualitative leap in the international system. Furthermore, from a normative perspective, significant advances have been made to define and regulate the crime against humanity<sup>4</sup>. The scholarly doctrine has addressed the components of this crime and has detailed the defining features of the criminal offense. Furthermore, the adoption of the Rome Statute in 1998 provides a useful definition of the crime against humanity.

In both state practice and scholarly discourse, there is no consensus regarding the definition and determination of the “concept of humanity” that characterizes this type of crime.<sup>5</sup> Over a century ago, A. Rouger, in a celebrated analysis of humanitarian interventions, emphasized the difficulty of establishing a notion of humanity universally accepted in the international order, and questioned who should assume the representation of humanity. The issue remains unresolved. This author stated that “there is a rule of law that is imperative, general, mandatory for every State and every individual, superior to national legislations and international agreements, constituting a common right of humanity”<sup>6</sup>. He even noted, not insignificantly, that “the notions of humanity and inhumanity vary with races, climates, religions, and epochs, with the psychic and moral sensitivity of individuals”<sup>7</sup>.

This work aims to specify whether International Law can achieve a technical notion of “humanity”, or if it will always remain open to interpretation and disposition by States and other actors in international relations. While the Rome Statute of the International Criminal Court and other legal instruments have constrained the definition of the crime against humanity, the behaviors indicated in these instruments, which are numerous, must always be related to the criterion of humanity.

2 A. Gil, “Crímenes contra la humanidad”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* 10, 2016, 202 (own translation).

3 Según F. Mariño Menéndez en el “Contemporary International Law has progressively recognized that in some cases an individual may incur responsibility *stricto sensu* under international law”, *Derecho Internacional Público. Parte General*, Madrid, 2005, 219 (own translation).

4 K. Ambos, S. Wirth, “The current law of crimes against humanity. An analysis of UNTAET regulation 15/2000”, *Criminal Law Forum* 13, 2002, 1–90.

5 F. Mariño Menéndez, following the thought of R. J. Dupuy, it is stated that the “concept of humanity is interspatial and intertemporal”, thus “providing highly speculative and future-oriented dimensions”, *op. cit.*, 240 (own translation).

6 A. Rouger, “La Théorie de l’intervention d’humanité”, *RGDIP*, 1910, 19., <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56988235/f22.image> (own translation).

7 *Ibid.*, 46 (own translation).

As D. Luban pointed out, it must be ensured that “Crimes against humanity are simultaneously offenses against humankind and injuries to humanness”<sup>8</sup>.

Without specifying what is meant by humanity, the task of qualifying behavior as a crime against humanity would always remain ambiguous. Hence, two questions of interest arise: First, is humanity a subject of international law, so that these types of crimes have humanity as passive subjects? Second, what acts are repugnant to the conscience of humanity to be encompassed within the notion of crimes against humanity? In other words, it must be clarified which acts constitute offenses against humanity as a whole and who qualifies them; and which acts attack the quality of human being and should be categorized as crimes against humanity.

## 2. THE INTERNATIONAL POLITICAL CONTEXT CONDITIONS THE NOTION OF HUMANITY

When addressing the crime against humanity in legal terms and detailing its components, there is always the impression that there is a lack of common agreement on which behaviors truly undermine humanity, and who has legitimacy, not legitimization, to accuse in the name of humanity.<sup>9</sup> Therefore, the withdrawal of African countries from the International Criminal Court (ICC) should be a subject of reflection, as “the rhetoric of rejection, according to which the ICC is an instrument of neocolonialism or neo-imperialism, that is, an anti-African instrument, can damage the institution to the extent that it is finally abandoned”<sup>10</sup>. The assumptions of crimes against humanity may be well detailed in domestic or international legal instruments. However, practice could exceed boundaries in cases where the commission of a crime against humanity is specifically alleged. The absence of a widespread agreement regarding what constitutes an affront to humanity and who represents it, exacerbates the political use of this notion in international relations and hinders full understanding of the crime against humanity, preventing its proper application. It is sufficient to cite two examples, among many, to confirm this assertion, as profound political discrepancies arise regarding whether those accused of committing crimes against humanity actually did so.

On one hand, even though it is stated that changes in Spanish jurisprudence in this matter are exclusively due to technical reasons and normative foresight, there always remains the doubt whether political motivations are also hidden behind them. In October 1998, Spanish judge Baltasar Garzón ordered the unconditional provisional detention of Augusto Pinochet and issued an international arrest warrant on the grounds that his behaviors “could constitute an alleged

8 D. Luban, “A theory of crimes against humanity”, *Yale Journal of International Law* 29, 2004, 90.

9 J. Sarkin, “El Tribunal Penal Internacional y los países africanos”, *Anuario Internacional CIDOB*, 2016-2017, 176.

10 *Ibid.* (own translation).

crime of genocide under Article 607 of the current Penal Code”<sup>11</sup>. Moreover, the ruling of the National High Court (Audiencia Nacional), of 24th September 1999, which confirmed the detention of Augusto Pinochet<sup>12</sup>, held this assertion which was largely based on the criterion that “the definition of a national group does not exclude cases in which the victims are part of the perpetrator group itself, that is, cases of -auto-genocide-”, even proclaiming that “not accepting this interpretation is to disregard the living nature of the concept of genocide, which cannot remain in line with a static interpretation contrary to the nature of things, and unaltered by its anchoring in doctrinal positions, determined by the immediate precedent of the Second World War but which have evolved today, as aggressions against humanity have become refined, selected, and -conditioned- to new different situations from those that prompted the Convention of 9.12.48”<sup>13</sup>.

Among the reasons motivating such reasoning was to prevent Chilean authorities from evading Spanish jurisdiction. However, this position was modified some years later in the judgment that convicted Adolfo Scilingo for crimes against humanity. In this case, it was argued that “among the defining elements of the criminal type are the purpose of totally or partially destroying a national, ethnic, racial, or religious group (...) The partial destruction of a national group is not equivalent to, nor should it encompass, -auto-genocide-, that is, the partial destruction of the own national group, although there may be differentiated -subgroups- based on ideology”<sup>14</sup>. A quite different interpretation from what occurred in the Pinochet case, in which raises the question of whether there were political motivations.

On the other hand, in September 2018, five Latin American countries and Canada submitted a document to the ICC requesting an investigation of the Nicolás Maduro regime for crimes against humanity in Venezuela<sup>15</sup>. Time will tell how to characterize the actions of this regime in relation to its population, but these issues arose in the context of an international environment where the situation in Venezuela sparked the interests of a significant portion of the international community, particularly, the tensions between the United States

11 Juzgado Central de Instrucción N° 5, auto de 16 de octubre de 1998, Procedimiento: Sumario 19/97-J. (own translation).

12 Audiencia Nacional – Sala de lo Penal – Sección 3ª, Juzgado Central de Instrucción N° 5, Sumario 19/97, Apelación 80/99.

13 Auto del Juzgado Central de Instrucción N° 5, de 10 de diciembre de 1998, por el que se procesa a Augusto Pinochet por delitos de genocidio, terrorismo y torturas. Juzgado Central de Instrucción N° 5 (own translation).

14 Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005, A. Gil, “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 7, 2005, 1–18 (own translation).

15 Informe de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y del Panel de expertos internacionales independientes sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela, Washington D.C., 29 de mayo de 2018, OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.D/XV.19.

and Russia. The crucial point is that the commission of a crime against humanity can be used in one sense or another, depending on political criteria. The violation of human rights in any country does not necessarily imply that crimes against humanity have occurred, and in this case, the political situation also underlies such accusations. The decision to subject the Venezuelan regime to international scrutiny carries significant political implications. However, it is legally relevant that any violation of human rights could fit within a concept like crimes against humanity, much more versatile than genocide or war crimes, as it can encompass behaviors of different types and natures. This also stems from the absence of a single criterion of humanity.

In both cases, serious violations of human rights occurred. However, it would be naive to assume that the criterion of humanity was not employed for political purposes, or at the very least, that such interests were not behind the prosecution of those who may have committed crimes against humanity. Therefore, it is imperative to establish the criteria that allow for discerning when behavior contravenes the criterion of humanity, beyond the clarifications provided by the Rome Statute, which do not resolve the underlying issue. The principle of the sovereign equality of states holds significance in international law.

Therefore, it would be appropriate to assess cases in which crimes against humanity are occurring and in which there is a technical impossibility to bring the perpetrators before an international tribunal. Three examples would suffice: firstly, the situation at Guantanamo Bay detention camp, which was described as a well-established program for the commission of crimes against humanity“ sponsored and ordered by the highest officials of the CIA and the U.S. administration”<sup>16</sup>. The same occurs regarding the behavior of chinese authorities in Tibet, where massacres and torture described would fall within the cases provided for in the Rome Statute. Also, could be cited what is happening recently in Gaza, where the conduct of the israeli army causes examination of figures such as war crimes, crimes against humanity, and even genocide<sup>17</sup>. Some of these matters came before the spanish courts where the modification of the conditions for the exercise of the principle of “universal jurisdiction” led to their dismissal<sup>18</sup>. What is relevant is that it is accepted as natural that one of the reasons motivating this modification lies in the spanish state’s desire not to enter into diplomatic conflicts with other states<sup>19</sup>.

16 B. Garzón Real, *La Vanguardia*, 19/12/2014, <https://www.lavanguardia.com/topics/baltasar-garzon>, May 27th 2024.

17 S. Lebbe Rifai, “The Genocide in Gaza and the Contempt of International Law: Some Reflections”, *SSNR*, 2024, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4704652](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4704652).

18 Sentencia del Tribunal Supremo, 869/2016 de 18 de noviembre de 2016 y Sentencia del Tribunal Supremo, 296/2015, de 6 de mayo de 2015.

19 El caso de China “amenazó las relaciones diplomáticas entre España y China e incitó al PP a impulsar, el pasado febrero, la reforma de la ley de Justicia Universal”, *El País*, 23 de junio de 2014.

Certain behaviors may be classified as crimes against humanity, based on the technical indications provided by the Rome Statute, but there will always remain the question of having a notion of humanity accepted by all. According to D. Luban, “In the case of crimes against humanity, there is no robust case law assigning the phrase a technical meaning, and indeed the various statutes defining it—the Nuremberg Charter, Allied Control Council Law No. 10, the ICTY, ICTR, and Rome Statutes, national statutes, and a handful of law commissions’ proposals—all define it differently”<sup>20</sup>. It is not proposed to change the name but merely suggested that the use of the term “humanity” also has negative practical consequences in defining the crime, and that this expression refers to legitimacy issues in the international order. What is violated in crimes against humanity are human rights, in a serious manner and under specific conditions (essentially: widespread or systematic attacks against the civilian population), but human rights norms are addressed to the human person, not humanity.

### 3. “HUMANITY” IS NOT THE PASSIVE SUBJECT OF CRIMES AGAINST HUMANITY

International law has not defined the notion of humanity, nor can it even be qualified as a subject of international law. The examination of behaviors described in Article 7 of the Rome Statute concludes that a crime against humanity consists of a “widespread or systematic attack” and, additionally, “against any civilian population, with knowledge of the attack”. Humanity is not found in the term “widespread” nor in the term “civilian population”. The targets of the attacks are individuals and, where applicable, groups such as in the case of crimes against humanity by persecution (to which apartheid could be added), where this situation is explicitly contemplated. The continual references to “a civilian population”<sup>21</sup> in the crimes elements’ cannot be interpreted as “humanity”<sup>22</sup>. The primary addressee of international norms will be the individual, not humanity, even though the widespread or systematic attack against a civilian population is considered a crime against humanity.

The key to determining what humanity is does not link with who is the target of the crime against humanity as it would suffice for two or more individuals to suffer one of the envisaged attacks under the conditions of Article 7 of the Rome Statute for the commission of this crime. Humanity is an abstract notion and refers to the entirety of human beings. In no case does it identify one or several individuals, nor a civilian population. Therefore, “it is difficult to frame within

20 D. Luban, *loc.cit.*, 161.

21 Para D. Luban, “crimes against humanity are inflicted on victims based on their membership in a population rather than their individual characteristics”, *loc. cit.*, 116.

22 La Corte Penal Internacional, Los Elementos de los Crímenes, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000).

a concept a crime that constantly eludes what the concept seeks to explain”<sup>23</sup>. The term “population” is not intended to identify humanity, but rather has a different meaning, as it seeks to indicate individual victims of the attack, which also poses other difficulties, in terms of whether the individuals belong to a group or not. According to D. Luban, “just as crimes of the murder type are forbidden regardless of the specific nature of the victim population, crimes of the persecution type should be as well”<sup>24</sup>. In conclusion, humanity is entirely absent concerning the addressees of the violations, so it is absurd to think that the systematic and widespread attack is carried out against all of humanity.

The absence of humanity as the target of the violation weakens the assertion of its status as right holder. No every violation of human rights - no matter how grave and atrocious - necessarily implies the commission of a crime against humanity. The provision in Article 7 of the Rome Statute, regarding the crime of persecution, open the way for unfounded claims. This article defines “Persecution” as “the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity”. Numerous countries could find themselves in the situation described by this expression. Let’s imagine, for example, that a claim is brought before the ICC for the serious violation of the rights of a particular linguistic group, although it is true that the Statute says that “in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court”.

Ultimately, the existence of a crime against humanity is not determined by the addressee of the violation (the humanity), but by the existence of the principle of humanity, which is a different matter. According to F. Mariño Menéndez, in a specific case, this principle “represents a final reason to decide that a practice or an act is advisable and even necessary for the public authority because its non-application would sacrifice the supreme value of a life when it can be safeguarded”<sup>25</sup>. Therefore, this principle would be the basis for determining that an act seriously undermines and offends the basic components of human beings. When acts of murder, extermination, slavery, deportation or forcible transfer of population, torture, forced pregnancy, or enforced disappearance, among others, are committed under the conditions provided in the Rome Statute, it is an attack on the principle of humanity, not on humanity itself. In domestic criminal law systems, humanity does not exist as a subject, but even if it did, it would be up to international law to define the profiles of this rights and obligations holder.

International legal system has made little progress in defining this notion. Indeed, it has not conceptualized the “international community” as a subject of law, and at most, as N. Quoc Dinh argues there is “a progressive, slow, and cautious

---

23 M. E. Medina Seminario, C. A. Vásquez Arana, *Los crímenes de Lesa Humanidad y su juzgamiento*, Lex, 2011, 22 (own translation).

24 D. Luban, *loc. cit.*, 106.

25 F. Mariño Menéndez, “El principio de humanidad”, *El Periódico de Aragón*, 2007 (own translation).

recognition of a certain legal personality of the international community, not being clear if it is necessary to limit it to that of states or if it is a more global concept”<sup>26</sup>. The same occurs with the notion of humanity, which can only, and with many difficulties, be defined as a mere addressee of certain international norms. The contribution made by the Rome Statute to the crime against humanity is notable, although it does not define what is meant by humanity. The determination of the detailed crimes is not based on the humanity as the passive subject.

Under the Rome Statute, claims can be brought before the ICC by states and individuals, but it remains to be determined whether this is done on behalf of humanity and, therefore, who represents humanity in the international order. Those who resort to this body, although they have standing, could be subject to criticism of international legitimacy. Hence, the use of the term “humanity” in the so-called crimes against humanity is not the most appropriate, even though it is commonly accepted as a result of historical evolution. The term “international community”, although still imprecise, has narrower contours and would be more useful, which explains the lack of significant resistance to the Security Council, representing the international community, proceeding to create international tribunals to judge crimes against humanity. In summary, the provisions provided by the Statute regarding standing do not resolve the underlying problem.

It is advisable to determine with the utmost precision the foundations of the crime against humanity and identify aspects that hinder a valid definition of this crime. Its formulation incorporates elements of vagueness and elasticity, which could lead to misuse and undermine the contours that States intend to give it in the international order. The ICC Statute constitutes a highly valid but partial legal instrument for expressing the content of this crime. Moreover, conventional practice could produce new instruments where a definition of the crime against humanity does not fully align with the normative indications of the Article 7 of the Statute. Anyways, the word “humanity” introduces more confusion than clarity.

#### 4. DOES ONLY THE CRIME AGAINST HUMANITY TRULY OFFEND HUMANITY?

The target of the norm prohibiting the crime against humanity is not humanity itself, but rather individuals and, where applicable, groups. Therefore, one might ask what sense it makes to appeal to humanity for the classification of this crime as well as regarding the cases of responsibility at the international level. The answer may lie in the fact that this expression “It suggests, in at least two distinct ways, the enormity of these offenses. First, the phrase “crimes against humanity” suggests offenses that aggrieve not only the victims and their own communities, but all human beings, regardless of their community. Second, the

---

26 N. Quoc Dinh, A. Pellet, P. Dailler, *Droit international Public*, L.G.D.J. Paris, 2002, 401 (own translation).



phrase suggests that these offenses cut deep, violating the core humanity that we all share and that distinguishes us from other natural beings<sup>27</sup>. The wording of Article 7 of the Rome Statute also serves the purpose of highlighting the seriousness and magnitude of this type of crimes.

The behaviors contemplated by this provision are particularly grave and offend the noblest sentiments of humanity, but it does mean that the Rome Statute, and the provisions of Article 7, are fully accepted by the entire international community as the sole instances of crimes against humanity, and it would be an illusion to think that it embraces a universal common criterion of humanity. There is no single international notion of what offends humanity, nor of behaviors that seriously affect the condition of being human and the sentiment of humanity. For this, there should be an agreement, which does not yet exist, in two specific areas: first and foremost, the universality of human rights and, above all, regarding all behaviors that fall under the cases that constitute crimes against humanity. Additionally, the acceptance of a common principle of humanity as a general norm has not yet occurred in all sectors of international law.

i) No state has sole legitimacy in the international system to decide whether a behavior aligns with the sentiments of humanity and to ensure those that are against humanity's criteria. There are still deep disagreements among countries in interpreting the meaning and value of certain human rights, which are generally considered basic and fundamental, such as the right to life or physical integrity. Therefore, "To confiscate the word humanity, to invoke and monopolize such a term probably has certain incalculable effects"<sup>28</sup>. The prosecution of crimes against humanity, therefore, does not refer to humanity, but to states and individuals. In this way should be interpreted the assertion that "To say that humanity has an interest in suppressing crimes against humanity is to say that human individuals share that interest, not that some collective entity called 'humanity' has it"<sup>29</sup>.

The debate on the universality of human rights impacts the definition of the crime against humanity. Thus, behaviors such as flogging, stoning, or female genital mutilation, among others, are encompassed in the definition of Article 7 of the ICC Statute, provided they occur in the context of a "widespread or systematic attack". However, the practices of some countries and the positions they have expressed regarding certain legal instruments on human rights point in another direction. It is worth recalling that at the Second International Conference on Human Rights held in Vienna in 1993 was included in its Final Declaration an "open" expression that allows for interpretation. Then, it was affirmed that human rights are universal, but it is stated in point 5 that "While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms".

---

27 D. Luna, *loc.cit.*, 86.

28 Citado por D. Luban, *loc.cit.*, 122.

29 *Ibid.*, 137.

ii) The behaviors described in Article 7 of the Rome Statute offend humanity, but it also opens up the debate about what other behaviors could elicit reactions contrary to the criterion of humanity. For example, the decision not to incorporate terrorist acts into the Rome Statute as crimes against humanity could be technically correct, as these acts have their own regulatory autonomy, but it is difficult to deny that in most cases the consequences of a terrorist act seriously violate humanity's criteria. Likewise, although international law imposes the obligation to respect human rights in the fight against terrorism, the response to this phenomenon sometimes involves acts that, in any other circumstance, would undermine humanitarian sentiments, yet it is not commonly considered that these behaviors represent a crime against humanity. In fact, "No good purpose is served by labeling all the world's oppressions crimes against humanity. Doing so would be little more than an invitation to permanent misanthropy"<sup>30</sup>.

Accusing someone of committing crimes against humanity is always easier than resorting to other international crimes that, having a more precise definition, are legally clearer. All doctrine seems to agree that determining the exact content of the crime against humanity is difficult. At the very least, "reaching an agreement on the content of this category has been, and continues being, a complex process"<sup>31</sup>. Moreover, the ultimate foundation for the recognition of the crime against humanity in international law stems from a notion that is less legal and more adorned with ethical, moral, and political connotations. Indeed, references to the "laws of humanity", which are at the origin of this international crime, lack precision and explain why a multitude of behaviors are accommodated based on the social and political criteria of each historical period.<sup>32</sup> Therefore, it could be agreed that all definitions of crimes against humanity "are indebted to a controversial concept, and it is jurisprudentially and doctrinally doubted that the political element is part of the criminal type of crimes against humanity"<sup>33</sup>.

In any case, the notion of crimes against humanity is linked to a characteristic that defines it due to its categorization as an international crime, namely, its intimate relationship with the notion of humanity. In other words, only behaviors that shock humanity should be classified as crimes against humanity, and it is difficult to translate this invocation into strictly legal terms. This raises a question that has received little attention from scholarly doctrine. In its origin and evolution, crimes against humanity have always been linked to the notion of humanity, despite the fact that it does not have its own definition in international law.

It is often highlighted that the emergence of crimes against humanity is situated in the Preamble of the 1899 Hague Convention II concerning the laws and customs

30 D. Luban, *loc.cit.*, 102.

31 A. Gil (2016), *loc.cit.*, 203. (own translation).

32 Vid., Ch. Bassiouni, *Crimes Against Humanity Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

33 J. Pérez Caballero, "Defensa de los elementos contextual y político de los crímenes de lesa humanidad contra la expansión del tipo al terrorismo internacional", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 15, 2013, 4 (own translation).

on land warfare, which includes the so-called “The Martens Clause”. With this, it is linked to the commission of acts that seriously violate the “laws of humanity”, which at the time referred to the laws and principles of “civilization”<sup>34</sup>. Once the expression of civilization has been abandoned, more emphasis was placed on the notion of humanity. However, humanity is not a full subject of international law and neither does it have precise contours. Therefore, without leaving the expression “crimes against humanity”, another more solid point of reference in political-legal terms should be sought, such as: “international community”. That is, crimes against humanity would refer to behaviors that seriously undermine the international community, particularly those related to the fundamental pillars that underpin it in relation to the human being. This leads to the human rights protection. The conception of the international community as a “universal social group with its own fundamental interests”<sup>35</sup> would, for these purposes, replace the notion of humanity when it affects the sector related to human rights.

In conclusion, two difficulties are observed in defining precisely the crime against humanity and clarifying its content in international law. The first is that it is a notion subject to ongoing evolution. While evolution does not prevent embracing a solid notion like that contained in the ICC Statute, even those who attach great value to this definition caution that “the ICC Statute’s formulation should be accorded great weight in future codification efforts and national prosecutions for crimes against humanity”<sup>36</sup>. The second difficulty is linked to the notion of humanity, which must be overcome to embrace the concept of the “international community”, particularly concerning the respect for human rights.

The crime against humanity remains imprecise in some of its components, despite having received a significant degree of clarification through the contribution of the ICC Statute. Currently, its fundamental components can be clarified, but it still incorporates aspects of codification that are open to the acceptance of elements of progressive development<sup>37</sup>. As it has been stated, the Rome Statute provides “a fairly approximate definition of what the international community understands as a crime against humanity” but “this category is not exhausted in the literal text of Article 7 of the Statute”, so other elements are conceivable, particularly the philosophy “on which this normative category is based”<sup>38</sup>. This philosophy would

34 Vid., R. M. Coupland, “El principio de humanidad: ¿qué significa y cómo influye en el derecho internacional?”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2001.

35 A. Gil, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de ‘los elementos de los crímenes’”, en KAI AMBOS (coord.), *La nueva justicia penal internacional: desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002 (own translation).

36 B. Van Schaack, “The Definition of Crimes Against Humanity, Resolving the Incoherence”, *Columbia Journal of Transnational Law* 787, 1998-1999, 845.

37 C. Márquez Carrasco, *El proceso de codificación y desarrollo progresivo de los crímenes contra la humanidad*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008.

38 J. M. Díaz Soto, “Una aproximación al concepto de crímenes contra la humanidad”, *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 33, 95/2012, 140-141.

be nothing but the actor to whom crimes against humanity should be linked, and it should be the international community.

The path to define and clarify the content of the crime against humanity is navigable, but with considerable difficulties. The question is whether this crime exists with normative autonomy and, from here, to focus its definition in precise terms. Scientific doctrine has devoted part of its reflection to distinguishing the crime against humanity from other similar or related figures, or at least to avoiding confusion between different figures. This fact demonstrates that the term “crime against humanity” has been used widely and with the aim of covering cases that, in legal terms, did not fit into other notions that expressed behaviors that produce a serious rejection by the principles that inspire the sentiments of humanity. It can be agreed that “when addressing the issue of international crimes, confusion with other categories of unlawful acts related to international law is common”<sup>39</sup> and, at the same time, numerous efforts are made to delineate the different international crimes. y que, al mismo tiempo, se destinan numerosos esfuerzos para deslindar los distintos crímenes internacionales.

In essence, a constant feature of the crime against humanity is the quest for its normative autonomy and its differentiation from other types of crimes or offenses that have significance at the international level. It is increasingly common for certain behaviors to undermine the international community or have effects in the international sphere. One could speak of crimes that “are characterized by their unlawfulness stemming from the violation of a global good or interest”, and they do not differ from the crime against humanity<sup>40</sup>. The debate on this issue could be endless, so we only highlight some indications regarding the distinction between the crime against humanity and other international crimes, and of course, other violations of human rights.

- i) The evolution of the crime against humanity allows it normative autonomy, particularly in relation to war crimes and genocide. The ICC Statute clearly distinguishes these cases. Linked to the criterion of humanity, Alicia Gil concludes that “crimes against humanity would directly violate individual legal interests, but also a collective legal interest, whose holder is the international community as a whole, and this precisely would be what would give this crime its international character. This legal interest is identified with the notion of humanity, understood by some authors as a value closely linked to the concept of human dignity, or, in the opinion of others, as an intrinsic quality of the human being, their intimate essence (...)”<sup>41</sup>.
- ii) It must be maintained that not every serious violation of human rights, even if it affects the core essence, should be classified as a crime against

39 C. A. Servín Rodríguez, “La evolución del crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 47, 139, 2014, 211 (own translation).

40 *Ibid*, 212 (own translation).

41 A. Gil (2016), *loc. cit.*, 204 (own translation).

humanity. For this to occur, a series of features that define this international crime must coincide. They must be behaviours carried out “as part of a widespread or systematic attack against a civilian population and with knowledge of such attack”. The widespread or systematic nature is one of the defining aspects of the crime against humanity, and only from this consideration can it be analyzed whether certain behaviors that seriously violate human rights should be conceptualized as crimes against humanity<sup>42</sup>.

In this line, the decision not to include terrorist acts as crimes against humanity in the Rome Statute raises a significant debate. It has been stated that “although it is true that terrorism constitutes a particularly serious violation that can affect the international community as a whole (...), it does not meet all the aboved indicated criteria for identifying an international crime”<sup>43</sup>. The same occurs when considering human trafficking, or some of its behaviors, as a crime against humanity. Although human trafficking has generally been regarded as a heinous practice, there are difficulties in incorporating it into crimes against humanity. It is classified as “a transnational crime (regulated by international norms, with cross-border effects, and whose repression requires cooperation between States)”, although it is specified that “it could, if the required elements are met, be classified as a crime against humanity”. What is proposed, ultimately, is a reference to the content of Article 7 of the Statute, and thus, some of the behaviors involved in human trafficking would fall within the behaviors covered by this provision. However, it would also be essential check the contextual and political elements of the crime against humanity<sup>44</sup>.

In both cases (terrorism and human trafficking), the behaviors constituting these crimes often violate the criterion of humanity; however, they are not legally classified as crimes against humanity, at least in the terms of Article 7 of the Rome Statute, as they are not part of a “widespread or systematic attack” and do not meet the requirements established in the provision. Hence, perhaps, offending against humanity may be a decisive criterion for this type of crime, although it is not the only international offense in which this criterion is incorporated. In summary, the international community still needs to specify whether certain behaviors should be included in the crime against humanity or, on the contrary,

42 It has been said that “while there is no doubt that human rights and international criminal law are closely linked, it is necessary to clarify that it is not the mere violations of human rights, even if massive and systematic, that trigger the essential penal provisions of this branch of international legal order”, J. Chinchón Álvarez, “La responsabilidad internacional penal del individuo: un gigante con pies de barro”, *Revista de Ciencias Jurídicas* 108, 2005, 42 (own translation).

43 A. Gil, E. Maculán, *Derecho Penal Internacional*, Dykinson, Madrid, 2019, 50 (own translation).

44 C. Pérez González, “La tipificación de la trata de seres humanos. Una contribución al debate en torno al elemento político de los crímenes”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)* 31, 2016, p. 2, 4, 6 (own translation).

if other types of international crimes are emerging different from those covered in the ICC Statute. In any case, it is advisable not to expand the notion of crimes against humanity too much so that it does not lose its normative autonomy in any way. Various grave and systematic violations of human rights offend against the principle of humanity; however, they do not constitute a crime against humanity in the strict sense.

## 5. CONCLUSIONS

Determining the content of the crime against humanity requires an agreement regarding the definition of humanity, which should be provided by international law. Only behaviors that shock humanity could be classified as crimes against humanity, but translating this evocation into strictly legal terms is not easy. From its origin and evolution, this type of crime has been linked to the notion of humanity, although it does not have a defined meaning in international law and is, by its very nature, an extremely imprecise criterion. Humanity is not a full subject of international law and is a notion with vague contours and without universal acceptance. Therefore, without abandoning the expression “crimes against humanity”, solid and complementary points of reference should be found in political-legal terms to conceptualize a behavior as a crime against humanity, based on normative indications of human rights. Agreeing on a single and universal criterion for these rights in any circumstance would help clarify the notion of humanity.

Article 7 of the ICC Statute represents a significant advancement in the legal formulation of the crime against humanity, particularly in defining its aspects. However, two clarifications should be made: firstly, what is established in the ICC Statute is the result of a long historical period that shaped the definition of the crime against humanity. The provision represents a qualitative leap as it does not merely codify customary aspects of the notion of the crime against humanity, nor does it merely reproduce what previous international instruments had included. Secondly, the ICC Statute serves as a starting point to achieve a commonly accepted definition of the crime against humanity by the international community.

The notion of the crime against humanity incorporates an evolutionary component that is inevitable. This makes difficult achieving a precise definition because it will always be adorned with elements of ambiguity and elasticity. The evolutionary nature exacerbates the tendency to expand the concept, covering a greater number of scenarios. The ultimate reason is that the crime against humanity is indissolubly linked to the notion of humanity, something imprecise and imbued with political and ethical connotations. The crime against humanity should be linked to the notion of the international community and recognition and protection of human rights. The international community and human rights should be the reference points for the crime against humanity, making it easier to determine its content.

The difficulties in defining the crime against humanity do not prevent a clear distinction from other international crimes, at least those recognized in the ICC Statute. The crime against humanity is distinct from genocide and war crimes, regardless of whether in specific cases, the same behavior may have dimensions of multiple international crimes. The normative autonomy of the crime against humanity is ensured and reinforced by distinguishing it from other similar figures. The ICC Statute has contributed to this, and it is only hoped that interpretations by international courts, including the ICC, do not blur the contours of each international crime, particularly the crime against humanity.

However, the lines separating the crime against humanity from specific serious and systematic violations of human rights, including those that are widespread, remain to be drawn. The connection between crimes against humanity and human rights theory is increasingly necessary. For example, the case of terrorist acts, which may either enjoy normative autonomy and constitute an international crime on their own, or other behaviors that could be encompassed within the crime against humanity. The absence of a definitive position on this issue does not ensure the contours of the crime against humanity and could distort a precise definition.

## BIBLIOGRAPHY

- Ambos K., Wirth S., "The current law of crimes against humanity. An analysis of UNTAET regulation 15/2000", *Criminal Law Forum* 13, 2002.
- Bassiouni C., *Crimes Against Humanity Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- Chinchón Álvarez J., "La responsabilidad internacional penal del individuo: un gigante con pies de barro", *Revista de Ciencias Jurídicas* 108, 2005.
- Coupland R. M., "El principio de humanidad: ¿qué significa y cómo influye en el derecho internacional?", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2001.
- Díaz Galán E., "Venezuela ante la Corte Penal Internacional (CPI): algunas cuestiones sobre el crimen de lesa humanidad", *Revista de Derecho YACHAQ* 14, 2022.
- Díaz Soto J. M., "Una aproximación al concepto de crímenes contra la humanidad", *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 33, 95/2012.
- Gil A., "Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de 'los elementos de los crímenes'", en KAI AMBOS (coord.), *La nueva justicia penal internacional: desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Gil A., "La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 7, 2005.
- Gil A., "Crímenes contra la humanidad", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* 10, 2016.
- Gil A., Maculán E., *Derecho Penal Internacional*, Dykinson, Madrid, 2019.
- Luban D., "A theory of crimes against humanity", *Yale Journal of International Law* 29, 2004.

- Mariño Menéndez F., “Contemporary International Law has progressively recognized that in some cases an individual may incur responsibility *stricto sensu* under international law”, *Derecho Internacional Público. Parte General*, Madrid, 2005.
- Márquez Carrasco C., *El proceso de codificación y desarrollo progresivo de los crímenes contra la humanidad*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008.
- Medina Seminario M. E., Vásquez Arana C. A., *Los crímenes de Lesa Humanidad y su juzgamiento*, Lex
- Mariño Menéndez F., “El principio de humanidad”, *El Periódico de Aragón*, 2007.
- Pérez Caballero J., “Defensa de los elementos contextual y político de los crímenes de lesa humanidad contra la expansión del tipo al terrorismo internacional”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 15, 2013.
- Pérez González M., Rodríguez-Villasante y Prieto J. L., “El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho Internacional humanitario y de los derechos humanos”, *Revista española de derecho internacional* 54, 1, 2002.
- Pérez González C., “La tipificación de la trata de seres humanos. Una contribución al debate en torno al elemento político de los crímenes”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)* 31, 2016
- Sarkin J., “El Tribunal Penal Internacional y los países africanos”, *Anuario Internacional CIDOB*, 2016-2017.
- Servín Rodríguez C. A., “La evolución del crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 47, 139, 2014.
- Van Schaack B., “The Definition of Crimes Against Humanity, Resolving the Incoherence”, *Columbia Journal of Transnational Law* 787.
- Quoc Dinh N., Pellet A., Daillier P., *Droit international Public*, L.G.D.J. Paris, 2002.

## INTERNET SOURCES

- Garzón Real B., *La Vanguardia*, 19/12/2014, <https://www.lavanguardia.com/topics/baltasar-garzon>
- Lebbe Rifai S., “The Genocide in Gaza and the Contempt of International Law: Some Reflections”, *SSNR*, 2024, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4704652](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4704652).
- Rouger A., “La Théorie de l’intervention d’humanité”, *RGDIP*, 1910, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56988235/f22.image>.



*Harold Bertot Triana, PhD\**

*DOI: 10.51204/Zbornik\_UMKP\_24108A*  
*Originalni naučni rad*

## **THE INFLUENCE OF THE COMMON LAW SYSTEM ON THE CONSTRUCTION OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW. SOME PRELIMINARY CONSIDERATIONS**

*Abstract: The influence of common law on international criminal law is analyzed in this paper. Within the broad spectrum to be analyzed, the paper focuses on the influence of common law on the trend towards judicial creativity in international criminal tribunals. This creativity is reflected, at least, in the determination of customary norms and general principles of law. Similarly, this paper examines the influence of common law on the shaping of rules of evidence and procedure in the various international criminal tribunals existing to date.*

**Keywords: Common law, international criminal law, international criminal tribunals, judicial creativity, rules and procedures**

### **1. INTRODUCTION**

International criminal law has undeniably been influenced by the logics, institutions, and concepts of national criminal law, primarily from the models of common law and civil law. In the construction of international criminal law, concepts and institutions from both legal systems have been combined to provide a different system that cannot be identified in absolute terms with one system or the other. In general terms, it has been a mixture of both systems resulting in a *sui generis* system that adapts characteristics of both systems in an international procedure. Hence, neither should prevail over the other as a reference for defining concepts or categories incorporated into international criminal law.<sup>1</sup>

---

\* Professor of Public International Law, Universidad Internacional de la Empresa (Spain), ORCID: 0000-0003-0737-4710, [hbortot triana@gmail.com](mailto:hbortot triana@gmail.com).

1 This is the idea expressed by Judge Antonio Cassese in *Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Appeals Chamber.

Though accurate, it is evident that the intellectual foundation most pertinent in the early development of international criminal law is rooted in common law.<sup>2</sup> The evolution of international criminal law itself exhibits characteristics more closely aligned with common law logic. It is evident that there is confusion in distinguishing between the components and characteristics of both systems. From basic premises, it is indeed ‘superficial’ to not specify or make nuances in an absolute identification of civil law with the code, or common law with case law. There is merit in the argument that in the evolution of both systems, it is possible to find elements of both, rendering this ancient distinction incorrect.<sup>3</sup> The same caution must be exercised in evaluating the procedural systems of common law, identified with the adversarial system, and civil law, associated with the inquisitorial system.

The present document consists of preliminary ideas on the influence of common law on international criminal law in two fundamental spheres: in judicial creation through international jurisprudence for the determination of customary norms and general principles of law; and regarding procedural rules constructed from the International Tribunal of Nuremberg, followed by the *ad hoc* tribunals for Yugoslavia and Rwanda, culminating in the Statute of the International Criminal Court.

## 2. THE “JUDICIAL CREATIVITY” IN THE CONSTRUCTION OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW: THE KEYS TO ITS SIMILARITY WITH THE COMMON LAW METHOD

The development of international law has been identified by several English and American authors with the common law system.<sup>4</sup> The assimilation of common law into international law in the creation of law is related to the inherent characteristics of international law. The unwritten nature of customary norms

2 Antonio Cassese himself has acknowledged that “for historical reasons, there currently exists at the international level a clear imbalance in favour of the common-law approach.” *Ibid.*

3 “No legal system functions today without a heavy reliance on case law, and the common law systems are heavily governed by statute if not necessarily by codes as sophisticated as the German BGB (Civil Code)” G. P. Fletcher, “The Influence of the Common Law and Civil Law Traditions on International Criminal Law”, *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (ed. A. Cassese), Oxford University Press, 2009, 104.

4 *Vid.*, for example: “International law is, like the Anglo-Saxon common law, a system of customary law, to be determined from accepted international practice, and from treaties, declarations, learned texts, and other sources.” T. Taylor, “Final report to the Secretary of the Army on the Nuremberg war trials under control council law no. 10.”, *US Government Printing Office*, 1949, p. 9. Also see: H. Waldock, “General Course on Public International Law”, *RCADI*, 106/1962, 39; P. Akhavan, F. Mégret, “The Problem of ‘Uncertainty’ in International Criminal Law and the Common Law ‘Method’”, *British Yearbook of International Law*, 2023.

in international law has led some authors to consider the similarity of the international legal order to the common law system.<sup>5</sup> There have also been authors who argue that some techniques of common law could be ‘beneficial’ for international law in terms of judicial precedent.<sup>6</sup> And it is evident that this similarity is further justified when dealing with a regime of international law (such as international criminal law) that is constructed as it is applied.

The development of international criminal law encountered several obstacles from its inception: the problem of the unwritten nature of customary norms and a limited normative framework.<sup>7</sup> This necessitated considerable judicial activism and raised questions about the value of “judicial precedent”<sup>8</sup> and whether it bore any similarity to its value in common law systems. However, in the jurisprudence of international criminal tribunals, the application of a similar formula to the “judicial precedent” of common law has been rejected. Judicial decisions are considered subsidiary means of interpretation under Article 38(1)(d) of the Statute of the International Court of Justice. On the one hand, these judicial decisions help ascertain whether there is an *opinio juris* of a customary norm; and on the other hand, they serve as a means to establish the most appropriate interpretation to be included in a treaty norm.<sup>9</sup>

In the ICTY, in the case of *Kupreškić*, the Trial Chamber considered that “the Tribunal cannot but rely upon the well-established sources of international law and, within this framework, upon judicial decisions”<sup>10</sup>, thus framing judicial decisions within the scope of Article 38(1)(d). At this juncture, we quote extensively

“Hence, generally speaking, and subject to the binding force of decisions of the Tribunal’s Appeals Chamber upon the Trial Chambers, the International Tribunal cannot uphold the doctrine of binding precedent (*stare decisis*) adhered to in common law countries. Indeed, this doctrine among other things presupposes to a certain degree a hierarchical

5 H. Waldock, *op. cit.*, 39.

6 Jennings considered at this point: “I mean in particular the rigorous common-law rules for the extraction of the *ratio decidendi* of the case and its differentiation from *obiter dicta*; and the insistence on the importance of relating statements of legal principle to the facts and to the actual issue formulated in the submissions in the case.” R.Y. Jennings, “General course on principles of international law”, *RCADI*, 121/1967, 343.

7 A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2008, p. 17. This topic is extensively discussed in: E. Díaz Galán, H. Bertot Triana, “La protección de los derechos humanos en la justicia penal internacional: el caso particular del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en relación con el derecho consuetudinario y el principio de legalidad”, *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 29/2019, 70–100.

8 W.A. Schabas, “The Legal Regime of the International Criminal Court”, *Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko* (eds. J. Doria, H. P. Gasser, M. Ch. Bassiouni), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, 100.

9 A. Cassese, *op. cit.*, 26, 27.

10 *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Judgment, Trial Chamber, Case. IT-95-16-T, T. Ch., 14 January 2000, para. 540.

judicial system. Such a hierarchical system is lacking in the international community. Clearly, judicial precedent is not a distinct source of law in international criminal adjudication. The Tribunal is not bound by precedents established by other international criminal courts such as the Nuremberg or Tokyo Tribunals, let alone by cases brought before national courts adjudicating international crimes. Similarly, the Tribunal cannot rely on a set of cases, let alone on a single precedent, as sufficient to establish a principle of law: the authority of precedents (*auctoritas rerum similiter judicatarum*) can only consist in evincing the possible existence of an international rule. More specifically, precedents may constitute evidence of a customary rule in that they are indicative of the existence of *opinio iuris sive necessitatis* and international practice on a certain matter, or else they may be indicative of the emergence of a general principle of international law. Alternatively, precedents may bear persuasive authority concerning the existence of a rule or principle, i.e. they may persuade the Tribunal that the decision taken on a prior occasion propounded the correct interpretation of existing law. Plainly, in this case prior judicial decisions may persuade the court that they took the correct approach, but they do not compel this conclusion by the sheer force of their precedential weight. Thus, it can be said that the Justinian maxim whereby courts must adjudicate on the strength of the law, not of cases (*non exemplis, sed legibus iudicandum est*) also applies to the Tribunal as to other international criminal courts.”<sup>11</sup>

In the International Criminal Court, Article 21(2) of the Statute established that “(t)he Court may apply principles and rules of law as interpreted in its previous decisions.” This provision has been recognized as a reconciliation of the common law and civil law systems.<sup>12</sup> The acknowledgment of this provision has been interpreted as granting discretionary power to the Chamber, which rejects the *stare decisis* doctrine.<sup>13</sup> However, the Court has specified that departing from its previous decisions has limits:

“(...) the Appeals Chamber is not obliged to follow its previous interpretations of principles and rules of law through binding *stare decisis*;

---

11 *Ibid.*

12 In this regard, but in connection with other articles, also see Article 21.2 (M. M. de-Guzman, “Article 21 Applicable law”, *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary* (eds. O. Triffterer, K. Ambos, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016, p. 945): “This provision represents a compromise between the common law approach to judicial decisions as binding precedent, and the traditional civil law view that judicial pronouncements in specific cases bind only the parties before the court.”

13 “(...) the Single Judge recalls that the usage of the verb ‘may’ in article 21(2) of the Statute provides the Chamber with the discretion as to whether to follow previous precedents. Consequently, the provision as drafted rejects the *stare decisis* doctrine.” *Prosecutor v. Kenyatta*, Pre-Trial Chamber II, 02 May 2011, ICC-01/09-02/11-77, para. 23.

rather it is vested with discretion as to whether to do so. In this respect, the Appeals Chamber has previously stated that absent “convincing reasons” it will not depart from its previous decisions. Thus, in principle, while the Appeals Chamber has discretion to depart from its previous jurisprudence, it will not readily do so, given the need to ensure predictability of the law and the fairness of adjudication to foster public reliance on its decisions.”<sup>14</sup>

The common law, alongside civil law, has been essential in determining state practice in the formation of customary norms, as well as in establishing the existence of general principles of law (within the meaning of Article 38 of the ICJ Statute). This has helped determine the meaning and scope of the norms established in the Statutes and the Rules of Evidence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia<sup>15</sup>, as well as for the International Criminal Tribunal for Rwanda.<sup>16</sup>

14 *Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, Reasons for the “Decision on the ‘Request for the recognition of the right of victims authorized to participate in the case to automatically participate in any interlocutory appeal arising from the case and, in the alternative, application to participate, Appeals Chamber, 31 July 2015, ICC-02/11-01/15-172, para.14.

15 For example, in determining the definition of “rape” (*Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, Trial Judgment, IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 22 February 2001, para. 453-456). Also regarding to “provisions on the prosecution and punishment of offences similar to sexual assault” (*Prosecutor v. Milutinovic et al.* (Judgment) - Volume 1, IT-05-87-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 26 February 2009, para. 197). At this point, also when referring to “the ability to conduct a defence at any stage of the proceedings before a verdict is rendered or to instruct counsel to do so” (*Prosecutor v. Pavle Strugar*, Appeal Judgment, IT-01-42-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 17 July 2008, para. 52-53); o con respecto a “the doctrine of acting in pursuance of a common purpose is rooted in the national law of many States”; o with regard to “the doctrine of acting in pursuance of a common purpose is rooted in the national law of many States” (*Prosecutor v. Dusko Tadic*, Appeal Judgement, IT-94-1-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 15 July 1999, para. 224); also to reach the conclusion regarding the requirement of “mens rea for establishing liability under Article 7(1) pursuant to ordering” (*Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Appeal Judgement, IT-95-14-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 29 July 2004, para. 42.); or with regard to “the mens rea for aiding and abetting” en el genocidio (*Prosecutor v. Radislav Krstic*, Appeal Judgement, IT-98-33-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 19 April 2004, para. 141). In this sense, also to interpret Rule 67 (A)(ii)(b) in relation to the defendant’s diminished mental responsibility as a matter for mitigating the sentence and not for acquittal. *Delalić et al. (Čelebići)*, Appeal Judgement, (IT-96-21-A), 20.02.2001, para. 590.

16 Regarding the ICTR, for instance, when it argued that “(t)he first form of liability set forth in Article 6 (1) is planning of a crime” and that “(s)uch planning is similar to the notion of complicity in Civil law, or conspiracy under Common law, as stipulated in Article 2 (3) of the Statute.” (*The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement)*,

However, it is also true that the methodology employed by international criminal tribunals is not always consistent and coherent. Moreover, the judicial creativity observed in the jurisprudence of some international criminal tribunals has been likened to the judicial creativity of judges in common law systems. This “judicial creativity” has been used in several cases to identify customary international law. Whether because it was not possible to establish state practice or *opinio juris* justifying the existence of a customary norm or the presence of general principles of law.

For example, in *Hadžihasanović*, the ICTY determined that the concept of “command responsibility” applied equally in the course of an internal armed conflict. To reach this conclusion, it considered not only that “to hold that a principle was part of customary international law, it has to be satisfied that State practice recognized the principle on the basis of supporting *opinio juris*,” but also that “where a principle can be shown to have been so established, it is not an objection to the application of the principle to a particular situation to say that the situation is new if it reasonably falls within the application of the principle.”<sup>17</sup> This reasoning was described as akin to “the creation of judge-made rules of the English common law.”<sup>18</sup> Similarly, the ICTY’s application of Article 3 of the Statute to both international armed conflicts and internal armed conflicts,<sup>19</sup> after exposing the existence of customary norms prohibiting reprisals against civilians under certain circumstances, follows the same trend.<sup>20</sup>

Unlike the statutes of ad hoc criminal tribunals, the Statute of the ICC establishes the sources of law to be applied by the court in Article 21.<sup>21</sup> Concerns about not violating the principle of legality and avoiding legal gaps were at the

---

ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 September 1998, párr. 480). In the same vein, to note that “complicity is viewed as a form of criminal participation” (*Ibid.*, para. 527) or “incitement (...) as a particular form of criminal participation, punishable as such» (*Ibid.*, para. 552), or regarding complicity in genocide (*The Prosecutor v. Ignace Bagilishema (Trial Judgement)*, ICTR-95-1A-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 7 June 2001, para. 69), as well as the “complicity is a form of criminal participation” (*The Prosecutor v. Alfred Musema (Judgement and Sentence)*, ICTR-96-13-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 27 January 2000, para. 169), among other judgments like *The Prosecutor v. Alfred Musema, Judgement and Sentence*, ICTR-96-13-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 27 January 2000, para. 186, 193; *The Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli, Judgment and Sentence*, ICTR-98-44A-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 1 December 2003, para. 850.

- 17 *Hadžihasanović et al.*, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility (“Decision on Command Responsibility”), (IT-01-47-AR72), Appeals Chamber, 16 July 2003, para.12.
- 18 *Vid.*, J.M. Henckaerts, “Civil War, Custom and Cassese”, *Journal of International Criminal Justice*, 10/2012, 1103.
- 19 *Prosecutor v. Tadić*, Decision of the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1, 2 October 1995.
- 20 *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Judgment, Trial Chamber, Case. IT-95-16-T, T.Ch., 14 January 2000, para. 527.
- 21 M. M. deGuzman, “Article 21 Applicable law”, *op. cit.*, 933–934.

forefront of the statute's drafting.<sup>22</sup> The ensemble comprising the Rome Statute, Elements of Crimes, and Rules of Procedure and Evidence constitutes a more developed codification compared to *ad hoc* criminal tribunals.<sup>23</sup> First and foremost, the "Statute, Elements of Crimes, and its Rules of Procedure and Evidence" are applied; secondly, "applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflict"; and thirdly, "general principles of law derived by the Court from national legal systems of the world, as well as when appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime, provided that those principles are not inconsistent with this Statute and with international law and internationally recognized norms and standards." In *Al Bashir*, the Court specified the frameworks in which the last two sources are applied:

"(...) the consistent case law of the Chamber on the applicable law before the Court has held that, according to article 21 of the Statute, those other sources of law provided for in paragraphs (l)(b) and (l)(c) of article 21 of the Statute, can only be resorted to when the following two conditions are met: (i) there is a *lacuna* in the written law contained in the Statute, the Elements of Crimes and the Rules; and (ii) such *lacuna* cannot be filled by the application of the criteria of interpretation provided in articles 31 and 32 of the *Vienna Convention on the Law of the Treaties* and article 21(3) of the Statute."<sup>24</sup>

This more comprehensive codification implies that reference to customary international law is not as frequent, although it serves at times to determine the meaning and scope of the provisions of the Statute.<sup>25</sup> In fact, there is consensus in affirming that the Statute and the Elements of Crimes reflect the status of customary international law on various issues: definition of crimes, principles of criminal responsibility, etc.<sup>26</sup> This reality restricts the judicial "creativity" of the judges and the possibility of assuming "activism" in interpretation. However, it is also true that the interpretative work of the judges, even when the development of codification is greater, always entails problematic positions in some cases. This has been reflected, for example, in the determination of the territorial jurisdiction of the Court, in the interpretation of Article 27 and its relationship with Article 98 of the Statute, as well as in the interpretation of certain crimes such as genocide.<sup>27</sup>

22 *Ibid.*

23 W. A. Schabas, "Relationships Between International Criminal Law and Other Branches of International Law", *RCADI*, 417/2021, 253.

24 *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, 04 March 2009, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09-3, para. 44.

25 W. A. Schabas (2021), *op. cit.*, 254.

26 *Ibid.*, 255

27 *Ibid.*, 255–258. M. M. deGuzman, *op. cit.*, p. 936. C. Kress, "The ICC's First Encounter with the Crime of Genocide, The Case Against Al Bashir", *The Law and Practice of the International Criminal Court* (ed. C. Stahn), Oxford: Oxford University Press, 2016, 669–704.

In this regard, one of the problematic issues is the interpretation of Article 25(3) of the Rome Statute. Since the case of *Thomas Lubanga Dyilo*, the ICC adopted the position of the German theorist Claus Roxin and his “theory of control over the organization” to distinguish between perpetrators of and accessories to a crime.<sup>28</sup> However, lawyers and judges reject this theory for several reasons: among them, because it is not widely accepted<sup>29</sup>; in others, because it is problematic to directly import a theory from the German legal system for incorporation into the jurisprudence of the ICC<sup>30</sup>; and in others, due to the particularity of the content of this theory, which creates difficulty in fitting it into the aforementioned Article 25 of the Statute.<sup>31</sup>

### 3. RULES AND PROCEDURES OF INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNALS: THE PATH FROM A MONOPOLISTIC TREND OF COMMON LAW TOWARDS A COMBINATION WITH CIVIL LAW

While it was possible to make a clearer distinction in the first half of the 20th century between common law and civil law, based on reflecting an adversarial system versus an inquisitorial system, it is no longer so clear today. The inquisitorial

- 
- 28 *Prosecutor v. Katanga*, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, Trial Chamber II, 07 March 2014, ICC-01/04-01/07-3436-tENG, para. 1382. The tribunal has referred to this issue in the following terms: “The Chamber notes that all of the pre-trial and trial chambers appear to have hitherto endorsed the criterion of control over the crime in order to distinguish between perpetrators of and accessories to a crime. See, in particular, Decision on the confirmation of charges, paras. 480-486; Lubanga Judgment, para. 994; Decision on the confirmation of charges in Lubanga, paras. 326-341; Decision on the confirmation of charges in Bemba, para. 347; Decision on the Confirmation of Charges in Abu Garda, paras. 152; -349; Decision on the confirmation of charges in Banda and Jerbo, para. 126; Decision on the confirmation of charges in Mbarushimana, para. 279; Decision on the Confirmation of Charges in Ruto et al., paras. 291-292; Decision on the Confirmation of Charges in Kenyatta et al., para. 296; Warrant of arrest issued in Al Bashir, para. 210; Situation in the Libyan Arab Jamahiriya, Pre-Trial Chamber I, Decision on the “Prosecutor’s Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar GADDAFI, Saif Al-Islam GADDAFI and Abdullah AL-SENSUSSI”, 27 June 2011, ICC-01/11-01/11-1 (“Warrants of arrest in Gaddafi et al.”), para. 68.”
- 29 *Prosecutor v. Katanga*, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, Trial Chamber II, 07 March 2014, ICC-01/04-01/07-3436-tENG, para. 1374.
- 30 Vid., for example : *Separate Opinion of J. Fulford, Prosecutor v. Lubanga*, Trial Chamber I, Judgment pursuant to Article 74, 14 March 2012, ICC-01/04-01/06-2842, para. 8, 10 ; *Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, Prosecutor v. Ngudjolo Chui*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber II, 18 December 2012, ICC-01/04-02/12-4, para. 5.
- 31 *Corrected version of partly concurring opinion of Judge Chile Eboe-Osuji, Prosecutor v. Ntaganda*, Appeals Chamber, Appeal Judgment 81 RS - conviction, acquittal, or sentence, 30 March 2021, ICC-01/04-02/06-2666-Anx5-Corr, para. 36 y ss.



system itself in several Roman-Germanic-French traditions gradually incorporated institutions and procedures from the adversarial system. The Roman-Germanic-French tradition has evolved from an inquisitorial system towards an adversarial system, as demonstrated in regions of the world such as Latin America. This reality has been imposed since the procedural legislation in France after the Revolution of 1789. This legislation sought to overcome as much as possible the procedural scheme known as “inquisitorial”, characterized by secrecy, non-contradiction, and the absence of orality throughout the process (oral proceedings are fundamental to guarantee the rights and protections of the accused). These harsh realities, rife with many abuses, sought to be reversed with the introduction of an oral trial, with contradiction between parties, an impartial judge, among other measures.

Several authors have pointed out that there are differences between the adversarial and inquisitorial models in how investigations are initiated, how processing and trial proceedings are conducted, as well as how evidence is collected, the composition of the tribunal, the role of the victims, and the active or passive role of the tribunal, among others.<sup>32</sup> There is general consensus on some differentiating features between the two: in the adversarial system, the search for procedural truth rests with the parties, while in the inquisitorial system it is the state agencies that bear this responsibility (for example, the investigating judge).<sup>33</sup> This translates into the fact that in adversarial systems, the parties have a more active role in independently collecting evidence on their own, whether by the prosecution or the defense. On the other hand, in inquisitorial systems, an investigating judge, on behalf of society, gathers evidence provided by both parties and will direct this phase to carry out certain inquiries on this matter.<sup>34</sup> As for trial proceedings, the oral nature of this phase is more relevant in the adversarial system, either because the court is not aware of the documents and testimonies collected by the parties until after the trial has begun. In general terms, this marks the probative value of the evidence to be considered by the tribunal, as it is during the oral trial that this relevance is reached. In adversarial systems, evidence is submitted to the court before the start of the oral trial, which must be debated by the parties and analyzed by the court.<sup>35</sup>

From this perspective, and considering the diverse procedural schemes that incorporate characteristics of one or the other, even in those with a greater emphasis on either, it is possible to analyze the influence of common law and the adversarial scheme in international criminal proceedings. There is consensus among authors that the system constructed since 1945 responds in its broader conception to an adversarial model, which is identified as the procedure implemented by common law countries. The Statute of the International Military Tribunal at Nuremberg has been considered to have implemented this model. However, it was evident that this did not translate into making the common law model predominant in its entirety

---

32 A. Cassese, 355 y ss.

33 K. Ambos, “International Criminal Procedure: ‘Adversarial’, ‘Inquisitorial’ or Mixed?”, *Third International Criminal Law Review*, 3/2003, 1–37.

34 Vid., A. Cassese, *op. cit.*, 356–357.

35 *Ibid.*, 358

over the procedural logics of civil law. This was one of the most concerning issues in the negotiations between the delegations of the United States and the United Kingdom versus the delegations of the Soviet Union and France for the establishment of the international tribunal.<sup>36</sup> The result was a procedure “derived both from Anglo-Saxon common law and from continental law” where “it was recognized that a slavish adherence to the evidentiary rules of either legal system alone would be out of keeping with the international character of the proceedings.”<sup>37</sup>

This resulted, as Antonio Cassese synthesized, in “the power of the court to play an active role” especially “calling witnesses and questioning witnesses and the accused”; or in “the right of the accused to make an unsworn statement at the end of the trial” which allowed the accused to make a final statement without taking an oath; or regarding the “rules of evidence”,<sup>38</sup> as well as the decisive push in discussions to hold trials *in absentia*, in this particular case due to the position of the Soviet delegation.<sup>39</sup> In any case, and despite the prevailing consideration of the importance of common law practice in the functioning of this tribunal,<sup>40</sup> it is true that since then “a genuine ‘international procedure’”<sup>41</sup> has been shaping. The Statute of the International Military Tribunal for the Far East, on the other hand, would be drafted by the Americans themselves.<sup>42</sup>

Regarding the rules and procedures of the international criminal tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda, they were constructed with a combination of institutions from both common law and civil law systems. In fact, the majority position is that a “modified adversarial model” was created, which drew from the experience of both systems.<sup>43</sup> Nevertheless, the decisive influence of common law was also acknowledged. As recognized, the reasons for this reality may have been to follow the model of Nuremberg and Tokyo, and the intellectual background stemming from the common law of several of the statute’s drafters.<sup>44</sup>

36 Vid., T. Taylor, *Anatomía de los juicios de Núremberg, Memorias*, Berg Institute, 2022, 117.

37 T. Taylor, “Final report to the Secretary of the Army on the Nuremberg war trials under control council law no. 10,” *op. cit.*, 30

38 A. Cassese, *op. cit.*, 366–367

39 *Ibid.*, p. 367.

40 Taylor considered: “numerous fundamental doctrines and practices of Anglo-Saxon criminal law—such as the presumption of innocence, the rule that a defendant must be found innocent unless proved guilty beyond a reasonable doubt, and the practice that it is primarily the advocate’s responsibility and not that of the tribunal to elicit testimony from witnesses—were applied at Nuernberg, and in general it may be said that the practice was more similar to that of the common law than continental law.” T. Taylor, “Final report to the Secretary of the Army on the Nuremberg war trials under control council law no. 10,” *op. cit.*, 90.

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*, p. 368.

43 M. Ch. Bassiouni, “Principles of Legality in International and Comparative Criminal Law”, *International Criminal Law, Volume III International Enforcement* (ed. M. Ch. Bassiouni), Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 91.

44 A. Cassese, *op. cit.*, 369. “Key elements of the Tribunal’s procedure such as the role of the Prosecutor in investigations and indictments, and the adversarial order and nature of case presentation reflect the Anglo-American Common Law approach.”

These characteristics are explained in the case of the ICTY by: 1) the role assigned to the Prosecutor in the Statute as the one responsible for investigation and prosecution (Article 16.1); and 2) the confirmation of prosecution, following the presentation of charges, by a judge of the tribunal (judge of the Trial Chamber) (Article 19).<sup>45</sup> Similar procedural provisions were established in the Statute of the ICTR (Article 15 and following).

The complexity of making civil law and common law compatible in the operation of international criminal tribunals is enormous, resulting in a sort of “hybrid system” as acknowledged by judges serving on these bodies.<sup>46</sup> In both the procedural provisions of the ICTY and the ICTR, the adversarial method, within the framework of common law, was evident with rules that placed the parties in competition. Rather than assisting the court in deciding, the parties were adversaries. This became clear with the conception of the active role of the parties in the process, conducting their own investigations before and during the trial, with the Prosecutor’s responsibility in the investigation extending beyond some powers granted to the tribunal, and with the dominance of the parties in presenting the case at trial, among other aspects.<sup>47</sup>

However, it is easy to detect that at times, an exact or absolute division between the two cannot be made. Elements that identify the adversarial system are not exclusive to common law legal systems. It has been rightly argued, for example, that both systems are “inquisitorial” in the sense that “the process is initiated and directed in the pre-trial phase by the state, i.e., the police and prosecution”; and both are “adversarial” because “the prosecution and ‘accusation’ lie in the hands of an institution different from the pre-trial judge (the Prosecution or the *juge d’instruction*).”<sup>48</sup>

The Statute of the ICTY in its Article 15 delegated to the judges themselves, as did the Statute of the ICTR (Article 14), the adoption of procedural rules<sup>49</sup> with a mixture of various systems. This reality was recognized by the ICTY in cases such as *Prosecutor v. Delalić et al.*:

“The Tribunal’s Statute and Rules consist of a fusion and synthesis of two dominant legal traditions, these being the common law system,

45 *Ibid.*, 369.

46 O. G. Kwon, “The Challenge of an International Criminal Trial as Seen from the Bench”, *Journal of International Criminal Justice*, 5/ 2007, 360–376.

47 Vid., for example: J. Jackson, “Finding the Best Epistemic Fit for International Criminal Tribunals Beyond the Adversarial-Inquisitorial Dichotomy”, *Journal of International Criminal Justice*, 7/2009, 24–26.

48 K. Ambos, *op. cit.*, 3. With regard to the provisions of the Statutes of the ICTY and the ICTR regarding the role of the Prosecutor as responsible for investigations, rather than a pre-trial investigating judge, it has been argued that: “A number of civil law countries also allocate the function of pre-trial investigation to a prosecutor whose role is conceived somewhat differently from common law countries as a public official whose task is to look for evidence which will acquit as well as convict the person being investigated.” J. Jackson, *op. cit.*, 24.

49 G. Boas, J. L. Bischoff, N. L. Reid, B. D. Taylor III, *International Criminal Procedure International Criminal law*, Cambridge university Press, 2011, 23, 24.

which has influenced the English-speaking countries, and the civil law system, which is characteristic of continental Europe and most countries which depend on the Code system.”<sup>50</sup>

But it is evident that the “predominant structure” would be the adversarial system of common law.<sup>51</sup> This was also recognized by the *Expert Group to Conduct a Review of the Effective Operation and Functioning of the International Tribunal for the Former Yugoslavia and the International Criminal Tribunal for Rwanda* in 1999, considering that “(t)he common law adversarial system of criminal trials (...) is largely reflected in the Statutes of the Tribunals and in their Rules of Procedure and Evidence”.<sup>52</sup> The tendency towards the prevalence of this adversarial system of common law generated more than one problem in the operation of this tribunal, due to the inherent characteristics of these international processes.<sup>53</sup> The *Expert Group* itself referred to some of these issues as follows:

“Judges interviewed by the Expert Group in ICTY and ICTR expressed the belief that the prolonged nature of Tribunal proceedings was attributable to a significant degree to not enough control having been exercised over the proceedings by the judges, and also to the manner in which the prosecution and defence presented their cases. To be sure, in common law adversarial criminal proceedings it is the parties who determine the manner in which they will conduct their cases, the number of witnesses and exhibits, and the amount of testimony to be elicited. The extent of cross-examination and rebuttal is also largely in the hands of the parties (...) From the beginning, the judges have been scrupulous in their respect for the distribution of responsibilities implicit in the common law adversarial system and have tended to refrain from intervening in the manner of presentation elected by the parties. This surely contributed to the length of the proceedings and is recognized as having done so by the judges.”<sup>54</sup>

50 *Prosecutor v. Delalic et al.*, Trial Chamber, Judgement, 16 Nov 1998, para. 159.

51 In this regard, it has been argued that “predominant structure gives deference to the adversarial common law system of criminal justice, although they depart from it in many ways. Laced from the start with concepts from the civil law or Romano-Germanic system of criminal procedure, the Rules have evolved through” G. Boas, “A Code of Evidence and Procedure for International Criminal Law? The Rules of ICTY”, *International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY* (eds. G. Boas, W.A. Schabas), Martinus Nijhoff Publishers Leiden-Boston, 2003, 1–34.

52 *Report of the Expert Group to Conduct a Review of the Effective Operation and Functioning of the ICTY and the ICTR*, 22 November 1999, UN Doc. A/54/634, para. 67.

53 This was acknowledged by the judges themselves. See, for example: O. G. Kwon, “The Challenge of an International Criminal Trial as Seen from the Bench”, 5/2007, p. 364; R. Kerr, *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, 2004, 93; W. A. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge University Press, 2006.

54 *Report of the Expert Group to Conduct a Review of the Effective Operation and Functioning of the ICTY and the ICTR*, 22 November 1999, UN Doc. A/54/634, párr. 77

Hence, the *Report of the Expert Group* reflected the need to incorporate useful and viable elements from both legal systems to enhance the effectiveness of international criminal proceedings in both *ad hoc* international tribunals.<sup>55</sup> The combination of rules from both adversarial and inquisitorial systems in the procedure is accentuated in the successive modifications of the Rules of Procedure and Evidence.<sup>56</sup> This necessity was reflected in the need to interpret the Statute and the Rules without strict adherence to legal formulas of common law, even when the Rule was an expression of an institution of this legal system. This was expressed, for example, in *Prosecutor v. Goran Jelisić*:

“In reading and interpreting the text of Rule 98bis(B), it has to be borne in mind that the adversarial aspect of the Tribunal’s procedure is an important one but not exclusive of other influences. The Tribunal is an international judicial body. Accused persons come from primarily civil law jurisdictions. Judges of the Tribunal come from different legal cultures, as do counsel appearing before it. The Trial Chamber in this case consisted wholly of non-common law judges; account must be taken of that fact in interpreting the language in which their judgement was cast. To require strict conformity with a common law verbal formula would not be appropriate; it is the substance which is important.”<sup>57</sup>

There is consensus that the ICTY established in its Rules “an adversarial method of presenting evidence” which involved “live examination and cross-examination of witnesses” and that “the production of witnesses and evidence is

---

55 “There is a growing consensus among the judges that as the Tribunals develop and mature as international organs, they will have to move in the direction of drawing upon and incorporating into their own jurisprudence the most helpful aspects of the two systems. But this is a slow process, made so in the view of the Expert Group, largely because the legal culture and background of the judges who come from one system tends to make them cautious about quickly or uncritically accepting features of the other system. The Statutes are largely, though not entirely, reflective of the common law adversarial system, and the future evolution of the Tribunals’ procedural jurisprudence, while necessarily complying with their Statutes, is apt to adopt aspects of the civil law model. In some respects, it seems to be doing so already. Some civil law models can doubtless deal with criminal law cases more expeditiously than the common law adversarial system.” *Report of the Expert Group to Conduct a Review of the Effective Operation and Functioning of the ICTY and the ICTR*, 22 November 1999, UN Doc. A/54/634, párr. 82

56 K. Ambos, *op. cit.*, 6. see, for example: “The Trial Chamber notes that paragraph C of Rule 86 was added to that Rule by a decision of the Eighteenth Plenary on 9 July 1998. On that occasion, the Plenary opted to adopt the current unitary system in preference to the bifurcated (trial and sentencing) system prevalent in many common law jurisdictions in trial by jury.” *Prosecutor v. Radoslav Brđjanin*, Trial Judgement, IT-99-36-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 1 September 2004, para. 1079.

57 *Prosecutor v. Goran Jelisić*, Appeal Judgement, IT-95-10-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 5 July 2001, para. 34

predominantly party-driven.”<sup>58</sup> However, successive amendments incorporated mechanisms from civil law into various evidence rules to make the process before the court more viable.<sup>59</sup> It is worth noting that the Rules of Evidence of the ICTY and the ICTR did not exactly follow the model of common law. Rule 89(c) stated that “(a) Chamber may admit any relevant evidence which it deems to have probative value” although “may exclude evidence if its probative value is substantially outweighed by the need to ensure a fair trial” (Rule 89(d)). In this sense, Rule 89(e) also stated that “(a) Chamber may request verification of the authenticity of evidence obtained out of court”. Explicitly, the ICTY itself considered that the admissibility of hearsay evidence did not correspond to common law practice:

“Where such out of court statement is merely hearsay, the common law denies it any value as evidence of the truth of what had been said out of court, and restricts its relevance to the issue of the witness’s credit. On the other hand, the civil law admits the hearsay material without restriction, provided that it has probative value; the weight to be afforded to it as evidence of the truth of what was said is considered at the end of all the evidence. This Tribunal has, by its Rules, effectively rejected the common law approach. Rule 89(C) provides: A Chamber may admit any relevant evidence which it deems to have probative value. The application of that Rule was considered at the trial of Tadic, in a decision which was not challenged in the appeal.”<sup>60</sup>

In the Rules initially approved, it was stated that “witnesses shall, in principle, be heard directly by the Chambers”. However, this reference was eliminated in an Amendment to the Rules in December 2000. A provision was added to the Statute allowing for the receipt of evidence from a witness orally or in writing (Rule 89(f)). *Admission of written statements and transcripts in lieu of oral testimony* was also permitted (Rule 92 *bis*). Similarly, mention should be made of the 1998 Amendment to Rule 94(B), which allows the Trial Chamber to *take judicial notice of adjudicated facts or documentary evidence from other proceedings of the Tribunal*.<sup>61</sup>

58 O. G. Kwon, *op. cit.*, pp. 360-376. 363

59 *Ibid.*, 363.

60 *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Judgment on Allegations of Contempt Against Prior Counsel, Milan Vajin, IT-94-1-A-R77, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 31 January 2000, para. 93). This can also be seen regarding the admissibility of “out-of-court statements made by an accused”. (*Prosecutor v. Boskoski and Tarculovski*, Appeal Judgment, IT-04-82-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 19 May 2010, para. 194).

61 Rule 94 B, amended in December 2010, finally establish: “At the request of a party or proprio motu, a Trial Chamber, after hearing the parties, may decide to take judicial notice of adjudicated facts or of the authenticity of documentary evidence from other proceedings of the Tribunal relating to matters at issue in the current proceedings.”

Other measures were also taken in successive amendments to reduce the size of cases, such as the adoption in July 1998 of Rule 73 *bis* on a Pre-Trial Conference – amended in 1999 and 2003 – for the Prosecutor to determine the number of witnesses to call, as well as the time allowed for presenting evidence, and to *reduce the number of counts charged in the indictment*, etc. Similarly, the adoption of Rule 73 *ter* on a Pre-Defence Conference – amended in November 1999 – referred to the Trial Chamber’s possibility to call *the defence to shorten the estimated length of the examination-in-chief for some witnesses*, as well as *the number of witnesses the defence may call*, among others.

However, in the *ad hoc* criminal tribunals, the Special Court for Sierra Leone, the Special Tribunal for Lebanon, and the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, there were rules with a clear imprint of common law. In the ICTY, Rule 98 *bis* established the possibility of rendering a *judgment of acquittal* in any case if there is insufficient evidence to sustain a conviction.<sup>62</sup> This incorporation was made in the ICTY Rules in 1998 and subject to subsequent amendments.<sup>63</sup> Similar provisions, albeit to varying degrees in some cases, can be found in other international criminal tribunals, such as the International Criminal Tribunal for Rwanda, the Special Court for Sierra Leone, and the Special Tribunal for Lebanon.<sup>64</sup> Regarding subsection B of Rule 98 *bis*, which was removed in an amendment in 2004 but essentially retained in the sole paragraph of this Rule, the ICTY rightly considered that “this provision reflects the common law concept of ‘no case to answer’”<sup>65</sup>. However, in ICTY jurisprudence, the criterion was imposed to determine the legal regime of this rule based on the Statute and the Rules, rather than following the sense assigned in common law.<sup>66</sup>

62 *Rules of Procedure and Evidence, ICTY*, Rule 98 *bis*; G. Boas, J. L. Bischoff, N. L. Reid, B. D. Taylor III, *op. cit.*, 287.

63 The current Rule establish: “At the close of the Prosecutor’s case, the Trial Chamber shall, by oral decision and after hearing the oral submissions of the parties, enter a judgement of acquittal on any count if there is no evidence capable of supporting a conviction.”

64 *Vid.*, A. T. Cayley, A. Orenstein, “Motion for Judgement of Acquittal in the Ad Hoc and Hybrid Tribunals. What Purpose If Any Does It Serve?”, *Journal of International Criminal Justice*, 8/2010, 575–590.

65 *Prosecutor v. Hadzihasanovic and Kubura*, Decision on Requests for Acquittal Pursuant to Rule 98bis of the Rules of Procedure and Evidence, IT-01-47-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 27 September 2004, para. 12.

66 In this regard, it has been specified that “the regime to be applied for Rule 98 bis proceedings is to be determined on the basis of the Statute and the Rules, having in mind, in particular, its construction in the light of the context in which the Statute operates and the purpose it is intended to serve. That determination may be influenced by features of the regime in domestic jurisdictions with similar proceedings, but will not be controlled by it; and therefore a proper construction of the Rule may show a modification of some of those features in the transition from its domestic berth.” *Prosecutor v. Dario Kordic, Mario Cerkez*, Appeal Judgement, No.: IT-95-14/2-T, Decision on defence motions for judgement of acquittal, 6 April 2000, para. 9; *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Decision on Defence Motion Requesting Judgement of Acquittal Pursuant to Rule 98 Bis, IT-01-42-T,

Similarly, the uniqueness of other provisions as expressions of common law is evident. In the ICTY, with respect to Rule 62 *ter* concerning “plea agreements”<sup>67</sup>, it was considered as “more frequently used in adversarial common law jurisdictions than in the more inquisitorial civil law jurisdictions, due to the role that judges, prosecutors, and defense counsel play in the respective systems”<sup>68</sup>. This institution was reformed on several occasions by ICTY judges, especially after the *Erdemović’s case*. Initially, in the early stages of the procedure, the accused was given the right to waive a trial if they pleaded guilty.<sup>69</sup> Thus, the proceedings could continue with the conduct of a trial or a sentencing hearing (in the case of a guilty plea). The Tribunal Chamber in the *Erdemovic case* attempted to define this institution with explicit reference to its origin in common law:

“The Trial Chamber would first point out that the choice of pleading guilty relates not only to the fact that the accused was conscious of having committed a crime and admitted it, but also to his right, as formally acknowledged in the procedures of the International Tribunal and as established in common law legal systems, to adopt his own defence strategy. The plea is one of the elements which constitute such a defence strategy.”<sup>70</sup>

In this regard, another influence of common law on the rules and procedures of ad hoc criminal tribunals is evident in: the order of presenting evidence, where

---

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 21 June 2004, para. 12; *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, Decision on Motion for Judgement of Acquittal, IT-02-54-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 16 June 2004, para. 10 y ss. In the doctrinal field, see: A. Niv, “The Schizophrenia of the ‘No Case to Answer’ Test in International Criminal Tribunals”, *Journal of International Criminal Justice*, 14/2016, 1121–1138.

67 In the doctrinal field, see: K. McCleery, “Guilty Pleas and Plea Bargaining at the Ad Hoc Tribunals. Lessons from Civil Law Systems”, *Journal of International Criminal Justice*, 14/ 2016, 1099–1120.

68 Regarding Rule 62 *ter*, the ICTY has acknowledged: “Plea agreements are more frequently used in adversarial common law jurisdictions than in the more inquisitorial civil law jurisdictions, due to the role that judges, prosecutors and defence counsel play in the respective systems.” *Prosecutor v. Momir Nikolic*, Sentencing Judgement, IT-02-60/1-S, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 2 December 2003, para. 47. “The Trial Chamber would first point out that the choice of pleading guilty relates not only to the fact that the accused was conscious of having committed a crime and admitted it, but also to his right, as formally acknowledged in the procedures of the International Tribunal and as established in *common law* legal systems, to adopt his own defence strategy. The plea is one of the elements which constitute such a defence strategy.” *Prosecutor v. Drazan Erdemovic*, Sentencing Judgement, IT-96-22-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 29 November 1996, para. 13.

69 *Vid.*, *Rules of Procedure and Evidence*, ICTY, Rule 62 y ss.

70 *Erdemovic*, Sentencing judgement, IT-96-22, Trial Chamber I, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 29 Nov 1996, para. 13. *Vid.*, also: *Separate and Dissenting Opinion of Judge Stephen, Erdemovic*, Judgement, Appeal, IT-96-22-A, 07 Oct 1997; Joint Separate Opinion of Judge McDonald And Judge Vohrah, *Erdemovic*, Judgement, Appeal, IT-96-22-A, 07 Oct 1997.



the defense follows the prosecution's presentation<sup>71</sup>; the "witness proofing" conducted by both the prosecutor and the defense before testifying in court<sup>72</sup>, as can be inferred from the experiences of the ICTY, the ICTR, and the Special Court for Sierra Leone.<sup>73</sup> Similarly, Rules 85 and 90 of the ICTY were considered "largely reflective of the common law system."<sup>74</sup> At this point, it was also considered that their jurisprudence on "abuse of process" was based on a common law institution.<sup>75</sup>

Similarly, in the ICTR, several similar institutions were considered to have roots in common law: for example, "(t)he *voir dire* procedure originates from the common law and does not have a strictly defined process in this Tribunal", and although it was acknowledged that there were no provisions in the Rules for a formal procedure for pre-trial examination, reference was made to Rule 89(b) which "provides that reference may be made to evidentiary rules 'which will best favour a fair determination of the matter'"<sup>76</sup> This same approach can be found regarding Rule 89(C) of the Rules<sup>77</sup>, or regarding the opportunity for a witness accused of lying by the defense to hear and respond to this accusation, although it was indeed recognized that it was "a matter of justice and fairness to victims and witnesses, principles recognized in all legal systems throughout the world"<sup>78</sup>. It has also been argued by some authors that the ICTR has developed a "common law of sentencing for genocide and crimes against humanity" in the absence of legal provisions in the Court's Statute.<sup>79</sup>

71 G. Boas, J. L. Bischoff, N. L. Reid, B. D. Taylor III, *op. cit.*, 278.

72 *Ibid.*, 284.

73 R. Skilbeck, "Frankenstein's Monster. Creating a New International Procedure", *Journal of International Criminal Justice*, 8/ 2010, 457–459.

74 In several matters, the court referred to the origin of various institutions rooted in common law: when it was argued that "while the Tribunal is in no way bound by the rules of the common law and the Rules do not provide clear guidance on the question of impeaching a party's own witness, Rules 85 and 90 are nonetheless largely reflective of the common law system." *Prosecutor v. Vujadin Popovic*, Decision on Impeachment, IT-05-88-AR73.3, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 1 February 2008, para. 31.

75 "As the parties note, the jurisprudence of the Tribunal has relied in several instances on the common law rooted doctrine of abuse of process." *Prosecutor v. Rodovan Karadzic* (Decision on Karadzic's Appeal of the Trial Chamber's Decision on Alleged Holbrooke Agreement), IT-95-5/18-AR73.4, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 12 October 2009, para. 45.

76 *Ntahobali & Nyiramasuhuko*, Decision on Voir Dire and Statements of the Accused, ICTR-97-21-AR73, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 27 October 2006, para. 12.

77 *Vid.*, for example: *The Prosecutor v. Elizaphan and Gérard Ntakirutimana*, Appeal Judgement, ICTR-96-10-A & ICTR-96-17-A, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 13 December 2004, para. 145 y ss.

78 *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Trial Judgement, ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 September 1998, para. 46.

79 R.D. Sloane, "Sentencing for the 'Crime of Crimes'. The Evolving 'Common Law' of Sentencing of the International Criminal Tribunal for Rwanda", *Journal of International Criminal Justice*, 5/2007, 713–734.

The procedural system of the International Criminal Court is considered to incorporate various characteristics of both systems, but in reality, its nature is *sui generis*.<sup>80</sup> Undoubtedly, this greater incorporation of institutions from both systems has among its reasons the reference to the experience of the rules of the *ad hoc* tribunals. As we have seen, these rules were gradually amended to incorporate institutions and mechanisms of the civil law.<sup>81</sup> The negotiations of the Statute saw opposing positions between representatives of both systems on matters related to investigation, prosecution, pre-trial procedures, disclosure, and fair trial issues.<sup>82</sup> These particularities are then expressed in a particular way in the Rules of Procedure and Evidence.

This reality became evident with the combination of an independent Prosecutor and the significance of the parties in driving the trial, but with a notable judicial intervention before and during the trial.<sup>83</sup> Regarding the duties and powers of the prosecutor with respect to investigations under Article 54, it has been considered as “a bridge between the adversarial common law approach to the role of the Prosecutor and the role of the investigating judge in certain civil law systems.”<sup>84</sup> For example, setting the objective of the Prosecutor as “to establish the truth” is seen as more aligned with civil law, as in common law the Prosecutor is more oriented towards assisting the court in seeking justice.<sup>85</sup> On the other hand, the Pre-Trial Chamber is identified with the inquisitorial model of civil law, albeit with its own peculiarities.<sup>86</sup> This reality

80 C. Stahn, “Introduction”, *The Law and Practice of the International Criminal Court* (ed. C. Stahn), Oxford University Press, 2015, p. xcvi; B. Broomhall, “Article 51 Rules of Procedure and Evidence”, *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary* (eds. O. Triffterer, K. Ambos), C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016, 1348.

81 *Ibid.*, 1349.

82 *Ibid.*, 1350.

83 *Ibid.*, 1351.

84 M. Bergsmo, P. Kruger, O. Bekou, “Article 54 Duties and powers of the Prosecutor with respect to investigations”, *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary* (eds. O. Triffterer, K. Ambos), C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016, 1382.

85 *Ibid.*, 1383.

86 “(...) the establishment of a Pre-Trial Chamber stems from the Civil Law tradition, where prosecutorial and investigative activities frequently undergo judicial scrutiny. Nevertheless, it must be emphasized that the Pre-Trial Chamber is not an investigative chamber. In contrast to the ‘juge d’instruction’ of civil law systems, the Pre-Trial Chamber has no investigative powers of its own nor is it responsible for directing or supervising the investigations of the Prosecutor.” F. Guariglia, G. Hochmayr, “Article 57 Functions and powers of the Pre-Trial Chamber”, *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary* (eds. O. Triffterer, K. Ambos), C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016, 1423. El propio tribunal ha sostenido: “The Appeals Chamber recalls that the Court’s legal framework combines elements from the Common Law and Romano-Germanic legal traditions. Notably, it contains certain fair trial safeguards that are not typically found in Common Law systems, such as the obligation of the Prosecutor to ‘investigate incriminating and exonerating circumstances equally’ under article 54 (1) (a) of the Statute and the need for a Pre-Trial Chamber to ‘determine whether there is sufficient evidence

applies to some functions and powers of the Trial Chamber under Article 64 of the Statute.<sup>87</sup>

In matters of evidence, it is acknowledged that a greater role was granted to the judicial body in line with “inquisitorial systems”. Regarding the evidence regime of Article 69 of the Rome Statute, it has been expressed as a “compromise between different legal views” concerning the presentation of evidence before the Court.<sup>88</sup> The Appeals Chamber in the case of *Jean-Pierre Bemba Gombo* held:

“(…) the Appeals Chamber observes that, with reference to the discussions held as part of the drafting process of the Statute, commentators explain that the final formulation of article 69 of the Statute was indeed the result of a compromise between common law systems (which ‘tend to exclude or weed out irrelevant evidence, and inherently unreliable types of evidence, as a question of admissibility’) and civil law systems (in which ‘all evidence is generally admitted and its relevancy and probative value are considered freely together with the weight of the evidence’). This final compromise was to ‘eschew generally the technical formalities of the common law system of admissibility of evidence in favour of the flexibility of the civil law system, provided that the Court has a discretion to «rule on the relevance or admissibility of any evidence». In particular, it has been explained in this regard that article 69 of the Statute, ‘while [it] adopts presumptively the civil law procedure of general admissibility and free evaluation of evidence’, also incorporates ‘some common law concepts’ in that it ‘permits the Court «to rule on the relevance or admissibility of any evidence» before considering the question of weight.’<sup>89</sup>

Judge Geoffrey Henderson considered that “(t)he Statute’s admissibility regime is thus considerably less formal than what exists in most Common Law jurisdictions and offers more flexibility and discretion to the judges.”<sup>90</sup> This became

---

to establish substantial grounds to believe that the persons concerned committed each of the crimes charged’ prior to committing the person concerned to trial pursuant to article 61 (7) of the Statute.” *Prosecutor v. Ntaganda*, Judgment on the appeal of Mr Bosco Ntaganda against the “Decision on Defence request for leave to file a ‘no case to answer’ motion”, Appeals Chamber, ICC-01/04-02/06-2026, 05 September 2017, para. 52.

87 G. Bitti, “Article 64 Functions and powers of the Trial Chamber”, *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary* (eds. O. Triffterer, K. Ambos), C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016, 1597.

88 F. Guariglia, “Admission’ v. Submission’ of Evidence at the International Criminal Court. Lost in Translation?”, *Journal of International Criminal Justice*, 16/2018, 318.

89 *Prosecutor v. Bemba Gombo et al.*, Public Redacted Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled “Judgment pursuant to Article, Appeals Chamber, ICC-01/05-01/13-2275-Re, 08 March 2018, para. 590.

90 *Separate Opinion of Judge Geoffrey Henderson, Prosecutor v. Bemba Gombo et al.*, Appeals Chamber, ICC-01/05-01/13-2275-Anx, 08 March 2018, para. 39.

clear when the court was recognized “the authority to request the submission of all evidence that it considers necessary for the determination of the truth” (Article 69.3).<sup>91</sup> In Article 69.4 of the Statute, on the other hand, by noting that the Court “may rule on the relevance or admissibility of any evidence”<sup>92</sup> constitutes “an amalgam of both common law and civil law concepts and does not strictly follow the procedures of either”<sup>93</sup>. This perception has also led to various interpretations of the exception established in Article 69.7 of the Statute.<sup>94</sup>

Another sphere of reconciliation between both systems is evident in the discretion of the Pre-Trial Chamber to hear or not from the Prosecutor before indicating an order or a request for state cooperation, with the exception of Article 53.3 (a)<sup>95</sup>, as well as Article 56.1.<sup>96</sup> Reference can also be made to Article 61, concerning confirmation of the charges before trial, which establishes under certain circumstances that the Pre-Trial Chamber, at the request of the Prosecutor or *proprio motu*, may “hold a hearing in the absence of the person charged to confirm the charges on which the Prosecutor intends to seek trial”.<sup>97</sup> Regarding the proceedings on an admission of guilt, and especially the institution of guilty pleas, it is argued that the “solution adopted in article 65 follows such a cautious approach in adopting a third avenue between the classic ‘common law’ and ‘civil

91 D. K. Piragoff, P. Clarke, “Article 69 Evidence”, *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary* (eds. O. Triffterer, K. Ambos), C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016, 1715.

92 For this, it must take into account “the probative value of the evidence and any prejudice that such evidence may cause to a fair trial or to a fair evaluation of the testimony of a witness”.

93 D. K. Piragoff, P. Clarke, *op. cit.*, 1735.

94 “Evidence obtained by means of a violation of this Statute or internationally recognized human rights shall not be admissible if: (a) The violation casts substantial doubt on the reliability of the evidence; or (b) The admission of the evidence would be antithetical to and would seriously damage the integrity of the proceedings.” Regarding its exceptional nature, see: *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Chamber, ICC-01/04-01/06, 24 June 2009, para. 34. See also: *Separate Opinion of Judge Geoffrey Henderson, Prosecutor v. Bemba Gombo et al.*, Appeals Chamber, ICC-01/05-01/13-2275-Anx, 08 March 2018, para. 39.

95 F. Guariglia, G. Hochmayr, “Article 57 Functions and powers of the Pre-Trial Chamber”, *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary* (eds. O. Triffterer, K. Ambos), C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, 430.

96 “Where the Prosecutor considers an investigation to present a unique opportunity to take testimony or a statement from a witness or to examine, collect or test evidence, which may not be available subsequently for the purposes of a trial, the Prosecutor shall so inform the Pre-Trial Chamber.” On this matter, it has been said: “The concept reflects the civil law category of ‘definitive and unrepeatable acts’ or the so-called ‘anticipated taking of evidence’, but also the common law tradition of ensuring cross-examination in the case of a witness that will not be available at trial (depositions).” F. Guariglia, G. Hochmayr (2016), *op. cit.*, 1413.

97 W. A. Schabas, E. Chaitidou, M. M. El Zeidy, “Article 61 Confirmation of the charges before trial”, *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary* (eds. O. Triffterer, K. Ambos), C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, 1486.

law' approaches".<sup>98</sup> This article relates to Article 64.8 (a), which is argued to appeal to an "admission of guilt", constituting "a hybrid between the common law 'plea of guilty' and the civil law formula 'admission of the facts'".<sup>99</sup>

The Court has considered applicable within the framework of the Rome Statute institutions that only have roots in common law systems because they are aimed at ensuring other articles of the Statute, especially in the field of human rights. In this vein, the Court considered compatible with the rights of the accused, the rights of the prosecution, and the rights of the victim the possibility of analyzing the "no case to answer" issue when presented by the Defense, even though it was not recognized in the Rome Statute. It acknowledged that it was an institution rooted in adversarial systems and in the common law tradition<sup>100</sup>, but could be accommodated under Articles 64.3, 64(2), and 64(6)(f).<sup>101</sup> Similarly, while considering that "(t)he doctrine of abuse of process, as known to the common law, has no direct parallel in the Romano-Germanic systems of law", it

98 F. Guariglia, G. Hochmayr, "Article 65 Proceedings on an admission of guilt", *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary* (eds. O. Triffterer, K. Ambos), C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, p. 1625.

99 Regarding this article, the Trial Chamber has expressed: "The solution reflected in the final Article 65 of the Statute follows a 'third avenue' between the traditional common law and civil law approaches. Pursuant to Articles 64(8)(a) and 65 of the Statute, an accused is afforded an opportunity to make an admission of guilt at the commencement of the trial, a procedure which looks not dissimilar to the traditional common law 'guilty plea'. Article 65(5) of the Statute also implicitly authorises discussions corresponding to plea agreements in common law legal systems. However, Article 65 also requires the Chamber to conclude that the admission is 'supported by the facts of the case', specifically requiring it to consider both the admission of guilt 'together with any additional evidence presented'. This is more analogous to a summary or abbreviated procedure traditionally associated with civil law systems." *Prosecutor v. Al Mahdi*, Judgment and Sentence, Trial Chamber VIII, ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016, para. 27. Sobre el artículo 66(3) del Estatuto de Roma se ha hecho notar que el "language is very familiar from the common law standard of proof, which has also been adopted by other international criminal tribunals". S. Smet, "The International Criminal Standard of Proof at the ICC-Beyond Reasonable Doubt or Beyond Reason?", *The Law and Practice of the International Criminal Court* (ed. C. Stahn), Oxford University Press, 2015, p.861. While common law systems reject the Prosecutor's appeal, Article 81 of the Statute does establish it. (I. Tallgren, A. Reisinger Coracini, "Article 20 Ne bis in idem", *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary* (eds. O. Triffterer, K. Ambos), C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, p. 913). On its part, the Court refused to allow "witness proofing" considering it to be only found in common law under Article 21(c) of the Statute. (M. M. deGuzman, *op. cit.*, p. 944).

100 *Prosecutor v. Ruto and Sang*, Decision No. 5 on the Conduct of Trial Proceedings (Principles and Procedure on 'No Case to Answer' Motions), Trial Chamber, ICC-01/09-01/11-1334, 03 June 2014, para. 11.

101 *Ibid.*, para. 16-17. Also, see in another context: *Prosecutor v. Ntaganda*, Judgment on the appeal of Mr Bosco Ntaganda against the "Decision on Defence request for leave to file a 'no case to answer' motion", Appeals Chamber, ICC-01/04-02/06-2026, 05 September 2017, para. 54.

found application to protect the fundamental rights of individuals against violations and to ensure a fair trial.<sup>102</sup> In the same vein, the Court considered that accepting a request for a *voir dire* was at the discretion of the Tribunal, although it acknowledged that it was “a concept originating from the common law, not expressly provided for in the framework of the Statute”.<sup>103</sup> The Court also considered that it was not explicitly established in the Court’s Statute or as a general principle of law “the possibility of parties preparing witnesses for their testimony”, recognized as a “common practice in common law jurisdictions”, but that it had discretion to apply it under Article 64 (fair and expeditious trial) and to ensure fundamental rights.<sup>104</sup>

#### 4. CONCLUSIONS

While the Statute of Rome and its Rules must be interpreted according to their own terms, without direct application of any particular legal system’s rules<sup>105</sup>, it is undeniable that reconciling the perspectives of both systems poses a significant challenge.<sup>106</sup> This has in some cases led to demands for the composition of courts

---

102 *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution..., Appeals Chamber, ICC-01/04-01/06-1486, 20 October 2008, para. 27-29.

103 *Prosecutor v. Al Hassan*, Public redacted version of ‘Decision on requests related to the submission into evidence of Mr Al Hassan’s statements’, Trial Chamber X, ICC-01/12-01/18-1475-Red, 20 May 2021, párr. 17.

104 *Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, Decision on witness preparation and familiarisation, Trial Chamber I, ICC-02/11-01/15-355, 02 December 2015, para. 15.

105 For example, Article 69.8, concerning *evidence*, clearly states that: “When deciding on the relevance or admissibility of evidence collected by a State, the Court shall not rule on the application of the State’s national law.”

106 See the separate opinion of Judges Van den Wyngaert and Morrison in *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*: “Although we regret that despite our best efforts, the judges in this Appeal have not been able to reach unanimity, we accept that it is a fact of judicial life that judges do not always agree. This is true for national courts and tribunals, and perhaps even more for international courts, where the panels consist of judges from different legal backgrounds who must interpret and apply a body of the law that is relatively new and often open to diverging approaches and views. The ICC statute is full of ‘constructive ambiguities’ that have displaced the discussion from the political level (the drafters of the Rome Statute) to the judicial level (the judges of the ICC). Unsurprisingly, some of these discussions remain alive and explain why it is sometimes difficult to reach unanimity. The ICC is far from unique in this respect. Both of us experienced this as judges at the ICTY and one of us also as an *ad hoc* judge at the International Court of Justice. It is not different in the present case.” *Separate Opinion of Judge Van den Wyngaert and Judge Morrison, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III’s “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, ICC-01/05-01/08-3636-Red, 08 June 2018, para. 2.

to include representation from all legal systems.<sup>107</sup> In any case, it is true that international criminal law has developed to the point of being considered a *sui generis* system, both in terms of the elements of crimes and the rules of procedure and evidence. The elaboration of the Rome Statute, with its comprehensive framework, has established it as an independent body of law separate from national legal systems. However, even if this is the case, it should not be forgotten that the majority of the institutions, categories, and operating logics established in the Statutes of international criminal tribunals have their origin in the domestic law of States.

This work has highlighted the significant influence of the common law system in the construction of international criminal law. This reality is also related to another equally important discussion: the occasional dominance of one legal system over another to serve as a reference point, especially due to the majority influence or legal hegemonies in international institutions responsible for implementing international mechanisms and processes. However, international criminal law has been resistant to unconditionally incorporate common law formulas. A certain pragmatism has been necessary to justify and legitimize an international institution with *ius puniendi*. As this branch of international law has developed more fully, it has become “independent” or “separated” in a way from directly incorporating the logic, principles, or rules of a national legal system.

This does not mean that “general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world” or “the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime” are excluded from their application, as accurately acknowledged by Article 21 of the Rome Statute. With this open possibility, the common law systems continue to play an important role in the application and interpretation of international criminal law under the Rome Statute. This importance is not only due, as mentioned, to the composition of tribunals on occasions by judges originating from these systems but also due to a certain hegemony imposed in international jurisdiction to determine *state practice* or the existence of an *opinio juris* justifying a customary law norm. The same applies to determine the existence of general principles common to all legal systems worldwide.

## BIBLIOGRAPHY

Akhavan P., Mégret F., “The Problem of ‘Uncertainty’ in International Criminal Law and the Common Law ‘Method’”, *British Yearbook of International Law*, 2023.

---

107 For example, in *Katanga*, “The applicant submits that the current composition of the Chamber is too narrowly drawn as it includes no judge with a common law background, contrary to the spirit, objectives and the letter of the Statute which give ‘high priority to the representation of the principal legal systems of the world in each courtroom.’” *Prosecutor v. Katanga*, Decision concerning the Request of Mr Germain Katanga of 14 November 2008 for re-composition of the bench of Trial Chamber II, Presidency, ICC-01/04-01/07-757, 21 November 2008, para. 5.

- Ambos K., “International Criminal Procedure: ‘Adversarial’, ‘Inquisitorial’ or Mixed?”, *Third International Criminal Law Review*, 3/2003, pp. 1–37.
- Bassiouni M. Ch., “Principles of Legality in International and Comparative Criminal Law”, *International Criminal Law, Volume III International Enforcement* (ed. M. Ch. Bassiouni), Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 73–106.
- Bergsmo M., Kruger, P., Bekou, O., “Article 54 Duties and powers of the Prosecutor with respect to investigations”, *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary* (eds. O. Triffterer, K. Ambos), C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, pp. 1381–1393.
- Bitti G., “Article 64 Functions and powers of the Trial Chamber”, *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary* (eds. O. Triffterer, K. Ambos), C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, pp. 1588–1620.
- Boas G., Bischoff, J. L., Reid, N. L., Taylor III, B. D., *International Criminal Procedure International Criminal law*, Cambridge university Press, 2011.
- Broomhall B., “Article 51 Rules of Procedure and Evidence”, *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary* (eds. O. Triffterer, K. Ambos), C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016, pp. 1332–1351.
- Cassese A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2008.
- Cayley A. T., Orenstein, A., “Motion for Judgement of Acquittal in the Ad Hoc and Hybrid Tribunals. What Purpose If Any Does It Serve?”, *Journal of International Criminal Justice*, 8/2010, pp. 575–590.
- D. K. Piragoff, P. Clarke, “Article 69 Evidence”, *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary* (eds. O. Triffterer, K. Ambos), C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, pp. 1712–1750.
- DeGuzman M. M., “Article 21 Applicable law”, *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary* (eds. O. Triffterer, K. Ambos, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, pp. 932–948.
- Díaz Galán E., Bertot Triana H., “La protección de los derechos humanos en la justicia penal internacional: el caso particular del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en relación con el derecho consuetudinario y el principio de legalidad”, *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 29/2019, pp. 70–100.
- Fletcher G. P., “The Influence of the Common Law and Civil Law Traditions on International Criminal Law”, *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (ed. A. Cassese), Oxford University Press, 2009, pp. 104–110.
- Guariglia F., “Admission’ v. ‘Submission’ of Evidence at the International Criminal Court. Lost in Translation?”, *Journal of International Criminal Justice*, 16/2018, pp. 315–339.
- Guariglia F., Hochmayr G., “Article 57 Functions and powers of the Pre-Trial Chamber”, *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary* (eds. O. Triffterer, K. Ambos), C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, pp. 1421–1436.
- Guariglia F., Hochmayr G., “Article 65 Proceedings on an admission of guilt”, *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary* (eds. O. Triffterer, K. Ambos), C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, pp. 1621–1634.



- Henckaerts J. M., “Civil War, Custom and Cassese”, *Journal of International Criminal Justice*, 10/2012, pp. 1095–1111.
- Jackson J., “Finding the Best Epistemic Fit for International Criminal Tribunals Beyond the Adversarial-Inquisitorial Dichotomy”, *Journal of International Criminal Justice*, 7/2009, pp. 17–39.
- Jennings R. Y., “General course on principles of international law”, *RCADI*, 121/1967, pp. 323–619.
- Kerr R., *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, 2004.
- Kress C., “The ICC’s First Encounter with the Crime of Genocide, The Case Against Al Bashir”, *The Law and Practice of the International Criminal Court* (ed. C. Stahn), Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 669–704.
- Kwon O. G., “The Challenge of an International Criminal Trial as Seen from the Bench”, *Journal of International Criminal Justice*, 5/ 2007, pp. 360–376.
- McCleery K., “Guilty Pleas and Plea Bargaining at the Ad Hoc Tribunals. Lessons from Civil Law Systems”, *Journal of International Criminal Justice*, 14/ 2016, pp. 1099–1120.
- Niv A. “The Schizophrenia of the ‘No Case to Answer’ Test in International Criminal Tribunals”, *Journal of International Criminal Justice*, 14/2016, pp. 1121–1138.
- Schabas W. A., “Relationships Between International Criminal Law and Other Branches of International Law”, *RCADI*, 417/2021, pp. 211–392.
- Schabas W. A., “The Legal Regime of the International Criminal Court”, *Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko* (eds. J. Doria, H. P. Gasser, M. Ch. Bassiouni), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, pp. 75–101.
- Schabas W. A., Chaitidou, E., El Zeidy, M.M., “Article 61 Confirmation of the charges before trial”, *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary* (eds. O. Triffterer, K. Ambos), C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016, pp. 1484–1549.
- Schabas W. A., *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge University Press, 2006.
- Skilbeck R., “Frankenstein’s Monster. Creating a New International Procedure”, *Journal of International Criminal Justice*, 8/ 2010, pp. 451–462.
- Sloane R. D., “Sentencing for the ‘Crime of Crimes’. The Evolving ‘Common Law’ of Sentencing of the International Criminal Tribunal for Rwanda”, *Journal of International Criminal Justice*, 5/2007, pp. 713–734.
- Smet S., “The International Criminal Standard of Proof at the ICC-Beyond Reasonable Doubt or Beyond Reason?”, *The Law and Practice of the International Criminal Court* (ed. C. Stahn), Oxford University Press, 2015, pp. 861–890.
- Stahn C., “Introduction”, *The Law and Practice of the International Criminal Court* (ed. C. Stahn), Oxford University Press, 2015.
- Tallgren I., Reisinger Coracini, A., “Article 20 Ne bis in idem”, *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary* (eds. O. Triffterer, K. Ambos), C. H. Beck, Hart, Nomos, 2016, pp. 899–931.

- Taylor T., “Final report to the Secretary of the Army on the Nuremberg war trials under control council law no. 10.”, *US Government Printing Office*, 1949.
- Taylor T., *Anatomía de los juicios de Núremberg, Memorias*, Berg Institute, 2022.
- Waldock H., “General Course on Public International Law”, *RCADI*, 106/1962, pp. 1–251.

#### Summary

*The assimilation of common law into international law in the creation of law is related to the inherent characteristics of international law. Hence, several English and American authors have identified international law with the common law system. This particularity is accentuated in international criminal law due to the unwritten nature of customary norms and the limited normative material. This reality has consequences in a growing “judicial activism” in the application of norms of international criminal law and in the shaping of rules of evidence and procedure. Nevertheless, various international criminal tribunals have rejected applying judicial precedent in the same manner as it is applied in common law.*

*In this regard, common law, as one of the most significant legal systems in the world, has implications in the jurisprudence of international criminal courts to ascertain whether there is an opinio juris of a customary norm and as a means to establish the most appropriate interpretation to be included in a treaty norm. Regarding rules of evidence and procedure, common law has been equally important. Initially, this influence was much more predominant in some cases, especially when common law was identified as an adversarial system. However, in the evolution of rules of evidence and procedure in international criminal courts throughout the 20th century, there was a mixture or combination of rules from the civil law, identified with inquisitorial systems, and common law. Nevertheless, the paper emphasizes that it is not possible today to rigidly apply a differentiation between the two systems. Nowadays, each of the systems has incorporated institutions and mechanisms from the other.*

Jean Baptiste Bukuru, PhD\*  
Cocou Marius Mensah, PhD\*\*  
Zorica Brajović Mensah\*\*\*

DOI:10.51204/Zbornik\_UMKP\_24109A  
Originalni naučni rad

## INTERNATIONAL LAW & AFRICA'S PERSPECTIVES ON CRIMINAL JUSTICE INSTITUTIONS

*Abstract: This paper examines some international legal principles and Africa's unique perspectives on criminal justice institutions, focusing on the 2012 Model Law on Universal Jurisdiction, the principle of complementarity and the proposal to establish the African Court of Justice and Human Rights under the 2014 Malabo Protocol. Adopting the Model Law within the African Union offers African national courts a distinctive avenue to hold perpetrators of international crimes accountable. Prompted by concerns over potential abuse and politicisation of universal jurisdiction by certain European states, the African Union's stance reflects a proactive approach to safeguarding against perceived injustices. Furthermore, the proposal for the African Court of Justice and Human Rights aligns with the principle of complementarity vis-à-vis the International Criminal Court, showcasing Africa's evolving role in shaping international legal mechanisms to combat impunity and crimes. This paper explores these initiatives' motivations, challenges, and implications for Africa's engagement with international legal frameworks.*

**Keywords: International Legal Principles, African Union, Model Law on Universal Jurisdiction, African Court of Justice and Human Rights, International Criminal Justice Institutions.**

### 1. INTRODUCTION

In recent years, there has been a noticeable trend towards establishing regional international criminal courts specifically aimed at prosecuting individuals

---

\* Assistant Professor at Bujumbura International University in Burundi, bukurujb23@gmail.com.

\*\* Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Maribor, Slovenia, cocou.mensah@um.si.

\*\*\* Judicial worker at the Court in Maribor, Slovenia, brajovic.zorica@gmail.com.

implicated in international crimes<sup>1</sup>. This growing interest underscores the acknowledgement that addressing certain crimes is important for specific regions, considering their distinct characteristics and requirements.

The principle of complementarity, articulated in various articles of the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC), notably Articles 17 and 53, underscores the Court's role in intervening only when national jurisdictions fail to prosecute crimes within its purview. As regional judicial bodies in international criminal law, particularly in Africa, emerge, questions arise regarding jurisdictional allocation and coordination with institutions like the ICC. In "Transitional Justice Cascades" by Aleksandar Marsavelski and John Braithwaite, a three-level transitional justice framework is proposed, with restorative justice mechanisms addressing individual offenders and victims at the bottom level, supported by an International Reparation and Reconciliation Support Unit. A mid-level response involves collaboration between international transitional justice units and national criminal justice systems to indict middle-ranking officials, while the ICC handles high-ranking officials due to challenges in delivering fair trials at the national level.<sup>2</sup> Prioritising the jurisdiction of a prospective regional African Criminal Court over the ICC within the African region can be viewed as aligning with principles of sovereignty, complementarity, and regional autonomy. Such an approach would ensure that regional entities spearhead justice administration. However, addressing these complexities necessitates establishing a framework for cooperation and coordination between the ICC and regional courts. A formal agreement between the International Criminal Court, the African Union, and African regional organisations could serve as a mechanism for resolving jurisdictional issues and ensuring a balanced approach to prosecuting serious crimes. Such an agreement would delineate the roles and responsibilities of each entity, fostering synergy and preventing duplication of efforts.

To mitigate or eliminate speculation regarding the ICC's perceived bias towards African nationals and the non-use of African legal elements by the International Criminal Court<sup>3</sup>, creating an African regional criminal court would represent a possible answer and a proactive measure towards combating serious crimes in Africa and advancing Sustainable Development Goal 16, which aims to promote peace, justice, and robust institutions. While Westen K. Shilaho, in his article "Africa and the International Criminal Court," emphasizes the necessity for domestic courts in Africa to possess the capacity and political resolve to prosecute those responsible for mass atrocities, the establishment and empowerment of such institutions could potentially address the unique challenges faced by African nations in combating

---

1 F. K. Tiba, „Regional International Criminal Courts: An Idea Whose Time Has Come”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution (CJCR)*, Vol. 17, 2/2016, *Deakin Law School Research Paper*, 16–07, <https://ssrn.com/abstract=2718605>, 10.05.2024.

2 A. Marsavelski, J. Braithwaite, „Transitional Justice Cascades“, *Cornell International Law Journal*, Vol. 53, No. 2, 2020, 3–42.

3 M. Stewart, M. T. Pardis, R. Rajah, „The (Non-)Use of African Law by the International Criminal Court”, *European Journal of International Law*, Vol. 34, 3/2023, 555–580, <https://doi.org/10.1093/ejil/chad035>.

impunity and ensuring accountability for serious human rights violations<sup>4</sup>. Moreover, the successful implementation of hybrid tribunals in Africa underscores the region's capacity to administer justice effectively. The landmark trial of Hissène Habré in the African Extraordinary Chambers exemplifies the application of universal jurisdiction within the African context<sup>5</sup>. Collaborative efforts between the African Union and Senegal facilitated Habré's prosecution for crimes and egregious human rights violations committed during his tenure as Chad's Head of State. This case serves as a testament to the collective endeavors of regional and international stakeholders in pursuing justice and ensuring accountability. Building on these achievements, the adoption of the 2012 Model Law on Universal Jurisdiction by the African Union signifies a significant step towards providing African national courts with a viable mechanism to hold perpetrators of international crimes accountable. There is no denying that when European states exercise universal jurisdiction, their aim is to administer justice and underscore the global fight against international crimes. This approach highlights the potential of universal jurisdiction as a tool to combat impunity. For example, Germany's domestic courts, notably the Koblenz Higher Regional Court, have garnered worldwide attention for their pursuit of universal jurisdiction cases, particularly concerning state-sponsored torture in Syria and crimes perpetrated by the Islamic State.<sup>6</sup> These landmark rulings underscore Germany's dedication to robustly enforcing International Criminal Law through domestic trials, showcasing its leadership in advocating for justice on the global stage. However, careful and equitable implementation is essential to avoid potential political misuse. Concerns regarding the abuse and politicisation of universal jurisdiction by certain European states have prompted initiatives like the Model Law of the African Union, demonstrating a proactive approach to safeguarding against perceived injustices and affirming sovereignty in matters of criminal responsibility.

## 2. MODEL LAW OF THE AFRICAN UNION

The 2012 Model law on universal jurisdiction adopted within the African Union can serve as an alternative way for African national courts to bring to criminal responsibility those guilty of committing international crimes. It should be emphasized that the African Union adopted this Model Law on Universal Jurisdiction on July 13, 2012.<sup>7</sup> The adoption of this Model Law on Universal

4 W. K. Shilaho, „Africa and the International Criminal Court“ in *Oxford Research Encyclopedia of International Studies*, 2023.

5 S. Weill, K. T. Seelinger, K. B. Carlson (ed.), *The President on Trial: Prosecuting Hissène Habré*, Oxford University Press, 2020.

6 A. Susann, F-J. Langmack, „Universal Jurisdiction Cases in Germany: A Closer Look at the Poster Child of International Criminal Justice“, *Minnesota Journal of International Law*, Vol. 31, 2/2022.

7 African Union. (2012). Union Model National Law on Universal Jurisdiction over International Crimes (Doc. EX.CL/731(XXI)), [https://www.un.org/en/ga/sixth/71/universal\\_jurisdiction/african\\_union\\_e.pdf](https://www.un.org/en/ga/sixth/71/universal_jurisdiction/african_union_e.pdf), 10.5.2024.

Jurisdiction was prompted, in particular, by concerns that African states had about possible abuse and politicization of the use of universal jurisdiction by some European states, as reflected in the comments of the African Union contained in the UN Secretary General's report on the scope and application of the principle of universal jurisdiction of 2020.<sup>8</sup> African states have raised objections through various decisions of the AU, especially after 2008, when some European states have indicted a number of African officials. The AU Model Law is a common position adopted by African states with respect to universal jurisdiction.

The preamble of the AU Model Law refers to the AU's commitment to combating impunity by ensuring that serious crimes of concern to the international community do not go unpunished.<sup>9</sup> The AU Model Law does not define what is an international crime but indicates a list of crimes in respect of which states could apply the principle of universal jurisdiction in national legislation. This model law provides for the possibility of extending the universal jurisdiction of states not only to crimes of genocide, war crimes, crimes against humanity, piracy, but also to some transnational crimes, such as drug trafficking and terrorism.<sup>10</sup>

The location of the suspect on the territory of a State that intends to prosecute him is crucial in determining whether that State has priority to exercise universal jurisdiction over the person. There are two approaches to universal jurisdiction, i.e. a broad and narrow understanding of universal jurisdiction. The AU Model Law applies a narrow interpretation of universal jurisdiction, which requires the suspect to be in the territory of the state claiming to prosecute him. According to the broad interpretation of universal jurisdiction, it is not necessary for the suspect to be in the territory of the state that wishes to prosecute him. The narrow understanding of universal jurisdiction corresponds to the widespread position that the state in whose territory the suspect is located has the advantage of prosecuting him.

There are differing opinions in doctrine regarding universal jurisdiction. Some scholars point out that universal jurisdiction can be viewed as interference in the internal affairs of a state,<sup>11</sup> and also note that states should not claim to establish and exercise their jurisdiction over matters that have nothing to do with them.<sup>12</sup>

- 
- 8 United Nations (2020). Report of the UN Secretary-General on the scope and application of the principle of universal jurisdiction (Doc. UN A/75/151). P. 50.
  - 9 African Union. (2012). Union Model National Law on Universal Jurisdiction over International Crimes (Doc. EX.CL/731(XXI)). [https://www.un.org/en/ga/sixth/71/universal\\_jurisdiction/african\\_union\\_e.pdf](https://www.un.org/en/ga/sixth/71/universal_jurisdiction/african_union_e.pdf), 10.5.2024.
  - 10 M. Ventura, A. Bleeker, „Universal Jurisdiction, African Perceptions of the International Criminal Court and the New AU Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights”, *The International Criminal Court and Africa: One Decade On* (ed. T. M. C. Asser Institut), Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2016, 14.
  - 11 B. Graefrath, „Universal criminal jurisdiction and an International Criminal Court”, *European journal of international law*, Vol. 1, 1/1990, 74.
  - 12 N. V. Kravchuk, A. R. Kayumova, *Criminal jurisdiction in international law*, Center for Innovative Technologies, Kazan, 2017, 488, Social and human sciences. Domestic and foreign literature. Ser. 4, State and Law: Abstract Journal, (4), 166–170.

Other scholars argue that despite the existing criticism in the doctrine, universal jurisdiction is provided for by the legislation of a number of states in the world and is more often applied in practice.<sup>13</sup>

Despite the fact that European states, for a long time, until the 90s of the XX century, opposed the idea of including the principle of universal criminal jurisdiction in the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, taking into account the fact that they did not want to lose the right to diplomatic protection of their citizens and recognise the decisions of foreign states in criminal cases rendered on the basis of universal principle<sup>14</sup>, they started to apply it in relation to citizens of other states as a result of the adoption of relevant national acts providing for the application by their courts of universal jurisdiction over certain crimes.

Following indictments of some high-ranking African officials in a number of European States, the African Union Assembly of Heads of State and Government adopted a series of resolutions<sup>15</sup> in which it reaffirmed that universal jurisdiction is a principle of international law, the purpose of which is to ensure that persons who have committed serious crimes, such as genocide, war crimes and crimes against humanity, did not go unpunished and were brought to justice, which corresponds to Art. 4 (h) of the AU Constitution.<sup>16</sup>

However, in these and subsequent decisions, the AU expressed serious concern about the possibility of political manipulation and abuse of universal jurisdiction. In this regard, the AU, in particular, called for the introduction of a moratorium on the issuance or execution of arrest warrants issued on the basis of universal jurisdiction and the creation of an appropriate international body competent to consider disputes related to the exercise of universal jurisdiction by States and to start holding meetings on this issue at the regional level (between the African Union and the European Union)<sup>17</sup> and at the universal level within the UN. The adoption of the Model Law on Universal Jurisdiction of the AU and enactment of national laws by African states based on it may allow states in the Continent to hold accountable those responsible for international crimes as an alternative to other mechanisms for administering international criminal justice

13 A. N. Lavlinskaya, „Universal jurisdiction and the principle of “aut dedere aut judicare” in the international fight against maritime piracy”, *Eurasian Law Journal*, No. 32, 2011, 46–50.

14 B. Graefrath, „Universal criminal jurisdiction and an International Criminal Court”, *European journal of international law*, Vol. 1, 1/1990, 73.

15 African Union (2012) Assembly/AU/Dec. 420(XIX) – Decision on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction (Doc. EX.CL/731(XXI)). Nineteenth Ordinary Session of the Assembly, Addis Ababa, Ethiopia.

16 United Nations (2009). Letter from the Permanent Representative of the United Republic of Tanzania to the United Nations addressed to the Secretary-General (UN Doc. A/63/237/Rev. 1).

<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n09/421/25/pdf/n0942125.pdf?token=1wK0AnCsJpKQUnMg7W&fe=true>, 10.5.2024.

17 C. C. Jalloh, I. Bantekas, *The International Criminal Court and Africa*, Oxford University Press, Oxford, 2017, 57.

in Africa. However, in this case, it is also necessary to resolve the issue of possible politicisation of this mechanism by states.

### 3. MALABO PROTOCOL AND AFRICAN CRIMINAL COURT

Another international criminal justice institution in Africa that deserves attention is the African Court of Justice and Human Rights, which criminal jurisdiction provided for by the 2014 Malabo Protocol. Much has been written about this court.<sup>18</sup> Various, sometimes opposite opinions were expressed regarding the rationale of adopting the 2014 Malabo Protocol and creating an African criminal court with criminal jurisdiction over international crimes, some of which fall within the jurisdiction of the International Criminal Court.

To start with the historical background, it has to be mentioned that proposals to establish a court on the African continent to investigate and prosecute persons for committing international crimes were discussed in the second half of the 20th century within the framework of the Organization of African Unity (OAU). The idea of establishing this kind of court was, in the first place, proposed in the early 1970s and 1980s during the elaboration process of the African Charter on Human and Peoples' Rights.<sup>19</sup>

At the time, the Republic of Guinea proposed the idea of creating an African human rights court to deal with human rights violations as well as prosecute crimes under international law<sup>20</sup>. However, it was decided to establish the African Commission on Human and Peoples' Rights as a quasi-judicial body with a main purpose to promote and protect human rights in Africa<sup>21</sup> by monitoring compliance by states with the provisions of the African Charter on Human and Peoples' Rights by considering interstate communications and individual complaints, as well as state reports.<sup>22</sup>

There are different opinions on why the African Charter did not provide for establishing a judicial body. Some authors point out that this was due to the fact that the traditional way of resolving disputes in Africa is mediation and conciliation

18 E.Y. Omorogbe, „The crisis of international criminal law in Africa: A regional regime in response?“, *Netherlands International Law Review*, Vol. 66, 2019, 287–311.

19 CC. Jalloh, K. M. Clarke, V. O. Nmehielle, *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, 4.

20 M. Ssenyonjo, S. Nakitto, „The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights 'International Criminal Law Section': Promoting Impunity for African Union Heads of State and Senior State Officials?“, *International Criminal Law Review*, Vol. 16, 1/2016, 74.

21 A. Kh. Abashidze & others, *African system for the protection of human rights and peoples: a textbook for universities* (edited by A. Kh. Abashidze), 3rd ed., revised. and additional, Yurayt Publishing House, Moscow, 2024, 138, Text: electronic Educational platform Urayt [website]. — URL, <https://urait.ru/bcode/545382> 11.05.2024

22 See. Art. 45 of the African Charter on Human and Peoples' Rights.



rather than judicial litigation, which resulted in one of the parties winning the case.<sup>23</sup> On the other hand, it is argued that African states did not want to limit their newly acquired sovereignty by conferring some of their prerogatives to an international judicial body.<sup>24</sup> At the same time, it should be noted that the possibility of creating a judicial body in the future was envisaged through the adoption of an additional protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights.<sup>25</sup> Subsequently, in 1998, the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of the African Court on Human and Peoples' Rights was adopted.<sup>26</sup> This protocol was enacted on January 25, 2004, after being ratified by more than fifteen states.<sup>27</sup>

In 2002, the OAU was dissolved, and the African Union (AU) was formed. In accordance with the Constitutive Act, the goals of the creation of the AU are to maintain peace, security, and stability on the African continent and protect human and people's rights. and among the principles of the AU, the peaceful resolution of disputes is provided for through measures that can be taken by the AU Assembly and the powers of the AU to intervene in member states in the case of serious crimes such as war crimes, genocide and crimes against humanity; respect for the sanctity of human life, condemnation and rejection of impunity and political assassination, acts of terrorism and subversive activities<sup>28</sup>, etc.

The AU founding act created a judicial body to settle interstate disputes and interpret AU acts, but its jurisdiction does not include prosecuting individuals for international crimes. In 2003, the Protocol establishing the Court of Justice of the African Union<sup>29</sup> as the main judicial organ of the Union was adopted, which entered into force on 11 January 2009.

The Court did not become operational due to the fact that in July 2004. The AU Assembly of Heads of State and Government decided to merge the African Union Court of Justice and the African Court on Human and Peoples' Rights in order to strengthen the AU institutions and provide them with the necessary

23 A. Kh. Abashidze, A. M. Solntsev, „Anniversary of the African Charter of Human and Peoples' Rights”, *Eurasian Legal Journal*, 2/2012, 24.

24 *Ibidem*.

25 Amnesty International (2016). Malabo Protocol: Legal and Institutional Implications of the Merged and Expanded African Court. London, 2016//URL: <https://www.amnesty.org/en/documents/afr01/3063/2016/en/> 11.05.2024.

26 Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights (1998), <https://au.int/en/treaties/protocol-african-charter-human-and-peoples-rights-establishment-african-court-human-and>, May 12, 2024.

27 N. S. Simonova, „African Court of Human and Peoples' Rights”, *Institutes of International Justice: Textbook. Manual* (ed. V. L. Tolstykh), International Relations, Moscow, 2014, 360.

28 See Art. 4 (e), (h), (o) of the Constitutive Act of the African Union//URL: [https://au.int/sites/default/files/pages/34873-file-constitutiveact\\_en.pdf](https://au.int/sites/default/files/pages/34873-file-constitutiveact_en.pdf), 12.05.2024.

29 Protocol of the Court of Justice of the African Union. (2003). [https://au.int/sites/default/files/treaties/36395-treaty-0026\\_-\\_protocol\\_of\\_the\\_court\\_of\\_justice\\_of\\_the\\_african\\_union\\_e.pdf](https://au.int/sites/default/files/treaties/36395-treaty-0026_-_protocol_of_the_court_of_justice_of_the_african_union_e.pdf), 12.05.2024.

powers and resources to effectively carry out their missions<sup>30</sup>. It aimed to create a unified African court, which could be empowered to hear interstate disputes and complaints about human rights violations.<sup>31</sup> Consequently, at its 2008 Summit, the Assembly of Heads of State and Government of the AU in Sharm El Sheikh, Egypt, adopted the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights<sup>32</sup> to merge the African Union Court of Justice (2003 Protocol) and the African Court on human and peoples' rights (Protocol 1998) into a single judicial body for general affairs and human and peoples' rights.

Initially, it was assumed that this new court would have two chambers: one for considering interstate disputes and various general cases and the other for dealing with human rights (Articles 16-17 of the 2008 Protocol). However, there was no provision in that Protocol about the criminal jurisdiction of the Court. As a result of discussions on creating a single regional judicial organ in Africa, in 2014, it was decided to amend the 2008 Protocol on the African Court to give the new court international criminal jurisdiction. This Protocol was adopted in 2014 at the AU Heads of State and Government Summit in Malabo (Equatorial Guinea). The 2014 Malabo Protocol represents an innovative approach to international criminal law, as there are currently no similar regional criminal courts.

The literature has different opinions regarding the rationale of granting criminal jurisdiction to the yet-to-be-established African Court. Some authors and human rights organizations argue that the adoption of the Malabo Protocol is a step forward in the right direction<sup>33</sup>. Other authors argue that the decision to grant criminal jurisdiction to the African Court may undermine and duplicate the ICC's activities and that this was an AU response to the ICC's activities in Africa, a result of the deterioration of relations between the ICC and African States, especially in relation to investigations against some sitting Heads of state<sup>34</sup>. Agwu argues that granting criminal jurisdiction to the African Court is inappropriate since the possibility of prosecuting the sitting Heads of state and government is excluded from its jurisdiction<sup>35</sup>. Some scholars even argue that

30 The Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA). La Cour africaine de justice et des droits de l'homme (CAJDH), <https://www.ihrda.org/fr/la-cour-africaine-de-justice-et-des-droits-de-l%E2%80%99homme-cajdh/>, 12. May 2024.

31 M. Ssenyonjo, *Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*, The African Regional Human Rights System, Brill Nijhoff, Leiden, 2012, 535–555.

32 Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, July 01, 2008. URL: <https://au.int/en/treaties/protocol-statute-african-court-justice-and-human-rights>, 12. May 2024.

33 M. V. S. Sirleaf, „Regionalism, Regime Complexes, and the Crisis in International Criminal Justice”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 54. 2015, 701.

34 M. Ssenyonjo, S. Nakitto, „The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights 'International Criminal Law Section': Promoting Impunity for African Union Heads of State and Senior State Officials?”, *International Criminal Law Review*, Vol. 16, 1/2016, 72.

35 F. A. Agwu, *Africa and International Criminal Justice: Radical Evils and the International Criminal Court*, Routledge, New York, 2019, 7.

the ICC remains 'the only credible forum for states emerging from conflict and seeking justice and reconciliation.'<sup>36</sup> in the African context.

It is difficult to agree with the authors who argue that the decision to create a regional criminal court in Africa was exclusively the AU's reaction to the activities of the ICC<sup>37</sup>. It should be noted, as mentioned above, that the idea of granting criminal jurisdiction to the African Court was discussed in the 70s and 80s of the XX century when the African Charter on Human and Peoples' Rights was being elaborated. Moreover, proposals for the creation of an African criminal court were considered when ways for prosecuting the former President of Chad, Hissène Habré were examined.

In this connection, it has to be noted that in 2006, the African Union established a Committee of Eminent African Jurists to consider and propose the best options for prosecuting Hissène Habré and possible regional mechanisms to prosecute individuals for international crimes in the future. The Committee of Eminent African Jurists indicated, in addition to the establishment of a special tribunal, that it is possible to establish an African Court on the basis of a project to merge the AU Court and the African Court of Human and Peoples' Rights, giving this new judicial body the authority to administer international criminal justice and that the African Court will not duplicate the work of the International Criminal Court.<sup>38</sup>

It is, therefore, difficult to agree with those authors who argue, as indicated above, that the creation of an African Court with jurisdiction over international crimes is solely an AU response to the activities of the International Criminal Court. It can be concluded that the idea of creating this regional judicial body with international criminal jurisdiction was proposed by an independent Committee of Jurists composed of experts and not from representatives of African states.

Consequently, the activities of the ICC in Africa cannot be considered the only decisive reason for the establishment of a criminal chamber at the African Court. At the same time, it is very likely that the ICC's prosecution of sitting Heads of state and other high officials of African states had an impact on accelerating the process of creating a regional criminal court, but the activities of ICC were not the main reason for the establishment of such a judicial body.

It should be noted that some human rights organizations and some states have a negative view of the AU's attempts to create a regional criminal court, arguing that it is 'an attempt by the AU to shield African heads of state and

---

36 B. Cannon, D. Pkalya, B. Maragia, „The International Criminal Court and Africa: Contextualizing the Anti-ICC Narrative”, *African Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 1–2/2017, 6.

37 F. A. Agwu, „The African Court of Justice and Human Rights: the future of international criminal justice in Africa”, *Africa Review*, Vol. 6, 1/2014, 30.

38 Committee of Eminent African Jurists. (2006). Report of the Committee of Eminent African Jurists on The Case of Hissène Habre, para. 35, [https://thehagueinstituteofglobaljustice.org/files/legacy/justice/habre/ceja\\_repor0506.pdf](https://thehagueinstituteofglobaljustice.org/files/legacy/justice/habre/ceja_repor0506.pdf), 13. May 2024.

senior state officials from being held to account' and that it can undermine the ICC's activities.<sup>39</sup>

It has to be reminded that an important limitation for regional organizations in the implementation of their functions, in particular, the creation of bodies and the adoption of various documents, is contained in Art. 52 of the UN Charter, which states that nothing in the present Charter precludes the existence of regional arrangements or agencies for dealing with such matters relating to the maintenance of international peace and security as are appropriate for regional action, provided that such arrangements or agencies and their activities are consistent with the Purposes and Principles of the United Nations.<sup>40</sup> The 2014 Malabo Protocol does not contradict the UN Charter. On the contrary, with the entry into force of the Malabo Protocol and the establishment of an African court with criminal jurisdiction, additional mechanisms will be available to combat impunity for serious crimes under international law.

The Malabo Protocol provides for 14 types of crimes, while the International Criminal Court has jurisdiction over only 4 international crimes (the crime of genocide, war crimes, crimes against humanity and the crime of aggression). The 2014 Malabo Protocol covers 14 categories of 'grave' crimes: genocide, crimes against humanity, war crimes, unconstitutional change of government, piracy, terrorism, mercenarism, corruption, money laundering, trafficking in persons, drugs and hazardous waste, illicit exploitation of natural resources and aggression.<sup>41</sup>

With regard to the distinguishing features of the new 2014 Malabo Protocol, it should be noted that it provides for new elements of the crime of aggression (Art.28M) compared to the relative provisions of the Rome Statute of the International Criminal Court (Art.8bis and Art.15). The essential difference between Article 28M of the Malabo Protocol and Art. 8 bis of the Rome Statute of the ICC is that the Malabo Protocol states that acts of aggression can be committed not only by states but also by non-state actors. The Rome Statute refers to acts of non-state actors as acts of aggression only when these non-state actors (organized groups) are under the effective control of a foreign state, while Art. 28M of the Malabo Protocol states that acts of aggression can be committed by both states and non-state organized groups and other foreign entities, and it is not necessary that they have a connection with a foreign state.<sup>42</sup> This is definitely an innovative approach to the crime of aggression in international law.

---

39 Amnesty International (2016). Malabo Protocol: Legal and Institutional Implications of the Merged and Expanded African Court. London, 2016//URL: <https://www.amnesty.org/en/documents/afr01/3063/2016/en/> 11.05.2024.

40 See Art. 52 of the United Nations Charter. URL: <https://www.icj-cij.org/charter-of-the-united-nations>, 12.5.2024.

41 <https://reliefweb.int/report/world/africa-s-international-crimes-court-still-pipe-dream>, 12.5.2024.

42 Art. 28M of the Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights of June 27, 2014. Status List//URL: [https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty-0045\\_-\\_protocol\\_on\\_amendments\\_to\\_the\\_](https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty-0045_-_protocol_on_amendments_to_the_)

It should be noted that according to the Rome Statute of the ICC, an act of aggression is associated with a clear violation of Article 2 (4) of the UN Charter, i.e. violation of the prohibition on the use of force. This provision does not apply to non-international armed conflict, as the prohibition is addressed to states and does not apply to non-state actors.<sup>43</sup> The provisions of the Malabo Protocol on the crime of aggression apply to both international and non-international armed conflicts, which differs from the provisions of international law on the right to self-defense of states in the event of an act of aggression, which implies that only states can be subjects of aggression and only states can enjoy the right to self-defence. C. Jalloh notes that 'expansion of the crime of aggression to include non-state actors and any foreign entity arguably takes more seriously the role of non-state actors such as rebel, terrorists, and militia groups in the commission of heinous atrocities in Africa.'<sup>44</sup>

In addition, unlike the Rome Statute of the ICC, regarding war crimes, the Malabo Protocol criminalizes the use of nuclear weapons and other weapons of mass destruction as a war crime.<sup>45</sup> This is a very important development, taking into account the fact that even in 1996, the International Court of Justice when issuing an Advisory Opinion on the Legality of the Use of nuclear weapons, indicated that there was no clearly established norm in international law on the complete prohibition of the use of nuclear weapons. However, the Malabo Protocol already establishes an international legal norm criminalizing the use of nuclear weapons.<sup>46</sup>

In relation to the crime of genocide, the Malabo Protocol reflects the definition of genocide contained in the Rome statute but includes new elements: rape and any other form of sexual violence which can amount to the crime of

---

protocol\_on\_the\_statute\_of\_the\_african\_court\_of\_justice\_and\_human\_rights\_e.pdf, 12.5.2024.

43 D. D. N. Nsereko, M. J. Ventura, „Perspectives on the International Criminal Jurisdiction of the African Court of Justice and Human Rights Pursuant to the Malabo Protocol”, *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges* (eds. C. Jalloh, K. Clarke, V. Nmeihelle), Cambridge University Press, Cambridge, 2019, 280.

44 C. Jalloh, „A Classification of the Crimes in the Malabo Protocol”, *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges* (eds. C. Jalloh, K. Clarke, V. Nmeihelle), Cambridge University Press, Cambridge, 2019, 245, doi:10.1017/9781108525343.009.

45 Art. 28D (g) of the Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights of June 27, 2014//URL: [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](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).

46 A.V. Meleshnikov, „On the issue of the admissibility of the use of nuclear weapons (based on the materials of the advisory opinion of the International Court of Justice”, *Bulletin of the UNN*, 4-1/2011, 266. //URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/k-voprosu-o-dopustivosti-primeneniya-yadernogo-oruzhiya-po-materialam-k-ot-n-sultativnogo-zaklyucheniya-mezhdunarodnogo-suda-oon>.

genocide as was established in the Aakayesu case by the International Criminal Tribunal for Rwanda.<sup>47</sup>

Moreover, the Malabo Protocol provides for criminal liability not only for individuals but also for legal entities<sup>48</sup>. For the first time in the history of international criminal law, this Protocol provides for the jurisdiction of an international criminal institution to prosecute legal entities.<sup>49</sup>

According to Art. 46E bis of the Protocol, the Court may exercise its jurisdiction one of the following conditions is met: the crime was committed in the territory of a State party or on board a vessel or aircraft registered in the State party; the person who allegedly committed the crime is a national of the State party; the victim of the crime is a citizen of the State party, as well as in the case of extraterritorial acts committed by a citizen of a third State and threatening the vital interests of the State party.<sup>50</sup> The last condition significantly extends the jurisdiction of the new African court by reaching foreign individuals and entities committing the crimes provided for in the Malabo Protocol.

The African criminal court may exercise its jurisdiction with respect to the Malabo Protocol crimes if a situation is referred to the Prosecutor by a State party, by the African Union Assembly of Heads of State and Government or by the African Union Peace and Security Council, or in case when the Prosecutor has initiated an investigation following an authorization by the Pre-Trial Chamber to proceed with such an investigation (Malabo Protocol, art. 46F, 46G)<sup>51</sup>, which is similar to the proprio motu investigation of the ICC Prosecutor requesting ICC Pre-Trial Chamber's authorization.

There is also a difference between the Malabo Protocol and the ICC Rome Statute provisions on the immunity of sitting heads of state and other senior state officials during their tenure in office. Art. 46A bis of the Malabo Protocol states

47 C. C. Jalloh, „A Classification of the Crimes in the Malabo Protocol”, *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges* (eds. C. Jalloh, K. Clarke, V. Nmehielle), Cambridge University Press, Cambridge, 2019, 245, doi:10.1017/9781108525343.009.

48 Art. 28D (g) of the Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights of June 27, 2014//URL: [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](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), 12.05.2024.

49 C. C. Jalloh, „The Nature of the Crimes in the African Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, 4/2017, 816.

50 Art. 46E (2) of the Malabo Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights. June 27, 2014//URL: [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](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), 12.5.2024.

51 [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](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), 12.5.2024.

that 'no charges shall be commenced or continued before the Court against any serving AU Head of State or Government, or anybody acting or entitled to act in such capacity, or other senior state officials during their tenure in office'<sup>52</sup> (Malabo Protocol, art. 46A bis). Moreover, Art. 46B of the Malabo Protocol provides that the official position of an accused person does not shield him from responsibility and cannot serve as a basis to mitigate the punishment, which means the heads of state and government enjoy immunity from criminal proceedings only during their tenure in office.

The provision of Art. 46A bis of the Protocol about immunities has been vigorously criticized by some researchers and human rights organizations, pointing out that it is contrary to the progress made in the fight against impunity and that the creation of this regional criminal court is contrary to the purposes and object of the Rome Statute.<sup>53</sup> It should be noted that the issues of transferring to the ICC citizens accused or suspected of committing international crimes<sup>54</sup> and the heads of state immunity issue<sup>55</sup> are said, in some cases, to be one of the official reasons for the non-ratification of the Rome Statute by some states.

It can be said that creating an African court with the competence to prosecute international crimes and other gross violations of human rights is a positive step in strengthening international criminal justice, fully consistent with the purposes and principles of the UN enshrined in its Charter. The inclusion in the Malabo Protocol of new crimes such as piracy, terrorism, illegal exploitation of natural resources, and corruption, over which the African Court can exercise criminal jurisdiction and which do not fall under the jurisdiction of the ICC, will provide potential victims with an additional opportunity to access justice. Thus, the African Union makes a great contribution to the development of international criminal justice and thus contributes to the realization of the Sustainable Development Goal 16 (SDG 16: Promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, provide access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions at all levels). Dire Tladi points out that the jurisdiction of the African Court does not affect the jurisdiction of the ICC.<sup>56</sup>

52 <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>, 12. May 2024.

53 C. B. Murungu, „Towards a criminal chamber in the African Court of Justice and Human Rights”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 5/2011, 1088.

54 A. Kh. Abashidze, „Participation of states in the Rome Statute of the International Criminal Court as a new type of obligations erga omnes”, *International Criminal Court: Problems, Discussions, Search for Solutions* (eds. G. I. Bogush, E. N. Tricose), 2008, 47–59.

55 G. I. Bogush, „International Criminal Court and problems of the formation of international criminal justice”, *International Criminal Court: Problems, Discussions, Search for Solutions* (eds. G. I. Bogush, E. N. Tricose), 2008, 26–46.

56 D. Tladi, „Article 46A Bis: Beyond the Rhetoric”, *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context* (ed. Charles C. Jalloh), Cambridge University Press, Cambridge, 2019, 865.

It should be noted that the African Court of Justice and Human and Peoples' Rights, which has jurisdiction to consider interstate disputes, cases of human rights violations, as well as to consider criminal cases, is a regional court *sui generis*. The jurisdictional relationship between the African Court and the International Criminal Court has to be regulated in accordance with the principle of complementarity and cooperation between the AU and the ICC.

As Kayumova A.R. correctly notes, 'the principle of complementarity establishes that the jurisdiction of the ICC is implemented only when national legal systems are unable or unwilling to exercise jurisdiction.'<sup>57</sup> She points out that in the event of overlapping jurisdictions between the ICC and national courts, the national courts have priority.<sup>58</sup> Consequently, the ICC exercises its jurisdiction only when the domestic courts are unable or unwilling to conduct relevant investigations.

Article 46H (1) of the Malabo Protocol provides that the jurisdiction of the African Court is complementary to the jurisdiction of the national courts and the courts of the Regional Economic Communities (RECs). At the same time, the Malabo Protocol and the Rome statute are silent on the jurisdiction relationship between the ICC and regional courts in criminal matters. Can it be assumed, for example, that states are free to choose to refer a situation to either the African Court or the International Criminal Court if they consider themselves unable to exercise jurisdiction over international crimes? Since the Malabo Protocol does not provide for complementarity between the African Court and the International Criminal Court, and due to the fact that the ICC Statute does not provide for any criminal prosecution by a regional court (based on the principle of complementarity), it is difficult to resolve the issue.

However, the most important question is what rules, if any, will govern the relationship between the International Criminal Court and the African Court if they face certain legal challenges in the face of overlapping jurisdiction with regard to the situations under their investigation. Will the International Criminal Court exercise some kind of oversight over the activities of the African Court in the field of prosecuting crimes that fall within its jurisdiction, i.e. crimes of genocide, war crimes, crimes against humanity and crimes of aggression, if, in its opinion, the regional court does not make the right decision or is not genuinely dealing with certain cases concerning Rome statute crimes? In a situation where the African Court will conduct an investigation, it is difficult to imagine how the ICC will take the same situation for investigation based on the criteria of unwillingness or failure while ignoring prosecutions being carried out by the African court.

As mentioned earlier, the Malabo Protocol explicitly provides for the immunity of sitting AU Heads of state or government from criminal prosecution (Art. 46Abis of the Malabo Protocol), which differs from provisions of Art. 27

---

57 A. R. Kayumova, „The principle of complementarity of the ICC as a model of the relationship between national and international criminal justice: problems of applying the admissibility test”, *Modern international law: globalization and integration*, Liber Amicorum in honour of Professor P. N. Biryukova, Voronezh State University, Voronezh, 2016, 111.

58 *Ibidem*.



of the ICC Statute, which does not allow for the exclusion of criminal prosecution based on the official position of the person at the time tenure of office. In this connection and taking into mind the complementarity issue, one can imagine a situation where an African state, in order to deliberately avoid the International Criminal Court's prosecution, refers to the African Court a situation concerning international crimes, in the commission of which an incumbent president of the same state was allegedly involved. If the African Court is unable to investigate the situation with respect to the immunities enjoyed by the sitting president of the State referring to Art. 46Abis of the Malabo Protocol, then the International Criminal Court may be able to intervene, given the failure of the African Court to genuinely carry out the prosecution, because the African court's activities doesn't preclude ICC's jurisdiction in cases (exception is possible for African states that would be non-member states of ICC). However, such a kind of monitoring position of the International Criminal Court over the regional courts is irrelevant since the ICC Statute and the Malabo Protocol do not provide for the applicability of the complementarity principle between the universal (ICC) and regional (African Court) criminal justice mechanisms.

In support of regional complementarity between regional courts and the ICC, it can be argued that a teleological (purposive) interpretation (considering the treaty's object and purpose) of the complementarity principle may encompass not only national but also regional courts. When considering the admissibility of a situation in the ICC, it is important to decide whether an investigation, if any, has been taken, not only in the national courts of a state but also in regional courts.<sup>59</sup> In this regard, it seems necessary to revise the provisions of the Rome Statute relating to the principle of complementarity to reflect its application in relations between the ICC, hybrid tribunals and regional courts. Some authors believe that the African Court and the International Criminal Court will be able to complement each other in the implementation of international criminal justice in accordance with the principle of complementarity.<sup>60</sup> It is noted that other continents will follow the path of the African Union with the possibility of creating regional criminal courts, as well as concluding bilateral treaties<sup>61</sup>, i.e. two states would be able through an agreement to establish a criminal court, by expanding the jurisdiction of regional human rights courts to cover investigations of international crimes, which would necessitate a decision on their complementarity with the ICC. In any case, it is necessary to resolve the issue of complementarity in a positive aspect since the establishment and effective functioning of the African Court, which has criminal jurisdiction over international crimes, provides an

---

59 W. Gerhard, F. Lovell, V. Moritz, *Africa and the International Criminal Court*, Asser Press, Hague, 2014, Annex 1: Africa and the International Criminal Court – Recommendations, 231.

60 M. V. S. Sirleaf, „Regionalism, Regime Complexes, and the Crisis in International Criminal Justice”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 54., 2015, 703.

61 M. Jackson, „Regional complementarity: the Rome Statute and public international law”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, 5/2016, 1061–1072.

additional opportunity for victims of international crimes and other gross violations of human rights to access justice.

The idea of creating a regional criminal court is being considered not only in Africa but also in Latin America<sup>62</sup>, and some scholars also propose the creation of a single judicial body for the CIS member states, which, in particular, would deal with criminal issues. For example, Muratova notes that it is time to create a single judicial body for all Commonwealth of the Independent States (CIS) countries, which could, among other things, deal with human rights violations in the CIS countries, exercise judicial control over extradition in the CIS countries, and coordinate cooperation in the field of criminal proceedings.<sup>63</sup>

Recently, in Latin American and the Caribbean region, an idea on the possibility and necessity of creating a regional criminal court COPLA (Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Transnacional Organizado - Latin American and Caribbean Criminal Court Against Transnational Organized Crime) for Combating Transnational Organized Crime) and prosecute perpetrators of serious conventional offences (crimes of an international character) is being considered.<sup>64</sup> The campaign to create this regional criminal court was initiated by non-governmental organizations<sup>65</sup> in 2013. It is indicated that this Court can be created on the basis of an agreement between all states of the Caribbean and Latin America that have ratified the 2000 UN Convention against Transnational Organized Crime and its protocols.<sup>66</sup> It is noted that its jurisdiction will include the crimes provided for by the UN Convention against Transnational Organized Crime of 2000 and the Protocols thereto, as well as crimes related to drug trafficking, money laundering, transnational corruption and illegal trade in cultural property committed on the territory of states-parties.<sup>67</sup> This idea of creating a regional criminal court has received support from some regional states.<sup>68</sup> It should be noted that on September 20, 2017, the then Vice-President of Argentina Gabriela Michetti, speaking before the UN General Assembly in support of

62 Latin American Criminal Court Against Transnational Organized Crime//URL: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/documents/dlat/dv/07\\_copla\\_abstract-nov2016/07\\_copla\\_abstractnov2016en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/dlat/dv/07_copla_abstract-nov2016/07_copla_abstractnov2016en.pdf), 13.5.2024.

63 N. G. Muratova, „Problems of implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court in Russia”, *Bulletin of Economics, Law and Sociology*, 3/2007, 61.

64 R. J. Currie, J. L. Copla, „A Transnational Criminal Court for Latin America and the Caribbean”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 88, 4/2019, 587.

65 The Latin American and Caribbean Criminal Court against Organized Transnational Crime’s Coalition website//URL: <http://www.coalicioncopla.org>, 12.5.2024.

66 R. J. Currie, J. L. Copla, „A Transnational Criminal Court for Latin America and the Caribbean”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 88, 4/2019, 588.

67 *Ibidem*.

68 PGA’s Argentinean National Group expresses support for Latin American and Caribbean Criminal Court Against Transnational Organized Crime//URL: <https://www.pgaction.org/news/pga-argentina-supports-criminal-court-against-transnational-organized-crime.html>, 12.5.2024.

the idea of creating this judicial body, noted its importance in the fight against drug trafficking<sup>69</sup>. In December 2017, within the framework of the XVI session of the Assembly of States, a separate meeting was held on establishing a regional criminal court for Latin America and the Caribbean.<sup>70</sup>

In this regard, we can say that this initiative is supported and has been appreciated at the international level, while some international actors are more critical towards the creation of an international criminal chamber within the African Court provided for by the Malabo Protocol.

Nevertheless, it can be argued that there is a trend towards the regionalization of international criminal justice, which to some extent meets the specific realities of different regions and that regional criminal courts will be able to effectively administer international criminal justice, taking into account the positive experience of regional systems for the protection of human rights.

Some authors see the process of regionalization of international criminal justice as a positive development<sup>71</sup>, including the creation of an African Court with international criminal jurisdiction under the 2014 Malabo Protocol as an important step forward for the implementation of criminal justice, taking into account specific regional needs<sup>72</sup>, for example, M. Sirleaf rightly argues that the regional African court 'could arguably tailor criminal accountability to the context, needs and aspirations of the Continent'<sup>73</sup>. Others are sceptical about establishing a regional criminal court in Africa that will work alongside the ICC.

There is a view that the regionalization of international criminal law may lead to the fragmentation of international law. It may be noted that it is possible to overcome fragmentation by applying and strengthening the already-established principle of complementarity in international criminal justice.

#### 4. CONCLUSION

The trend towards establishing regional international criminal courts reflects a recognition of the importance of addressing regional and specific crimes within regions. This situation underscores the acknowledgement that regional dynamics, historical contexts, and unique challenges require tailored approaches to justice administration. As these regional bodies emerge, questions arise regarding their jurisdictional coordination with institutions like the International Criminal Court. The principle of complementarity, as enshrined in various articles of the Rome

---

69 R. J. Currie, J. L. Copla, „A Transnational Criminal Court for Latin America and the Caribbean”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 88, 4/2019, 588.

70 *Ibidem*.

71 M. V. S. Sirleaf, „Regionalism, Regime Complexes, and the Crisis in International Criminal Justice”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 54, 2016, 699, 778.

72 M. Sirleaf, „The African Justice Cascade and the Malabo Protocol”, *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 11, 1/2017, 71.

73 *Ibidem*.

Statute of the ICC, serves as a guiding framework for the intervention of international courts. Notably, Articles 17 and 53 emphasize the ICC's role in stepping in only when national jurisdictions fail to prosecute crimes within its jurisdictional scope. However, with the emergence of regional judicial bodies, such as those in Africa, the delineation of jurisdictional boundaries and the harmonization of efforts with the ICC become critical considerations. We highlighted in this paper "Transitional Justice Cascades", by Marsavelski and Braithwaite, who propose a three-level transitional justice framework that offers a comprehensive approach to addressing international crimes. At the bottom level, restorative justice mechanisms are suggested to address individual offenders and victims, supported by an International Reparation and Reconciliation Support Unit. This approach provides localized solutions to address affected communities' specific needs and circumstances.

Furthermore, a mid-level response involves collaboration between international transitional justice units and national criminal justice systems to indict middle-ranking officials implicated in international crimes. This collaborative effort aims to bridge the gap between international and national justice mechanisms, ensuring a more coordinated approach to accountability and justice.

Moreover, the discussion surrounding the prioritization of jurisdiction for regional courts, such as a prospective African Criminal Court, raises complex legal and political considerations. While prioritizing regional jurisdiction aligns with principles of sovereignty and complementarity, concerns over potential politicization and abuse of universal jurisdiction underscore the need for cautious implementation.

The African Union's adoption of the Model Law on Universal Jurisdiction exemplifies a proactive stance in addressing these concerns, reflecting African states' reservations about the potential abuse and politicization of universal jurisdiction by certain European states. This common position emphasizes the importance of safeguarding against perceived injustices and asserting sovereignty in matters of criminal responsibility.

Additionally, establishing the African Court of Justice and Human Rights, as provided for by the 2014 Malabo Protocol, adds another dimension to the African criminal justice landscape. This court's mandate to adjudicate international crimes, some of which fall within the jurisdiction of the ICC, prompts diverse opinions regarding its rationale and potential implications for regional and international justice mechanisms.

In conclusion, while the emergence of regional international criminal courts presents opportunities for more localized justice administration, careful consideration of jurisdictional complexities, adherence to principles of fairness and accountability, and proactive measures to prevent abuse are essential. By successfully implementing the solutions to these challenges, regional courts can play a pivotal role in combating impunity and ensuring justice for victims of international crimes within their respective regions.

## REFERENCES

- Abashidze A. K., Solntsev A. M., "Anniversary of the African Charter of Human and Peoples' Rights", *Eurasian Legal Journal*, 2/2012
- Abashidze A. K., „Participation of states in the Rome Statute of the International Criminal Court as a new type of obligations erga omnes”, *International Criminal Court: Problems, Discussions, Search for Solutions* (eds. G. I. Bogush, E. N. Tricose), 2008, 47–59.
- African Union (2012) Assembly/AU/Dec. 420(XIX) – Decision on the Abuse of the Principle of Universal Jurisdiction (Doc. EX.CL/731(XXI)). Nineteenth Ordinary Session of the Assembly, Addis Ababa, Ethiopia.
- Agwu F. A., „The African Court of Justice and Human Rights: the future of international criminal justice in Africa”, *Africa Review*, Vol. 6, 1/2014
- Agwu F. A., *Africa and International Criminal Justice: Radical Evils and the International Criminal Court*, Routledge, New York, 2019.
- Bogush G. I., „International Criminal Court and problems of the formation of international criminal justice”, *International Criminal Court: Problems, Discussions, Search for Solutions* (eds. G. I. Bogush, E. N. Tricose), 2008, 26-46.
- Cannon B., Pkalya D., Maragia B., „The International Criminal Court and Africa: Contextualizing the Anti-ICC Narrative”, *African Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 1–2/2017
- Currie R. J., Copla J. L., „A Transnational Criminal Court for Latin America and the Caribbean”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 88, 4/2019
- Gerhard W., Lovell F., Moritz V., *Africa and the International Criminal Court*, Asser Press, Hague, 2014.
- Graefrath B., „Universal criminal jurisdiction and an International Criminal Court”, *European journal of international law*, Vol. 1, 1/1990
- Jackson M., „Regional complementarity: the Rome Statute and public international law”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, 5/2016
- Jalloh C., Clarke K. M., Nmehielle V.O., *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- Jalloh C., „A Classification of the Crimes in the Malabo Protocol”, *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges* (eds. C. Jalloh, K. Clarke, V. Nmehielle), Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- Jalloh C. C., „The Nature of the Crimes in the African Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 15, 4/2017
- Jalloh C. C., Bantekas I., *The International Criminal Court and Africa*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- Kayumova A. R., „The principle of complementarity of the ICC as a model of the relationship between national and international criminal justice: problems of applying the admissibility test”, *Modern international law: globalization and integration*, Liber Amicorum in honour of Professor P. N. Biryukova, Voronezh State University, Voronezh, 2016.

- Kravchuk N. V., Kayumova A. R., *Criminal jurisdiction in international law*, Center for Innovative Technologies, Kazan, 2017, Social and human sciences. Domestic and foreign literature. Ser. 4, State and Law: Abstract Journal, (4)
- Lavlinskaya A. N., „Universal jurisdiction and the principle of “aut dedere aut judicare” in the international fight against maritime piracy”, *Eurasian Law Journal*, 32/2011
- Marsavelski A., Braithwaite J., „Transitional Justice Cascades “, *Cornell International Law Journal*, Vol. 53, 2/2020.
- Meleshnikov A. V., „On the issue of the admissibility of the use of nuclear weapons (based on the materials of the advisory opinion of the International Court of Justice”, *Bulletin of the UNN*, 4-1/2011.
- Muratova N. G., „Problems of implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court in Russia”, *Bulletin of Economics, Law and Sociology*, 3/2007.
- Murungu C. B., „Towards a criminal chamber in the African Court of Justice and Human Rights”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 5/2011.
- Nsereko D. D. N., Ventura M. J., „Perspectives on the International Criminal Jurisdiction of the African Court of Justice and Human Rights Pursuant to the Malabo Protocol”, *The African Court of Justice and Human and Peoples’ Rights in Context: Development and Challenges* (eds. C. Jalloh, K. Clarke, V. Nmehielle), Cambridge University Press, Cambridge, 2019, 280-289.
- Omorogbe E. Y., „The crisis of international criminal law in Africa: A regional regime in response?”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 66, 2019.
- Shilaho W. K., „Africa and the International Criminal Court“ in *Oxford Research Encyclopedia of International Studies*, 2023.
- Simonova N. S., „African Court of Human and Peoples’ Rights”, *Institutes of International Justice: Textbook. Manual* (ed. V. L. Tolstykh), International Relations, Moscow, 2014.
- Sirleaf M., „The African Justice Cascade and the Malabo Protocol”, *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 11, 1/2017.
- Sirleaf M. V. S., „Regionalism, Regime Complexes, and the Crisis in International Criminal Justice”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 54, 2015.
- Ssenyonjo M., Nakitto S., „The African Court of Justice and Human and Peoples’ Rights ‘International Criminal Law Section’: Promoting Impunity for African Union Heads of State and Senior State Officials?”, *International Criminal Law Review*, Vol. 16, 1/2016.
- Ssenyonjo M., *Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*, The African Regional Human Rights System, Brill Nijhoff, Leiden, 2012.
- Susann A., Langmack F.-J., „Universal Jurisdiction Cases in Germany: A Closer Look at the Poster Child of International Criminal Justice “, *Minnesota Journal of International Law*, Vol. 31, 2/2022.
- Tladi D., „Article 46A Bis: Beyond the Rhetoric”, *The African Court of Justice and Human and Peoples’ Rights in Context* (ed. Charles C. Jalloh), Cambridge University Press, Cambridge, 2019, 865-884.

- United Nations (2020). Report of the UN Secretary-General on the scope and application of the principle of universal jurisdiction (Doc. UN A/75/151).
- Ventura M., Bleeker A., „Universal Jurisdiction, African Perceptions of the International Criminal Court and the New AU Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights”, *The International Criminal Court and Africa: One Decade On* (ed. T. M. C. Asser Institut), Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2016.
- Weill S., Seelinger K. T., Carlson K. B. (ed.), *The President on Trial: Prosecuting Hissène Habré*, Oxford University Press, 2020.

## INTERNET SOURCES

- Abashidze A. K. & others, *African system for the protection of human rights and peoples: a textbook for universities* (edited by A. Kh. Abashidze), 3rd ed., revised. and additional, Yurayt Publishing House, Moscow, 2024, 138, Text: electronic Educational platform Urayt [website]. — URL, <https://urait.ru/bcode/545382> 11.05.2024
- African Union (2012), Union Model National Law on Universal Jurisdiction over International Crimes (Doc. EX.CL/731(XXI)), [https://www.un.org/en/ga/sixth/71/universal\\_jurisdiction/african\\_union\\_e.pdf](https://www.un.org/en/ga/sixth/71/universal_jurisdiction/african_union_e.pdf)
- Amnesty International (2016). Malabo Protocol: Legal and Institutional Implications of the Merged and Expanded African Court. London, 2016, <https://www.amnesty.org/en/documents/afr01/3063/2016/en/>
- Amnesty International (2016). Malabo Protocol: Legal and Institutional Implications of the Merged and Expanded African Court. London, 2016, <https://www.amnesty.org/en/documents/afr01/3063/2016/en/>
- Committee of Eminent African Jurists (2006), Report of the Committee of Eminent African Jurists on The Case of Hissène Habre, [https://thehagueinstituteforglobaljustice.org/files/legacy/justice/habre/ceja\\_repor0506.pdf](https://thehagueinstituteforglobaljustice.org/files/legacy/justice/habre/ceja_repor0506.pdf)
- Protocol of the Court of Justice of the African Union (2003), [https://au.int/sites/default/files/treaties/36395-treaty-0026\\_-\\_protocol\\_of\\_the\\_court\\_of\\_justice\\_of\\_the\\_african\\_union\\_e.pdf](https://au.int/sites/default/files/treaties/36395-treaty-0026_-_protocol_of_the_court_of_justice_of_the_african_union_e.pdf)
- Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights. (2008), <https://au.int/en/treaties/protocol-statute-african-court-justice-and-human-rights>
- Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights (1998). <https://au.int/en/treaties/protocol-african-charter-human-and-peoples-rights-establishment-african-court-human-and>
- Stewart M., Pardis M. T., Rajah R., „The (Non-)Use of African Law by the International Criminal Court”, *European Journal of International Law*, Vol. 34, 3/2023, <https://doi.org/10.1093/ejil/chad035>

The Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA). La Cour africaine de justice et des droits de l'homme (CAJDH), <https://www.ihrda.org/fr/la-cour-africaine-de-justice-et-des-droits-de-l%E2%80%99homme-cajdh/>

Tiba F. K., „Regional International Criminal Courts: An Idea Whose Time Has Come”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution (CJCR)*, Vol. 17, 2/2016, *Deakin Law School Research Paper*, 16-07, <https://ssrn.com/abstract=2718605>

United Nations (2009). Letter from the Permanent Representative of the United Republic of Tanzania to the United Nations addressed to the Secretary-General (UN Doc. A/63/237/Rev.1). <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n09/421/25/pdf/n0942125.pdf?token=1wK0AnCsJpKQUnMg7W&fe=true>

**Jean Baptiste Bukuru, PhD\***  
**Cocou Marius Mensah, PhD\*\***  
**Zorica Brajović Mensah\*\*\***

## INTERNATIONAL LAW & AFRICA'S PERSPECTIVES ON CRIMINAL JUSTICE INSTITUTIONS

### Summary

*This paper examines Africa's distinct perspectives on international legal principles and criminal justice institutions, with a specific focus on three key aspects: the 2012 Model Law on Universal Jurisdiction, the principle of complementarity, and the proposal for the African Court of Justice and Human Rights under the 2014 Malabo Protocol. By adopting the Model Law, African national courts gain a unique mechanism for holding perpetrators of international crimes accountable, countering concerns over the potential misuse of universal jurisdiction by certain European states. Additionally, the proposal for the African Court of Justice and Human Rights aligns with the principle of complementarity, highlighting Africa's growing role in shaping global legal mechanisms to combat impunity and crimes. This paper highlights Africa's evolving engagement with international legal frameworks by exploring the motivations, challenges, and implications of these initiatives.*

**Keywords: International Legal Principles, African Union, Model Law on Universal Jurisdiction, African Court of Justice and Human Rights, International Criminal Justice Institutions.**

\* Assistant Professor at Bujumbura International University in Burundi, bukurujb23@gmail.com.

\*\* Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Maribor, Slovenia, cocou.mensah@um.si.

\*\*\* Judicial worker at the Court in Maribor, Slovenia, brajovic.zorica@gmail.com.



## THE EMERGING TRENDS OF ONLINE ROMANCE FRAUD IN THE ERA OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

*Abstract: The advent of the internet and the proliferation of artificial intelligence (AI) technologies have revolutionized various aspects of human life, including the way individuals form and maintain relationships. One significant consequence of this technological advancement is the rise of online romance fraud. This paper aims to explore the emerging trends of online romance fraud and its correlation with the increasing integration of AI in the digital landscape. Online romance fraud refers to a type of cybercrime where perpetrators create deceptive personas to establish fake romantic relationships with unsuspecting victims online. These fraudsters exploit emotional vulnerabilities, trust, and anonymity in virtual interactions to defraud victims of their money and personal information. With the growing sophistication of AI algorithms, fraudsters have access to powerful tools that enable them to craft more convincing and realistic personas, increasing the success rates of their fraudulent activities. This research paper will investigate the techniques used by fraudsters, the psychological and emotional manipulation tactics employed, and the impact of AI on enhancing the deception. Additionally, we will delve into the various social and economic factors that contribute to the vulnerability of victims, shedding light on the human aspects of the crime. To combat this ever-evolving threat, we will discuss potential technological and regulatory measures that can be implemented to detect and prevent online romance fraud effectively. This includes the development of AI-driven fraud detection systems, raising public awareness, and encouraging responsible online behaviour. The study draws on a comprehensive analysis of existing literature, real-world case studies, and insights from cybersecurity and AI experts. By understanding the emerging trends of online romance fraud and the role of AI in perpetrating these crimes, this paper aims to equip individuals, law enforcement agencies, and technology providers with valuable knowledge to create a safer digital environment. Only through a collective effort can we mitigate the risks and protect individuals from falling victim to online romance fraud in the era of artificial intelligence.*

**Keywords: Cybercrime, Romance fraud, Artificial Intelligence, Sextortion.**

---

\* Professor of Eminence (Dr.), Former Professor & Founding Director, Jindal Institute of Behavioural Sciences, O.P. Jindal Global University, [drspsahni@gmail.com](mailto:drspsahni@gmail.com).



## EXPLORING CYBER SAFETY AND SECURITY OF INDIAN POPULATION

*Abstract: Globally, around four out of ten internet users have experienced cybercrime. Based on a poll conducted in November – December 2022, only 39% of global averaged respondents reported to have experienced cybercrime. However, only three countries, India (68%), United States (49%) and Australia (40%) had higher percentage of respondents than global average of respondents who reported to have experienced cybercrime. Thus, it is imperative to understand the cyber safety and security awareness in people. In the current survey about 9066 people (students = 6458, schoolteachers = 1534, school authorities = 147 and parents = 927) responded to the survey. The results of the poll indicated that around 89% of students self-reported that they have knowledge of cyber-crime and more than 50% of responses stated that they will report to family or friends if they encounter a cyber-crime whereas 23% will report it to a cyber-crime expert, 16% of responses stated about reporting it to police, 10% stated about reporting on government website and 1% stated that no action will be taken. About 91% of teachers affirmed that they discuss cyber awareness with their students, a relatively smaller number of teachers stated the discussions regarding the specific cyber-crimes such as cyber bullying (79%) and regarding sexual predators (63%) with their students. Regarding the actions taken by parents when their children reported any cyber-crime, around 29% of parents stated that they will counsel the child and 21% stated about reporting to school authorities. Around 99% of the parents self-reported that they have knowledge of cyber-crime. About 34% parents stated that they will get in touch with family and friends when encounter a cyber-crime, whereas 28% will get in touch with police, 23% will speak to cyber security expert.*

**Keywords:** Cybercrime, Cyber Security, Cyber Hygiene, Cyber Safety.

---

\* Research Fellow, Jindal Global Law School, O.P. Jindal Global University, [msahni@jgu.edu.in](mailto:msahni@jgu.edu.in).



*Maja Lukić Radović, PhD\**

*DOI: 10.51204/Zbornik\_UMKP\_24112A*  
*Originalni naučni rad*

## **THE STRATEGIC COMPASS FOR SECURITY AND DEFENSE IN LIGHT OF THE PROSPECTS FOR THE EU COMMON SECURITY AND DEFENSE POLICY\*\***

*Abstract: The defence policy of the EU has from the very outset remained in the shadow of NATO, as the primary and dominant defence forum for EEC/EC/EU member states. The challenges of the multipolar world, however, may make it in the interest of NATO itself that the military capabilities of the EU be finally developed. The Strategic Compass for Security and Defence is at the same time a common security assessment and a plan of action for strengthening the EU's security and defence capabilities by 2030. It is not a strategy, since CSDP is still not able to generate a proactive vision of, and a requisite will how to promote EU security interests. The ongoing shift of US security focus to the Pacific makes the development of such capacity on the part of the EU a bare necessity.*

**Keywords: EU Common Security and Defence Policy, Strategic Compass for Security and Defence, NATO, constitutionalization, EU army.**

### **1. INTRODUCTION AND BACKGROUND**

The Strategic Compass for Security and Defence is an ambitious plan of action for strengthening the EU's security and defence policy by 2030. Although it was adopted in March 2022, almost a month after the beginning of Russia's invasion of Ukraine, it had been in the making for more than a year before that event.

---

\* Associate Professor, University of Belgrade – Faculty of Law, ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-3310-2459>, [maja.lukic@ius.bg.ac.rs](mailto:maja.lukic@ius.bg.ac.rs).

\*\* Ovaj rad je nastao kao rezultat istraživanja u okviru strateškog projekta za 2024. godinu „Problemi stvaranja, tumačenja i primene prava“ (podtema: „Pravosuđe i izazovi današnjice“ – tema istraživačke grupe: „Pravna zaštita od rata i u ratu“), koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

The Common Security and Defence Policy (the CSDP) is both an integral and crucial segment of the EU Common Foreign and Security Policy (the CFSP).

There is a long line of failures to form a European army after the World War II. Jean Monnet's proposal for a European Defence Community, inspired by the Korean War, was rejected by the French National Assembly in 1954. Following this event, the Treaty of Brussels was modified at the 1954 Paris Conference, so that the Western Union was transformed into the Western European Union (the WEU). Mutual assistance in case of aggression was one of the principle goals of the WEU. The inclusion of Western Germany in the WEU served as formal grounds for ending its occupation. Due to its responsibilities having been transferred to other international fora, the WEU remained dormant until its 30-year anniversary, when it was reactivated by the Rome Declaration, which called for increased cooperation among its members in the field of security policy.

The two steps that the WEU took towards forming a common EU-wide defence capacity were both instigated by the wars in former Yugoslavia. First, in June 1992, in response to the outbreak of the wars in Croatia and Bosnia and Herzegovina, the WEU adopted the Petersberg Declaration, outlining certain military tasks, referred to thereafter as the "Petersberg tasks", of humanitarian, peacekeeping and peace-making (including crisis-management) nature, which the WEU should be empowered to do. The Petersberg tasks are the direct precursor of the present-day CSDP. The enactment of the Petersberg Declaration coincided with the 59th Franco-German summit in La Rochelle, heads of state of the two countries signed a document whereby Eurocorps was formed as a Franco-German joint headquarters and army unit (having itself been transformed from the joint Franco-German brigade, which had become operational in 1991) and other WEU members were invited to join it. Presently, the Eurocorps comprises multinational standing army headquarters (with six "framework" and five associate member countries), disposing of a command support brigade, which is manned as needed, a 500-strong command support battalion, and a 5,000-strong Franco-German joint brigade. The Petersberg Tasks were thereafter incorporated in the Amsterdam Treaty of 1997, having thus been taken over by the EU from the WEU. According to the treaty regulating the Eurocorps, which was signed in 2004 and entered into force in 2009, the scope of Eurocorps' tasks comprise "evacuation missions, humanitarian missions, peacekeeping or crisis management." The Eurocorps thus represents a standing commanding infrastructure for other common EU military capabilities, the development of which ensued, such as the European Rapid Reaction Force (the ERRF).

Second, in December 1998, a Franco-British Joint Declaration was adopted at St. Malo in response to the quickly developing hostilities in Kosovo province, Serbia. In the declaration it was asserted that the EU "needs to be in a position to play its full role on the international stage... To this end, the Union must have the capacity for autonomous action, backed up by credible military forces, the means to decide to use them, and a readiness to do so, in order to respond to international

crises.”<sup>1</sup> In line with this new initiative, during the December 1999 Cologne European Council meeting a military capability target, referred to as the “Helsinki Headline Goal”, was set for 2003, with the aim of developing a European Rapid Reaction Force (the ERRF). According to the Helsinki Headline Goal, the EU pledged itself to be able to deploy rapidly and sustain forces capable of the full range of the Petersberg tasks, numbering up to 15 brigades or 50,000–60,000 soldiers, to be capable of intervening in any crisis in which European interests would be affected. The forces would need to be self-reliant, ready for deployment within 60 days and at distance of 4,000 km, and sustainable in the field for a year, which meant that in order to secure sufficient rotation capacity, the force would need to number 180,000 soldiers. These numbers mimicked the size of the implementation force in Bosnia and Herzegovina, led by NATO (IFOR).<sup>2</sup> In quantitative terms, the headline goal had been mostly met by 2003, in terms of declared commitments, at least in form declared commitments by Member States. These commitments and the resulting capacity have never been tested. However, even on a theoretical or purely declaratory level, a number of capability shortfalls were perceived, particularly in the areas of strategic transport, strategic reconnaissance and command and control capabilities. The European Capability Action Plan (ECAP) constituted a first step towards addressing those deficiencies.

On 12 December 2003, the European Council adopted the European Security Strategy (the ESS) “A Secure Europe in a Better World”. The ESS outlined the European Union’s strategic position following the paradigm shifts incurred by the events of 1989, 1990 and 11 September 2001. It was supposed to serve as a basis both for strategic dialogue with the most important partners of the EU, namely the United States, and for defining the European Union’s common security interests.

The Helsinki Headline Goal was expanded, both in terms of quality and quantity of required military capacity, at the 2004 June Council meeting in Brussels, by way adoption of the Headline Goal 2010. The update comprised commitment of the Member States “to be able by 2010 to respond with rapid and decisive action applying a fully coherent approach to the whole spectrum of crisis management operations covered by the Treaty on the European Union. ... As indicated by the European Security Strategy this might also include joint disarmament operations, the support for third countries in combating terrorism and security sector reform. The EU must be able to act before a crisis occurs and preventive engagement can avoid that a situation deteriorates. The EU must retain the ability to conduct concurrent operations thus sustaining several operations simultaneously at different levels of engagement.” The Headline Goal 2010 thus did not elaborate or develop the Petersberg Tasks further, apart from introducing rather vague concepts of preventive engagement and disarmament operations.

---

1 Joint declaration, British–French Summit, St Malo, 3–4 Dec. 1998.

2 Christoph O Meyer, Ton Van Osch, Yf Reykers, “From EU battlegroups to Rapid Deployment Capacity: learning the right lessons?”, *International Affairs*, Volume 100, Issue 1, 2024, 181–201, 190.

In the new document, the focus shifted from the ERRF to the new Battlegroup Concept. Said concept had been first proposed at bi-lateral Franco-British summits in Le Touquet in February 2003 and in London in November of the same year. References were made to the need for “credible Battlegroup sized forces” – of about 1,500 soldiers each with appropriate transport and sustainability...<sup>3</sup> A battlegroup was conceived as a highly trained, battalion-sized formation (numbering 1,500 men), including all combat and service support personnel and resources for deploying it, within 15-days notice, and sustaining it for at least 30 days. According to the Headline Goal 2010, there were supposed to be maximum two battlegroups on stand-bay, each for a 6-month period.

The Franco-German Declaration after the London meeting, of November 2003, specifically referred to the successful example of the first rapid deployment of EU military force, which happened earlier that year within the framework of Eurocorps. It was the Operation Artemis, which comprised deployment of 1,800 troops to Democratic Republic of Congo, which intervened over the course of three months until a larger UN-organized mission was assembled and deployed. The troops for Operation Artemis were provided by 12 nations, with France acting as the framework nation. While the military insights into the experience gained by Operation Artemis suggested that 1,500 – 1,800 troops were a bare minimum for any force, one which could remain on the ground only for a limited amount of time before more powerful force, presumably under the NATO command, would take over, the political process within the EU in the course of which the Headline Goal 2010 was articulated used the 1,500-troop force as a strict limitation for the size of the rapid intervention force.<sup>4</sup>

In line with programme adopted as follow up to the Headline Goal 2010, the European Defence Agency was established by a Joint Action of the EU in July 2004,<sup>5</sup> with the following key roles: (a) identifying future defence capability requirements, in both quantitative and qualitative terms (forces, equipment, interoperability and training); (b) continuing to work with NATO through the Capability Development Mechanism; (c) encouraging member states to meet their capability commitments in the ECAP process; (d) promoting the harmonization of military requirements; and (e) pursuing collaborative activities to make up shortfalls, and defining financial priorities for capability development and acquisition. The aim was to progress from simply determining EU-level capability targets to putting in place institutional capacity for strengthening

3 European Parliament, Directorate General for the External Policies of the Union, “The European Security and Defence Policy: from the Helsinki Headline Goal to the EU Battlegroups”, Note, 12 December 2006, 17.

4 Christoph O Meyer, Ton Van Osch, Yf Reykers, “From EU battlegroups to Rapid Deployment Capacity: learning the right lessons?”, *International Affairs*, Volume 100, Issue 1, January 2024, pp. 181–201, 191.

5 Council of the European Union, “Council Joint Action 2004/551/CFSP of 12 July 2004 on the establishment of the European Defence Agency”, *Official Journal of the European Union*, Vol. L245 (17 July 2004), 17–28.



liaisons with national defence establishments and ensuring that the resources and commitments to achieve the defence capacity targets be built into national resource planning systems.

A marked transformation of the EU defence posture may be dated to the period 2014-2016. According to certain authors, the change should be attributed to the Russian annexation of Crimea of 2014, the appointment of Federica Mogherini as High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy and Vice-President of the European Commission in the same year, as well as the Brexit of 2016.<sup>6</sup> We believe other major factors were the election of Donald Trump as US President in 2016, in view of Trump's vocal insistence that the US should not be paying for Europe's security, the collapse of post-Gaddafi Libya, the Syrian civil war and the migration crisis. The change was articulated in the form of the Global Strategy for the European Union's Foreign and Security Policy (the EUGS), which the European Council adopted on 28 June 2016, coincidentally but rather symbolically, only five days after Brexit. The document, which CFSP High Representative Federica Mogherini spent a year preparing, formulated the strategy around the concept of resilience of the EU vis-à-vis internal and external threats. Having a political and not a legally binding nature, it replaced the European Security Strategy of 2003.

In December 2017, a Permanent Structured Cooperation programme (PESCO) was established by the Council of the EU, raising cooperation in respect of defence among EU Member States to a qualitatively new level. The 26 states participating in PESCO do so by way of legally binding commitments, which differentiates PESCO from all other similar programmes.

As a significant milestone, the establishment of the European Peace Facility (the EPF), an off-budget fund with the weight of 5 billion Euro was set up in 2021 for funding all external actions with defence and military implications during the course of the period from 2021 until 2027. As an example of a major increase of scope of EU defence cooperation made possible by the EPF, it suffices to note that in April 2023 it was decided that the funding for the first fully live EU military exercises be provided from the EPF.

The outlined development of the military capabilities of the EC and the EU over the course of the past three decades shows that the major steps were taken only in response to actual crises, in fact war, impacting the EU. This resembles the institutional development of the EU, which over the course of roughly the same period gained traction only when a response to a crises was necessary.<sup>7</sup> On a more conceptual level, the fact that steps were taken only in response to actual crises means that it was only in times of crises that sufficient political will could have been formed

---

6 Christoph O Meyer, Ton Van Osch, Yf Reykers, "From EU battlegroups to Rapid Deployment Capacity: learning the right lessons?", *International Affairs*, Volume 100, Issue 1, January 2024, 181-201, 194.

7 For a more detailed presentation of this claim, see Maja Lukić Radović, "Crises and Institutional Transformations of the EU", *Iustinianus Primus Law Review*, Volume 12, Special Issue, 2021, 1-13.

for making such steps. In other words, such fact suggests that the process of constitutionalization of the EU, whereby it becomes a standalone guarantor of its interests, independent of any particular Member State, is far from over.<sup>8</sup>

## 2. THE STATUS OF THE COMMON SECURITY AND DEFENSE POLICY

The creation of CSDP dates to the 1999 Cologne Council meeting, the same one in which the goal of developing a 60,000-men strong rapid reaction force with overseas reach was agreed upon. These developments were instigated directly by the 1998-1999 war in Kosovo.

The CSDP is a crucially important component of the CFSP. As Cremona has pointed out, the CFSP/CSDP is both a distinct Union competence and a policy field.<sup>9</sup> The CSDP is a very young policy in comparison with most other EU policies of similar importance. Since its creation in 1999 it has remained confined almost exclusively to a conceptual level, with few practical implications focused on the cooperation with NATO. With the onset of political and security crises the EU faced during the second decade of the 21st century, i.e. the migration crisis, precipitated by the climate change as well as by the (first) civil war in Libya of 2011 and the war in Syria, followed by the internal rift with certain Member States in the East regarding the rule of law, the Russian occupation of Crimea in 2016 and the Covid-19 pandemic, the CSDP began to develop itself. Certain authors pointed out also to the fact that the scope of foreign policy substantially increased during the same period, for it had to deal with threats ranging from cyber security to Ebola epidemic.<sup>10</sup> Finally, after all the enumerated developments came the Covid 19 pandemic, which has all led to a substantial reduction of the liberal world order in which the EU has developed itself and for which it had only been prepared.

Joint defence spending and cooperation in the realm of defence within the European Union remains an exception, instead of a rule. In 2020, cooperative equipment spending fell to 11 percent of total defence spending, three times less than the European Union's target of 35 percent.<sup>11</sup> Spending on cooperative research

8 For a comprehensive view of the subject process, see Maja Lukić, „How long before a Bundle of Treaties becomes Sovereign? A Legal Perspective on the Choices before the EU“, in: SEE|EU Cluster of Excellence in European and International Law, *South Eastern Europe and the European Union – Legal Aspects*, Verlag Alma Mater, Saarbrücken, Germany, 2015, 127–137.

9 Marise Cremona, „The Position of CFSP/CSDP in the EU's constitutional architecture“, *Research Handbook on the EU's Common Foreign and Security Policy* (eds. Steven Blockmans, Panos Koutrakos), Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton, 2018, 6.

10 Steven Blockmans, Panos Koutrakos, „Introduction“, *Research Handbook on the EU's Common Foreign and Security Policy* (eds. Steven Blockmans, Panos Koutrakos), Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton 2018, 1–3.

11 EDA, *Defence Data 2020–2021: Key Findings and Analysis* (Brussels: EDA, 2022), 15, <https://eda.europa.eu/publications-and-data/brochures/eda-defence-data-2020-2021>, 1 May 2024.

and development suffers from the same downward trend: in 2020 it reached the record low of 6 percent of overall investment in research and development, which was more than three times less than the EDA's 20 percent target.<sup>12</sup> The downward trend in cooperative research and development ("research and technology") is present since 2008, constantly failing to meet the 20 percent target threshold.<sup>13</sup>

The EU Battlegroups have never been used since becoming operational in 2007, despite the fact that there were several occasions on which their use would have been justified and/or needed.<sup>14</sup> The subject lack of use has been explained in academic literature mostly by structural obstacles, namely lack of political will, non-functioning command and control structures and unreliable funding.<sup>15</sup> Soon after they become operational in 2007, it became more and more difficult to secure that at any given point in time there was a battlegroup of standby, indicating that political support among Member States for the mechanism was diminishing.<sup>16</sup>

As has been presented in the first part of this paper, there is long string of efforts aimed at creating an EU army, which thus far has not come near success. Some authors argue that the failure may be attributed to a weakness of the EU identity – national identities are still much stronger than the common one.<sup>17</sup> It seems to us that the importance is secondary; the primary is the allegiance to a certain political community. The EU still lacks democratic legitimacy, through which its citizens would be able to develop perception of their belonging to the EU as their primary political community.

One major change of global security environment looms large over the CSDP of the EU: the shift of the US towards Pacific. The EU has thrived under NATO shield since its very inception. The shift, which is already taking place, puts a burden of an entirely new order of magnitude on the EU.

### 3. THE STRATEGIC COMPASS

The Strategic Compass for Security and Defence of the EU (the Strategic Compass) was formally endorsed by the European Council on 24 March 2022. Although this happened after the Russian invasion of Ukraine, the Compass was

---

12 *Ibid.*, 15.

13 EDA, *Defence Data 2021–2022: Key Findings and Analysis* (Brussels: EDA, 2023), 15, [https://eda.europa.eu/docs/default-source/brochures/2022-eda\\_defencedata\\_web.pdf](https://eda.europa.eu/docs/default-source/brochures/2022-eda_defencedata_web.pdf), 1 May 2024.

14 Christoph O Meyer, Ton Van Osch, Yf Reykers, "From EU battlegroups to Rapid Deployment Capacity: learning the right lessons?", *International Affairs*, Volume 100, Issue 1, 2024, 181–201, 181.

15 *Ibid.*, 183.

16 *Ibid.*, 193.

17 Vasiliki Charitaki, "Reasons behind European Union's Inadequacy to Create a European Army", Finabel Committee edition (ed. J. E. Colombo), *Food for Thought* 11-2022, 12, <https://finabel.org/wp-content/uploads/2022/11/49.-Reasons-behind-European-Unions-inadequacy-to-create-a-European-Army-2.pdf>, 1 May 2024.

endorsed in the form which had been prepared several months earlier. It had been in the making since the second half of 2020.<sup>18</sup> Effectively the only change prompted by the invasion was the foreword by Josep Borrell, High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, titled “Europe’s Geopolitical Awakening”.

The Strategic Compass stands in the line of succession of strategic defence policy documents of the EU, the most significant of which were the European Security Strategy of 2003 and the Global Strategy for the European Union’s Foreign and Security Policy (the EUGS), of 2016.

The document is divided into four work strands, titled Act, Secure, Invest and Partner.

The principal element of the “Act” component of the Compass, the development of the EU Rapid Deployment Capacity of up to 5,000 troops, which is described as a “modular” force, deployable in different phases of operations (entry force, reserve reinforcement, securing an exit), in “non-permissive” (i.e. hostile) environments. RDC is supposed to become operational by 2025. As opposed to the Battlegroup Concept, which was land-based, the RDC explicitly includes air, land and maritime components, as well as strategic enablers. The inclusion of the reference to the capability to secure an exit was evidently motivated by the rather bleak performance of the US withdrawal from Afghanistan in 2021. In the document, it is explicitly stated that the RDC represents a modification of the Battlegroup Concept.<sup>19</sup> The document, however, remains silent in relation to what happens to the commitment to maintain a 60,000-strong ERF.

The “Secure” work strand comprises boosting EU intelligence capacity, creation of the EU Hybrid Toolbox and further development of EU Cyber Defence Policy, Coordinated Maritime Presences, and the EU Space Strategy. The “Invest” basket is centred around enhancing capacity and use of the PESCO and the European Defense Fund programmes. The “Partner” strand emphasizes the strategic partnership with NATO, as well as cooperation with regional partners, namely the OSCE, Australia and the ASEAN.

Prominent changes to the political discourse of EU officials introduced by the Strategic Compass is the emphasis on the mutual-assistance clause in EU Treaties, requiring Member States to aid a Member State facing aggression, as well open reference to Russia as a threat. In contrast, the language used in relation to China is much more subdued: China is described as a “partner for cooperation”, an “economic competitor” and a “systemic rival.” In addition, the fact that China is “increasingly more assertive” in South-East Asia is also mentioned.<sup>20</sup> Another visible change in the Strategic Compass in comparison with the EUGS is the

18 Christian Moelling, Torben Schuetz, “The EU’s Strategic Compass and Its Four Baskets”, *DGAP Report* No. 3, November 2020, [https://dgap.org/sites/default/files/article\\_pdfs/dgap-report-2020-13-en.pdf](https://dgap.org/sites/default/files/article_pdfs/dgap-report-2020-13-en.pdf), 1 May 2024

19 Council of the European Union, *A Strategic Compass for Security and Defence – For a European Union that protects its citizens, values and interests and contributes to international peace and security*, Brussels, 21 March 2022, 7371/22 (the Strategic Compass), 25.

20 Strategic Compass, 20.

omission of reference to fostering “the resilience of states and societies to the East and South of the EU as a means to achieve greater interconnectedness, prosperity and security”; according to Bargués, “it seems as if the EU is retreating from shared responsibilities and collective action with external players, while giving priority to European security interests”, since in the Strategic Compass, “resilience only refers to ‘our’ resilience, the resilience of member states, which needs to be bolstered to respond to diverse crises and threats. Concepts such as ‘multilateral governance’ or ‘global governance’ are nowhere to be found in the text.”<sup>21</sup>

Finally, a prominent feature of the threat assessment comprised in the Strategic Compass is the numerosity of references to hybrid threats and hybrid tactics. Considering the complexity of the present EU relations with China, it seems as though the emphasis on hybrid threats complements the relatively soft language used in explicit references to China.

Overall, the Strategic Compass seems to be a crossover between a common threat assessment and an agenda, but not much of a strategy. Blockmans et al. correctly noted that the EU should not be satisfied with it, because sticking to it would mean that the EU would remain limited to reacting to threats, instead of formulating a genuine strategy for promoting its own interests.<sup>22</sup>

#### 4. CONCLUSION

Every major step towards a stronger and more unified CSDP was instigated, solely or substantially by an actual war – the Petersberg tasks of the WEU by the wars in Croatia and Bosnia and Herzegovina, the formation of Eurocorps and the Helsinki Headline Goal by the Kosovo war, the Headline Goal 2010 by the Afghanistan and Second Iraq Wars, the EU Global Strategy by the Russian annexation of Crimea, collapse of Libya, the war in Syria and the migration crisis. Similarly, the adoption of the Strategic Compass coincided with the Russian invasion of Ukraine, although that document had been in preparation for a better part of the year that preceded it. Both concrete forms of EU rapid reaction forces that preceded the 5,000-strong RDC planned in the Compass, the ERRF and the Battlegroups, were modelled after real-world examples of intervening/peace-keeping forces (IFOR and Operation Artemis force, respectively). These two facts each by itself, but particularly when taken in conjunction, show that the EU lacks the means to form political will, by transmitting appropriate information in advance to its democratic constituents and allowing them to form informed

---

21 Pol Bargués, “The EU Strategic Compass: A Blueprint for a European Defensive and Securitisation Policy”, *JOINT Brief*, No. 16, March 2022, 3, [https://www.iai.it/sites/default/files/joint\\_b\\_16.pdf](https://www.iai.it/sites/default/files/joint_b_16.pdf), 1 May 2024

22 Steven Blockmans, Dylan Macchiarini, Crosson Zachary Paikin, “The EU’s Strategic Compass – A guide to reverse strategic shrinkage?”, *CEPS Policy Insights* No 2022-14/ March 2022, 8–9, [https://cdn.ceps.eu/wp-content/uploads/2022/03/CEPS-PI2022-14\\_EU-Strategic-Compass.pdf](https://cdn.ceps.eu/wp-content/uploads/2022/03/CEPS-PI2022-14_EU-Strategic-Compass.pdf), 1 May 2024

decisions, to act proactively in the sphere of common defence and security, and, consequently, lacks institutional capacity to form vision of how defence security threats should be tackled in an optimal and creative manner, as well as to take responsibility for taking such action without showing actual real-world examples of similar action.

That is why probably the most promising elements of the Strategic Compass are its proclamations of global challenges threatening the very core of the EU, as well as the plans for enhancing joint intelligence gathering and analysis. Neither these, however, nor the increased common defence budget and the increased and multi-domain enabled rapid reaction force, may not mean anything without political capacity to take accountable decisions to act swiftly, energetically and decisively once the need for such action arises. Development of such capacity, however, stands outside the realm of the CSDP, concerning the very core of the EU constitutionality. In view of the ongoing shift of the US security focus to the Pacific, such development on the part of the EU seems necessary if the EU purports to have at least a fair chance to uphold its interests and values in the security vacuum that the subject shift shall generate.

## BIBLIOGRAPHY

- Bargués P., “The EU Strategic Compass: A Blueprint for a European Defensive and Securitisation Policy”, *JOINT Brief*, No. 16, 2022, [https://www.iai.it/sites/default/files/joint\\_b\\_16.pdf](https://www.iai.it/sites/default/files/joint_b_16.pdf)
- Blockmans S., Macchiarini D., Paikin C. Z., “The EU’s Strategic Compass – A guide to reverse strategic shrinkage?”, *CEPS Policy Insights*, No 2022-14/ March 2022, [https://cdn.ceps.eu/wp-content/uploads/2022/03/CEPS-PI2022-14\\_EU-Strategic-Compass.pdf](https://cdn.ceps.eu/wp-content/uploads/2022/03/CEPS-PI2022-14_EU-Strategic-Compass.pdf)
- Blockmans S., Koutrakos P., “Introduction”, *Research Handbook on the EU’s Common Foreign and Security Policy* (eds. Steven Blockmans, Panos Koutrakos), Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton, 2018
- Charitaki V., “Reasons behind European Union’s Inadequacy to Create a European Army”, Finabel Committee edition (ed. J. E. Colombo), *Food for Thought* 11-2022, <https://finabel.org/wp-content/uploads/2022/11/49.-Reasons-behind-European-Unions-inadequacy-to-create-a-European-Army-2.pdf>
- Cremona M. “The Position of CFSP/CSDP in the EU’s constitutional architecture”, *Research Handbook on the EU’s Common Foreign and Security Policy* (eds. Steven Blockmans, Panos Koutrakos), Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton, 2018.
- Lukić Radović M., “Crises and Institutional Transformations of the EU”, *Iustinianus Primus Law Review*, Volume 12, Special Issue, 2021, 1–13.
- Lukić, Maja. „How long before a Bundle of Treaties becomes Sovereign? A Legal Perspective on the Choices before the EU“, SEE|EU Cluster of Excellence in European and International Law, *South Eastern Europe and the European*

*Union – Legal Aspects*, Verlag Alma Mater, Saarbrücken, Germany, 2015, 127–137.

Moelling C., Schuetz T., “The EU’s Strategic Compass and Its Four Baskets”, *DGAP Report* No. 3, November 2020, [https://dgap.org/sites/default/files/article\\_pdfs/dgap-report-2020-13-en.pdf](https://dgap.org/sites/default/files/article_pdfs/dgap-report-2020-13-en.pdf).

O Meyer C., Van Osch T., Reykers Y., “From EU battlegroups to Rapid Deployment Capacity: learning the right lessons?”, *International Affairs*, Volume 100, Issue 1, 2024, 181–201.

## DOCUMENTS

Joint declaration, British–French Summit, St Malo, 3–4 Dec. 1998

Council of the European Union, “Council Joint Action 2004/551/CFSP of 12 July 2004 on the establishment of the European Defence Agency”, *Official Journal of the European Union*, vol. L245 (17 July 2004), pp. 17–28.

European Parliament, Directorate General for the External Policies of the Union, “The European Security and Defence Policy: from the Helsinki Headline Goal to the EU Battlegroups”, Note, 12 December 2006

Council of the European Union, A Strategic Compass for Security and Defence – For a European Union that protects its citizens, values and interests and contributes to international peace and security, Brussels, 21 March 2022, 7371/22

EDA, Defence Data 2020–2021: Key Findings and Analysis (Brussels: EDA, 2022), <https://eda.europa.eu/publications-and-data/brochures/eda-defence-data-2020-2021>

EDA, Defence Data 2021–2022: Key Findings and Analysis (Brussels: EDA, 2023), [https://eda.europa.eu/docs/default-source/brochures/2022-eda\\_defence-data\\_web.pdf](https://eda.europa.eu/docs/default-source/brochures/2022-eda_defence-data_web.pdf)

**Maja Lukić Radović, PhD\***

## THE STRATEGIC COMPASS FOR SECURITY AND DEFENCE IN LIGHT OF THE PROSPECTS FOR THE EU COMMON SECURITY AND DEFENSE POLICY

### *Summary*

*The defence policy of the EU has from the very outset remained in the shadow of NATO, as the primary and dominant defence forum for EEC/EU member states. The challenges of the multipolar world, however,*

---

\* Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law, [maja.lukic@ius.bg.ac.rs](mailto:maja.lukic@ius.bg.ac.rs).

*may make it in the interest of NATO itself that the military capabilities of the EU be finally developed. The Strategic Compass for Security and Defence is at the same time a common security assessment and a plan of action for strengthening the EU's security and defence capabilities by 2030. It is not a strategy, since CSDP is still not able to generate a proactive vision of, and a requisite will how to promote EU security interests. The ongoing shift of US security focus to the Pacific makes the development of such capacity on the part of the EU a bare necessity.*

**Keywords:** EU Common Security and Defence Policy, Strategic Compass for Security and Defence, NATO, constitutionalization, EU army.



*Filippo Biolé\**

DOI: 10.51204/Zbornik\_UMKP\_24113A  
Pregledni naučni rad

**DELIVERING JUSTICE FOR VICTIM STATES  
THE ITALIAN EXPERIENCE IN OBTAINING JUSTICE  
FOR VICTIMS OF WAR THROUGH COMPENSATION –  
BRIEF NOTES BY FILIPPO BIOLÉ**

*Abstract: This short paper is aimed to offer a brief food for thought on the Italian recent jurisprudence created in the last 25 years regarding access to justice for compensation claims deriving from crimes against humanity committed in wartime during the Second World War. It offers an excursus from the first case in the Supreme Court up to the proclamation by the Constitutional Court of principles in contrast with the international panorama regarding the customary principle of immunity between states, up to the proposal of supranational legal instruments with a deterrent effect for new armed conflicts between peoples under the ages of the Council of Europe.*

**Keywords: war crimes, compensation, immunity principle.**

First of all I would like to thank the International Criminal Law Association, our kind hosts and organizers of this meaningful Conference and I'm so grateful to all of them for their kind invitation in Palić.

I'd like to point out that this important meeting follows other events I took part in less than one year, the first one at the Council of Europe in Strasbourg in April 2023, than at the European Public Law Organization in Athens last June and the following one in Westminster Central Hall – London, in October 2023.

In the meantime, there have been many significant developments in the Italian jurisprudence and once again it is for me a significant confirmation of how crucial the profession of lawyers can be in every healthy democracy.

The hard task of protecting and keeping intact the democratic and constitutional values of nations, such as the principles of the rule of law, the human rights and the future of democracy – which not only European institutions shall defend along

---

\* Attorney at Law in Genoa – Italy, [biole@biolex.it](mailto:biole@biolex.it).

with every single country – can be successfully carried out only by starting, so to say, from the lowest level: with the initiative of individual citizens and their attorneys at law and then by means of an international dialogue among the States.

In fact, as we'll see shortly, from an Italian perspective, international law and the perception of its customary principles are slowly changing, also thanks to the courage of a bunch of Italian and Greek citizens and their lawyers who, around 25/30 years ago, conceived the idea that constitutional values such as the access to justice and the dignity of individuals, must always prevail.

Italian Senator Liliana Segre, a woman of peace and great wisdom who survived the Holocaust in the concentration camp of Auschwitz-Birkenau, has admitted on several occasions her painful impossibility to forgive the outrage she herself (and obviously not alone) suffered thanks to the fascists first and then the Nazis. The French philosopher, pupil of Bergson, Vladimir Jankélévitch, of a Russian-Jewish family, in his well-known book "Pardoner?" (1971), connected in a cause and effect relationship, the implacability of resentment towards the atrocities committed by the followers of the Reich, with the fact that Nazi crimes are – legitimately and humanly – imprescriptible.

Thanks to the first Italian lawyers who dared to believe that the right of the victims of these crimes and their heirs to be compensated be statute-barred, after the standstill (moratorium) period agreed upon in art. 18 of the Peace treaty signed by Germany with the allies, Italian citizens - mainly heirs of those who had been personally deported and tortured and/or enslaved in concentration camps for racial, military or political reasons - were among the pioneers, along with the Greek citizens and their lawyers before them, to decide it was time to bring civil proceedings before the competent courts throughout Italy.

Well, many of them are now my clients.

The heirs of entire Jewish families assassinated in gas chambers in Birkenau and Flossenburg, or some of the heirs of the 67 Italian political prisoners selected and shot in the well-known massacre of Cibeno of July 12<sup>th</sup> 1944 near Fossoli, the sadly famous Durchgangslager not far from Modena.

Members of my own family, Bruno De Benedetti, Ida, Arturo e Luciano Valabrega, on behalf of those of us who were deported and killed, some of them on the very day of their arrival in Auschwitz-Birkenau and Dachau.

The families of soldiers who took the courageous decision not to join the fascists of the Italian Socialist Republic allied with Hitler after the armistice of 8<sup>th</sup> September 1943 and were therefore arrested and deported.

All of them took the decision to start a litigation against Germany.

But the first problem we had to face was how to overcome the customary Jurisdictional Immunity Principle governing the limits of jurisdiction in international relationships among States. Well I'm very proud to show how and why my Country has been among the first ones to succeed.

Considering the principle *PAREM IN PAREM NON HABET IUDICIUM*, deriving from the principle of sovereign equality of states, which dates back to the XVII century with the absolute monarchies, how could the Italian legal system

possibly allow its judiciary to repeatedly condemn a foreign country and grant reparations in favour of every victim of such crimes?

It is significant to highlight that in the last two decades, beginning with the well-known Ferrini case<sup>1</sup> and the decision taken by the Italian Court of Cassation (the highest judicial authority) in 2004 - followed by many other judgments consistent with that precedent<sup>2</sup>, Italy has done something that had previously been considered unconceivable: Italian judges have begun to diverge from the opinion that the Jurisdictional Immunity Principle for *acta iure imperii*, such as acts of foreign armed forces, was unavoidable.

Therefore, Courts in places like Turin and Sciacca and many others have not applied this principle in every dispute concerning *crimina juris gentium*, and more precisely damage claims arising from war crimes, such as murder, ill-treatment, or deportation to slave labour or for any other purpose and other inhuman acts against any civilian population committed by the 3<sup>rd</sup> Reich in violation of international humanitarian law, and kept on taking favourable decisions against the Federal Republic of Germany ...

Until Germany decided to sue Italy before the International Court of Justice (ICJ) in 2008, in particular after Italy permitted the Greek claimants of the Distomo case to take measures of constraint in 2007 against the German State property in Italy (named Villa Vigoni, near Como), having declared enforceable in Italy decisions of Greek civil courts rendered against Germany on the basis of acts similar to those which gave rise to the claims brought before Italian courts.

In this dispute Germany fully acknowledged the “*untold suffering inflicted on Italian men and women in particular during massacres and on former Italian military internees*” admitting its responsibilities and the nature of these crimes as *crimina contra gentium*, but requested the Court to find that Italy had failed to respect the jurisdictional immunity which Germany enjoys under international law, by allowing civil claims to be brought against it in the Italian courts, seeking reparations for injuries caused by violations of international humanitarian law, and also objected that every dispute concerning the same reparations had already been settled with Italy with the Treaty of Peace of 1947 and the following 2 agreements of 1961.

Italy’s main argument was that customer international law had developed to the point where a State is no longer entitled to immunity regarding acts occasioning death, personal injury or damage to property on the territory of the forum state, even if the act in question was performed *jure imperii*.

In support of such argument Italy pointed to the adoption of Article 11 of the European Convention of 1972 and Article 12 of the United Nations Convention of 2004.

1 Corte di Cassazione – Sezioni unite civili – sentenza 6 novembre 2003 - 11 marzo 2004, n. 5044.

2 Corte di Cass. Sez. Un. ordd. nn. 14201 e 14202 del 2008, Corte di Cass. n. 1072/2008; Corte di Cass. n. 11163/2011.

However, the International Court of Justice on February, 3<sup>rd</sup> in 2012<sup>3</sup> took its decision in favour of Germany. It held that such systematic denial of immunity to Germany by the Italian courts “constitutes a breach of the obligations owed by the Italian State to Germany”. Among the arguments of the Court, other than those concerning the aforementioned European Convention and the United Nations Convention being neither provisions clearly intended to apply to acts of foreign armed forces, worth mentioning is also the State practice to be found in all national judicial decisions listed in the judgment (like those taken in France, Slovenia, Poland, Belgium, Brazil) that constantly held that Germany was entitled to immunity in a series of cases of deportations and other crimes. Moreover, the *diuturnitas* (consuetudine/practice) and the *opinio juris*, support the same position according to the Court.

Surprisingly, only two years later, in 2014 the Constitutional Court of Italy with judgment n. 238/2014<sup>4</sup>, signed by one of the most brilliant jurists of our Country, Prof. Giuseppe Tesauro, who died the 7<sup>th</sup> July 2021 leaving this precious heritage, literally turned the tables. It stated that two laws, and in particular Art. 1 L. 848/1957 – the one implementing the United Nations Charter, Art. 94, and the one Art. 3 L. 5/2013, that expressly obliged Italian Courts to conform and comply with the decision of ICJ, had to be considered unconstitutional because their provisions had the effect to bind the Italian Courts to the said judgement of the International Court of Justice of 2012.

The Constitutional Court in effect judged inadmissible that supreme and irrepressible principles of the Italian constitutional legal system and in particular - among the fundamental rights of individuals - the dignity of human beings, provided by Art. 2 of Italian Constitution, and most of all the access to justice and in particular the right to obtain jurisdictional protection of the inviolable human rights, provided by Art. 24 of the same Constitutional Charter, could be sacrificed by the immunity principle, as the same ICJ had somehow foreseen and acknowledged, by encouraging Germany and Italy to negotiate a solution... and confirmed that Italian judges have jurisdiction, that means that they were allowed to keep on condemning Germany for those crimes.

In the meantime, new disputes were brought before Italian courts by other private claimants, and many of them came to the conclusion that most of the time sees Germany repeatedly condemned by Italian judges, recently even for those crimes that have permanently scarred Italian history, like the inhuman massacres of Sant’Anna di Stazzema and Marzabotto<sup>5</sup>, the latter with the decision taken by the Court of Bologna in June 2022. Furthermore, the said judgement of our Constitutional Court was recently followed by another important decision taken by the Supremo Tribunal Federal of Brasil on September 24<sup>th</sup> 2021, consistent with the Italian precedent.

Consequently, since in 2022 the above-mentioned decisions were enforced with seizure measures on German properties (like the Goethe Institut, the Deutsche Schule, the Historical German Institute and the German archaeological Institute)

---

3 Case Germany/Italy 3rd February 2012.

4 Corte Costituzionale 22/10/2014, n. 238.

5 Trib. Bologna, 8/6/2022 n. 1516.

in Rome, the Federal Republic of Germany, immediately sued Italy for the second time before the International Court of Justice for the same grounds (violation of its immunity and now of the mentioned judgement of the International Court of Justice) and the Court has fixed the time limit for the filing of memorials for Germany (within June 12, 2023) and for Italy (June 12, 2024). This judgment is still pending and will probably end by 2025.

At the same time, in order to avoid the provisional measures that Germany had asked to the ICJ, on April 2022, Italy approved an urgent law-decree<sup>6</sup> to avoid the mentioned enforcements of roman properties of Germany. This law-decree extinguished all the relevant proceedings, but most of all established an alternative: a fund of 55 million euro in favour of those who had already won their cases against Germany or would have brought analogous proceedings against Germany within the deadline of 30 days (delay that afterwards was postponed until October 2022, then again until 28<sup>th</sup> June 2023 and at last until 31<sup>th</sup> December 2023).

This explains why in that period of 21 months around 1000 new proceedings have been brought before Italian courts by Italian citizens against Germany. It is estimated that these new claimants amount to around 10-15,000 people, many proceedings being set up as class actions.

Some of those trials have already come to a conclusion and they all have condemned Germany granting protection to such claims, sometimes for significant amounts of money.<sup>7</sup>

It is also significant to point out that last June the Italian Constitutional Court, with decision n. 159/2023<sup>8</sup>, rejected a constitutional matter concerning the said extinguishment of the enforcement proceedings against German properties; the Court considered the fund, that in the meantime had been considerably increased up to 67.000.000,00 €, as a valid alternative to grant equal protection to the creditors on condition that the relevant claims are fully paid; but it also confirmed that the principles like the access to justice shall prevail on the immunity principle as already stated in its previous decision of 2014. It just added that the properties enforced had to be considered immune because of their public institutional scope.

It is relevant to outline what the motivations of those who after 80 years decided to sue Germany are.

As a lawyer, appointed for many of these proceedings, I can confirm that all my clients, but also those of many colleagues throughout the Country with whom I am in contact, are mainly interested in achieving one main objective: the cyclical reaffirmation and protection of the country's democratic values through the memory of their ancestors who were the victims of those crimes and paid with their sufferings or their lives the same values and the democratic order of modern

6 Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 29 giugno 2022, n. 79 (in G.U. 29/06/2022, n. 150).

7 See Trib. Roma 3/3/2024, n. cron. 3450/24, n. rg. 65012/2022 that condemned Germany to pay 700.000,00€ c.a. to the heirs for the deportation and assassination of a man in 1943.

8 Corte Costituzionale, 4/7/2023, n. 159.

States, especially now, with other wars, in the heart of Europe and in the Middle East, with new massacres and new deportations.

As the second conference on this subject that I personally organized a few months ago with the University of Genoa has shown, such proceedings produce the effect of keeping attention focused and a vivid interest of people in our recent past, in our own responsibilities; a heritage and a memento that should induce nations to protect their democratic values and to do better than their ancestors.

Considering the numerous proceedings started in the last 10 years and which ended up with the jurisdictional immunity of States being set aside, but also the new practices and legal precedents, I believe that the proceeding recently brought before the ICJ by Germany against Italy could have a surprisingly different conclusion.

However, it's my belief that instead of waiting for a decision to be taken by a Court, this could be the right moment to give a sign of evolution arising from hope and the desire of citizens who were not indifferent and have never forgotten their past and the price paid for freedom and democracy.

In all of this we find the importance of cooperation among states that want to keep peace by preferring the international dialogue instead of acts of violence and prevarication.

In my opinion, it would now be time to evaluate the promotion of a new convention where the States accept beforehand to give up the right to invoke the immunity principle for crimes committed during conflicts by foreign armed forces. This is exactly what I have proposed to the Council of Europe and at the Westminster conference; it could be, especially now, the right and modern evolution of International Law and of customary principles. It is my belief that it would create a deterrent to new conflicts and an incentive to solve disputes thanks to negotiation, in the name of all of those thousands of people to whom the mentioned proceedings are dedicated, under the auspices and aegis of the International Institutions, set up after WWII to protect peacekeeping and European democratic order.

When on the 30<sup>th</sup> January 2020 she gave her remarkable speech at the European Parliament for the 75<sup>th</sup> anniversary of the Liberation of Auschwitz, the former deportee Liliana Segre mentioned the strength of her resistance towards survival during the 'march of death', one foot in front of the other, and also remembered a little girl and her crayon drawing she made in Terezin KZ. As a grandmother, she asked all her ideal nephews, nieces and grandchildren, and I quote *'to live their lives with the responsibility and the consciousness of a yellow butterfly flying over the barbed wire'*.

This is her "peaceful war" against indifference, her powerful heritage for those future generations that have the chance to make the choice not to live the same story ever again.

Immunity grants no punishment for crimes against humanity committed in wartime, exactly like the barbed wire that in the recent past protected the crimes committed inside the concentration camps.

Access to justice is the solution for the progress of civilization and is that yellow butterfly flying over the barbed wire.

### III

## РАДОВИ ИЗ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА И СРОДНИХ ОБЛАСТИ





## КУДА ИДУ МЕЃУНАРОДНО И НАЦИОНАЛНО КАЗНЕНО ПРАВО?

*Апстракт:* У време цивилизацијске кризе која ескалира ка претем светском рату, адресивни радови и феноцид поново улазе на меѓународну сцену, без стварне осуде због све опширије антинационализма и лицемерја великих држава и њихових геополитичких и геостратежских аспирација. Последица колапса меѓународног поретка је глобални пад демократије и ерозија људских права, општа корупција и јачање глобалног популизма, партикуларизма и ауторитаризма. У контексту глобалних времена, са постојећом неизвесном перспективом за стварање новој меѓународној поретку који ће стабилизирати универзалне цивилизацијске вредности, меѓународно кривично право, достигавши ниво кодификације најозбиљнијих меѓународних злочина и висок степен хармонизације националних кривичноправних система, губи свој значај као “дисциплина криза” из дана у дан. Продубљавање његове кризе се манифестује неутрализацијом сталног ИСС-а, који, за разлику од ad-hoc меѓународних кривичних судова формираних да деле правду победника, треба да функционише као инструмент универзалне правде како за победнике, тако и за поражене. Из врлога у којем заостаје свет, једина будућност за рехабилитацију меѓународног кривичног права и ИСС-а је успостављање мира и новој одрживој светској поретку, заснованој на демократским принципима и поштовању универзалног кориса људских права.

Под утицајем глобалних фактора, кризе универзалног кориса људских права и слабљења моћи држава да превазиђу унутрашње проблеме одавања демократије, владавине права и јачања популизма, клептократије и ауторитаризма, савремено казнено право суочава се са кризом сопствене легитимности као “ultima ratio” у сузбијању криминала. Анализа реформи казненог права, посебно у земљама нашег региона, доводи до закључка да либерални концепти казненог права заштиће индивидуалних и друштвених

---

\* Члан Македонске академије наука и уметности, редовни професор на Правном факултету Универзитета у Скопљу, у пензији, [vladok@manu.edu.mk](mailto:vladok@manu.edu.mk).

*вредности заснован на принципима рационалне равнотеже између ефикасне заштитне људских слобода и права и ограничене кривично-правне репресије изложен је незауостављивом напливу утилитаризма. Његово обуздавање није могуће без дубоких реформи националној политичкој, економској и правној систему, који ће иренички борбу против криминала са употребом казненој права као јединој средства, на подручје функционисања политичке моћи и власити вођеној принципима демократске правне државе.*

**Кључне речи: међународно кривично право, људска права, казнено право, демократија, владавина права.**

## 1. УВОД

У време цивилизацијске кризе која ескалира према трећем светском рату, преиспитују се бројна упоришта постојећег међународног поретка, укључивши систем међународне и националне казнене правде, руском агресијом на Украјину, ратом у Израелу и на Блиском истоку, „хуманитарним интервенцијама“ и распиривањем ратних сукоба који су довели до најтежих масовних повреда људских права после Другог светског рата. Агресивни ратови и геноцид поново ступају на међународну сцену, без праве осуде услед хипокризије великих држава и њихових геополитичких и геостратешких апсирација.

Криза универзалних слобода и права, манифестована урушавањем међународног казног права (МКП) и међународног система казнене правде неутрализацијом сталног Међународног казног суда (МКС), који насупрот *ad-hoc* међународних казних судова, формираних да деле правду победника, треба да функционише као инструменат универзалне правде и за победнике и за поражене, изазива дубоки кризу националних казноправних система, услед слабљења капацитета државе да превазилази противречности савременог друштва демократским, хуманим и одрживим развојем. Савремено казнено право је суочено са кризом сопственог легитимитета као „*ultima ratio*“ у сузбијању криминала, услед снажног потискивања његовог либералног концепта заштите индивидуалних и друштвених вредности на принципима рационалне и ограничене казноправне репресије. Анализирајући трендове казноправне реформе, посебно у државама из нашег региона, не може се избећи констатација да је тај концепт изложен незауостављивом напливу утилитаризма, чије се појавне форме очитују на подручју материјалног и процесног казног права. Предмет овог рада су поједини манифестни плодови те тенденције, од проширивања концепта казноправне одговорности увођењем нових института које су на граници са објективном, или претпостављеном одговорности, до директног увођења у националне системе унилатералних екстратериторијалних казноправних мера. Циљ ове расправе је антиципација одговора на питање: куда иду међународно и национално казнено право?

## 2. ГЛОБАЛНИ КОНТЕКСТ КРИЗЕ МЕЂУНАРОДНОГ КАЗНЕНОГ ПРАВА

1. Казнено право, чији су објекат људске слободе и права и заједничке вредности и функције друштва, је најсензитивнији сеизмограф стања у друштву, његових промена и криза на глобалном и националном нивоу. Друштвене промене се директно рефлектују на концепт криминалне политике и казног права, њихову вредносну оријентацију и обликовање свих њихових суштинских елемената: од опште политике превенције и репресије криминала, до ефективног функционисања институција система казнене правде. Интернационализација криминала, која праги промене глобалног друштва и његову све динамичнију мобилност, намеће нужност стварања система норми МКП, комплементарне са националним правним системима. И само постојање међународне заједнице као комплекс односа између држава у остваривању њихових економских, безбедносних и других функција, било би незамисливо без међудржавне сарадње у његовом сузбијању. Однос између МКП и националног казног права је успостављен на континуираном „*spillover*“ процесу међусобног утицаја и приближавања културолошких разлика, различитих правних традиција и посебности националних казноправних система, који припадају различитим правним круговима (англосаксонско, континентално, исламско право, право држава Далеког истока). Њихово превазилажење, као основни услов за успостављање конзистентног система међународне и националне казнене правде, претпоставља постизање високог степена међусобног разумевања и тражење консензуса. Управо данас, тај основни захтев је суочен са бројним изазовима, од којих су најзначајнији: криза глобализације, либералне демократије и владавине права и универзалног концепта људских слобода и права, као и интернационализација ратних конфликта и блокада функционисања постојећих механизма међународне казнене правде.

Неуспех глобализације, која је обећавала не само бржи економски развој и технолошки напредак, већ и проширивање простора за универзални корпус људских слобода и права, данас је изражен кроз глобалну финансијску кризу, пораста разлика у економском расту развијених и неразвијених и сиромаштва, и слабљења политичке подршке отвореној трговини усред растућих геополитичких тензија. У ери Бретон Вудса САД се појављују као доминантна економска сила са доларом, везаним за злато, подупирући систем са другим курсевима везаним за долар. Али експанзивна америчка фискална и монетарна политика, вођена социјалном и војном потрошњом, на крају је учинила систем неодрживим. Сједињене Државе су окончале конвертибилност долара и злата почетком 1970-их, а многе земље су прешле на променљиве курсеве. У ери либерализације дошло је до постепеног уклањања трговинских баријера и бржег развоја Кине, бившег СССР-а и других великих економија и међународне економске сарадње, а Светска трговинска организација, основана 1995. године, постала је нови мултилатерални надзорник трговинских споразума, преговора и решавања спорова.

Задњих декада, интензивирање геополитичких тензија, као и продубљавање разлика у економском развоју, све већа потреба за енергенсима и другим ресурсима и експоненцијални раст задужености, су довели до глобалне финансијске кризе и „успоравање“ (“*slowbalization*”) процеса глобализације. Седамдесетих година XX века долази до изразитог погоршања међународних економских односа и конфронтације богатог Севера и сиромашног Југа, као и пораста дугова неразвијених земаља.<sup>1</sup> Ривалство између САД као суперсиле и јачање ЕУ и БРИКС-а се преноси све више и више са економског, на подручје геостратегије и геополитике, појачавајући конфликтност у односима великих држава и стварајући ерозију у узајамној сарадњи око глобалних проблема, као што су климатске промене, унапређивање универзалних људских слобода и права и међународне правде и сузбијања све тежих форми транснационалног криминала.

Друга последица тих промена је стагнација и назадовање демократије у глобалним размерима. Публикација *Индекса демократије* (EIU) *Economist Intelligence Unit-a* (EIU) из 2023. године презентује општи пад демократије у овом период, заједно са растућом геополитичком конфронтацијом и очигледној немоћи међународне заједнице да заустави ратне сукобе. Према извештају о стању рата и мира у ери после Другог светског рата и геополитичким факторима глобалног сукоба, који је део те публикације, после 1991. године долази до пораста, при чему је 2022. године регистрован највећи број људских жртава ратних сукоба од 1980-их. Констатује се, при томе, да начелно остаје тврдња да су демократије мање склоне рату, али да не треба занемаривати друге покретаче сукоба осим одсуства демократије. Вођени геополитичком динамиком, ови сукоби сигнализирају дестабилизацију глобалног поретка и претњу великих сила, која чини већ видљиве „контуре будућег великог рата“. У извештају се наводи да све већој поларизацији и ратним сукобима доприноси и невољност великих сила да помогну у реформи међународног поретка и система казнене правде, као и подржавање “вредности демократије” уз подршку аутократа и прекршилаца МКП.

Глобални свет улази у стање интернационализованих конфликта, који се поређују са концептом “посредничког” (*proxу*) ратовања, у којем трећа држава директно или индиректно подржава једног или више државних или недржавних учесника у оружаном унутрашњем или међудржавном сукобу, у настојању да утиче на исход сукоба, и на тај начин унапреди своје стратешке интересе или поткопа интересе својих противника.<sup>2</sup> Такве природе су ратни сукоби на Блиском Истоку, Украјини и Израелу. До интернационализације сукоба доводе и други фактори, из перспективе кретања избеглица и интерно расељених лица која беже у иностранство, стварајући

1 В. Ilić, N. Praća, I. Kolarski, „Економско-политички аспект новог светског поретка“, *Одитор*, 3/2016, 51.

2 Видети: Josef Kraus, „The Internationalization of Conflicts: Theoretical Background, Conceptualization, and Contemporary MiddleEast Region“, *Vojenské rozhledy*, 5/2017, 23.

претњу по безбедност људи у земљама које пружају азил. Све већи број аутора сматра да крајем хладног рата 1990. године и ратовима у Ираку, Југославији, Авганистану, Африци, до данашње агресије Русије над Украјином и рата у Израелу, МКП улази у период све дубље деградације и намећања новог концепта „међународне правде“ који напушта постулат међународне легалности (Повељу и друге документе УН) и уноси аргументе „права јачег“.<sup>3</sup>

2. Последица интернационализације оружаних ратова је социјализација одговорности за међународне злочине, почињене делима непосредних учесника у рату, у светлу „*conditio sine qua non*“ концепције о каузалитету у казном праву, која подразумева да се као саучесници посматрају и сви (шефови држава, армија итд.), који их подстичу или помажу. Она доводи не само до непремостивих тешкоћа у идентификацији криваца за почињене злочине, већ и до блокаде примене МКП и функционисања међународног система казнене правде (стални МКС и *ad hoc* казнени судови). Из тог разлога, тријумфализам који окружује МКС и његову моћ да се носи са сукобима и насиљем игнорише реално стање деловања хегемонистичких фактора и примену насиља, укључујући специфичне међународноправне интервенције. Тешко је у задњих две деценије тачно одредити тренутак у којем је међународна казнена правда престала да буде цветајући либерални космополитски, прогресивни пројекат, који се успешно развијао доспевајући до стварања сталног МКС Римским статутом из 1998. године. Не тако давно међународна казнена правда била је посматрана као утицајан заштитник међународне заједнице. Али већ прво његово отворено суочавање са грубом реалношћу агресивних ратова у задњих две декаде, почев од „хуманитарних интервенција“, до данашње агресије Русије над Украјином и рата у Израелу, показало је колико је постулат међународне казнене правде више испуњен оптимистичким идеалима, него признавањем реалности хегемоније великих држава. Треба истаћи да је наступајућа криза МКП и међународне казнене правде директна последица забрињавајуће путање савременог геополитичког пејзажа, који има страховити ерозивни утицај на либералне основе међународног правног поретка, манифестованог путем унилатерализма, изолационизма и протекционизма, Брегзита, злокобног глобалног успона национализма, међуетничких сукоба, демагогије и ауторитаризма.<sup>4</sup> Услед тектонских геостратешких померања односа између великих држава, систем МКП, а посебно МКС, је доведен готово у стању блокаде, одбацивањем његове надлежности, повлачењем држава из Римског статута, одустајањем Афричке Уније од подршке и сарадње са судом, агресивном реториком великих држава према њему (конзистентно формулисана у говору

3 Bill Bowring, *The Degradation of the International Legal Order? The Rehabilitation of Law and the Possibility of Politics*, Routledge-Cavendish, 2008, 39.

4 Joseph Powderly, „International criminal justice in an age of perpetual crisis”, *Leiden Journal of International Law*, 1/2019, 8.

Трумпа на 73. заседању Генералне скупштине УН 2018 године: “Америком управљају Американци. Ми одбацујемо идеологију глобализма и прихватамо доктрину патриотизма”), и свеprisутног мњења о неуспеху и неефикасности у кажњавању одговорности за најтеже међународне злочине пред међународним или националним судовима.

Налазимо се на раскршћу перспектива за опстајање и развој МКП, таквог каквог га данас познајемо. Ако интензивирање ратних сукоба достигне тачке глобалног светског рата, свеједно каквог облика – директних ратних сукоба, *proxi* ратовања или хибридних облика ратних непријатељстава, доћи ће до распада система међународне казнене правде и сталног МКС. Тај систем је успостављен у првом реду као одговор на злочине извршене у време већих криза, пре свега ратних, и функционише као *jus dicere* „правде победника“. МКП до оснивања МКС је било прожето том идејом, која је оличетворена Нирнбершким процесом као симболом борбе против некажњивости за велике ратне злочине. Али фокусираног на кажњавању злочина побеђених, он је постао и икона некажњивости победника, тако да се на традицији Нирнберга МКП развијало више као *ad hoc* решење за тренутне кризе, изједначавајући правду победника са универзалном правдом и њихову некажњивост као анти-некажњивости, него као остваривање постулата универзалне правде, која ће важити и за победнике и за побеђене.<sup>5</sup> Стварање сталног МКС је означавало почетак изласка из тог парадокса МКП, његовим утемељењем не на принципу хегемоније великих сила, већ на хегемонији универзалних људских слобода и права. Он је данас, као и само МКП, пред најтежим испитом опстајања као најснажније еманације ере људских права, којој прети распад заједно са распадом човечанства. Пошто следећи могући глобални рат неће имати победника, тешко је замислити да ће постојати и суд и оптужени који ће одговарати за његово покретање и глобалну катастрофу.

Друга последица губљења главног ослоња за постојање МКС – принцип солидарности, признавања једнакости суверенитета свих држава и сарадња, не отвара никакву перспективу дуготрајним настојањима за проширивање репертоара међународних злочина *stricto sensu*, као што је међународни тероризам, политичка корупција или еколошки криминал, на које би била проширена надлежност МКС. Шансе за такву могућност су минималне и при даљњем опстанку МКС, јер садашњи концепт међународне казнене правде, усредсређен на масовне и тешке повреде људских права за време ратних сукоба, игнорише исто тако масовне и системске злочине извршене за време мира од стране режима различитих тирана, клептократа и профитера.<sup>6</sup>

5 Nesiah Vasuki, „A Mad and Melancholy Record”: The Crisis of International Law Histories“, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 2/2021, 235.

6 Sonja Starr, „Extraordinary Crimes at Ordinary Times: International Justice Beyond Crisis Situations”, *Northwestern University Law Review*, 101, 2007, 1258.

### 3. РЕФЛЕКСИЈЕ ГЛОБАЛНЕ КРИЗЕ НА НАЦИОНАЛНО КАЗНЕНО ПРАВО

3. Исцрпљеност хиперглобализације, као и све већи антагонизам између економски најмоћнијих држава, праћен правим ратом глобалних размера, има негативне економске и социјалне ефекте на све шири круг земаља, које појачавају економску стагнацију, раст сиромаштва и пад квалитета људског живота, изазивајући политичке последице у виду јачања државног протекционизма и популизма, као и затварања националних економија уз све веће позивање на приоритизацију националних интереса.

Извештај о људском развоју (HDR) Програма за развој УН (UNDP) за 2023/24, под називом „Издак из Њорсока: Потреба за новом врстом сарадње у поларизованом свету“, открива да је *Глобални индекс људског развоја* (HDI) – агрегатни индикатор који одражава бруто национални доходак (GND) по глави становника, образовање, очекивани животни век – показао да свет доживљава опасну стагнацију у људском развоју, који оставља иза себе најсиромашније земље, продубљујући неједнакост и погоршавајући политичку поларизацију на глобалном нивоу. Према извештају, скоро 40 одсто глобалне трговине робом концентрисано је у три или мање земаља, а 2021. године тржишна вредност сваке од три највеће светске технолошке компаније премашила је бруто домаћи производ (БДП) од више од 90% земаља у тој години. Извештај открива да су напори да се унапреди међународна заједничка акција отежани новим „парадоксом демократије“: док 9 од 10 људи широм света подржава демократију, више од половине испитаника у глобалном истраживању подржава лидере који могу да поткопају демократију, заобилазећи основна правила демократског процеса, ако ауторитарни режим којим владају нуди обећања за сигурност и благостање. Половина анкетираних људи широм света изјавила је да немају или имају само ограничену контролу над својим животима, а више од две трећине сматра да има веома мали утицај на одлуке владе. Извештај предлаже четири области за хитно деловање у односу на: планетарна јавна добра – за климатску стабилност; дигитална глобална јавна добра – за већу правичност у коришћењу нових технологија; за правичан људски развој, кроз нове и проширене финансијске механизме, укључујући нови пут у међународној сарадњи у економској и хуманитарној помоћи најмање развијеним земљама; и деполаризација политичке поларизације кроз нове приступе влада фокусираних на јачање гласова људи у јавном дискурсу и суочавању са дезинформацијама.

Криза демократије у глобалним размерима је један од кључних фактора кризе међународног и националних казненоправних система. Она је довољно илустрована показатељима о индексима демократије које припремају веома компетентне међународне институције. Тако, према извештају „*Freedom House*“ за 2023. годину, готово 38% светског становништва живи у земљама које су оцењене као неслободне, 43% у делимично слободним земљама и само 20% у слободним државама (а управо ове задње диктирају стандарде демократије

и владавине права за све остале). При томе, оцењује се да је глобална слобода, која укључује резултате мерења и детаљне извештаје о политичким и грађанским правима за 195 земље у свету, у 2023. години учинила велики корак напредак. Државе из нашег региона већином су сврстане међу делимично слободним земаљама (у друштву са Мађарском, Украјином и Молдавијом).

*Индекс демократије* који објављује *Economist Group* (компаније са седиштем у Великој Британији, која издаје *The Economist*), припремљеног од *Economist Intelligence Unit*, мери квалитет демократије у 167 земаља и територија на основу 60 индикатора груписаних у пет категорија. Мерећи плурализам, грађанске слободе и политичку културу, Индекс категорише сваку земљу у један од четири типа режима: пуне демократије, демократије са недостатком, хибридни режими и ауторитарни режими. Према Индексу демократије за 2023. годину, као пуне демократије су категорисане 24 земље, демократије са недостатком 50, хибридни режими 34 и ауторитарни режими 59 земаља. Према Индексу, 7,8% светске популације у 24 земље живи у „пуној демократији“, 37,6% у 50 земаља у „демократији са недостатком“, 15,2% у 34 земље у „хибридном режиму“ и 39,4% у 59 земаља у „ауторитарном режиму“. Глобални просечни резултат у 2023. години је пао са 5,29 на 5,23 у поређењу са 2022., што представља најнижу оцену од када је индекс покренут 2006. године и потврђује „општи тренд регресије и стагнације последњих година“, према истраживачима Економиста. При томе, константно рангирана међу најнижима као „ауторитарни режим“ је Кина (трећа најмање демократска земља на свету), заузимајући 156-то место од 167 земаља у 2022. години заједно са Северном Корејом, Ираном и појединим државама Далеког и Блиског Истока и Африке.

Насупрот либералној демократији, светском сценом увелико маршира леви и десни популизам, чија заједничка карактеристика је захтев да политика треба да изражава општу вољу народа. Према овој дефиницији, популизам доводи у питање плуралистички политички концепт, демократски дијалог и успостављање консензуса заснованог на легитимности различитих група. Његова водећа идеја је покоривање вољи, а тиме и тираније већине, где се мајоризација бирачког тела изражава као потискивање или утњетавање сваке мањине. На примеру Кине, показује се да економска ефикасност и развој који остварује такав режим има снажни мотивациони утицај на неразвијене земље које почињу да гравитирају према њој, водећи се својим интересима за бржи раст и развој, али без велике отпорности према изазовима популизма и слабљења демократије. На том фону се ствара данашња политичка карта савременог света, укључујући Европу, у којој различите десничарске, националистичке и ксенофобичне партије постају све утицајније и долазе на власт у све више држава, добијајући моћ спровођења својих протекционистичких и сличних програма, мотивисаних искључиво „националним интересима“.

4. Урушавање светског поретка, који је са аспекта људског развоја одржив у мери у којој се наслања на међународну солидарност држава, сарадњу



и унапређивање међународног и националних казненоправних система, испољава велико одступање од његових изворних постулата у националним државама. Пад демократије, као предуслова за легитимност казног права, има за своју директну последицу кризу владавине права и слабљење заштите људских слобода и права, као и разорну инфекцију друштва његовом системском корупцијом и криминализацијом. Како популизам делује унутар демократског процеса, слабљење демократских принципа и вредности има рушилачке ефекте у односу на промену политичког става ка национализму и протекционизму, изазивајући и кризу система међународног и националног казног права и његове заштитне функције у односу на универзалне људске слободе и права.<sup>7</sup>

Ако је либерална демократија *conditio sine qua non* који прожима концепт урођених и неотуђивих природних људских права, онда је неспорно да његова дисторзија наступа увек када у међународним односима завлада хегемонизам великих држава, вођен њиховим парцијалним и супротстављеним геостратешким, економским и политичким интересима, који из тих разлога подупире или толерише према њима лојалне ауторитарне режиме. Последица дисторзије универзалног концепта људских права манифестује се индивидуалистичким патернализмом и колонијалном идеолошком инвазијом на микро плану, а на макро плану индуковањем демократије кроз различите форме тоталитаризма.

Поново је данас на столу питање, које има кључни значај за савремено међународно и национално казнено право и њихову будућност – да ли су људска права одбрамбена баријера против доминације и угњетавања или идеолошки сјај империје у настајању?<sup>8</sup> Поново се сусрећемо са различитим аспектима “парадокса људских права”, за који се мислило да је расплетен усвајањем Универзалне декларације УН о људским правима из 1948. године. У ствари, основни парадокс концепта људских права је усађен у признању да оне, колико год да су природно и урођено својство сваког човека, које је задато (од бога или природе) и тиме постоји пре државе и права, могу да се остварују само у државном и правном окружењу, у којем појединац улази напуштајући “природно стање” слободе и подвргавајући се моћи, погодностима и ограничењима које гарантује држава и позитивно право. Тај парадокс дозвољава веома широку маргину арбитрерности државне моћи и права, чије границе су савитљиве и досежу до непредвидиве тачке, на којој интензитет гажења људских права може да изазове радикалне, чак и насилне промене режима.

Савремена доба је проглашено “ером људских права”, што би требало да симболизује остваривање вековних тежњи свих људи за слободу, једнакости,

7 Ben Zissimos, „The End of the End of History: A Political-Economy Perspective Forum”, *Intereconomics*, 6/2022, 372.

8 Costas Douzinas, *A Review of Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism*, Routledge-Cavendish, Abingdon, 2007, viii.

правду и поштовање људског достојанства. У прилогу те представе иде савремено међународно право о људским правима, МКП, међународне институције правде, уставни и национални законодавства, институције за заштиту људских права, невладине организације, улазак материје људских права у све образовне и универзитетске програме итд. Али све је више аутора који сматрају да није све онако како изгледа, да треба заузети критички однос према стварном домаћају и стању људских права, па чак и изразити крајњу забринутост због “краја људских права”, потакнуто управо чињеницом њиховог претераног наглашавања као елемента система, који их асимилује и одваја од њихове антропоцентричне суштине. Прави смисао људских права је њихов прогресивни и еманципаторски потенцијал тражења све ширег простора за индивидуалну слободу и поштовање људског достојанства, сталним притиском за промену друштвеног окружења и карактера државе, права и његових циљева. Уместо тога, они постају привезак система и инструмент моћних структура који их користе да би, позивајући се у својим идеолошким и политичким програмима на њих, учврстили своју моћ, приказујући успех који значи само тријумф декларативног привида над суштином. Потврда за овај критички став је чињеница да су људска права данас проглашена новим уставом глобализованог света, али да се то односи углавном на “негативна” права која имплицирају забрану мешања државе у основне слободе (права на живот, слободу мисли и изражавања итд.), али не и на економска, социјална, културна, еколошка и друга права “друге генерације” “позитивних права”, са којима кореспондира обавеза државе да осигура услове за њихово остваривање. Но, када се ради и о основним правима, као што је право на живот, данашња општа шутња у односу на дивљање моћних држава које свакодневно односи на хиљаде људских жртава потврђује сазнање да у “ери људских права” ипак влада хипокризија у залагању за хуманизам и њихово истицање као заставе под којом глобалне силе организују “хуманитарне” интервенције и “ослободилачке” ратове. Људска права нису постала само оруђе за заштиту *homo sacera, persona non grata*, и оцртавање најосновнијих људских права, већ су „оруже новог друштва“ и оправдање „војног хуманизма“.<sup>9</sup> Та хипокризија може да доведе до потпуне парализе међународног система казнене правде, оличетвореног кроз МКС, као и до дисторзије националних казненоправних система држава у које се на људска права позивају популистичке политичке идеологије и војне доктрине, у исто време када се, на пример, главна борба за људска права води на фронту заштите права ЛГБТ заједнице, а окреће глава од геноцида над целим народима. Схватање о концепту људских права као “стратегије за пружање отпора диктатима власти” и као “идеологије са моралним набојем” води ка њиховој идеологизацији, проглашавања као “*lingua franca* новог светског поретка” и њиховог постављања као критеријума разликовања припадника поретка од његових отпадника.

9 C. Dauzinas, *op. cit.*, 208; B. Bowring, *op. cit.*, 132.

Тако се дискурс о људским правима претвара у веома значајно средство борбе за признање, изузетно важан улог у идентитетским односима, а нови међународни поредак се конструише као рационално организована заједница у којој нема места онима који не прихватају диктат људских права. Наглашавање априористичког приступа и посматрање универзалних права као апстрактне вредности, оправдава критичко стајалиште да он води ка деесенцијализацији људске суштине и свођење хуманитета на пуку форму. То омогућава носиоцима моћи да придају различите садржаје хуманитету, као и да искључују одређене групе људи из овог привилегованог статуса, у зависности од интереса и друштвеног контекста, дозвољавајући да доктрина новог хуманитаризма инспирише интервенисање великих држава у унутрашње послове земаља у развоју из хуманитарних разлога.<sup>10</sup> Криза универзалног концепта људских права, или и само убеђење да она постоји и да слаби постулате хуманитета савременог друштва, доводи у питање глобалне перспективе развоја, данас формулисане као *Миленијумске циљеве* (17 *Глобални циљеви одрживој развоја* УН - СДГ), од којих централни значај има циљ 16-мир, правда и снажне институције. Значај истицања тог циља као општег предуслова за остваривање свих других циљева, је у томе што се те идеје (мир, правда, институције), везане за постулате поштовања људског достојанства и природних права, ипак посматрају као *conditio sine qua non*, апсолутне идеје које не могу да буду у кризи. У кризи су односи који настају у међународној заједници услед сукоба великих сила, које увлаче и националне државе, великим делом изазване успехом људских права као историјског либераторног покрета, усвојеног и од филозофских, културних и религиозних традиција које су далеко од његовог западног порекла.<sup>11</sup>

5. Бројна истраживања потврђују сазнање да у задњој декади долази до континуираног пада владавине права у глобалним размерима, заједно са трендом пада демократије и у контексту свакодневних масовних повреда људских права, људских жртава, миграција, економских и социјалних последица интернационализованих ратних сукоба. *Индекс владавине њрава World Justice Project*-а за 2023. годину показује да више од 6 милијарди људи данас живи у земаљама у којима владавина права опада. Ауторитарни трендови који су први потстакли глобалну рецесију владавине права 2016. године, опстају у свим регионима света поред свих настојања да се инструментима казног права појача борба против свеприсутне системске корупције, злоупотребе власти, тероризма, организованог криминала и других тешких облика криминала, чији су корени усађени у базичним противречностима друштва.

Слабљење механизма за ограничење власти у већини држава потстиче ауторитаризам и све већу инструментализацију националног казног

10 Goran Tepšić, Miloš Vukelić, „Kulturno nasilje kao proces dugog trajanja: od kolonijalizma do humanitarizma”, *Politička misao*, 1/2019, 124.

11 Antony J. Langlois, „Human Rights in Crisis? A Critical Polemic Against Polemical Critics”, *Journal of Human Rights*, 2012, 558.

права и система казнене правде за остваривање уских идеолошких, политичких и других интереса, ослањајући се на недемократске стратегије у суочавању са изазовима глобалне кризе, укључујући пандемију Covid-19, борбу против међународног тероризма и других нових форми криминала.<sup>12</sup> Индекс перцепције корупције (CPI) *Transparency International* за 2013. годину показује да, упркос напретку у криминализацији корупције и успостављању специјализираних анти-корупцијских институција широм света, до побољшања оцене CPI је дошло само у 28 од 180 земаља, док је стање значајно погоршано у 34 земље. Системска корупција, која постаје карактеристична нарочито за неразвијене демократије (као што су и земље из нашег региона), резултира слабљењем функција казног права услед његове селективне примене и обезбеђивања некажњивости за корумпиране владајуће елите. Са друге стране, она омогућава политичким странкама на власти и другим моћним бизнис, медијских и других утицајних струкура, да заробе и контролишу судске институције, ради обрачуна, дискриминације или елиминисање оних који угрожавају њихов привилеговани положај у друштву.

Инструментализација казног права ради заштите поретка који губи демократски садржај, слаби његов хумани карактер, нужно повезаног са приоритетним циљем заштите људских слобода и права, који је основ за разликовање казненоправне принуде од обичног насиља. Ако казно право одступа од таквог рационалног резона и усваја идеју утилитаризма, губи своју социјално-етичку основу и оправдање, и не може да се разликује од сваког другог намерног насиља, као што је, на пример, тероризам.<sup>13</sup>

Еманација утилитаристичке концепције резултира хиперинфлацијом казненоправних забрана (*overcriminalization*), чији је циљ спречавање различитих облика угрожавања друштвених интереса, посебно код дела без конкретне жртве (*victimless crimes*) и нехатних дела, и ексцесивном употребом казне, посебно казне затвора, као и других споредних ограничења или одузимања права осуђеног (*overpenalization*). Један од бројних примера је стварање у последњих декада међународно усклађеног режима финансирања тероризма кроз међународне уговоре и измене националних казnenих законодавства, под утицајем углавном западних држава. Критичке анализе извршених промена потврђују сазнање да претерана криминализација и пенализација не даје очекиване позитивне резултате управо због недовољно јасне концептуализације финансирања, као и различитих приступа и двојних стандарда држава у односу на квалификацију појединих аката као злочина тероризма, о којем су усвојене на десетине различитих конвенција.

Ове тенденције су супротне идеји казног права као "*ultima ratio*" у спречавању криминала, која имплицира рационално одређивање зоне криминалног

12 Benjamin Levin, „Criminal Law in Crisis”, *University of Colorado Law Review Forum*, 1/2020, 5.

13 Paul Butler, „Foreword: Terrorism and Utilitarianism: Lessons from, and for, Criminal Law”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 1/2002, 4.

неправа и облике, обим и интензитет пунитивне реакције за извршена дела. Његова чврста везаност за заштиту људских права, правду и рационалну примену репресије, је доведена у питању ако се као основе јачања казнено-правне репресије узимају утилитарни разлози одбране неких “виших циљева”. Управо на опасност од таквог скретања ка утилитаризму упућује тенденција „секуритизације“, која прожима националне системе казнене правде, доводећи их у алертном стању нужне одбране од све већих изазова глобалне кризе. Снажан допринос таквој тенденцији има промена концепта безбедности као последице нових извора ризика и претњи: од традиционалног концепта безбедности дефинисане као слобода од објективних војних претњи за опстанак државе у једном анархичном међународном систему, он је данас проширен по хоризонтали, обухватајући и слободе од климатских, здравствених, информатичких и других ризика, тероризма, тортуре, насиља и других озбиљних форми криминала, као и по вертикали, обухватајући појединце, друштвене групе и цело човечанство.<sup>14</sup> Екстензивни концепт “људске безбедности” још није доспео на нивоу општег принципа “безбедности” као централног организационог принципа УН (Повеља УН), и ако је до данас искоришћен као јустификација за оружане “хуманитарне интервенције”, са или без сагласности Савета безбедности УН. Са друге стране, како било која озбиљнија форма криминала постаје безбедносно питање, или самим чином говора о неком питању као безбедносној претњи оно постаје безбедносно питање, тако се појачава и прелази традиционалне казненоправне оквире захтев за безбедност. То скрива бројне опасности за либерални концепт казненог права, ако се има у виду да је појам безбедности флуидан и дозвољава различите, укључујући арбитрерне политичке интерпретације и оправдања. Фокусирање међународне политике држава, уређивање унутрашњих односа, јавног мишљења и криминалне политике као скупа активности за одбрану друштва и националних интереса на “безбедност”, више него на социјалну, економску и еколошку правду, запоставља принципијелни приступ ка заштити људских права.<sup>15</sup> Еманација те тенденције је наслањање на појачану казненоправну репресију, увек када се превентивни механизми за неутрализацију ризика показују мањкавим, а то је најчешће случај са државама које су неопорне на ризике због дисфункционалности институција, посебно у судском систему.

Тражење излаза у проширивању зоне кажњивости са прописивањем нових инкриминација, као и са поштравањем казни и казнене политике судова, карактеристичне за најновије реформе казненог права у већини држава, је прихватање сазнања да држава и друштво немају довољно капацитета за превенцију и контролу ризичних фактора и за њихово свођење у толерантним границама. Такво стање је нарочито изражено у државама

14 Владимир Шуловић, *Значење концепција безбедности и теорија секуритизације*, [e-book], Београдски центар за безбедносно политику, Београд, 2010, 5.

15 S. Star, *op. cit.*, 1262.

из нашег региона (“кривичноправни експанзионизам”, уместо “кривично-правног минимализма”).<sup>16</sup> Све шира употреба казнене власти од стране држава које су наводно посвећене правно-политичком пројекту западне либералне демократије, индицира продубљавање кризе самог либералног пројекта и легитимитета државне репресије. Препознавање те кризе као наднационални феномен приморава сваку државу, укључујући, на пример, и Немачку и њену традицију самозадовољства због претпостављене супериорности у уређењу система казнене правде, или САД са осећајем супериорности у уређењу правичног поступка и политике “рата против злочина”, обележеног највећом стопом затварања на свету и највећом популацијом затвореника, да се посвети озбиљној критичкој анализи изазова легитимације вршења казнене власти.<sup>17</sup>

Одступање од либералних принципа узрокује све присутнију кризу идентитета међународног и националног казног права. МКП, које многи аутори сматрају “дисциплином криза”, ослања се на националне казно-правне системе и на међународно право о људским правима, на принципима које одређују либерални карактер националних система: легалитета казног дела и казне, индивидуалне и субјективне одговорности, праведне и пропорционалне казне и правичног и поштенног казног поступка. Критичка анализа примена ових принципа у МКП, фокусирана на праксу МКС, упућује на значајна одступања од либералне концепције казног права. Таквог карактера су, посебно, доктрине “командне одговорности” и “удруженог злочиначког подухвата”, које одступају од принципа индивидуалне и субјективне одговорности, екстензивно и флуидно тумачење дефиниција међународних злочина и изрицање егземпларно строгих казни.<sup>18</sup>

Оправдање за прихватање ових одступања од класичних казноправних принципа и у националном казном праву, подупире се на аргументе појачаног задовољења права жртве на правду. Наглашавање данас права жртве, посебно ранљивих категорија као што су жене и деца, има велики допринос у проширивању казнене зоне и строгости казни у националном казном праву, управо полазећи од аргумента да захтев за правду жртве допушта потискивање принципа правичног поступања са оптуженим, јер је његова одговорност двоструко повећана посебним својством жртве. Пример за такву тенденцију су најновије казноправне реформе које се односе на примену Истанбулске конвенције о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици из 2011. године, прописивањем нових инкриминација које остављају простор за екстензивно тумачење и

16 Видети: Зоран Стојановић, *Полишика сузбијања криминалишеша*, 3. измењено издање, Београд, 2023, 135.

17 Markus D. Dubber, *The Crisis of the Modern Penal State (Introduction)*, In book: *The Dual Penal State: The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective*, Oxford University Press, 2018, 3.

18 Darryl Robinson, „The Identity Crisis of International Criminal Law”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, 2010, 926.

процесне проблеме у доказивању (тако, на пример, нове дефиниције силовања и других сексуалних деликата). Промовисање проширивања дискреционих овлашћења јавних тужилаца и судија не ствара велике проблеме у поступању МКС и *ad hoc* судова, али они долазе до изражаја код некритичке трансплантације преседана међународних судова, без испитивања да ли су у складу са основним принципима националног казног права.

#### 4. ПРЕЛЕВАЊЕ ФУНКЦИЈА КАЗНЕНОГ ПРАВА И „MAGNITSKY“ ЗАКОНИ

6. Продор утилитаристичке концепције казног права је данас све видљивији. Све реформе казног права (материјалног и процесног), одвијају се у знаку тражења веће ефикасности система казнене правде у сузбијању корупције, организованог и других тешких облика криминала. Имајући у виду геометријску прогресију насиља, као и осећај јавне несигурности који прожима друштво, јавна власт је под притиском да предузме мере које сузбијају његов пораст, путем проширивања зоне казног права, релативизацијом уставно гарантованих права, предвиђањем нових инкриминација које често имају симболични карактер, несразмерним поштравањем казни и проширивањем концепта кривње у правцу статуирања претпостављене и проспективне одговорности. Таквим променама, савремено казнено право се озбиљно приближава концепту “непријатељског права”, које занемарујући друштвене факторе криминала и фокусирајући сву пажњу и репресивну моћ државе на злочинца, њега посматра као непријатеља друштва.<sup>19</sup> Јачање репресивне моћи државе има директне импликације и на све друге постулате њеног функционисања као демократске, либералне и правне државе (поједини аутори називају државу која је премашила рационалне границе репресије “двојном казненом државом”, “*dual penal state*”).<sup>20</sup>

У том правцу иду и реформе казног права у државама из нашег региона. У казненом поступку, у тражењу баланса између принципа правичности, пресумпције невиности, контрадикторности, једнакости оружја и других стандарда правичног поступка (ЕКЛП, члан 6), и ефикасности поступка, предност се даје задњем захтеву. Увођење правних трансплантата акузаторног модела казног поступка није рачунало на стање перманентне транзицијске кризе, која опстаје на високом нивоу политичких тензија услед дубоке партизације друштва, клептократије и системске ендемске корупције која захвата и највише структуре власти, са погубним последицама по функционисање судског система. У таквом “пре-државноправном стању”, “заробљене” институције казнене правде, изложене снажним утицајима

19 Günther Jacobs, „Burgerstrafrecht und Feindstrafrecht“, *Ritsumeikan Law Review*, 21/2004, 106.

20 Вид.: М. D. Dubber, *op. cit.*, 91.

арбитерне моћи извршне власти и моћних бизнис елита и организованих криминалних структура, не могу да испоруче неселективне и правичне пресуде и, тиме, верификују свој интегритет кроз повећано поверење грађана у њихову независност. Култура некажњивости за криминал високог профила је придружена ефикасним поступањем у багателном криминалу, као што су имовинска казнена дела, или казних дела против живота и тела где, очито, притисак за гоњење од стране жртава изнуђује одговарајући поступак тужилаштва и суда.

Примена “правних импланата” типа тајне тужилачке истраге, споразумевања о кривици или пасивни положај судије у току главне расправе, резултира судском праксом која обилује бројним парадоксалним одлукама. У македонској пракси има бројних таквих предмета где оптужница стиже до главне расправе без озбиљније тужилачке истраге, прекорачење рокова за подизање оптужнице не повлачи никакве консеквенције, одбрана у истрази има ограничени присуп према прикупљеним доказима од стране тужиоца, суд се саплиће са проблемом када је склопљен споразум о признавању кривице једног од саизвршилаца, виши суд укида пресуду због непотпуно утврђеног чињеничног стања, а суд нема овлашћења да изводи доказе *proprio motu* итд. Али о оријентацији македонског система казнене правде према ефикасности поступка најбоље се може судити на основу података из анализа о подигнутим, потврђеним и досуђеним оптужницама: пропорција је у свим фазама поступка изнад 90-95%, што значи да готово свака подигнута оптужница је потврђена, и готово сваки поступак по подигнутој оптужници завршава осуђујућом пресудом. Ако се има у виду да је број осуда за тешке облике криминала и корупције статистички готово занемарљив, да је и покушај да се тешким злоупотребама власти стане на пут оснивањем 2015. године Специјалног јавног тужилаштва са катастрофалним исходом (шеф тог тужилаштва је у затвору, а пар оптужних високих државних функционера су осуђени на симболичне казне и заједно са бројним другим осумњичених за организовани криминал су данас на слободи), намеће се закључак да се и захтев за ефикасност казног поступка остварује на веома ниском равништу остваривања симболичне правде у “заробљеној држави”.

7. Реформе материјалног казног права се форсирају као последња нада да се у савременом друштву осигура елементарни правни поредак и владавина права, у условима деловања снажних криминогених фактора и парализе механизма за превенцију криминала. Хиперинфлација казних норми у таквим околностима служи само смиривању колективне савести да се “нешто предузима”. Казнени законици се тако често мењају и све више допуњују новим инкриминацијама, да упадају у заплет унутрашњих контрадикција и преплитања флуидних норми. У припреми новог македонског Кривичног законика, који је после четиригодишњег рада данас у фази владиног предлога, као један од циљева је постављена кодификација инкриминација садржаних у више од 60 посебних закона, често у директној колизији са његовим постојећим одредбама. Иза такве пролиферације забрана



стоји велики проблем држава из нашег региона, а то је експанзија извршне власти и управе, која уместо да се бави спровођењем закона и ефикасно поступа у остваривању права грађана, измишља инкриминације за понашања која сама може да превенира, преносећи то на систем казнене правде. Таквог су карактера бројне инкриминације типа незаконите експлоатације минерала, заштите природе, дивоградње, дела у области трговине, итд.-свуда где би инспекције и други државни органи требало да превентивним активностима спречавају наступање штетних последица по права грађана.

Значајан индикатор све интензивнијег продора утилитаризма и инструментализације казног права је тенденција поштравања казне, нарочито казне затвора, проширивање система споредних казни типа различитих забрана (вршења професије, избирачког права, посете спортских натпревара итд.), као и проширивање подручја примене конфискације, која се од посебне мере, засноване на принципу да од неправда не може настати право и ограничене на одузимање криминалног приноса извршењем казног дела, претвара у спорну казнену санкцију. Поштравање казни за поједине инкриминације је потакнуто и међународним конвенцијама, као и регулативом ЕУ, са којом треба да се усаглашава казнено право држава кандидаткиња. Истицање оправданих разлога за заштравање репресије када се ради о тероризму, тешким облицима корупције, организованог криминала, компјутерског и других форми криминала, не може да се односи на неке инкриминације које такође постају део националног казног права, као што је на пример кријумчарење миграната (у македонском КЗ-у члану 418-б за основно дело је прописана казна од најмање четири године, док је за тежи облик, ако је угрожен живот или здравље мигранта или друга његова права, предвиђена казна од најмање осам година; ове казне су строжије од казне прописане за основно дело убиства из члана 135 – најмање пет година).

Нерационално проширивање зоне казненоправне репресије је данас свеопште прихваћени одговор на тешке транснационалне форме криминала, чије су дефиниције предвиђене у све бројнијим међународним конвенцијама, и за које државе потписнице имају обавезу да пропишу строге казне (по правилу – кажњиво максималном казном лишења слободе у трајању од најмање четири године или неком тежом казном, тако Конвенција из Палерма од 2000. године). Честе промене, доношењем нових конвенција, и уношењем све више нових казненоправних института (одговорност правних лица, материјалноправне пресумпције постојања казног дела или кривње учиниоца, конфискација имовине итд.), као и некритичко преузимање правних “транспланата” из оригинерно различитих правних подручја, усмеравају националне системе казног права према моделу “паничног” законодавства. Тако је, на пример, дошло до тога да растезање инкриминације прања новца у националним правним системима, потакнуто идејом да успешна борба са организованим криминалом и другим тешким облицима казненых дела може да се води ако се пође од краја, а не од почетка (“трагом порекла новца”), на крају резултира са казненоправним одредбама

који најчешће садрже толико ставова, да могу да формирају посебну главу у КЗ-у. Ако се при томе додају компликоване формуле о предикатном делу и утврђивању његовог постојања на основу објективних околности случаја, па онда радње или пропуштања различитих учесника у читавом ланцу којим се креће имовина, збрка у тумачењу и примени одредбе о прању новца постаје потпуна и рађа накарадне оптужнице и пресуде (у македонској тужилачкој пракси налазимо случајеве подизања оптужнице за дело преваре са две тачке: за саму преварну радњу, и за директно уплаћивање новца који је имовна корист на легални банкарски рачун учиниоца дела, што је супротно елементарној логици и учењу о привидном стицају).

Слична је природа конфискације имовине, која се од мере одузимања имовинске користи, ограничене само на износ, односно вредност прибављена казним делом, увођењем института проширене конфискације претвара у казну путем предвиђања материјалноправне пресумпције о дужности оптуженог или трећег лица да доказује порекло имовине, по критеријуму да је суд на основу расположивих чињеница уверен да имовина прелази законите приходе учиниоца и потиче од криминалних активности (Варшавска Конвенција Савета Европе о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом и о финансирању тероризма од 2005. године; тако македонски КЗ члан 98-а). Европски суд за људска права прихвата у својим одлукама ову формулу о пребацавању терета доказивања, сматрајући је спојивом са појмом правичног суђења из члана 6 Конвенције.<sup>21</sup> Међутим, она садржи унутрашњу контрадикцију, која омогућава доношење неоснованих и неправедних пресуда, која се састоји у несразмерности “основаног уверења” суда да је имовина стечена криминалом, на нивоу стандарда “ван разумне сумње”, и потпуног доказа о законитом пореклу имовине који се тражи од учиниоца или трећег лица на које је пренесена. Разлози правичности поступка би могли да допусте једино решење, према којем би се и за учиниоца казног дела, односно од трећег лица, тражило објашњење порекла имовине сагласно стандарду “ван разумне сумње”. Ово је нарочито значајно за примену конфискације у системима из нашег региона. Ако она не ствара проблеме у организованој држави, у којој влада право и функционишу све институције на принципима “доброг управљања”, исто не би могло ни из далека да се тврди за државе, као што су земље из нашег региона, у којима владају “заробљене” и нефункционалне институције, од којих грађанин не би могао да дође до одговарајућих података о његовом имовинском стању у дужем временском периоду, потребних за доказивање порекла имовине. У прилог оправданих резерви у односу на ефикасну и правичну примену проширене конфискације требало би да се узму и подаци о “сивој економији” до које долазе економска истраживања. У македонској економији процене “сиве економије” се крећу од око 21% до 39% учешћа у

21 Džeremi Mekbrajd, *Ljudska prava u krivičnom postupku*, Praksa Evropskog suda za ljudska prava, Beograd, 2009, 171.

БДП. Поставља се питање, да ли у конкретном случају проширене конфискације оптужени или треће лице може да се позове на обављање таквих неевидентираних активности, које држава толерише, као објашњење порекла његове имовине, која није стечена законитим путем, али ни путем који је изричито забрањен. И да ли изрицањем конфискације, посредним путем, држава кажњава за економске активности које се врше слободно услед њене неорганизованости или нефункционисања надлежних институција.

Ови разлози, као и неефикасност државних органа у откривању имовине стечене криминалним активностима (слаби капацитет јединица за финансијске истраге, усмереност тужилачке истраге на учињено дело, без ширег истраживања користољубивих елемената, који не морају да буду део објективног бића дела), резултирају слабом применом конфискације од стране судова (македонска судска пракса бележи константну ниску примену конфискације: од око шест до седам хиљада осуђених лица годишње, конфискација је изречена само у око педесетак предмета).

Неефикасна примена казненоправне мере конфискације *in personam*, у поступку уређеног законом о кривичном поступку, не може да се коригује увођењем у правни систем конфискације *in rem*, што је најновији тренд и у системима из нашег региона, по примеру других држава (Италија, Холандија, САД, Велика Британија, Филипини, Аустралија, Канада итд.). И ако је у правној мисли широко распрострањено убеђење да су *in rem* поступци у многим околностима најефикаснији начин борбе против многих облика корупције, економског криминала и другог прекограничног организованог криминала, повраћај имовине *in rem* остаје контроверзно питање јер је снижен стандард доказивања које је потребно држави да докаже случај, а терет доказивања је пребачен на кориснике имовине. Из тог разлога, Конвенција УН против корупције из 2003. године предвиђа да прилагођавање домаћих закона у циљу стварања правног основа за *in rem* повраћај није обавезно за државе уговорнице. Северна Македонија је ове године усвојила Закон о конфискацији имовине у грађанском поступку, и поред свих упозорења правне науке и струке да у таквом облику, у каквом је дат, неће дати позитивне резултате. У основи, закон предвиђа да у случајевима када јавни тужилац „има сумњу“ да је почињено казнено дело наведено у овом закону (листа дела је прилично дуга), али нема довољно доказа за кривично гоњење или кривично гоњење није довело до осуђујуће пресуде, а оцени да постоји “разумна сумња” да имовина лица није стечена из законских извора “одговарајућим актом”, доставља иницијативу за поступак порекла имовине пред Управом за финансијску полицију. Поред јавног тужиоца, и други државни органи (антикорупцијска комисија, царинска управа итд.) су дужни да доставе такву иницијативу, заједно са подацима о сумњи или сазнању о постојању имовине чије стицање “не може да се докаже да је из законских извора”. Предвиђено је, такође, да и свако физичко или правно лице може да достави Управи обавештење о постојању имовине чије стицање не може да се докаже да је из законских извора. Управа покреће поступак за утврђивање порекла имовине

ако постоји “разумна сумња” да се ради о таквој и ако постоји несразмерност између нето-вредности имовине и расположивих законитих и пријављених прихода лица за стицање имовине, изражене као кумулативну разлику која прелази 13.000 евра, урачуната годишње у временском период не дуже од 10 година пре стицања имовине, односно извршења казненог дела за које постоји сумња да је повезано са њеним стицањем. О прикупљеним подацима Управа обавештава јавног тужиоца који, ако утврди да су испуњени услови за покретање поступка, у одређеном року подноси Државном правобранилаштву иницијативу за подизање тужбе пред грађанским судом. У грађанском поступку, који се води према одредбама парничног поступка, овлашћени тужилац је државни правобранилац, а тужена странка је “засегнуто лице”, потпуно нејасно дефинисано као “лице које има право и обавезу да докаже да је имовину стекао из законских извора”. Пребацивање терета доказивања на туженог није даље прецизирано постављањем посебних доказних правила, нарочито о томе да ли тужени треба да презентује само директне доказе (потврде, уговоре и сл.), или било које доказе које отклањају “разумну сумњу” која је довољна овлашћеном тужиоцу за покретање поступка. Ово конфузно законско решење које меша конфискацију као казнену меру са (све популарнијим) испитивањем порекла имовине, поред уношења правне несигурности услед непрецизних одредби, крије и бројне опасности од злоупотребе путем подстицања денунцирања од стране грађана и селективне примене на таргетиране субјекте. Велика је вероватноћа да би, услед поменутих слабости доказивања порекла имовине уопште у нашим условима нефункционисања надлежних државних органа који се баве евиденцијама, имовинским статусом и другим правима грађана, многи грађани могли бити лишени права својине и на легално стечену имовину.

8. Прихватање палијативних иновација, које се прелевају преко граница рационалне репресије омеђене казним правом, не завршава се само хиперинфлацијом забрана, пооштравањем казни или стварањем мешовитих института типа грађанске конфискације, већ најављује и друге накарadne утилитаристички мотивисане изуме. Једна од њих је директно извршавање одлука влада или управних органа страних држава, донесених на основу њихових закона о рестриктивним мерама (типа „Magnitsky“ закона). При томе, не ради се о рестриктивним мерама, које се односе на прописивање санкција од стране УН (Савета безбедности) и ЕУ за повреду ембарга на трговину са оружјем, одређених супстанци, финансијских забрана и забрана уласка у односну земљу од стране појединаца. Интерполирање таквих мера и забрана у национално казнено законодавство је испуњавање обавезе сваке земље чланице ових организација.<sup>22</sup> „Magnitsky“ закони (названи тако према Закону о одговорности за владавину права САД из 2012. године, којим су предвиђене казне за руске званичнике одговорне за смрт руског пореског

22 Genocide Network Secretariat, Eurojust, *Prosecution of Sanctions (Restrictive Measures) Violations in National Jurisdictions: A Comparative Analysis*, The Hague, 2021, 7.

правника Сергеја Магнитског у московском затвору 2009. године), су закони који предвиђају унилатералне екстратериторијалне казнене мере, као што је забрана трансакција, замрзавање имовине и забрана за улазак у државу, према страним владиним званичницима и другим лицима широм света за „озбиљно кршење људских права“ и „значајну корупцију, по угледу на Глобални закон о одговорности за људска права САД из 2017. године.<sup>23</sup> Такви закони у задњој деценији су усвојени у више држава (Велика Британија, Северна Ирска, Канада, Аустралија, Чешка, Литванија, Латвија и Естонија, а поступак за доношење таквих закона је покренут у више других држава.<sup>24</sup> Ради се о законима о проширеној јурисдикцији (*long-arm jurisdiction*), односно о екстензивном протезању домаће јурисдикције путем проширивања универзалног принципа територијалног важења националног законодавства. Али за разлику од универзалног принципа, прихваћеног у великом делу казних законодавстава у односу на међународне злочине *stricto sensu* или других тешких дела за која су прописане строге казне затвора (македонски КЗ – најмање пет година), *Magnitsky* закони предвиђају примену санкција (рестриктивних мера) према страним држављанима за радње које су на општи начин одређене као „озбиљно кршење људских права“ или „значајну корупцију“, извршене у њиховој националној држави. Поред тога, посебним законима (амерички Закон о међународним економским овлашћењима за ванредна стања, Закон о страним коруптивним праксама итд.), су прописане санкције типа замрзавања имовине, трансакција и уласка у државу, за правна лица или појединце не само у казненом, већ и у административном поступку, извршним наредбама председника САД или одлукама министарства финансија или других државних органа. У задњој деценији „црна листа“ лица, према којима су примењене такве санкције од стране САД, Велике Британије и Северне Ирске, постаје у глобалним размерама све шира, укључујући одређени број појединаца из држава Западног Балкана.

За разлику од примене рестриктивних мера примењених од стране Савета безбедности УН или ЕУ, које се односе на различита ембарга, трговинске забране и сличне мере и које спроводи свака држава без поступка признавања, јер се сматра да је учествовала у њиховом доношењу, или као кандидат за чланство у ЕУ прихвата све њене акте таквог типа, ефекат примене рестриктивних мера донесених на основу *Magnitsky* закона зависи од националног законодавства, али још више од праксе надлежних институција казнене правде. У основи, стављање неког лица на „црну листу“ има значај својевидног притиска на домаће институције (полиција, јавно тужилаштво, суд), да покрену одговарајуће поступке, као што је тражење путем инструмената међународне казненоправне помоћи података ради покретања

23 T. Firestone, K. Contini, „The Global Magnitsky Act“, *Crim Law Forum* 29, 2018, 617.

24 Видети: *Worldwide Global Magnitsky Act Legislation*, Australia • Canada • Estonia • European Union Gibraltar • Jersey • Latvia • Lithuania United Kingdom, No. 2022, The Law Library of Congress, 2022.

кривичног или прекршајног поступка, или ажурирање већ покренутих поступака пред домаћим државним органима. Међутим, македонска влада је својим предлогом за измену Закона о рестриктивним мерама из 2017. године, који уређује поступак за примену санкција утврђених од стране међународних организација, покушала да изведе својевидни упад у национални систем казненог права путем предвиђања аналогног поступка примене унилатералних санкција изречених од стране државних органа САД, Велике Британије и Северне Ирске. При томе, предлог припремљен почетком ове године и већ достављен македонском Собрању, проширује обухват Закона о рестриктивним мерама, обухвативши основе за увођење рестриктивних мера не само за кршење људских права и значајну корупцију, већ и за организовани криминал, тероризам и „хибридне радње против државе“. О примени аката ових држава, одлучује влада, без икакве судске процедуре, тако да статус правоснажног акта еквивалентног домаћег добијају и акти извршне власти тих држава. Поред тога, ограничавање признавања и примене рестриктивних мера усвојених само од стране ових држава оставља без одговора питање шта је са применом „црних листа“, односно санкција, које могу да буду изречене на основу истих *Magnitsky* закона других држава (Канаде, Аустралије итд.). Листа уставноправних и казненоправних аргумената против оваквог упада у систем казненог права, изнесена у научним и стручним расправама, која је прилично опсежна, је сигурно имала свој ефекат, тако да је процедура усвајања предлога владе у македонском Собрању забављена, без велике сигурности да ли ће превладати ти аргументи, или арбитрарна воља главних актера у доношењу политичких одлука.

Казнено право будућности ће се сусретати са још тежим изазовима нове технолошке ере, којим треба да се прилагођава, и са све тежим покушајем да остане на својим базичним либералним принципима. На помолу је заостравање проблема нових форми криминала и њихова повезаност са коришћењем информатичке технологије. Они се не испољавају само кроз питања локализације дела извршених путем информатичког система, крађе података, коришћења вештачке интелигенције и робота као инструмената за извршавање тешких дела (убистава, агресивних ратова итд.; у ЕУ су у току интензивне припреме за регулисање вештачке интелигенције и са њом повезаних ризика), већ и суочавањем са тестом одрживости концепта казненог права заснованог на казненом делу, а не опасности учиниоца. Испитивања људске личности путем скенирања свих њених менталних и физичких функција, прогностичка генетска истраживања неуро-науке и других научних дисциплина отварају неслућени простор за развијање мера превенције и репресије, које без чврсте регулације инспирисане постулатом заштите људске личности могу да изроде казненоправне мере Орвеловског типа тоталне контроле личности. На оправданост таквих страховања упућује сазнање да се у поједина законодавства уводе пре-деликтне мере засноване на оцени и прогнози опасног стања појединаца, чиме из мрачне историје тоталитарног система казненог права (сетимо се Хитлера и Стаљина),

израња схватање о симптоматском појму казног дела и концепт казног дела заснованог на учиниоцу и његовој опасности. Све актуелније је у том контексту увођење вештачке интелигенције у систем полицијског и казног права (материјалног и процесног), са могућностима њеног коришћења у прогнозирању и откривању криминала, у обезбеђивању доказа и пресуђивању казних дела. Посебно је значајна употреба предиктивних технологија, које у појединим правним системима технолошки високо развијених земаља (САД, Канада и др.) већ почињу да се користе за примену полицијских превентивних мера као оруђе превентивне правде.<sup>25</sup> Однос превентивних мера и вештачке интелигенције могао би да обухвати оно што поједини аутори смарају „преласком друштва после злочина (*post-crime*), на друштво пре-злочина (*pre-crime*), у којем спречавање будућих злочина има предност над идентификовањем и привођењем правди починилаца већ извршених злочина“.<sup>26</sup> У којој мери би постојећи систем казне правде требало да се пребаци на систем који је оријентисан ка пре-злочину, је једно од централних питања дубоких системских промена политичке организације савременог друштва. Заједно са другим иновацијама (коришћење електронских доказа, доношење пресуда помоћу алгоритама итд.), ове промене налажу неодложну потребу стварања новог кохерентног казноправног оквира, у синергији са постулатом ефективне заштите људских права.

Једно од подручја где се распирује дебата о увођењу казноправних мера за радње које претходе криминалним активностима (*pre-crimes*) је тренд интеграције националне безбедности у систем казног права у спречавању тероризма, стварањем новог оквира репресије претходних радњи (*pre-crime*), који комбинује елементе и мере националне безбедности и казноправне мере.<sup>27</sup> Концепт „претходећег дела“ (*pre-crime*) имплицира принудне мере ограничавања права, или проширивање домашаја казноправних забрана на неке колективне активности или удружења (на пример, забрана невладиних организација), за која се сматра да претходе припремању или вршењу терористичких аката, само на основу сумње легитимисане превентивним циљем, без основа за конкретну оптужбу, кривично гоњење или осуде за учињено дело. То доводи до бројних тензија, од којих је кључан сукоб принципа легалитета и рационалне казноправне репресије, као и идеала непристрасности судства и казног поступка, и политички импрегнираног концепта националне безбедности. Пошто систем казног права већ укључује претходне кажњиве радње, као што су кажњиво припремање, покушај или стварање злочиначког удружења, заступници ове концепције истићу да концепт „пре-злочина“ само проширује његову превентивну

25 Michael Purcell, Mathew Zaia, „Prediction, Prevention and Proof: Artificial Intelligence and Peace Bonds in Canada”, *The Canadian Bar Review*, Vol. 98, 2020, 531.

26 Lucia Zedner, *Pre-Crime and Post-Criminology? Theoretical Criminology* 11(2), 2007, 261.

27 Jude McCulloch, Sharon Pickering, „Pre-crime and Counter-Terrorism: Imagining Future Crime in the ‘War on Terror’”, *The British Journal of Criminology*, 5/2009, 628.

оријентацију. То је веома спорна теза, јер напуштање рестриктивног приступа у односу на кажњавање претходних радњи (тако и припремних радњи), може да ескалира готово до границе кажњавања и за саме мисли или намере за извршавање злочина.

Нешто слично томе представља најновији предлог канадске либералне владе, која је на почетку ове године представила парламенту Предлог закона С-63 о штетним радњама и говором мржње на интернету.<sup>28</sup> Закон, поред санкционисања инкриминација дечје порнографије и подстицања на геноцид, тероризам и насилна дела из мржње, омогућава свакоме да уз сагласност државног тужиоца „пружи информације судији покрајинског суда, ако има разуман разлог да страхује да ће неко друго лице починити казнено дело”. У том случају, судија може да изда наредбу, којом налаже осумњиченом лицу да чува мир и да се правилно понаша током одређеног временског периода, или да одреди мере лишавања слободе, укључујући кућни притвор и електронски надзор, ако постоји страховање да би то лице могло учинити злочин из мржње.

Ови примери, који индицирају све бројнија одступања казног права од његових либералних принципа, упозоравају на неодложно отварање крајње озбиљне расправе о његовој будућности, усредсређеној у првом реду на могућност оптималног растезања његовог класичног либералног оквира у сузбијању тешких форми криминала, не прелазећи линију заштите људских слобода и права.

## 5. ЗАКЉУЧАК

У време цивилизацијске кризе која ескалира према трећем светском рату, агресивни ратови и геноцид поново ступају на међународну сцену, без праве осуде услед све оштријег антагонизма и хипокризије великих држава и њихових геополитичких и геостратешких апсирација. Последица урушавања међународног поретка су глобални пад демократије и владавине права, свеопшта корупција и јачање глобалног популизма, партикуларизма и ауторитаризма. У контексту глобалних промена, са попуно неизвесним изгледима за стварање новог међународног поредка, који ће стабилизovati универзалне цивилизацијске вредности, МКП, доспевши до нивоа кодификације најтежих међународних злочина и високог степена хармонизације националних казненоправних система, из дана у дан губи свој значај „дисциплине криза“. Његова све дубља криза се очитује неутрализацијом сталног МКС, који насупротив *ad-hoc* међународних казненних судова, формираних да деле правду победника, треба да функционише као

28 Видети: Michael Taube, „Canada considers legislation to allow house arrest for prospective offenses”, *The Wall Street Journal*, 2024; Bill C-63 An Act to enact the Online Harms Act, First Session, Forty-fourth Parliament, First reading, February 26, 2024



инструментат универзалне правде и за победнике и за поражене. Из вртлога у којем запада свет, једина будућност за рехабилитацију МКП и МКС је успостављање мира и новог одрживог светског поретка, заснованог на демократским принципима и поштовању универзалног корпуса људских права.

Под утицајем глобалних фактора, кризе универзалног корпуса права и слабљења моћи држава да превазилазе унутрашње проивречности пада демократије, владавине права и јачања популизма, клептократије и ауторитаризма, савремено казнено право је суочено са кризом сопственог легитимитета као „*ultima ratio*“ у сузбијању криминала. Анализира казненоправних реформи, посебно у државама из нашег региона, води ка констатацији да је либерални казненоправни концепт заштите индивидуалних и друштвених вредности на принципима рационалног баланса између ефикасне заштите људских слобода и права и ограничене казненоправне репресије изложен незаустављивом напливу утилитаризма. Његово обуздавање није могуће без дубоких реформи националног политичког, економског и правног система, које ће борбу против криминала пренети са употребе казног права као јединог средства, на подручју функционисања политичке моћи и власти вођеног принципима демократске правне државе.

## ЛИТЕРАТУРА

- Bill C-63 An Act to enact the Online Harms Act, First Session, Forty-fourth Parliament, First reading, February 26. 2024
- Bill Bowring, *The Degradation of the International Legal Order? The Rehabilitation of Law and the Possibility of Politics*, Routledge-Cavendish, 2008.
- Butler P., „Foreword: Terrorism and Utilitarianism: Lessons from, and for, Criminal Law”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 1/2002
- Douzinas C., *A Review of Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism*, Routledge-Cavendish, Abingdon, 2007.
- Dubber Markus D., *The Crisis of the Modern Penal State (Introduction)*, In book: *The Dual Penal State: The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective*, Oxford University Press, 2018.
- Firestone T., Contini K., „The Global Magnitsky Act“, *Crim Law Forum* 29, 2018.
- Genocide Network Secretariat, Eurojust, *Prosecution of Sanctions (Restrictive Measures) Violations in National Jurisdictions: A Comparative Analysis*, The Hague, 2021.
- Ilić B., Prača N., Kolarski I., „Економско-политички аспект новог светског поретка“, *Oditor*, 3/2016
- Jacobs G., „Burgerstrafrecht und Feindstrafrecht“, *Ritsumeikan Law Review*, 21/2004
- Josef K., „The Internationalization of Conflicts: Theoretical Background, Conceptualization, and Contemporary Middle East Region“, *Vojenské rozhledy*, 26(5), 2017.

- Langlois A. J., „Human Rights in Crisis? A Critical Polemic Against Polemical Critics”, *Journal of Human Rights*, 2012.
- Levin B., „Criminal Law in Crisis”, *University of Colorado Law Review Forum*, 1/2020.
- McCulloch J., Pickering S., „Pre-crime and Counter-Terrorism: Imagining Future Crime in the ‘War on Terror’”, *The British Journal of Criminology*, 5/2009
- Džeremi Mekbrajd, *Ljudska prava u krivičnom postupku*, Praksa Evropskog suda za ljudska prava, Beograd, 2009.
- Joseph Powderly, „International criminal justice in an age of perpetual crisis”, *Leiden Journal of International Law*, 1/2019.
- Purcell M., Zaia M., „Prediction, Prevention and Proof: Artificial Intelligence and Peace Bonds in Canada”, *The Canadian Bar Review*, Vol. 98, 2020.
- Robinson D., „The Identity Crisis of International Criminal Law”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, 2010.
- Starr S., „Extraordinary Crimes at Ordinary Times: International Justice Beyond Crisis Situations”, *Northwestern University Law Review*, 101, 2007.
- Стојановић З., *Полиција сузбијања криминалитета*, 3 измењено издање, Београд, 2023.
- Шуловић В., *Значење концепција безбедности и теорија секуритизације*, [e-book], Београдски центар за безбедносну политику, Београд, 2010.
- Taube M., „Canada considers legislation to allow house arrest for prospective offenses”, *The Wall Street Journal*, 2024; Bill C-63 An Act to enact the Online Harms Act, First Session, Forty-fourth Parliament, First reading, February 26, 2024.
- Тепшић Г., Вукелић М., „Kulturno nasilje kao proces dugog trajanja: od kolonijalizma do humanitarizma”, *Politička misao*, 1/2019.
- Transparency International Corruption Perceptions Index 2023.
- Vasuki N., „‘A Mad and Melancholy Record’”: The Crisis of International Law Histories”, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 2/2021
- Worldwide Global Magnitsky Act Legislation*, Australia • Canada • Estonia • European Union Gibraltar • Jersey • Latvia • Lithuania United Kingdom, No. 2022, The Law Library of Congress, 2022.
- Zedner L., *Pre-Crime and Post-Criminology? Theoretical Criminology* 11(2), 2007.
- Zissimos B., „The End of the End of History: A Political-Economy Perspective Forum”, *Intereconomics*, 6/2022.

**Academician Vlado Kambovski, PhD\***

## WHERE ARE INTERNATIONAL AND NATIONAL CRIMINAL LAW GOING?

### Summary

*At the time of the civilizational crisis that is escalating towards the third world war, aggressive wars and genocide are entering the international scene again, without real condemnation due to the increasingly sharp antagonism and hypocrisy of the big states and their geopolitical and geo-strategic aspirations. The consequence of the collapse of the international order is the global decline of democracy and the erosion of human rights, general corruption and the strengthening of global populism, particularism and authoritarianism. In the context of global changes, with completely uncertain prospects for the creation of a new international order, which will stabilize universal civilizational values, the international criminal law, having reached the level of codification of the most serious international crimes and a high degree of harmonization of national criminal justice systems, is losing its importance as a "crisis discipline" day by day. Its deepening crisis is manifested by the neutralization of the permanent ICC, which, in contrast to ad-hoc international criminal courts, formed to dispense justice to the victors, should function as an instrument of universal justice for both the victors and the vanquished. From the vortex in which the world is falling, the only future for the rehabilitation of international criminal law and the ICC is the establishment of peace and a new sustainable world order, based on democratic principles and respect for the universal body of human rights.*

*Under the influence of global factors, the crisis of the universal human rights and the weakening of the power of states to overcome the internal problems of the decline of democracy, the rule of law and the strengthening of populism, kleptocracy and authoritarianism, modern criminal law is faced with a crisis of its own legitimacy as an "ultima ratio" in combating crime. Analyzing criminal law reforms, especially in countries from our region, leads to the conclusion that the liberal criminal law concept of protection of individual and social values based on the principles of a rational balance between effective protection of human freedoms and rights and limited criminal law repression is exposed to an unstoppable surge of utilitarianism. Its containment is not possible without deep reforms of the national political, economic and legal system, which will transfer the fight against crime from the use of criminal law as the only means, to the area of functioning of political power and authority guided by the principles of the democratic rule of law.*

**Keywords: international criminal law, human rights, criminal law, democracy, rule of law.**

---

\* Member of the Macedonian Academy of Sciences and Arts and Full Professor at the Faculty of Law, University of Skopje, retired, [vladok@manu.edu.mk](mailto:vladok@manu.edu.mk).



## ODNOS MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG PRAVA I NACIONALNOG KRIVIČNOG PRAVA REPUBLIKE SLOVENIJE

*Apstrakt: Autor razmatra odnos međunarodnog krivičnog i nacionalnog krivičnog prava Republike Slovenije. Taj odnos je stalno prisutno pitanje u teoriji i praksi međunarodnog i ustavnog prava. Slovenačko pravo priznaje nadmoćnost međunarodnog prava nad nacionalnim zakonima i podzakonskim aktima, ali štiti takođe i prednost Ustava pred međunarodnim pravom.*

*Najveći problem u odnosima između međunarodnog prava i nacionalnog krivičnog prava predstavlja običajno međunarodno pravo. Međunarodno pravo smatra običajno pravo izuzetno važnim izvorom, dok nacionalno krivično pravo izričito zabranjuje upotrebu običajnog prava zbog načela zakonitosti. U Sloveniji je načelo zakonitosti u krivičnom postupku izričito zapisano i u 28. članu Ustava.*

*Autor smatra, da je Slovenija usvajanjem Zakona o saradnji Republike Slovenije sa Međunarodnim krivičnim sudom za bivšu Jugoslaviju i Međunarodnim krivičnim sudom za Ruandu ratificirala dokumente međunarodnog prava koji su u suprotnosti s 28.članom Ustava Republike Slovenije. Slična konstatacija važi i za Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda.*

*Takvu suprotnost moguće je prevazići samo na dva načina – raskidanjem ugovora ili izmenom Ustava. Kako će zakonodavac odlučiti, autor ne može predvideti.*

**Ključne reči: Slovenija, međunarodno krivično pravo, nacionalno krivično pravo, običajno pravo, Ustav Republike Slovenije.**

Pre nego što počnemo raspravu o odnosu međunarodnog krivičnog prava i nacionalnog krivičnog prava, imalo bi smisla da se upoznamo sa definicijama pojmova međunarodno pravo, međunarodno krivično pravo i nacionalno krivično pravo.

---

\* Redovni profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta u Ljubljani, Slovenija, Vid.Jakulin@pf.uni-lj.si.

*Међународно право* може се одредити као »систем правних принципа и норми, којима се одређују права и обавезе субјеката међународног права, тако што се тиће њихових међусобних односа као и односа у међународној заједници. Државе као први и најважнији субјекти играју одлучујућу улогу у формирању и примени принципа и норми међународног права као и у њиховом санкционирању. Развојем система међународног права све више се шири обим оних норми, које непосредно уређују права и одговорности човека као појединца.«<sup>1</sup>

*Међународно кривично право* је »нова самостална правна дисциплина коју чине кривичноправни видци међународног права и међународноправни видци националног и општег кривичног права.«<sup>2</sup>

*Национално кривично право* је правна грана, »која одређује каква дела су кажњива, које санкције се могу изрицати учиниоцима кривичних дела, одређује услове за њихово изрицање и поступак претресања учинилаца кривичних дела.«<sup>3</sup>

Упркос таквом одређењу међународног права постоји озбиљна сумња, да ли је међународно право заиста право (које делује и које представља ефикасан правни систем). Загребачки професор др. Јурај Андраси тврди: »Међународно право је право.«<sup>4</sup> Колико више покушава оправдати ову тезу, то је јасније, да међународно право може бити било шта, али никако није дејствујући и ефикасан правни систем. Професор Андраси чак и сам признаје да је међународно право у односу на национално право на нижој развојној разини. Његова главна лоша страна је, да уређује дејствовање суверених држава, што значи, да се његови прописи односе на субјекте који сами располажу силом и да над тим субјектима не бди организована моћ неке заједнице.<sup>5</sup> Мada је истина, да међународно право све више шири обим норми које непосредно уређују права и одговорности човека као појединца, ипак успостављање одговорности појединца увек зависи од воље и моћи држава. До данашњег дана још није био изведен пред међународни суд ниједан вођа неке моћне и велике државе.

Пракса је показала да велике и моћне државе упркос правилима међународног права могу радити практично све што год им се хоће. То могу себи да дозволе и мање државе, ако их подупиру и штите веlesиле (нпр. Израел). Тако рећи сваки дан пратимо у средствима јавног обавештавања (медиијима) очигледна и тежка кршења међународног права (нпр. догађаји у Гази). Осим позива згрожене свetsке јавности да се мора насилје прекинати, не догађа се сасвим ништа. Право, које на најтежа кршења не одговара никаквим санкцијama, на жалост, није право. Већ више деценија пратимо насељавање Израелца на освојеном Западном брегу, мada је неколико резолуција Генералне скупштине Удружених нација описало даљу окупацију Палестине као незакониту.<sup>6</sup>

1 D. Türk, *Temelji mednarodnega prava*, 2. pregledana in dopolnjena izdaja, Lexpera, GV Založba, Ljubljana, 2018, 19.

2 L. Bavcon, »Pojem, razvoj in teorija mednarodnega kazenskega prava«, *Mednarodno Kazensko pravo* (ur. Ambrož, M. et al.), Uradni list Republike Slovenije, 2012, 25–34

3 Filipič, K., »Kazensko pravo«, *Pravni terminološki slovar* (ur. G. Dugar), geslo, ZRC, 2018, 130.

4 J. Andrassy, *Međunarodno pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1978, 2.

5 *Ibid.*, 8–13.

6 R. Wilde (2021), »Using the Master's Tools to Dismantle the Master's House: International Law and Palestinian Liberation«. *The Palestine Yearbook of International Law*

Međunarodni sud je 2004. godine u svetodavnom, neobavezujućem mišljenju ustanovio da je Svet bezbednosti opisao izraelsku politiku i praksu naseljavanja jednog dela svog stanovništva i novo doseljavanje na zauzete teritorije kao »očigledno kršenje« četvrte Ženevske konvencije. Sud je takođe zaključio da su bila izraelska naselja na zauzetom palestinskom teritoriju (uključujući istočni Jerusalem) uspostavljena »u suprotnosti s međunarodnim pravom« i da su sve države, potpisnice Ženevske konvencije, dužne garantovati da će Izrael poštovati međunarodno pravo prema sadržaju te konvencije.<sup>7</sup> U mesecu maju 2012. 27 ministara vanjskih poslova Evropske unije objavilo je izveštaj, u kojem su osudili politiku države Izrael na Zapadnom bregu i ustanovili, da su naseljavanja na Zapadnom bregu nezakonita: » Prema međunarodnom pravu su naselja i dalje nezakonita bez obzira na nedavne odluke izraelske vlade. Evropska unija ponavlja, da neće priznati nikakve izmene granica ispred 1967. godine, uključujući i Jerusalem, osim onih (granica) o kojima se obe strane dogovore.«<sup>8</sup>

Mada je većina država zauzela stav da se radi o očiglednim i teškim kršenjima međunarodnog prava, ne menja se ništa i doseljavanje Izraelaca na zauzete teritorije nesmetano se nastavlja. Međunarodno pravo je tu sasvim bez moći i bez ikakvog efekta.

Velesile (kao što su Kina, Ruska federacija, SAD) nisu ratificirale Rimski statut stalnog Međunarodnog krivičnog suda, zato za te zemlje ne važi jurisdikcija međunarodnog suda. Osim toga, SAD sklapa (iznudi) sa svakom državom, u kojoj se nalaze njene naoružane snage, dogovor o tome, da pripadnici njihovih naoruženih snaga uživaju imunitet od krivičnog gonjenja. I više od toga, velesile imaju pravo na veto i mogu u Savetu bezbednosti sprečiti usvajanje svake odluke koja bi zadirala u njihove interese.

Činjenica da velike i moćne države mogu bez kažnjavanja postupati kako god im se hoće, dokazuje da u svetu vlada »pravo jačeg« (zakon džungle), a to je potpuna negacija prava kao civilizacijskog dostignuća. Poenta prava kao civilizacijskog dostignuća je, da obavezuje sve subjekte na isti način i važi za sve jednako, što znači da mu se moraju pokoravati i najjači subjekti.

Posebno problematično je to, da se neko delo ne opredeljuje kao takvo, već zavisno od toga, ko ga učini. Kada su 1999. SAD u okviru saveza NATO krenule s vazдушnim i raketnim napadima na SR Jugoslaviju (Operation Allied Force), tvrdilo se, da je to operacija koja treba da spreči humanitarnu katastrofu na Kosovu. A cilj je u stvari bio da ta operacija prinudi organe bezbednosti SR Jugoslavije da se povuku s Kosova. Taj cilj bio je posle 79 dana bombardovanja

---

Online. 22 (1): 26. doi:10.1163/22116141\_022010\_002. S2CID 245698763, poslednji pristup 15. 4. 2024.

7 "Legal Consequence of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory" Arhivirano 2008-04-30 na Wayback Machine.. Icj-cij.org. Retrieved on 2012-01-15, poslednji pristup 15. 4. 2024.

8 *Haaretz*, 14 May 2012, "EU: Israel's Policies in the West Bank Endanger Two-State Solution," <http://www.haaretz.com/news/diplomacy-defense/eu-israel-s-policies-in-the-west-bank-endanger-two-state-solution-1.430421>, poslednji pristup 15. 4. 2024.

(upotrebljen je bio i osiromašen uranijum) i raketiranja postignut. Činjenica, da je bio napad na SR Jugoslaviju agresija, koja je dovela do masovnog egzodusa Srba s Kosova i do odcepljenja jednog dela teritorije suverene evropske države, očigledno nije smetala većini zapadnoevropskih država, koje su priznale Kosovo kao nezavisnu državu ubrzo posle jednostranog proglašenja nezavisnosti od Srbije. Danas te države bezobzirno ucenjuju Republiku Srbiju da prizna Kosovo, ako želi da postane članica Evropske unije. Izopačeno.

Nešto sasvim drugo desilo se kada je Ruska federacija započela sa vojničkom operacijom za zaštitu ruskog življa u Ukrajini. Operacija je od samog početka proglašena kao rat i agresija protiv Ukrajine. Brojne države uvele su privredne sankcije protiv Ruske federacije, protiv ruskih pojedinaca i preduzeća. Danas Ukrajinu podupiru velikim finansijskim sredstvima i oružjem SAD, Evropska unija i savez NATO. Mogu se čuti čak i ideje, da bi se moglo u Ukrajinu slati i vojnike (francuski predsednik Macron). Zanimljivo je, da zapadne države, koje sada tako oduševljeno podupiru Ukrajinu, nisu pomislile da pomognu napadnutoj SR Jugoslaviji, nego su u okviru NATO pakta i same surađivale u agresiji na tu zemlju.

Pravo, koje opredeljuje dela na osnovu političkih kriterija i ne na osnovu događaja kao takvih, na žalost, nije pravo nego je to u čudne pravničke/sudijske toge zamaskirana politika.

Sasvim politično je takođe i opredeljenje odnosno ocena ratne operacije Oluja u Hrvatskoj. Operaciju su u periodu od 4. do 7. avgusta sprovele hrvatska vojska i policija. Rezultat te operacije je uništenje samozvane Srpske republike Krajine i egzodus srpskog stanovništva iz Hrvatske. U Hrvatskoj ovu akciju većinom ocenjuju kao brilijantnu pobeđu, jer su hrvatske snage za samo nekoliko dana ponovo uspostavile kontrolu nad od prilike petinom državnog teritorija.<sup>9</sup> Hrvatski predsednik vlade, Plenković, smatra da je pobednička operacije Oluja temelj savremene hrvatske države.<sup>10</sup>

Nasuprot tome, u Srbiji većinom smatraju, da ta operacija predstavlja »etničko čišćenje« i »najveći egzodus Srba iz Hrvatske«. Mada se podaci o broju Srba koji su napustili Hrvatsku uveliko razlikuju (od 90.000 po hrvatskim podacima do 250.000 po srpskim podacima),<sup>11</sup> veliki broj Srba koji su bili prinuđeni da napuste Hrvatsku, ukazuje da se radilo o etničkom čišćenju. Etničko čišćenje pod određenim uslovima može se smatrati jednim od izvršnih oblika genocida. Koliko je meni poznato, p red Međunarodnim krivičnim sudom za bivšu Jugoslaviju nije optuženo ni jedno lice zbog etničkog čišćenja Srba u Hrvatskoj.

Politika je, na žalost, uveliko uticala i na suđenje pojedincima ispred Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju u Haagu. Statistika pokazuje da je pred tim sudom optuženo 161 lice, a osuđeno 90 lica.

9 <https://www.rtv slo.si/svet/tudi-po-15-letih-se-nevihta-se-ni-umirila/236205>, poslednji pristup 25.3.2024.

10 <https://www.24ur.com/novice/tujina/operacija-nevihta.htm>, poslednji pristup 25.3.2024.

11 <https://www.rtv slo.si/svet/tudi-po-15-letih-se-nevihta-se-ni-umirila/236205>, poslednji pristup 25.3.2024.



Prilikom osnivanja suda već su se čula prebacivanja da je sud političan. U statutu doduše piše da je sud nezavisan, ali politici se nije moglo izbeći, jer je sud ovisio od ravnoteže moći u međunarodnim odnosima kao i od spremnosti država na saradnju, iako ih je statut suda tome zavezivao. Nijedna strana nije bila sasvim zadovoljna sudom. Pripisivale su mu političnost i pristrasnost. Beograd i Banja Luka su ispostavljali da je 70 posto osuđenika Srba i da su samo Srbi bili osuđivani na najvišu kaznu, doživotno oduzimanje slobode. Zagreb i bosanski Hrvati upozoravali su da nije bio niko osuđen za opsadu Vukovara, i da Mladić nije odgovarao za zločine u Hrvatskoj niti za genocid nad Hrvatima u BiH. Za opsadu Dubrovnika bila su osuđena samo dva lica. Bošnjačke žrtve i političari pokazali su najviše poštovanja prema sudu, mada smatraju da sud nije dovoljno učinio. Kritični su do toga da nije utvrdio genocid 1992. godine i nije jasno opredelio ulogu Srbije u ratu, navodi Balkaninsight.<sup>12</sup>

Slovenac Marjan Pogačnik, koji je vršio funkciju tužioca i sudije u sudu za ratne zločine BiH rekao je, da se postavljalo pitanje, koliko je sud osudio Srba, koliko Bošnjaka i koliko Hrvata. To pitanje se postavljalo dosta puta. Ovu vrstu evidencije nije vodilo ni tužilaštvo a ni sud. Sud nije imao uticaja na to, koga će tužilaštvo optužiti i kakve će dokaze predložiti. Ali je činjenica da se stalno suočavalo s prebacivanjima, posebno sa srpske strane, da je sud BiH - sud protiv Srba. Ti pritisci postojali su i još uvek postoje. Isto tako činjenica je, da je bilo među osuđenima pred tim sudom najviše pripadnika srpske narodnosti. Pogačnik je priznao da je i on sam, kada je došao u Sarajevo, imao o ratnim događajima vrlo pojednostavljeno mišljenje. U smislu, Srbi su napali BiH i Sarajevo i pri tome činili teške zločine. Pripadnici BiH su se, suprotno tome, borili za dobru i poštnu stvar. Ova teza pravilna je samo delimično. Činjenica je da su se zločini događali na obe strane. Najviše zločina – što se broja tiče – pada na teret pripadnika srpskog naroda. Ali opet, nikako nije tačno, da je bilo na drugoj strani sve čisto.<sup>13</sup>

Činjenica da je većina osuđenih pred Međunarodnim krivičnim sudom za bivšu Jugoslaviju i pred sudom za ratne zločine BiH srpske narodnosti, budi sumnju, da su optuženi odabrani po političnom kriterijumu, što samo po sebi izaziva dvoumljenje u nepristrasnost sudova (pripadnicima suprotne strane, ako su i bili optuženi, često je izrečena oslobađajuća presuda). Međunarodno pravo ima još jednu jako slabu stranu. Međunarodni ugovori predstavljaju najniži zajednički standard koji je još prihvatljiv za najveći broj država. To upućuje na konstataciju, da međunarodno pravo ne treba smatrati uzorom prilikom uređivanja nacionalnih zakonodavstava, koja za uređenje izvesnih pitanja uvažavaju standarde na daleko višoj razini.

Nalazi u vezi međunarodnog prava važe i za međunarodno krivično pravo koje je deo međunarodnog prava.

12 <https://www.iusinfo.si/medijsko-sredisce/dnevne-novice/210791>, poslednji pristup 27.3.2024

13 [https://www.zurnal24.si/svet/taksnih-pobijan-j-obicajen-clovek-ne-more-doumeti-199760#google\\_vignette](https://www.zurnal24.si/svet/taksnih-pobijan-j-obicajen-clovek-ne-more-doumeti-199760#google_vignette), poslednji pristup 27. 3. 2024.

## 1. ODNOS MEĐUNARODNOG PRAVA, KOJE OBAVEZUJE REPUBLIKU SLOVENIJU, I NJENOG UNUTRAŠNJEG PRAVA

Odnos između međunarodnog prava, koje obavezuje Republiku Sloveniju, in njenog unutrašnjeg prava uređuje 8. član Ustava Republike Slovenije.<sup>14</sup> Osmi član Ustava RS određuje: »Zakoni i drugi propisi moraju biti usaglašeni sa opšte važećim načelima međunarodnog prava i međunarodnim ugovorima koji obavezuju Sloveniju. Ratificirani i objavljeni međunarodni ugovori upotrebljavaju se neposredno.«

Odnos između međunarodnog i unutrašnjeg prava od vjkada je problem u teoriji i praksi međunarodnog i ustavnog prava. Svaka država, bez obzira na njeno unutrašnje pravo, dužna je da garantuje poštovanje međunarodnog prava. Kako postignuti realizaciju te obaveze po međunarodnom pravu, pitanje je s kojim se suočava svaka država u saglasnosti sa svojim ustavnim uređenjem.

Osnovna polazna tačka slovenačkog ustavnog uređenja jeste, da su međunarodno i unutrašnje pravo odvojeni, paralelno postojeći pravni sistemi. To znači, da Republika Slovenija prihvata dualističko gledanje kao i većina država s ustavnom demokratijom. Odredba, da se ratificirani i objavljeni međunarodni ugovori upotrebljavaju neposredno, znači, da takvi međunarodni ugovori ratifikacijom postaju deo slovenačkog unutrašnjeg prava i da se ne moraju uključivati u zakone Republike Slovenije. Pojam »neposredno« znači, da je za prenos obaveza međunarodnog ugovora u slovenački pravni sistem dovoljna i sama ratifikacija. U slučaju da su odredbe međunarodnih ugovora neposredno primenljive (što po pravilu važi za međunarodne ugovore s područja ljudskih prava), te odredbe neposredno obavezuju sve organe države i predstavljaju neposredan izvor prava i obaveza, koje fizičkim i pravnim licima određuje međunarodni ugovor. U slučaju da odredbe međunarodnog ugovora nisu neposredno upotrebljive, ratifikacija međunarodnog ugovora predstavlja obavezu za državu, da unutrašnjim propisima prenese odredbe ugovora u slovenački unutrašnji pravni red. Direktnost primene važi tako za dvostrane kao i za višestране ratificirane međunarodne ugovore, ako su postigli dovoljan broj ratifikacija i već su stupili na snagu. Međunarodni ugovori, koje je ratificirao Državni zbor, u saglasnosti sa 8. članom i drugim stavom 153. člana Ustava Republike Slovenije po hierarhiji su iznad zakona. Sva pitanja u vezi ratificiranog međunarodnog ugovora rešavaju se skladno s odredbama Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora ili po međunarodnom običajnom pravu. Ustavni sud Republike Slovenije ne rasuđuje o pitanjima samog međunarodnog ugovora i o njegovoj usaglašenosti s međunarodnim pravom. Odlučuje samo o njegovoj usaglašenosti s ustavom (u postupku tako zvane prethodne ocene ustavnosti prema 2. stavu 160. člana Ustava Republike Slovenije). U saglasnosti s prvim stavom 160. člana Ustava Republike Slovenije

14 *Uradni list RS št.: 33/91I, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 69/04, 69/04, 68/06, 47/13, 47/13, 75/16 in 92/21.*

Ustavni sud odlučuje o usaglašenosti zakona i drugih propisa sa ratificiranim međunarodnim ugovorima i s opštim načelima međunarodnog prava.

Pored 8. člana Ustava Republike Slovenije za uređenje odnosa između međunarodnog i unutrašnjeg prava od značaja je i 2. stav 153. člana, koji uređuje usaglašenost zakona i drugih propisa s međunarodnim ugovorima, i 160. član Ustava koji određuje nadležnost Ustavnog suda Republike Slovenije za ocenu saglasnosti zakona i drugih propisa s međunarodnim ugovorima i opštim principima međunarodnog prava. Ustav Republike Slovenije je na osnovu 8. člana tog akta po hierarhiji nad međunarodnim pravom. Međunarodno pravo (ugovorno ili običajno), koje nije u saglasnosti s Ustavom Republike Slovenije, ne sme se primenjivati, jer bi to bilo protivustavno. Međunarodno pravo, koje se suprotstavlja Ustavu Republike Slovenije ili nije s njim usaglašeno, je protivustavno i bez pravnih efekata.

Kako bi izbegli situaciju, da bi se Republika Slovenija međunarodnim ugovorom obavezala nečemu, što bi bilo u suprotnosti s njenim Ustavom, 2. stav 160. člana Ustava Republike Slovenije predviđa mogućnost predhodne ustavne ocene međunarodnog ugovora pre nego što se izvede postupak ratifikacije. Predhodno mnjenje Ustavnog suda je zavezujuće za zakonodavaca. Na osnovu druge alineje 1. stava 160. člana Ustava Ustavni sud ocenjuje »saglasnost zakona i drugih propisa s ratificiranim međunarodnim ugovorima i opštim principima međunarodnog prava«. U tom slučaju ne radi se o predhodnoj oceni, nego se radi o oceni saglasnosti važećih zakona sa međunarodnim pravom, koje obavezuje Republiku Sloveniju. Ako se ustanovi nesaglasnost, zahteva se usklađivanje unutrašnjeg pravnog reda.

Prema 160. članu Ustava, Ustavni sud ocenjuje i usklađenost zakona sa »opštim principima međunarodnog prava«. Nema sumnje, da može biti utvrđivanje usaglašenosti zakona s međunarodnim običajnim pravom i opštim pravnim načelima vrlo zahtevno. Utvrđivanje postojanja međunarodnog običajnog prava i opštih pravnih principa zahteva utvrđivanje postojeće opšte prihvaćene prakse u državama, uz istovremeno postojanje pravne svesti (*opinio iuris*), da je upravo takvo postupanje u saglasnosti s međunarodnim pravom. Specijalnost predstavlja utvrđivanje, koliko neki međunarodni instrument, koji formalno nije međunarodni ugovor, po svom sadržaju već odražava praksu država i odgovarajući *opinio iuris* i da se radi o obavezujućem međunarodnom običajnom pravu.<sup>15</sup>

U vezi s 8. članom Ustava Republike Slovenije postoji opširna ustavna sudska praksa.<sup>16</sup> Praksa se odnosila pre svega na ocenu hierarhije između unutrašnjih

15 E. Petrič, M. Avbelj (ur.), *Komentar Ustave Republike Slovenije, Del 2: Državna ureditev*, Nova Univerza, Evropska pravna fakulteta, Ljubljana, 2018, 81–85.

16 Vidi npr. sledeće odluke Ustavnog suda Republike Slovenije: U-I-90/91; U-I-53/93, Ur. l. 21/95; U-I-77/93, Ur. l. 43/95; U-I-6/93, Ur. l. 23/94; U-I-154/93, Ur. l. 35/94; U-I-193/93, Ur. l. 35/94; U-I-24/94, Ur. l. 15/95; U-I-67/94, Ur. l. 24/96; U-I-174/94, Ur. l. 73/98; U-I-57/95, Ur. l. 13/98; Up-74/95; U-I-103/95, Ur. l. 64/96; Up-123/95; Up-127/95; Up-155/95; Up-43/96; U-I-94/96, Ur. l. 77/98; U-I-247/96, Ur. l. 76/98; U-I-248/96, Ur. l. 76/98; U-I-249/96, Ur. l. 29/98; U-I-330/96, Ur. l. 39/97; U-I-391/96, Ur.

i међународних правних аката. Уставни суд више пута је потврдио, да ратифицирани и објављени међународни уговори, који обавезују Републику Словенију, и опште важећи принципи међународног права имају предност пред свим подуставним нормама домаћег права, а Устав Републике Словеније има надмоћност над међународним правом. Упркос обимној уставно судској пракси постоји неколико питања на која уставни суд до данас још није одговорио. Ту иступа проблем несагласности Устава Републике Словеније са међународним обичајним правом или општим начелима међународног права као и проблем уставности привремене употребе међународног уговора пре његове ратификације.<sup>17</sup>

## 2. ODNOS MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG PRAVA I NACIONALNOG KRIVIČNOG PRAVA

Za slovenačko krivično zakonodavstvo može se reći da je bilo i da može još uvek da služi kao primer drugim državama što se tiče poštovanja međunarodnog krivičnog prava. U Krivični zakonik KZ-1<sup>18</sup> uključena su praktično sva krivična dela koja su na bilo koji način inkriminirana u međunarodnom pravu. To se odnosi pre svega na najteža krivična dela, kao što su genocid, ratni zločini i zločini protiv čovečanstva. U glavi krivičnih dela protiv čovečanstva nalaze se i neka druga krivična dela, koja nije bilo moguće, obzirom na njihov sadržaj, uključiti u neku drugu glavu (npr. porobljavanje – 112. član, trgovina ljudima – 113. član). Takođe i u nekim drugim glavama nalaze se, obzirom na sadržinu, pojedina krivična dela iz međunarodnog prava (npr. otmica broda ili vazduhoplova – 329. član i napad na bezbednost vazdušnog saobraćaja – član 330, koji su uključeni u glavu krivičnih dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja).

Za materijalno krivično pravo važi jedna specijalnost, koju treba objasniti. Mada drugi stav 8. člana Ustava Republike Slovenije određuje da se ratificirani i objavljeni međunarodni ugovori primenjuju neposredno, to se ne odnosi na odredbe koje inkriminiraju neko delo, mada su zapisane u ratificiranom i objavljenom

1. 49/98; U-I-197/97; Rm-1/97, Ur. l. 40/97; U-I-49/98, Ur. l. 101/99; U-I-128/98; Up-140/98; Up-183/98; Up-13/99, Ur. l. 28/01; U-I-204/99, Ur. l. 3/03; U-I-238/99, Ur. l. 101/99; Up-87/00; U-I-245/00, Ur. l. 91/01; U-I-283/00, Ur. l. 79/01; U-I-312/00, Ur. l. 42/03; Rm-1/00, Ur. l. 43/01; U-I-92/01, Ur. l. 22/02; U-I-172/02; U-I-274/02; U-I-308/02, Ur. l. 51/04; U-I-376/02, Ur. l. 46/05; Rm-1/02, Ur. l. 118/03; U-I-60/03, Ur. l. 131/03; U-I-90/03, Ur. l. 131/04; Up-490/03; Up-555/03, Up-827/04, Ur. l. 78/06; Up-719/03, Ur. l. 30/06; U-I-111/04, Ur. l. 51/04; U-I-266/04, Ur. l. 118/06; Up-275/04; Up-545/05; Up-610/05, U-I-100/07; U-I-344/06, Ur. l. 113/08; Up-1378/06; Up-2226/06; U-I-278/07, Ur. l. 94/09; Up-1857/07, U-I-161/07, Ur. l. 105/09; Rm-1/09, Ur. l. 25/10; U-I-17/11, Ur. l. 87/12; U-II-1/12, U-II-2/12, Ur. l. 102/12.

17 E. Petrič, M. Avbelj, *op. cit.*, 87–89.

18 Kazenski zakonik (KZ-1), *Uradni list Republike Slovenije* št. 55/08; 66/08; 39/09 (KZ-1A); 91/11 (KZ-1B); 54/15 (KZ-1C); 38/16 (KZ-1D) in 27/17 (KZ-1E); 23/20 (KZ-1F); 91/20 (KZ-1G); 95/21 (KZ-1H); 186/21 (KZ-1I) in 16/23 (KZ-1J).

međunarodnom ugovoru. Takve odredbe treba uključiti u domaće pravo. Po pravilu odluke međunarodnog prava, koje inkriminiraju neko delo, ne određuju takođe i sankcije za to delo. To znači, da su takve norme nepotpune (*leges imperfectae*) i ne mogu se primenjivati neposredno. Takve odredbe moraju se opredeliti u domaćem krivičnom zakoniku u saglasnosti sa svim pravilima krivično-pravne struke. Krivično delo koje određuje međunarodni ugovor, mora biti u domaćem pravu formulisano jednako kao sva druga krivična dela. To znači da se moraju poštovati svi zahtevi načela zakonitosti, a posebno zahtev o određenosti dela u zakonu – *lex certa*. Navedeno se odnosi po pravilu samo na materijalno-pravne odredbe međunarodnog krivičnog prava. No, domaći krivični zakonik može se već prilikom opisivanja određenog krivičnog dela pozivati na međunarodno pravo. Takvom metodom u nekim slučajevima poslužuje se i KZ-1, kada se poziva na pravila međunarodnog prava (npr. član 107). U tumačenju i primeni takvih odredbi mora se uzeti u obzir međunarodne ugovore, na kojima baziraju inkriminacije u Rimskom statutu i domaćem krivičnom zakoniku.

Što se tiče krivičnopravnih odluka međunarodnog prava, koje su procesne, organizacijske ili izvršne prirode, organi otkrivanja, gonjenja i suđenja mogu ih primenjivati neposredno i mogu se na njih pozivati u svojim odlukama.

Ocena o visokom stepenu usaglašenosti s međunarodnim pravom odnosi se i na domaće krivično procesno pravo. U Zakonu o krivičnom postupku (ZKP)<sup>19</sup> pored opštih načela uspostavljene su i odredbe iz 9. i 14. člana Međunarodnog pakta o građanskim i političnim pravima, odredbe članova 5, 6 i 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima i delimično sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava.

Ocena usaglašenosti domaćeg prava sa međunarodnim pravom važi i za izvršavanje krivičnih sankcija. Slovenačko zakonodavstvo na tom području skoro u celini uvažava međunarodne standarde za postupanje s licima, kojima je oduzeta sloboda.

Na području organizacijskog krivičnog prava ukazalo se nekoliko problema posle 1991. godine kada je osnovan i počeo je sa svojim aktivnostima Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju. Slovenija je rešila te probleme usvajanjem Zakona o saradnji Republike Slovenije sa Međunarodnim krivičnim sudom za bivšu Jugoslaviju i Međunarodnim sudom za Ruandu.<sup>20</sup> Nakon ratifikacije Rimskog statuta Slovenija je usvojila poseban zakon o suradnji Republike Slovenije sa Međunarodnim krivičnim sudom.<sup>21</sup> Time je Slovenija postigla sve ono što Rimski statut zahteva od država podpisnica ugovora i odnosi se na međunarodnu suradnju, sudsku pomoć i izvršavanje krivičnih sankcija.<sup>22</sup> U postupku pridruživanja Slovenije Evropskoj uniji Državni zbor usvojio je Ustavni zakon,<sup>23</sup> kojim

19 Zakon o kazenskom postupku ZKP, Uradni list RS, št. 176/21 – uradno prečišćeno besedilo, 96/22 – odl. US, 2/23 – odl. US in 89/23 – odl. US.

20 Uradni list Republike Slovenije, št. 124/00.

21 Uradni list Republike Slovenije, št. 69/02.

22 L. Bavcon, *op. cit.*, 80–83.

23 Uradni list Republike Slovenije, št. 24/03.

je uveden novi član 3a<sup>24</sup> i izmenjen član 47 o prenosu prava.<sup>25</sup> Član 3a omogućava da Slovenija prenese izvršavanje jednog dela svojih suverenih prava na neku od međunarodnih organizacija, ako je ta organizacija osnovana na vrednostima demokratske pravne države. Taj član omogućio je Sloveniji da prenese svoju represivnu vlast u vezi agresije, genocida, zločina protiv čovečanstva i ratnih zločina na Skupštinu država, podpisnica ugovora Međunarodnog krivičnog suda, a pod određenim uslovima i svoju jurisdikciju za ta međunarodna krivična dela. Izmenjeni 47. član Ustava ne zabranjuje predaju slovenačkog građanina stranoj državi, ako je tako određeno u međunarodnom ugovoru.<sup>26</sup>

Najveći problem u odnosu međunarodnog i nacionalnog krivičnog prava predstavlja običajno međunarodno pravo, o čemu će biti govor u nastavku.

### 3. OBIČAJNO MEĐUNARODNO PRAVO I NACIONALNO KRIVIČNO PRAVO

Običajno međunarodno pravo je najstariji formalni izvor međunarodnog prava. Obzirom na to da još uvek nastaje, može se smatrati i savremenim izvorom međunarodnog prava.

Za formiranje norme običajnog međunarodnog prava moraju biti kumulativno ispunjena dva uslova: objektivni i subjektivni. Objektivni uslov zahteva proširenu međunarodnu praksu, a subjektivni zahteva pravnu svest (*opinio iuris sive necessitatis*) da su subjekti međunarodnog prava takvu praksu usvojili kao

24 Slovenija može međunarodnim ugovorom, koji je ratificiran u državnom zboru dvo-trećinskom većinom glasova svih poslanika, preneti izvršavanje jednog dela suverenih prava na međunarodne organizacije, koje su osnovane na poštovanju ljudskih prava in temeljnih sloboda, demokratiji i načelima pravne države, i stupi u obrambeni savez sa državama, koje su zasnovane na poštovanju tih vrednosti.

Pred ratifikacijom međunarodnog ugovora iz gornjeg stava državni zbor može raspisati referendum. Predlog je na referendumu usvojen, ako za njega glasa većina birača, koji su dali važeći glas. Državni zbor je vezan na rezultat referenduma. Ako je referendum bio izveden, obzirom na zakon o ratifikaciji takvog međunarodnog ugovora, referendum se ne sme raspisati.

Pravni akti i odluke, usvojeni u okviru međunarodnih organizacija, na koje Slovenija prenese izvršavanje jednog dela suverenih prava, u Sloveniji se upotrebljavaju u skladu s pravnim uređenjem tih organizacija.

U postupcima usvajanja pravnih akata i odluka u međunarodnim organizacijama, na koje Slovenija prenese izvršavanje jednog dela suverenih prava, vlada u toku obeštava državni zbor o predlozima takvih akata i odluka i o svojim aktivnostima. Državni zbor može o tome usvajati stavove, a vlada ih uzima u obzir pri svom delovanju. Odnose između državnog zbora i vlade iz tog stava detaljnije uređuje zakon, koji se usvaja dvo-trećinskom većinom glasova prisutnih poslanika.

25 Građan Slovenije ne sme biti uručen ili predat, osim ako obaveza predaje proizlazi iz međunarodnog ugovora, s kojim Slovenija u skladu s odredbom prvog stava 3.a člana prenosi izvršavanje jednog dela suverenih prava na međunarodnu organizaciju.

26 L. Bavcon, *op. cit.*, 83.

obavezivajuću. Problem primene običajnog međunarodnog prava je u tome da je teško ustanoviti sadržaj norme običajnog prava, koji obavezuje subjekte.<sup>27</sup>

Uprkos tome u teoriji međunarodnog prava prevladava stav da ima međunarodno običajno pravo nadmoćnost nad međunarodnim ugovornim pravom. U opravdanje tom stavu navode se dva argumenta. Međunarodno običajno pravo je u mnogim državama po ustavu deo unutrašnjeg prava, dok međunarodni ugovori postaju deo unutrašnjeg prava samo ako su ratificirani. Drugi argument je, da norme međunarodnog običajnog prava važe *erga omnes*, dok međunarodni ugovori obavezuju samo države koje su ratificirale određeni ugovor.<sup>28</sup>

Za razliku od međunarodnog prava nacionalno krivično pravo zbog načela zakonitosti izričito zabranjuje primenu običajnog prava. Zbog zaštite optuženika na snazi je načelo da se krivična dela i krivičnopravne sankcije mogu propisivati samo zakonom koji je napisan (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*). Princip zakonitosti pored toga što zabranjuje primenu običajnog prava, zabranjuje i retroaktivnu upotrebu krivičnog zakona, zatim zahteva da mora biti krivični zakon određen (*lex certa*) i zabranjuje primenu analogije.<sup>29</sup> Upotreba običajnog prava često je u suprotnosti sa svim elementima principa zakonitosti. Zato je primena običajnog prava i zabranjena, jer je načelo zakonitosti jedan od osnovnih principa svakog savremenog krivičnog prava.

U Sloveniji je načelo zakonitosti u krivičnom postupku izričito zapisano i u 28. članu Ustava.<sup>30</sup> To znači da u Sloveniji nije dozvoljena primena međunarodnog običajnog prava, po kojem bi bilo određeno neko krivično delo, jer bi to bilo u suprotnosti sa Ustavom. Međunarodno pravo koje se suproavlja Ustavu Republike Slovenije ili s njim nije usaglašeno, protivustavno je i bez pravnog efekta.

Pitanje o primeni međunarodnog običajnog prava, po kojem se određuje krivično delo, nije samo teoretsko pitanje. Tim pitanjem suočio se Specijalni sud za Sierra Leone. Optuženi pred tim sudom, Sam Hinga Norman, podneo je prigovor da ovaj sud nije nadležan za njegovo pretresanje povodom regrutovanja dece za vojnu službu, jer to delo nije bilo inkriminirano u krivičnom zakoniku države Sierra Leone niti nije bilo određeno kao krivično delo po međunarodnom običajnom pravu. Mada je sudija tog suda, Geoffrey Robertson, u izdvojenom osporavajućem mišljenju navodio vrlo ubedljive razloge zašto regrutovanje dece za vojnu službu nije krivično delo po međunarodnom običajnom pravu, većina je odlučila drugačije.<sup>31</sup> Usput ću spomenuti da je u sudu odlučivao senat od

27 D. Türk, *op. cit.*, 45. Vidi i J. Andrassy, *op. cit.* 15–18.

28 L. Bavcon, *op. cit.*, 73.

29 Ambrož, M., „Elementi načela zakonitosti“, *Kazensko pravo splošni del* (ur. L. Bavcon *et al.*), Uradni list Republike Slovenije, 2013, 131–132.

30 Nitko ne sme biti kažnjen za delo, koje nije zakonom određeno, da je kažnjivo, i nije za njega propisana kazna, pre nego što je bilo delo učinjeno.

Dela, koja su kažnjiva, utvrđuju se i kazne za ta dela izriču se po zakonu, koji je bio na snazi za vreme činjenja dela, osim ako je novi zakon za učinioca manje strog.

31 Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), case No. SCSL-2004-14-AR 728E), Prosecutor against Sam Hinga Norman, <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/scsl/2004/en/66071>, poslednji pristup 7. 4. 2024.

četvoro sudija, mada Statut Specijalnog suda za Sierra Leone u 12. članu jasno određuje da senat suda čini tri ili pet sudija.<sup>32</sup> To očigledno nije nikome smetalo. Optuženi, Sam Hinga Norman, umro je u pritvoru pre izricanja osude. Optuženi pred istim sudom, Charles Taylor, osuđen je na 50 godina zatvora.<sup>33</sup>

Tipično za ad hoc međunarodne krivične sudove je da se kazne, izrečene pred tim sudom, određuju više »poetski« nego pravno. Tačnije rečeno, neodređeno. Ako uzmemo za primer odredbe o kaznama po Statutu Specijalnog suda za Sierra Leone,<sup>34</sup> Statutu Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu<sup>35</sup> i Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju<sup>36</sup>, videćemo da su kazne praktično neodređene, odnosno, da ih sud izriče po analogiji. I tu primećujemo suprotnost s načelom zakonitosti, jer princip *nullum cimen, nulla poena sine lege praevia* zahteva, da se ne određuje samo opredeljenje krivičnog dela, nego i kazna. Ta

32 12. član Statuta Specijalnog suda za Sierra Leone, <https://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>, poslednji pristup 7. 4. 2024.

33 <https://www.rtvsllo.si/svet/taylor-zaradi-zlocinov-v-sierri-leone-obsojen-na-50-let-zapora/284178>, pristopljeno 7. 4. 2024

34 19. član Statuta:

1. The Trial Chamber shall impose upon a convicted person, other than a juvenile offender, imprisonment for a specified number of years. In determining the terms of imprisonment, the Trial Chamber shall, as appropriate, have recourse to the practice regarding prison sentences in the International Criminal Tribunal for Rwanda and the national courts of Sierra Leone.

2. In imposing the sentences, the Trial Chamber should take into account such factors as the gravity of the offence and the individual circumstances of the convicted person.

3. In addition to imprisonment, the Trial Chamber may order the forfeiture of the property, proceeds and any assets acquired unlawfully or by criminal conduct, and their return to their rightful owner or to the State of Sierra Leone.

35 19. član Statuta:

1. The Trial Chamber shall impose upon a convicted person, other than a juvenile offender, imprisonment for a specified number of years. In determining the terms of imprisonment, the Trial Chamber shall, as appropriate, have recourse to the practice regarding prison sentences in the International Criminal Tribunal for Rwanda and the national courts of Sierra Leone.

2. In imposing the sentences, the Trial Chamber should take into account such factors as the gravity of the offence and the individual circumstances of the convicted person.

3. In addition to imprisonment, the Trial Chamber may order the forfeiture of the property, proceeds and any assets acquired unlawfully or by criminal conduct, and their return to their rightful owner or to the State of Sierra Leone.

36 24. član Statuta:

1. The penalty imposed by the Trial Chamber shall be limited to imprisonment. In determining the terms of imprisonment, the Trial Chambers shall have recourse to the general practice regarding prison sentences in the courts of the former Yugoslavia.

2. In imposing the sentences, the Trial Chambers should take into account such factors as the gravity of the offence and the individual circumstances of the convicted person.

3. In addition to imprisonment, the Trial Chambers may order the return of any property and proceeds acquired by criminal conduct, including by means of duress, to their rightful owners.



konstatacija izaziva sumnju da je Slovenija usvajanjem Zakona o saradnji Republike Slovenije sa Međunarodnim krivičnim sudom za bivšu Jugoslaviju i Međunarodnim sudom za Ruandu<sup>37</sup> ratificirala dokumente međunarodnog prava, koji su u suprotnosti s 28.članom Ustava Republike Slovenije. Jednako važi i za Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda.<sup>38</sup> Prvi stav 77. člana statuta određuje u vezi kazne zatvora da sud, uzimajući u obzir 110. član, može izreći licu, osuđenom za krivično delo po 5. članu statuta, jednu od sledećih kazni:

- a) lišenje slobode za određeni broj godina, ali ne više od 30 godina ili
- b) doživotni zatvor, ako je to opravdano zbog izuzetno teškog krivičnog dela ili ličnih okolnosti osuđenog.

Kazna pod a) predviđa toliko širok raspon (od 1 do 30 godina) da je to praktično neodređena kazna i omogućava arbitrarno odlučivanje. A kriterijumi za izricanje doživotnog zatvora kao najteže moguće kazne su tako opšti da su praktično neodređeni i dozvoljavaju arbitrarno odlučivanje o toj kazni. I to je u suprotnosti sa zahtevima načela zakonitosti.

Uzimajući u obzir da postoje između Ustava Republike Slovenije i međunarodnih ugovora određene razlike, situaciju je moguće rešiti samo na dva načina – raskidom ugovora ili izmenom ustava. Kako će zakonodavac odlučiti, ne mogu predvideti. Postoji mogućnost da će se praviti kao da problema nema i uopšte neće učiniti ništa.

#### 4. ZAKLJUČAK

Odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava večno je pitanje u teoriji i praksi međunarodnog i ustavnog prava. Svaka država, bez obzira na njeno unutrašnje pravo, mora garantovati poštovanje međunarodnog prava, koje je obavezuje. Pitanjem, kako postići realizaciju obaveza po međunarodnom pravu, suočava se svaka država u saglasnosti sa svojim ustavnim uređenjem.

Slovenačko pravo priznaje nadmoćnost međunarodnog prava nad nacionalnim zakonima i podzakonskim aktima, ali štiti primat Ustava nad međunarodnim pravom. Za slovenačko krivično zakonodavstvo može se reći da je bilo i da jeste, što se tiče uvažavanja međunarodnog krivičnog prava, primer mnogim državama.

Najveći problem u odnosu između međunarodnog prava i nacionalnog krivičnog prava predstavlja običajno međunarodno pravo. Običajno međunarodno pravo je izuzetno važan izvor međunarodnog prava. U teoriji međunarodnog prava preovladava stav da ima međunarodno običajno pravo čak i veću moć od međunarodnog ugovornog prava.

Za razliku od međunarodnog prava, nacionalno krivično pravo zbog principa zakonitosti izričito zabranjuje primenu običajnog prava. Primena običajnog prava

37 *Uradni list Republike Slovenije*, št. 124/2000.

38 *Zakon o ratifikaciji Rimskega statuta Mednarodnega kazenskoga sodišča*, *Uradni list Republike Slovenije* št. 101/2001.

često je u suprotnosti sa svim elementima načela zakonitosti. Primena običajnog prava je zabranjena, jer je načelo zakonitosti jedan od osnovnih principa svakog savremenog krivičnog prava. U Sloveniji je načelo zakonitosti u krivičnom postupku izričito zapisano u 28.članu Ustava. To znači, da upotreba međunarodnog običajnog prava, po kojem bi bilo određeno krivično delo, u Sloveniji nije dozvoljena, jer je u suprotnosti s Ustavom. Međunarodno pravo, koje se suprotstavlja Ustavu Republike Slovenije ili nije s njim usaglašeno, je protivustavno i bez pravnih efekata.

Postoji sumnja da je Slovenija usvajanjem Zakona o saradnji Republike Slovenije sa Međunarodnim krivičnim sudom za bivšu Jugoslaviju i Međunarodnim krivičnim sudom za Ruandu ratificirala dokumente međunarodnog prava koji su u suprotnosti s 28. članom Ustava Republike Slovenije. Slična konstatacija, na žalost, važi i za Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda.

Obzirom da se radi o suprotnosti između Ustava Republike Slovenije i međunarodnih ugovora, situacija se može rešiti samo na dva načina – raskidanjem ugovora ili izmenom Ustava. Kako će zakonodavac odlučiti, ne mogu predvideti. Postoji mogućnost da će se praviti kao da problema nema i neće učiniti ništa.

## LITERATURA

- Ambrož M., „Elementi načela zakonitosti“, *Kazensko pravo splošni del* (ur. Bavcon, L., Šelih, A., Korošec, D., Ambrož, M., & Filipčič), Uradni list Republike Slovenije, 2013.
- Andrassy J., *Međunarodno pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1978.
- Bavcon L., „Pojem, razvoj in teorija mednarodnega kazenskoga prava“, *Mednarodno Kazensko pravo* (ur. Ambrož, M., Bavcon, L., Fišer, Z., Korošec, D., Sancin, V., Selinšek, L., Škrk, M), Uradni list Republike Slovenije, 2012.
- Filipčič, K., „Kazensko pravo“, *Pravni terminološki slovar* (ur. Dugar G.), geslo, ZRC, 2018.
- Petrič E., Avbelj M. (ur.), *Komentar Ustave Republike Slovenije, Del 2: Državna ureditev*, Nova Univerza, Evropska pravna fakulteta, Ljubljana, 2018.
- Türk D., *Temelji mednarodnega prava*, 2. pregledana in dopolnjena izdaja, Lexpera, GV Založba, Ljubljana, 2018.
- Wilde R., 2012, »Using the Master's Tools to Dismantle the Master's House: International Law and Palestinian Liberation«. *The Palestine Yearbook of International Law Online*. 22 (1).

**Vid Jakulin, PhD\***

## **THE RELATIONSHIP BETWEEN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND NATIONAL CRIMINAL LAW IN THE REPUBLIC OF SLOVENIA**

### *Summary*

*The author discusses the relationship between international criminal law and national criminal law. The relationship between international and domestic law is a perennial issue in the theory and practice of international and constitutional law. Slovenian law recognises the supremacy of international law over national laws and regulations but maintains the supremacy of the Constitution over international law.*

*Customary international law poses the greatest problem in the relationship between international and national criminal law. Unlike international law, which considers customary law an extremely important source, national criminal law expressly prohibits using customary law because of the principle of legality. In Slovenia, the principle of legality in criminal proceedings is also expressly enshrined in Article 28 of the Constitution.*

*The author considers that, by adopting the Act on Cooperation between the Republic of Slovenia and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the International Criminal Tribunal for Rwanda, Slovenia has ratified instruments of international law which are contrary to Article 28 of the Constitution of the Republic of Slovenia. A similar finding applies to the Rome Statute of the International Criminal Court.*

*Such a conflict can only be resolved in two ways: either by denunciation of the treaty or by amendment of the Constitution. The author cannot predict how the legislator will decide.*

**Keywords: Slovenia, international criminal law, national criminal law, customary law, Constitution of the Republic of Slovenia.**

---

\* Full professor, University of Ljubljana, Faculty of Law, [Vid.Jakulin@pf.uni-lj.si](mailto:Vid.Jakulin@pf.uni-lj.si).



## РАТ И ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ – CONTRADICTION IN ADIECTO?<sup>1</sup>

*Апстракт:* У раду је размођрена моућносћ примене права у рају и послерајним условима. Не само рајови, већ и револуционарна збивања сављају право на пробни камен који би требало да покаже има ли места примени права у тим бурним временима. Бруталне езекуције, монирани процеси, доношење закона којима се читава трује људи сављају ван правној порећка, све то наводи на закључак да је сјој раја и права немоућ или да је, у најбољем случају, реч о правној норми која има декоративну улогу.

Након уводних најомена, аутор је анализирао случај рехабилитације Драјољуба Михаиловића. Овај предмет из 2015. године привукао је велику пажњу јавносћи, како ојшће, тако и стручне, уз коментаре који су изражавали пре свега политичке ставове према чейничком окрећу за време Друјој светској раја. Иако тоа нису били лишени ни ставови који су јрвенсјено били усмерени на правна ишћања у вези с рехабилитацијом Михаиловића, у раду је искључиво размођрена правна аргументација која је у вези с тим изношена. При томе је, поред самој посћујка који је 1946. године вођен против ојшуженој Михаиловића, посебна пажња усмерена на посћујање у том процесу, а самим тим и судбину његовој браниоца, адвоката Драјића Јоксимовића.

Друји предмет који је анализиран у раду односи се на случај Кононов против Лейоније о којем је Велико веће Евројској суда за људска права одлучило 2010. године. Иако је пола деценије „старји“ од решења којим је рехабилитован Михаиловић, у стручној јавносћи, а нарочито у коментарима одлуке Вишеј суда у Београду, није било ни омена ове пресуде. А у тој су, као што је у раду показано,

---

\* Редовни професор, Универзитет у Београду – Правни факултет, ORCID: 0009-0007-6868-1286, [gilic@ius.bg.ac.rs](mailto:gilic@ius.bg.ac.rs).

1 Овај рад је настао као резултат истраживања у оквиру стратешког пројекта за 2024. годину „Проблеми стварања, тумачења и примене права“ (подтема: „Правосуђе и изазови данашњице“ – тема истраживачке групе: „Правна заштита од рата и у рату“), који финансира Правни факултет Универзитета у Београду.

размотрена нека од њравних њишњања која су била од суштинској значаја и за доношење решења о рехабилитацији. Мислим њу њре свега на њраво на њравично суђење које Евројски суд за њудска њрава, за разлику од нашеј Уставној суда и њојединих стњручних коментњара којих је било у јавности, не везује за време у којем је ојњуженом суђено за рајни злочин, већ њосмајра овај њојам на начин као шњо се њо и данас чини.

У заврним најоменама ауњор своју анализу своди на дихњомију између речи и насиља, и закључује да је насиље, иако немо, њо њравилу делњтворније од речи. При њоме се снаја њојединих речи своди само на аргументње који се њима износе, док су груње речи весници насиља које ће да уследи. Речи и насиље су оно шњо сјаја оба анализирана њредмета, али њо је и њравични њосњујак, њојам који је њроизашао из доктњрине о њудским њравима и основним слободама. Реч је о ујливу, изгледа не случајном, ањло-америчкој њрава у конњинентњални њравни систем, ња не њреба да чуди шњо и даље њосњоји најрејнуњосњ између *rule of law* или „ауњономној њравној закључивања” у *common law* њравном систему и конњинентњалној њравној формализма.

**Кључне речи:** Рат, правично суђење, рехабилитација, начело законитости у кривичном праву, суд.

## 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Рату је, према Фукоу,<sup>2</sup> својствена оружана правда (*la justice armée*), а то значи да правни систем долази након оружане силе. Има ли, дакле, смисла говорити о правном систему и, у оквиру њега, о правичном суђењу, јер није реч о симболичком, већ о материјалном насиљу које се врши под принудом бајонета или топова?<sup>3</sup> Појам оружане правде Фуко је изнео у оквиру циклуса предавања одржаних у току 1971. и 1972. године на Колеж де Франсу, при чему је подробно анализирао побуну сељака против плаћања пореза, које су избиле 1639–1640. године у Нормандији, а угушене су употребом оружане силе.<sup>4</sup> С обзиром да репресија коју је спровео канцелар Сегије није вршена у жару борбе, већ након успостављања правног поретка, неправилност поступања у току суђења имала је за циљ да покаже, на једној страни, репресивну моћ државе која није строго везана правним правилима или војним обичајима. Поред тога, иако је уобичајено присутна у правосуђу или војсци,

2 М. Foucault, *Théories et institutions pénales Cours au Collège de France 1971–1972*, Gallimard/Seuil, Paris, 2021, 60, 61.

3 М. Филиповић, „Социологија смета *Homo academicus / homo politicus*”, у: П. Бурдије, *Владавина мушкараца* (прев. М. Филиповић), ЦИД, Универзитет Црне Горе, Подгорица, 2001, XIV.

4 Г. П. Илић, „Дискурс о моћи, знању и кривичном правосуђу”, *Казнена реакција у Србији XII део* (ур. Ђ. Игњатовић), Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2022, 80–84.

поменута репресивна моћ се могла употребити и самостално, у складу с властитим правилима, бар у једном случају: народне побуне.<sup>5</sup> На тај начин су одређене друштвене класе стављане изван поретка, па су њихови припадници сматрани унутрашњим непријатељима (*les ennemis intérieurs*).<sup>6</sup>

Да би се боље разумела жестина државне реакције усмерене против унутрашњих непријатеља, потребно је имати у виду структуру апсолутистичког друштва у Француској у том периоду. Елијас истиче да је световно друштво старог режима било сачињено од два сектора: од већег, сеоско-аграрног, и мањег, али све јачег, грађанско-урбаног сектора.<sup>7</sup> У оба сектора је постојао по један нижи слој: с једне стране, градска сиротиња, маса надничара и радника, а с друге стране сељаци. У оба сектора постоји и доњи средњи слој, али и виши средњи слој. На врху оба сектора је горњи слој који допире све до двора; високо чиновништво, *noblesse de robe* с једне, и дворско племство, *noblesse d'épée*, с друге стране.<sup>8</sup> На дворском престолу седео је краљ.

Краљев буџет и буџет друштва још нису подељени, а то значи да кључни монополи власти још увек имају облик приватног монопола. У овом запису венецијанског изасланика, из 1535. године, садржан је вероватно најбољи одговор на питање о државној репресији према унутрашњем непријатељу:<sup>9</sup>

„На страну то што краљ има моћну војску – он новац добија захваљујући *јослушношћии* (курзив – Г. П. Илић) свог народа. Кажем да његово величанство обично располаже приходима од два и по милиона. Баш тако: 'обично', јер може, пожели ли, да повећа порез свом народу. Како год да га оптерети, народ плаћа. Ту морам да кажем да је *сеоско сџановнишџиво*, које *сноси највећии гео џеретиа*, *јрилично сиромашно* (курзив – Г. П. Илић), тако да му је свако плаћање пореза, ма како мало било, тешко *сношљиво*.”

Карл Филип Готфрид фон Клаузевиц остаће без сумње упамћен по реченици да је рат наставак политике другим средствима. Чини ми се да не би било погрешно ни када би се одступило од Клаузевицовог редоследа у навођењу речи, и устврдило да је политика наставак рата другим средствима.<sup>10</sup> Јер, како другачије објаснити Хобсбаумове речи да је између 1934.

5 М. Foucault, *op. cit.*, 96.

6 *Ibid.*, 83.

7 Н. Елијас, *Процес цивилизације Социојенџичка и психојенџичка истраживања* (прев. Д. Јањић), Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, Нови Сад, 2001, 488.

8 *Ibid.*, 488, 489.

9 *Ibid.*, 484.

10 Латинка Перовић је рекла да би познату „максиму” Добрице Ћосића да Срби губе у миру оно што су добили у рату требало преформулисати, па рећи да Срби губе у рату оно што су скрпили у миру. З. Ћирјаковић, „Од маћехе Друге Србије до бабице аутишовинизма”, у: З. Ћирјаковић, *Ошкривање аутишовинизма*, *Satena mundi*, Београд, 2021, 29.

и 1939. године четири или пет милиона чланова или функционера партије ухапшено из политичких разлога, а четири до пет стотина хиљада је погубљено без суђења (курзив – Г. П. Илић).<sup>11</sup> Оно што је овај терор учинило без премца нечовечним, вели Хобсбаум,<sup>12</sup> било је то да он није признавао конвенционална или каква друга ограничења. Радило се о примени *шошталној райи* (курзив – Г. П. Илић) на сва времена. У основу свега је Лењиново дивљење према Клаузевицу, па је основна Лењина максима била: „Ко ће кога”: борба као игра нулте суме у којој победник добија, а губитник губи све.<sup>13</sup>

Хобсбаум сматра да совјетски систем, и поред тога што је био бруталан и диктаторски, није био „тоталитаран” попут италијанског фашизма и немачког националсоцијализма. Тотализирам значи један свеобухватни централизован систем који не само да свом становништву намеће потпуну физичку контролу, већ помоћу монопола на пропаганду и образовање, заправо успева да свој народ натера да интернализује вредности тоталитаризма.<sup>14</sup> Неко ће помислити да из ових редова проговара убеђени левичар, али то се не може рећи за Мазовера који каже да не треба да сумњамо у саучесништво свих Немаца у прихватању одговорности за злочин (мисли на геноцид над Јеврејима – нап. Г. П. Илић) који се проширио много изван редова СС – као и у то да су за тај злочин знали.<sup>15</sup>

„ (...) У Рајху није било јавних протеста као одговора на узбуђење које је изазвала кампања за еутаназију. Чинило се како је већина Немаца прихватила чињеницу да Јевреји више нису били део њихове заједнице. Обични средовечни полицајци учествовали су у масовним погубљењима. *Универзитетски професори, адвокати и лекари* (курзив – Г. П. Илић) постављани су као заповедници у *Einsatzgruppen*. Нису прихватили те дужности из страха: није забележен ниједан случај да је неко одбио да пуца у недужне цивиле осуђене на смрт. (...)”<sup>16</sup>

Приликом обрачуна са унутрашњим непријатељем комунистичка власт у Југославији примењивала је, по угледу на своје совјетске узор, сличне методе, с тим да су они посебно учестали и, донекле, унапређени након доношења Резолуције Информационог бироа радничких и комунистичких партија о стању у Комунистичкој партији Југославије у јуну 1948. године.<sup>17</sup>

11 Е. Хобсбаум, *Доба екстрема Историја Крајњој двадесетоме века 1914–1991* (прев. П. Ј. Марковић), Дерета, Београд, 2002, 296.

12 *Ibidem*.

13 *Ibidem*.

14 *Ibid.*, 297.

15 М. Мазовер, *Мрачни континенти Евроа у двадесетоме веку* (прев. А. Драгослављевић), Архипелаг, Београд, 2011, 191.

16 *Ibid.*, 193.

17 Хобсбаум запажа да је Стаљин сигурно био изненађен 1948. године, када је југословенско комунистичко руководство, толико одано да је од Београда само неколико



Највећи број затворених цивила „информбироваца” осуђен је у прекршајним поступцима за вербални деликт, при чему су им прекршајне казне до две године „друштвено-поправног рада” изрицале комисије за прекршаје у већим центрима, а постоје подаци да су то понекад чинили и партијски комитети. У стварности су то чиниле републичке или друге крупније испоставе Управе државне безбедности.<sup>18</sup> Казна је најчешће изрицана без излажења пред надлежну комисију за прекршаје и без уручивања оптужног акта, а решења су добијана само на потпис. Приликом објављивања одлуке о кажњавању могућност изјављивања жалбе није ни помињана или је то чињено уз наговештај репресалија, што је, потом, над „побуњеником” и спровођено.<sup>19</sup>

Официрима Југословенске армије, Управе државне безбедности, војним студентима и војницима суђено је у кривичном поступку. Драгослав Михаиловић истиче да су први и једини пут видели свог браниоца, који им је одређен по службеној дужности, на пола сата пред почетак суђења или тек на процесу, а овај их на суђењу неретко и *сам најадао* (курзив – Г. П. Илић).<sup>20</sup> Оптужницу су добијали на пола сата пред почетак суђења, након чега им је одузимана. Ни пресуда им није уручена, већ им је подношена на потпис. Иако је постојала могућност улагања жалбе, суд је није уважавао, а подносилац је потом у логору због жалбе кажњаван.<sup>21</sup>

Будући да је наш велики писац то учинио, не могу а да не поменем име Милоње Стијовића, председника Војног суда београдске области. Михаиловић пише да је од јесени 1944. године већ судио у Београду, онако како је једино умео, драконски и опако, и да судија Стијовић спада међу највеће злочинце титовске ере.<sup>22</sup> Драгоцен запис о поступању судије Стијовића оставио је, много година касније, инж. Петар Вујић коме је дотични судио 1949. године као студенту технике – војном стипендисти.<sup>23</sup> Вујић бележи да је судија Милоња био оличење незаконитости у судском поступку и драконских казни.

„ (...) Мора да је и он сам то знао, па је покушавао – неуко и незграпно – да се прави духовит, као у мом случају. Али то му никако није полазило за руком. Остаће забиљежено да га је један времешан

---

месеци раније направљен штаб обновљене хладноратовске Комунистичке интернационале, пружило отпор совјетским директивама до тачке отвореног раскида, и када московско позивање на оданост добрих комуниста скоро да није наишло на озбиљан одзив у Југославији. Е. Хобсбаум, *op. cit.*, 300.

18 Боравак у истражном затвору није се урачунавао у изречену казну, а чест случај је био да ријечка или рапска комисија за прекршаје изрекне нову прекршајну казну пре истека казне чије издржавање је при крају. Д. Михаиловић, *Крајња историја саширања*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 2005, 28, 29.

19 *Ibid.*, 29.

20 *Ibid.*, 33.

21 *Ibidem.*

22 Д. Михаиловић, *Голи ошток Књића груја*, Београдски издавачко-графички завод, Српска књижевна задруга, Београд, 1995, 382.

23 *Ibid.*, 382–387.

затвореник једанпут упитао: „Како ћу ја издржати толике године?“  
На то му је овај одговорио: „А ти издржи колико можеш ...“ (...).”<sup>24</sup>

Ако бих хтео да будем заједљив рекао бих да је услед преоптерећености послом или, можда, пекићевским језиком казано, гадљивости да поједе властите пресуде, Милоња Стијовић, због „живчаних проблема”, убрзо пензионисан. Дане је проводио у друштву својих некадашњих „муштерија” које су издржале казне које им је изрекао. Више њих је потврдило да је имао обичај да каже:

„ (...) Висину казне нијесам ја одређивао већ КОС, ја са тим није-сам имао баш ништа! (...)”<sup>25</sup>

Осврт на Милоњу, као метафору *једној* времена, завршавам речима инж. Вујића да је, упркос малој култури, осиромашеном правничком изразу и, насупротив томе, огромној поданичкој енергији, можда завредио незаборав, па би у некој будућој енциклопедији судства било забележено:

„ (...) Стијовић Милоња, председник београдског војног суда 1948–1960. године, чије је име синоним тадашњег важећег законског поступка, који је био негација законских норми. (...)”<sup>26</sup>

У наставку ћу анализирати две одлуке, једну домаћег, а другу међуна-родног суда. Црвена нит која их спаја садржана је у наслову овог рада – рат и правично суђење.

## 2. РЕХАБИЛИТАЦИЈА

Најпознатија одлука о рехабилитацији у Републици Србији донета је 14. маја 2015. године, а решење којим је усвојен захтев за рехабилитацију односило се на пресуду изречену половином јула 1946. године. Пре него што се осврнем на решење о рехабилитацији, чини ми се да је корисно да дам пресек историјских збивања у којима је донета пресуда за коју је утврђено да је ништава.

У последњој немачкој акцији предузетој у пролеће 1944. године против Тита и Михаиловића, команданти два супротстављена покрета једва су избегли заробљавање.<sup>27</sup> У међувремену су на Титов захтев савезници

24 *Ibid.*, 386.

25 *Ibidem.*

26 *Ibid.*, 387.

27 Тито је совјетским авионом пребачен у Бари, а потом је британским војним бродом пребачен на Вис. У септембру је совјетским авионом пребачен, односно „ухватио маглу” како је приметио Черчил, у руски штаб у Румунији. С. К. Павловић, *Историја Балкана 1804–1945.*, треће издање (прев. Ч. Антић), Слио, Београд, 2018, 444, 445.

бомбардовали градове у Србији и Задар, а то је, истиче Павловић,<sup>28</sup> учињено зато што су српски градови сматрани упориштима Михаиловићевог легитимизма, док је приморски град представљао италијанско утврђење. Иако су партизани током лета продрли на Михаиловићеву територију, истински напредак је начињен тек доласком Црвене армије у Србију. Реч је о 300.000 црвеноармејаца, потпомогнутих од стране неколико десетина хиљада партизана, што је запечатило судбину Михаиловићевог покрета и искључило сваку могућност да Србија и Југославија не буду комунистичке.<sup>29</sup> Совјетске снаге су омогућиле партизанима да 20. октобра 1944. године уђу у Београд, и наставиле продор ка Мађарској, препуштајући сукобљеним странама у Југославији да саме ослободе остатак земље и окончају грађански рат.<sup>30</sup> Ако се задаци које је требало опослити сагледају у светлу погинулих или убијених, на Сремском фронту је погинуло између петнаест и тридесет хиљада бораца, док је у првим послератним месецима на територији Републике Србије убијено око 50.000 људи.<sup>31</sup> Нарочито су страдале мањине које су стале на страну окупатора,<sup>32</sup> али бар 30.000 жртава били су Срби.<sup>33</sup> У Београду је убијено између пет и седам хиљада грађана.<sup>34</sup>

28 *Ibid.*, 445.

29 Ч. Антић, „Драгољуб Дража Михаиловић У таласима великих обмана”, у: Ч. Антић, *Убиства у српској историји: од Немањића до Немањине*, Vukotić Media, Београд, 2023а, 224.

30 С. К. Павловић, *op. cit.*, 445.

31 Ч. Антић, *Српска историја*, Vukotić Media, Београд, 2022, 274. У истом делу, две странице након претходне, Антић наводи да је у току првих месеци успостављања нових власти на територији данашње Србије убијено више од 70.000 њених грађана (*Ibid.*, 274), док у другом раду помиње да је у Србији током пола године после ослобођења октобра 1944. године убијено око 60.000 (Ч. Антић (2023а), *op. cit.*, 224).

32 Међу локалним Немцима који нису отишли с Вермахтом, 85.000 је изгубило живот (одмах, или током депортације у СССР, или у концентрационим логорима), а још већи број је прогнан. Пре рата их је било око пола милиона, а према попису из 1953. године било их је 61.000. И Италијани су били изложени протеривању, а то, према Павловићу, представља последицу револуционарне чистке која је истовремено политичка социјална и етничка. С. К. Павловић, *op. cit.*, 446.

33 Ч. Антић (2022), *op. cit.*, 274.

34 *Ibidem*. У дневном листу „Политика” објављен је 27. новембра 1944. године списак са именима 105 лица која су погубљена на основу пресуде Војног суда Првог корпуса. То је био повод за Марка Ристића да дан касније, 28. новембра, на првој страници овог дневног листа јавно ликује над стрељањима у чланку „*Заједно су поишли у смрт они који су заједно поишли у злочин*” (реч је о надреалисти који је, оставши у души *комсалонац*, дно свог *l'oeuvre poétique* дотакао 1954. године објављивањем есеја „Три мртва песника” у којем је – када је реч о Милошу Црњанском – озаконио књижевну некрофилију). Иначе, Ломпар сматра да поменути Војни суд „ (...) није био никакав суд, већ извршни орган историјске мисије комунизма, (...)” М. Ломпар, *Дух самојорицања Прилој кријици српске културне полијике У сенци њуђинске власици*, десето издање, *Catena mundi*, Београд, 2020, 205, 206, 325, 327. Но, да не заборавам да поменем да је Марко Ристић на првој

Да би учврстило свој међународни положај, комунистичко вођство је марта 1945. године учинило извесне политичке уступке, а основани су и народни судови за „колаборационисте” и „непријатеље” народа.<sup>35</sup> Ако се време оснивања суда доведе у везу с револуционарном правдом којом су уклањани противници нове власти, има ли места чуђењу што је архитекта Бранко Поповић стрељан на основу одлуке суда за који је касније утврђено да није никада основан.<sup>36</sup> Чиста егзекуција, ослобођена непотребних правних формалности, снашла је и Пунишу Рачића. О томе комуниста, доктор права, историчар, званични биограф човека чије име је уписано у уставну преамбулу, академик и најпре судија, а потом председник Раселовог суда који је испитивао ратне злочине у Вијетнаму, кршење људских права у Латинској Америци итд., именом и презименом Владимир Дедијер, пише:<sup>37</sup>

„У октобру 1944, приликом борби за ослобођење Београда, борци 21. србијанске дивизије у једном селу испод Авале пронашли су Пунишу Рачића и по *брзом йосйуйку извршили су йравду* (курзив – Г. П. Илић). Одвели су га у логор на Бањици и тамо стрељали. Нажалост, они нису имали смисла за историју, нису га испитивали каква је била улога краља Александра у припреми Радићевог убиства.”<sup>38</sup>

Драгољуб Михаиловић ухапшен је 13. марта, право да изабере браниоца саопштено му је 21. маја, оптужница против њега и још 23 лица подигнута је 31. маја, браниоцима достављена 3. јуна, главни претрес је почео 10. јуна и закључен 11. јула, осуђујућа пресуда Војног већа Врховног суда ФНРЈ објављена је 15. јула, истог дана осуђени Михаиловић подноси молбу за помиловање Президијуму Народне скупштине ФНРЈ,<sup>39</sup> наредног дана

---

страница „Политике” 13. новембра 1944. објавио чланак „*Смрй фашизму – слобода народу – Издајник Дража Михаиловић и његови фашистйички саучесници*”. О надреалном и постреволуционарном животу и прикљученију Марка Ристића вид. П. Томовић, „Српски надреализам или писци у „служби народа”: једна паксвила, *Аванјарда и коменйари: међународни научни зборник радова у часйй проф. Гојка Тешића*, Посебна издања (43), Београд, 2021, 667–701.

35 С. К. Павловић, *op. cit.*, 445.

36 Ч. Антић (2022), *op. cit.*, 277.

37 Ч. Антић, „Стјепан Радић Крваве клупе у скупштини”, у: Ч. Антић, *Убистйва у срйској истйорији: од Немањина до Немањине*, Vukotić Media, Београд, 2023, 217.

38 Читалац би требало да има на уму овај случај нарочито када, на некој од наредних страница, буде упознат са чињеницама предмета о којем је одлучивало Велико веће Европског суда за људска права.

39 Текст молбе, у којој Драгољуб Дража М. Михаиловић учтиво моли да му се казна смрти стрељањем замени казном лишавања слобода, искрено се каје и износи уверење да ће за време издржавања казне својим преданим и пожртвованим радом уложити све да допринесе користи нашој новој држави, садржан је у: М. Тодоровић, *Судија смрйи Истйина о суђењу Дражи Михаиловићу и његовој ликвидацији*, ID Leo commerce, Београд, 2011, 255.

Президијум доноси одлуку да се молба не уважи,<sup>40</sup> да би 17. јула Драгољуб Михаиловић био стрељан.<sup>41</sup> Да, и да не буде забуне, све то се догодило 1946. године.

У завршној речи, изговореној на рочишту 12. маја 2015. године пред трочланим већем Вишег суда у Београду које је одлучивало о захтеву за рехабилитацију, чуло се, између осталог, следеће:<sup>42</sup>

„ (...) Оптужница је Михаиловићу уручена 3. јуна 1946. године, тј. 10 дана пре почетка суђења, тако да Михаиловић није имао времена за припрему одбране, нити су то имали браниоци, с обзиром на велики број догађаја који обухватају четири ратне године. Ђенерал Михаиловић и одбрана никада нису имали могућност да изврше увид у писмене доказе на које се позивала оптужница, а који су се користили на суђењу, што је такође беспримерна повреда процесног правила о једнакости оружја страна у поступку. (...)”;

„ (...) у политичку кампању против адвоката формално, а у ствари кампања је била очигледан политички притисак на све актере „суђења”, укључио се непосредно и Јосип Броз, који је 13. јула 1946. на Цетињу, тј. 2 дана пре доношења „пресуде”, тако што је напао адвоката одбране Драгића Јоксимовића наводећи да је члан Демократске партије и да Дражу Михаиловића није бранио са правног становишта, те да његова одбрана изражава „неодољиву мржњу према народу”, (...);

„ (...) „Пресуда” је изречена 15. јула 1946. године и јавно саопштена, а ликвидација је извршена 17. јула 1946. године. Окривљени на пресуде нису имали право жалбе, па како нема доказа да је писмени отправак пресуде тада израђен, ми у ствари и немамо пресуду у правом, тј. правном смислу, одн. ни тада ни сада није било могућности да се анализирају битне повреде поступка садржане у самој пресуди (нпр. неразумљивост изреке, одн. колизију образложења и изреке и др.). (...)”;

„ (...) Ако се има у виду да је једно од основних људских права – право на двостепеност сваког поступка у коме се доноси мериторна одлука, а нарочито када она обухвата фундаментално људско право, дакле

40 Реч је одлуци Президијума Народне скупштине ФНРЈ, број 9647, од 16. јула 1946. године. Вид. *Ibid.*, 256.

41 Председник већа које је осудило Михаиловића, пуковник Михајло М. Ђорђевић, доставља 16. јула 1946. године Свет. Стефановићу, помоћнику министра унутрашњих послова ФНРЈ, препис диспозитива пресуде Војног већа Врховног суда ФНРЈ 1 СУД бр. 1/46 од 15. јула 1946. године и два преписа одлуке Президијума Народне скупштине ФНРЈ број 96/47 од 16. јула 1946. године, „с молбом на законски поступак”. Вид. *Ibid.*, 257.

42 Редослед навођења аргумената је мој, а заснован је на току поступка и недостацима који могу у појединим процесним фазама настати.

право на живот, онда посебно треба узети у обзир да је Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. г. и за време непријатељске окупације, донет 26. октобра 1946. г., значи после одлуке која се у овом поступку оспорава, чак после ликвидације ђенерала Михаиловића. Дакле у поступку који је вођен против ђенерала, у свим случајевима када нису донети посебни прописи, када нови прописи нису довољно јасни или када не садрже правно утемељена решења или када садрже правне празнине, на снази су били прописи Краљевине Југославије. А тада важеће норме који уређују кривични поступак су предвиђале и гарантовале право окривљеног: да учествује у поступку, право на одбрану и право на жалбу. (...)<sup>43</sup>

Два дана по окончању рочишта, веће Вишег суда у Београду доноси и јавно објављује Решење Рех. бр. 69/10 од 14. маја 2015. године којим УСВАЈА ЗАХТЕВ ЗА РЕХАБИЛИТАЦИЈУ Драгољуба Михаиловића – Драже, па утврђује да је одлука Врховног суда Федеративне Народне Републике Југославије – Војног већа, I суд. бр. 1/46 од 15. јула 1946. године, у делу који се односи на Драгољуба Михаиловића, НИШТАВА ОД ТРЕНУТКА ЊЕНОГ ДОНОШЕЊА и да су ништаве све њене правне последице, укључујући и казну конфискације имовине, а рехабилитовано лице Драгољуб Михаиловић Дража сматра се НЕОСУЂИВАНИМ.<sup>44</sup>

Навешћу само део образложења решења о рехабилитацији које је потписао председник већа, судија Александар Трешњев.

„ (...) На основу свега изложеног, може се закључити да спроведени поступак није био фер и йравичан (курзив – Г. П. Илић), и то из политичких и идеолошких разлога. Драгољуб Михаиловић у овом поступку није имао никакву шансу, јер су одлуке унапред биле детерминисане од стране политичара. Суд је уверења да је чак и судска одлука била унапред донета од стране политичара, а не судија. Поступак у којем су права одбране толико грубо повређена, и у којем никаквих неизвесности није било, јер одлуке није доносио суд већ неко други, не може довести до правилно утврђеног чињеничног стања и на основу њега правилно донете судске одлуке. Стога, из поступка који је спроведен према Драгославу Михаиловићу није било могуће извести правилан закључак у погледу постојања кривичних дела и његове кривице за дела која су му стављена на терет. (...)<sup>45</sup>

43 Рехабилитација генерала Михаиловића – завршна реч у поступку рехабилитације ђенерала Драгољуба Драже Михаиловића (12. мај 2015.), <https://savremenaistorija.com/2015/05/14/rehabilitacija-general-a-mihailovica-zavrсна-rec-u-postupku-rehabilitacije-denerala-dragoljuba-draze-mihailovica-12-maj-2015/>, 1. мај 2024.

44 Решење Рех. бр. 69/10 од 14. маја 2015. године доступно је на: <https://www.bg.vi.sud.rs/files/DRAZA.pdf>, 1. мај 2024.

45 Решење Рех. бр. 69/10 од 14. маја 2015. године, стр. 39.

Узредно ћу поменути да је било историчара који су, попут Бешлина,<sup>46</sup> сматрали да се оваквим рехабилитацијама „пише” историја, али не она од пре 70 година, већ историја данашњице, док Антић истиче да је рехабилитација утемељена само на формалним разлозима.<sup>47</sup> Занимљивији су ми правни аргументи који су навођени против одлуке о рехабилитацији Драгољуба Михаиловића. Поменућу најпре оне који наводе на закључак да је аутор, без довољног познавања основне законске регулативе о овој материји, износио запажања која, иако би требало да буду ограничена на правна питања, често исклизну на политичку, да не кажем идеолошку странпутицу. Иако је Секуловић текст писао на основу усменог образложења одлуке,<sup>48</sup> тешко ми је да појмим да није успео да направи разлику између Закона о рехабилитацији од 2006. године<sup>49</sup> и истоименог закона из 2011. године.<sup>50</sup> Да је уложио мало труда не би написао да је „ (...) у члану 10, став 3. Закона о рехабилитацији изричито (је) прописано да о захтеву за рехабилитацију одлучује „судија појединац”. (...)”. Одредба ЗоР/2011 на коју се Секуловић позива мора да буде тумачена у светлу члана 30 став 1 ЗоР/2011 који предвиђа да поступци рехабилитације који су започети по ЗоР/2006, а нису окончани до дана ступања на снагу овог закона (дакле, ЗоР/2011), окончаће се по одредбама тог закона (другим речима, ЗоР/2006). С обзиром да је први захтев за рехабилитацију Драгољуба Михаиловића поднет 1. децембра 2006. године,<sup>51</sup> нема сумње да је поступање суда било у складу са максимумом *Iura novit curia*. Слично је и са тврдњом да је, сагласно члану 14 Закона о рехабилитацији, обавезно учешће надлежног вишег јавног тужиоца, или са ставом да представља „врхунски правни нонсенс” то што је Виши суд у Београду ускратио право на жалбу против одлуке о рехабилитације. Могу да приметим да се суд само држао „као пијан плота” члана 6 став 1 ЗоР/2006 године који је право на жалбу допуштао једино против решења којим је одбијен захтев за рехабилитације. Објаснио сам због чега није било места за примену члана 18 став 1 ЗоР/2011 који прописује да је *њрошњив решења у њостјуику рехабилитације*<sup>52</sup> дозвољена жалба у року од 30 дана од дана достављања решења. Став Ракић Водинелић је да судско образложење да Дража Михаиловић није имао фер и правично суђење не може да опстане.<sup>53</sup>

46 Рехабилитација Драже: Ревизија историје, славље и ојорчење, <https://www.slobodnaevropa.org/a/sud-rehabilitovao-drazu-mihailovica/27016033.html>, 1. мај 2024.

47 Ч. Антић (2023а), *op. cit.*, 229.

48 А. Секуловић, Правне некоректности у рехабилитацији Драже Михаиловића, <https://pescanik.net/pravne-nekorektnosti-u-rehabilitaciji-draze-mihailovica/>, 1. мај 2024.

49 Закон о рехабилитацији – ЗоР/06, Службени њласник РС, бр. 33/2006.

50 Закон о рехабилитацији – ЗоР/11, Службени њласник РС, бр. 92/2011.

51 Постојао је и захтев за рехабилитацију од 28. априла 2009. године. Дакле, оба су поднета у време важења ЗоР/2006. Вид. Решење Рех. бр. 69/10 од 14. маја 2015, стр. 1, 2.

52 Другим речима, изјављивање жалбе је могуће против решења о усвајању или одбијању захтева за рехабилитацију.

53 Рехабилитација Драже: Ревизија историје, славље и ојорчење, <https://www.slobodnaevropa.org/a/sud-rehabilitovao-drazu-mihailovica/27016033.html>, 1. мај 2024.

„ (...) Рехабилитовати сада Дражу Михаиловића на темељу тога да није имао одбрану и да није имао фер суђење у складу са данашњим стандардима (курзив – Г. П. Илић), то би значило исто што и поручити Краљевини Норвешкој да рехабилитује Квислинга, Француској да рехабилитује Петена и Пјера Лавала. Дакле, кад год се ради о таквим послератним суђењима колаборационистима, треба имати у виду ситуацију у Европи после Другог светског рата. (...).

Такође, суд је морао да има у виду йравила на основу којих је Дража Михаиловић осуђен (курзив – Г. П. Илић). Он је осуђен за колаборацију, додуше йо једном закону који је донећ йосле извршења кривичној дела, али сваки судија би морао да йледа Кривични законик Краљевине Јуославије и Војни кривични закон (курзив – Г. П. Илић) йде је за сарадњу са окуйаићором, йојоћиво йод оружјем, била йредвиђена смрћина казна (...).

Иако на први поглед делује логично да се суђење Драгољубу Михаиловићу не може сагледавати у светлу данашњих стандарда правичног суђења (а управо то је урадио Виши суд у Београду рехабилитујући га), ово мишљење је противно ставу Великог већа Европског суда за људска права. Уосталом, и Уставни суд се у одлуци од 21. децембра 2017. године<sup>54</sup> којом је усвојио уставу жалбу због повреде права из члана 32 став 1 Устава<sup>55</sup> бавио питањем рехабилитације,<sup>56</sup> а у издвојеном сагласном мишљењу које сам том приликом написао, између осталог, стоји:<sup>57</sup>

„ (...) С обзиром да редовни судови у поступцима за рехабилитацију од процесних начела и права испитују посебно начела расправности и непосредности, право на одбрану и право на образложену пресуду и право на правни лек, слободан сам да закључим да такав приступ у одговарајућој мери обухвата стандарде права на правично суђење на начин како се они данас тумаче. У прилог томе упућујем и на пресуду Великог већа Европског суда за људска права (Копопов йроћийв Лейтоније, 36376/04, 17. мај 2010, §§ 204, 221) која се односила на осуду изречену на основу закона из 1993. године за ратни злочин учињен за време Другог светског рата, тачније 1944. године. Став Великог већа је био да цивили који су осумњичени за кршење *jus in bello* (тачније, за достављање немачкој војној команди података о положају партизанских јединица), нису могли да буду

54 Уставни суд, Уж-1671/2014, 21. децембар 2017, Билјен Уставној суда за 2017. йодину, Уставни суд, ЈП Службени гласник, Београд, 2019, 635-655.

55 Устав Републике Србије – Устав, Службени йласник РС, бр. 98/2006, 115/2021 и 16/2022.

56 Напомињем да је реч о одредбама Зор/2011.

57 Горан П. Илић, „ИЗДВОЈЕНО САГЛАСНО МИШЉЕЊЕ у предмету Уж-1671/2014”, у: Билјен Уставној суда за 2017. йодину, Уставни суд, ЈП Службени гласник, Београд, 2019, 651, 652.



ухапшени, осуђени и стрељани без спроведеног поступка јер је то противно међународном обичајном праву. Поступак који је спроведен у одсуству оптужених, без њиховог знања или учешћа у суђењу након којег је уследило извршење смртне казне, не може се оквалификовати као правично суђење. (...).”

Када је реч о „*њравилима*” на основу којих је Михаиловић осуђен, желим да појасним следеће:<sup>58</sup>

„ (...) Изузимајући поједине одредбе садржане у различитим законима које су у организационом и функционалном смислу уређивале нека од питања кривично процесне регулативе, постојала је Одлука Председништва Антифашистичког већа народног ослобођења Југославије о укидању и неважности свих правних прописа донетих од стране окупатора и његових помагача за време окупације, о важности одлука које су у то време донете, о укидању правних прописа који су били на снази у часу непријатељске окупације.<sup>59</sup> Сагласно члану 2. наведене одлуке било је предвиђено да се укидају сви правни прописи који су били на снази у часу непријатељске окупације уколико су у супротности са тековинама народноослободилачке борбе, са декларацијама и одлукама Антифашистичких већа народног ослобођења Југославије и земаљских антифашистичких већа појединих федералних јединица и њихових председништава, као и правним прописима донетим од Националног комитета ослобођења Југославије и њихових повереништава, влада и појединих повереништава федералних јединица. Ово је био својеврсни „револуционарни” правни оквир за спровођење кривичних поступака, (...). Процесна правила којих се суд том приликом придржавао била су садржана у Законику о судском кривичном поступку за Краљевину Југославију од 16. фебруара 1929. године. (...).”<sup>60</sup>

А у којој мери је одбрана били у прилици да се у току суђења Михаиловићу позива на „правила”, односно да „ (...) *гледа Кривични законик Краљевине Југославије и Војни кривични закон (...)*” сведочи детаљ из завршне речи адвоката Јоксимовића, једног од Михаиловићевић бранилаца.<sup>61</sup>

58 *Ibid.*, 652.

59 Одлука Председништва Антифашистичког већа народног ослобођења Југославије о укидању и неважности свих правних прописа донетих од стране окупатора и његових помагача за време окупације, о важности одлука које су у то време донете, о укидању правних прописа који су били на снази у часу непријатељске окупације, *Службени листи ДФЈ*, бр. 4/1945.

60 Законик о судском кривичном поступку за Краљевину Југославију, *Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 33-XVI/29, 245-LXXV/31, 74-XXIII/33 и 71-XVII/35.

61 *Др Драгић Јоксимовић: Браним ђенерала Дражу* (прир. М. Самарцић), Погледи, Крагујевац, 2015, 50.

„ (...) БРАНИЛАЦ ЈОКСИМОВИЋ: Сходно пропису 3 кривичног поступка ...

ПРЕТСЕДНИК: Молим Вас господине Јоксимовићу немојте цитирати законе који у овој земљи више не важе него пређите на одбрану.

ПУБЛИКА: (Пљесак.) (...).”

Препуштам читаоцу да процени чиме се руководило судско веће које је судило Михаиловићу, док би данашњи судија, уместо закона на које Ракић Водинелић указује (јер би тај начин повредио начело *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, praevia, certa et stricta*), требало да има у виду међународно обичајно право. О томе ће бити више речи у наредном одељку.

На крају, али не мање важно, указујем на иницијативу Савеза антифашиста Србије и Удружења антифашиста Новог Сада за покретање поступка за оцену уставности одредаба члана 1, члана 5 ст. 1 и 2 и члана 6 став 1 ЗоР/2006 и члана 30 ст. 1 и 2 ЗоР/2011.<sup>62</sup>

У најкраћем, подносиоци иницијативе сматрају да су појмови – политички и идеолошки разлози – неодређени, иако од њиховог значења непосредно зависи да ли постоје претпоставке за рехабилитацију. Правни проблем огледа се у томе што су ови разлози постављени као ексклузивни, а то не искључује могућност да су уз ове претпоставке постојали и други разлози који су могли да буду чињеничне и правне природе. Рехабилитација лица осуђеног за ратне злочине, допуштена је без упуштања у *ишћање да ли је то лице рашине злочине учинило* (курзив – Г. П. Илић), да ли му је дата прилика да изнесе своју одбрану и да ли се осуда заснива на доказима на којима се може заснивати, што према мишљењу подносилаца иницијативе представља негацију владавине права.

За разлику од наведених решења у ЗоР/2006, у одредбама ЗоР/2011 прописано је да се не могу рехабилитовати лица која су одлуком војног суда или другог органа под контролом Националног комитета ослобођења Југославије од дана ослобођења одређеног места проглашена за ратне злочинце, односно учеснике у ратним злочинима, као и лица која су судови и други органи Демократске Федеративне Југославије и Федеративне Народне Републике Југославије, као и Државна комисија за утврђивање злочина окупатора и њихових помагача током Другог светског рата прогласили да су ратни злочинци, односно учесници у ратним злочинима, осим ако се у поступку рехабилитације утврди да та лица нису извршила, односно учествовала у извршењу ратних злочина. Овакав приступ је, став је подносилаца иницијативе, у потпуности примерен одредби члана 35 став 1 Устава.

Указано је и на неједнакост пред законом, услед продуженог важења ЗоР/2006. Карактеристичан пример је усвајање захтева за рехабилитацију Драгољуба Михаиловића Драже, осуђеног пресудом тада надлежног суда,

62 Уставна иницијатива Канцеларија Бељански, <https://pecanik.net/ustavna-inicijativa/>, 1. мај 2024.

и одбијање захтева за рехабилитацију К. Е. која је, без судске или било какве друге административне одлуке, стрељана 11. новембра 1944. године. У првом случају Виши суд у Београду (у предмету Рех. 69/2010) одлучивао је по ЗоР/2006, *не ујушћиајући се у љроверу чињеница да ли је осуђено лице било учинилац рајних злочина* (курзив – Г. П. Илић), а у другом случају Виши суд у Новом Саду (у предмету Рех. 363/2014, првостепена одлука од 26. марта 2015. године) одлучивао је по ЗоР/2011, *ослањајући се искључиво на копију документа Месног повереништва у Чуругу – Комисије за утврђивање ратних злочинаца и „Списак стрељаних ратних злочинаца” у коме је под одређеним инвентарним бројем и под редним бројем 234 уписана К. Е. са датумом стрељања 11. новембра 1944. године.*

Када је реч о примерима које подносиоци наводе, а нарочито о потреби да суд размотри питање да ли је одређено лице учинило ратни злочин, подсетио бих да је Уставни суд, разматрајући управо одлуке редовних судова у светлу одредаба ЗоР/2011, истакао да приликом утврђивања да ли је одређена судска одлука донета у складу са начелима правне државе и општеприхваћеним стандардима људских права и слобода, судску одлуку треба ценити са становишта *начела и сћандарда* који су важили у време *њеној доношења* (курзив – Г. П. Илић), а не у складу са савременим правним начелима и стандардима који тада нису ни били установљени, те се стога и нису могли примењивати. Такво правно становиште заузели су и редовни судови у својим одлукама који, по правилу, цене да ли су предметни судски поступци вођени у складу са тада важећим законима и општим принципима кривичног права.<sup>63</sup> Иако овакав став отвара питање о садржају правних стандарда који су важили у време вођења поступка из којих су произашле одлуке о којима се одлучује у поступцима за рехабилитацију, Уставни суд указује да је реч о *поштовању љроцесних начела и љрава (љрава на одбрану, начела конћрадикћорносћи и нећосредносћи, љрава на образложеноу љресуду, љрава на љравни лек и др.), као и исћићивању сразмерносћи изречене кривичне санкције* (курзив – Г. П. Илић).<sup>64</sup> Ако изузмемо последњи елеменат, питам се има ли суштинске разлике у односу на садржај права на правично суђење из члана 32 став 1 и члана 33 Устава и наведених процесних начела и права?

Указао бих још на решење Уставног суда којим није прихваћена иницијатива за покретање поступка за утврђивање неуставности и несаглажности са потврђеним међународним уговором одредаба ЗоР/2006.<sup>65</sup>

„ (...) Иницијатор, у поднетој иницијативи, у суштини износи своје мишљење да је циљ овог закона заправо рехабилитација четничког покрета при чему се судови „стављају у службу текуће политике и

63 Уставни суд, Уж-1671/2014, 21. децембар 2017, *Билћен Усћавној суда за 2017. јогуну*, 645.

64 *Ibidem*.

65 Уставни суд, ИУз-149/2009, 17. новембар 2011, <https://sirius.rs/cyr/praksa/2MqPEA>, 1. мај 2024.

идеологије”. Ови наводи, по оцени Уставног суда, не представљају уставноправне разлоге оспоравања Закона.

У погледу навода да оспорени Закон није у сагласности са Кривичним закоником, Уставни суд, сагласно одредбама члана 167. Устава, није надлежан да оцењује међусобну усклађеност Закона. Међутим, независно од наведеног, указује се да се, за разлику од Кривичног законика којим се уређује рехабилитација осуђених због извршења кривичног дела, односно брисања осуде и престанак правних последица правоснажних одлука донетих у судским поступцима, Законом о рехабилитацији уређује (се) рехабилитација (...) лица чије лишење живота, слободе или других права није било утемељено на судској или административној одлуци. Такође, (...) у поступку рехабилитације утврђује да ли је до прогона или неправде дошло из политичких и идеолошких разлога, а то није увек праћено судском одлуком.

С обзиром на то да се у овом поступку рехабилитације утврђује да ли постоје услови за рехабилитацију особе која је лишена живота или слободе без судске или административне одлуке, или пак на основу одлуке донете из политичких или идеолошких разлога, то не стоје наводи иницијатора да се оспореним Законом „на заобилазан начин крши” уставна норма из члана 34 став 6 Устава о незаустаревању кривичног гоњења и извршења казне за ратни злочин, геноцид и злочин против човечности, будући да се у поступку рехабилитације утврђује да ли је лице лишено живота, слободе или неких других права из политичких или идеолошких разлога. (...)”

Још једну, никако мање важну ствар у вези са суђењем Драгољубу Михаиловићу, морам да истакнем. Реч је о судбини др Драгића Јоксимовића, Михаиловићевог браниоца. Адвокат Јоксимовић је 3. јуна 1946. године примио од секретара суда Попадића записник сачињен у Управи државне безбедности 25. маја исте године којом приликом се Михаиловић изјаснио да за своје браниоце жели београдске адвокате Николу Ђоновића и Драгића Јоксимовића.<sup>66</sup>

„БРАНИЛАЦ ЈОКСИМОВИЋ: (...) Када сам горњи записник прочитао написао сам и потписао да ми је садржина истог саопштена али да ћу одговорити у току сутрашњег дана пошто сам данас, трећег јуна, болестан. То је било 3 јуна око 15 часова. Истог дана међутим, око 18 часова, уручен ми је од стране горепоменутог Попадића акт следеће садржине: (Цитира акт Војног већа врховног суда ФНРЈ од 3. јуна 1946 године, којим је Драгић Јоксимовић одређен да брани оптуженог Михаиловића Драгољуба по службеној дужности).

ПРЕТСЕДНИК: То све нема везе са вашом одбраном. Изволите дати одбрану оптуженог Михаиловића.

66 Др Драгић Јоксимовић: Браним ђенерала Дражу, *op. cit.*, 46–49.

БРАНИЛАЦ ЈОКСИМОВИЋ: Ова два акта сведоче о томе да суд није хтео да сачека моје изјашњење, него ме је за браниоца по службеној дужности одредио три сата по саопштењу записника од 25 маја 1946 године. Из напред наведеног види се да није била само жеља оптуженог Михаиловића да будем његов бранилац у овом процесу, него је била жеља и Војног већа врховног суда ФНРЈ.

ПРЕТСЕДНИК: Обратите пажњу на оно што говорите пред судом, јер је право суда да позове на одговорност браниоца који се огрешо о вршену дужност.

БРАНИЛАЦ ЈОКСИМОВИЋ: (...) *Бранилац је дужан засиуиати свој браненика ревносно, верно и савесно. Њему је слободно да изнесе све што се чини њојребним, да се на сваки мојући начин њослужи свим срејстивима одбране која се не њројиве закону и њејовој савесји. Јавни тужилац је морао да води рачуна о томе уколико више што се овде ради о службеној одбрани, ма да ја лично нисам никада њравио разлике између добровољне одбране и одбране њо службеној дужностји (курзив – Г. П. Илић). (...).*"

Адвокат Јоксимовић је овим речима изговореним 8. јула закорачио у незаборав, при чему је његов *Via Dolorosa* запечаћен 14. јула 1946. године на Цетињу (дакле, један дан пре изрицања пресуде Миахиловићу) речима Јосипа Броза који је пред окупљеним народом изговорио:

„Тај адвокат брани Михаиловића на начин који је противан интересима наших народа, просто – као сваки *народни нејријател*. Али ово није само *идеолојија* (курзив – Г. П. Илић) адвоката Јоксимовића, већ и других сличних њему, који се крију иза демократске маске.”

Адвокат Јоксимовић је ухапшен 16. јуна 1949. године и оптужен за непријатељску делатност, јер је слушао стране радио станице, учествовао је у политичким разговорима и износио ставове да ће ускоро доћи до рата и да ће „империјалистичке силе победити”, а у нашој земљи ће бити промењено уређење и приступићемо империјалистичком блоку. Осуђен је на три године затвора и губитак грађанских права на годину дана. У сремско-митровачком затвору је умро 1. августа 1951. године, а сахрањен је на заворском гробљу да би на тај начин „издржао” још 290 дана, односно преостали део изречене казне. Након тога је породица могла да преузме тело покојника и да га, у присуству удовице и два рођака, сахрани у породичну гробницу у родном селу Бачина код Варварина.<sup>67</sup>

67 Адвокат Драгић Јоксимовић рехабилитован је 11. децембра 2008. године. У његову част се од 2002. године, у родном месту Бачина на дан његовог рођења, одржавају Дани Драгића Јоксимовића. Адвокатска комора Србије установила је 2020. године Повељу „Драгић Јоксимовић” у циљу подизања угледа адвокатуре и неговања највиших традиција адвокатске професије.

### 3. РАТНИ ЗЛОЧИНИ, ПРАВИЧНИ ПОСТУПАК И МЕЂУНАРОДНО ОБИЧАЈНО ПРАВО

Ради бољег разумева пресуде Великог већа Европског суда за људска права о којој ће у овом делу рада бити речи, даћу неколико напомена о времену на које се предмет, о којем је стразбуршки суд одлучивао, односи. Мазоверове речи умногоме подсећају на Фукоов опис, наведен на почетку рада, о овлашћењима канцелара Сегијеа након што је, у првој половини XVII века, угушио побуну нормандијских сељака. Три века касније, операција Барбароса проширила је обим овлашћења СС-а и на та начин што је, на истоку, терор заменио владавину права, а Химлер добио овлашћења да решава проблеме с цивилима без уплитања судова.<sup>68</sup> Иако Мазовер напомиње да партизани нису никада представљали претњу немачкој владавини, ова тврдња добија другачији призивак ако се сагледа, поред осталог, у светлу операције „Котбус” предузете у мају и јуну 1943. године, када је само једна озлоглашена СС јединица убила преко 10.000 људи, што је чак изазвало протесте немачких цивилних администратора.<sup>69</sup> Цивили су се пред немачким репресалијама склањали у шуму, а то је имало за последицу пораст броја партизана – од можда 30.000 у јануару 1942. године до 93.000 колико их је било до августа исте године.<sup>70</sup> Партизани су били махом Руси и Белоруси, било је и око 20-30.000 Јевреја, али је покрет био много слабији у балтичким државама, украјинским равницама и области Групе Север.<sup>71</sup> Придобивање сељака за партизанску „ствар” није давало нарочите резултате, јер њихово веровање у немачку победу није умањено у току 1943. године.<sup>72</sup> Они нису волели наоружане „пљачкаше” било да су носили немачке униформе или се називали партизанима, а страх да ће их Немци казнити наводио их је да многе партизане предају окупатору.<sup>73</sup>

Предмет којим ћу се позабавити формиран је на основу представке коју је против Републике Летоније, на основу члана 34 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода,<sup>74</sup> поднео Европском суду за људска права<sup>75</sup> 27. августа 2004. године Василиј Кононов, држављанин

68 М. Мазовер, *op. cit.*, 196.

69 У Белорусији је, према немачким евиденцијама, просечан однос убијених Белоруса према убијеним Немцима, био – 73 према 1. М. Мазовер, *Хитлерово царство Нацистичка владавина у окупираној Европи*, (прев. Б. Панић), Belona, Суботица, 2019, 511.

70 *Ibidem.*

71 *Ibid.*, 513.

72 *Ibid.*, 511.

73 *Ibid.*, 511, 512.

74 Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима, са изменама и допунама – ЕКЉП, *Службени лист СЦГ – Међународни ујовори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – исправка и *Службени гласник РС – Међународни ујовори*, бр. 12/2010 и 10/2015.

75 У даљем тексту: Европски суд за људска права или ЕСЉП.

Руске Федерације. Подносилац представке је, пре свега, тврдио да је осудом за ратне злочине због учествовања у војној експедицији 27. маја 1944. године био прекршен члан 7 ЕКЉП. Треће одељење ЕСЉП је 24. јула 2008. године донело пресуду у којој је са четири гласа према три установило да је у овом случају дошло до кршења члана 7 ЕКЉП, као и да подносиоцу представке треба досудити правичну накнаду. Република Летонија затражила је да предмет буде изнет пред Велико веће,<sup>76</sup> што је 6. јануара 2009. године прихваћено.<sup>77</sup>

Летонски судови су у кривичном поступку који је вођен против подносиоца представке утврдили да је у фебруару 1944. године немачка војска открила и уништила групу „црвених партизана” (реч је о совјетским јединицама које су водиле герилски рат против немачких снага) који су се крили у амбару једног сељанина у селу Мазије Бати. Немачка војна управа је неким људима у поменутом селу поделила по пушку и две ручне бомбе. Подносилац представке и његова јединица су сумњичили сељане да су шпијунирали за Немце и да су предали партизане непријатељу. Одлучили су да примене репресалије против сељана. Том приликом је убијено неколико сељака, а неколико је живо спаљено у кућама.<sup>78</sup>

У опису догађаја који је изнео подносилац представке истакнуто је да је недељу дана пре 27. маја 1944. године командир позвао њега и све људе из вода. Обавестио их је да је *њарњиизански суд изрекао њресуду сељанима* (*курзив* – Г. П. Илић) села Мазије Бати који су били умешани у издају „црвених партизана” и наредио им да „изведу шесторицу припадника немачке помоћне полиције из села Мазије Бати пред суд”. Подносилац представке је тврдио да је одбио да предводи операцију (сељаци су га знали још од детињства, па је страховао за безбедност својих родитеља који су живели у суседном селу). Због тога је задатак био поверен другом „црвеном партизану” и он је издавао наређења током операције у селу Мазије Бати. Подносилац представке није ушао у село, већ се крио иза једног грма одакле је могао да види кућу Модеста Крупникса. Убрзо је чуо повике и пушчану паљбу и видео дим. Четврт сата касније „црвени партизани” су се сами вратили. Један је био рањен у руку. Други је носио шест пушака, десет ручних бомби и велику количину муниције, што је све одузето из сеоских кућа. Његова јединица му је казала да није могла да изврши задатак јер су сељани „побегли, отворивши ватру, а и Немци су се појавили”. Он је негирао да је његова јединица опљачкала село Мазије Бати. Када су се вратили у базу „црвени партизани” су строго укорени због тога што нису заробили тражена лица.<sup>79</sup>

76 У даљем тексту: Велико веће или ВВ.

77 ЕСЉП (ВВ), *Копонов њроњииз Лењоније*, 36376/04, 17. мај 2010, §§ 1, 3, 4, 5, 6, <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D,%22appno%22:%5B%2236376/04%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-98669%22%5D%7D>, 1. мај 2024.

78 *Ibid.*, §§ 17–20.

79 *Ibid.*, §§ 23, 24.

Приликом разматрања околности овог случаја Велико веће Европског суда за људска права истакло је да се закони рата не налазе се само у уговорима, „већ и у обичајима и пракси држава који су постепено стицали универзално признање, као и у општим начелима правде које примењују правници и којима се руководе војни судови”.<sup>80</sup> Иако у доктрини не постоји дилема у вези с овим ставом,<sup>81</sup> треба имати у виду Басиунијеве речи да *nullum crimen* има ограничену улогу у међународном кривичном праву и да је *nulla poena* или одсутна у међународном кривичном праву или је примењива само „по аналогји”.<sup>82</sup>

Од бројних закона и обичаја рата на које указује Европски суд за људска права у својој пресуди издвојићу само оне за које сматрам да су значајни за предмет овог рада. Треба поменути најпре Хашку конвенцију (IV) о законима и обичајима рата на копну из 1907. и Правилник уз њу, засновану на Нацрту бриселске декларације из 1874. и Оксфордском приручнику из 1880. У ставу 8. Преамбуле Хашке конвенције (IV) садржана је „Мартенсова клаузула” која предвиђа:

„ (...) Док један потпунији зборник закона рата не буде могао бити проглашен, високе стране уговорнице сматрају корисним да потврде да, у случајевима који нису предвиђени прописима од њих усвојеним, становништво и учесници у рату остају под заштитом и влашћу начела међународног права онаквима како она произлазе из обичаја установљених међу посвећеним народима из захтева човечности и захтева јавне савести. (...)”<sup>83</sup>

Једна од најзначајнијих декларација из Другог светског рата која се односила на гоњење учинилаца ратних злочина била је Московска декларација, потписана 1943. године од стране Уједињеног Краљевства, Сједињених Америчких Држава и Савеза Совјетских Социјалистичких Држава. Прво такво суђење одржано је у Харкову, децембра 1943. године, а Президијум Врховног совјета СССР-а издао је 1943. године указ у коме су установљене казне које

80 *Ibid.*, § 52.

81 R. Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, New York, 2007, 6–9; J. Hafetz, *Punishing Atrocities through a Fair Trial International Criminal Law from Nuremberg to the Age of Global Terrorism*, Cambridge University Press, New York, 2017, 6–21; М. Шкулић, *Међународно кривично йраво*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2020, 69–76; Б. Бановић, С. Бејаговић, В. Турањанин, *Међународно кривично йраво*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2020, 25–40; А. Шкундрић, „Апартхејд у међународном кривичном праву“ *Међународни йравни односи и йрава*, Зборник радова 36. Сусрета Копаоничке школе природног права Слободан Перовић, Том I, Београд, 2023, 573–575.

82 О овом и осталим питањима која искрсавају у међународном кривичном праву вид. К. S. Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge University Press, New York, 2009, 11–45.

83 ЕСЉП (ВВ), *Копонов йројив Лейтоније*, §§ 86, 87.



треба применити. Тужба се позивала на ратна правила утврђена међународним конвенцијама, као и на универзално прихваћене одредбе међународног права. Сва тројица оптужених су, по признању кривице, осуђена на смрт вешањем. *Правичносћ њој суђења* (курзив – Г. П. Илић) доцније је довођена у сумњу.<sup>84</sup>

У Статуту Међународног војног суда у Нирнбергу био је садржан непотпуни списак повреда закона и обичаја рата за која носе одговорност „вође, организатори, подстрекачи или саизвршиоци” и прописане су казне за та кривична дела. Значајно је поменути да је у чл. 8 и 27 Статута помиње појам *њравичносћ*, истина као разлог за ублажавање казне.<sup>85</sup>

Посебан значај за правично суђење имају „Нирнбершка начела”, усвојена средином педесетих година прошлог века од стране Комисије за међународно право, у којима су сажета „начела међународног права онако како су призната” у Статуту и пресуди Међународног војног суда у Нирнбергу. Кључни значај има Начело V које гласи:

„Свако лице које је оптужено за злочин по међународном праву има *њраво на њравично суђење* (курзив – Г. П. Илић) утемељено на чињеницама и праву.”<sup>86</sup>

Када је реч о националним гоњењима за ратне злочине после Другог светског рата за дела учињена у току рата, треба поменути Закон бр. 10 савезничког Контролног савета за Немачку – Кажњавање ратних злочина, злочина против мира и против човечности. Доношење овог закона у децембру 1945. године израз је настојања да се успостави једнообразни правни основ за кривично гоњење ратних злочинаца у Немачкој.<sup>87</sup> На основу овог закона је одржано суђење у предмету Таоци. Оптуженима је стављено на терет да су на окупираним територијама спроводили стрељања по кратком поступку италијанских војника након њихове предаје. Суд је упркос обавези да утврди да није постојала формална објава рата између Немачке и Италије, услед чега је спорно питање да ли су стрељани италијански официри имали право на статус ратних заробљеника, једноставно занемарио ту чињеницу и утврдио да је извршење смртне казне над њима по кратком поступку, без судске пресуде, било „незаконито и у потпуности неоправдано”.

У предмету *Копонов њрошњив Лејтоније* подносилац представке се позвао на члан 7 ЕКЉП сматрајући да је жртва ретроактивне примене кривичног права. Став Великог већа Европског суда за људска права јесте да појам „закон” и члан 7 ЕКЉП обухвата и писано и неписано право, и подразумева одређене квалитативне захтеве, пре свега доступност и предвидљивост. Када је реч о предвидљивости, ЕСЉП подсећа на то да колико

84 *Ibid.*, §§ 108, 109.

85 *Ibid.*, § 117.

86 *Ibid.*, § 122.

87 *Ibid.*, §§ 123, 125, 128.

год да је нека правна одредба јасно формулисана у било ком правном систему, укључујући ту и кривично право, увек постоји *неминовни елементий судској йтумачења* (курзив – Г. П. Илић). Због тога се члан 7 ЕКЉП не може тумачити као одредба која ставља ван закона постепено разјашњавање правила кривичне одговорности кроз судско тумачење од случаја до случаја, под условом да је последични развој у складу са суштином кривичног дела и да се разумно може предвидети.<sup>88</sup> При томе, два става члана 7 ЕКЉП међусобно су повезани и треба их тумачити усаглашено. Имајући на уму оно што је основни садржај овог предмета и ослањајући се на законе и обичаје рата онако како су били примењивани раније и током Другог светског рата, ЕСЉП подсећа да *travaux préparatoires* за ЕКЉП указују на то да је сврха члана 7 став 2 ЕКЉП била да се прецизира како члан 7 ЕКЉП не утиче на законе који су, у сасвим изузетним околностима на крају Другог светског рата, били донети ради кажњавања, *inter alia*, ратних злочина. Другим речима, члан 7 ЕКЉП ни у ком смислу нема за циљ изрицање правног или моралног суда о тим законима.

Желим да кажем још неколико речи у вези са тумачењем члана 7 ЕКЉП. Кажњавање само на основу закона о којем говори члан 7 став 1 ЕКЉП претпоставља да је кривично дело прописано унутрашњим или међународним правом. Појам дела које је у време када је извршено представљало кривично дело по међународном праву треба разликовати од случаја предвиђеног у члану 7 став 2 ЕКЉП. Наиме, док одредба става 1 искључује ретроактивност примене кривичног закона, дотле је у ставу 2 *ретроактивностий изричиийо дозвољена*, под условом да је реч о кривичном делу које је у време извршења сматрано кривичним делом према општим правним начелима која признају цивилизовани народи.

Да би међународно право могло да производи одређени учинак на унутрашњем плану, потребно је да држава преузме међународне обавезе и да своје унутрашње право усклади с њима. На који начин ће то бити учињено зависи од саме државе, тако да само оно међународно право које представља саставни део унутрашњег правног поретка може бити посматрано у светлу начела законитости кривичних дела и казни о којем говори члана 7 ЕКЉП. Другим речима, о кажњивости одређеног кривичног дела се може говорити тек након његовог „уношења” из међународног права у унутрашње право. Постоји, међутим, и мишљење да ретроактивна примена националног кривичног закона не би била противна члану 7 став 1 ЕКЉП, ако је дело у време извршења представљало кривично дело по међународном праву.

Европски суд за људска права се овим питањима бавио у неколико предмета од којих су најпознатија два која се односе на „берлински зид”. Реч је о осудама за кривично дело убиства источнемачких грађана који су илегално покушали да пређу границу Немачке Демократске Републике и уђу на територију Савезне Републике Немачке. Изречене након уједињења

88 *Ibid.*, §§ 184, 185.

Немачке, осуђујуће пресуде, које су биле оспорене пред Европским судом за људска права, односиле су се у предмету *Strelez, Kessler u Krenz њројшив Немачке*<sup>89</sup> на источнонемачке руководиоце, док је у предмету *К.-Н. В. њројшив Немачке*<sup>90</sup> подносилац представке био један војни граничар.

Европски суд за људска права је најпре утврдио да су осуђујуће пресуде имале свој правни основ у кривичном праву Немачке Демократске Републике које је важило у време извршења кривичног дела. Околност да су осуде уследиле тек након уједињења не значи да дела нису представљала кривична дела по праву Немачке Демократске Републике.<sup>91</sup> Суд је подсетио да у смислу члана 7 става 1 ЕКЉП колико год била јасно одређена нека кривична одредба, у сваком правном систему постоји неизбежно елемент судског тумачења и увек ће бити потребно отклонити нејасноће и извршити прилагођавање променама ситуације.<sup>92</sup> Иако је став о развоју судске праксе заступао и у неким ранијим пресудама, Европски суд за људска права је сада отишао знатно даље допустивши да *радикална њромена њолијшичкој и друшјивеној окружења* има за последицу промену правног система која није противна начелу законитости и забрани ретроактивне примене кривичног закона. У прилог томе је наведен раскорак између државне праксе надзора границе којом су на флагрантан начин кршена основна права, а нарочито право на живот као највиша вредност на лествици људских права на међународном плану. Таква пракса је лишила суштине законодавство на којем се заснивала а које су примењивали и судови, тако да оно није могло бити квалификовано као „право” у смислу члана 7 ЕКЉП.<sup>93</sup>

До које мере је у наведеним предметима правна сигурност узмакла пред владавином права сведочи издвојено мишљење судије Барета<sup>94</sup> у предмету

89 ЕСЉП (ВВ), *Strelez, Kessler u Krenz њројшив Немачке*, 34044/96, 35532/97 и 44801/98, 22. март 2001, [http://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-59353%22\]](http://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-59353%22])}, 1. мај 2024.

90 ЕСЉП (ВВ), *К.-Н. В. њројшив Немачке*, 37201/97, 22. март 2001, [http://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-59352%22\]](http://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-59352%22])}, 1. мај 2024.

91 ЕСЉП (ВВ), *Strelez, Kessler u Krenz њројшив Немачке*, §§ 55, 79; *К.-Н. В. њројшив Немачке*, §§ 50, 82.

92 ЕСЉП (ВВ), *Strelez, Kessler u Krenz њројшив Немачке*, § 82; *К.-Н. В. њројшив Немачке*, § 85.

93 ЕСЉП (ВВ), *Strelez, Kessler and Krenz њројшив Немачке*, § 87; *К.-Н. В. њројшив Немачке*, § 90.

94 ЕСЉП (ВВ), *К.-Н. В. њројшив Немачке*, Partly dissenting opinion of Juge Cabral Barreto, § 5. Зупанчич истиче да судска већа (мисли и на Велико веће – прим. Г. П. Илић) у ЕСЉП поступају као редакцијски комитет. У већини случајева чланови Секретаријата ЕСЉП припремају нацрт пресуде пре него што консултују судије. Суштина пресуде, већина ставова, приређена је од стране адвоката Секретаријата и поднета на одлучивање већима ЕСЉП. Једини текстови који су у целини написани од стране судија јесу издвојена мишљења. В. М. Zupančič, *Sur la cour européenne des droits de l'homme Rétrospective d'un initié (1998–2016)*, L'Harmattan, Paris, 2018, 27.

К.-Н. В. йроїив Немачке. Већина судија сматрала је да је умишљајно убиство које је учинио граничар било у довољној мери доступно и предвидљиво на основу правила међународног права која се односе на заштиту људских права, тако да није потпадало под режим застарелости кривичног гоњења.<sup>95</sup> Насупрот томе, судија Барето је сматрао да се тешко може прихватити тумачење да је појам „злочина против људских права” био довољно развијен како би се, нарочито уз помоћ судског тумачења, у време наступања застарелости кривичног гоњења могло сматрати да је подносилац представке учинио такво дело. Проблем застарелости није решен нити доношењем посебног закона којим је почетак рока застарелости кривичног гоњења, уместо од времена када је дело учињено, рачунат од тренутка када је престала да постоји Немачка Демократска Република. Наиме, у случају када су протекли рокови у којима је изворно било могуће предузети кривично гоњење, њихово продужавање је противно начелу правне сигурности и представља повреду члана 7 ЕКЉП.

Након излета у члан 7 ЕКЉП, враћам се на пресуду *Копонов йроїив Лейтоније*. Велико веће Европског суда за људска права, разматрајући догађај из маја 1944. године, истиче да је постојање сумње да су цивили који су учествовали у непријатељствима повредили *jus in bello*, представљало основ за њихово хапшење, *йравично суђење* (курзив – Г. П. Илић) и кажњавање од стране војних или цивилних трибунала за такве поступке, а њихово масовно погубљење без тог суђења било би супротно законима и обичајима рата.<sup>96</sup>

У случају да унутрашње право није предвиђало конкретне карактеристике неког ратног злочина, домаћи судови су могли да се ослоне на међународно право као на основу за своје закључивање, а да притом не наруше начело *nullum crimen* и *nulla poena sine lege*. На тај начин су се, поред важних суђења пред међународним војним судовима, одвијала и суђења пред домаћим судовима *йоком Друїої свеїскої райиа* (пре свега у СССР-у) и *одмах йосле Друїої свеїскої райиа*, која су се односила на наводне ратне злочине учињене током тог рата; притом су нека суђења била *йосебно зайажена* због тога што су на њима свеобухватно третирана релевантна начела закона и обичаја рата, посебно она која су се односила на *йоїйребу за йравичним суђењем* (курзив – Г. П. Илић) борцима и цивилима за које се сумња да су учинили ратне злочине.<sup>97</sup> У случају да је читаоцу то промакло, желим да истакнем да за разлику од Уставног суда који сматра да у поступку за рехабилитацију судску одлуку треба ценити са становишта начела и стандарда који су важили у време њеног доношења,<sup>98</sup> Европски суд за људска права говори искључиво о правичном суђењу, док Начело V из „Нирнбершких начела” предвиђа право на правично суђење.

95 ЕСЉП (ВВ), К.-Н. В. йроїив Немачке, §§ 105, 110.

96 ЕСЉП (ВВ), *Копонов йроїив Лейтоније*, § 204.

97 *Ibid.*, §§ 208, 210.

98 Уставни суд, *Уж-1671/2014*, 21. децембар 2017, *Билїен Усїавної суда за 2017. йодину*, 645.

Не треба зато да чуди став Великог већа Европског суда за људска права да су, чак и ако се сматрало да су сељани учинили ратне злочине, подносилац представке и његова јединица били овлашћени по *обичајном међународном њраву 1944. године* само да ухапсе сељане, да се постарају за њихово *њравично суђење* (курзив – Г. П. Илић) и потом да изврше изречену казну. Без обзира на то да ли је *њарјизанско суђење заиста одржано* или не, *суђење ојшуженим сељанима in absentia*, без њиховој знања или учешћа, после чега је уследила њихова *ејзекуција*, не би се могло оквалификовајти као *њравично суђење* (курзив – Г. П. Илић).<sup>99</sup> С обзиром да је реч о ствари која не оставља никакве сумње, а делом и због тога што је у представци истакнута повреда члана 7 став 1 ЕКЉП, Европски суд за људска права се ограничио на закључак да осуда подносиоца представке за ратне злочине није представљала кршење члана 7 став 1 ЕКЉП.

#### 4. ЗАВРШНИ ОСВРТ

Хана Арент је почетком друге половине XX века, разматрајући разлике између јавне и приватне области у античко доба, написала:<sup>100</sup>

„ (...) Мисао је била секундарна у односу на говор, али се сматрало да су говор и радња истоврсни и једнаки, истог ранга и исте врсте; а ово је првобитно значило не само да се већина политичких акција, у оној мери у којој су оне изван сфере насиља, заиста обавља речима, већ што је основније, да проналажење правих речи у правом тренутку, сасвим одвојено од информација или комуникације које могу пренети, јесте акција. Само је насиље немо, и из тог разлога само насиље никада не може бити велико. (...)”

Два случаја која сам анализирао у овом раду у суштини се могу свести на однос речи и насиља. Први бих описао као *вербалну акцију* којом се одбрана, а пре свега бранилац Јоксимовић, супротставља насиљу *униформисаном* у процедуралну одежду. Иако је у том настојању био изложен не само разним ускраћивањима и поступцима који се могу разумети као *сћавање у изјлед некој зла*, његова судбина је (уосталом, као и судбина његовог браћеника) била с врха пирамиде моћи запечаћена Титовим речима да бранилац поступа као народни непријатељ, и да својим наступом изражава непријатељску идеологију. Убрзо након тога уследила је репресија према адвокату др Драгићу Јоксимовићу. На другој страни, ни огољено насиље или брзо извршење правде, како је Дедијер назвао стрељање Пунише Рачића октобра 1944. године, уосталом као ни акција „црвених партизана” у селу

99 ЕСЉП (ВВ), *Копонов њројив Лејоније*, §§ 221.

100 Н. Arendt, *The Human Condition*, Second Edition, The University of Chicago Press, Chicago, 1998, 25, 26.

Мазије Бати, без обзира да ли је њиховој егзекуцији претходило суђење пред партизанским судом, чињеницом да је то учињено *in absentia*, дакле, уз ускраћивање прилике да им се саопшти за шта су оптужени и да се у вези с тим изјасне, представљало је повреду права на правично суђење.

Док сам читао решење о рехабилитацији Драгољуба Михаиловића било ми је донекле криво што се судско веће није позвало и на пресуду *Копонов њројив Лејоније*. Да ли је реч о свесном избору, незнању за стразбуршку пресуду или нешто друго, схватио сам да није од неког посебног значаја, јер је суштина у томе да је Виши суд у Београду дошао до истих закључака као Велико веће Европског суда за људска права у предмету о којем је одлучивало неколико година пре рехабилитације Михаиловића. Да ли је реч о нечему што би се могло назвати природно осећање за право или је у питању само стицај срећних околности? У сваком случају ухваћен је талас промене за који је својевремено Делмас-Марти рекла<sup>101</sup> да, после скоро два века у којима су преовладала либерална схватања о закону као изразу опште воље, судским јемствима или учењу о правној држави, долази до преокрета услед ратних разарања и страхова, и настаје нова концепција правне државе засноване на постојању основних слобода и права.

Отворено је међутим питање универзалности људских права у свету који се одликује различитошћу култура.<sup>102</sup> Зупанчич је изричит да говорити о „људским правима” као да је реч о усклађеној ствари на читавом континенту нема смисла.<sup>103</sup> Хобсбаум,<sup>104</sup> имајући у виду оружане интервенције које су Сједињене Државе предузимале крајем прошлог и почетком овог века на територијама других држава ради очувања или успостављања људских права, пише о империјализму људских права. Да ово није далеко од истине сведочи Зупанчич који наводи податке да су Државни секретаријат САД и Централна обавештајна агенција обезбедила тајно финансирање за доношење ЕКЉП и оснивање ЕСЉП.<sup>105</sup>

Ако оставим по страни настојање да се прошири *common law* утицај и остваре други циљеви геополитичког карактера, идеја водиља о европском систему заштите основних слобода и права може се одредити као настојање да се успостави истинска *rule of law* или, како то назива Зупанчич,<sup>106</sup> „аутономно правно закључивање” које је било страно континенталној Европи.

101 M. Delmas-Marty, „Introduction”, у: M. Delmas-Marty, Claude Lucas de Leyssac (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux Introduction, textes et commentaires*, deuxième édition, Le Seuil, Paris, 2002, 9, 10.

102 D. Lochak, *Les droits de l'homme*, Édition La Découverte, Paris, 2002, 49.

103 B. M. Zupančič, *op. cit.*, 29.

104 E. Хобсбаум, „Предговор”, у: E. Хобсбаум, *Глобализација, демократија и шериоризам*, Архипелаг, Београд, 2008, 12.

105 B. M. Zupančič, *op. cit.*, 38, 39. Вид. A. Evans-Pritchard, „Euro-federalists financed by US spy chiefs”, *The Telegraph*, 19 September 2000, <https://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/1356047/Euro-federalists-financed-by-US-spy-chiefs.html>, 1. мај 2024.

106 B. M. Zupančič, *op. cit.*, 19.

Одсуство демократске традиције представљало је основни разлог што је утицај *common law*-а на континентални правни формализам било много мањи од очекиваног.<sup>107</sup> Иако је ЕСЉП постао уставни суд Европе који поступа на неформалан начин, формалистички ментални став који преовлађује код судија и адвоката у стразбуршком суду не престаје да подрива читав подухват.<sup>108</sup> Штавише, Зупанчич сматра да се може говорити о порасту правног формализма, чему посебно доприноси избор све осредњијих судија.

Не спадам у оне који имају нарочита очекивања од права, а то је вероватно последица става да људска цивилизација није далеко одмакла од својих архетипских образаца. Канети је разликовао две основне врсте смрти на које хорда или *народ* (*курзив* – Г. П. Илић) осуђује појединца: једна од њих је *изјон*, а други облик је *заједничко убијање*.<sup>109</sup> У средњем веку су смакнућа вршена с раскошном помпом и трајала су што је дуже могуће, док се у револуционарним раздобљима убрзавају.<sup>110</sup>

Било је у средњем веку одступања од правила на које указује Канети, а о једном таквом случају говорио је Фуко на предавању одржаном 29. јануара 1975. године на Колеж де Франсу.<sup>111</sup>

„ (...) Још на крају XVII наилази се на исте примере претеране ритуалне моћи. Овај пример је позајмљен из судске праксе Авињона (ради се о Папској држави и, дакле, то се није тачно догодило у Француској, али, најзад, то вам даје општи стил и економске принципе који су руководили мучењем). „Massola” се састојала у овоме. Осуђени је био привезан, са повезом преко очију. Свугде око губилишта, постављени су колци са гвозденим кукама. Исповедник је покајнику на ухо говорио и, „након што га је благословио, целат који има гвоздени маљ, какав се користи у котловима за шурење стоке, свом снагом задаје ударац у слепоочницу несрећника, који пада мртав”. И управо након смрти почиње мучење. Јер, након свега, то није било толико кажњавање кривца, већ ритуално испољавање бескрајне моћи кажњавања: то је тај обред моћи кажњавања, развијајући се сам од себе и у тренутку када је његов објекат нестао, распомамљено се баца на мртваца. Након што је несрећник пао мртав, у том тренутку целат „који има велики нож, пререже му грло, што га облива крвљу, и чини призор страшним за гледање; сече му тетиве на обе пете, и затим му распори стомак и чупа срце, јетру, слезину, плућа које качи на гвоздене куке и реже

107 *Ibid.*, 19, 20.

108 *Ibid.*, 20.

109 Е. Canetti, *Masa i моћ* (prev. J. Planinc), Графички завод Хрватске, Загреб, 1984, 40.

110 *Ibid.*, 40.

111 М. Foucault, *Les anormaux Cours au Collège de France. 1974–1975*, Gallimard/Seuil, Paris, 1999, 78.

и уситњава на комадиће да их окачи на друге куке, као што се ради са оним од животиње. Нека гледа ко може да гледа.” (...).”

Због чега сам навео пример авињонског погубљења? Разлог је једноставан, јер је бескрајна моћ кажњавања испољена *post mortem*, што ме неодржљиво подсећа на судбину осуђеног адвоката Јоксимовића<sup>112</sup> који је на затворском гробљу морао да одслужи још скоро годину дана изречене затворске казне. Не верујем да су комунистички властодршци проучавали средњовековне начине погубљења, иако ни то не треба у потпуности искључити, јер су, како бележи Драгослав Михаиловић,<sup>113</sup> веома подробно истражили методе за добијање признања, ефикасније од уобичајене тортуре која није давала жељене резултате. Мислим да је пре реч о менталном или, рекао бих, револуционарном инстинкту уз помоћ којег се осваја и задржава власт.

Адвокат Драгић Јоксимовић није имао такав инстинкт, о чему сведоче речи које је увече, око 19.30 часова, изговорио у завршној речи на суђењу одржаном у великој сали Дома гарде у Топчидеру. Своју бранилачку дужност опослио је *ревностно, верно и савесно*, послуживши се свим средствима која се *не йројиве закону и власїиийој савесїи*. И судије Александар Трешњев, председник већа, и Предраг Васић и Вукица Исаков, чланови већа које је одлучивало о рехабилитацији Драгољуба Михаиловића, поступили су на исти начин. Уосталом, као и њихове колеге из Великог већа Европског суда за људска права.

Да ли су, дакле, рат и правично суђење *contradictio in adiecto*? Иако сам склон потврдном одговору, предмети које сам анализирао, а нарочито пример адвоката др Драгића Јоксимовића, уливају ми трачак наде да прозборим да се бар за поједине од нас може рећи: *Dum spiro spero*.

## ЛИТЕРАТУРА

- Антић Ч., *Српска историја*, Vukotić Media, Београд, 2022.
- Антић Ч., „Стјепан Радић Крваве клупе у скупштини”, у: Ч. Антић, *Убисїва у српској историји: од Немањића до Немањине*, Vukotić Media, Београд, 2023б.
- Антић Ч., „Драгољуб<sup>114</sup> Дража Михаиловић У таласима великих обмана”, у: Ч. Антић, *Убисїва у српској историји: од Немањића до Немањине*, Vukotić Media, Београд, 2023а.
- Arendt H., *The Human Condition*, Second Edition, The University of Chicago Press, Chicago, 1998.

112 Уосталом, као и масакрирање леша његовог браћеника Михаиловића, што потврђује фотографија начињена након извршења смртне казне.

113 Д. Михаиловић (2005), *op. cit.*, 16, 17.

114 С обзиром да Антић у раду посвећеном Михаиловићу правилно наводи његово име – Драгољуб, претпостављам да је реч о штампарској грешци да се у наслову налази име – Драгослав. Због тога сам у фуснотама и списку литературе изменио име, и уместо Драгослав написао Драгољуб.



- Бановић Б., Бејатовић С., Турањанин В., *Међународно кривично њраво*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2020.
- Canetti E., *Masa i моћ* (prev. J. Planinc), Grafički zavod Hrvatske, Zagreb, 1984;
- Cryer R. et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, New York, 2007.
- Ђирјаковић З., „Од маћехе Друге Србије до бабице аутошовинизма”, у: З. Ђирјаковић, *Откривање аутошовинизма*, Catena mundi, Београд, 2021.
- Delmas-Marty M., „Introduction”, у: M. Delmas-Marty, C. Lucas de Leyssac (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux Introduction, textes et commentaires*, deuxième édition, Le Seuil, Paris, 2002.
- Елијас Н., *Процес цивилизације Социоенетишка и ѡсихоенетишка исцраживања* (прев. Д. Јањић), Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, Нови Сад, 2001.
- Филиповић М., „Социологија смета *Homo academicus / homo politicus*”, у: П. Бурдије, *Владавина мушкараца* (прев. М. Филиповић), ЦИД, Универзитет Црне Горе, Подгорица, 2001.
- Foucault M., *Les anormaux Cours au Collège de France. 1974–1975*, Gallimard/Seuil, Paris, 1999.
- Foucault M., *Théories et institutions pénales Cours au Collège de France 1971–1972*, Gallimard/Seuil, Paris, 2021.
- Gallant Kenneth S., *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge University Press, New York, 2009.
- Hafetz J., *Punishing Atrocities through a Fair Trial International Criminal Law from Nuremberg to the Age of Global Terrorism*, Cambridge University Press, New York, 2017.
- Хобсбаум Е., *Доба експрема Историја Крајкој двадесетог века 1914–1991*, (прев. П. Ј. Марковић), Дерета, Београд, 2002.
- Хобсбаум Е., „Предговор”, у: Е. Хобсбаум, *Глобализација, демократија и тероризам*, Архипелаг, Београд, 2008.
- Илић Г. П., „Дискурс о моћи, знању и кривичном правосуђу”, *Казнена реакција у Србији XII део* (ур. Ђ. Игњатовић), Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2022.
- Lochak D., *Les droits de l'homme*, Édition La Découverte, Paris, 2002.
- Ломпар М., *Дух самојорицања Прилој кријици српске културне ѡполишке У сени ѡуђинске власи*, десето издање, Catena mundi, Београд, 2020.
- Мазовер М., *Мрачни конјиненј Евроја у двадесетом веку* (прев. А. Драгослављевић), Архипелаг, Београд, 2011.
- Мазовер М., *Хитлерово царствво Нацистичка владавина у окупираној Евроји* (прев. Б. Панић), Belona, Суботица, 2019.
- Михаиловић Д., *Голи ошок Књија друја*, Београдски издавачко-графички завод, Српска књижевна задруга, Београд, 1995.
- Михаиловић Д., *Крајка исцорија сацрања*, Завод за уцбенике и наставна средства, Београд, 2005.

- Павловић С. К., *Историја Балкана 1804–1945.*, треће издање (прев. Ч. Антић), Сlio, Београд, 2018.
- Шкулић М., *Међународно кривично йраво*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2020.
- Шкундрић А., „Апартхејд у међународном кривичном праву“, *Међународни йравни односи и йравда*, Зборник радова 36. Сусрета Копаоничке школе природног права Слободан Перовић, Том I, Београд, 2023.
- Тодоровић М., *Судија смрти Истийина о суђењу Дражи Михаиловићу и његовој ликвидацији*, ID Leo commerce, Београд, 2011.
- Томовић П., „Српски надреализам или писци у „служби народа“: једна пасквила, *Авангарда и коментари: међународни научни зборник радова у частй йроф. Гојка Тешића*, Посебна издања (43), Београд, 2021.
- Zupančić В. М., *Sur la cour européenne des droits de l’homme Rétrospective d’un initié (1998–2016)*, L’Harmattan, Paris, 2018.

## ПРАВНИ ПРОПИСИ

- Устав Републике Србије, *Службени йласник РС*, бр. 98/2006, 115/2021 и 16/2022.
- Закон о рехабилитацији, *Службени йласник РС*, бр. 33/2006.
- Закон о рехабилитацији, *Службени йласник РС*, бр. 92/2011.
- Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима, са изменама и допунама, *Службени листй СЦГ – Међународни ујовори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – исправка и *Службени йласник РС – Међународни ујовори*, бр. 12/2010 и 10/2015.
- Законик о судском кривичном поступку за Краљевину Југославију, *Службене новине Краљевине Јујославије*, бр. 33-XVI/29, 245-LXXV/31, 74-XXIII/33 и 71-XVII/35.
- Одлука Председништва Антифашистичког већа народног ослобођења Југославије о укидању и неважности свих правних прописа донетих од стране окупатора и његових помагача за време окупације, о важности одлука које су у то време донете, о укидању правних прописа који су били на снази у часу непријатељске окупације, *Службени листй ДФЈ*, бр. 4/1945.

## СУДСКА ПРАКСА

- Решење Рех. бр. 69/10 од 14. маја 2015. године, <https://www.bg.vi.sud.rs/files/DRAZA.pdf>, 1. мај 2024.
- Уставни суд, *Уз-149/2009*, 17. новембар 2011, <https://sirius.rs/cyr/praksa/2MqPEA>, 1. мај 2024.
- Уставни суд, *Уж-1671/2014*, 21. децембар 2017, *Билйен Устйавној суда за 2017. йодину*, Уставни суд, ЈП Службени гласник, Београд, 2019.
- Илић Горан П., „ИЗДВОЈЕНО САГЛАСНО МИШЉЕЊЕ у предмету *Уж-1671/2014*“, *Билйен Устйавној суда за 2017. йодину*, Уставни суд, ЈП Службени гласник, Београд, 2019.

- ЕСЉП (ВВ), *Strelez, Kessler u Krenz њројив Немачке*, 34044/96, 35532/97 и 44801/98, 22. март 2001, <http://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-59353%22>}, 1. мај 2024.
- ЕСЉП (ВВ), *К.-Н. В. њројив Немачке*, 37201/97, 22. март 2001, <http://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-59352%22>}, 1. мај 2024.
- ЕСЉП (ВВ), *Копонов њројив Лејтоније*, 36376/04, 17. мај 2010, §§ 1, 3, 4, 5, 6, <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%22languageisocode%22:%22ENG%22,%22арро%22:%2236376/04%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-98669%22>}, 1. мај 2024.

## ОСТАЛИ МАТЕРИЈАЛИ

- Др Драјић Јоксимовић: Браним ђенерала Дражу* (прир. М. Самарџић), Погледи, Крагујевац, 2015.
- Рехабилитација генерала Михаиловића – завршна реч у поступку рехабилитације ђенерала Драгољуба Драже Михаиловића (12. мај 2015.), <https://savremenaistorija.com/2015/05/14/rehabilitacija-general-a-mihailovica-zavrсна-rec-u-postupku-rehabilitacije-denerala-dragoljuba-draze-mihailovica-12-maj-2015/>, 1. мај 2024.
- Рехабилитација Драже: Ревизија историје, славље и ојорчење, <https://www.slobodnaevropa.org/a/sud-rehabilitovao-drazu-mihailovica/27016033.html>, 1. мај 2024.
- Секуловић А., *Правне некоректносии у рехабилитацији Драже Михаиловића*, <https://pescanik.net/pravne-nekorektnosti-u-rehabilitaciji-draze-mihailovica/>, 1. мај 2024.
- Уставна иницијатива Канцеларија Бељански, <https://pescanik.net/ustavna-inicijativa/>, 1. мај 2024.
- Evans-Pritchard A., „Euro-federalists financed by US spy chiefs”, *The Telegraph*, 19 September 2000, <https://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/1356047/Euro-federalists-financed-by-US-spy-chiefs.html>, 1. мај 2024.

**Goran P. Ilić, PhD\***

## WAR AND FAIR TRIAL – CONTRADICTION IN ADIECTO?

### Summary

*The paper discusses the possibility of applying law in war and post-war conditions. Not only wars, but also revolutionary events put law as a touchstone that should show whether there is a place for the application of*

\* Full Professor, University of Belgrade – Faculty of Law, [gilic@ius.bg.ac.rs](mailto:gilic@ius.bg.ac.rs).

*law in those stormy times. Brutal executions, staged trials, passing of laws that put entire groups of people outside the legal order, all of this leads to the conclusion that the combination of war and law is impossible or that, in the best case, it is a legal norm that has a decorative role.*

*After the introductory remarks, the author analyzed the case of the rehabilitation of Dragoljub Mihailović. This case from 2015 attracted a lot of attention from the public, both general and expert, with comments that primarily expressed political attitudes towards the Chetnik movement during the Second World War. Although there were also views that were primarily focused on legal issues related to the rehabilitation of Mihailović, the paper exclusively considered the legal arguments presented in this regard. At the same time, in addition to the proceedings against the accused Mihailović in 1946, special attention was paid to the proceedings in that process, and therefore to the fate of his defense counsel, lawyer Dragić Joksimović.*

*The second subject analyzed in the paper refers to the case of Koonov v. Latvia, which was decided by the Grand Chamber of the European Court of Human Rights in 2010. Although it is half a decade „older” than the decision by which Mihailović was rehabilitated, there was no mention of this verdict in the professional public, especially in the comments of the decision of the High Court in Belgrade. And in it, as shown in the paper, some of the legal issues that were of essential importance for making a decision on rehabilitation were considered. I am referring here first of all to the right to a fair trial, which the European Court of Human Rights, unlike our Constitutional Court and certain expert comments that have been in the public, does not link to the time in which the accused was tried for a war crime, but observes this concept on the way it is done today.*

*In the final remarks, the author reduces his analysis to the dichotomy between words and violence, and concludes that violence, although silent, is usually more effective than words. At the same time, the power of certain words is reduced only to the arguments presented with them, while other words are harbingers of the violence that will follow. Words and violence are what unites both analyzed subjects, but it is also fair procedure, a concept that arose from the doctrine of human rights and fundamental freedoms. It is about the inflow, apparently not accidental, of Anglo-American law into the continental legal system, so it should not be surprising that there is still tension between the rule of law or „autonomous legal reasoning” in the common law legal system and continental legal formalism.*

**Key words: War, fair trial, rehabilitation, principle of legality in criminal law, court.**

## КУМУЛАТИВНЕ ОСУДЕ У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВОСУЂУ<sup>1</sup>

*Апстракт:* Аутор критички разматра питање доуштинености кумулативних осуда у праву и пракси међународних кривичних судова и трибунала, које се темељи на стандарду који је остварило Жалбено веће Међународној кривичној трибунала за бившу Југославију у предмету Челебићи. Поставља се питање да ли је стандард из предмета Челебићи адекватан за решавање питања кумулативних осуда у међународном кривичном правосуђу. У том контексту аутор разматра однос између кумулативних осуда и кумулативних и алтернативних оптужби, зајим указује на тенденцу стандарда из предмета Челебићи и опширо критикује постављени стандард, зајим се бави питањима везаним за “систем” међународних кривичних дела и примерености изрицања кумулативних осуда као и питањем примерене шесте за изрицање кумулативних осуда. Намера рада је да укаже на питања која треба разрешити у даљем „развоју“ можда најсложенијег питања међународној кривичној праву и међународној кривичној правосудју.

**Кључне речи:** Кумулативне осуде, Међународни кривични трибунал за бившу Југославију, Механизам за међународне кривичне трибунале, Међународни кривични суд, Челебићи тест.

---

\* Ванредни професор Универзитета у Београду – Правног факултета, главни правни саветник у Министарству спољних послова Републике Србије и саветник у Министарству правде Републике Србије, ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-4603-1608>, gajic@ius.bg.ac.rs. Становишта изражена у овом раду су становишта аутора и нису нужно и становишта Министарства спољних послова, Министарства правде или Владе Републике Србије.

1 Овај рад је настао као резултат истраживања у оквиру стратешког пројекта за 2024. годину „Проблеми стварања, тумачења и примене права“ (подтема: „Правосуђе и изазови данашњице“ – тема истраживачке групе: „Правна заштита од рата и у рату“), који финансира Правни факултет Универзитета у Београду.

## 1. УВОД

Под кумулативним осудама (*cumulative convictions*)<sup>2</sup> у пракси међународних кривичних судова подразумевају се „вишеструке осуде које се изричу према различитим одредбама статута на основу истог понашања.“<sup>3</sup> Међународни кривични трибунал за бившу Југославију (МКТЈ), Међународни кривични трибунал за Руанду (МКТР),<sup>4</sup> Механизам Уједињених нација за међународне кривичне трибунале (Механизам)<sup>5</sup> и Посебни трибунал за Либан (ПТЛ)<sup>6</sup> имају јединствен приступ питању могућности изрицања кумулативних осуда који се заснива на стандарду који је Жалбено веће МКТЈ дефинисало у предмету *Челебић*. Стални кривични суд (СКС)<sup>7</sup> умногосте ослања на праксу *ad hoc* трибунала,<sup>8</sup> мада се чини да још увек постоји простор за темељније разматрање овог питања. И поред вишедеценијске праксе и великог броја пресуда, чини се да оно још увек није решено на начин који одговара природи „система“ међународних кривичних дела која су у надлежности међународних кривичних судова и трибунала и подложно

- 
- 2 У пракси Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију термин „*cumulative convictions*“ се обично преводи са „осуђујуће пресуде.“ Међутим, како је пресуда акт надлежног већа којом се одлучује у кривичној ствари, односно изричу осуде (*convictions*) или ослобађање од оптужби (*acquittals*), сматрамо да је примеренији превод наведеног термина „кумулативне осуде“ а не „кумулативне осуђујуће пресуде.“ Једном пресудом (*judgement*) може се изрећи више осуда (*convictions*).
  - 3 Под конкурентним осудама (*concurrent convictions*) подразумевају се осуде за исто кривично дело према различитим видовима (основима) одговорности (*modes of liability*). Примера ради, удружени злочиначки подухват, помагање и подржавање, подстицање, командна одговорност итд.
  - 4 Будући да су МКТЈ и МКТР имали исто Жалбено веће јуриспруденција ова два трибунала је углавном уједначена. Стога, оно што будемо изнели у вези са јуриспруденцијом МКТЈ углавном једнако важи и за МКТР, и обрнуто. Питање допуштености изрицања кумулативних осуда за исто понашање је правно питање, и у складу са праксом МКТЈ, одлуке Жалбеног већа имају нарочит значај, будући да је, како је истакло Жалбено веће, „улога Жалбеног већа као коначног арбитра у вези са питањима меродавног права које примењује Трибунал подразумева да оно мора претресним већима давати смернице за њихово тумачење права“ Види, примере ради, *The Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, IT- 95-14/2-A, Judgement, para. 1031.
  - 5 *International Residual Mechanism for Criminal Tribunals*, Security Council Resolution 1966 (2010), UN Doc. S/Res/1966(2010), 22 December 2010.
  - 6 Special Tribunal for Lebanon (PTL).
  - 7 International Criminal Court (ICC).
  - 8 International Criminal Court, Situation in the Central African Republic in the case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bembo Gombo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 21 March 2016, paras. 743-751, Situation in Uganda in the case of The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Case No.: Icc-02/04-1/15, Public Redacted Trial Judgment, 04. February 2021. para. 2792

је оштрој критици.<sup>9</sup> Питање кумулативних осуда (као и конкурентних осуда) је једно од најсложенијих кривичноправних питања, док се у међународном кривичном праву ово питање чини још сложенијим због особености „система“ међународних кривичних дела из надлежности међународних кривичних судова и трибунала.

У савременом међународном кривичном правосуђу питање допуштености изрицања кумулативних осуда начелно је решено преузимањем стандарда из предмета *Blackburger v. United States* који је установио Врхови суд САД (1932), према коме се „могу изрећи вишеструке осуде по различитим законским одредбама уколико свака од тих законских одредби тражи да се докаже нека чињеница коју друга одредба не тражи“.<sup>10</sup> Ослањајући се на овај „стандард“ Жалбено веће МКТЈ је закључило: „Жалбено веће сматра да разлочи правичности према оптуженом и принцип да само различита кривична дела оправдавају вишеструке осуде намећу закључак да су вишеструке осуде по различитим одредбама за исто понашање допустиве само ако свака од дотичних одредби садржи материјално различити елемент која друга не садржи. Елемент је материјално различит од неког другог елемента ако захтева доказ чињеница који други елемент не захтева.“<sup>11</sup> Жалбено веће је даље изнело да „ако овај тест није задовољен, веће мора да одлучи за које ће кривично дело оптуженог прогласити кривим. При доношењу те одлуке треба да се руководи принципом да осуду треба изрежи по ужој од две одредбе... ако неки скуп чињеница санкционишу две одредбе, од којих једна садржи додатни елемент који је материјално различит, осуду треба изрећи само по тој другој одредби.“<sup>12</sup>

Пракса МКТЈ и МКТР је јединствена у томе да „приликом примене теста из предмета *Челебићи* треба размотрити правне елементе сваког кривичног дела, а не радње или пропусте којима је то дело остварено. Треба испитати шта се за свако поједино кривично дело захтева у правном смислу... Тест за кумулативне осуде служи да оствари двоструку сврху: да се осигура да оптужени буде осуђен само за засебна кривична дела, и једновремено, да се осигура да те осуде у потпуности одражавају његову кривичну одговорност.“<sup>13</sup>

9 Види примера ради, на пример: I. Erdei, “Cumulative convictions in international criminal law: reconsideration of a seemingly settled issue”, *Suffolk Transnational Law Journal*, Vol. 34/2, 2011.

10 *Blockburger v. United States*, 284 U.S. 299, 304 (1932) (“*Blockburger*”). “Where the same act or transaction constitutes a violation of two distinct statutory provisions, the test to be applied to determine whether there are two offences or only one, is whether each provision requires proof of a fact which the other does not.” Наведено према пресуди Жалбеног већа из предмета *Челебићи*, пара. 409, 390.

11 *Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić and Esad Landžo (Čelebići Case)*, IT-96-21-A, Judgement, 20 February 2001, (Пресуда Жалбеног већа у предмету *Челебићи*), пара. 412.

12 *Пресуда Жалбеног већа у предмету Челебићи*, пара. 413.

13 *Пресуда Жалбеног већа у предмету Кордић и Черкез*, пара. 1033.

Поставља се питање да ли је стандард из предмета *Челебићи* адекватан и примерен за решавање питања кумулативних осуда у међународном кривичном правосуђу. У предмету *Челебићи* стандард је постављен код кривичних дела која је исувише лако упоредити (тешких кршења Женевских конвенција и ратних злочина), без узимања у обзир осталих кривичних дела (потпуног правног оквира) из надлежности међународних кривичних судова и трибунала.

Кривична дела из надлежности међународних кривичних трибунала (ратни злочини, тешке повреде женевских конвенција, злочин против човечности и геноцид) садрже мноштво елемената који се поклапају.<sup>14</sup> Уствари, свако од кривичних дела (злочин против човечности, ратни злочин и геноцид) састоји се од низа кривичних дела која нису прецизно дефинисана статутима међународних кривичних судова и трибунала<sup>15</sup> и у погледу сваког од њих поставља се питање могућности изрицања кумулативних осуда.

Будући да простор једног чланка не допушта да се детаљније бавимо свим значајним питањима која се везују за примерености или допуштености кумулативних осуда у међународном правосуђу, прво ћемо се осврнути на питање допуштености изношења кумулативних и алтернативних оптужби, затим ћемо размотрити питање примерености стандарда који је Жалбено веће МКТЈ формулисало у предмету *Челебићи*, и на крају питањима кумулативних осуда за само поједина кривична дела из надлежности међународних кривичних трибунала.

## 2. КУМУЛАТИВНЕ ОСУДЕ И КУМУЛАТИВНЕ И АЛТЕРНАТИВНЕ ОПТУЖБЕ

Претресна већа МКТЈ и МКТР су усвајала становишта о допуштености кумулативних оптужби која нису међусобно сагласна, али генерално уз допуштање да се износе како кумулативне тако и алтернативне оптужбе,<sup>16</sup> и по правилу разматрање питања која се тичу „преклапања“ оптужби одлагала

14 Уобичајено је изрицање кумулативних осуда за, примера ради, убиство као злочин против човечности, убиство као злочин против човечности у убиство као прогон – злочин поротв човечности и убиство као ратни злочин.

15 Примера ради, претресна већа су различито решавала питање допуштености изрицања кумулативне осуде за геноцид и заверу да се изврши геноцид (*conspiracy to commit genocide*). Види на пример. *The Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, IT-05-88/2-A, Notice of Appeal, 11 March 2013, Ground 40, paras. 324-327; *The Prosecutor v. Vujadin Popović at all*, IT-05-88-A, Prosecutor's Notice of Appeal, 08 September 2010, paras. 33-40. Жалбено веће је одлучило у корист допуштености кумулативних осуда Case No. IT-05-88/2-A, *The Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Judgment of 8. April 2015, para. 610

16 За праксу види: G. Boas, J. L. Bischoff, N. L. Reid, *International Criminal Law Practitioner Library, Vol. II, Elements of Crimes under International Law*, Cambridge University Press, 2008, 319 и даље.



за фазу доношења пресуде. Проблем се јавио већ на првом суђењу пред МКТЈ. Одбрана је у поднеску којим је изнела приговоре у вези са формом оптужнице изнела тврдњу да није допуштено износити кумулативне оптужбе за различите групе злочина на основу истог акта или скупа аката. Претресно веће је, одлучујући о овом приговору, заузело становиште да „будући да је ово питање релевантно само у погледу утицаја на казну најбоље је бавити се њиме дође време за разматрање питања кажњавања. Оно што се, ипак, може рећи са извесношћу је да казна не може зависити од тога да ли се кривична дела која произлазе из истог понашања наводе алтернативно или кумулативно. Оно што се кажњава изрицањем казни је доказано криминално понашање и то неће зависити од *technicalities of pleadings*.“<sup>17</sup>

Претресно веће које је поступало у предмету *Тужилац против Радислава Крстића*, одговарајући на приговор одбране у вези са кумулативним оптужбама за депортације, принудно премештање и прогоне као злочине порив човечности, одбило је приговор Одбране да су оптужбе недопустиво кумулативне, истакавши да је јуриспруденција Трибунала о кумулативним оптужбама још увек у фази развоја, и да ће се Веће позабавити питањем преклапања кумулативних оптужби на крају суђења,<sup>18</sup> и поред тога указао да „како се јуриспруденција Трибунала буде развијала и елементи сваког од злочина буду у већој мери и боље дефинисани, биће лакше анализирати преклапање појединих оптужби пре суђења.“<sup>19</sup> Овакав приступ је устоличен у пракси међународних кривичних судова и трибунала и рефлекс је недостатака међународног кривичног правосуђа, посебно у погледу обезбеђења правне сигурности која треба да буде императив кривичног поступка.<sup>20</sup> Овакав приступ указује да у моменту подизања оптужнице и суђења нису били познати сви елементи кривичних дела из надлежности међународног трибунала, што се противи елементарним захтевима цивилизованог кривичног поступка који су утврђени, између осталог, чланом 15 Пакта о грађанским и политичким правима. Условљавање оптуженог да „чека“ на развој јуриспруденције у погледу дефинисања елемената кривичног дела не представља

17 *Prosecutor v. Dušan Tadić*, IT-94-1-T, Decision on the Defence Motion on the Form of the Indictment, 14 November 1995, 18.

18 *Prosecution v. Radisav Krstić*, IT-98-PT, Decision on Defence Preliminary Motion on the Form of the Indictment, Count 7-8, 28 January 2000.

19 *Ibidem*.

20 Према члану 15 (1) Пакта о грађанским и политичким правима „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.“ Ова одредба подразумева „any criminal offence“ у значењу јасно установљеног кривичног дела, чији елементи су познати још у време његовог извршења, а не у време када се наводном учиниоцу суди због његових аката и пропуста“ Према члану 34 Устава Републике Србије „нико се не може огласити кривим за дело које, пре него што је учињено, законом или другим прописом заснованим на закону није било предвиђено као кажњиво, нити му се може изрећи казна која за то дело није била предвиђена“.

само неизвесност у погледу саме садржине већ подигнутих оптужби које су предмет кривичног поступка већ и неизвесност у погледу права које ће се примењивати на чињенице о његовим радњама и пропустима.

Другим речима, у време доношења наведене одлуке у предмету *Крсићић* претресно веће није имало јасну представу о праву које треба да примени у конкретном случају. Минимум који се очекује од неког суда је да унапред познаје све елементе кривичних дела која се оптуженом стављају на терет, не само ради решавања питања могућности изношења кумулативних или алтернативних оптужби, већ и како би се одредили параметри суђења, предмет доказивања и друга релевантна питања. У супротном, постоји висок степен правне несигурности по питањима толико фундаменталним да негирају постојање фундаменталних захтева правичног суђења (*fair trial*).<sup>21</sup>

У предмету *Челебићи*<sup>22</sup> Жалбено веће МКТЈ је допуштено кумулативних оптужби образложило на други начин истакавши да:

„пре извођења свих доказа није могуће са сигурношћу утврдити које ће од оптужби против оптуженог бити и доказане. Претресно веће је у бољем положају да, након што су стране извеле све своје доказе оцени које ће од оптужби задржати, зависно од довољности доказа. Осом тога, кумулативно оптужене је уобичајена пракса и овог Трибунала и МКТР“<sup>23</sup>

„Уобичајена пракса“ не може да има превагу над остваривањем основних права оптуженог, већ може указивати на систематски карактер кршења права оптужених особа. Мада се, из различитих разлога, може успешно бранити теза о допуштености изношења кумулативних и алтернативних оптужби (чије усвајање или одбијање ће зависити од исхода доказног поступка), она не може бити правдана недовољном развијеношћу јуриспруденције неког суда о елементима кривичних дела и односом између тих кривичних дела. Правни оквир суђења мора бити познат пре подизања оптужби, оно мора бити извесно у моменту извршења аката који треба да буду предмет правне квалификације у судском поступку.<sup>24</sup>

21 Суочен са сличним проблемима Посебан трибунал за Либан је поступио на другачији начин. Наиме, и пре отпочињања суђења Жалбено веће је интерлокуторну одлуку о кључним правним питањима. Види: *Speial Tribunal for Lebnon, Case No. STL-11-01/I, Appeals Chamber, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homocide, Perpetration, Cumulative Charging*, 16 February 2011.

22 *Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić and Esad Landžo /Čelebići Case/*, IT-96-21-A, Judgement, 20 February 2001, para. 400 (Пресуда Жалбеног већа у предмету Челебићи)

23 Идентичан је став и МКТР. Види, на пример *Musema v. Prosecutor*, Case No. ICTR-96-13-A, Judgement, 16 November 2001, para. 369

24 У контексту међународног кривичног поступка, Одбрана не мора да оспорава или да се бави свим чињеницама које тужилац настоји да установи, она се легитимно може ослонити (мада аутор ових редова то свакако не може да препоручи

Док се пракса МКТЈ и МКТР по питању кумулативних и алтернативних оптужби кретала по инерцији, одбијајући приговоре у вези са допуштеношћу кумулативних оптужби, пракса Сталног кривичног суда и Посебног трибунала за Либан допуштеношћу кумулативних оптужби, у начелу, везује за могућности изрицања кумулативних осуда.<sup>25</sup> Поред тога, како показује досадашња пракса СКС, питање допуштености кумулативних оптужби је у одређеној релацији са овлашћењем претресног већа да измени правну квалификацију дела која је дата у оптужници. Једна одлука пред-претресног већа МКС може се схватити на начин који наговештава преиспитивање становишта МКТЈ и МКТР по питању не само допуштености изрицања кумулативних оптужби већ и решавања питања допуштености кумулативних осуда. У предмету *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (случај Гомбо), пред-претресно веће је пошло од тога да су кумулативне осуде оправдане само у случају „различитих злочина“ (*distinct crimes*), „што значи да је свака одредба статута повређена у односу на једно или исто поступање (*conduct*) захтева барем један додатни материјални елемент који није садржан у другој.“<sup>26</sup> Међутим, потпунији правни оквир омогућава МКС да његова пред-претресна већа чешће прибегавају овлашћењима која имају на основу Статута, посебно да „одреде параметре суђења“ и да у претпретресној фази отклоне дефекте оптужнице које се негативно могу одразити на ток суђења.<sup>27</sup> Предпретресно веће је даље исткало да је „пракса тужилаштва да износи кумулативне оптужбе штетна за права Одбране будући да ставља непримерен терет на Одбрану. Веће сматра да је захтев фер и експедитивног поступка да само дистинктивни (различити) злочини могу оправдати изношење кумулативних оптужби и, коначно, да буду потврђене као оптужбе. То је једино могуће уколико свака статутарна одредба која је наводно повређена истим понашањем има барем један материјални елемент који није садржан у другој... и Веће даље подсећа да се правни оквир Међународног кривичног суда разликује од правног оквира *ad hoc* трибунала.“ Претпретресно веће је закључило да с обзиром на чињеницу да претресно веће има овлашћење да измени правну квалификацију

---

или заговара, из разлога који превазилазе сврху овог чланка) на бављење оним чињеницама које су од значаја за изрицање осуде или ослобађања од оптужбе.

25 Вид. примера ради, Case no. STL-11-1/I, Appeals Chamber, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging, 16. February 2011.

26 „In this particular case, the Chamber determined that the specific material elements of the act of torture were also inherent specific material elements of the act of rape but that the act of rape required an additional element of penetration which made it the most appropriate legal characterisation.“ ICC, Pre Trial Chamber II, Situation in Central African Republic in the case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, (No. ICC-01/5-01/08) Decision on the Prosecutor’s Application for Leave to Appeal the „Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean Pierre Bemba Gombo, 18 September 2009. (Одлука пред-претресног већа у предмету Gombo).

27 Одлука предпретресног већа у предмету Gombo, 52–54.

чињеница коју је дао тужилац, „не захтева од тужиоца да прибегава кумулативним оптужбама пред СКС.“<sup>28</sup>

Међутим, изгледа да и СКС прати јуриспруденцију МКТЈ и МКТР и Механизма, међутим још увек није био у прилици да се подробније позабави питањем кумулативних осуда.

### 3. КУМУЛАТИВНЕ ОСУДЕ – *BLACKBURGER/ЧЕЛЕБИЋИ* СТАНДАРД

Питање допуштености кумулативних осуда за исто понашање није регулисано статутима и правилницима међународних кривичних судова и трибунала. Међутим, од првог случаја који је пресудило веће МКТЈ инаугурисана је пракса изрицања кумулативних осуда без јасно дефинисане теоријске основе. Стандард на који се позивају претресна већа и жалбено веће у савременој јуриспруденцији је стандард који је формулисало Жалбено веће МКТЈ у предмету *Челебићи* 2001. године, а који је прихватио и МКТР и Посебан трибунал за Либан. Одлука пред-претресног већа у предмету *Gombo*, као и накнадна јуриспруденција, такође указује да и СКС у основи прихвата овај стандард.

Тешкоће приликом дефинисања стандарда за кумулативне осуде произлазе не само из одсуства било каквих смерница у конститутивним актима међународних кривичних судова и трибунала, већ и одсуства јединственог или барем доминантног става националних законодавстава по овом питању,<sup>29</sup> којим би могла да се руководе већа кривичних судова приликом утврђивања допуштености кумулативних осуда. Како је констатовало Жалбено веће у предмету *Челебићи*:

„став националних законодавстава према кумулативним осудама варира. Неке земље дозвољавају такве осуде, како би свако кршење до којег је дошло било у потпуности документовано у спису, и склоне су томе да се евентуалним наводима о неправичности баве у фази одмеравања казне. Друге земље такве осуде чувају за дела која представљају најтеже злочине, а неке опет за изрицање кумулативних осуда постављају услов да се нормативни елементи разликују.“<sup>30</sup>

Жалбено веће МКТЈ је, ради установљавања правила о кумулативним осудама размотрило ранију праксу МКТЈ и МКТР, правила неколико унутрашњих

28 Одлука предпретресног већа у предмету *Bemba*, paras. 202-203. Види и Decision on the Prosecutor's Application for Leave to Appeal the "Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean Pierre Bemba Gombo" 18. september 2009, пара. 30.

29 Вид. Ђорђе Лазин, *Привидни идеални сйицај кривичних дела*, Привредна штампа, Београд 1982, 1.

30 Пресуда Жалбеног већа у предмету *Челебићи*, пара. 406.

правних система, мада само површно, и то кривично право Немачке, Замбије и Сједињених Америчких Држава.<sup>31</sup>

Жалбено вече је указало на праксу кумулативних осуда Међународног војног трибунала у Нирнбергу и трибунала формираних на основу Закона бр. 10 Контролног савета за Немачку. Посебно је навело да се у извештајима са суђења ратним злочинима пред Војним трибуналом САД наводи „ратни злочини могу бити и злочини против човечности; иста дела могу се квалификовати као оба злочина. Ако је доказано да су извршени ратни злочини широких размера и да су учињени на систематичан начин, на политичкој, расној или верској основи, они такође могу бити и злочини против човечности.“<sup>32</sup>

Пракса немачких судова, како ју је интерпретирало Жалбено веће, је да се у случају идеалног стицаја „извршиоцу изриче само једна казна, али зато што је он осуђен за све злочине које је извршио, или за вишеструко извршење злочина, пресуда документује која кривична дела су извршена и колико често је учинилац извршио кривично дело.“<sup>33</sup>

Жалбено веће је даље навело Кривични закон Замбије којим је предвиђено да „нико не може бити два пута кажњен, било према одредбама овог закона или према одредбама било ког другог закона за исто дело или пропуст, осим у случају када је дело или пропуст такав да је проузроковао смрт друге особе, у ком случају се извршилац може осудити за дело за које је крив јер је проузроковао смрт, чак и уколико је већ осуђен за неко друго кривично дело које произлази из тог дела или пропуста.“<sup>34</sup>

Конечно од националног законодавства Трибунал је узео у обзир праксу у САД, позивајући се на стандард из одлуке из премета *Blackburger v. United States* који је установио Врхови суд САД 1932 године, према ком се „могу изрећи вишеструке осуде по различитим законским одредбама уколико свака од тих законских одредби тражи да се докаже нека чињеница коју

31 Иако се бавило питањима злочина извршеним на територији бивше Југославије, оно није узело у разматрање правни систем бивше СФРЈ, које је по овом питању било изузетно развијено.

32 Пресуда Жалбеног већа у предмету Челебићи, пара. 410 у којој се позива на *Law Reports of Trials of War Criminals, U.N. War Crimes Commission VI*, London, 1948, 79. У великом броју предмета изречене су кумулативне осуде и за кршење закона и обичаја ратовања (ратне злочине) и за злочине против човечности (види, примера ради, предмет *Justice*).

У савременом међународном кривичном праву дискриминација на расној, политичкој или верској основи је захтев који се поставља само код кривичног дела прогона као злочина против човечности.

33 Наведено према Пресуда Жалбеног већа у предмету Челебићи, пара. 408, у којој се позива на А. Schönke/Н. Schröder, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 25th ed. Munich 1997, 697.

34 Наведено према Пресуда Жалбеног већа у предмету Челебићи, пара. 408, у коме се позива на *Republic of Zambia Penal Code Act /Krivični zakonik Republike Zambije/*, Глава 87, *Laws of Zambia*, стр. 28.

друга одредба не тражи<sup>35</sup> износећи да је овај стандард потврђен и у скоројој јуриспруденцији америчких судова (у предмету *Rutledge v. United States*).<sup>36</sup>

У случају *Челебићи* Жалбено веће је установило текст ког ће се придржавати у наредној јуриспруденцији како Трибунала за бившу Југославију тако и за Руанду. Наиме, како се наводи у пресуди:

„након што је размотрило различите ставове које су према овом питању заузели и овај Трибунал и друге јурисдикције, ово Жалбено веће сматра да разлочи правичности према оптуженом и принцип да само различита кривична дела оправдавају вишеструке осуде намећу закључак да су вишеструке кривичне осуде по различитим одредбама за исто понашање допустиве само ако свака од дотичних одредби садржи материјално различити елемент која друга не садржи. Елемент је материјално различит од неког другог елемента ако захтева доказ чињеница који други елемент не захтева“<sup>37</sup> Жалбено веће је даље изнело да „ако овај тест није задовољен, веће мора да одлучи за које ће кривично дело оптуженог прогласити кривим. При доношењу те одлуке треба да се руководи принципом да осуду треба изрежи по ужој од две одредбе. Тако, ако неки скуп чињеница санкционишу две одредбе, од којих једна садржи додатни елемент који је материјално различит, осуду треба изрећи само по тој другој одредби.“<sup>38</sup>

Од предмета *Челебићи* до данас овај стандард је остао као смерница за изрицање кумулативних осуда у међународном кривичном правосуђу. Међутим, стандард *Blackburger* на који се ослонило Жалбено веће приликом формулисања теста о кумулативним осудама није потпун стандард који примењују амерички судови, односно Жалбено веће је пропустило да размотри правила која важе у правном систему САД према којима може доћи до одступања од стандарда *Blackburger*, а који су управо од посебног значаја за међународно кривично правосуђе.

#### 4. КРИТИЧКИ ОСВРТ НА СТАНДАРД ФОРМУЛИСАН У ПРЕДМЕТУ ЧЕЛЕБИЋИ

Питање стицаја кривичних дела, посебно питање привидног идеалног стицаја је знатно сложеније него је то произлази из пресуде Жалбеног веће

35 Наведено према Пресуда Жалбеног већа у предмету *Челебићи*, пара. 409, 390 *Blockburger v. United States*, 284 U.S. 299, 304 (1932) (“*Blockburger*”).

“where the same act or transaction constitutes a violation of two distinct statutory provisions, the test to be applied to determine whether there are two offences or only one, is whether each provision requires proof of a fact which the other does not.”

36 *Ibid.*; Одлука у предмету *Rutledge v. United States* - 517 U.S. 292 (1996) види. <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/292/case.html>

37 Пресуда Жалбеног већа у предмету *Челебићи*, пара. 412.

38 *Ibidem*, пара. 413.

из предмета *Челебићи*. Навођење само неколицине правних система, и то на начин који не приказује нијансираност питања кумулативних осуда и читаву лепезу различитих решења,<sup>39</sup> се чини неприхватљивим приступом. Посебно одсуство адекватног образложења због чега је овај стандард примерен међународном кривичном правосуђу. Опредељење за *Blackburger* стандард (одлуком већине чланова Жалбеног већа 3:2) нам се чини пре као изналажење згодног практичног решења које би помирило пређашњу праксу изрицања кумулативних осуда и занемаривање суштине проблема која се тиче, између осталог, система међународних кривичних дела у надлежности међународних кривичних судова и трибунала.

За разумевање усвојеног решења чини се да треба имати на уму околности жалбене расправе у предмету *Челебићи*, посебно кључне елементе становишта тужилаштва и одбране. Чини се да је Жалбено веће дошло до решења „вагањем“ аргументације Одбране и Тужилаштва, а не у настојању да изнађе адекватно решење које би било прихватљиво или адекватно и у другим случајевима.<sup>40</sup>

У предмету *Челебићи* Одбрана се позвала на *Blackburger* стандард оспоравајући бројне кумулативне осуде за исто понашање, док је тужилаштво заговарало примену правила која су омогућавала доста широко прибегавање изрицању кумулативних осуда, а за које је тврдило да се искристалисало и предметима *Тагић* и *Акајесу*, *Куйрешикић* и *осџали*.<sup>41</sup> Тужилаштво је изнело тврдњу да одлука у предмету *Тагић* пружа основ за закључак да се у случају идеалног стицаја „оптужени може теретити и осудити за онолико кривичних дела колико дозвољавају чињенице у том предмету“, и даље исткало да је претресно веће МКТР у предмету *Акајесу* „сматрало да је кумулација осуда прихватљива уколико кривична дела имају различите елементе, ако одредбе којима су дефинисана та кривична дела штите различите интересе, или уколико је потребно изрећи осуду за оба дела како би се у потпуности описало шта је оптужени учинио,“ наводећи овај текст као основ разликовања између случајева идеалног и привидног стицаја.<sup>42</sup>

Прихватање стандарда из предмета *Blackburger* уследило је без детаљнијег образложења. Ипак, он је задовољио потребе предмета *Челебићи* у коме су се поставила питања кумулације осуда за кривична дела обухваћена члановима 2 (тешке повреде Женевских конвенција из 1949) и 3 Статута МКТЈ (кршења закона и обичаја ратовања) Код ових кривичних дела преклапања су такве природе да се успешно могу решити применом напред описаног стандарда. Наиме, ратни злочини, иако се не ограничавају, нужно

39 Види: Ђ. Лазин, *Привидни идеални стицај кривичних дела*, Привредна штампа, Београд, 1982; З. Стојановић, „Привидни идеални стицај кривичних дела“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, 3/2009, 9–21.

40 На ово посебно указује чињеница да се Веће у пресуди позива на релевантне изворе само посредно, цитирајући поднесак Тужилаштва.

41 Пресуда Жалбеног већа у предмету *Челебићи*, 389–392.

42 Пресуда Жалбеног већа у предмету *Челебићи*, пара. 397–399.

обухватају тешке повреде (“grave breaches” или “serious violations”) Женевских конвенција из 1949. године. Другим речина, тешке повреде Женевских конвенција из 1949 године нису ништа друго до ратни злочини, односно тешке повреде закона и обичаја ратовања. Тако, Римски статут Међународног кривичног суда не предвиђа тешке повреде Женевских конвенција из 1949. године као засебне злочине, већ под ратне злочине подводи, између осталог, „тешке повреде Женевских конвенција од 12 августа 1949.“<sup>43</sup>

Другим речима, у предмету *Челебићи* Жалбено веће се ограничило на бављење питањима која су иначе неспорна, и формулисало стандард који се у наредној јуриспруденцији примењивао по питањима преклапања кривичних дела која су више него спорна.

Жалбено веће се није бавило сложенијим питањем преклапања елементарна и допуштеношћу изрицања кумулативних осуда за кривична дела обухваћена члановима 3 (ратни злочини- повреде закона и обичаја ратовања), 4 (геноцид) и 5 (злочини против човечности) Статута МКТЈ. Формулисањем стандарда искључиво у видокругу тешких повреда Женевских конвенција из 1949. године и ратних злочина (које по дефиницији обухватају тешке повреде Женевских конвенције) практично је избегнута опсежнија расправа о знатно сложенијим правно-догматским и криминално-политичким питањима о односима између кривичних дела из надлежности међународних судова и трибунала.

У пракси МКТЈ претесно веће које је поступало у предмету *Кујрешкић и остали* се прво детаљније бавило питањем могућности изрицања кумулативних осуда.<sup>44</sup> На овом месту навешћемо само она која нам се чине најрелевантнијим за даљу расправу о питању могућности изрицања кумулативних осуда.

Претресно веће у предмету *Кујрешкић* је пошло од тога де ће се приликом установљавања захтеваног стандарда прво ослонити на „општа начела кривичног права, а ако таквих нема на начела заједничка разним правним системима света, нарочито она која су својствена већини система континенталног права и common law-а.“<sup>45</sup> У пресуди се наводи да је ово питање од двоструке важности, наиме, прво, да ли је и под којим условима истом радњом или трансакцијом могуће прекршити два или више правила међународног кривичног права, и друго, у случају двоструке осуде за једну радњу, како се то треба одразити на изрицање казне.

Претресно веће се прво бавило праксом Међународног војног трибунал у Нирнбергу и војних трибунала формираних на основу Закона бр. 10 Контролног савета за Немачку, који је, како се констатује у пресуди, „осудио велико број оптужених и за ратне злочине и за злочине против човечности,

43 Види чл. 8 пара. 2 Римског статута Међународног кривичног суда.

44 Види. *The Prosecutor v. Zoran Kupreškić, Mirijan Kureškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, Dragan Papić, Vladimir Šantić*, IT-95-16-T, Judgement, 14 January 2000, пара 668 и даље. (Пресуда Претресног већа у предмету Купрешкић и остали).

45 *Ibidem*, пара 668 и даље.



када је у питању била једна те иста радња“<sup>46</sup> Претресно веће је истакло да се „ова појава може објаснити помоћу три фактора, као прво, у то се време категорија „злочин против човечности“ тек појавила и постојала је забринутост да би изрицање осуде за такве злочине представљало примену права *ex post facto* од стране суда. Друго, како последица тога релевантне кривичне одредбе у то време нису формирале јасну разлику између те две категорије кривичних дела. Треће, општа начела међународног кривичног права била су још увек у стању флукуације.“<sup>47</sup> Суд се затим позвао и на стандард формулисан у предмету *Blackburger* из 1932, али пре њега је навео и стандард који је применио амерички суд у предмету *Morey protiv Commonwealtha* (1871)<sup>48</sup>. Претресно веће се затим позвало на праксу Европског суда за људска права и Интер-америчког суда за људска права у делу у коме указује на могућност да се једном радњом прекрши више одредби конститутивних аката ових судова<sup>49</sup>, али и на праксу да када би установио једну од њих не би се бавио осталим повредама,<sup>50</sup> износећи закључак да уколико је установљена тежа повреда она односи превагу у односу на лакше повреде.

Образложење одређене праксе као „забринутости да би изрицање осуда“ за злочине против човечности „представљало примену права *ex post facto* од стране суда“ чини се потпуно неутемељеним. Иако се основано може полемисати о статусу злочина против човечности у предвечерје и за време Другог светског рата<sup>51</sup>, пракса Међународног војног трибунала и других судова формираних на основу Закона бр. 10 Контролног савета за Немачку, не даје никакав ослонац да је управо то био разлог за изрицање кумулативних осуда. Наиме, суд, као орган примене а не стварања права, би морао да примени одредбе које несумњиво одредбе позитивног права, и да се уздржи од примене оних правних норми које још увек нису настале или у погледу чијег статуса као обичајних правних правила међународног права постоји озбиљна сумња. Са друге стране, одредбе Повеље међународног војног

46 *Ibidem*, пара. 675.

47 *Ibidem*, пара. 676.

48 *Ibidem*, пара. 680. „Једна једина радња може представљати кршење два закона: прво ако сваки од тих закона изискује да се докаже нека додатна чињеница коју други не тражи, чињеница да је оптужени ослобођен кривице или проглашен кривим по једном не ослобађа га кривичног гоњења и казне по другом. *Morey v. The Commonwealth*, (1871) 108 Mass, 433 i 434 према наводу из поднеска тужилаштва.“

49 Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и Америчке конвенције за заштиту људских права.

50 „Предмет *Aksoy* илуструје начин на који су члан 3. примењивала два међународна тела. Установивши да чињенично стање у том предмету представља мучење, Европски суд за људска права је закључио да „с обзиром на тежину овог закључка није потребно да Европски суд разматра притужбе подносиоца захтева који се односе на друге облике злостављања. Наведено према Пресуда Претресног већа у предмету *Купрешкић* и остали, пара. 961.

51 Види: Н. Kelsen, “Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law”, *The International Law Quarterly*, vol. 1, 2/1947, 153–171.

трибунала<sup>52</sup> у Нирнбергу, као оснивачког акта ког је овај суд био дужан да се придржава, отклањају сваку сумњу да то могло да представља разлог изрицања кумулативних осуда. Са друге стране, у погледу остала два фактора која је навело претресно веће, Статут Међународног војног трибунала је учинио јасним у чему се састоји злочин против човечности, и дао довољно елемената за њихову дистинкцију од ратних злочина.<sup>53</sup> У сваком случају, целокупна аргументација претресног већа у предмету *Кујрешкић* је спекулативне природе и не доприноси разрешењу питања могућности изрицања кумулативних осуда.<sup>54</sup>

У погледу осталих елемента резоновања већа у предмету *Кујрешкић*, чини се да се из праксе Европског суда за људска права и Интер-америчког суда за људска права не могу извучити смернице, будући да није реч о кривичним судовима, већ судовима који се баве питањем одговорности држава за повреде регионалних конвенција о заштити људских права.

Жалбено веће ПТЛ<sup>55</sup> је стало на становиште да „критеријуми за решавање овог питања могу бити изведени из начела кривичног права која су заједничка за главне правне системе света као и међународне јуриспруденције. Тест који је пред нама је добро познат у земљама *common law*-а као *Blackburger* тест (заснован на чувеној одлуци Врховног суда САД из 1932. у предмету *Blackburger* и који је касније потврђен од стране Врховног суда САД у предмту *Rutledge* (1996). ... Он суштински кониндицира са „начелом реципрочног специјалитета“ који прихватају земље *civil law-a*, наиме да оптужени може бити осуђен за два злочина на основу истог понашања уколико свако од кривичних дела захтева елемент који не захтева ово друго.“<sup>56</sup> Међутим, ово становиште Жалбеног већа ПТЛ је у очигледној

52 United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, United States of America, France, Union of Soviet Socialist Republics Agreement for the prosecution and Punishment of major war criminals of the European Axis. Signed at London, on 8. August 1945, *United Nations Treaty Series* 1951, No. 251.

53 Као злочина који су извршени било пре или у току рата, и без обзира да ли су предвиђени унутрашњим правом земље у којој су извршени. Види, чл. 6 Повеље Међународног војног трибунала. *Ibidem*, стр. 288.

54 Међународни војни трибунал је констатовао да су ратни злочини који су извршени након почетка рата (1939) такође и злочини против човечности, и даље истакао да „у погледу нехуманих дела за која се износе оптужбе у Оптужници, и која су учињена након почетка рата, а која не представљају ратне злочине, они су сви учињени у извршењу, или у вези са, агресивним ратом, и стога представљају злочине против човечности“, Judgment, ИМТ, р. 468. Суд се ни у једном параграфу није бавио питањем кумулативних осуда.

55 Чији је председник у то време био судија и бивши председник МКТЈ Антонио Касезе. Ова одлуке је последња одлука у чијем доношењу је учествовао судија Касезе.

56 Одлука Жалбеног већа Посебног трибунала за Либан, пара. 284. Види: F. M. Palombino, „Cumulation of offences and purposes of sentencing in international criminal law: A troublesome inherence on the Second World War“, *International*

супротности са констатацијом Жалбеног већа у предмету *Челебићи* (али и другим предметима) да из праксе националних судова не може да извуче никакве смернице, будући да се у различитим унутрашњим правним системима на различите начине регулишу питање могућности изрицања вишеструких осуда за иста дела.<sup>57</sup>

Напред смо поменули да је прихватање стандарда *Blackburger* из правосудног система САД, учињено без разматрања осталих критеријума који се примењују у *common law* јурисдикцијама. Наиме, *Blackburger* стандард није нити једини нити потпун стандард за решавање питања „кумулативних осуда“. У правном систему САД приликом утврђивања да ли су допуштене кумулативне осуде анализа се не исцрпљује у поређењу правних елемената кривичних дела, већ по потреби и установљавања намере законодавца, која може одстранити или кориговати употребу стандарда формулисаном у предмету *Blackburger*. Као је истакао Суд САД у предмету *Gardner* „традиционални начини утврђивања намере законодавца када постоји забринутост у вези да вишеструким казнама за две осуде у току истог суђења укључује испитивање предмета, језика (формулације) и историје закона“.<sup>58</sup> Сумирајући праксу америчких судова судија Shannon R. Joseph је истакао да „чак и у случају када кривична дела немају исте елементе, и стога су засебна кривична дела према ... *Blackburger* анализи, може се догодити да не постоји овлашћење законодавца да суд изрекне вишеструке казне засноване на истом понашању,“ што се јавља посебно у два контекста, у једном када закон „не искључује могућност кривичног гоњења за друга кривична дела, испитивање околности под којима је донет закон“ може указивати на то да није постојала намера да се двоструко кажњава за исто дело, и друго, када формулације у закону изричито одређују само „једну казну за исто понашање“, обично формулацијом

---

*Comparative Jurisprudence*, Vol. 2, 2016, 89–92. “In spite of the existence of a well-established jurisprudence on the matter, the issue of cumulation of offences in international criminal law still appears quite controversial. The approach followed by international criminal tribunals in dealing with it, namely resort to the principle of reciprocal specialty, allows the conviction of an individual of two or more crimes with regard to the same conduct. Such an approach, however, is questionable, since it can bring about serious and unfair consequences for the accused, especially by jeopardizing the rehabilitative purpose of sentencing. On these grounds, it is our view that also where two or more crimes are in a relationship of reciprocal specialty, the criterion of consumption should be adopted in order to identify the prevailing criminal provision”.

57 Како је истакао Лазин, „поред ... теоријске необрађености овог проблема теорија је у његовом разрешавању потпуно различита и нејединствена, из чега нужно произилази да је примена привидног идеалног стицаја од стране судова веома различита и неуједначена, што указује на постојање велике правне несигурности у овој материји“. Ђ. Лазин, *op. cit.*, 1.

58 *Gardner*, 315 N.C. at 461, 340 S.E.2d at 712. Наведено према *State of North Carolina v. Demontrose Antwan Dawis*, No. COA08-1275, 4 August 2009.

„осим уколико дело није покривено неком другом одредбом која предвиђа строже кажњавање“.<sup>59</sup>

Другим речима, оно што је учинило претресно веће у предмету *Челебићи* је ослањање на само један од делова или елемента теста који се у праву САД примењује у погледу кумулативних осуда. Имајући у виду (неписана) правила функционисања међународног кривичног правосуђа, или је Жалбено веће у предмету *Челебићи* требало да буде свесно да стандард који формулише може да се прелије и на друге случајеве, или да Жалбено веће буде свесно да је стандард који је формулисан био ограничен на случајеве који иначе нису спорни. Свест о овоме је свакако постојала, с обзиром на различито и издвојено мишљење судија Хунта и Беноне у предмету *Челебић* о чему ће бити речи касније.<sup>60</sup>

До данас најподробнија расправа о кумулативним осудама у међународном кривичном правосуђу изнесена је у сажетом различитом и издвојеном мишљењу судија Хунта и Беноне у предмету *Челебићи*.<sup>61</sup> Двојица судија су указала да је „већина /судија/ утврдила да у релевантним паровима кривичних дела свако од појединих кривичних дела не садржи неки јединствени елемент јер је услов из заједничког члана 3 /Женевских конвенција/ у оптужбама по члану 3 /Статута МКТЈ/ није материјално различит од јединственог услова да жртве буду заштићене особе за кривична дела из члана 2, будући да овај други услов „укључује да особа активно не учествује у непријатељствима али је шири од тога.“<sup>62</sup> Међутим, када је реч о другим кривичним делима из чл. 3, 4 и 5 Статута МКТЈ, ситуација је сасвим другачија. Иако је пракса МКТЈ и МКТР јединствена у томе да се исто понашање може квалификовати и као злочин против човечности и као ратни злочин или геноцид, разликовање није у понашању учиниоца већ у контекстуалном елементу. Како су истакли Хунт и Бенона „у односу на кривична дела која се терете по другим комбинацијама чланова Статута, као на пример, по члановима 2 и 5, или по члановима 3 и 5, узимање у обзир различитих контекстуалних елемената или правних предуслова имаће за последицу да се

59 види. Special Superior Court Judge Shannon R. Joseph, Pitfalls in Criminal Judgements: Multiply Convictions (prepared for June 2011 conference), The University of North Carolina- School of Government, [http://www.sog.unc.edu/sites/www.sog.unc.edu/files/Multiple%20Convictions\\_0.pdf](http://www.sog.unc.edu/sites/www.sog.unc.edu/files/Multiple%20Convictions_0.pdf), 20. 4. 2024.

60 На овом месту чини се неопходним и да укажемо да питање кумулативних осуда није „централно питање“ међународног кривичног правосуђа, нити питање о коме се може у сваком предмету „суверено“ расправљати. Како долази на крају поступка, одбране ће се по правилу устручавати од апстрактних расправа о односима између кривичних дела, с обзиром на ограничено време за изношење аргументације и ограничења у погледу обима завршних поднесака (*final trial brief*) и доследног изношења становишта о недоказаности појединих оптужби. Стога се ово питање из предмета у предмет решавало готово бирократски, уз ослонац на пређашњу јуриспруденцију.

61 Одлука Жалбеног већа у предмету *Челебићи*, Издвојено и различито мишљење судија David-a Hunt-а и судије Mohamed-a Bennoun-e.

62 *Ibidem*, пара. 29.

кривична дела као што су мучење, силовање и убиство/намерно лишавање живота нужно и у сваком случају сматрају засебним кривичним делима кад се терете по различитим члановима, и стога ће се морати изрећи две осуде за *нешто што је у бићу једно ије исто кривично дело*.<sup>63</sup>

## 5. СИСТЕМ МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ ДЕЛА И ПРИМЕРЕНОСТ ИЗРИЦАЊА КУМУЛАТИВНИХ ОСУДА

Основно питање које се поставља је да ли је прихваћени стандард у предмету *Челебићи* адекватан за међународно кривично право, у коме се питање стицаја кривичних дела (*concursum delictorium*), посебно питање привидног идеалног стицаја, јавља као знатно сложеније него у унутрашњим правним системима.<sup>64</sup> Наиме, развијени унутрашњи правни системи, како земаља *common law*-а тако и земаља европско-континенталне правне традиције, имају интегрисани систем кривичних дела, и преклапања између обележја кривичних дела се углавном појављују код оних дела код којих преклапање, из различитих разлога, није могло да се избегне. И поред тога, постављају се бројна питања везана за разграничење привидног идеалног стицаја од осталих врста стицаја кривичних дела.

У међународном кривичном праву, дефинисање међународних кривичних дела се одупире периодичном преиспитивању и кодификацији с циљем успостављања „интегрисаног система правних правила“.<sup>65</sup> Међународна кривична дела нису првобитно формулисана за потребе њихове примене од стране међународних кривичних судова, већ ради обавезивања држава да предвиде њихово кажњавање у унутрашњим правним системима, углавном као меру обезбеђења примене правила међународног хуманитарног права. Како је указао Schabas, „ратни злочини, злочини против човечности и геноцид „деривирају из различитих извора, обичајних и уговорних, и када су приви пут дефинисани није била намера да буду део кохерентне и свеобухватне кодификације озбиљних кршења међународног хуманитарног права.“<sup>66</sup>

63 *Ibidem*, пара. 29

64 Овај чланак се ограничава на разматрање могућности изрицања кумулативних осуда код идеалног стицаја, када се једном радњом или трансакцијом истовремено крши више одредби статута међународног кривичног суда или трибунала, и не обухвата расправу о реалном и другим облицима стицаја међународних кривичних дела.

65 „Unlike national criminal codes, international crimes do not lend themselves so easily to periodic reexamination and codification under the goal of establishing an integrated body of law“. P. M. Wald, „Genocide and Crimes Against Humanity,“ *Washington University Global Studies Law Review*, 6/2007, 621.

66 W. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, 2006, 434.

У Извештају Генералног секретара у складу са т. 2 Резолуције Савета безбедности 808 из 1993 године (Извештај)<sup>67</sup>, у делу у ком се разматра питање надлежности МКТЈ и начела којих овај трибунал треба да се придржава у свој раду, централну тему представља расправа о „тешким повредама међународног хуманитарног права.“ Тако се, примера ради, у параграфу 34 Извештаја наводи „према мишљењу Генералног секретара примена начела *nullum crimen sine lege* налаже да Међународни трибунал примењује правила међународног хуманитарног права која су ван сваке сумње постала део обичајног права, како се не би појавио проблем да се само неке, а не све државе придржавају појединих конвенција. То је посебно значајно у контексту међународног суда који треба да кривично гони особе одговорне за тешка кршења међународног хуманитарног права.“

Извештај Генералног секретара не садржи ни један елемент који би, било непосредно или посредно, решио питање преклапања између кривичних дела који су систематизовани у неколико група - Тешке повреде Женевских конвенција из 1949 (чл. 2 Статута МКТЈ), Кршење закона и обичаја ратовања (чл. 3 Статута МКТЈ), Геноцид (чл. 4 Статута МКТЈ) и Злочини против човечности (чл. 5 Статута МКТЈ).

Приликом израде нацрта Римског статута Међународног кривичног суда, творци нацрта су настојали да се крећу „унутар граница обичајног права приликом дефинисања елемената злочина“ и „нису покушали да озбиљно преформулишу домашaj различитих категорија међународних кривичних дела како би избегли преклапања или да би попунили празнине.“<sup>68</sup>

У овом контексту, чини нам се да прихватање мање или више техничког стандарда за утврђивање да ли је допуштено изрицати кумулативне осуде није задовољавајуће решење, већ је неопходно размотрити процес настана и природу међународних кривичних дела и њихов међусобни однос у циљу установљавања које кривично дело у конкретном случају најбоље одражава криминалну активност оптуженог. Међутим, установљавање које кривично дело најадекватније описује криминалну активност оптуженог се не може заснивати на арбитрарним елементима, нити би било примерено већима међународних кривичних судова дати дискреционо овлашћење да у сваком конкретном случају одређују „најадекватнију“ правну квалификацију. Такав приступ би био скопчан са високим степеном правне несигурности.

Правни оквир Међународног кривичног суда (МКС) се у много чему разликује од правног оквира МКТЈ и МКТР. По питању допуштености кумулативних осуда од посебног је значаја правило формулисано у правилу 55 Правилника Суда (Regulations of the Court) - (Овлашћење Већа да модификује прану карактеризацију чињеница) којим је предвиђено следеће:

„Приликом доношења одлука према члану 74, Веће може изменити правну квалификацију чињеница како би се она усагласила са

67 UN Doc. S/25704, 03. мај 1993.

68 P. M. Wald, *op. cit.*, 622.

члановима 6, 7 или 8, или ако и се усагласила са обликом учешћа оптуженог према члановима 25 до 28, без прекорачења у погледу чињеница и околности који су описани у оптужбама или у ма којим изменама оптужби.<sup>69</sup>

Другим речима, приликом правне квалификације чињеница изнетих у оптужници води се рачуна не само о одредбама којима се прописују поједина кривична дела (чл. 6, 7 и 8), већ и обликом (основом) одговорности (чл. 25 и 28). Одредбу прописа 55 Правилника суда, Пред-претресно веће је квалификовало као „пропис који рефлектује даље развој међународног кривичног права који се односи на општа овлашћења Претресног већа да ефикасно извршава своје статутарне функције у интересу правде“<sup>70</sup>

Већа СКС нису везана правним квалификацијама које износи тужилаштво, већ их могу изменити, пошто претходно омогуће странкама да о предложеним изменама изнесу своја становишта. Пред-претресно веће је закључило да чл. 55 Прописа, „не захтева од тужиоца да прибегава кумулативним оптужбама пред СКС.“<sup>71</sup>

Ову тезу подупире и становиште Пред-претресног већа да „према члану 61(3) Статута, Тужилац има обавезу да изнесе оптужбе, али је на Претпретресном већу да одреди домашај судског поступка доношењем одлука према члану 61(7) Статута, у којима процењује доказе и примењује право.

69 1. In its decision under article 74, the Chamber may change the legal characterisation of facts to accord with the crimes under articles 6, 7 or 8, or to accord with the form of participation of the accused under articles 25 and 28, without exceeding the facts and circumstances described in the charges and any amendments to the charges.

2. If, at any time during the trial, it appears to the Chamber that the legal characterisation of facts may be subject to change, the Chamber shall give notice to the participants of such a possibility and having heard the evidence, shall, at an appropriate stage of the proceedings, give the participants the opportunity to make oral or written submissions. The Chamber may suspend the hearing to ensure that the participants have adequate time and facilities for effective preparation or, if necessary, it may order a hearing to consider all matters relevant to the proposed change.

3. For the purposes of sub-regulation 2, the Chamber shall, in particular, ensure that the accused shall:

(a) Have adequate time and facilities for the effective preparation of his or her defence in accordance with article 67, paragraph 1 (b); and

(b) If necessary, be given the opportunity to examine again, or have examined again, a previous witness, to call a new witness or to present other evidence admissible under the Statute in accordance with article 67, paragraph 1 (e).

70 Decision on the Prosecutor's Application for Leave to Appeal the "Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean Pierre Bemba Gombo" 18. september 2009, пара. 57.

71 Одлука предпретресног већа у предмету Bemba, paras. 202-203. Види и Decision on the Prosecutor's Application for Leave to Appeal the "Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean Pierre Bemba Gombo" 18. september 2009, пара. 30.

Ограничавајући таву одлуку на пуку формалност, представљало би ускраћивање већу једу од њених основних функција, и било би против онога што Веће сматра за своју статутарну улогу и мандат. Дужност тужиоца је да изнесе чињенице о којима је водио истрагу и своје становиште о њиховој правној квалификацији у документу којим се износе оптужбе. Међутим, на судијама Пред-претресног већа је да примене право на чињенице које је презентовао Тужилац и да да правну квалификацију тих чињеница.<sup>72</sup> Пред-претресно веће је даље указало да „обијајући да потврди неке од оптужби које су засноване на кумулативним оптужбама, веће није редуковало чињенични домашај случаја већ је одлучило да не квалификује чињенице на начин на који је то учинио Тужилац“.

Ово резонување иако не решава питање кумулативних осуда чини извесном да се овом питању пред Сталним кривичном судом може приступити на другачији начин него у поступцима пред МКТЈ, МКТР и ПТЛ.

## 6. ПИТАЊЕ ПРИМЕРЕНОГ ТЕСТА ЗА КУМУЛАТИВНЕ ОСУДЕ

Стандард Blackburger је несумњиво прихваћен у међународном кривичном правосуђу као релевантан за решавање питања допуштености кумулативних осуда. Међутим, сматрамо да овај стандард може послужити тек као први корак приликом испитивања да ли је примерено или допуштено изрицати кумулативне осуде за иста понашања. Наиме, он може послужити само приликом идентификације кривичних дела у погледу којих је неопходно да се установи да ли је допуштено изрицати кумулативне осуде. Поред тога, потребно је испитати да ли постоје оправдани разлози за изрицање кумулативних осуда, на основу резултата анализе легислативне историје односних међународних кривичних дела (која је сврха одређене инкриминације), као и разматрање различитих правно-догматских и криминално-политичких питања, о којима се, нажалост, до данас није водила иоле опсежнија расправа.

Пракса *ad hoc* трибунала је јединствена у томе да је допуштено изрицати кумулативне осуде, на основу истих дела, по члану 3. и члану 5. Статута МКТЈ (злочин против човечности и кршење закона и обичаја ратовања). Примера ради, допуштено је изрећи осуду за убиство као ратни злочин и убиство или истребљење или прогон као злочин против човечности. Разлог допуштености изрицања кумулативних осуда за ратне злочине и злочине против човечности се заснива на томе да је за квалификацију неког дела као ратног злочина неопходно да се докаже „блиска веза (*close link*) између

72 Decision on the Prosecutor's Application for Leave to Appeal the "Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean Pierre Bemba Gombo" 18. september 2009, пара. 55



аката оптуженог и оружаног сукоба,“ до је за постојање злочина против човечности неопходно је да се докаже постојање „широко распрострањеног или систематског напада против цивилног становништва.“<sup>73</sup>

Утврђивање да ли су елементи злочина против човечности и ратних злочина материјално различити уколико се исто понашање оптуженог може квалификовати и као једно и као друго, је, међутим, знатно сложеније од простог поређења контекстуалних елемената. Разлози због којих сматрамо да не би требало да буде допуштено изрицање кумулативних осуда за ова два злочина састоји се не само у историјском развоју ова два института, већ и да већина злочина против човечности не представља ништа друго до ратни злочин учињен у контексту широко распрострањеног или систематског напада на цивилно становништво.

Чињеница да се ради установљавања злочина против човечности не тражи веза са оружаним сукобом, имајући у виду надлежност међународних кривичних трибунала попут МКТЈ и МКТР, не значи да овај елемент не мора да буде суштински ради установљавања да ли је извршен и напад на цивилно становништво. Надлежност МКТЈ и Механизма је ограничена на постојање оружаног сукоба. Поред тога, и чињенице и докази на којима се темељи налаз да је реч о блиској вези са оружаним сукобом и да је реч о широко распрострањеном или систематском нападу на цивилно становништво су углавном исти, и како је истакла судија Wald „злочини против човечности захтевају додатан терет доказивања за разлику од ратних злочина, али у јуриспруденцији трибунала они не представљају терет који је посебно онерозан.“<sup>74</sup> Како су истакле судије Хунт и Бенона: „у односу на кривична дела која се терете ... по члановима 3 и 5, узимање у обзир различитих контекстуалних елемената или правних предуслова имаће за последицу да се кривична дела као што су мучење силовање и убиство/намерно лишавање живота нужно и у сваком случају сматрају засебним кривичним делима кад се терете по различитим члановима, и стога ће се морати изрећи две осуде за *нешто што је у бићу једно те исто кривично дело*“.<sup>75</sup>

У случају када се исто дело може квалификовати и као ратни злочин и као злочин против човечност, по правилу, ратни злочин ће бити конзумиран злочином против човечности, будући да овај садржи конкретнији елемент, односно квалификује да је у контексту оружаног сукоба (у блиској

73 *Prosecutor v. Stanislav Galić*, IT-98-29-A, Judgement, 30 November 2006, para. 165; *Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, IT-96-23 and IT-96-23/1-A, Judgement, 12. June 2002, para. 176.; Пресуда Претресног већа у предмету Поповић и остали, para. 2112; *Prosecutor v. Ante Gotovina, Ivan Čermak and Mladen Markač*, IT-06-90-T, Judgement Vol. 2, 15 April 2011, para. 2591.; *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, IT-05-88/2, Judgement, 12 December 2012, para. 1201.

74 P. M. Wald, *op. cit.*, 629.

75 Пресуда Жалбеног већа у предмету Челебићи, Издвојено и различито мишење судија David-a Hunt-a и судије Mohamed-a Bennoun-e, пара. 29

вези са оружаним сукобом) конкретан напад усмерен против цивилног становништва.<sup>76</sup>

Становиште Жалбеног већа МКТЈ је да су кумулативне осуде за прогоне и друга нехумана дела према члану 5 Статута (злочин против човечности) допуштена, и пракса МКТЈ обилује примерима кумулативних осуда за прогоне као злочин против човечности и других кривичних дела из групе злочина против човечности према члану 5 Статута МКТЈ.

Становиште Жалбеног већа формулисано је у предмету *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čekrez*.<sup>77</sup> Жалбено вече је констатовало да је у предметима *Krnojelac, Vasiljević и Krstić*, заузет став да су „осуде према члану 5 Статута за прогоне као злочин против човечности и истовремено за друга кривична дела из тог члана недопустиво кумулативне.“ Посебно је наведена пракса из предмета *Vasiljević и Krstić* у којој је Жалбено веће навело да се „жалиоцу не могу изрећи осуде и за убиство и за прогоне према члану 5 (а) и (х) Статута на основу истих дела,<sup>78</sup> што је „у директној супротности са резонувањем Жалбеног већа и његовом правилном применом теста у предметима *Jelisić, Kupreškić, Kunarac и Musema*. ... Жалбено веће је у предмету *Челебићи* изричито одбацило приступ којим се допуштено кумулативних осуда за исто понашање утврђује на основу стварног понашања оптуженог. Оно што треба учинити јесте испитати, у правном смислу, елементе сваког кривичног дела из Статута које се односи на понашање за које је оптужени осуђен. Мора се размотрити да ли свако кривично дело за које се терети садржи материјално различит елемент који друго дело не садржи, то јест, да ли свако кривично дело садржи неки елемент који захтева доказивање чињенице коју за друго дело није потребно доказати.“<sup>79</sup>

Жалбено веће је допуштено кумулативних осуда за прогоне и убиства као злочине порив човечности (према чл. 5 а и х Статута) образложило на следећи начин.:

„Жалбено веће констатује да дефиниција прогона садржи материјално различите елементе којих нема у дефиницији убиства из члана 5 Статута: захтев да се докаже да је неком радњом или пропустом фактички извршена

76 Како су истакле судије Хунт и Бенона „у односу на кривична дела која се терете по другим комбинацијама чланова Статута, као на пример, по члановима 2 и 5, или по члановима 3 и 5, узимање у обзир различитих контекстуалних елемената или правних предуслова имаће за последицу да се кривична дела као што су мучење силовање и убиство/намерно лишавање живота нужно и у сваком случају сматрају засебним кривичним делима кад се терете по различитим члановима, и стога ће се морати изрећи две осуде за нешто што је у бити једно те исто кривично дело“. Пресуда Жалбеног већа у предмету *Челебићи*, Издвојено и различито мишење судија David-a Hunt-a и судије Mohamed-a Bennoun-e, пара. 29

77 *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čekrez*, IT-95-14/2-A, Judgement, 17 December 2004 (Пресуда Жалбеног већа у предмету Кордић и Черкез)

78 Пресуда Жалбеног већа у предмету *Коридић и Черкез*, пара. 1039. Види и Пресуда Жалбеног већа у предмету *Крстић*, пара. 231.

79 Пресуда Жалбеног већа у предмету *Кордић и Черкез*, пара. 1040.

дискриминација и да се докаже да су та радња или пропуст извршени са посебном дискриминаторном намером. За разлику од тога, за убиство се захтева доказ да је оптужени проузроковао смрт једне или више особа, без обзира на то да ли је радњом или пропустом који су проузроковали смрт извршена фактичка дискриминација или су та радња или пропуст извршени с посебном намером дискриминације, што се не захтева за прогон. Стога су кумулативне осуде на основу истих радњи према члану 5 Статута допуштене у вези са тим кривичним делима.<sup>80</sup>

У погледу допуштености кумулативних осуда за прогоне и друга нехумана дела из члана 5 (злочин против човечности) Жалбено веће је свој став о допуштености кумулативних осуда засновало на следећој аргументацији. „Жалбено веће констатује да дефиниција прогона садржи материјално различите елементе којих нема у дефиницији других нехуманих дела из члана 5 Статута: захтев да се докаже да је неком радњом или пропустом фактички извршена дискриминација и да се докаже да су та радња или пропуст извршени са посебном намером дискриминације. За друга нехумана дела, за разлику од тога, захтева се доказ да је оптужени проузроковао тешке телесне или душевне повреде жртви или жртвама, без обзира на то да ли је радњом или пропустом који су проузроковали повреде извршена фактичка дискриминација или су та радња или пропуст извршени с посебном намером дискриминације, што се не захтева за прогоне. Стога су кумулативне осуде на основу истих радњи према члану 5 Статута допуштене у вези са овим кривичним делима.“<sup>81</sup>

Становиште Жалбеног већа је, у ствари становиште већина судија. Наше је становиште да је став већине који је касније рутински примењиван у наредној јуриспруденцији погрешан и, поред тога, недовољно образложен, будући да не узима у разматрање природу прогона као злочина против човечности како је дефинисан у јуриспруденцији МКТЈ. Судије које су пресуди придодале своје различито мишљење (судије Schomburg i Güney) су се сложиле са тестом из предмета Челебићи, али су нагласили да „предмет жалбе у том поступку нису биле осуде у оквиру члана 5.“<sup>82</sup>

Судије Шомбург и Гинеј су указали да је „кључни део теста у предмету Челебићи појам „материјално различитог елемента““ те да стога „треба утврдити *in abstracto* да ли убиство као злочин против човечности садржи ‘материјално различит елемент’ који је различит од прогона као злочина против човечности.“<sup>83</sup> *Actus reus* убиства је противправно лишавање живота неке особе. *Actus reus* прогона је, између осталих обележја, ускраћивање или повреда неког основног права предвиђеног међународним обичајним

80 *Ibidem*, пара. 1041.

81 *Ibidem*, пара. 1042.

82 Joint dissenting opinion of Judge Schomburg and Judge Güney on cumulative convictions, Пресуда Жалбеног већа у предмету Кордић и Черкез, пара 3.

83 Joint dissenting opinion of Judge Schomburg and Judge Güney on cumulative convictions, пара. 4

или уговорним правом. Ако се поређење ове две одредбе усредреди на њихове формулације, могло би се на приви поглед рећи да су те две дефиниције на први поглед различите. Међутим, питање је – према тесту из предмета *Челебићи* - да ли се оне материјално разликују. Стога, мора се утврдити да ли и убиство и прогон налажу „доказивање чињенице која се за друга дела не тражи“. Иако *mens rea* прогона представља елемент који налаже доказивање чињенице која се не тражи за убиство – наиме, дискриминатору намеру - код дела убиства тако материјално различит елемент који се не тражи за прогон не постоји: убиство неке особе јесте лишавање те особе фундаменталног права на живот.<sup>84</sup>

Судије Шомбург и Гинеј су применили и другачији приступ, анализирајући природу прогона као злочина против човечности. Наиме, они су истакли да „кривично дело прогона треба посматрати као празну љуштуру: у ствари, ради се о резидуалној категорији која је замишљена да покрије сва могућа дела која су у основи прогона. Дакле, један кривични суд не може просто да узме дефиницију како је формулисана и осудити осуђеног за ускраћивање неког фундаменталног права, јер би то било неприхватљиво непрецизно. Уместо тога, треба се запитати: које је то фундаментално право ускраћено. У овом предмету, одговор је фундаментално право на живот. Само инкорпорисањем овог елемента у дело прогона - празну љуштуру - представља прогон, злочин против човечности“.<sup>85</sup> Коначно, двојица судија указују да се у конкретном случају „неки елемент материјално разликује од другог уколико налаже доказивање чињенице које не налаже други“, а да је у конкретном случају потребно доказати радње убиства да би се доказало ускраћивање фундаменталног права на живот.<sup>86</sup>

Исто важи и приликом поређена других нехуманих дела и прогона као злочина против човечности. Наиме, кумулација осуда за прогоне и друга дела која чине део прогона чини нам се недопустивом, будући да прогони не представљају ништа друго до вршење других злочина против човечности са намером дискриминације на расној, верској или политичкој основи. Наиме, како је утврђено у јединственој јуриспруденцији Трибунала, „прогони могу обухватити различите нехумане акте. Акт или пропуст који су наведени у ставовима члана 5, као и они који нису наведени у Статуту, могу представљати *actus reus* прогона уколико су извршени на дискриминаторној основи.“<sup>87</sup> Приликом установљавања да ли је извршен неки од аката из члана 5 (на пример убиства, принудно премештање итд), једино што се захтева за прогоне као злочин против човечности је доказ дискриминаторне

84 *Ibidem*, пара. 5

85 *Ibidem*, пара. 6

86 *Ibidem*, пара. 7

87 Види: Пресуда претресног већа у предмету Толимир, пара. 847.; Пресуда Жалбеног већа у предмету Кордић и Черкез, пара 101; Пресуда жалбеног већа у предмету Васиљевић, пара. 112; Поповић и остали, пресуда претресног већа, пара. 964 (и тамо наведена јуриспруденција).

намере и дискриминације на расној, политичкој или верској основи. Другим речима, уз елемент неког другог кривичног дела захтева се доказивање да је овај учињен на дискриминаторној основи, што представља потпуну консумпцију других кривичних дела према члану 5. Једном речју, да би се доказао прогона као злочина против човечности захтева се доказивање свих оних чињеница које се захтевају за доказивање, на пример убиства као злочина против човечности или принудног премештања становништва (нехуманих дела), тортуре итд. као злочина против човечности.<sup>88, 89</sup>

У јуриспруденцији МКТЈ и Механизма дозвољено је изрицање кумулативних осуда за геноцид и злочине против човечности. Тако је, примера ради, претресно веће у предмету *Појовић и остали*, ослањајући се на праксу Трибунала, закључило да „осуђујућа пресуда за геноцид по члану 4(3)(а) Статута (тачка 1 /Оптужнице) није недопустиво кумулативна у односу на осуду за неки од злочина против човечности по члану 5 Статута (тачке 3, 4, 6 и 7 Оптужнице) јер свако од тих кривичних дела садржи елементе који су међусобно материјално различити. Док се за осуђујућу пресуду за геноцид тражи доказ о постојању намере да се у целисти или делимично уништи нека национална, етничка, расна или верска група, за осуђујућу пресуду за злочине против човечности тражи се доказ о распрострањеном или систематском нападу усмереном против цивилног становништва.“<sup>90</sup>

Проблем изрицања кумулативних осуда за геноцид и убиства, истребљење и прогоне као злочин против човечности први пут се поставио у предмету *Крстић*, у коме је претресно веће одбило да изрекне кумулативне осуде за геноцид и истребљење и убиства као злочине против човечности, док је Жалбено веће заузело дијаметрално супротну позицију, заузевши

88 Овакав однос прогона и других злочина против човечности демонстрира између осталог и чл. 6 Лондонске повеље (којим је основан Међународни војни трибунал у Нирнбергу), којим је предвиђено, да се сноси индивидуална кривична одговорност за злочине против човечности, који обухватају, између осталог, прогоне на политичкој, расној или верској основи приликом извршења или у вези са ма којим злочином који је обухваћен надлежношћу Трибунала.“

89 Претресно веће у предмету *Крстић* је стало на становиште да убиство као злочин против човечности (члан. 5а Статута) садржи материјално различит елемент који се не тражи за прогоне (члан. 5 Статута МКТЈ). *Prosecutor v. Radislav Krstić*, IT-98-33-T, Judgement, 02. August 2001, para. 675 (Пресуда Претресног већа у предмету *Крстић*) Како је истакло претресно веће, „за прогон се тражи дискриминаторна намера као додатни елемент који се не тражи за убиство према члану 5. Будући да се за кривично дело прогона тражи јединствени материјално различити елемент у односу на убиство према члану 5(а) тест није задовољен... Будући да је дело прогона уже дефинисано од дела убиства, предност треба дати прогонима.“ Сходно томе, Претресно веће је изречло само осуђујућу пресуду по оптужни за прогоне и одбацило оптужбу за убиства према члану 5(а). *Ibidem*, para. 675.

90 Пресуда Жалбеног већа у предмету *Крстић*, пара. 222-223, 226-227, Пресуда Жалбеног већа у предмету *Ntakirutimana i Ntakirutimana*, пара. 542. Види и IT-09-92-T, *The Prosecutor v. Ratko Mladić*, Judgment of 22 November 2017, paras. 5168-5179.

становиште (које је примењено и у каснијој јуриспруденцији у предметима *Појовић и остали* и *Толимир*, у којима је МКТЈ имао прилике да се бави оптужбама за геноцид из злочине против човечности).

Питање које се у конкретном случају поставља је да ли је геноцид кривично дело које је уже дефинисано од кривичних дела злочина против човечности, или је реч о два потпуно различита кривична дела.<sup>91</sup> Елементи геноцида и злочина против човечности, како су формулисани у релевантним нормативним актима се разликују. Међутим, ова разлика је такве природе да нам се чини да није оправдано изрицати кумулативне осуде за иста дела и као злочине против човечности и као ратне злочине.<sup>92</sup>

Разлика се прво, испољава у томе што се ради установљавања злочина против човечности захтева постојање „широко распрострањеног или систематског напада на цивилно становништво,“ што се не захтева за установљавање да ли је извршен геноцид. Међутим, с обзиром да је битан елемент геноцида постојање намере уништења националне, етничке, расне или верске групе као такве, она нужно обухвата цивилно становништво. Како је напад ког геноцида, односно *actus reus* геноцида дефинисан као убијање припадника заштићене групе, наношење тешких телесних или душевних повреда припадницима групе, смишљено наметање припадницима групе животних услова који су срачунати да доведу до њеног потпуног или делимичног уништења, увођење мера којима је циљ спречавање рађања унутар групе и прилиско премештање деце из те групе у другу групу, он је нужно усмерен против цивилног становништва (иако не мора бити искључиво усмерен против цивилног становништва што се не тражи ни за установљавале да ли је извршен злочин против човечности).

Природа кривичног дела геноцида је таква да се он нужно састоји од аката који су предузети на систематски начин или су широко распрострањени. Како се наводи у елементима злочина Међународног кривичног суда, ради установљавања да ли је извршен геноцид неопходно да се установи да је радња предузета „у контексту очигледног обрасца или сличних аката усмерених против такве групе или је понашање такво да по себи може проузроковати ефекат потпуног или делимичног уништења групе као такве.“<sup>93</sup> Мада није реч

91 Како је истакло Жалбено веће у предмету Кристић, „уже дефинисано кривично дело обухвата оно које је шире дефинисано јер извршење првог нужно повлачи и извршење другог.“ Пресуда Жалбеног већа у предмету Кристић, пара. 218.

92 Како је истакао Охлин, „иако геноцид није био дефинисан као засебно кривично дело за време нирнбершког суђења, било је јасно да су „геноцидни акти били покривени субкатегијом општије природе – Злочинима против човечности.“ J. D. Ohlin, “Incitement and Conspiracy to Commit Genocide”, *The UN Genocide Convention – A Commentary*, (ed. P. Gaeta), 2009, 191. ([http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1456594](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1456594)).

93 „The conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction.“ Види Article 6 of the Elements of Crimes, International Criminal Court.

о карактеристици која је садржана у статутарној формулацији злочина геноцида, овај захтев произлази из природе геноцида као кривичног дела.

Други елемент који треба анализирати приликом утврђивања да ли је допуштено изрицати кумулативне осуде за поједине злочине против човечности и геноцид је елемент *mens rea* (знање и намера). Наиме, док се код геноцида захтева постојање посебне намере уништења националне, етничке, расне или верске групе као такве, ради утврђивања да ли је извршен неки од злочина против човечности неопходно је доказати да је оптужени знао да је његово дело део таквог напада. Дакле, за утврђивање да ли је оптужени извршио геноцид поставља се услов који је знатно строжији, и који по природи ствари обухвата сазнање да његови акти представљају део систематског или широко распрострањеног напада на заштићену групу која нужно обухвата и цивилно становништво.

Жалбено веће МКТЈ је у предмету *Крстић*, образлажући тезу о допуштености кумулативних осуда за геноцид и истребљења као злочин против човечности исткало да је „могуће да у пракси геноцидна намера учиниоца готово увек обухвата цивиле, али то није услов садржан у правној дефиницији дела геноцида. Како је објаснило Жалбено веће, питање да ли су два кривична дела недопустиво кумулативна је правно питање,<sup>94</sup> и додао да „чињеница да ће, у пракси, исто понашање често ићи у прилог констатације да је учинилац намеравао да учини и геноцид и истребљење не чини те две намере идентичним у правном смислу.“<sup>95</sup>

Ово становиште Жалбеног већа сматрамо погрешним. Тест да ли је нека осуда недопустиво кумулативна заснива се на поређењу правних елемената, али не само њихових језичких формулација, већ утврђивања да ли су елементи различити у материјалном смислу, што подразумева њихово тумачење, установљавање њихових суштинских карактеристика. Другим речима, реч је о правном питању које се не може разрешити само поређењем језичких формулација.

Наиме, захевани *dolus* код истребљења састоји се у намери масовног убиства (*killling on a large scale*) или систематског излагања великог броја особа условима живота који воде њиховој смрти.<sup>96</sup> И геноцидна намера по природи ствари обухвата велики број особа, који је дефинисан као намера потпуног или делимичног уништења националне, етничке, расне или верске групе као такве.

Поред тога, наведено становиште Жалбеног већа је у оштрој супротности са каснијом јуриспруденцијом, односно становиштем да жртве злочина против човечности могу бити и војна лица (борци) који су *hors de combat*. Наиме, у свом резонувању по питању кумулативних осуда Жалбено веће је навело да „захтевана намера код геноцида није ограничена на ситуације када учинилац

94 Пресуда Жалбеног већа у предмету *Крстић*, пара. 226.

95 *Ibidem*.

96 Види на пример, Пресуду Претресног већа у предмету *Толимир*, пара. 723.

настоји да уништи само цивиле. Под условом да је део које се намерава уништити знатан и под условом на учинилац намерава да уништи тај део као такав, ништа у дефиницији геноцида не спречава, на пример, осуду у случају када је учинилац убио заточено војно особље које припада заштићеној групи због чињенице да припадају тој групи.<sup>97</sup> Са друге стране, у савременој јуриспруденцији МКТЈ и Механизма напад на цивилно становништво се доста широко тумачи, а као жртве злочина против човечности подводе и убиства припадника оружаних снага уколико су извршена у контексту напада на цивилно становништво.<sup>98</sup> Са друге стране, уколико *actus reus* истребљења усмерен искључиво на припадике оружаних снага, односно није извршен у контексту широко распрострањеног или систематског напада на цивилно становништво, у том случају се не може квалификовати као злочин против човечности (већ као ратни злочин), и питање кумулације осуда за геноцид и истребљење или убиство као злочин против човечности се и не поставља.<sup>99</sup>

## 7. МЕСТО ЗАКЉУЧКА

Дискусија која је изнета на претходним страницама се ни у ком случају не може сматрати исцрпном.<sup>100</sup> У овом чланку само се указује на пажњу која би морала да се посвети овом свакако најсложенијем питању међународног кривичног правосуђа, преко ког се преламају и друга питања, како она која су садржана у образложењима пресуда и других одлука, тако и она

97 *Ibidem*.

98 Аутор ових редова је становишта да лица која су *hors de combat* не могу представљати жртве злочина против човечности, што је и становиште које има основа у ранијој јуриспруденцији, већ да убиства и нехумана дела која се према њима извеште могу представљати ратни злочин или тешка кришења Женевских конвенција. Види А. Гајић, "The term „civilian“ in the context of Article 5 of the Statute of the ICTFY does not include members of the armed forces placed *hors de combat*", *Прилози пројекту 2007, Развој правној система Србије и хармонизација са правом ЕУ*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007, 223–239.

99 Жалбено веће МКТЈ је питање решило на сумаран начин. На пример, у предмету Толимир Жалбено веће је одговарајући на опсежну аргументацију Одртабе о односу истребљења као злочина против човечности и геноцида, не одговарајући на бројну аргументацију која је изнесена како усмено тако и у писаном облику, закључило: „Genocide requires proof of an intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group which is not required by extermination as a crime against humanity. Extermination requires proof that the crime was committed as part of a widespread or systematic attack against a civilian population, an element not required by genocide. The Appeals Chamber finds no merit in Tolimir’s submission that the civilian component in each renders cumulative convictions impermissible.“ Case No. IT-05-88/2-A, *The Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Judgment of 8. April 2015, para. 610.

100 Аутор већ дуго припрема монографију која ће обухватити питања система међународних кривичних дела, кумулативних, конкурентних и алтернативних оптужби и осуда, које је често испрекидано професионалним и осталим обавезама.



која произлазе из контекста појединих предмета. У овом раду настојали смо да прикажемо не само садржину појединих „решења“ из праксе међународних кривичних судова и трибунала, већ и да укажемо на њихову генезу, кључне моменте њиховог настанка и даље мање-више јединствене примене. Овај рад је напор у правцу указивања на питања која треба разрешити у даљем „развоју“ међународног кривичног права које је у надлежности међународног кривичног правосуђа.

## БИБЛИОГРАФИЈА

- Boas G., Bischoff J. L., Reid N. L., *International Criminal Law Practitioner Library, Vol. II, Elements of Crimes under International Law*, Cambridge University Press, 2008.
- Erdei I., “Cumulative convictions in international criminal law: reconsideration of a seemingly settled issue”, *Suffolk Transnational Law Journal*, Vol. 34/2, 2011.
- Kelsen H., “Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law”, *The International Law Quarterly*, vol. 1, 2/1947, 153–171.
- Ohlin J. D., “Incitement and Conspiracy to Commit Genocide, *The UN Genocide Convention – A Commentary*”, (ed. Gaeta P.), 2009, 191. ([http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1456594](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1456594)).
- Palombino F. M., „Cumulation of offences and purposes of sentencing in international criminal law: A troublesome inherence on the Second World War“, *International Comparative Jurisprudence*, Vol. 2, 2016.
- Schabas W., *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, 2006.
- Wald P. M., “Genocide and Crimes Against Humanity”, *Washington University Global Studies Law Review*, 6/2007.
- Гајић А., “The term „civilian“ in the context of Article 5 of the Statute of the ICTFY does not include members of the armed forces placed *hors de combat*”, *Прилози пројекту 2007, Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007, 223–239.
- Лазин Ђ., *Привидни идеални стицај кривичних дела*, Привредна штампа, Београд, 1982.
- Стојановић З., „Привидни идеални стицај кривичних дела“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, 3/2009, 9–21.

## ПРАКСА МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ ТРИБУНАЛА ЗА БИВШУ ЈУГОСЛАВИЈУ И РУАНДУ И МЕХАНИЗМА ЗА МЕЂУНАРОДНЕ КРИВИЧНЕ СУДОВЕ

- Case No. ICTR-96-13-A, *Musema v. Prosecutor*, Judgement, 16 November 2001.
- Case No. IT-98-PT, *Prosecution v. Radisav Krstić*, Decision on Defence Preliminary Motion on the Form of the Indictment, Count 7-8, 28 January 2000.

- Case No. IT-98-33-T, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Judgement, 02. August 2001.
- Case No. IT-98-29-A, *Prosecutor v. Stanislav Galić*, Judgement, 30 November 2006.
- Case No. IT-96-21-A, *Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić and Esad Landžo (Čelebići Case)*, Judgement, 20 February 2001.
- Case No. IT-95-16-T *The Prosecutor v. Zoran Kupreškić, Mirijan Kureškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, Dragan Papić, Vladimir Šantić*, Judgement, 14 January 2000.
- Case No. IT-05-88/2-A, *The Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Judgment of 8. April 2015.
- Case No. IT-05-88/2, *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Judgement, 12 December 2012.
- Case No. IT-05-88/2-A *The Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, Notice of Appeal, 11 March 2013.
- IT-05-88-A, *The Prosecutor v. Vujadin Popović at all*, Prosecutor's Notice of Appeal, 08 September 2010.
- Case No. IT-06-90-T, *Prosecutor v. Ante Gotovina, Ivan Čermak and Mladen Markač*, Judgement Vol. 2, 15 April 2011.
- Case No., IT-09-92-T, *The Prosecutor v. Ratko Mladić*, Judgment of 22 November 2017.
- Case No. IT-94-1-T, *Prosecutor v. Dušan Tadić*, Decision on the Defence Motion on the Form of the Indictment, 14 November 1995.
- Case No. IT-96-23 and IT-96-23/1-A *Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, Judgement, 12. June 2002.
- Case No. IT-95-14/2-A *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez*, Judgement, 17 December 2004.
- Case No. IT-95-14/2 *The Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Judgment of 17 December 2004.

## ПРАКСА МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА

- Decision on the Prosecutor's Application for Leave to Appeal the "Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean Pierre Bemba Gombo" 18. september 2009.
- Decision on the Prosecutor's Application for Leave to Appeal the "Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean Pierre Bemba Gombo" 18. september 2009.
- Situation in the Central African Republic in the case of *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gambo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 21 March 2016, paras.743-751,
- Situation in Uganda in the case of *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Case No.: Icc-02/04-1/15, Public Redacted Trial Judgment, 04. February 2021.
- Situation in Central African Republic in the case of *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, (No. ICC-01/5-01/08) Decision on the Prosecutor's Application for Leave to Appeal the „Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean Pierre Bemba Gombo, 18 September 2009.

Decision on the Prosecutor's Application for Leave to Appeal the "Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean Pierre Bemba Gombo" 18. september 2009.

## ОСТАЛИ ИЗБОРИ

Special Tribunal for Lebanon, *Case No. STL-11-01/I*, Appeals Chamber, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging, 16 February 2011.

*Blockburger v. United States*, 284 U.S. 299, 304 (1932), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/284/299/>.

*Rutledge v. United States* - 517 U.S. 292 (1996) <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/292/case.htm>.

*State of North Carolina v. Demontrise Antwan Dawis*, No. COA08-1275, 4 August 2009. <https://casetext.com/case/state-v-davis-1268>.

Special Superior Court Judge Shannon R. Joseph, Pitfalls in Criminal Judgements: Multiply Convictions (prepared for June 2011 conference), The University of North Carolina- School of Government, [http://www.sog.unc.edu/sites/www.sog.unc.edu/files/Multiple%20Convictions\\_0.pdf](http://www.sog.unc.edu/sites/www.sog.unc.edu/files/Multiple%20Convictions_0.pdf).

Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 808 (1992), UN Doc. S/25704, 03.05.1993.

United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, United States of America, France, Union of Soviet Socialist Republics Agreement for the prosecution and Punishment of major war criminals of the European Axis. Signed at London, on 8. August 1945, *United Nations Treaty Series* 1951, No. 251.

Security Council Resolution 1966 (2010), UN Doc. S/Res/1966(2010), 22 December 2010. Case No. IT- IT-95-14/2-.

*Law Reports of Trials of War Criminals*, U.N. War Crimes Commission VI, London, 1948.

**Aleksandar V. Gajić, PhD\***

## CUMULATIVE CONVICTIONS IN THE INTERNATIONAL ADMINISTRATION OF CRIMINAL JUSTICE

### *Summary*

*The author critically examines the permissibility of cumulative convictions in the law and practice of international criminal courts and tribunals, which are based on the standard formulated by the Appeals*

\* Associate professor, University of Belgrade – Faculty of Law, [gajic@ius.bg.ac.rs](mailto:gajic@ius.bg.ac.rs).

*Chamber of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia in the Čelebić case. The question arises whether the Čelebić standard is adequate for solving the issue of cumulative courts in international criminal law. In this context, the author first considers the relationship between cumulative and cumulative and alternative charges, then points to the genesis of the standard from the Čelebić case and criticizes the set standard, then deals with issues related to the “system” of international criminal offenses and the appropriateness of imposing cumulative convictions, as well as the question of the appropriate test for imposing cumulative convictions. The intention of the paper is to point out the issues that need to be resolved in the further “development” of perhaps the most complex issue of international criminal law and international criminal justice.*

**Key words:** Cumulative convictions, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Mechanism for International Criminal Tribunals, International Criminal Court, Čelebić test.

## КРИВИЧНА ДЈЕЛА ПРОТИВ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

(двје различите фазе у примјени)

*Апстракт:* У раду аутор расправља питање примјене кривичног закона у суђењима за међународна кривична дјела у Босни и Херцеговини. При томе се указује на постојање два различита кривичноправна режима који се примјењују на оптужене: један, који примјењују судови Енџиџеџа и Брчко Дисџриџија и други, који примјењује Суд БиХ. Поред тога, посебно се наглашава да, у примјени правила временског важења у суђењима за кривична дјела против међународног права од стране Суда БиХ, постоје двије различите фазе: прва, која је постојала прије доношења пресуде Европског суда за људска права у предмету Мактоуф-Дамјановић од 18. јули 2013. године којом је утврђена повреда одредбе из члана 7. став 1. Европске конвенције о људским правима, и друга која је успједила након тога.

Посебна пажња у раду је посвећена инкриминацији злочин против човјечности из члана 172. КЗ БиХ, коју Суд БиХ примјењује као ново кривично дјело на основу члана 7. став 2. ЕКЉП. Аутор сматра да ипаква примјена ове инкриминације није основана, јер из садржаја неправа овог кривичног дјела произлази да се у основи не ради о новом кривичном дјелу, те да се стога његова кажњивост не може изводити или заснивати на овој одредби, односно општим начелима међународног права.

**Кључне ријечи:** принцип законитости, правила временског важења, принцип неретроактивности, обавезна примјена новог повољнијег закона, злочин против човјечности, пресуда ЕСЉП у предмету Мактоуф-Дамјановић.

\* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци и судија Суда Босне и Херцеговине, у пензији, milosbabic2012@gmail.com.

## 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

1. Важење и примјена кривичних закона темељи се на одређеним правилима која су владајућа у данашњем кривичном праву и која су прихваћена, како у националним кривичним законодавствима, тако и у међународном праву. Многа од њих су таквог значаја да су подигнута на ранг уставних начела, као и начела међународног права и као таква сврстана су у каталог основних људских права. Та правила представљају израз захтјева начела законитости и правне сигурности којима се грађанима гарантује да неће моћи бити кажњавани за оне радње које у вријеме њиховог чињења нису била предвиђена као кривична дјела, односно таква рјешења која им гарантују да у вријеме предузимања или непредузимања одређене радње знају са каквим посљедицама могу рачунати. Једно од најзначајнијих правила које је у основи тих начела је свакако правило које се односи на временско важење кривичног закона и састоји се у томе да се примјењује закон времена извршења кривичног дјела (*йринциј неретйроакйивносйи*), односно према којем је забрањена повратна или ретроактивна примјена кривичног закона (*nullum crimen sine lege previa* - нема кривичног дјела без претходног закона). Принцип забране ретроактивне примјене кривичног закона не смије бити суспендован ни под каквим околностима, јер је ријеч о једном од основних људских права које се мора поштовати и за вријеме ванредног стања. Од њега је могуће одступање само под условом да је нови закон повољнији за учиниоце кривичног дјела (*йринциј обавезне йримјене новој йовољнијеј закона*), што је такође предвиђено као право које је гарантовано не само унутрашњим, већ и међународним правом. Као такво, ово право представља једну од битних компоненти правичног суђења из члана 6. Европске конвенције о људским правима, што значи да оно спада у групу међународних стандарда људских права.

Изузетан значај наведених правила потврђује и њихова међународно-правна верификација у најзначајнијим међународним документима у којима је, поред принципа законитости, предвиђен и принцип неретроактивности као његов најзначајнији сегмент. То је предвиђено већ у Универзалној декларацији о људским правима (чл. 11.ст. 2.), Европској конвенцији о људским правима (чл. 7), Међународном пакту о грађанским и политичким правима (чл. 15), као и у низу других међународних докумената, те најзад и Римском статуту под насловом *забрана ретйроакйивносйи ratione personae* (чл. 24).

Наведена правила и принципи представљају универзалне цивилизацијске вриједности и неизоставну одлику свих модерних и демократских правних система и као таква представљају темељ владавине права сваке правне државе. Она су у основи гарантивне функције кривичног права, битна одредница његове демократичности и заштите људских права. Тиме се грађанима гарантује да не могу бити кажњавана без закона, *шйио сйречава*

*самовольно кажњавање без ѡрећходној закона (lex previae) или на основу његове недоушћене рећроакћивне ѡримјене.*<sup>1</sup>

2. Питање примјене наведених правила посебно је актуелно у данашњем времену када су веома честе измјене кривичног законодавства. То се посебно односи на тзв. транзицјске или пост-транзицјске државе настале на југо-словенским просторима које су након државноправног осамостаљивања успоставиле своје сопствено кривично законодавство, са низом нових установа и рјешења. Како се ради о новим државама у којима је посебно изражена потреба мијењања многих дотадашњих рјешења, односно њиховог саображавања са стандардима прихваћеним у савременом кривичном праву, промјене у овој материји су доста честе, што редовно има посебан значај за питање примјене правила која се односе на временско важење кривичних закона.

Након ступања на снагу Кривичног закона Босне и Херцеговине 2003. године, ово питање је у најснажнијој мјери дошло до изражаја управо у Босни и Херцеговина у суђењима за најтјежа кривична дјела ѡрошњив међународној ѡрава која су извршена за вријеме оружаног сукоба у периоду од 1992. до 1995. године. Оно је у средишту интересовања првенствено ради тога што су на сцени *два ѡосве различитија ѡрисћућа у ѡримјени кривичних закона* на такве случајеве, а што зависи од тога на којем се нивоу они процесуирају: ентитетском или од стране Суда БиХ, односно да ли се суди прије пресуде Европског суда за људска права у предмету Мактоуф-Дамјановић или након њеног доношења.

## 2. ПРИМЈЕНА ПРАВИЛА ВРЕМЕНСКОГ ВАЖЕЊА ДО ПРЕСУДЕ ЕСЉП У ПРЕДМЕТУ МАКТОУФ–ДАМЈАНОВИЋ (ПРВА ФАЗА)

1. Када је у питању примјена кривичног закона на ова кривична дјела од стране Суда Босне и Херцеговине, треба нагласити да је овај суд већ на самом почетку у суђењима за ова кривична дјела, у знатној мјери под утицајем или уз асистенцију неких међународних тијела, али и судија (а нешто касније и уз „подршку“ Уставног суда БиХ), заузео став да се на та дјела примјењује КЗ БиХ. Наравно, прихватајући овакав став, суд се није ни упуштао у оцјену конкуришућих закона у погледу њихове строгости,<sup>2</sup>

1    Детаљније о начелима међународног материјалног кривичног права, вид. М. Шкулић, *Међународно кривично ѡраво*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2020, 13–40.

2    То није чинио ни сам Уставни суд поступајући по апелацијама све до пресуде ЕСЉП у предмету Мактоуф-Дамјановић (иако је мериторно одлучивао о питању основаности ретроактивне примјене кривичног закона), јер ни у једном случају није, на основу општеусвојених правила, вршио in concreto оцјену који је од конкуришућих закона повољнији за учиниоца (то се види из одлука у предметима Неђо Самарџић и Гојко Јанковић, АП 519/07 и АП 126/08).

односно оцјену који је од тих кривичних закона (некада и више њих) у односу на конкретни случај најповољнији или најблажи за учиниоце таквих кривичних дјела, односно који му од њих обезбјеђује најповољнији исход. И онда када се, након евентуалних приговора одбране, упуштао у такву оцјену, суд је при томе имао погрешан приступ, јер се углавном позивао на одредбу из члана 4а КЗ БиХ,<sup>3</sup> односно члана 7. става 2. ЕКЉП, чија примјена подразумијева само дјела која у вријеме њиховог извршења нису била предвиђена као кривична дјела, али се њихова кажњивост може извести или засновати на општим правним начелима међународног права.<sup>4</sup> У таква дјела наша стручна правничка јавност углавном сврстава кривично дјело злочин против човјечности из члана 172. КЗ БиХ (што је такође спорно и што је у највећем дијелу управо предмет расправе у овом раду). У предметима у којима је изрицао казну дуготрајног затвора, суд је примјену КЗ БиХ темељио на томе да је КЗ СФРЈ, као закон времена извршења, строжи јер је предвиђао смртну казну.

Овакву примјену кривичног закона, односно *одустјајање од йримјене йринципиа неретироактивности* (а тиме и принципа законитости), Суд БиХ је редовно правдао тежином ових кривичних дјела и потребом њиховог „*адекватној кажњавања*“, јер се полазило од става да се сврха кажњавања не би могла остваривати уколико би се трајање изречених казни затвора свело у казнене оквире предвиђене у КЗ СФРЈ. Ову аргументацију својим одлукама је подржао и Уставни суд БиХ који је по апелацијама у неким предметима и сам прихватио праксу одступања од принципа законитости из члана 3, као и правила временског важења из члана 4. КЗ БиХ јер се, како тај суд у својим одлукама наводи, ради о „*злочинима йрема међународном йраву*“. При томе се и овај суд позивао на одредбу члана 4а КЗ БиХ, односно одредбу члана 7. става 2. ЕКЉП, иако су углавном били у питању ратни злочини који су били предвиђени као кривична дјела и у претходном кривичном законодавству. Дакле и Уставни суд је, баш као и Суд БиХ, примјену ових кривичних дјела погрешно заснивао на овим одредбама.

Иста аргументација је коришћена и пред Европским судом за људска права, при чему је Босна и Херцеговина као тужена страна истицала да се наведени принципи и правила, посебно правило неретроактивности, не примјењују ако су у питању кривична дјела која су у вријеме њиховог вршења представљала кривична дјела према „*ојшиим йравилима међународној йрава*“. Наравно, показало се да се ради о неприхватљивој аргументацији коју Европски суд за људска права (ЕСЉП) није прихватио.

Посебно је значајно да на овај начин Суд БиХ примјењује кривични закон само када су у питању најтежа међународна кривична дјела, док у односу на сва друга поступа другачије и примјењује већ наведена правила у складу са чланом 4. ставом 1. и 2. КЗ БиХ. Јасно је да је у питању неподношљива

3 Одредба из чл. 4а КЗ БиХ је дословно преузета одредба из чл. 7 ст. 2. ЕКЉП.

4 Као нпр. у првостепеној пресуди број X-KR-06/299 против оптуженог *Зијада Куршовића* од 30. 04. 2008 године.



*дискриминација учинилаца ових кривичних дјела* и истовремено повреда уставног принципа *једнакости ѡрађана ѡред законом*, те принципа *ѡравичној суђења* из члана 6. ЕКЉП.

2. Оваквом праксом примјене кривичног закона, правосуђе на нивоу БиХ (Суд БиХ и Уставни суд БиХ) је инаугурисало *ѡринциј леѡиштимийеѡта* као основни принцип у примјени кривичног закона у суђењима за најтежа кривична дјела против међународног права. Примјену кривичног закона која подразумева одступање од принципа законитости у тој мјери више не практикују ни међународни судови који углавном не суде на основу кодификованог кривичног законодавства. Дакле, ријеч је о опасном преседању у европској судској пракси, поготово ако се има у виду да је Суд БиХ национални суд у земљи у којој постоји кодификовано кривично законодавство, уз додатну обавезу која произилази из наведених одредаба Римског статута, чија је потписница и Босна и Херцеговина.

Најзад, ваља нагласити да ни једна држава у окружењу, која суди за наведена кривична дјела (Србија, Хрватска, Црна Гора), на овај начин не примјењује кривични закон, већ се досљедно примјењују правила која се односе на временско важење, посебно правило неретроактивности према којем је искључена примјена новог кривичног закона, осим ако је он повољнији за учиниоце кривичних дјела.<sup>5</sup> На исти начин поступају и судови Ентитета и Брчко Дистрикта БиХ.

3. У вези са оваквом примјеном кривичног законодавства у суђењима за најтежа кривична дјела против међународног права, забринутост је изразила и *Парламентѡарна скуѡишѡина СЕ* у својој Резолуцији 1626 од 2008. године, при чему је наглашено да “још увијек постоје неконзистентности у примјени кривичног права на различитим судовима на државном и ентитетском нивоу у односу на ратне злочине, што доводи до *неједнакости у ѡреѡману ѡрађана у свјеѡилу Европске конвенције о ѡудским ѡравима*. Слично становише заступа и *Венецијанска комисија* у свом Мишљењу (648/2011, тач. 38 и 65). И ОСЦЕ у свом Прегледу петогодишњег процесуирања ратних злочина у БиХ указује на “*сѡѡуацију очѡледне неједнакости ѡред законом у ѡредмеѡима раѡних злочина* који се процесуирају пред различитим судовима у БиХ. У пракси то значи да особе осуђене за ратне злочине пред различитим судовима могу добити веома различите казне”<sup>6</sup>

5 Вид. нпр. М. Шкулић, „Начело законитости у кривичном праву“, *Анали ПФ у Беоѡраду*, 1/2010, 66–107; М. Муниврана, Вајда, „Међународни злочини према новом Казненом закону“, *ХЉКПП*, 2/2012, 812–822, као и рад „Новији рад међународних злочина и заповједне одговорности у хрватском казненом праву“, *Међународна кривична дела*, (ур. С. Ного), Intermex, Београд, 2013, 258–275; Ф. Бачић, Ш. Павловић, *Коментѡар Казненој закона*, 2004, 616. Вид. и пресуду Апелационог суда Црне Горе, Кж. бр. 339/10 од 25. 02. 2011. године у којој је истакнута потреба примјене општеприхваћених правила временског важења кривичног закона, укључујући и правило обавезне примјене новог блажег закона.

6 OSCE: Постизање правде у Босни и Херцеговини: Процесуирање предмета ратних злочина од 2005. до 2010, мај 2011, 19.

### 3. ПРИМЈЕНА КРИВИЧНОГ ЗАКОНА НАКОН ПРЕСУДЕ ЕСЉП У ПРЕДМЕТУ МАКТОУФ-ДАМЈАНОВИЋ (ДРУГА ФАЗА)

1. Након доношења пресуде у предмету Мактоуф-Дамјановић, започиње једна нова фаза у суђењима за међународна кривична дјела. Након што је овај суд нашао да је Суд БиХ примјеном КЗ БиХ повриједио одредбу из члана 7. ЕКЉП, у професионалној заједници влада мишљење да су ријешени сви проблеми када је у питању примјена правила која се односе на важење и примјену кривичног закона у суђењима за наведена кривична дјела. При томе се углавном полази од става да је примјена тих правила од стране Суда БиХ сада усклађена са праксом судова у Ентитетима и Брчко Дистрикту, јер и овај суд у суђењима за ова кривична дјела сада примјењује КЗ СФРЈ.

Наведено схватање није основано јер превиђа или занемарује нека друга питања која су повезана са примјеном правила која се односе на временско важење кривичног закона. Оно углавном има у виду ова кривична дјела и за њих прописане казне у једном и/или другом кривичном закону (КЗ СФРЈ и КЗ БиХ) и то углавном минимално прописане казне које је углавном имао у виду ЕСЉП у предмету Мактоуф-Дамјановић. Међутим и након ове пресуде, нека веома значајна кривичноправна питања остају и даље отворена. То се посебно односи на примјену неких општих установа у суђењима за наведена кривична дјела, као што је нпр. *заједнички или удружени злочиначки йодухвайт, йизв. „йроширено саизвршилашйиво“, командна одйоворност* и др. Неке од њих нису биле уопште предвиђене у ранијем кривичном законодавству, а неке чак ни у важећем КЗ БиХ, као што је заједнички злочиначки подухват. Основ за примјену ове установе суд је нашао у одредби члана 180. КЗ БиХ, иако се овај институт у овој одредби уопште не спомиње, као ни у члану 7. Статута Хашког трибунала, из којег је ова одредба готово дословно преузета.<sup>7</sup> Као што је познато, ријеч је о кривичноправној институцији која је настала у енглеском праву у виду завјере (*conspiracy*)<sup>8</sup> према којој се кажњавају сви саучесници повезани заједничким злочиначким планом за сва кривична дјела извршена у остварењу тога плана, чак и за таква дјела која њиме нису била обухваћена, под условом да су била *йредвидива*.<sup>9</sup> Ријеч је о доста

7 Упор. и М. Дамашка, „Бољке заједничког злочиначког подухвата“, *Хрвайтски љешойис за казнено йраво и йраксу*, 1/2005, 5.

8 Конструкцију или саучесничку фигуру завјере познаје и Конвенција о геноциду (чл. III б), али се она у континенталној теорији не сматра неспорном и многи европски правници једва да је познају и разумију, док је у САД веома омиљена кривичноправна конструкција, нарочито код тужилаца, али у теорији и тамо осјетно расте критичко расположење према овој установи. Упор. М. Шкулић, *Међународни кривични суд – Надлежност и йосйууаик*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2005, 207.

9 Парадоксално је да је у нашем ранијем кривичном законодавству изостављено организовање злочиначког удружења као облик саучесништва, за које се у нашој

неодређеном појму који се, како је истакнуто, у овој одредби изричито не спомиње, па се стога поставља питање основаности његовог подвођења под било који од саучесничких облика или радњи из те одредбе.<sup>10</sup> У оптужбама се овај облик саучесништва често поставља веома екстензивно и неодређено, без навођења неопходних чињеница или околности које указују на постојање релевантног доприноса учесника у дјелу који је нужен за постојање било којег облика који се може вредновати као саучесништво. И за допринос који се захтијева код помагања, као облика саучесништва са најмањим степеном доприноса, према владајућем схватању неопходно је предузимање радњи које представљају дјелотворно подупирање, подржавање главног дјела, радњи које морају представљати видљив допринос извршењу датог кривичног дјела.<sup>11</sup>

Оно што је у вези са овом установом најзначајније јесте њена примјена од стране Суда БиХ која представља грубо кршење принципа законитости

---

кривичноправној теорији сматрало да управо из наведених разлога представља повреду принципа субјективне одговорности, односно принципа *nullum crimen sine culpa*.

- 10 Занимљиво је да Хашки трибунал ову установу није користио све до 2001. године, дакле у првих седам-осам година постојања Суда и ослањао се у том времену искључиво на командну одговорност. Дамашка напомиње да се у том времену само једна оптужница темељила на заједничком злочиначком подухвату, али се након 2001. године ситуација значајно промијенила и заједнички злочиначки подухват је постао омиљено оружје у арсеналу Тужитељства, упор. М. Дамашка, „*Boljke zajedničkog zločinačkog podhvata*”, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 1/2005, 4. Неки аутори указују на то да је ову установу Хашки суд почео интензивније користити када су се појавили проблеми око доказивања кривичне одговорности оптужених у неким предметима, па је увођењем ове установе то знатно олакшано. Опширније, посебно за критику ове установе уп. С. Стојановић, „*Joint Criminal Enterprise-Заједнички злочиначки подухват*“, *Zbornik radova* (ур. Ђ. Лопичић), Београд, 2006, 208–233. Такође и М. Шкулић (2005), *op. cit.*, 206–219. Римски статут такође изричито не регулише овај појам, али се он изводи из одредбе чл. 25. ст. 3д), за коју се држи да га имплицитно садржи у оном дијелу у којем се говори о кривичним дјелима извршеним „од стране групе лица која дјелују са заједничким циљем“. У објашњењу примјене овог института, у пресуди *Рашевић/Тоговић*, бр. Х-КРЖ-06/275 од 6.11. 2008 (Одјел I Апелационог вијећа Суда БиХ) суд истиче (стр. 27) „да доктрина удруженог злочиначког подухвата представља институт међународног обичајног права који је постојао и био у примјени много прије него су конкретни злочини били почињени, из чега произилази закључак да таквим поступањем ни на који начин није нарушено начело законитости“ (Вид. и Извјештај ОСПЕ-а у Босни и Херцеговини у предмету *Рашевић-Тодовић*, април 2009). На овај начин Суд БиХ заправо копира праксу Хашког трибунала, иако у БиХ постоје писани закони у којима су предвиђена не само наведена кривична дјела, већ и одредбе о саучесништву у којима је одређено који облици учешћа у кривичном дјелу постоје и који су услови нужни да би одређена радња била квалификована као саучесништво у извршењу датог кривичног дјела.
- 11 У том смислу и: Dž. R. V. D. Džouns, S. Pauls, *Међународна кривична ѡпракса*, Фонд за хуманитарно право, Београд, *Међународна кривична пракса*, 2006, 416. Вид. и М. Бабић, И. Марковић, *Кривично ѡправо, ѡишњи гво*, Бања Лука, 2019, 286–290, као и М. Бабић, *Међународно кривично ѡправо*, Правни факултет, Бања Лука, 2021, 112–113.

из члана 3. и правила неретроактивности из члана 4. КЗ БиХ, јер ову установу није познавало раније кривично законодавство, нити је познаје КЗ БиХ.

На основу одредбе из члана 180, суд примјењује и установу саизвршилаштва у којој налази некакав „проширени“ облик овог института, иако је овај вид заједничког извршења кривичног дјела регулисан у општој одредби (члана 29. КЗ БиХ) у којој је постављен рестриктивније него у ранијем кривичном законодавству, јер се за „друге радње“ захтијева да на „одлучујући начин дойриносе извршењу кривичној дјела“. Јасно је, дакле, да је у односу на овај облик саучесништва КЗ БиХ повољнији него ранији кривични закони који наведено ограничење нису предвиђали. И поред тога, суд у суђењима за ова кривична дјела углавном не примјењује ову одредбу, већ одредбу из члана 180, што заправо представља заобилажење обавезне примјене одредбе из члана 29. која је йовољнија за учиниоце ових кривичних дјела.

2. Да Суд БиХ у суђењима за ова дјела произвољно примјењује кривични закон, потврђује и став да нема никакве сметње да се неки кривичноправни институти (већ наведени удружени злочиначки подухват, проширено саизвршилаштво) примјењују на основу међународног обичајног права и онда када они уопште нису предвиђени у унутрашњем кривичном законодавству или да се примјењују на другачији начин него што су предвиђени.<sup>12</sup> Овакво схватање на најбољи начин показује да у примјени кривичног закона на учиниоце међународних кривичних дјела, Суд БиХ поступа крајње йроизвољно и арбитрерно, кршећи основне принципе на којима се заснива савремено кривично право. Овакав приступ у тумачењу и примјени кривичног законодавства није забиљежен у правосудној пракси ни у једној европској земљи. Ово кривично право уводи у кривичноправну анархију у којој било који суд не мора да примјењује законе, већ једноставно може да се позива на међународне обичаје, за које не мора уопште да наводи њихово поријекло и начин настанка. Законска рјешења из члана 180. и њихова произвољна примјена доводе до већ споменуте неоправдане дискриминације оптужених учинилаца, која посебно долази до изражаја у изреченим казнама.

3. Напријед наведено показује да и даље остаје отворено питање поштовања принципа законитости, односно забране ретроактивне примјене новог кривичног закона, јер је ЕСЉП у наведеној прасуди ово питање ријешило само у односу на минимално прописану казну за ова кривична дјела, што није требало уопште бити спорно, јер је јасно да је блажи закон који прописује минималну казну од пет, од закона који ту границу поставља на десет година затвора. Тиме је ријешен само један, мањи дио ове сложене проблематике у примјени кривичног закона, док је озбиљнији, који се односи на максималне казне, односно казну дуготрајног затвора и наведене уставне којима се *нейрихвайљиво йроширује кажњивосй за ова дјела*, остао и

12 На предавању америчке професорице *Susan SáCouto* на тему *Удружени злочиначки йоухвайй*, одржаном у мају 2014. године у Суду БиХ, ово је изнесено као званичан став Суда БиХ од стране неких судија Апелационог одјељења.

даље споран. Посебан проблем је, како је већ речено, примјена кривичног дјела злочина против човјечности чију примјену Суд БиХ темељи на одредбама из члана 7. става 2. или члана 4а КЗ БиХ. На основу свега наведеног, може се закључити да не стоји прије наведено схватање да је са пресудом ЕСЉП у предмету Мактоуф-Дамјановић овај проблем ријешен и да је *судска ѡракса у суђењима за ова дјела коначно уједначена*.

#### 4. ПРИМЈЕНА КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА ЗЛОЧИН ПРОТИВ ЧОВЈЕЧНОСТИ ИЗ ЧЛ. 172. КЗ БИХ

1. Оно што је након доношења наведене пресуде посебно значајно је став ЕСЉП у вези са *злочиним ѡрошњив човјечности* према којем “Суд БиХ и ентитетски судови *морају ѡримјењивајши* КЗ БиХ“, јер је ријеч о дјелу који није предвиђао закон који је важио у вријеме његовог извршења. Образлажући такав свој став, ЕСЉП наводи да је у питању кривично дјело које није познавало раније кривично законодавство и да стога ови судови „немају никакве друге могућности него да примјењују Кривични закон из 2003. године у таквим предметима“ (пар. 55. Пресуде).

Овај став је и код нас владајући и углавном се заснива на томе да је ријеч о *новом кривичном дјелу* чија примјена се заснива, како је речено, на одредби члана 7. става 2. ЕКЉП, односно члану 4а КЗ БиХ. Овакав став у суђењима за ово кривично дјело има и Суд БиХ, али и Уставни суд који у неким својим одлукама ( нпр. по апелацијама у предметима Јанковић и Самарџић: АП 126/08 и АП 519/07) закључује да у оспореним пресудама Суда БиХ није дошло до повреде права апеланата из члана 7. ЕКЉП.

Наведена аргументација није основана јер не стоји тврдња да не постоје друге могућности у оваквим предметима, нити да се ради о потпуно новом кривичном дјелу ради чега се његова кажњивост заснива на општим начелима међународног права, те се сходно томе примјењује на основу наведених одредби. Став да се ради о новом кривичном дјелу није основан, с обзиром да се не заснива на озбиљној анализи законског бића овог кривичног дјела, односно његовој кривичноправној природи. Истина, раније кривично законодавство ово кривично дјело није познавало у овом облику, углавном ради његових општих елемената, али када су у питању радње које чине ово дјело, односно алтернативни облици који заправо и чине *сушћину његовој неѡрава*, оно је било инкриминисано у највећој мјери у оквиру кривичног дјела *рајшњи злочин ѡрошњив цивилној сћановнишћива*. Ово дјело се заправо и појављује као *модификовано кривично дјело* ратни злочин против цивилног становништва које своју кривичноправну егзистенцију наставља и у другом облику, као злочин против човјечности, али за чије постојање се захтијевају и неки додатни услови који га и разликују од тог дјела.

Дакле, ради се о кривичном дјелу веома комплексне кривичноправне природе, што је од посебног кривичноправног значаја управо у вези са

питањем примјене правила временског важења. Наиме, како је ово кривично дјело предвиђено тек у КЗ БиХ од 2003 године, оно се редовно сврстава у категорију нових кривичних дјела. Међутим, то није сасвим тачно, јер се ради о таквом кривичном дјелу које је по структури свог неправа, односно елементима који чине његово кривичноправно биће, у основи „старо“ кривично дјело, а „ново“ је само по својим општим елементима који представљају додатни услов његовог постојања.

Ново је, јер *као йаково није йосйојало* и тако је обликовано да, поред радњи које су таксативно наведене у законском опису његовог законског бића, обухвата и одређене *оийшйе елементйе* који су заједнички за све његове алтернативне облике. Ријеч је о елементима *широки и сисйомайски найаг усмјерен йрошйив било којеј дијела цивилној сйоановнишйива, йе свијестй на сйррани учиниоца да йакав найаг йосйојоји*, у оквиру (или уз постојање) којих инкриминисане радње из члана 172. морају бити предузете да би се радило о овом кривичном дјелу. Ово кривично дјело се и по неким другим особинама разликује од ратних злочина па су стога одређена нечовјечна дјела и поступци из других, углавном ратних злочина, издвојени и добили своју кривичноправну самосталност у оквиру посебног (и тежег, иако не и по прописаној казни) кривичног дјела - злочин против човјечности.

С друге стране, ако се упореди ово дјело са ратним злочинима, конкретно ратним злочином против цивилног становништва из ранијег кривичног законодавства, онда није тешко закључити да је највећи број ових радњи био обухваћен том инкриминацијом. Из тога јасно произилази да се овдје *не ради о радњама*, односно чињењу и нечињењу, које *није било инкриминисано раније*, што значи да се у погледу *кривичној нейрава* које чини окосницу законског бића овог злочина, не ради о новом, већ о кривичном дјелу које је у основи *било инкриминисано* и прије овог злочина, али на другачији начин и у виду кривичног или кривичних дјела под другим називима (нису биле обухваћене само радње присилни нестанак лица (тач. и) и апартхејд (тач.ј) из садашњег чл. 172. КЗ БиХ) Међутим, ако се има у виду садржај радњи ових облика дјела, нпр. присилног нестанка лица који је дат у објашњењу овог појма у тац.х), онда није спорно да се све ове радње могу подвести под неки од облика ранијег ратног злочина против цивилног становништва, као што је расељавање, мучење, убиство, нечовјечно поступање, наношење великих патњи или неко друго класично кривично дјело, као што је убиство, силовање, противправно затварање и др. Чак и неке радње које представљају апартхејд могу бити подведене под неки од облика овог дјела или неког другог класичног кривичног дјела.

Дакле, имајући у виду ту чињеницу, није тешко закључити да се примјена ове инкриминације не може заснивати на одредбама члана 7. става 2. ЕКЉП, односно члану 4а КЗ БиХ, јер ове одредбе подразумијевају *“чињење и нечињење” које у вријеме њиховој йредузимања није било инкриминисано у унушйрашњем кривичном законодасйиву*. Према томе, без обзира што су овом дјелу додати и неки општи елементи у чије оквице су постављене већ

раније инкриминисане радње, оно се у погледу примјене кривичног закона не може третирати као „ново”, већ као „старо” кривично дјело за које вриједи принцип неретроактивности. С обзиром да се нови закон примјењује само онда када је *нововијетски за учиниоца* (чл 4. ст. 2. КЗ БиХ), онда је јасно да се примјеном дјела из члана 172. КЗ БиХ крши принцип законитости, односно принцип неретроактивности из члана 4. става 1. КЗ БиХ, без обзира да ли је нови закон строжи или је исто строг као и ранији.

3. Имајући, дакле, у виду да се ради о радњама које су биле инкриминисане у кривичном законодавству времена извршења наведених кривичних дјела, овдје је заправо ријеч о “премјештању” и/или превођењу наведених радњи из постојећих у кривично дјело злочин против човјечности које није било предвиђено као кривично дјело у вријеме њиховог предузимања, што је својеврсни легислативни облик “*ирејактивања*” старих у нове инкриминације. Ова легислативна техника и пракса није непозната, али примјена новог кривичног дјела у оваквим случајевима није могућа због принципа забране ретроактивне примјене кривичног закона. Квалификовање наведених радњи као злочина против човјечности представља *произвољно и недодушљиво* тумачење кривично-правних норми, а како за овакво дјело у вријеме његовог вршења није била предвиђена ни казна, може се закључити да у овом случају није испоштовано *начело законитости ни у односу на дјело, ни у односу на казну*, као нераскидиве интегралне дијелове овог начела.<sup>13</sup>

Оваква примјена кривичног закона је у нашем случају заправо и *повећана*, јер ове радње не би *остале некажњиве* с обзиром да су, како је речено, готово све биле инкриминисане у оквиру ратног злочина против цивилног становништва (са истом прописаном казном) или су представљале неко друго класично кривично дјело, као што је нпр. силовање, убиство и др.<sup>14</sup> Таквим тумачењем и примјеном кривичног закона избјегле би се и нелогичности које су настале у односу на ратне злочине, а посебно кривично дјело геноцида за које се казна, након пеесуде ЕСЉП, изриче до 20 година а за ово казна дуготрајног затвора до 45 година. Ако се има у виду и то да ентитетско правосуђе за ова дјела изриче казне затвора до 20 година, онда се може рећи да је у овом дијелу примјене кривичног права код нас на сцени висок степен арбитрерности, па и анархије, што у перспективи може представљати потенцијални негативни узор и доста лош примјер нашој судској пракси у примјени кривичног законодавства.

13 Ова кривичноправна ситуација се може упоредити са бившом пљачком, која је, као што је познато, трансформисана у дјела која су је чинила (нпр. злоупотреба службеног положаја, тешка крађа и др.). Ако би се ово дјело поново увело као посебно кривично дјело, посве је јасно да се прије тога извршена посебна кривична дјела која чине пљачку не би могла квалификовати као кривично дјело пљачке, јер су она прије тога била инкриминисана у оквиру другог, односно као друга кривична дјела, чак и под условом да је за та дјела била предвиђена иста казна као и за пљачку као ново кривично дјело.

14 У том смислу и М. Шкулић (2020), *op. cit.*, 30–32.

Овакво тумачење ове инкриминације производи и неке друге негативне кривичноправне посљедице. Наиме, у овој фази примјене кривичног закона, оптужбе за кривична дјела против међународног права готово редовно се свODE на злочин против човјечности (јасно је против којих оптужених), па се за ово дјело каткада суди иако је јасно да нису испуњени услови за његово кривичноправно постојање. Тиме се жели нагласити да се ради о најтежим кривичним дјелима против међународног права која су планирана и организована од стране највиших политичких и војних структура, иако у многим случајевима ти услови нису испуњени, односно није доказано постојање *широкој и систематској најада која је ойшужени био свјесћан*, што се захтијева у законском опису овог кривичног дјела. Поред тога, то понекада доводи и до доста парадоксалних ситуација, јер се у неким случајевима оптужени одлучују на признавање кривичног дјела геноцида за које више не могу бити осуђени на казну затвора у дужем трајању од 20 година.

4. Најзад, ако би се и пошло од претпоставке да се ради о новом кривичном дјелу чија се кажњивост заснива на општим правним начелима међународног права, онда се и таквом примјеном крши начело законитости, нарочито у оном његовом дијелу који се односи на *йройисану казну – nulla poena sine lege*.<sup>15</sup> Наиме, у нашем случају је нужно имати у виду да је ријеч о националном суду који, за разлику од међународних судова, има своје кодификовано, односно писано кривично законодавство и да у његовој примјени мора да се придржава *йринципиа законийосћии*, а не *йринципиа леийийносћии*. Принцип легитимности, односно веома еластично поимање начела законитости, везано је за примјену међународног кривичног права у одређеним судским случајевима, првенствено за познато Нирбершко суђење (које се одвијало у једном другом међународно-правном амбијенту) које је риједак примјер да је у неким аспектима начело легитимности превагнуло у односу на начело законитости у кривичном праву. То, међутим, није послужило као преседан за будућа суђења ни у једној земљи континенталног правног система.<sup>16</sup>

5. За разлику од тих земаља, примјена кривичног права од стране Суда БиХ када је у питању овај злочин (као и друга најтежа међународна кривична дјела), представља највеће одступање од праксе европских земаља и враћа га чак на традиционално међународно кривично право које *начело законийосћии није йройезало на кривичне санкције*. Таква примјена није ни на линији савременог међународног кривичног права у којем се важење принципа законитости више не може оспоравати, јер је овај принцип у свим својим сегментима *досљедно йрихваћен у Римском сћайшуйшу* и све земље које су потписнице овог Статута (у које спада и БиХ), морају то начело

15 Дакле, таквом примјеном начело законитости се не протеже и на прописану санкцију, већ се своди само на законитост дјела, што је супротно принципу законитости из члана 3. КЗ БиХ који подразумева оба ова захтјева.

16 Упор. М. Шкулић (2010), *op. cit.*, 66–107.



прихватити и у пракси досљедно примјењивати.<sup>17</sup> Ако се, поред тога, има у виду и то да се овдје ради о националном суду и законодавству које експлицитно, већ у основним одредбама, регулише општеприхваћена правила временског важења кривичног законодавства (чл. 4. ст. 1. и 2. КЗ БиХ), онда се може рећи да такво одступање од владајуће праксе континенталних земаља представља *озбиљан њреседан*. Оваква пракса у примјени кривичног права води урушавању принципа законитости и успостављању кажњавања без кривичноправног основа и стога се своди на „*ex post кажњаванје*”.

У вези са заснивањем кажњавања за ово дјело на одредбама члана 7. става 2. ЕКЉП, потребно је нагласити да се у литератури, посебно Њемачкој, веома често наглашава да је одредба из члана 7. става 2. ЕКЉП веома нејасна. При томе се посебно указује на опасност да се оваква одредба узме као *основ за кажњавање, збој њене неодређености*. То је основни разлог што ова одредба није наишла на општи консензус земаља чланица Савјета Европе и стога су неке од њих ставиле резерве у погледу ове одредбе, тј. нису је ратификовале. То није учинила управо Њемачка, која је није ратификовала (иако је самој Европској конвенцији дат висок статус у унутрашњем праву, тј. има статус савезног закона) с образложењем да она представља *кршење начела законности*.<sup>18</sup>

Значајно је напоменути да ни пракса ентитетског судовања није на линији праксе Суда БиХ, већ се у том погледу досљедно примјењује начело законитости, односно правила временског важења кривичних закона која су владајућа у континенталном и модерном кривичном праву. То најбоље потврђује већ помало заборављена одлука Врховног суда Федерације БиХ у *њредметиу Ерак-Дамјановић* (Одлука ВСФБиХ, Кж-58/99, од 16. марта 1999). Овако, имамо два потпуно различита кривичноправна режима у кажњавању за ове злочине у БиХ, што представља *дискриминацију осуђених лица и кршење уставној њринципиј једнакости њрађана њред законом*.

6. И већина других земаља које признају међународно право као дио унутрашњег правног поретка строго поштују начело законитости које спрјечава непосредну примјену међународног кривичног права и непосредно

17 Одредба члана 22. Статута садржи овај принцип под насловом „Nullum crimen sine lege“ у којем се истиче да лице неће бити кривично одговорно по Статуту ако његови поступци не представљају кривично дјело из надлежности Суда (ст. 1), односно да се при тумачењу одређених кривичних дјела, она неће моћи проширивати путем аналогije (ст. 2). У чл. 23. је инаугурисан принцип законитости казне према којем лице осуђено од стране МКС може бити кажњено само у складу са Статутом, док је у члану 24. предвиђена забрана ретроактивности *ratione personae*, тј. забрана ретроактивна примјене Статута, а у ст. 2. истог члана је предвиђена обавезна примјена блажег закона, односно закона „*који иде у користи окривљеној*“. Према томе, у овим одредбама принцип законитости је превиђен у свим својим аспектима, што је својствено континенталним европским кривичним законодавствима. Овакво схватање и регулација овог принципа резултат је увјерења да међународно обичајно право у довољној мјери не обезбјеђује гарантивну функцију кривичног права.

18 О томе више вид. С. Roxin, *Strafrecht*, АТ, 3. Auflage, München, 1997, 101.

кажњавање међународних злочина. Тако је нпр. у Хрватској владајући, или како се у тамошњој литератури наглашава, „увријежен” став како није могуће судити за она дјела која су почињена прије њихове законске имплементације у хрватски правни систем. При томе се истиче да међународни обичаји, а поготово општа правна начела, не могу „изравно прописивати казнена дјела“, у ком смислу се наводе и уставне одредбе према којима казне и друге казненоправне санкције морају бити одређене законом. Из тога произилази да чак ни „изравно примјењиви“ међународни уговори не могу у хрватском правном поретку самостално стварати нова казнена дјела, тј. утемељивати кажњивост, већ је потребно да хрватски закон пропише казненоправну санкцију. Стога се у Хрватској правној знаности често истиче да се путем *начела законитости казне* допуњује и тумачи *начело законитости дјела*, што су јединствени дијелови начела законитости. С обзиром на такво схватање начела законитости (које, дакле, подразумева како законску предвиђеност дјела, тако и казне) и на истакнуту забрану ретроактивне примјене кривичног закона, у Хрватској нема осуда за злочин против човјечности, иако је ово дјело у хрватски казнени закон унесено готово кад и у наш (још 2004. године), јер је „увријежен” став да се ово, као ни друга међународна кривична дјела, не могу ретроактивно примјењивати.<sup>19</sup>

И савремена њемачка теорија сматра да међународно кривично право није директно примјењиво. Наиме, према члану 25. Устава Њемачке општа правила међународног права представљају „дио федералног права и директно креирају права и дужности за становнике федералне територије”, што значи да су међународни уговори и обичаји дио њемачког правног поретка. Међутим, када се ради о процесуирању међународних злочина, наведена одредба се тумачи и примјењује у тијесној вези са одредбом из члана 103. става 2. Устава према којој дјело може бити кажњено само *ако је законом иређиходно иредвиђено као кривично дјело*.<sup>20</sup>

Чак и сама Енглеска, која се сматра родоначелником англосаксонског правног система, а нарочито *common law* система као извора кривичног

19 Упор. нпр. у Ф. Бачић, Ш. Павловић, *op. cit.*, 616. Позивајући се поред осталог и на начело законитости из чл. 2. тадашњег КЗХ, наглашава се да се наведени злочин не може ретроактивно примјењивати, те да ће се „за учињена дјела која су по својој нарави злочин против човјечности судити као да су класична дјела која су обухваћена у опису дјела против човјечности: убојства, силовања и др”. Вид. такође и у М. В. Муниврана (2012), *op. cit.*, 812–822, као и М. В. Муниврана (2013), *op. cit.*, 258–275.

У српским коментарима инкриминације Злочин против човјечности, који је као посебно кривично дјело инкриминисан тек у Кривичном законнику из 2006. године, о овом проблему се посебно не говори. Упор. Љ. Лазаревић, *Коментар Кривичној законика Републике Србије*, Београд, 2006, 925–926, као и З. Стојановић, *Коментар Кривичној законика*, Београд, 2006, 780–782.

20 Њемачка је ово кривично дјело у своје законодавство увела тек доношењем посебног Кривичног закона за међународна кривична дјела (*Völkerstrafgesetzbuch*) од 2002. године. До тада је познавала само кривично дјело геноцида.

права, данас примјењује право које познаје начело *nullum crimen, nulla poena sine lege* у смислу да се ниједна казна не може изрећи ако прије извршења кривичног дјела није била прописана одговарајућа забрана понашања које представља кривично дјело, као и казна за такво дјело.<sup>21</sup>

Имајући у виду све напријед изнесено, може се закључити следеће:

а). Погрешна је примјена кривичног дјела злочин против човјечности из члана 172. КЗ БиХ на основу одредби из члана 7. става 2. ЕКЉП, односно члана 4а КЗ БиХ које подразумевају да се ради о чињењу или нечињењу које није било кажњиво у вријеме њиховог предузимања, јер су готово све радње које чине законско биће овог кривичног дјела биле кажњиве у претходном кривичном законодавству. Таквом примјеном крши се принцип законитости у дијелу који се односи на забрану ретроактивне примјене кривичног закона који се у кривичноправној литератури редовно истиче као најважнији сегмент принципа законитости.

б). И под претпоставком да се ово кривично дјело третира као ново и примјењује на основу одредби из члана 7. става 2. ЕКЉП, односно члана 4а КЗ БиХ, (што чини Суд БиХ), опет се крши принцип законитости у дијелу који се односи на *њројисану казну* (чл. 3. КЗ БиХ), а који је у нераскидивој вези са принципом *законитости дјела*. То је јасно ако се има у виду да принцип неретроактивности не подразумева само забрану изрицања строже казне од оне која је била предвиђена у претходним законима (укључујући и тзв. међузаконе), већ и оне или оних казни које нису постојале у тим законима. Како казна дуготрајног затвора није постојала у тим кривичним законима (а тежа је од казне затвора коју је познавао КЗ СФРЈ, а смртна казна из КЗ СФРЈ више не постоји у систему казни), јасно је да се ради о *нејримјенљивој казни*, па је њеном примјеном повријеђен принцип законитости у односу на захтјев да је предвиђеност казне за то дјело у вријеме његовог извршења обавезна (*nulla poena sine lege*). Поред тога, ако се има у виду да се ради о веома неодређеним одредбама (већ наведена упозорења у кривичноправној литератури, посебно њемачких аутора, да она „никако не смије бити основ за кажњавање”), онда се може рећи да се ради о *њовреди ѡринципа законитости и у односу на дјело* (*lex certa* – захтјев да закон мора бити јасан и прецизан у опису законског бића кривичног дјела, а овдје то није).

в). Дакле, како год предметну инкриминацију третирали (као “нову” или “стару”), ријеч је о произвољној ретроактивној примјени кривичног закона, односно *ex post* кажњавању, што представља кршење основних принципа како унутрашњег, тако и међународног кривичног права (чл. 3. и 4. ст. 1. КЗ БиХ, те чл. 7. ст. 1. ЕКЉП; чл. 11. Унив. декларације од 1948; чл. 15. МПГПП; чл. 22-24 Римског статута и др.). Остаје, дакле, једина могућност да се те инкриминисане радње квалификују као одговарајући ратни злочини (или евентуално као геноцид или неко класично кривично дјело,

21 Упор. М. Шкулић (2010), *op. cit.*, 84, фусн. 54.

нпр. убиство, силовање или др.) према кривичном закону времена извршења, односно претходним кривичним законима (*међузаконима*) који су били најповољнији за оптужене, јер нису садржавали ни смртну, ни казну дуготрајног затвора. Примјена било којег другог кривичног закона на основу којег би се изрицала казна која се по тим законима није могла примијенити (*йзв. нейримјенљива казна*), представља изигравање смисла правила из члана 4. става 2. КЗ БиХ, односно кршење принципа *обавезне йримјене йовољнијеј или блажеј кривичној закона*, а тиме и овог принципа предвиђеног у наведеним међународним документима, као и члану 75. ставу 4(ц) Допунског протокола II уз Женевске конвенције; члану 6. ставу 2(ц) Допунског протокола II уз Женевске конвенције и др., те члану 24. ставу 2. Римског статута, чија је потписница и Босна и Херцеговина.

## ЛИТЕРАТУРА

- Бабић М., *Међународно кривично йраво*, Универзитет у Бањој Луци, Правни факултет, Бања Лука, 2021.
- Бабић, М., Марковић, И., *Кривично йраво, ойийи дио*, Правни факултет, Универзитет у Бањој Луци, Бања Лука, 2019.
- Бачић, Ф., Павловић, Ш., *Коменйар Казненој закона Хрваййске*, Организатор, Загреб, 2004.
- Даташка, М., „*Boljke zajedničkog zločinačkog podhvata*”, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 1/2005.
- Лазаревић Љ., *Коменйар Кривичној законика Рейублике Србије*, Савремена администрација, Београд, 2006.
- Муниврана, Вајда, М., Новији развој међународних злочина и заповједне одговорности у хрватском казненом праву“, *Међународна кривична дела*, (ур. С. Ного) Интермех, Београд, 2013.
- Муниврана, Вајда, М., „*Међународни злочини према новом Казненом закону*“, *Хрваййски љейойис за казнено йраво и йраксу*, бр. 2/2012.
- Стојановић, З., *Коменйар Кривичној законика*, Службени гласник, Београд, 2006.
- Стојановић, С., *Joint Criminal Enterprise – Заједнички злочиначки подухват*, *Зборник радова* (ур. Ђ. Лопичић) Београд, 2006.
- Шкулић М., *Међународни кривични суд – Надлежностй и йосйууак*, Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд, 2005.
- Шкулић М., „*Начело законитости у кривичном праву*“, *Анали Правној факултету у Београду*, 1/2010.
- Шкулић М., *Међународно кривично йраво*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2020.

*Miloš Babić, PhD\**

## CRIMINAL OFFENSES AGAINST INTERNATIONAL LAW IN CRIMINAL LEGISLATION IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

(two different phases in application)

### *Summary*

*In the paper, the author discusses the issue of the application of the criminal law in trials for international crimes in Bosnia and Herzegovina. In doing so, it is pointed out the existence of two different criminal law regimes that are applied to the accused: one, which is applied by the courts of the Entity and Brčko District, and the other, which is applied by the Court of Bosnia and Herzegovina. In addition, it is particularly emphasized that, in the application of the rule of temporal validity in trials for criminal offenses against international law by the Court of Bosnia and Herzegovina, there are two different phases: the first, which existed before the ruling of the European Court of Human Rights in the Maktouf-Damjanović case of on July 18, 2013, which found a violation of the provision from Article 7, paragraph 1 of the European Convention on Human Rights, and another that followed after that.*

*Special attention in the paper is devoted to the incrimination of crimes against humanity from Article 172 of the CC of BiH, which the Court of Bosnia and Herzegovina applies as a new criminal offense based on Article 7, paragraph 2 of the ECHR. The author believes that such an application of this incrimination is not founded, because it follows from the wrong content of this criminal offense that it is basically not a new criminal offense, and therefore its punishment cannot be derived or based on this provision, that is, on the general principles of international law.*

**Keywords:** principle of legality, rules of temporal validity, principle of non-retroactivity, mandatory application of a new more favorable law, crime against humanity, ECtHR judgment in the Maktouf-Damjanović case.

---

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



## ЕКСТРАДИЦИЈА – ИЗМЕЂУ ПРАВА И ПОЛИТИКЕ

*Апстракт:* У раду аутор разматра проблематику екстрадиције у чијој примени долазе до изражаја и неки ванправни утицаји, пре свега политички, а који у појединим случајевима односе превагу над правом. Након уводних напомена, у којима се даје крајак осврт на појмовно одређење екстрадиције и група битна питања у вези са њим, аутор се бави појединим облицима одступања од регуларног оквира изручења попут протеривања или “прикривене екстрадиције” као и својерсне ошмице која се у америчкој литератури зове “изванредна рендиција”. Аутор посебно разматра екстрадицију у контексту тортуре као недозвољеног начина поступања одређених држава са лицима чије се изручење тражи. С њим у вези, детаљније су разматрани неки спорни случајеви екстрадиције које је учинила Република Србија. Разматран је и однос екстрадиције са моћношћу изрицања доживотног затвора без права на условни отпуст односно смртне казне, преважно из угла праксе Европског суда за људска права. На крају је дајо крајак осврт на један од најактуелнијих случајева у којем се расправља о екстрадицији - случај Дулијан Асанж.

**Кључне речи:** екстрадиција, право, политика, тортура, доживотни затвор.

### 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Екстрадиција је формална предаја особе од стране једне државе другој држави у сврху кривичног гоњења или извршења казне.<sup>1</sup> Може се дефинисати и као радња међудржавне правне помоћи којој је циљ предаја кривично

\* Ванредна професорка, Факултет безбедности Универзитета у Београду, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7298-2347>, aleksandra.ilic@fb.bg.ac.rs.

1 М. Шкулић, „Основи упоредног кривичног процесног права и основи проблеми реформе кривичног поступка Србије“, *Казнена реакција у Србији* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011.

гоњење или осуђене особе са подручја судске власти једне државе на подручје судске власти друге државе али имајући у виду њену савремену правну природу екстрадиција се мора одредити као правни посао међу државама којим се странац или особа без држављанства, на темељу спроведеног правног поступка, предаје иностраној држави да би му се тамо судило или да би се над њим извршила нека кривична санкција.<sup>2</sup> То другим речима значи да за лице које се изручује поменути правни посао има карактер *res inter alios acta* али за разлику од класичних правних послова који се углавном баве само правима и обавезама страна које закључују правни посао, екстрадициони споразум садржи и напомене у вези са трећим лицима, на првом месту онима за која се тражи изручење.

Екстрадиција је облик међународне правне помоћи у кривичним стварима и као такав је регулисан и у одговарајућим унутрашњим прописима сваке државе. Код нас је то питање садржано у Закону о међународној правној помоћи у кривичним стварима<sup>3</sup> (у даљем тексту: ЗМППКС) под називом: изручење окривљеног или осуђеног (члан 2. став 1. тачка 1) поред осталих облика (преузимање и уступање кривичног гоњења, извршење кривичне пресуде и остали облици међународне правне помоћи).

У контексту екстрадиције важно је осврнути се и на питање националног суверенитета који захтева да свака држава има надлежност над лицима на сопственој територији док с друге стране није дужна да омогући или искључи присуство странца на својој територији, а самим тим нема обавезу изручења на захтев друге државе осим ако постоји неки правни основ за то. Другим речима, међународно право не захтева изручење<sup>4</sup> али поменути правни основ могу да буду: билатерални уговори, регионални мултилатерални уговори, шеме међусобног признавања као што је Европски налог за хапшење, конвенције Уједињених нација (у даљем тексту: УН), *ad hoc* аранжмани или путем тзв. љубазности, што би подразумевало да постоји спремност неке државе за изручење у ситуацијама када не постоји никакав уговор.

## 2. НЕДОЗВОЉЕНЕ МЕРЕ СЛИЧНЕ ЕКСТРАДИЦИЈИ

У контексту разматрања проблематике изручења појединих лица, некада се у пракси уочавају поступања која за крајњи циљ имају присилно напуштање територије једне државе и истовремено предају тих истих лица иностраној држави у циљу вођења кривичног поступка или извршења кривичне санкције, а које се истовремено не могу сматрати екстрадицијом (не

2 Д. Крапац, *Међународна кривичноправна йомоћ са збирком йройиса*, Информатор, Загреб, 7.

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

4 J. Jansson, *Terrorism, Criminal Law and Politics - The Decline of the Political Offence Exception to Extradition*, Routledge, New York, 2020, 40.



потпада ни под један од могућих режима успостављања екстрадиционог односа). У таквим околностима се превасходно поставља питање разлога за излагање из регуларног оквира остваривања међународне правне помоћи, који служи да се обезбеди правна сигурност на међународном и унутрашњем плану, и прибегавање средствима која представљају негацију права. Одговор који се некако одмах намеће укључује постојање политичких разлога који надјачавају одсуство формалног начина изручења или се ради о његовом заобилажењу. Иако се најчешће не ради о томе, важно је указати на поједина неадекватна законска решења која омогућавају то заобилажење.

У литератури је посвећена пажња појединим таквим облицима односно мерама сличним екстрадицији. Поменућемо поделу коју је дао Крапац и која подразумева с једне стране протеривање или “прикривену екстрадицију”, а с друге стране отмицу односно присилно одвођење особа из државе боравишта.<sup>5</sup>

## 2.1. Протеривање или “прикривена екстрадиција”

Протеривање је формалноправно уређен и регуларан поступак прописан унутрашњим прописима сваке државе који се примењује у ситуацијама када су испуњени услови. Код нас протеривање странца из земље представља меру безбедности односно посебну кривичну санкцију која се може изрећи странцу, учиниоцу кривичног дела, и то на период од једне до десет година (члан 88. став 1. Кривичног законика<sup>6</sup> (у даљем тексту: КЗ)) као и заштитну меру – удаљење странца са територије Републике Србије, која се изриче у прекршајном поступку странцу који је учинио прекршај због кога је непожељан његов даљи боравак (члан 65. Закона о прекршајима<sup>7</sup> (у даљем тексту: ЗОП)).

Задржаћемо се искључиво на мери безбедности па тако при оцени да ли ће је изрећи, суд ће узети у обзир природу и тежину учињеног кривичног дела, побуде због којих је кривично дело учињено, начин извршења кривичног дела и друге околности које указују на непожељност даљег боравка странца у Србији (члан 88. став 2. КЗ). Посебно се истиче елемент природе кривичног дела с обзиром да је у нашој ранијој пракси и теорији било мишљења да овај услов треба тумачити пре свега у смислу политичке непожељности што нпр. Зоран Стојановић сматра неприхватљивим, јер нема основа за сужавање примене ове мере само код кривичних дела одређене врсте.<sup>8</sup> Такво уско тумачење би свакако представљало потенцијални ризик

5 Д. Крапац, *op. cit.*, 28–30.

6 Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 – испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16 и 35/19.

7 Закон о прекршајима – ЗОП, *Службени гласник РС*, бр. 65/13, 13/16, 98/16 – одлука УС, 91/19, 91/19 – др. закон и 112/22 – одлука УС.

8 З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика - десето доуњено издање*, ЈП “Службени гласник”, 2020, 375.

да поједине заинтересоване државе искористе протеривање одређене особе како би у односу на њу примениле свој механизам кривичног прогона.

Иако протеривање странца из земље најчешће представља правно уређен механизам удаљавања непожељне особе из неке државе, понекад поприма карактер екстрадиције када се извршава на начин да странац доспе у руке органа државе која га тражи. С тим у вези се могу истаћи и разлози због чега је то тако: непостојање уговора о екстрадицији односно другог механизма, ако постоји ограничење у погледу могућности изручења за одређено дело и ако је прописани поступак екстрадиције за заинтересоване стране дуготрајан и компликован (прикривена екстрадиција) а све то даље повлачи низ других проблема међу којима посебно треба истаћи лишавање протеране особе свих оних права која би имала у редовном (регуларном) екстрадиционом поступку.<sup>9</sup> Важна ставка која може да олакша коришћење оваквог облика “екстрадиције” или тачније “прикривене екстрадиције” тиче се начина на који је прописано извршење мере безбедности протеривања странца и заштитне мере. У нашем праву извршење како мере безбедности тако и заштитне мере регулисано је у Закону о извршењу кривичних санкција (у даљем тексту: ЗИКС)<sup>10</sup>, Закону о странцима (у даљем тексту: ЗОС)<sup>11</sup> и Правилнику о ближим условима и начину спровођења принудног удаљења странца из Републике Србије (у даљем тексту: Правилник о БУНПУС).<sup>12</sup> Као кровни закон у области извршења, ЗИКС у члану 213. став 2 прописује да се мера протеривања странца из земље извршава према прописима који уређују кретање и боравак странаца у земљи а то су ЗОС и Правилник о БУНПУС. ЗИКС не садржи посебну одредбу о извршењу заштитне мере удаљење странаца из земље али се сходно примењује помениути члан 213. Наш законодавац разрађује извршење обе мере у ЗОС предвиђајући их као облик принудног удаљења странца па с тим у вези предвиђа процедуру која подразумева да надлежни орган доноси решење о отказу боравка и забрани уласка странца у Републику Србију у временском трајању изречене мере безбедности протеривања и у том решењу се одређује рок за напуштање територије Републике Србије који не може бити дужи од 30 дана а само принудно удаљење врше полицијски службеници надлежног органа или прихватилишта за странце у складу са својим овлашћењима. Та овлашћења су разрађена у Правилнику о БУНПУС који, између осталог, у члану 7. прописује начин принудног удаљења странца тако што предвиђа да се то чини до међународног граничног прелаза Републике Србије одређеног за прелазак државне границе у друмском или ваздушном саобраћају.<sup>13</sup>

9 Д. Крапац, *op. cit.*, 28 и 29.

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

11 Закон о странцима – ЗОС, *Службени йласник РС*, бр. 24/18, 31/19 и 62/23.

12 Правилник о ближим условима и начину спровођења принудног удаљења странца из Републике Србије, *Службени йласник РС*, број 69/18.

13 А. Илић, *Коментар Закона о извршењу кривичних санкција*, ЈП Службени гласник, 2022, 383–385.

Без намере да се ова проблематика даље разрађује на овом месту, треба само истаћи да је законодавац поједноставио питање протеривања странаца стављањем акцента на принудност, што свакако има и своје оправдање јер се ради о извршењу кривичне односно прекршајне санкције, али би ваљало, поред максималног рока за “добровољно” извршење мере (30 дана) прописати и разуман минимум, како би се оставило довољно времена странцу да напусти самостално територију Републике Србије.<sup>14</sup> Суштина је да у свему па и у овом смислу, треба избегавати примену силе, оставити је за крај односно само онда када је њена примена неопходна, када се другачије не могу решити одређене ситуације. Свакако ова мера по неповољним последицама које изазива може имати и ретрибутивни карактер али о томе се у пракси судова најчешће не води пуно рачуна.<sup>15</sup> Одсуство одредбе о минималном року за напуштање територије држав,<sup>16</sup> као уосталом и поједностављење карактера извршења ове мере безбедности односно прекршајне санкције кроз истицање принудности, није добро ни у контексту превенције “прикривене екстрадиције”, па би *de lege ferenda* требало другачије уредити ову проблематику. Такође, такав приступ није ни у складу са општом сврхом извршења свих кривичних санкција која подразумева остваривање опште и индивидуалне сврхе њиховог изрицања у циљу успешне реинтеграције осуђених у друштво (члан 2. ЗИКС). Ако је сврха изрицања мера безбедности отклањање стања или услова који могу бити од утицаја да учинилац убудуће не врши кривична дела (члан 78. КЗ) онда се тај циљ мора предузети у склопу другог захтева из члана 2. ЗИКС – успешне реинтеграције осуђених у друштво. Подразумева се да кад се странац протерује, та интеграција другачије изгледа али чак је и тада неопходно дати одређену дозу добровољности да би осуђено лице добило суштински прилику да без принуде предузме кораке у реализацији изречене санкције што му помаже и у остваривању циља реинтеграције, па макар се тај циљ реализовао ван граница наше земље.

Наш законодавац предвиђа још једно ограничење које се тиче немогућности изрицања мере учиниоцу који ужива заштиту у складу са ратификованим међународним уговорима (члан 88. став 4. КЗ) што би могло да има смисла у

14 Некадашњи савезни Закон о кретању и боравку странаца, *Службени листи СФРЈ*, бр. 56/80, 53/85, 30/89, 26/90, 53/91, и *Службени листи СРЈ*, бр. 16/93, 31/93, 41/93, 53/93, 24/94, 28/96 и 68/02. предвиђао је у члану 61. да се особи која се протерује оставља одређени рок за напуштање државне територије па се тек након протекта тог рока присилно доводи на границу и удаљује из земље односно предаје органима суседне државе или државе која пристане да га прихвати. Д. Крапац, *op. cit.*, 28. Такође, ни овај закон није прописивао минимални рок за напуштање територије тадашње државе али није ни максимални, те је с тим у вези водио више рачуна о могућим околностима конкретних случајева као и отежањима која се могу појавити у вези са извршењем ове мере безбедности односно прекршајне санкције.

15 И. Вуковић, *Кривично право Ојштин гео*, Универзитет у Београду – Правни факултет, 2021, 534.

16 То може да буде и само један дан што представља негацију добровољности односно тешко је замислити да би тад странац самостално напустио територију државе.

случају лица која траже азил у Србији. С тим у вези, полазећи од суштине азила треба прихватити тумачење које искључује могућност принудног удаљења по основу изречене мере протеривања странца из земље за време док странац ужива право азила.<sup>17</sup> Кроз ово ограничење се такође уочава потенцијална слабост мера о којима је било речи у овом делу јер се признаје ризик од могућег политичког прогона у случају протеривања из земље у одређеним случајевима (азил) али и поред тога у пракси могу настати и друге ситуације које нису у складу са стандардима који се иначе постављају у контексту екстрадиције.

## 2.2. Отмица или изванредна рендиција (Extraordinary Rendition)

У пракси међународних односа у циљу реализације присутности тражене особе најчешће се предузимају одређени механизми који немају везе са правом и који подразумевају класичну отмицу односно присилно одвођење поменутих лица, из државе у којој бораве у државу која потражује.<sup>18</sup> У страној литератури се за овакав феномен користи другачији израз – изванредна рендиција или изванредна екстрадиција (*extraordinary rendition*), мада је спорно коришћење израза “екстрадиција” у овој конструкцији, а дефинише се на сличан начин. Изванредна рендиција је пракса киднаповања или хватања људи и њиховог слања у земље у којима се суочавају са високим ризиком од тортуре или злостављања током испитивања. Према подацима Америчке уније за грађанске слободе (*American Civil Liberties Union - ACLU*) под администрацијом председника Џорџа Буша, америчка влада је систематски слала људе у државе за које се зна да користе мучење – укључујући Египат, Сирију, Узбекистан и Јемен. Исти извор такође тврди да је у оквиру програма Бушове администрације, Централно обавештајна агенција (*Central Intelligence Agency - CIA*) организовала мучење најмање стотину људи у другим земљама, како у објектима које воде стране обавештајне агенције, тако и у оквиру „црних сајтова“ које води CIA.<sup>19</sup> Изванредна рендиција се може дефинисати и као затварање и трансфер особе осумњичене за умешаност у деловање терористичке групе у другу земљу ради затварања и испитивања без правног поступка (као што је именовање оптужби, правно заступање или суђење). Може се пронаћи и објашњење које под тим феноменом подразумева чин одвођења затвореника у другу државу да би им се радиле ствари које не би биле дозвољене у земљи изручења, на пример, мучење (=повређивање), а све у циљу да се натерају да саопште неке информације.<sup>20</sup>

17 З. Стојановић, *op. cit.*, 375.

18 Д. Крапац, *op. cit.*, 29.

19 ACLU, Extraordinary rendition,

<https://www.aclu.org/issues/national-security/torture/extraordinary-rendition>, 01.04.2024.

20 Cambridge Dictionary, Extraordinary rendition, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/extraordinary-rendition>, 01.04.2024.

Једно од подручја које се означава као ризично за предузимање активности које имају карактер отмице у циљу изручења страниј држави односи се на поступање појединих држава када су у питању случајеви тероризма и организованог криминалитета.

С једне стране, тероризам је облик политичког криминалитета јер има изражену идеолошку основу односно врши се ради постизања одређеног политичког циља. Иако је у питању сложена форма криминалног деловања, оно што чини тероризам специфично другачијим обликом криминалитета у поређењу са неким сличним формама људског криминалног или некриминалног деловања је наглашен идеолошки карактер. Ипак, одсуство универзалне дефиниције тероризма и проблем разграничења са сличним али и битно другачијим феноменима (нпр. терор, екстремизам или герилски покрет) у екстрадиционој пракси може представљати озбиљан проблем. Тако је позната крилатица “борац за слободу” иза које се крије одређење односно етикетирање неке формације као герилске са становишта одређене политике односно владе док се суштински ту ради о очигледно терористичкој форми организовања и деловања.<sup>21</sup> Ради се о политичкој алатки која је изванредно средство манипулације јавним мњењем у глобалном простору и које, у зависности од моћи коју поседује влада која врши то одређење, може утицати и на одлуке правосудних органа држава у поступку екстрадиције.

У великој мери Сједињене Америчке Државе (у даљем тексту: САД) у данашње време, у контексту сузбијања тероризма и трговине дрогом, траже све већу екстратериторијалну примену за своје кривичне законе него што је то препознато у многим пређашњим уговорима са другим државама или што то дозвољавају друге државе.<sup>22</sup> Иако се, према ауторима Гарсиа (Garcia) и Дојл (Doyle), нерегуларна рендиција ретко користи од стране САД, позната је алтернатива екстрадицији. Она подразумева лишење слободе које се чини отмицом или на превару и углавном је резервисано за осумњичене за тероризам, трговину дрогом и сл. Киднаповање осумњиченог у иностранству и враћање у САД на суђење не лишава америчке судове јурисдикције осим ако важећи уговор о екстрадицији то изричито не захтева. Такође, обично овакво деловање не излаже САД одговорности према Савезном закону о деликтним захтевима (*Federal Tort Claims Act*) нити ће појединци који су укључени у отмицу одговарати према Закону о деликту странаца (*Alien Tort Statute*). Појединци умешани у отмицу, међутим, могу се суочити са страним кривичним гоњењем или барем бити предмет захтева за екстрадицију.

21 Један од најпознатијих примера коришћења фразе “борац за слободу” је у случају Ослободилачке војске Косова (ОВК) која се првобитно налазила на списку терористичких организација у Сједињеним Америчким Државама (САД) да би после одређеног времена изгубила тај негативни призивок.

22 M. J. Garcia & C. Doyle, „Extradition to and from the united states: overview of the law and recent treaties”, *Law, Crime and Law Enforcement, Extradition and Rendition: Background and Issues* (ed. B. M. Zimmer, Nova Science Publishers, Inc, New York, 21.

Штавише, такво деловање може да заоштри дипломатске односе са земљом из које је бегунац намамљен или отет.<sup>23</sup>

### 3. ЕКСТРАДИЦИЈА И ПИТАЊЕ ТОРТУРЕ

Једна од препрека у реализацији екстрадиције је озбиљна опасност од тортуре која прети одређеном лицу уколико буде изручено другој држави. У смислу Конвенције против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни или поступака<sup>24</sup> (у даљем тексту: Конвенција против тортуре), израз тортуре 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 (члан 1. став 1). Конвенција против тортуре доводи у везу поступак екстрадиције и проблематику тортуре у члану 3. где прописује да ниједна држава чланица неће протерати, истерати нити изручити једно лице другој држави ако постоје озбиљни разлози да се посумња да може бити подвргнуто тортуре. 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.

С тим у вези, непоступање по одредбама Конвенције против тортуре односно изручење појединих лица упркос постојању разлога из члана 3. може повући са собом одговорност државе. Имајући то у виду, Србија је током претходних година била у позицији да се, у односу на поступање државних органа у одређеним случајевима екстрадиције, доведе у питање поштовање одредаба Конвенције против тортуре као и Европске конвенције о људским правима<sup>25</sup> (у даљем тексту: ЕКЉП).

23 *Ibidem.*

24 Конвенција против тортуре и других сурових, нечовечних или понижавајућих казни или поступака – Конвенција против тортуре, Закон о ратификацији, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 9/1991 (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment).

25 Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/03, 5/05 и 7/05 – испр. и Службени гласник РС – Међународни уговори, бр. 12/10 и 10/15.

Тако је у августу 2019. године, Комитет против тортуре донео одлуку у поступку вођеном против Републике Србије по представи господина Џевдета Ајаза (*Çevdet Ayaz*), курдског политичког активисте пореклом из Републике Турске<sup>26</sup> који је изручен 25. децембра 2017. године након што је тадашња Министарка правде потписала решење којим се дозвољава изручење, без узимања у обзир чињенице да је на снази привремена мера Комитета против тортуре<sup>27</sup> и не испитујући, сходно својој обавези из члана 7. став 1. тачка 4. ЗМППКС, да ли се захтев за издавање односи на политичко кривично дело.<sup>28</sup>

У конкретном случају покренутом пред Комитетом против тортуре, господин Ајаз је тврдио да изручење Турској представља кршење његових права из члана 3. Конвенције против тортуре, с обзиром да је у Турској осуђен на 15 година затвора због политички заснованог кривичног дела, а све на основу његовог признања изнуђеног применом тортуре. Господин Ајаз је истицао да је ризик од мучења и злостављања још више изражен у Турској након покушаја војног удара у јулу 2016. године, с обзиром да они за које се верује да су били политички опоненти тадашњем режиму подвргавају се мучењу и другом малтретирању, притварању без комуникације као и држању у нехуманим условима у пренасељеним турским затворима. Коначно, Комитет против тортуре је у одлуци утврдио да је Република Србија повредила члан 3. Конвенције против тортуре и у светлу тог закључка, неће разматрати ниједну другу тврдњу подносиоца жалбе али је такође констатована и повреда члана 22. због недостатака у сарадњи са Комитетом против тортуре у доброј вери при чему Србија није пружила ни довољно конкретних детаља о томе да ли се ангажовала на било који начин да испрати ситуацију након протеривања подносиоца жалбе и да ли је предузела било какве кораке да осигура да је то праћење објективно, непристрасно и поуздано.<sup>29</sup>

У још једном случају Република Србија је прекршила своје међународне обавезе у вези са изручењем. Наиме, 24. јануара 2022. године ујутру, Република Србија изручила је краљевини Бахреин држављанина те земље Ахмеда Џафара Мухамеда Алија (*Ahmed Jaafar Mohamed Ali*) упркос забрани односно привременој мери коју је за овај екстрадициони поступак изрекао Европски суд за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП) у петак 21. јануара 2022. године. У питању је држављанин Бахреина који се од новембра 2021. године налазио у притвору у Србији, иако је пред надлежним органима у поступку за изручење изразио намеру да тражи азил у Србији тврдећи да му у држави

26 Committee against Torture, Communication No. 857/2017, CAT/C/67/D/857/2017. <https://atlas-of-torture.org/en/document/6c88p2u594b?page=1>, 18.04. 2024.

27 Привремена мера је донета 11. децембра 2017. године.

28 А. Тркуља, „Значај ставова Комитета против тортуре Уједињених нација против тортуре у поступку екстрадиције”, *Бранич*, 1/2020, 43.

29 Committee against Torture, Communication No. 857/2017, CAT/C/67/D/857/2017, *op. cit.*

порекла прети опасност од мучења, политички и верски прогон.<sup>30</sup> И поред одлуке ЕСЉП односно изречене привремене мере и одлагања екстрадиције до 25. фебруара 2022. године и окончања поступка пред тим судом, Србија је извршила изручење и прекршила не само одлуку суда у Стразбуру, него и низ међународних и домаћих прописа који је обавезују на поштовање и заштиту људских права.<sup>31</sup>

Одмах након тога, с обзиром да је Влада Србије супротно ранијој наредби суда изручила Бахреину Ахмеда Џафара Мохамеда Алија, ЕСЉП је затражио да по хитном поступку Србија достави коментаре у вези са тим.<sup>32</sup> Такође, експерти Комитета за правду УН изразили су забринутост 28. априла 2022. године због хапшења и притвора у Србији господина Мухамеда Алија а посебно због његовог изручења Бахреину 24. јануара 2022. године, с обзиром на опасност суочавања са смртном казном у тој држави.<sup>33</sup>

Коначно, у вези са овим случајем, покренут је поступак пред ЕСЉП на основу представке коју је поднео господин Али 21. јануара 2024. године уочи изручења а које је спроведено без обзира на привремену меру коју је ЕСЉП одобрио на основу правила 39 Пословника ЕСЉП. Привремена мера је укинута 28. јануара 2022. године, а такође уставна жалба господина Алија је још увек у поступку пред Уставним судом Србије. Подносилац представке се жали на основу члана 3. ЕКЉП да су постојали значајни разлози за веровање у време његовог изручења да ће се, ако буде изручен, суочити са реалним ризиком да буде подвргнут мучењу или нечовечном или понижавајућем поступању, и да домаћи органи власти нису узели у

30 На челу Бахреина налази се сунитска краљевска породица, која неретко ограничава политичка права, грађанске слободе и оштро се обрачунава са шиитским делом популације. Због супротстављања владајућем режиму, наведени држављанин те острвске монархије био је притваран и мучен од стране безбедносних снага. Претрпео је тешке телесне повреде када су 2011. године припадници војске и полиције током разбијања протеста у Манами усмртили пет, а ранили око 250 људи. У одсуству је осуђен на доживотну казну затвора, у два одвојена процеса, који су вођени 2013. и 2015. године. Поступак из 2015. године, вођен је против још девет особа, од којих су три осуђене на смртну казну и стрељане 2017. године. Уједињене нације, Европски парламент и невладине међународне организације за заштиту људских права критиковале су Бахреин због извршења смртних казни. Београдски центар за људска права, Србија незаконито изручила држављанина Бахреина упркос одлуци Европског суда за људска права, <https://www.bgcentar.org.rs/srbija-nezakonito-izrucila-drzavljanina-bahreina-uprkos-odluci-evropskog-suda-za-ljudska-prava/>, 17. 04.2024.

31 *Ibidem*.

32 Forbes, European Human Rights Court Calls On Serbia To Explain Extradition Of Bahraini Dissident, <https://www.forbes.com/sites/dominicdudley/2022/01/26/european-human-rights-court-calls-on-serbia-to-explain-extradition-of-bahraini-dissident/?sh=310bea4c615e>, 15.04.2024.

33 Committee for Justice (UN), UN fears Serbia will extradite activist to Bahrain despite death penalty risks, <https://www.cfjustice.org/un-fears-serbia-will-extradite-activist-to-bahrain-despite-death-penalty-risks/>, 16.04.2024.



обзир ове основе приликом одлучивања о његовом изручењу. Он се даље жали на основу истог члана ЕКЉП да га је његово изручење изложило казни доживотног затвора без изгледа да ће икада бити пуштен на слободу, те да домаће власти такође нису узеле у обзир овај ризик када су одлучивале о његовом изручењу. Подносилац представке се такође жали на основу члана 13. ЕКЉП да није имао на располагању делотворан домаћи правни лек за своје притужбе по члану 3, а посебно да су домаћи органи одбили да прихвате његов захтев за азил. На крају, подносилац представке се жали да је његово изручење Бахреину, кршењем привремене мере ЕСЉП према правилу 39. Пословника ЕСЉП, довело до повреде члана 34. ЕКЉП. С тим у вези, ЕСЉП је поставио одређена питања странама, пре свега Србији, у циљу утврђивања околности битних за доношење одлуке.<sup>34</sup>

У међувремену Али издржава двоструку доживотно казну затвора у Џау затвору (*Jau Prison*) где се, према сопственим тврдњама, подвргава премлаћивању, ускраћивању медицинског третмана и држи у продуженој самици од самог повратка у Бахреин. У вези са овим, али и неким другим случајевима, постављено је питање и одговорности Интерпола због издавања црвене потернице онда када се лица на потерници суочавају са ризиком од примене тортуре, што као последицу може да има противправну екстрадицију.<sup>35</sup> Имајући и ту околност у виду, разматрање проблематике екстрадиције, односно шта има превагу, политика или право, постаје још комплексније.

#### 4. ЕКСТРАДИЦИЈА И ДОЖИВОТНИ ЗАТВОР (СМРТНА КАЗНА)

Случај Али, поред питања односа екстрадиције и тортуре, дотиче и проблематику односа екстрадиције и неприхватљивог облика доживотног затвора што је једно од честих питања која се разматрају у пракси ЕСЉП. Одређени број представки доводи у питање дозвољеност екстрадиције у ситуацијама када се окривљени могу суочити са ризиком од доживотног затвора (без могућности условног отпуста) или смртном казном уколико буду изручени државама које за одређена кривична дела предвиђају изрицање поменутих казни. С друге стране, ти исти окривљени уточиште траже у државама које у свом кривичном законодавству немају прописане доживотни затвор без могућности условног отпуста или смртну казну што су по природи ствари у највећем броју случајева европске државе потписнице ЕКЉП.

34 *Ali Ahmet Jafaar Mohamed v. Serbia*, application no. 4662/22, lodged on 21 January 2022 communicated on 14 June 2022.

35 Middle East Eye, Bahraini dissident sues Interpol over 'red notice' arrest and deportation, <https://www.middleeasteye.net/news/bahraini-dissident-sues-interpol-over-red-notice-arrest-extradition>, 20.04.2024.

Анализа праксе ЕСЉП показује да се ипак рестриктивно тумачи опасност од изрицања доживотног затвора без могућности условног отпуста. Изрицање доживотне казне затвора пунолетном учиниоцу кривичног дела свакако није забрањено ниједном одредбом ЕКЉП. Ова казна може доћи под „домашај“ члана 3. ЕКЉП ако осуђено лице нема изгледа да буде пуштено на слободу, што значи да у националном закону не постоји механизам за преиспитивање осуде на доживотну казну затвора у циљу његове модификације *in melius*, превременом или условном отпусту. Да би се испунио стандард постављен чланом 3. ЕКЉП, неопходно је, према ставу израженом у пресуди *Винџер и други против Уједињеној Краљевстви*<sup>36</sup> да лице осуђено на доживотну казну затвора има право да на почетку доживотне казне зна шта и под којим условима мора да уради да би се разматрало његово пуштање на слободу, као и да зна када ће му казна бити преиспитана или када то може затражити.<sup>37</sup>

Међутим из појединих одлука ЕСЉП, које се тичу проблематике екстрадиције, уочава се другачији тренд при чему се у највећем броју случајева представке односе на ситуације када изручење тражи САД. С тим у вези, у случају *Harkins and Edwards v. the United Kingdom*<sup>38</sup> што се тиче ризика од доживотног затвора без условног отпуста, ЕСЉП је сматрао да нема кршења члана 3 ако се један или други подносилац представке изручи САД, јер пре свега ниједан подносилац представке није показао да би постојао стварни ризик од кршења члана 3 као резултат изречене казне. У случају првог подносиоца представке, ЕСЉП није био убеђен да би за њега било крајње несразмерно када би му био изречен обавезни доживотни затвор (*mandatory life sentence*<sup>39</sup>) или доживотни затвор без права на условни отпуст у САД, имајући у виду да је имао више од 18 година у време када је учињено кривично дело за које је окривљен, није му дијагностикован психијатријски поремећај, а убиство јесте било део покушаја разбојништва – што значи да је постојала отежавајућа околност. ЕСЉП даље истиче да подносилац представке још увек није био осуђен, али чак и да се то догодило односно да је био осуђен на обавезни доживотни затвор то би могло да се сматра оправданим током његовог живота. Ако би се и утврдило да не постоји оправдање

36 *Vinter and Others v. the United Kingdom*, application no. 66069/09, 130/10 and 3896/10, 09. јули 2013.

37 Г.П. Илић, „Маргиналије о казни доживотног затвора, условном отпусту и људским правима“, *Казнена реакција у Србији* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019, 132.

38 *Harkins and Edwards v. the United Kingdom*, application nos. 9146/07 and 32650/07, 17. јануар 2012.

39 Термин који се користи за описивање обавезне казне која се до краја живота проводи у затвору. У неким јурисдикцијама, обавезна доживотна казна мора се дати особи осуђеној за одређена кривична дела, као што је убиство. *World Law Dictionary*, *Mandatory life sentence*, <https://dictionary.translegal.com/en/mandatory-life-sentence/noun>, 11. април 2024.

за то, гувернер Флориде и Одбор извршног помиловања Флориде, могли би у принципу да одлуче да му смање казну.

У још једном случају пред ЕСЉП (*Babar Ahmad и други против Уједињеној Краљевстви*<sup>40</sup>) подносиоци представке су оптужени по разним оптужбама за тероризам у САД, које су затражиле њихово изручење. Жалили су се на ризик од издржавања затворске казне у затвору строго затвореног типа са посебним обезбеђењем<sup>41</sup> (*super-max prisons*), где би били подвргнути посебним административним мерама и осуди на неумањиву казну доживотног затвора. ЕСЉП је сматрао, у погледу пет подносилаца представки, да неће доћи до повреде члана 3. ЕКЉП због дужине њихових могућих казни уколико буду изручени САД. Посебно је истакнуто да није извесно, ако би подносиоци представке били изручени, да би уопште били осуђени или да би им била изречена казна доживотног затвора која се не би могла умањити. Међутим, ЕСЉП је изразио јасан став да чак и да буде изречена таква казна подносиоцима представке, с обзиром на тежину њихових оптужби, не би се могло говорити о грубој несразмери. Штавише, пошто у тренутку разматрања ниједан од подносилаца представки још није био осуђен нити је започето издржавање казне, ЕСЉП је сматрао да поменути лица нису доказала да, након екстрадиције, њихово затварање у САД не би имало легитимну пенолошку сврху. Даље би такође било неизвесно и да ли би власти САД, у случају да дође до поменутих варијанти изречених казни, одбиле да искористе доступне механизме за смањење потенцијалних казни подносиоцима представке.

Из поменутих случајева се јасно уочава двоструки стандард у третирању доживотне казне без права на условни отпуст, један који се очекује од држава потписница ЕСЉП, и други који толерише могућност примене такве казне од стране државе која није део европске породице права и која се у највећем броју случајева и налази у улози тражиоца изручења односно у вези са чим постоји и највећи број представки који се упућују ЕСЉП.

Посебну димензију представља проблематичност доживотне казне у контексту реализације принципа ресоцијализације као једног од главних стубова савременог система извршења казне затвора. Чак и ако конкретно законодавство прописује могућност условног отпуста, главно је питање да ли је постизање ресоцијализације реалан циљ у случајевима осуђених на доживотну казну затвора. Ако је одговор не, даље се поставља питање како

40 *Babar Ahmad and Others v. the United Kingdom*, application nos. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 and 67354/09, 10. април 2012.

41 Иако упоредноправно постоје различите категоризације завода за извршење кривичних санкција, уколико пођемо од категоризације коју установљава наш ЗИКС, у погледу врсте завода с обзиром на степен обезбеђења (члан 14. став 1), разликујемо заводе отвореног типа, полуотвореног типа, затвореног типа и затвореног типа са посебним обезбеђењем. У последње наведени тип завода смештају се лица осуђена за посебно тешка кривична дела, којима је изречена дуготрајна казна затвора и за која се процењује начелно да ће процес ресоцијализације ићи отежано.

легитимисати постојање те казне у већини закона баш имајући у виду да је комплетан систем извршења казне затвора усмерен ка остваривању те ресоцијализације.<sup>42</sup> Овде се не поставља питање да ли ће се неко успешно ресоцијализовати, за то је немогуће унапред дати гаранцију, и да ли ће уопште бити воље и жеље за ресоцијализацијом у конкретном случају (активно учешће осуђеника у спровођењу пенитенцијарног третмана), већ је једино важно да ли можемо начелно говорити о шансама за ресоцијализацију. Све ове дилеме су израженије у контексту варијанте доживотног затвора без права на условни отпуст када нема ни неког макар привидног оквира за спровођење ресоцијализације односно шансе да се једног дана изађе на слободу. Другим речима, одсуство било какве наде да ће се осуђеник икада наћи на слободи.

#### 4.1. Екстрадиција у случају Џулијан Асанж (Julian Assange)

Један од актуелних и медијски значајно пропраћених случајева екстрадиције тачније поступака одлучивања о екстрадицији у којима је присутна клацкалица између права и политике тиче се евентуалног изручења Џулијана Асанжа оснивача "Викиликса" САД, које траже његово изручење због оптужби да је објавио поверљиве дипломатске и војне списе.<sup>43</sup> Џулијан Асанж се од 2019. године налази у затвору у Великој Британији, тачније у затвору Белмарш, познатом као „британски Гвантанамо“ који је специфичан због услова у којима живе затвореници, углавном оптужени за убиства и тероризам. Претходно је Асанж провео седам година у Амбасади Еквадора у Лондону. У поменутом затвору се Асанж налази преко 1800 дана и чека шта ће решити британски суд. Хоће ли га ослободити или ће га послати америчком судству да му одреди казну за шпијунажу, која може бити и смртна, а може бити и затворска, и то до 176 година. Виши суд у Лондону одложио је одлуку, али је саслушао обе стране, односно адвокате оптуженог и представнике америчке владе а од америчке владе је тражено да гарантују да Асанжу неће бити изречена смртна казна. Асанж није могао да присуствује, пошто

42 А. Илић, „The analysis of some problems in achieving the rehabilitation purpose of punishment“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, 1/2023, 106.

43 Асанжов портал "Викиликс" објавио је 2010. године видео-снимак америчке војске на којем се види како у нападу хеликоптерима "Апач" у Багдаду 2007. године гину десетине људи, међу којима и два новинара Ројтерса. Након тога, "Викиликс" је објавио хиљаде тајних поверљивих докумената и дипломатских извештаја у којима САД критикују светске вође, од руског председника Владимира Путина до чланова саудијске краљевске породице. EURONEWS. SERBIA, Високи суд одлучио да Асанж може да уложи жалбу против изручења у САД, <https://www.euronews.rs/evropa/vesti/118704/visoki-sud-u-londonu-odlucio-da-asanz-moze-da-ulozi-zalbu-protiv-izrucenja-u-sad/vest>, 10.04.2024.

му већ озбиљно нарушено здравље то није дозволило.<sup>44</sup> С друге стране, Џулијан Асанж је аустралијски држављанин па је, уочи поменутог рочишта, премијер Аустралије Ентони Албанезе подржао предлог независног посланика Ендруа Вилкија за ослобађање и повратак Асанжа у ту земљу.<sup>45</sup> Такође, позвао је и Вашингтон да одустане од изручења и пусти Асанжа на слободу. Вилки је рекао да је реч о “снажном политичком сигналу упућеном британској и америчкој влади”.

Нилс Мелцер (Nils Melzer), посебни извештач за мучење при Савету за људска права УН, пошто је истражио случај Џулијана Асанжа и, по његовим речима, пронашао непобитне доказе политичког гоњења и судске самовоље, као и мучења и намерног злостављања, доживео је да су одговорне државе одбиле да сарађују са њим у предузимању истражних мера које захтева међународно право. Мелцер је открио систематску кампању прогона Асанжа што значи да се Асанж суочио са тешким и систематским кршењима прописаних поступака, пристрасношћу судства, дослухом и изманипулисаним доказима. Жртва је сталног надзора, клевете и претњи. Мелцер је такође прикупио консолидовани медицински доказни материјал који потврђује да је Асанж у затвору претрпео дуготрајну психичку тортуру.<sup>46</sup> У тексту *Случај Асанж и “двосируки сџандарги”* који је објављен у листу “*Le Monde Diplomatique*”, Нилс Мелцер, поред поменутих налаза, истиче да у демократији којом управља правна држава сви су једнаки пред законом а то суштински значи да упоредиве случајеве треба третирати на исти начин. С тим у вези, наводи пример Аугуста Пиночеа, оптуженог да је директно одговоран за десетине хиљада озбиљних кршења људских права, али кога судије нису вређале, понижавале или исмевале на јавним расправама, нити је био смештен у самицу у строгом затвору попут Џулијана Асанжа. Према Мелцеру, Асанжов случај представља опасан преседан: једном када изношење истине постане злочин, неизбежно ће уследити цензура и тиранија.<sup>47</sup>

Епилог случаја Асанж чекамо а последња вест, у време писања овог рада, је да је рочиште, на којем ће бити коначно одлучено да ли правни тим оснивача “Викиликса” има право да уложи жалбу на поступак Асанжовог изручења из Велике Британије у САД, заказано за 20. мај.<sup>48</sup>

44 НИН, Случај Џулијана Асанжа: Човек којег би заиста могла да убије прејака реч, <https://www.nin.rs/svet/vesti/45887/slucaj-dzulijana-asanza-covek-kojeg-bi-zaista-mogla-da-ubije-prejaka-rec>, 20. март 2024.

45 НИН, Премијер Аустралије подржао предлог да се Џулијан Асанж врати у ту земљу, <https://www.nin.rs/svet/vesti/45375/premijer-australije-podrzao-predlog-dase-dzulijan-asan-zvrati-u-tu-zemlju>, 26. март 2024.

46 Versobooks, *The Trial of Julian Assange: A Story of Persecution*, <https://www.versobooks.com/products/2907-the-trial-of-julian-assange>, 13. април 2024.

47 *The Trial of Julian Assange: A Story of Persecution*, *op. cit.*

48 Данас, Одлука о депортацији Асанжа 20. маја: Колико вреде америчке гаранције?, <https://www.danas.rs/svet/odluka-o-deportaciji-asanza-20-maja-koliko-vrede-americke-garancije-ima-li-prostora-za-nagodbu/>, 23.04.2024.

## 5. ЗАКЉУЧАК

Како помирити супротстављене интересе и да ли је прихватљиво уопште разматрати политички контекст када се доноси одлука о екстрадицији. Изручење страних држављана је пре свега правно питање, у највећем броју случајева уређено одговарајућим инструментом, па с тим у вези не би требало да постоји било какав проблем када се ради о његовој примени, или јесу или нису испуњени услови за то. Међутим, у не малом броју случајева се могу појавити озбиљни проблеми који могу стајати на путу реализације екстрадиције коју одређена држава тражи.

Екстрадициона пракса нажалост показује да се у циљу остваривања намере за суђењем одређеним лицима или за извршењем изречене казне предузимају и неке активности које се не би могле сматрати прихватљивим начинима обезбеђивања присуства лица која се потражују. С тим у вези, важно питање које је на неки начин постављено у раду тиче се односа моћи у светским оквирима и како се та моћ испољава у ситуацијама када се на право не може рачунати јер изручење није могуће по правилима струке. С обзиром да тада најчешће ступа на сцену алтернативни начин изручења питање је да ли постоје неке последице таквог чињења. Где су онда границе поштовања људских права и да ли су тада интереси појединих држава значајнији од индивидуалних ситуација.

Начелно постављени стандарди поштовања људских права преиспитују се повремено пред важним судским инстанцама чије одлуке треба да буду основни путоказ државама како да поступају у случајевима екстрадиције када се појаве нека спорна питања. Међутим, као што се могло видети кроз анализу појединих случајева који су се појавили пред ЕСЉП, не можемо говорити о стандардизованом приступу а нарочито не о приступу који превасходно узима у обзир интерес појединаца чије се изручење тражи. Јасно је да ту политика има своје место а када је тако, тешко је успоставити и одржавати неопходан баланс да ствари не оду предалеко.

## ЛИТЕРАТУРА

- Вуковић И. *Кривично йраво Ойшйиу гео*, Универзитет у Београду – Правни факултет, 2021.
- Garcia M.J. & Doyle C., „Extradition to and from the united states: overview of the law and recent treaties”, *Law, Crime and Law Enforcement, Extradition and Rendition: Background and Issues* (ed. B. M. Zimmer, Nova Science Publishers, Inc, New York, 1–59.
- Илић А. *Коментар Закона о извршењу кривичних санкција*, ЈП Службени гласник, 2022.
- Илић А. „The analysis of some problems in achieving the rehabilitation purpose of punishment”, *Ревйја за криминологију и кривично йраво*, 1/2023, 93–115.

- Илић Г. П., „Маргиналије о казни доживотног затвора, условном отпусту и људским правима”, Казнена реакција у Србији (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019, 123–142.
- Jansson J., *Terrorism, Criminal Law and Politics - The Decline of the Political Offence Exception to Extradition*, Routledge, New York, 2020.
- Крапац А., *Међународна кривичнојравна помоћ са збирком јројиса*, Информатор, Загреб, 1987.
- Стојановић З. *Коментар Кривичној законика – десетио доуњено издање*, ЈП Службени гласник, 2020.
- Тркуља, А. „Значај ставова Комитета против тортуре Уједињених нација против тортуре у поступку екстрадиције”, *Бранич*, 1/2020, 34–48.
- Шкулић М. „Основи упоредног кривичног процесног права и основи проблеми реформе кривичног поступка Србије”, Казнена реакција у Србији (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, 43–84.

## ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

- ACLU, Extraordinary rendition, <https://www.aclu.org/issues/national-security/torture/extraordinary-rendition>.
- Београдски центар за људска права, Србија незаконито изручила држављанина Бахреина упркос одлуци Европског суда за људска права, <https://www.bgcentar.org.rs/srbija-nezakonito-izrucila-drzavljanina-bahreina-uprkos-odluci-evropskog-suda-za-ljudska-prava/>.
- Verso Books, The Trial of Julian Assange: A Story of Persecution, <https://www.versobooks.com/products/2907-the-trial-of-julian-assange>.
- World Law Dictionary, Mandatory life sentence, <https://dictionary.translegal.com/en/mandatory-life-sentence/noun>.
- Данас, Одлука о депортацији Асанжа 20. маја: Колико вреде америчке гаранције? <https://www.danas.rs/svet/odluka-o-deportaciji-asanza-20-maja-koliko-vrede-americke-garancije-ima-li-prostora-za-nagodbu/>.
- EURONEWS. SERBIA, Високи суд одлучио да Асанж може да уложи жалбу против изручења у САД, <https://www.euronews.rs/evropa/vesti/118704/visoki-sud-u-londonu-odlucio-da-asanj-moze-da-ulozi-zalbu-protiv-izrucenja-u-sad/vest>.
- Cambridge Dictionary, Extraordinary rendition, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/extraordinary-rendition>.
- Committee for Justice (UN), UN fears Serbia will extradite activist to Bahrain despite death penalty risks, <https://www.cfjustice.org/un-fears-serbia-will-extradite-activist-to-bahrain-despite-death-penalty-risks/>.
- Committee against Torture, Communication no. 857/2017, CAT/C/67/D/857/2017, <https://atlas-of-torture.org/en/document/6c88p2u594b?page=1>.
- Middle East Eye, Bahraini dissident sues Interpol over ‘red notice’ arrest and deportation, <https://www.middleeasteye.net/news/bahraini-dissident-sues-interpol-over-red-notice-arrest-extradition>.

- НИН, Случај Џулијана Асанжа: Човек којег би заиста могла да убије прејака реч, <https://www.nin.rs/svet/vesti/45887/slucaj-dzulijana-asanza-covek-kojeg-bi-zaista-mogla-da-ubije-prejaka-rec>.
- НИН, Премијер Аустралије подржао предлог да се Џулијан Асанж врати у ту земљу, <https://www.nin.rs/svet/vesti/45375/premijer-australije-podrzao-predlog-da-se-dzulijan-asanz-vrati-u-tu-zemlju>.
- Forbes, European Human Rights Court Calls On Serbia To Explain Extradition Of Bahraini Dissident, <https://www.forbes.com/sites/dominicdudley/2022/01/26/european-human-rights-court-calls-on-serbia-to-explain-extradition-of-bahraini-dissident/?sh=310bea4c615e>.

## ПРАВНИ ИЗВОРИ

- Закон о извршењу кривичних санкција – ЗИКС, *Службени йласник РС*, бр. 55/14 и 35/19.
- Закон о странцима – ЗОС, *Службени йласник РС*, бр. 24/18, 31/19 и 62/23.
- Закон о кретању и боравку странаца, *Службени лисй СФРЈ*, бр. 56/80, 53/85, 30/89, 26/90, 53/91, и *Службени лисй СРЈ*, бр. 16/93, 31/93, 41/93, 53/93, 24/94, 28/96 и 68/02.
- Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима – ЗМППКС, *Службени лисй СРЈ*, бр. 20/09.
- Закон о прекршајима – ЗОП, *Службени йласник РС*, бр. 65/13, 13/16, 98/16 -одлука УС, 91/19, 91/19 - др. закон и 112/22 - одлука УС.
- Конвенција против тортуре и других сурових, нечовечних или понижавајућих казни или поступака – Конвенција против тортуре, Закон о ратификацији, *Службени лисй СФРЈ – Међународни ујовори*, бр. 9/1991 (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment).
- Кривични законик - КЗ, *Службени йласник РС*, бр. 85/05, 88/05 – испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16 и 35/19.
- Правилник о ближим условима и начину спровођења принудног удаљења странца из Републике Србије, *Службени йласник РС*, број 69/18.

## СУДСКА ПРАКСА – ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЉУДСКА ПРАВА

- Ali Ahmet Jafaar Mohamed v. Serbia*, application no. [4662/22](#), lodged on 21 January 2022 communicated on 14 June 2022.
- Babar Ahmad and Others v. the United Kingdom*, application nos. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 and 67354/09, 10. април 2012.
- Vinter and Others v. the United Kingdom*, application no. 66069/09, 130/10 and 3896/10, 09. јули 2013.
- Harkins and Edwards v. the United Kingdom*, application nos. 9146/07 and 32650/07, 17. јануар 2012.



**Aleksandra Ilić, PhD\***

## EXTRADITION – BETWEEN LAW AND POLITICS

### Summary

*In the paper, the author considers the issue of extradition, in the application of which some extralegal influences come to the fore, primarily political, and which in some cases take precedence over the law. After the introductory remarks, in which a brief overview of the conceptual definition of extradition and other relevant issues is given, the author deals with certain forms of deviation from the regular framework of extradition, such as expulsion or “disguised extradition”, as well as a kind of kidnapping, which in American literature is called “extraordinary rendition”. The author particularly considers extradition in the context of torture as an illegal way of dealing with persons whose extradition is requested by certain states. In this regard, some disputed extradition cases committed by the Republic of Serbia were discussed in more detail. The relationship between extradition and the possibility of life imprisonment without the right to parole, i.e. the death penalty, was also considered, primarily from the point of view of the practice of the European Court of Human Rights. At the end, a brief overview of one of the most current cases in which extradition is discussed - the case of Julian Assange - is given.*

**Key words: extradition, law, politics, torture, life imprisonment.**

---

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



## ОРГАНИЗОВАНИ КРИМИНАЛИТЕТ У РАТУ УЗ ОСВРТ НА ИЛЕГАЛНУ ТРГОВИНУ ОРУЖЈЕМ<sup>1</sup>

*Апстракт. Рад се бави истраживањем повезаности рата и организованог криминалитета. После објашњења основних појмова, ауторка истражује утицају рата на кривична дела која врше организоване криминалне групе. У чланку се истражује и повезаност организованог криминалитета са државом имајући у виду да ратни сукоби представљају једну од околности која утиче на појаву државе у сузбијању организованог криминалитета. Осим тога ауторка се осврће и на истраживање активне улоге државе у криминалним групама у ратним сукобима зарад сопствених политичких интереса. Илегална трговина оружјем је једна од најпрофитабилнијих активности која за највећи број организованих криминалних група ипак не чини примарни извор прихода. Указује се на податке о распрострањености илегалне трговине оружјем, субјекте који су у њој укључени и коначно на правни оквир на међународном и националном нивоу.*

**Кључне речи:** организовани криминалитет, рат, илегална трговина оружјем, држава.

### 1. УВОД

Повезаност рата и криминалитета је сложено питање које се може разумети уз ослањање не само на криминологију већ и знања из других

---

\* Ванредна професорка, Универзитет у Београду – Правни факултет, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5761-2444>, [natalija.lukic@ius.bg.ac.rs](mailto:natalija.lukic@ius.bg.ac.rs).

<sup>1</sup> Овај рад је настао као резултат истраживања у оквиру стратешког пројекта за 2024. годину „Проблеми стварања, тумачења и примене права“ (подтема: „Правосуђе и изазови данашњице“ – тема истраживачке групе: „Правна заштита од рата и у рату“), који финансира Правни факултет Универзитета у Београду.

научних дисциплина попут историје, политичких наука, психологије итд. У испитивању те повезаности треба најпре поћи од одређења сáмих појмова. Рат се може одвијати између две или више држава, може бити грађански или међународни, а данас се најчешће дешава да се оружани сукоби одвијају на територији једне државе, али уз учешће различитих оружаних група које опет финансирају једна или више заинтересованих држава. Потом је потребно одредити шта се сматра почетком, а шта крајем рата, јер је могуће да након што на пример буде закључен мировни споразум још неко време трају оружани сукоби. Даље, отвара се и питање како установити да ли је и у којој мери дошло до пораста криминалитета у државама које су учеснице у рату. То посебно долази до изражаја у земљама на чијим се територијама сукоби одвијају, јер је могуће да услед ограниченог капацитета државних органа уопште није могуће прикупљати статистичке податке о криминалитету. У таквој ситуацији се неминовно поставља питање могућности компарације стања криминалитета у време рата са периодом који је непосредно претходио, а и са послератним периодом. Коначно, поставља се и питање како објаснити пораст или пад криминалитета у време ратних сукоба. Ако је до пораста дошло, да ли објашњење лежи у теоријама о учењу, односно да ли они који су учесници рата и који примењују насиље уче под којим условима и када је насиље дозвољено или се чак у њему може и уживати?<sup>2</sup> Постоји и мишљење да се ради о легитимизацији употребе насиља које онда постаје прихватљивије већем броју грађана. Коначно, могуће је да држава услед новонасталих околности има ограничене капацитете у гарантовању права грађана те се у том смислу отвара и питање улоге државе у настанку односно порасту криминалитета. Ако, с друге стране, дође до пада криминалитета у току ратних сукоба, питање је да ли је то последица велике тамне бројке криминалитета или учешћа мушкараца млађег узраста у оружаним сукобима који због тога нису у прилици да врше кривична дела која чине општи криминалитет? Томе се може придодати и учешће затвореника у рату што опет утиче на смањење њиховог рецидивизма, искључујући наравно евентуална кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом.

## 2. ПОЈМОВНА ОДРЕЂЕЊА

Да бисмо уопште разумели да ли и на који начин ратови доприносе настанку и развоју већ постојећег организованог криминалитета, морамо најпре поћи од дефиниције основних појмова. Појам рата је у међународном јавном праву постепено еволуирао у појам оружаног сукоба, односно традиционално ратно право развило се, уз ослањање на Повељу УН о општој забрани употребе силе између држава, у право оружаних сукоба.<sup>3</sup> Разлика

2 R. Gartner, L. Kennedy, „War and Postwar Violence“, *Crime and Justice*, vol. 47, 1/2018, 3.

3 М. Крећа, *Међународно јавно йраво*, Правни факултет, Београд, 2022, 818.

се прави и даље између међународних и немеђународних оружаних сукоба. Међународни сукоб је сукоб између држава и уз анагажовање њихових оружаних снага, затим сукоб између међународних војних снага који делују у име УН<sup>4</sup> и оружаних снага државе против које се мере примењују, али и поједини сукоби између државе и недржавних ентитета (борбе против колонијалних и расистичких режима). Немеђународним оружаним сукобима сматрају се сукоби на територији једне државе<sup>5</sup> при чему се против централне власти у тој држави не боре оружане снаге друге државе.<sup>6</sup> Често се у литератури наводи да није једноставно прецизирати и разграничити да ли је у питању међународни или немеђународни оружани сукоб.<sup>7</sup>

Друго појмовно одређење односи се на организовани криминалитет. У литератури постоје различити приступи у одређењу шта се подразумева под појмом организованог криминалитета. Но, различитост приступа није карактеристична само за теорију, јер и летимичан поглед на национална кривичноправна решења показује да постоје разлике. Тако на пример италијански Кривични законик, осим криминалне организације општег типа која подразумева удруживање најмање три лица у циљу вршења кривичних дела, истовремено прописује и кривично дело удруживања у криминалну групу мафијашког типа (чл. 416 и 416 бис италијанског Кривичног законика). Осим испуњености услова општег типа криминалне организације, за постојање кривичног дела из чл. 416 бис морају бити испуњени додатни услови који се односе на *modus operandi* и циљеве деловања.<sup>8</sup>

У теоријским радовима велики број аутора прави разлику између приступа који инсистира на постојању криминалне организације и приступа који организовани криминалитет изједначава са тзв. илегалним бизнисом. Паоли приступ о криминалним организацијама поистовећује са законским решењима која, попут поменутог италијанског Кривичног законика, предвиђају додатне услове да би једна криминална група могла бити квалификована као мафијашка организација и већег броја европских правних решења која заузимају шири приступ односно код којих је преко границе запрећених казни за кривична дела која организоване криминалне групе чине акценат на организованом криминалитету као илегалном бизнису.<sup>9</sup> Може се наћи и подела на синдикализовани тип организованог криминалитета или гангстеризам

4 *Ibid*, 819.

5 У случају да територија на којој се одвија оружани сукоб није држава (односно да није потписник Женевских конвенција) примењује се обичајна правила ратовања. Види: L. Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, 2004, 31.

6 William H. Boothby, *Weapons and the Law of Armed Conflict*, Oxford, 2016, 320

7 Види на пример: Gary D. Solis, *The Law of Armed Conflict*, Cambridge, 2010, 20-21; Крећа, *op. cit.*, 819.

8 Више у: Н. Лукић, *Сузбијање организованог криминалишеја – ујоредни шрвсјуи*, Правни факултет, Београд, 2014, 63–64.

9 L. Paoli, T. V. Beken, „Organized Crime, A Contested Concept“, *The Oxford Handbook of Organized Crime* (ed. L. Paoli), Oxford, 2014, 20–21.

повезан са различитим етничким групама попут сицилијанске Мафије, јапанских Јакуза или кинеских Тријада и професионални криминалитет оличен у деловању гангова на одређеним територијама.<sup>10</sup> Поистовећивање организованог криминалитета са организацијом која има строгу хијерархију, централизовану структуру и чланство засновано претежно на етничком принципу везује се за извештај Кефауверове комисије коју је непосредно након окончања Другог светског рата основао амерички Сенат са циљем истраживања коцкања и рекетирања.<sup>11</sup> Иако је објашњење у том извештају критиковано као сензационалистичко, и извештај комисије коју је формирао председник Линдон Џонсон ишао је у сличном правцу тврдећи да су у организовани криминалитет у САД укључени претежно Италијани и да су идентификоване 24 криминалне организације које функционишу као картели.<sup>12</sup> Данас, међутим, многи истичу да је сицилијанска Мафија превазиђена, да су се појавиле бројне друге мафије (на сличне тврдње наилази се и у извештају Председничке комисије из 1983. године коју је основао амерички председник Роналд Реган) и да је уместо строго хијерархијски и централизоване криминалне организације преовладао модел децентрализованих и слабије повезаних сложених криминалних група чије су и активности и организација променљиви.<sup>13</sup>

Осим карактеристика организације, у литератури се истичу још неки елементи који би требало да прецизирају феномен који означавамо као организовани криминалитет.<sup>14</sup> Тако Малц наводи да су то насиље, корупција и врста кривичних дела која се чине.<sup>15</sup> Способност да се насиље користи или директно или као претња је по неким суштинска одлика мафијашког понашања.<sup>16</sup> Но, насиље може бити замењено вредностима (кодекс, завет ћутања), интересима или личним везама. Пре ће бити коришћено уколико група није успела да се домогне других механизма (мисли се на позиције моћи и финансијска средства)<sup>17</sup>, а уколико се ради о државама у којима се

10 T. Newburn, *Criminology*, New York, 2017, 432.

11 H. Abadinsky, *Organized Crime*, Belmont, 2010, 63. У периоду од 1918–1943. године реч „мафија“ се на пример у листу „Њујорк Тајмс“ јавила свега четири пута. Проблем почетком 20. века у САД није била мафија, већ криминалне активности гангова и то пре свега и Чикагу. У медијским извештавањима могу се пронаћи имена тада познатих криминалаца (Биакомо „Биг Џим“ Колосимо који је водио бизнис са рекетирањем док није убијен 1920. године, Џон Торио и Ал Капоне), али проблем са овим гангстерима није доживљаван као национални већ пре локални. Више у: J. S. Albanese, „The Italian-American Mafia“, *The Oxford Handbook of Organized Crime* (ed. Letizia Paoli), Oxford, 2014, 143.

12 *Ibid.*, 65.

13 T. Newburn, *op. cit.*, 433.

14 Види на пример: М. Шкулић, *Организовани криминалитети*, Београд, 2015, 35–55.

15 M. D. Maltz, „On Defining „Organized Crime“, The Development of a Definition and Typology“, *Crime and Delinquency*, vol. 22, 1976, 340.

16 D. Gambetta, „Mafia: The Price of Distrust“, *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations* (ed. D. Gambetta), Oxford, 2000, 168–169.

17 M. D. Maltz, *op. cit.*, 341.

може очекивати да ће насилна кривична дела бити санкционисана, организоване криминалне групе неће ризиковати да насиљем скрену пажњу на себе.<sup>18</sup> Тако се на пример за Канаду наводи да продавци опојним дрогама на велико уопште нису заинтересовани да угрозе свој бизнис употребом насиља. Има сасвим довољно продаваца као и купаца и тржиште регулише односе. Супротно, продавци кокаина у Јужној Америци живе у врло насилном окружењу,<sup>19</sup> стопе убистава су међу највишима у свету а истовремено држава слабо санкционише такво понашање.<sup>20</sup> Да је насиље одлика ужег приступа у дефинисању организованог криминалитета заступљено је и у домаћој литератури,<sup>21</sup> док има и мишљења да суштину чини повезаност организованих криминалних група са државом.<sup>22</sup>

У литератури се могу пронаћи и мишљења да организоване криминалне групе теже не само стицању имовинске користи, већ и моћи и утицају на политичке, привредне структуре, медије и сл.<sup>23</sup> Управо у оружаним сукобима делује велики број хетерогених група и стога се као нужно појављује и питање њиховог међусобног разграничења. Међу тим наоружаним групама је нарочито дошло до пораста учешћа исламистичких и група цихадиста чији је удео у укупним конфликтима у свету порастао са 8% 1989. године на 73% 2015. године.<sup>24</sup> Но, иако је чињеница да се те групе такође служе вршењем криминалних активности како би остваривале своје циљеве (то може бити социјална правда, борба против империјализма, освета и сл.), управо би се разлика могла учинити примарно на пољу мотива. Организоване криминалне групе су првенствено руковођене стицањем профита.<sup>25</sup> Мартин у анализи повезаности транснационалног организованог криминалитета и тероризма закључује да је могуће направити разлику између три врсте група које се међусобно разлику према циљевима, мотивима, метама напада, карактеристикама чланова, експонирању):

1. традиционалне криминалне групе (пример су Јакузе, Тријаде, Ла Коза Ностра, руске мафијашке групе);
2. криминално-политичке групе (бивше терористичке групе за чијем деловањем је значајно смањена потреба након окончања Хладног рата и колапса СССР-а и које су се након тога усмериле на лукративне послове попут илегалне трговине опојним дрогама и оружјем);

18 K. L. Koivu, „In the Shadow of the State: Mafias and Illicit Markets“, *Comparative Political Studies*, vol. 49, 2/2016, 172.

19 K. L. Koivu, *op. cit.*, 174.

20 F. Sanchez *et al.*, „Conflict, Violence and Crime in Columbia“, in: *Understanding Civil War* (P. Collier, N. Sambanis, eds.), World Bank, 2005, 154; H. Abadinsky, *op. cit.*, 160.

21 Ђ. Ignjatović, М. Škulić, *Organizovani kriminalitet*, Beograd, 2019, 30.

22 М. Бошковић, *Организовани криминалијетей, љрви гео*, 1998, 9–13.

23 M. D. Maltz, *op. cit.*, 341.

24 M. Caparini, *Conflict, Governance and Organized Crime, Complex Challenges for UN Stabilization Operations*, Stockholm International Peace Research Institute, 2022, 3.

25 S. N. Kalyvas, „How Civil Wars Help Explain Organized Crime – and How They Do Not“, *Journal of Conflict Resolution*, vol. 59, 8, 1520.

3. нарко-гериле или нарко-тероризам (претходно традиционалне криминалне групе почињу да користе терористичке методе борбе против државних власти у виду неконтролисаног насиља).<sup>26</sup>

### 3. РАТ И КРИМИНАЛИТЕТ

За разлику од времена релативног друштвеног мира, у ратним сукобима поред класичног криминалитета долази до вршења и злочина против човечности и других добара заштићених међународним правом. Што се тиче класичног криминалитета, истиче се да у време ратова долази до његовог пораста, али поједини аутори наводе да првенствено расте криминалитет жена и малолетника, али не и мушкараца који су на фронту.<sup>27</sup> Указује се да пораст најпре бележи имовински криминалитет, због несташица робе широке потрошње, уништења фабрика, потребе људи да обезбеде сва та добра, али исто тако се бележи и пораст насилних кривичних дела која се оправдавају ратним околностима. Рат утиче и на пораст илегалних делатности које су карактеристичне за организовани криминалитет као што су недозвољена трговина оружјем, трговина људима, опојним дрогама, с тим да у тим делатностима не морају учествовати само организоване криминалне групе већ и наоружане групе којима је за потребе ратовања и остваривања циљева (идеолошких, религиозних) вршење наведених криминалних активности извор прихода.

Примери неких држава у којима је организовани криминалитет распрострањен показују везу са оружаним сукобима. Грађански рат (*La Violencia*) у Колумбији који је трајао 10 година довео је до пораста насиља и различитих криминалних делатности које су са своје стране опет допринели даљем одвијању грађанског рата.<sup>28</sup> Повод за грађански рат у коме је живот изгубило око 300 хиљада људи било је убиство градоначелника Боготе и то пред хиљадама његових присталица. Рат је трајао десет година и за то време је забележен пораст стопе убистава, а чак ни по његовом окончању стопа убистава се није вратила на предратни период.<sup>29</sup> Но, тај грађански рат је само продубио

26 G. Martin, „Terrorism and Transnational Organized Crime“, in: *Transnational Organized Crime* (eds. J. Albanese, P.L. Reichel), London, 2014, 163–192.

27 Упореди: М. Милутиновић, *Криминологија*, Београд, 1969, 296–297; С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, *Криминологија*, Ниш, 1997, 298; М. Tonry, Why Crime Rates Are Falling Throughout the Western World, [https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1521&context=faculty\\_articles](https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1521&context=faculty_articles) (18.3.2024).

28 F. Sanchez *et al.*, *op. cit.*, 119. Историју Колумбије обележили су грађански ратови, а први је почео недуго после ослобођења од шпанске власти 1819. године. Рат је завршен 1841. године и довео је до формирања Конзервативне и Либералне странке које су од тада доминирале колумбијском политиком. Током 1851. године Колумбија је поново била у грађанском рату. Историчари су избројали 54 грађанских ратова у периоду 1851–1871. године. Прва половина двадесетог века била је релативно мирна, све до 1948. године. *Ibid*, 120.

29 Н. Abadinsky, *op. cit.*, 160; F. Sanchez *et al.*, *op. cit.*, 121.



поделе становништва, које су по неким мишљењима и допринеле његовом избијању, утицао на раст неповерења у државне институције и ослабио владавину права. Међутим, развоју организованог криминалитета и позиционирању Колумбије током деведесетих година прошлог века као прве у свету по производњи кокаина допринели су и други разлози. Мисли се на значај разумевања улоге коју су у друштвеним сукобима и повезивању са криминалним групацијама имале герилске групе (на пример Революционарне оружане снаге Колумбије), паравојне формације, преузимање тржишта дрогом од Кубанаца у САД, успешност борбе против гајање биљке коке у Боливији и Перуу, повољан географски положај (поморски путеви, близина САД, неприступачни терени у самој држави који омогућавају заклон од државних власти), општа клима безакоња, ослањање становништва на разне оружане групе у тражењу заштите коју држава не обезбеђује и поткултуре насиља.<sup>30</sup>

Донекле је слично описана и ситуација у Авганистану који је до седамдесетих година прошлог века имао маргиналну улогу на интернационалном тржишту опијума. Забрана производње опијума у Ирану као и прекид тзв. француске конекције између Турске и Марсеља односно САД је створило прилику за Авганистан због и даље постојеће потребе за опијумом. Повезаност криминалитета са оружаним сукобима везује се за инвазију совјетских снага и оснивање муџахединских група које су, уз финансијску подршку САД, Саудијске Арабије и Пакистана, долазиле у сукобе са комунистичким режимом. Након окончања Хладног рата међу муџахединима је дошло до међусобног сукоба, а онда и до сукоба са Талибанима. Поред њих, контролу делова територије остваривали су трговци дрогом. Становништво је због свеопштег хаоса у друштву учествовало у производњи опијума (за њих је то био сигорнији извор прихода него узгој житарица) или се прикључивало различитим оружаним групама у делатностима попут илегалне трговине хероином, оружјем, људима, илегално рударење. Због слабих државних институција и распрострањене корупције између оружаних група постоји надметање у пружању заштите трговцима, обезбеђивању путева кријумчарења, а новац добијен тим криминалним активностима користи се за даље одвијање оружаних сукоба.<sup>31</sup>

Искуство грађанског рата у нашој земљи деведесетих година прошлог века доводи се у везу са порастом делатности организованог криминалитета. То не значи да одређене форме организованог криминалитета нису постојале пре тог периода и у време социјалистичког друштвено-економског система, али су нове економске и друштвене прилике утицале и на тај тип криминалитета и његово прилагођавање новонасталим околностима.<sup>32</sup> Да грађански рат није једини фактор који доприноси порасту криминалитета и организованог криминалитета показују искуства и других бивших социјалистичких

30 M. Volfgang, F. Ferakuti, *Pokultura nasilja*, Beograd, 2012, 145–147.

31 A. Idler *et al.*, *Armed conflict and organized crime, The case of Afghanistan*, Global Initiative against Transnational Organized Crime, Geneva, 2023, 6–20.

32 М. Бошковић, *op. cit.*, 47–48.

држава.<sup>33</sup> У нашој држави је током прве половине деведесетих година забележен пораст криминалитета укључујући и најтежа кривична дела попут убиства, тешких случајева разбојништва и сл.<sup>34</sup> За убиства није могуће установити колики је проценат повезан са деловањем организованих криминалних група,<sup>35</sup> али подаци о кривичним пријавама за неовлашћену производњу и стављање у промет опојних дрога показују да је од 1985. године приметан постепени пораст тих пријава да би десет година касније број пријава био десет пута већи него средином осамдесетих година прошлог века. У паравојним формацијама које су учествовале у грађанском рату било је припадника криминалног миљеа који су пре тога углавном учествовали у криминалним активностима у западноевропским државама. Након завршетка грађанског рата многи од њих су наставили са учешћем у организованом криминалитету.

Према подацима за 2020. годину у свету је евидентирано 56 конфликта на територији неке државе што је највећи број од краја Другог светског рата. До 2018. године само у 1/3 случајева су биле укључене две стране, док у 44% сукоба учествује између 3 и 9 страна, а број различитих наоружаних група томе највише доприни. Преко половине свих конфликта (30) је у Африци. Само у Либији и Сирији се број оружаних формација броји у стотинама.<sup>36</sup> Истовремено, подаци организације „Глобалне иницијативе за сузбијање организованог криминалитета“ показују да десет држава у којима

33 За Русију Албини на пример наводи да у време социјалистичког друштвено-економског система није постојао тзв. синдикализовани облик организованог криминалитета (коришћење насиља, тајно деловање у обезбеђивању услуга и заштите уз подршку легалних структура), док Мекарти истиче да је владајућа политичка партија, која је имала кључну улогу у држави, давала неформалну сагласност криминалним групама да учествују у кријумачарењу робом за којом је, због затворених граница, постојала потражња на тржишту, а посебно луксузном робом за потребе чланова партије. После пада СССР-а у Русији је почео да делује велики број организованих криминалних група, а међу њима има и оних са синдикализованом структуром. Трансформација својинских односа посебно је погодовала и организованом криминалитету у процесима приватизације. Више у: J. L. Albini *et al.*, “Russian Organized Crime”, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol.11, 4/1995, 214; D. M. P. McCarthy, *An Economic History of Organized Crime, A national and transnational approach*, Routledge, London, 2011, 58–71.

34 Посебан проблем чинио је и велики пораст нерасветљених кривичних дела укључујући и убиства. Тако Б. Симеуновић-Патић наводи да је у периоду од 1985. до 1993. године у Београду проценат убиства чији су извршиоци остали непознати државним органима порастао са 1,9% 1985. године на 31,9% 1993. године. Види: Б. Симеуновић-Патић, *Убиства у Београду*, Београд, 2003, 68–69.

35 Према проценама УН око 40% свих убиства у свету годишње је у вези са деловањем организованог криминалитета. Ако је просечан број свих умишљајних убиства годишње око 440.000 произлази да само број убиства у вези са организованим криминалитетом премашује број убијених у оружаним сукобима (годишње око 94.000) и убиства у терористичким нападима (годишње 22.000). Према: *Global Study on Homicide*, UNODC, New York, 2023, 30–31.

36 М. Caparini, *op. cit.*, 3.

је процењана највиша стопа организованог криминалитета улази у категорију држава које су „посрнуле“<sup>37</sup> или које су погођене конфликтима.<sup>38</sup>

Поједини аутори су испитивали и однос врста организованих криминалних активности и ратова, па тако Корнел закључује да оружани конфликт поспешује трговину дрогом, али је може и трансформисати. Група „Революционарне оружане снаге Колумбије“ је најпре настала да заштити сељацима, затим је наплаћивала заштиту и руте за трговину дрогом, а онда се повезала са криминалним картелима и укључила у „бизнис“.<sup>39</sup>

Према подацима Института УН за проучавање криминалитета сукоб у Украјини је довео или до пораста криминалних активности као што су недозвољена трговина опојним дрогама, оружјем и људима или до њихове исте заступљености као и пре почетка рата.<sup>40</sup> Украјина је и пре сукоба била земља порекла жртава трговине људима. Ризик од виктимизације је порастао као и за кријумчарење. Криминалци су окренути фалсификовању докумената, кријумчарењу мушкараца који желе да избегну војну обавезу (услуга кошта између 1000 и 3000\$), а ризик од трговине људима је нарочито изражен код деце која немају пратњу, код миграната, лица са душевним сметњама, Рома, LGBTQ популације. Злоупотребљава се и позиција избеглица којима се на граници са околним земљама нуди превоз, посао и слично, а иза тога се крије трговина људима. Што се тиче трговине дрогом, Украјина је и пре рата била погодна рута за трговину хероином из Авганистана до Западне Европе. Током 2020. године у Украјини је откривено 70 лабораторија за производњу синтетичких дрога за тржиште у Пољској, Белорусији, Молдавији, Русији. Црно море се сад не може користити у те сврхе, због чега још више на значају добијају друге руте за дрогу из Латинске Америке – балканска рута или балтичке земље. У Украјини је и пре сукоба био развијен посао са производњом цигарета и њиховим кријумчарењем у Западну Европу и процењује се да је око 10% свих заплеењених паковања цигарета имало украјинско порекло. Упркос рату производња се и даље одвија.<sup>41</sup>

Као што се указује да оружани сукоби могу поспешити или трансформисати делатности организованог криминалитета, има и примера где распрострањеност организованог криминалитета доводи до неконтролисаног насиља које се по броју смртних исхода може поредити са ратом. Најбољи пример је Мексико који је после Колумбије преузео једну од водећих улога у снабдевању тржишта САД дрогом. Процењује се да је број убистава у периоду 2006-2011. године, који се приписује мексичким криминалним

37 Процена „посрнулости“ или дисфункционалности државе процењује се на основу низа фактора који се класификују у друштвене, економске, политичке.

38 *Ibid.*

39 S. E. Cornell, „The Interaction of Narcotics and Conflict“, *Journal of Peace Research*, vol. 42, 6/2005, 751–760.

40 *The Conflict in Ukraine and its Impact on Organized Crime and Security*, UNICRI, 2022, 4.

41 *Ibid.*, 21–26.

картелима, око 50 хиљада, односно око 10.000 годишње.<sup>42</sup> Због тога се ситуација у Мексику често означава као грађански рат, а користи се и термин „нарко-тероризам“.<sup>43</sup> Оно што, међутим, онемогућава да се организовани криминалитет поистовети са грађанским ратом и борбом оружаних група јесте недостатак идеологије, тј. примарни циљ тих картела је стицање профита. Иако су неки од њих руковођени идеологијом и говоре да они то чине да би се борили против људи на власти који угњетавају народ и слично, то је само начин да се замаскира суштина, а то је да се ради о криминалитету усмереном ка стицању имовинске користи.<sup>44</sup>

У литератури се посебно разматра и питање утицаја рата на кретање криминалитета по његовом окончању. Иако су спроведене и многе емпиријске студије на ту тему, не може се закључити да рат у свим друштвима производи исте последице, а самим тим је могуће направити разлику између држава у којима је након рата дошло до пораста криминалитета и других које се успешније превазишле окончање сукоба. Постоје различита објашњења пораста криминалитета након завршетка оружаних сукоба. Може се направити разлика између објашњења пораста насиља на индивидуалном нивоу (физичке повреде, нарочито главе и проживљене психичке трауме) и на друштвеном. У оквиру другог приступа постоји неколико објашњења. Прво гледиште указује на процес легитимизације насиља које у току ратних сукоба постоје распрострањеније.<sup>45</sup> Друго гледиште наглашава значај војничке подкултуре којом доминирају вредности попут агресивности, издржљивости и мањка емпатије. Треће гледиште указује на значај перцепције грађана о легитимности државних институција. Имајући у виду да је држава као ималац монопола силе угрожена у току ратних сукоба, да због оружаних сукоба не може у потпуности или на делу територије да гарантује основна права својим грађанима, ствара се простор за

42 S. N. Kalyvas, *op. cit.*, 1519.

43 Термин нарко-тероризам први је користио перуански председник Тери 1982. године и под њиме подразумевао повезаност трговине наркотицима и насиље у терористичким нападима. Сигурно да је један од најпознатијих нарко-терориста Пабло Ескобар који не само да је био на челу Меделин картела, већ је познато да се обрачунавао са државом убијајући њене представнике. Савет безбедности УН је 2001. године изразио забринутост због повезаности транснационалног организованог криминалитета и међународног тероризма, илегалне трговине опојним дрогама и оружјем, прања новца и илегалним преношењем нуклеарног, хемијског и биолошког оружја и указао на потребу међусобне сарадње на националном, регионалном и међународном нивоу са циљем појачања глобалног одговора и очувања међународне сигурности.

44 S. N. Kalyvas, *op. cit.*, 1520.

45 Критичари истичу да наведено објашњење не може дати одговор на питање зашто у свим друштвима захваћеним ратом не долази до пораста послератног насиља. Даље, тешко је утврдити до ког временског момента делују новоусвојени обрасци понашања. Коначно, питање је да ли рат ствара културу насиља или су друштва која подржавају насиље спремнија да ратују. Наведено према: R. Gartner, L. Kennedy, *op. cit.*, 22–25.

деловање других формација које могу попунити тај вакуум. Прилику нарочито могу искористити бивши затвореници који се по окончању ратних сукоба придружују или оснивају криминалне групе. Због учешћа у оружаним сукобима више новца се издваја за потребе војске, а мање за потребе грађана, а на перцепцију легитимности деловања полиције утиче и чињеница да полиција мора да обавља двојаку улогу – и чувара реда и заштите државе у оружаним сукобима.<sup>46</sup> Након окончања рата, на перцепцију легитимности утичу и економски проблеми попут незапослености, инфлације, сивог тржишта, проблеми у функционисању државних институција и сл. Повратак поверења грађана је процес који не може брзо да се оствари. Тако се на пример истиче да је у Белгији након окончања Првог светског рата дошло до распрострањености бандитизма што је било узроковано ослабљеним позицијом полиције и кривичног правосуђа.<sup>47</sup> У складу са наведеним, криминолошке теорије које указују на значај аномије као стања које карактерише одсуства правила и теорије о социјалној дезорганизацији које криминалитет повезују са лошим економским условима и слабом неформалном социјалном контролом би могле послужити као објашњење пораста криминалитета у ратним условима.

#### 4. ДРЖАВА И ОРГАНИЗОВАНИ КРИМИНАЛИТЕТ

Због напред наведених схватања о значају државних органа и институција као и перцепције грађана о њиховој легитимности за настанак и трајање организованих криминалних делатности у време оружаних сукоба у овом делу рада посветићемо пажњу управо питању односа државе према организованом криминалитету.

Држава као ималац монопола силе на одређеној територији је за такву позицију морала да се избори. Тили наводи да су модерне државе настајале у борби са локалним феудалним владарима који су имали своје поседе, следбенике, утврђења и приватне војске. Но, упркос преузимању превласти у организовању војске и наплаћивања пореза, државе и даље морају да се ослањају на локалне носиоце власти због ограничених могућности да своју власт директно спроводе на целој територији.<sup>48</sup> Управо се као једно од објашњења у настанку организованог криминалитета и наводи слаба централна власт што може бити узроковано неприступачношћу терена (пример су нарко-картели у Колумбији), неповерењем грађана (пример је италијанска Мафија која не би могла да настане односно чије објашњење није могуће ако се не узму у обзир друштвене и државне прилике из друге

46 A. Deglow, "Localized legacies of civil war: Postwar violent crime in Northern Ireland", *Journal of Peace Research*, vol.53, 6/2016, 789.

47 R. Gartner, L. Kennedy, *op. cit.*, 29.

48 C. Tilly, "War Making and State Making as Organized Crime", in: (eds. P. Evans, T. Skocpol), *Bringing the State Back In*, Cambridge University Press, 1985, 184–186.

половине 19. века<sup>49</sup>) или сукобима и ратовима (тајна кинеска друштва из којих су и настале Тријаде појављују се средином 18. века у провинцији Фуџијан коју су карактерисале константне побуне и промене власти. Јапанске Јакузе су настале од различитих банди, а њихово деловање забележено је још у Средњем веку. Држава их је дуго толерисала, а највећи успон доживеле су у време криза у Јапану, почетком 19. века и после пораза у Другом светском рату).<sup>50</sup>

Но, чињеница је да је организовани криминалитет настао и у државама које нису биле ограничене у спровођењу власти због неприступачности терена или оружаних сукоба. Пример су САД, а Абадински истиче да је и пре периода Прохибиције постојао криминалитет који би се могао означити као организовани и чији се настанак везује за злоупотребу јавних овлашћења и корупцију на локалном нивоу. Распрострањена корупција уз, како то Абадински истиче, неконтролисани капитализам<sup>51</sup> допринели су повезивања носилаца политичке власти и са тзв. криминалним подземљем, али и са припадницима из привредног сектора.<sup>52</sup>

За разлику од напред описаних ситуација, држава може имати и доста активнију улогу када је организовани криминалитет у питању. Због тога се у литератури може наћи и појам организованог криминалитета државе. Наиме, распрострањено је мишљење да је организовани криминалитет тај који преко коруптивних механизма остварује негативан утицај на друштво.<sup>53</sup> За разлику од појединаца који као представници политичке

49 У ситуацији када држава није у могућности да остварује своју власт и да пружа заштиту грађанима јавља се потреба да то учини неко други. Због тога поједини аутори истичу да мафија пружа заштиту која не мора бити изнуђена, већ заиста потребна, а у којој мери је она у могућности да то и учини и какав је „квалитет“ њених услуга је друго питање. Варезе наводи пример на Сицилији када држава није могла заштити сељаке од бандита па је локални парох охрабрио вође једног клана (*cosca*) да окупи групу наоружаних људи који би, уз одређену надокнаду, пратили пољопривреднике на путу када преносе пшеницу до млина. После тога су се и за друге проблеме сељани обраћали извесном Вичинију, који је био на челу клана, за помоћ. Више у: F. Varese, *Protection and Extortion*, Oxford Handbooks Online, 2013, 1.

50 L. Paoli, "Towards a Theory of Organized Crime: Some Preliminary Reflections", in: *Illegal Entrepreneurship, Organized Crime and Social Control, Essays in Honor of Professor Dick Hobbs* (ed. G. A. Antonopoulos), Switzerland, 2016, 3–18.

51 У литератури се иначе истиче да је у многим државама нагли прелазак на тржишну економију уз истовремену немогућност државе да заштити имовинска права грађана знатно допринео развоју организованог криминалитета. То је предуслов, али није довољно да постоји потражња за одређеним добрима и услугама, већ и понуда. С друге стране, претерана бирократизација оличена у ограничавању доступности робе за којом постоји потреба такође доприноси ширењу организованих криминалних делатности. Према: F. Varese, *op. cit.*, 3–5.

52 H. Abadinsky, *op. cit.*, 55–57.

53 S. Karstedt, „Organizing Crime, State as Agent“, in: *Oxford Handbook of Organized Crime* (L. Paoli ed.), Oxford, 2014, 303. Лупша указује на три стадијума у развоју организованог криминалитета. Први је предаторски стадијум у коме чланови

власти злоупотребљавају своја овлашћења како би помогли члановима криминалних група и на тај начин желе себи прибавити противправну имовинску корист, организовани криминалитет државе подразумева различите начине (подршка, организовање, толерисање) укључености представника државе у криминалитет с тим да овде није посреди тежња за остварењем личне користи, већ неког државног интереса.<sup>54</sup> У питању су различита кривична дела, а већину бисмо одредили као политички криминалитет (кршење права грађана, подршка терористичких група, атентати на политичке непријатеље), али то могу бити и кривична дела која представљају типичне делатности организованих криминалних група попут илегалне трговине оружјем, опојним дрогама, кријумчарење, корупција представника власти других држава и сл. Чемблис је у свом раду на тему криминалитета државе указао на различите илегалне праксе које су агенти СИА преко трећих лица остваривали у другим земљама. Међу њима се наводи учешће у трговини опијумом, илегално снабдевање побуњеничких група оружјем, толерисање испорука кокаина у САД у замену за друге услуге, на пример снабдевање оружјем и новцем побуњеничких група у другим земљама.<sup>55</sup> Пасас такву повезаност државе и других субјеката у вршењу криминалних активности назива хибридном криминалитетом.<sup>56</sup> Да таква пракса држава није новост Чемблис врло детаљно објашњава и на примеру организованог пиратства у периоду 16-19. века. Наиме, Велика Британија, Француска и Холандија су, да ни би улазиле у ратове са Шпанијом и Португалом које су већ имале развијене поморске путеве до колонија у Јужној Америци и где су вршили експлоатацију природних богатстава, оствариле сарадњу са пиратима. Иако је пиратство било кажњиво и смртном казном у законима тих европских држава, њихове илегалне активности су биле толерисане, а наведене државе су им чак обезбеђивале подршку на мору и острвима, али су заузврат морели донети плен. Колики је био значај тог плена, показује на пример чињеница да су се једном приликом пирати који су пљачкали шпанске и португалске бродове за енглеску круну, донели толико злата и

---

организованих криминалних група примењују насиље како би заузели територију и монопол над применом силе, али је све време под контролом државних власти; паразитска фаза у којој се због државних забрана, санкција УН, ратова стварају услови за интензивнији развој илегалних делатности и коначно фаза симбиозе када држава постаје заробљена, а мафија држава у држави. У коначној фази више није могуће одвојити државу од организованог криминалитета под чијом се контролом налазе не само државни званичници већ и привредни субјекти. Према: P. Green, T. Ward, *State Crime – Governments, Violence and Corruption*, London, 2004, 93.

54 *Ibid.*, 305.

55 W. Chambliss, „State-Organized Crime“, *Criminology*, 2/1989, vol. 27, 192–198.

56 N. Passas, „Cross-border crime and the interface between legal and illegal actors“, *Upper-world and Underworld in Cross-border Crime* (eds. P. van Dyne, K. von Lampe, N. Passas), Tilburg, 2002, 11–42. О примерима повезаности САД и њених служби са различитим субјектима у вршењу криминалних активности види и: D. Friedrichs, *Trusted Criminals, White-Collar Crime in Contemporary Society*, Belmont, 2010, 141–145, 159–164.

сребра да је држава могла покрити све своје трошкове за 7 година. То је због чињенице да су опљачкали град Номбре де Диос где су Шпанци држали злато и сребро.<sup>57</sup> Осим повезаности државе са различитим паравојним групама које раде у остваривању њених политичких интереса у време сукоба, у криминологији се говори и о државно-корпоративном криминалитету који до изражаја нарочито долази у време оружаних сукоба, а поједини аутори истичу да државе и иницирају ратове како би омогућиле домаћим компанијама отварање нових тржишта, експлоатацију природних богатстава и јефтине радне снаге.

У крос-националној студији која је обухватила 59 држава вршена је анализа утицаја различитих фактора на присутност организованог криминалитета. Фактори су подељени у две групе. Прва се односи на политичку власт (независност институција, гарантовање политичких права), присутност цивилног друштва, док друга група обухвата економске факторе (брuto друштвени производ, распрострањеност сиве економије, незапосленост, сиромаштво). Испоставило се да политички фактори имају већи значај, а међу њима највећи утицај на заступљеност организованог криминалитета има независно правосуђе. Од економских фактора испоставило се да највећи утицај има распрострањеност сиве економије.<sup>58</sup> Аутор закључује да ако економски систем у држави функционише, а држава не може ефективно да спроводи своју власт, развиће се приватни системи заштите, али ако постоји удружено дејство неуспеха који обухвата и политичку власт и економски систем неминовно је да се развије организовани криминалитет, односно тзв. систем пружања заштите коју организују криминалне групе. Уколико једна држава ефикасно спроводи власт на својој територији организоване криминалне групе немају пуно могућности за инфилтрацију у легалне послове и своје активности усмериће ка илегалним попут трговине наркотицима, људима, организовању проституције и сл.<sup>59</sup>

## 5. НЕДОЗВОЉЕНА ТРГОВИНА ОРУЖЈЕМ

Према Упитнику о доступности оружја грађани су 2017. године у поседу имали око 857 милиона комада оружја, од чега се процењује да је 12% регистровано. Према проценама Глобалне иницијативе против транснационалног организованог криминалитета илегална трговина оружјем представља треће најзаступљеније криминално тржиште у свету, а трговина је нарочито распрострањена у Америци, Африци и Азији.<sup>60</sup> Илегална трговина оружјем

57 *Ibid.*, 186.

58 Н. Sung, „State Failure, Economic Failure, and Predatory Organized Crime: A Comparative Analysis“, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol.41, 2/2004, 111–129.

59 *Ibid.*

60 *Arms Trafficking and Organized Crime, Global Trade, Local Impacts*, Global Initiative against Organized Crime, 2022, 1.



и муницијом у великој мери зависи од оружаних сукоба, јер конфликти представљају један од главних извора за снабдевање оружјем које често и дуго након окончаних сукоба наставља да циркулише, односно да буде предмет трговине и кријумчарења.<sup>61</sup> У Студији о процени могућности за сузбијање илегалне трговине оружјем у ЕУ процењује се да су најзначајнији извори за снабдевање илегалним оружјем и муницијом реактивација оне-способљеног оружја, оружје стечено кривичним делима (крађе, проневера оружја повереног у служби), конвертовање гасног и сигналног оружја, оружје које се бившим службеницима поклања приликом одласка у пензију, крађе, губитак, недозвољена трговина легално произведеног оружја на црном тржишту итд.<sup>62</sup> У истом извештају се наводи да највећи број комада илегалног оружја у земље ЕУ долази из Источне Европе и земаља на Балкану, с тим да је у последње време доста заступљено и оружје из афричких држава.

Трговину оружјем није лако контролисати имајући у виду да често и корупција има значајну улогу, да су широм света забележени случајеви крађе оружја из магацина војске и полиције. Тако прибављено оружје се потом продаје, а купци су неретко и чланови организованих криминалних група. Томе доприносе и проблеми који у државама постоје у погледу регистрације оружја, неинформисаност грађана о врстама оружја и обавези деактивације, као и изостанак обележавања сваког комада оружја и муниције. На илегалну трговину утичу и државе које снабдевају оружјем државе и групе које учествују у оружаним сукобима.<sup>63</sup> Последице илегалне трговине оружјем односе се понајпре на кривична дела која се врше употребом оружја. Подаци Глобалне студије о убиствима из 2023. године показују да међу државама постоје велике разлике у погледу процента убистава извршених употребом ватреног оружја. За највећи број држава на оба америчка континента подаци указују на удео који генерално прелази 50% свих извршених убистава. У Европи такође постоје варијације, а једине државе у којима удео убистава извршених употребом ватреног оружја прелази 50% су Албанија (75%) и Северна Македонија (51%). За Србију је наведено да за преко

---

61 Према проценама које је извршио Институт УН за међурегионално проучавање криминалитета и кривичног правосуђа (UNICRI) очекује се да ће након завршетка рата у Украјини велики број комада оружја опет да се нађе на црном тржишту у Западној Европи. То је био и случај након завршетка конфликта у бившој Југославији, а сада је количина оружја која се испоручује Украјини знатно већа. Између марта и јуна 2022. године молдавске власти су на пример регистровале 43 случајева кријумчарења оружја и муниције. Постоје и наводи и сумње о крађи оружја и муниције и сарадњи полицијских и војних лица Украјине са организованим криминалитетом у Пољској. Само за период 2013-2015. године се процењује да је око 300.000 комада оружја и муниције из Украјине украдено, а повраћено је свега 4.000. Према: *The Conflict in Ukraine and its Impact on Organized Crime and Security*, UNICRI, 2022, 27–28.

62 *Study to Support an Impact Assessment on Options for Combatting Illicit Firearms Trafficking in the European Union*, Luxembourg, 2014, 14.

63 *Arms Trafficking and Organized Crime, Global Trade, Local Impacts*, Global Initiative against Organized Crime, 2022, 4.

50% убистава извршених 2021. године није доставила податке о средству коришћеном у извршењу тих кривичних дела.<sup>64</sup> У криминолошким истраживањима спроведеним у нашој земљи указује се да је удео убистава извршених употребом ватреног оружја између 30 и 50%.<sup>65</sup> По неким проценама коришћење ватреног оружја у извршењу убистава повезаних са деловањем организованог криминалитета знатно је чешће (наводи се удео од око 75%) у поређењу са осталим убиствима.<sup>66</sup> При томе, често се ради о оружју које се налази у неовлашћеном поседу учинилаца убистава.<sup>67</sup>

У илегалну трговину оружјем укључени су различити субјекти. То могу бити појединци, криминалне групе, привредни субјекти, представници политичке власти. Појединци у трговини учествују често како би на тај начин помогли члановима криминалних група да дођу у посед оружја. У питању су лица која немају законских препрека да дођу у легални посед оружја, а потом их продају другим лицима.<sup>68</sup> Појединци су укључени не само у трговину, већ и израду оружја.<sup>69</sup> Може се радити о ручној изради коришћењем различитих материјала (то могу бити рудиментарни али и доста софистициранији начини израде оружја).<sup>70</sup> Упутства за израду оружја неретко се могу пронаћи на интернет платформама. Још један начин израде оружја подразумева коришћење 3Д штампача. Истиче се пример екстремистичког напада на синагогу у Халеу када је нападач убио две особе из оружја које је направио употребом таквог штампача, док је упутство за прављење пронашао

64 *Global Study on Homicide 2023*, UNODOC, New York, 2023, 132.

65 N. Lukić, „Stopa ubistava u Srbiji (1951-2019) u poređenju sa drugim evropskim državama“, у: *Kaznena reakcija u Srbiji XI deo* (ur. Đ. Ignjatović), Beograd, 2021, 307; Đ. Ignjatović, N. Lukić, О povezanosti alkohola i ubistava u uzorku osuđenih u Beogradu, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3/2022, 779.

66 *Study to Support an Impact Assessment on Options for Combatting Illicit Firearms Trafficking in the European Union*, Luxembourg, 2014, 27.

67 У нашој статистици се у случају да је окривљени осуђен за дела у стицају евидентира само најтеже кривично дело (у овом случају убиство) због чега и подаци о пријављеним и осуђеним лицима за недозвољену производњу, држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја (чл.348 КЗ) не одражавају право стање.

68 У једном примеру наводи се да је окривљени укупно 87 пута прешао границу САД и Мексика како би легално набављено оружје предао припадницима Синалоа картела. Види: *Digest of Firearms Trafficking and Related Crimes Cases*, UNODOC, Vienna, 2023, 54.

69 Илегална производња оружја може бити и организована, а то је нарочито случај за време оружаних сукоба. Види: T. Sparens, Trafficking in Illicit Firearms for Criminal Purposes within the European Union, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol.15, 3/2007, 359–382.

70 У UNODOC извештају се на пример наводи да је јапански премијер Шинзо Абе убијен управо из пиштоља који је атентатор сам направио. Посебан проблем представља продаја сетова за израду оружја, који су састављени од необележених делова од којих се може по приложеним упутствима саставити оружје. У неколико случајева у САД су због тога вођени судски поступци против компанија које се без потребних дозвола продавали те сетове. *Digest of Firearms Trafficking and Related Crimes Cases*, UNODOC, Vienna, 2023, 23–25.

на интернету. Коначно, до оружја које се може употребити се долази и реактивацијом претходно деактивираниог оружја, као и конвертовањем на пример гасног, сигналног или оружја које служи као имитација.<sup>71</sup>

У поређењу са појединцима, организоване криминалне групе имају већу улогу у илегалној трговини оружјем. Према проценама о повезаности организованог криминалитета и илегалног држања/трговине оружјем у земљама ЕУ, истиче се да се та повезаност може огледати у следећем:

1. Илегално набављање ватреног оружја ради обезбеђивања вршења других криминалних активности попут трговине људима, опојним дрогама<sup>72</sup> и слично,
2. Коришћење ватреног оружја као средства у извршењу насилних кривичних дела, најчешће у међусобним обрачунима криминалних група;
3. Бављење илегалном трговином ватреним оружјем, деловима и муницијом.<sup>73</sup>

Извештаји међународних организација указују да је илегална трговина оружјем углавном споредна делатност организованог криминалитета, али има и примера где је им то примарна активност. Оружје се продаје или у земљама које су погођене оружаним сукобима или се обавља унутрашња/међународна трговина при чему су купци најчешће друге криминалне групе.<sup>74</sup> Осим њих, и другим наоружаним групама, попут терористичких, је потребно оружје што их доводи у везу са организованим криминалитетом.

За испоруку оружја у земље које су погођене сукобима важну улогу имају привредни субјекти, али и носиоци политичке моћи који могу учествовати у томе. Извоз и увоз оружја најчешће се у државама уређује посебним законима којима се предвиђају услови под којима се оружје може продавати. Привредни субјекти који производе оружје морају прибавити потребне сагласности надлежних државних органа како би вршили испоруке. У том погледу постоји могућност корумпирања службеника задужених за издавање дозвола,<sup>75</sup> али је исто тако забележено да су компаније прилагале фалсификовану документацију како би вршиле испоруке оружја земљама којима је то забрањено. Посебну улогу имају приватне војне компаније које пружају различите врсте услуга својим клијентима (војну помоћ,

71 *Ibid.*

72 Према проценама у европским земљама, илегална трговина оружјем је најчешће чврсто повезана са илегалном трговином опојним дрогама, а у неким европским државама се процењује да је чак 99% заплетеног оружја у вези са тим кривичним делом. *Arms Trafficking and Organized Crime, Global Trade, Local Impacts*, Global Initiative against Organized Crime, 2022, 13.

73 *Study to Support an Impact Assessment on Options for Combatting Illicit Firearms Trafficking in the European Union*, Luxembourg, 2014, 31.

74 *Digest of Firearms Trafficking and Related Crimes Cases*, UNODOC, Vienna, 2023, 59.

75 Увоз и извоз наоружања у Србији је регулисан Законом о извозу и увозу наоружања и војне опреме, „Сл. гласник РС“, 107/2014.

услуге стратешког саветовања, логистичке и обавештајне услуге) што може бити повезано и са вршењем различитих кривичних дела попут незаконите трговине, дела против човечности и других добара заштићених међународним правом, илегалном трговином оружјем. Услуге тих компанија неретко користе и државе односно њихови представници како би на пример угушили оружане побуне, помогле у борби против различитих оружаних група, набављале оружје из других држава за режиме за које раде и сл.<sup>76</sup>

### 5.1. Правни оквир за сузбијање илегалне производње/трговине/поседовања оружја

На међународном плану посебну улогу у сузбијању илегалне производње и трговине ватреним оружјем имају Конвенција УН о сузбијању транснационалног организованог криминалитета<sup>77</sup> (у даљем тексту Конвенција), Протокол УН о сузбијању илегалне трговине и производње ватреног оружја, делова, компоненти и муниције (у даљем тексту Протокол<sup>78</sup>) и Уговор о трговини наоружањем.<sup>79</sup> Протокол је повезан са Конвенцијом и у чл. 1 се и наводи да се његове одредбе тумаче у складу са њом. Протокол се првенствено односи на транснационалне трансакције сходно чему су предвиђене детаљне одредбе о увозу/извозу/транзит ватреног оружја, делова и муниције. Од држава које учествују у трансакцијама се захтева да дају одобрење пре него што ватрено оружје напусти, уђе или пређе преко територије државе која даје одобрење. На тај начин се омогућава праћење пошиљки и спречава нестанак или крађа ватреног оружја.<sup>80</sup> У чл. 5 предвиђена су следећа кривична дела:

- 1) недозвољена производња оружја, делова и муниције;
- 2) недозвољена трговина оружјем, деловима и муницијом;

76 J. Ross, D. Rothe, „Private Military Contractors, Crime and the Terrain of Unaccountability“, *Justice Quarterly*, 4/2010, vol.27, 593–617. Види и: V. Ruggiero, „War as corporate crime“, in: *State Crime in the Global Age* (W.J. Chambliss, R.Michalowski, R.C.Kramer eds.), Cullompton, 2010, 103–117.

77 United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 55/25 of 15 November 2000.

78 The Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, their Parts and Components and Ammunition (Firearms Protocol), 55/255 of 31 May 2001.

79 The Arms Trade Treaty, 24 December 2014. Протокол и Уговор се не односе на исту врсту оружја. Протокол регулише производњу и трговину ватреног оружја које је преносиво (у смислу да једно физичко лице може да носи ватрено оружје без механичке или друге помоћи) и дефинисано је на начин као и српском Закону о оружју, док се Уговор односи и на ратно наоружање, а не само малокалибарско и лако наоружање.

80 *Legislative Guide for the Implementation of the Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, their Parts and Components and Ammunition, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Part IV*, p. 403.

3) фалсификовање или недозвољено уништавање, уклањање или мењање обележја на оружју у складу са чл. 8 Протокола.

На нивоу ЕУ од значаја је Директива бр. 2021/555 о стицању и држању оружја.<sup>81</sup>

Што се домаћег законодавства тиче Кривични законик<sup>82</sup> предвиђа неколико инкриминација у вези са оружјем. Најпре у групи кривичних дела против јавног реда и мира законодавац прописује две инкриминације: израђивање и набављање оружја и средстава намењених за извршење кривичних дела (чл. 347) и недозвољена производња, држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја (чл. 348). Наведена дела су бланкетног карактера те је за њихову примену потребно узети у обзир Закон о оружју и муницији.<sup>83</sup> Осим тих кривичних дела, у групи инкриминација против човечности и других добара заштићених међународним правом предвиђено је и кривично дело недозвољена производња, промет и држање оружја чија је употреба забрањена (чл. 377).

## 6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Рат, односно оружани сукоб је стање које доводи до аномије и социјалне дезорганизације. Ограничени капацитет за примену права доводи до перцепције људи да злочин може проћи некажњено. Погоршање социјалних и породичних услова узрокованих ратним стањем ствара притисак и може се довести у везу са порастом криминалитета. Несташица робе, али и потребу за новим услугама (на пример кријумчарење како би се избегла војна обавеза) стварају повољну прилику за организоване криминалне групе чији је примарни интерес стицање профита. У ратним околностима те нове прилике удружене су са потпуним или делимичним изостанком државне реакције могу послужити као објашњење пораста делатности организованих криминалних група. Но, врло често није у потпуности могуће установити колико је криминалитет заиста затупљен у време ратних сукоба због велике тамне бројке и потешкоћа у откривању и гоњењу учинилаца као и спремности грађана да пријаве виктимизацију. Оружане групе које учествују у сукобима имају различите циљеве, а врло често новац за њихово остваривање добијају укључивањем у криминалне активности, што отвара и питање разграничења организованих криминалних од на пример терористичких. Често међу њима постоји сарадња, али има и примера да група која је примарно основана како би се борила за неке идеале временом прерасте у групу која има доста

81 Directive (EU) 2021/555 of the European Parliament and of the Council of 24 March 2021 on control of the acquisition and possession of weapons, Official Journal of the European Union, L 115/1, 6.4.2021.

82 («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).

83 («Сл. гласник РС», бр. 20/2015, 10/2019, 20/2020 и 14/2022).

елемената организованог криминалитета. Једна од тих криминалних активности је илегална трговина оружјем која по проценама различитих међународних тела и организација представља криминално тржиште које је по оствареном профиту у самом врху илегалних делатности. Та трговина се у мањој мери одвија у Европи, а значајно више на другим континентима при чему су највећи добављачи управо ратом захваћена подручја. У илегалну трговину оружјем могу бити укључени појединци, организоване криминалне групе, привредни субјекти који иначе легално производе или продају оружје, али и представници власти који најчешће због корупције омогућавају илегални промет. Последице се огледају у кршењу норми међународног права уколико се оружје испоручује у државе које су захваћене сукобима, а истовремено пораст илегалног оружја у поседу грађана доводи и до пораста бројних насилних кривичних дела и то не само у време сукоба неко и доста дуго након окончања ратова. Због тога и на међународном плану постоје конценције и друга документа која би требало путем остваривања хармонизације националних правних система и кроз међусобну сарадњу држава да допринесу у сузбијању илегалне производње и трговине оружјем.

## ЛИТЕРАТУРА

- Abadinsky H., *Organized Crime*, Belmont, 2010.
- Albanese J. S., „The Italian-American Mafia“, *The Oxford Handbook of Organized Crime* (ed. L. Paoli), Oxford, 2014, 142–158.
- Albini J. L., et al, „Russian Organized Crime“, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol.11, 4/1995, 213–243.
- Boothby W. H., *Weapons and the Law of Armed Conflict*, Oxford, 2016.
- Caparini M., *Conflict, Governance and Organized Crime, Complex Challenges for UN Stabilization Operations*, Stockholm International Peace Research Institute, 2022.
- Chambliss W., „State-Organized Crime“, *Criminology*, 2/1989, vol. 27, 183–208.
- Cornell S. E., „The Interaction of Narcotics and Conflict“, *Journal of Peace Research*, vol.42, 6/2005, 751–760.
- Deglow A., „Localized legacies of civil war: Postwar violent crime in Northern Ireland“, *Journal of Peace Research*, vol.53, 6/2016, 786–799.
- Friedrichs D., *Trusted Criminals, White-Collar Crime in Contemporary Society*, Belmont, 2010.
- Gambetta D., „Mafia: The Price of Distrust“, *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations* (ed. D. Gambetta), Oxford, 2000, 158–175.
- Gartner R., Kennedy L., „War and Postwar Violence“, *Crime and Justice*, vol.47, 1/2018, 1–68.
- Green P., Ward T., *State Crime – Governments, Violence and Corruption*, London, 2004.
- Idler A., et al, *Armed conflict and organized crime, The case of Afghanistan*, Global Initiative against Transnational Organized Crime, Geneva, 2023.

- Ignjatović Đ., Lukić N., „O povezanosti alkohola i ubistava u uzorku osuđenih u Beogradu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3/2022, 765–792.
- Kalyvas S. N., „How Civil Wars Help Explain Organized Crime – and How They Do Not“, *Journal of Conflict Resolution*, vol.59, 8/2015, 1517–1540.
- Karstedt S., „Organizing Crime, State as Agent“, in: *Oxford Handbook of Organized Crime* (L. Paoli ed.), Oxford, 2014, 303–320.
- Константиновић-Вилић С., Николић-Ристановић В., *Криминологија*, Ниш, 1997.
- Koivu K. L., „In the Shadow of the State: Mafias and Illicit Markets“, *Comparative Political Studies*, vol. 49, 2/2016, 155–183.
- Крећа М., *Међународно јавно йраво*, Правни факултет, Београд, 2022.
- Лукић Н., *Сузбијање организованой криминалијетейа – уйоредни йрисїуй*, Правни факултет, Београд, 2014.
- Lukić N., „Stopa ubistava u Srbiji (1951–2019) u poređenju sa drugim evropskim državama“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji XI deo* (ur. Đ. Ignjatović), Beograd, 2021, 292–311.
- Maltz M. D., „On Defining „Organized Crime“, The Development of a Definition and Typology“, *Crime and Delinquency*, vol.22, 1976, 338–346.
- Martin G., „Terrorism and Transnational Organized Crime“, in: *Transnational Organized Crime* (eds. J. Albanese, P. L. Reichel), London, 2014, 163–192.
- Moir L., *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, 2004.
- Милутиновић М., *Криминологија*, Београд, 1969.
- Newburn T., *Criminology*, New York, 2017.
- Paoli L., Beken T. V., „Organized Crime, A Contested Concept“, *The Oxford Handbook of Organized Crime* (ed. L. Paoli), Oxford, 2014, 13–31.
- Paoli L., „Towards a Theory of Organized Crime: Some Preliminary Reflections“, in: *Illegal Entrepreneurship, Organized Crime and Social Control, Essays in Honor of Professor Dick Hobbs* (ed. G. A. Antonopoulos), Switzerland, 2016, 3–18.
- Passas N., „Cross-border crime and the interface between legal and illegal actors“, in: *Upperworld and Underworld in Cross-border Crime* (P. van Dyne, K. von Lampe, N.Passas eds.), Tilburg, 2002, 11–42.
- Ross J., Rothe D., „Private Military Contractors, Crime and the Terrain of Unaccountability“, *Justice Quarterly*, 4/2010, vol. 27, 593–617.
- Ruggiero V., „War as corporate crime“, in: *State Crime in the Global Age* (W.J. Chambliss, R.Michalowski, R.C.Kramer eds.), Cullompton, 2010, 103–117.
- Sanchez F., et al., „Conflict, Violence and Crime in Columbia“, in: *Understanding Civil War* (P. Collier, N. Sambanis, eds.), World Bank, 2005.
- Симеуновић-Патић Б., *Убисїїва у Беоїрагу*, Београд, 2003.
- Solis G. D., *The Law of Armed Conflict*, Cambridge, 2010.
- Sparens T., Trafficking in Illicit Firearms for Criminal Purposes within the European Union, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol.15, 3/2007, 359–382.
- Sung H., „State Failure, Economic Failure, and Predatory Organized Crime: A Comparative Analysis“, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 41, 2/2004, 111–129.

- Шкулић М., *Орјанизовани криминалијейей*, Београд, 2015.
- Tilly C., “War Making and State Making as Organized Crime”, *Bringing the State Back In* (eds. P. Evans, T. Skocpol), Cambridge University Press, 1985, 169–186.
- Varese F., “Protection and Extortion”, *Oxford Handbooks Online*, 2013.
- Volfgang M., Ferakuti F., *Pokultura nasilja*, Beograd, 2012.

## ОСТАЛИ ИЗВОРИ

- Arms Trafficking and Organized Crime, Global Trade, Local Impacts*, Global Initiative against Organized Crime, 2022.
- Digest of Firearms Trafficking and Related Crimes Cases*, UNODOC, Vienna, 2023.
- Global Study on Homicide*, UNODC, New York, 2023.
- Study to Support an Impact Assessment on Options for Combatting Illicit Firearms Trafficking in the European Union*, Luxembourg, 2014.
- The Conflict in Ukraine and its Impact on Organized Crime and Security*, UNICRI, 2022.

**Natalija Lukić, PhD\***

## ORGANIZED CRIME IN WAR WITH A VIEW AT ILLEGAL ARMS TRAFFICKING

### Summary

*The paper deals with the question of the relation between war and organized crime. After explaining issues regarding definitions of both war and organized crime, the author pays attention to the impact of war on general crime, and especially on the crimes committed by organized criminal groups. The article examines the relation between organized crime and the state as well, bearing in mind that war conflicts represent one of the circumstances that affects the state’s ability to suppress organized crime. Additionally, the author looks at the issue of the active support of the state to organized criminal groups in war conflicts due to its political interests. Illegal arms trade is one of the most profitable criminal markets, but for the largest number of organized criminal groups it is not the primary source of income. The author points to the data on the phenomenology of that criminal activity, different subjects involved in that illegal business, and finally to the legal framework at the international and national level.*

**Key words: organized crime, illegal arms trafficking, war, state.**

---

\* Associate professor, University of Belgrade – Faculty of Law, natalija.lukic@ius.bg.ac.rs



## УСТУПАЊЕ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА СТРАНОЈ ДРЖАВИ КАО ОБЛИК МЕЂУНАРОДНЕ ПРАВНЕ ПОМОЋИ У КРИВИЧНИМ СТВАРИМА

*Апстракт:* Овај чланак се односи на један вид међународне правне помоћи у кривичним стварима, на уступање кривичној гоњења страниј држави. Реч је о ситуацији где једна држава, на чијој територији је учињено кривично дело, уступа кривично гоњење другој држави, чији је окривљени држављанин или у којој има пребивалишта односно боравишта. Овим се одступа од територијалне принципа протерне важења кривичној законодавства једне државе. Као и сваки други облик међународне правне помоћи тако се и уступање кривичној гоњења примарно врши на основу међународних уговора, а ако таквих уговора нема, онда се примењује национално право. У чланку ће се размотри и основна обележја овој институцији, а посебно одредбе Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима Републике Србије које се односе на уступање кривичној гоњења страниј држави.

**Кључне речи:** међународна правна помоћ, уступање кривичног гоњења страниј држави, Република Србија.

### 1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Међународна правна помоћ у кривичним стварима је „помоћ коју правосудни и други надлежни органи једне државе указују правосудним и другим надлежним органима друге државе поводом или у вези са извршеним кривичним делима, а на основу домаћег законодавства или закључених међународних уговора“<sup>1</sup>. Потребна за сарадњом међу државама у овој области

\* Ванредни професор Државног универзитета у Новом Пазару, Департман за правне науке, ORCID: 0000-0002-2606-872X, ecorovic@np.ac.rs.

1 G. Tokić, „Međunarodna pravna pomoć u krivičnim stvarima“, *Stručni referati i sudska praksa*, Stručni seminar iz krivičnog i građanskog zakonodavstva, Pravosudni centar – Projuris – OSCE, Kragujevac, 26 – 27. maj 2006. godine, 80. Вид. и друге

произлази из различитих околности: могуће је да је кривично дело извршено на територији више држава или да је на неки други начин везано за више њих, нпр. да учесници у кривичном догађају (учиниоци и оштећени) имају држављанство, пребивалиште или боравиште у различитим државама, тако да су недоступни надлежним органима једне земље (говори се о кривичном делу са елементом иностраности);<sup>2</sup> слично потоњем, могуће је да се сведоци и други учесници кривичног поступка налазе под јурисдикцијом различитих држава; затим, да је једна држава спровела поступак и донела одлуку против лица које се налази на територији друге државе и сл. Томе додајмо и проблематику транснационалног криминала, као једној изразито негативној друштвеној појави која није везана државним границама. Отуде се истиче да међународна правна помоћ почива на начелу солидарности и сарадње међу државама.<sup>3</sup>

Међународна правна помоћ се примарно пружа на основу потврђених међународних уговора (билатералних или мултилатералних), а уколико таквих уговора нема, односно уколико сва питања нису њима регулисана, онда се примењују одредбе националног права, што значи да је примена националног права у овој области супсидијарна. На тој позицији је и Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима Републике Србије (у даљем тексту: ЗМППКС).<sup>4</sup>

Међународна правна помоћ подразумева делатност надлежних органа најмање две државе, од којих једна тражи помоћ (држава молиља), док друга на захтев прве ту помоћ пружа (замољена држава).<sup>5</sup> Прави се разлика између

---

дефиниције: D. Крапас, „Међународна кривичноправна помоћ (I dio)“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 5-6/1985, 708-709; V. Birin, „Problemi ostvarivanja међународне кривичноправне помоћи“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i кривично право*, 1-2/1984, 81-82; S. Bejatović, *Међународна кривичноправна помоћ и међународни кривични суд*, Intermex, Београд, 2007а, 15; А. Илић, „Међународна правна помоћ у кривичним стварима у светлу нове организације кривичног правосуђа“, *Раскрићна међународној кривичној и кривичној љрава – Реформа љравосудних закона Рејублике Србије* (ур. М. Шкулић, И. Миљуш, А. Шкундрић), Удружење за међународно кривично право – Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2023, 69.

2 О кривичном делу са елементом иностраности вид.: М. Simović, D. Jovašević, *Leksikon кривичног права Bosne i Hercegovine*, Akademija nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2018, 189.

3 D. Крапас (1985), *op. cit.*, 707; Д. Радуловић, *Међународно кривично љраво*, Културно-просветна заједница, Подгорица, 1999, 185.

4 Члан 1 Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима – ЗМППКС, *Службени љласник РС*, бр. 20/2009. Такво решење је у складу са општим правилима да су потврђени и објављени међународни уговори саставни део унутрашњег правног поретка, да домаћи закони не смеју бити са њима у супротности и да се непосредно примењују када односе уређују друкчије од унутрашњег законодавства, а на основу члана 16 и 194 став 4 и 5 нашег Устава (*Службени љласник РС*, бр. 98/2006, 115/2021). О томе: М. Грубач, Г. Илић, М. Мајић, *Коментар Закона о међународној љравној љпомоћи у кривичним стварима*, Службени гласник, Београд, 2009, 18–19.

5 *Ibidem*, 15.

активне и пасивне међународна правне помоћи: код активне помоћи наши органи траже правну помоћ од надлежних органа стране државе, док код пасивне помоћи инострани органи траже правну помоћ од домаћих државних органа.<sup>6</sup> Међутим, она се може пружати 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 став 3 ЗМППКС). Пружају је домаћи правосудни органи, тј. домаћи судови и јавна тужилаштва којима је законом стављено у надлежност обављање ових послова, с тим да поједине радње у том поступку могу вршити и министарства надлежна за правосуђе, спољне послове и унутрашње послове (члан 4 став 1 и 2 ЗМППКС).

Постоје четири облика међународне правне помоћи у кривичним стварима: 1) изручење окривљеног или осуђеног, 2) преузимање и уступање кривичног гоњења, 3) извршење кривичне пресуде и 4) остали облици међународне правне помоћи. У ствари, само последњи облик, који се назива још и мала међународна правна помоћ, представља међународну правну помоћ у ужем смислу, с обзиром да само у том случају долази до „конкретне асистенције у односу на кривичне поступке који се воде у иностранству“<sup>7</sup> (као нпр. помоћ у достављању, саслушању окривљеног, сведока итд.), док остали облици представљају неки посебан вид сарадње између држава, а не типичну правну помоћ, па се отуда означавају као међународна правна помоћ у ширем смислу или велика међународна правна помоћ.<sup>8</sup>

Предмет овог рада је уступање кривичног гоњења страниј држави, који стоји у корелацији са институтом преузимања кривичног гоњења, тако да се ова два облика међународне правне помоћи скупно називају преносом/трансфером поступака. Уступањем кривичног гоњења страниј држави одступа се од територијалног принципа просторног важења кривичног законодавства једне државе, што значи да држава на чијој територији је кривично дело учињено неће применити своје кривично право, већ ће то препустити другој држави. Овим се одступа од правила *cuius lex, eius iurisdictio* (чији закон, његова надлежност).<sup>9</sup>

## 2. ТЕРИТОРИЈАЛНИ ПРИНЦИП ПРОСТОРНОГ ВАЖЕЊА КРИВИЧНОГ ЗАКОНОДАВСТВА

Територијални принцип преставља основни принцип просторног важења кривичног законодавства неке државе. Овај принцип произлази

6 Б. Бановић, С. Бејатовић, В. Турањанин, *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2020, 247.

7 М. Шкулић, *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021, 505–506.

8 Z. Stojanović, *Međunarodno krivično pravo*, Pravna knjiga, Beograd, 2008, 190.

9 *Ibidem*, 202.

из чињенице да свака држава своју суверену власт врши на својој територији. Сви остали принципи просторног важења, као што су реални (примарни и супсидијарни), персонални (активни и пасивни) и универзални, се примењују само онда када се не може применити територијални принцип, тј. за случај кривичних дела учињених у иностранству.<sup>10</sup> У том смислу наш Кривични законик (у даљем тексту: КЗ)<sup>11</sup> прописује да кривично законодавство Републике Србије важи за сваког ко на њеној територији учини кривично дело (члан 6 став 1). Под територијом Србије се, у смислу члан 112 став 1 КЗ, подразумева сувоземна територија, водене површине унутар њених граница, као и ваздушни простор над њима.

Територијални принцип је проширен и на кривична дела која су учињена на домаћем броду (принцип заставе брода, *lex banderae*) и домаћем ваздухоплову (принцип регистрације ваздухоплова).<sup>12</sup> Тако је у члану 6 став 2 КЗ прописано да кривично законодавство Србије важи и за сваког ко учини кривично дело на домаћем броду, без обзира где се брод налази у време извршења дела, док је у став 3 истог члана предвиђено да оно важи и за сваког ко учини кривично дело у домаћем цивилном ваздухоплову док је у лету или у домаћем војном ваздухоплову, без обзира где се ваздухоплов налазио у време извршења кривичног дела.

Кривични законик је предвидео и могућност одступања од територијалног принципа. Наиме, члан 6 став 5 КЗ прописује да се кривично гоњење странца за кривично дело које је извршио на територији Србије односно на њеном броду или ваздухоплову, може уступити страном држави, под условом узајамности. Према томе, КЗ везује уступање кривичног гоњења за: 1) странца који је у нашој држави учинио кривично дело и 2) услов узајамности – реципроцитета. Ова могућност се у теорији назива принципом уступања/преношења јурисдикције, односно принципом заступничке јурисдикције.<sup>13</sup>

Питање места извршења кривичног дела, који је релевантан за примену територијалног принципа, наш КЗ је уредио по теорији убиквитета, што значи да је релевантно како место где је учинилац предузео радњу, тако и место где је наступила последица кривичног дела (члан 17 КЗ). Како се теорија убиквитета углавном користи за регулисање места извршења кривичног дела, то се отвара могућност да више држава заснује своју јурисдикцију за поступање у некој кривичној ствари у случају када је радња кривичног дела предузета у једној, а последица наступила у другој држави.

10 З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2017, 52.

11 Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 5/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019.

12 С правом се истиче да разликовање принципа заставе брода и регистрације ваздухоплова није најпрецизније, „јер се у оба случаја врши упис у одговарајуће регистре, као што се и ознака државне заставе налази и на броду и у ваздухоплову“. Тако: И. Вуковић, *Кривично право: ојшћий гео*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021, 27, фн. 83.

13 М. Babić, *Међународно кривично право*, Правни факултет у Banjoj Luci, Banja Luka, 2011, 54.

Уколико је којим случајем у страном држави покренут или довршен кривични поступак за кривично дело које је учињено на територији Србије, њеном броду и ваздухоплову, онда није искључена могућност да се за то дело кривично гони и у Србији, али је у том случају неопходно одобрење Републичког јавног тужиоца (сада Врховног јавног тужиоца). Имајући у виду да је кривично гоњење у овој ситуацији условљено одобрењем Врховног јавног тужиоца, реч је о примени начела опортунитета кривичног гоњења.<sup>14</sup> Оваква регулатива територијалног принципа показује да исти има примат над начелом *ne bis in idem*.<sup>15</sup> Ако би се у описаној ситуацији у Србији спровео кривични поступак, онда би се притвор или друго лишење слободе, односно казна коју је учинилац издржао по пресуди страног суда урачунали у казну коју је изрекао наш суд, а ако казне нису исте врсте, урачунавање би се извршило по оцени суда (члан 11 КЗ).

Изузетак од примене територијалног принципа јавља се у случају лица која уживају тзв. дипломатски имунитет.

### 3. ПОЈАМ И ОБЕЛЕЖЈА УСТУПАЊА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА СТРАНОЈ ДРЖАВИ

Пренос/трансфер поступака (енг. *transfer of proceedings* или *transfer of prosecution*) представља процедуру где надлежни орган једне државе преноси надлежном органу друге државе кривични предмет против окривљеног, са захтевом да размотри његово кривично гоњење.<sup>16</sup> Уступање кривичног гоњења страном држави, пак, могло би се ближе одредити као поступак у коме надлежни орган државе молиће, за кривично дело које је учињено на њеној територији, уступа кривично гоњење надлежном органу замољене државе, јер је окривљени њен држављанин односно у тој држави има пребивалиште или у њој борави.<sup>17</sup> Уколико је кривично дело учињено на територији Републике Србије, онда наша држава има својство државе молиће, док држава којој се кривично гоњење уступа има својство замољене државе. С тим у вези, у члану 49 ЗМППКС је прописано да се страном држави може се уступити кривично гоњење осумњиченог или окривљеног за кривично дело које спада у надлежност домаћег суда.

14 И. Вуковић, *op. cit.*, 29. Супротно: Z. Jekić, *Krivično procesno pravo*, ASTROPRESS, Beograd, 1994, 96.

15 Z. Jekić, *op. cit.*, 95. Слично: Д. Радловић, *op. cit.*, 73; И. Вуковић, *op. cit.*, 29.

16 B. de Jonge, „Transfer of criminal proceedings: from stumbling block to cornerstone of cooperation in criminal matters in the EU“, *ERA Forum - Journal of the Academy of European Law*, 3/2021, 449–450 (као и фн. 1).

17 Вид. и дефиниције других аутора: D. Крпач, „Novi institut jugoslavenskog krivičnog zakonodavstva: ustupanje krivičnog gonjenja stranoj državi“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 3-4/1978, 243; V. Todorović, *Pravosudna međunarodna pomoć*, Projuris, Beograd, 2005, 128.

Уступање кривичног гођења је код нас први пут регулисано одредбама националног права Законом о кривичном поступку из 1977. године (у даљем тексту: ЗКП/77),<sup>18</sup> под називом уступање списка ради кривичног гођења и суђења (члан 522), који назив се користио и у Законику о кривичном поступку из 2001. године (у даљем тексту: ЗКП/01).<sup>19</sup> Међутим, још и пре његовог нормирања ЗКП/77 овај институт се примењивао у пракси, на бази тада постојећих међународних уговора. Тако, примера ради, одредбе о уступању/преузимању кривичног гођења садржи Уговор између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије (у даљем тексту: СФРЈ) и Савезне Републике Немачке о правној помоћи у кривичним стварима из 1971. године (члан 18-21),<sup>20</sup> мада се обриси ове врсте правне помоћи, додуше не експлицитно као у потоњем,<sup>21</sup> могу наћи још у Уговору између Федеративне Народне Републике Југославије (у даљем тексту: ФНРЈ) и Народне Републике Пољске о правном саобраћају у грађанским и кривичним стварима из 1960. године (члан 70-72),<sup>22</sup> Уговору између ФНРЈ и Румунске Народне Републике о правној помоћи из 1960 (члан 66),<sup>23</sup> Уговору између ФНРЈ и СССР-а о правној помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима из 1962. године (члан 57),<sup>24</sup> Уговору између СФРЈ и Чехословачке Социјалистичке Републике о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима из 1964. године (члан 81–82).<sup>25</sup> Нормирање уступања кривичног гођења домаћим кривично процесним законом окарактерисано је као добро решење, уз образложење да „није нужно спроводити релативно дуготрајне припреме, преговоре и поступак ратификације међународних споразума, ако већ постоје национални општи прописи по којима се може вршити уступање“.<sup>26</sup>

Овај институт је често довођен у везу са тзв. туристичким криминалитетом, пре свега у вези са саобраћајним кривичним делима, тј. када

18 Закон о кривичном поступку, *Службени листи СФРЈ*, бр. 4/1977, 14/1985, 74/1987, 57/1989, 3/1990, *Службени листи СРЈ*, бр. 27/1992, 24/1994.

19 Законик о кривичном поступку, *Службени листи СРЈ*, бр. 70/2001, 68/2002, *Службени листи РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон, 72/2009, 76/2010.

20 Уговор између СФРЈ и Савезне Републике Немачке о правној помоћи у кривичним стварима, *Службени листи СФРЈ*, бр. 33/1972.

21 О томе: D. Cotič, „Ustupanje predmeta stranaca i prihvatanje predmeta jugoslovenskih građana radi gonjenja i izdržavanja kazne kao savremeni oblici međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 1-2/1984, 64.

22 Уговор између ФНРЈ и Народне Републике Пољске о правном саобраћају у грађанским и кривичним стварима, *Службени листи ФНРЈ – Додајак*, бр. 5/1963.

23 Уговор између ФНРЈ и Румунске Народне Републике о правној помоћи, *Службени листи ФНРЈ – Додајак*, бр. 8/1961.

24 Уговор између ФНРЈ и СССР-а о правној помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима, *Службени листи ФНРЈ- Додајак*, бр. 5/1963.

25 Уговор између СФРЈ и Чехословачке Социјалистичке Републике о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима, *Службени листи СФРЈ - Додајак*, бр. 13/1964.

26 D. Cotič, *op. cit.*, 66.

туристи – странци на простору државе молиље учине кривично дело.<sup>27</sup> Наравно, уступање кривичног гоњења се не односи само на ову категорију кривичних дела, већ и на друга кривична дела уз, по правилу, изузетак који се тиче оних кривичних дела за која се иначе међународна кривичноправна помоћ не допушта (политичка и војна кривична дела) или се, пак, овај институт везује за кривична дела одређене тежине (што није случај са правом Србије).<sup>28</sup> У сваком случају овај институт је веома користан. Њиме се решава дилема где ће се странац налазити пре и у току кривичног поступка, јер уколико напусти државу извршења кривичног дела постоји бојазан да на касније суђење не дође, а његова држава га на то не може принудити нити, по правилу, изручити; с друге стране, уколико учинилац све време борави у држави у којој је учинио дело, неминовно настају проблеми у вези са трошковима његовог боравка на територији стране државе.<sup>29</sup>

У кривичнопроцесној теорији се овај облик међународне правне помоћи доводи у везу са начелом опортунитета кривичног гоњења. Наиме, уступањем кривичног гоњења страном држави наша држава „одустаје од кривичног гоњења конкретног лица“, иако су испуњени услови за то у складу са начелом легалитета кривичног гоњења (члан 6 став 1 Законика о кривичном поступку Србије – у даљем тексту: ЗКП).<sup>30</sup> Ипак, не ради се о типичном облику опортунитета кривичног гоњења, јер ће до кривичног гоњења конкретног лица свакако доћи и у овом случају, с тим да га неће предузети надлежни органи наше државе, већ стране државе којој је гоњење уступљено.<sup>31</sup> Зато се каже да се овим институтом одступа од начела легалитета у корист начела опортунитета кривичног гоњења према домаћем/националном праву, али не и према међународном праву, јер до гоњења ипак долази у другој држави.<sup>32</sup> Имајући у виду да су начело легалитета и опортунитета кривичног гоњења начела која се односе на кривично гоњење од стране јавног тужиоца, треба истаћи да се код уступања кривичног гоњења страном држави опортуност кривичног гоњења на неки начин специфично испољава и у томе што јавни тужилац о томе самостално одлучује само пре покретања кривичног поступка (члан 52 став 1 тачка 1

27 G. Tomašević, „Ustupanje krivičnog progona stranoj državi“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 1/1993, 145. Детаљније: М. Дамашка, „Saobraćajni delikti stranaca“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 3/1971, 375–404.

28 Према нашој ранијој регулативи уступање кривичног гоњења је било допуштено за кривична дела са запређеном казном затвора до десет година или када се радило о кривичном делу против безбедности јавног саобраћаја, без обзира на прописану казну (члан 522 ЗКП/76 и члан 536 ЗКП/01).

29 С. Бркић, *Кривично процесно право II*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2013, 334.

30 Законик о кривичном поступку – ЗКП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС, 62/2021 – одлука УС.

31 М. Шкулић, *op. cit.*, 82.

32 М. Грубач, *Кривично процесно право: Увод и оштини гео*, Службени гласник, Београд, 2004, 158; С. Бркић, *op. cit.*, 334.

ЗМППКС), док након тог процесног тренутка одлуку доноси, на предлог или по прибављеном мишљењу јавног тужиоца, одговарајући функционално надлежни судски орган (чл. 52 ст. 1 тач. 2-4 ЗМППКС). Отуда се у потоњим ситуацијама не може радити о правом случају опортунитета, чак ни са становишта домаћег права, јер одлуку доноси суд, а не јавни тужилац.

Са становишта домаћег права, а након доношења актуелног ЗКП-а, могло би се приговорити и називу овог института. Наиме, ЗКП на многим местима, код одговарајућих процесних института разликује дејство „кривичног гоњења“ и „оптужбе“ – на пример, одустајање од гоњења осумњиченог и обустава истраге од стране јавног тужиоца (члан 308), одустајање од оптужбе од потврђивања оптужнице па до завршетка главног претреса, односно на претресу пред другостепеним судом (члан 49 ЗКП); одустанак јавног тужиоца у скраћеном кривичном поступку од кривичног гоњења до одређивања главног претреса или рочишта за изрицање кривичних санкција, односно одустанак од оптужбе од одређивања да по завршетка главног претреса или рочишта за изрицање кривичних санкција (члан 497 став 1 ЗКП). Кратко речено, од „правноснажности“ оптужног акта – тј. потврђивања оптужнице у редовном поступку односно одређивања главног претреса у скраћеном поступку јавни тужилац не одустаје од кривичног гоњења, већ од оптужбе. Ово је последица тога што ЗКП прави разлику између предузимања и почетка кривичног гоњења (члан 5) и покретања кривичног поступка (члан 7). С обзиром да се кривично гоњење може уступити страниј држави и од тренутка ступања оптужбе на правну снагу, све до завршетка главног претреса (члан 52 став 1 тачка 3 и 4 ЗМППКС), онда би се, имајући у виду нову терминологију ЗКП-а, тада радило о уступању оптужбе, док би се о уступању кривичног гоњења радило само до тренутка правноснажности оптужбе. Отуда би уступање и преузимање кривичног гоњења било исправније назвати преносом (трансфером) поступака у кривичним стварима, како се ови институти и иначе означавају, а што би термилошки било исправно и са становишта Европске конвенције о преносу поступака у кривичним стварима<sup>33</sup> коју је још бивша Савезна Република Југославија (у даљем тексту: СРЈ) ратификовала. Термин „пренос поступака“ одговара и члан 2 став 1 тачка 14 ЗКП, јер у тој одредби стоји да појам „поступак“ означава предистражни поступак и кривични поступак.

#### 4. УКРАТКО О ОДНОСУ ИЗМЕЂУ УСТУПАЊА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА СТРАНОЈ ДРЖАВИ И ОСТАЛИХ ОБЛИКА МЕЂУНАРОДНЕ ПРАВНЕ ПОМОЋИ

Претходно је речено да је уступање кривичног гоњења регулисано заједно са преузимањем кривичног гоњења (глава III ЗМППКС). Ради се о

<sup>33</sup> Европска конвенције о преносу поступака у кривичним стварима, *Службени листи СРЈ – Међународни ујовори*, бр. 10/2001.



установама преноса (трансфера) поступака. Како се истиче, сваком преузимању кривичног гоњења корелативно је уступање кривичног гоњења и обратно – код преузимања кривичног гоњења страна држава уступа Републици Србији кривично гоњење против одређеног лица, које наша држава преузима, док код уступања кривичног гоњења наша држава уступа, а страна држава преузима кривично гоњење неког лица.<sup>34</sup> Чини се да је из ове корелативности предметних института јасан њихов међусобни однос, односно да примена једног нужно води примени другог, с тим да се само разликују својства држава, тј. ко се налази у положају замољене, а ко у положају државе молиле, односно ко пружа активну (код уступања), а ко пасивну (код преузимања) правну помоћ.

Уступање кривичног гоњења има сличности са екстрадицијом (изручењем), али се од овог института разликује и по условима и по својој природи.<sup>35</sup> Екстрадиција би се могла одредити као издавање „одређеног лица од стране надлежних органа једне државе, другој држави, након што је спроведен одређени формални поступак и донесена одлука којом се екстрадиција дозвољава, у циљу да се пред надлежним органима државе којој се конкретно лице издаје, против њега води или настави већ започети кривични поступа или да се према њему изврши изречена кривична санкција“.<sup>36</sup> Обично се не дозвољава изручење сопствених држављана, али се последњих деценија и та могућност допушта, по правилу у случајевима који су предвиђени међународним уговорима. Тако и наш ЗМППКС (члан 16 став 1 тачка 1) забрањује изручење држављана Републике Србије (Устав не садржи такву одредбу), с тим да поједини билатерални уговори у овој области (на пример са Црном Гором)<sup>37</sup> то допуштају. Уступање кривичног гоњења може се сматрати, на неки начин, заменом за екстрадицију, онда када се учинилац након извршења кривичног дела врати у своју земљу, тако да држава у којој је дело учињено не може ни путем екстрадиције да обезбеди његово присуство ради суђења, с обзиром на немогућност изручења сопствених држављана иностраним правосудним органима, што значи да држави у којој је дело учињено остаје само једна могућност за кажњавањем учиниоца, а то је да земљи учиниоцевог држављанства уступи кривично гоњење.<sup>38</sup>

Извршење стране кривичне пресуде је облик међународне помоћи који представља најкрупније одступање од начела државног суверенитета.<sup>39</sup> Ради

34 М. Шкулић, *op. cit.*, 522.

35 Z. Stojanović, *op. cit.*, 202.

36 Тако, М. Шкулић, *op. cit.*, 511. Вид. и друге дефиниције екстрадиције: S. Bejatović (2007a), *op. cit.*, 57–58; Б. Бановић, С. Бејатовић, В. Турањанин, *op. cit.*, 254–255; В. Krivokapić, *Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa*, Službeni glasnik, Beograd, 2010, 240.

37 Члан 7а Уговора између Републике Србије и Црне Горе о изменама и допунама Уговора између Републике Србије и Црне горе о изручењу, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/2011.

38 G. Tomašević, *op. cit.*, 148–149.

39 М. Грубач, Г. Илић, М. Мајић, *op. cit.*, 25

се о екстериторијалном дејству и важењу иностраних кривичних пресуда, јер је за овај облик правне помоћи битно то у којој мери и под којим условима једна кривична пресуда донета од стране иностраног суда може производити дејство у другој држави.<sup>40</sup> Однос између трансфера поступака и извршења стране кривичне пресуде може се сагледати кроз следеће питање: „да ли би било оправданије тамо гдје се ради о извршењу стране кривичне пресуде да се изврши трансфер кривичног поступка, па умјесто извршења стране кривичне пресуде извршавала би се пресуда домаћег суда за кривично дјело извршено у иностранству против добра иностране државе или њеног грађанина?“.<sup>41</sup> Међутим, ово питање се пре свега односи на преузимање гоњења, тако да се извршењу стране кривичне пресуде даје предност у односу на тај институт, јер се њиме избегава то да се домаћа држава оптерећује вођењем кривичног поступка „посебно имајући у виду немогућност, у правилу, остварења принципа непосредности у спровођењу доказа у кривичном поступку у држави гдје дјело није извршено“.<sup>42</sup> Међутим, код уступања кривичног гоњења се из земље извршења кривичног дела поступак преноси на страну државу, што значи да изнети приговор и у тој ситуацији стоји, јер страна држава која спроводи кривични поступак такође може имати проблем у вези са остваривањем принципа непосредности. Принцип непосредности се може испоштовати онда када домаћи судови не уступе кривично гоњење странца, већ спроведу кривични поступак, а потом траже извршење домаће одлуке од стране државе чије држављанство има окривљени, односно у којој има пребивалиште или у којој борави (члан 70 и 72 ЗМППКС).

## 5. ПРАВНИ ОСНОВ УСТУПАЊА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА СТРАНОЈ ДРЖАВИ

Правни основ за уступање кривичног гоњења страном држави примарно лежи у одредбама међународних уговора. Може се радити о мултилатералним и о билатералним уговорима.

Од мултилатералних уговора од значаја је поменута Европска конвенција о преносу поступака у кривичним стварима. У члану 3 ове Конвенције је прописано да свака страна уговорница која је према сопственом законодавству надлежна за кривично гоњење, за сврху примене ове конвенције, може да се одрекне или уздржи од гоњења осумњиченог лица које је или ће бити гоњено за исто кривично дело у другој држави уговорници. Исти члан прописује да је одлука о одрицању или уздржавању од гоњења привремена, до доношења коначне одлуке друге стране уговорнице. За пренос

40 М. Babić, *op. cit.*, 247.

41 Д. Радуловић, *op. cit.*, 211.

42 V. Horvat, „Izvršenje strane krivične presude“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 1/ 1987, 96.

кривичних поступака могу бити од значаја и други мултилатерални уговори, као што су Кривичноправна конвенција о корупцији (члан 27 став 5),<sup>43</sup> Конвенција о високотехнолошком криминалу (члан 24 став 6),<sup>44</sup> Европска конвенција о сузбијању тероризма (члан 6)<sup>45</sup> и сл., али се ове одредбе више тичу преузимања гоњења, као замене за екстрадицију по правилу *aut dedere, aut iudicare*.<sup>46</sup> Ипак, у неким конвенцијама, као што су Конвенција УН о корупцији (члан 47)<sup>47</sup> и Конвенција УН против транснационалног организованог криминала (члан 21),<sup>48</sup> установљава се дужност држава да размотре могућност међусобног преношења поступака за кривична дела на која се оне односе, у интересу правилног спровођења/задовољења правде.<sup>49</sup>

Република Србија, односно њени правни претходници (ФНРЈ, СФРЈ, СРЈ) закључила је већи број билатералних уговора у којима се регулише и овај облик међународне правне помоћи. Не постоји ниједан уговор који регулише само материју уступања и преузимање кривичног гоњења, већ се она регулише или у оквиру билатералних уговора који регулишу само правну помоћ у кривичним стварима, или скупно правну помоћ како у кривичним, тако и у грађанским стварима. У неким од билатералних уговора, углавном старијим, овај облик правне помоћи није регулисан изричито, већ како је поменуто, даје обресе за уступање кривичног гоњења, док је у другим, пак, исти регулисан експлицитно.

Елементе уступања кривичног гоњења можемо наћи још у члану Х Конвенције о издавању криваца између Србије и Швајцарске из 1887. године,<sup>50</sup> којим су државе уговорнице обавезане да, сходно својим законима, суде злочине или преступе који би учинили њени грађани према другој држави уговорници, чим она то захтева или у случају злочина и преступа који су наведени у тој Конвенцији. Раније поменути Уговор између ФНФРЈ и Народне Републике Пољске прописује у члану 70 обавезу страна уговорница да се узајамно обавештавају о кривичним делима извршеним на територији једне од њих од стране држављана друге стране уговорнице, а који се по извршеном делу нађу на територији своје државе. С тим у вези је

43 Кривичноправна конвенција о корупцији, *Службени листи СРЈ – Међународни уговори*, бр. 2/2002, *Службени листи СЦГ – Међународни уговори*, бр. 18/2005.

44 Конвенција о високотехнолошком криминалу, *Службени листи РС*, бр. 19/2009.

45 Европска конвенција о сузбијању тероризма, *Службени листи СРЈ – Међународни уговори*, бр. 10/2001.

46 О томе: D. Крапас, „Novi Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u kaznenim stvarima: načela i postupci“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2/2005, 672–673.

47 Конвенција УН о корупцији, *Службени листи СЦГ – Међународни уговори*, бр. 12/2005.

48 Конвенција УН против транснационалног организованог криминала, *Службени листи СРЈ – Међународни уговори*, бр. 6/2001.

49 D. Крапас (2005), *op. cit.*, 673.

50 Конвенција о издавању криваца између Србије и Швајцарске, *Службене новине*, бр. 83/1888.

предвиђено да страна уговорница чији је држављанин учинилац обавести другу страну уговорницу да ли је вођен поступак против учиниоца, као и о резултату тога поступка. Слично прописују члан 42 Конвенције о узајамним правним односима између ФНРЈ и Краљевине Грчке из 1959. године,<sup>51</sup> члан 34 Конвенције о екстрадицији и правној помоћи у кривичним стварима између СФРЈ и Краљевине Белгије из 1971. године<sup>52</sup> и члан 16 Конвенције између СФРЈ и Француске Републике о узајамној правној помоћи у кривичним стварима из 1969. године.<sup>53</sup>

Поменути Уговор између ФНРЈ и Румуније предвиђа у члану 66 обавезу страна уговорница да се дипломатским путем обавештавају о кривичним делима извршеним на територији једне од њих од стране држављана друге стране уговорнице, а који су по извршеном делу пребегли на територију стране уговорнице чији су држављани, уз могућност да, на молбу стране уговорнице на чијој је територији дело учињено, друга страна уговорница покрене кривични поступак против свог држављанина, ако је реч о кривичном делу за које се по том уговору дозвољава издавање и ако су испуњени услови предвиђени њеним законом. Сличну одредбу садрже и претходно наведени уговори са СССР-ом (члан 57) и Чехословачком (члан 81), који се данас примењују у односима са државама бившег СССР-а, односно са Чешком и Словачком,<sup>54</sup> као и Уговор између СФРЈ и Монголске Народне Републике о пружању правне помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима из 1981. године (члан 61).<sup>55</sup>

Уговор између СФРЈ и СР Немачке (члан 18-21) прописује у члану 18 став 1 да свака страна уговорница може, уместо да сама кривично гони, замолити другу државу уговорницу да преузме кривично гоњење против лица које на њеној територији има уобичајено боравиште, а нарочито против држављанина те државе, због кривичног дела извршеног на територији државе молиље. Нешто другачије је прописано у члану 19 став 1 Уговора између СФРЈ и Републике Аустрије о правној помоћи у кривичним стварима из 1982. године,<sup>56</sup> у којем стоји да, у случају да је држављанин једне државе уговорнице извршио кривично дело на територији друге државе уговорнице, које је судски кажњиво у обе државе, држава у којој је дело учињено може

51 Конвенције о узајамним правним односима између ФНРЈ и Краљевине Грчке, *Службени листи ФНРЈ – Додашак*, бр. 7/1960.

52 Конвенција о екстрадицији и правној помоћи у кривичним стварима између СФРЈ и Краљевине Белгије, *Службени листи СФРЈ – Додашак*, бр. 9/1973.

53 Конвенције између СФРЈ и Француске Републике о узајамној правној помоћи у кривичним стварима, *Службени листи СФРЈ – Додашак*, бр. 16/1971.

54 М. Грубач, Г. Илић, М. Мајић, *op. cit.*, 22–23.

55 Уговор између СФРЈ и Монголске Народне Републике о пружању правне помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима, *Службени листи СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/1982.

56 Члан 19–23 Уговора између СФРЈ и Републике Аустрије о правној помоћи у кривичним стварима, *Службени листи СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 2/1983.

замолити другу државу да преузме гоњење тог кривичног дела. Наиме, док се последњи Уговор односи само на уступање/ преузимање гоњења у односу на држављане једне стране уговорнице који су на територији друге државе учинили кривично дело, то се Уговор са Немачком односи и на ситуацију када не само држављанин једне стране уговорнице, већ и лице које на њеној територији има „уобичајено боравиште“, учини кривично дело на територији друге стране уговорнице.<sup>57</sup> Сличну одредбу као уговор са Немачком садржи и Уговор о узајамном правном саобраћају између СФРЈ и Народне Републике Мађарске из 1968. године, који је новелиран 1986. године.<sup>58</sup> Наиме, члан 82 овог Уговора прописује преузимање кривичног гоњења за случај да држављанин једне стране уговорнице, или лице које на њеној територији има пребивалиште, учини кривично дело на територији друге стране уговорнице које је судски кажњиво у обема странама уговорницама. По овом Уговору ако једна страна уговорница замоли другу страну уговорницу да преузме кривично гоњење, онда ће надлежни орган замољене стране испитати да ли се по њеном праву може преузети гоњење, а у случају да нађе да се исто не може преузети, онда ће о томе обавестити страну молиљу, с тим да ако постоји надлежност замољене стране уговорнице, она не може одбити кривично гоњење из разлога што је дело учињено у иностранству.

Уговори које наша држава има са бившим југословенским републикама о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима (са Хрватском из 1997. године, са Босном и Херцеговином из 2005. године, затим са Црном Гором из 2009. године, Словенијом и Македонијом, оба из 2011. године)<sup>59</sup> такође садрже одредбе о овом институту. У њима се готово истоветно регулише овај институт, формулацијом да ако је држављанин једне државе уговорнице, или лице које на њеној територији има пребивалиште, учинило кривично дело на територији друге државе уговорнице, које је предвиђено као кривично дело/судски кажњиво у обема државама уговорницама, онда

57 D. Cotič, *op. cit.*, 65–66.

58 Уговор о узајамном правном саобраћају између ФНРЈ и Народне Републике Мађарске, *Службени листи СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 3/1968, *Службени листи СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 1/1987.

59 Члан 28–31 Уговора између Савезне Републике Југославије и Републике Хрватске о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени листи СРЈ – Међународни уговори*, бр. 1/1998; члан 39–40 Уговора између Србије и Црне Горе и Босне и Херцеговине о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени листи СЦГ – Међународни уговори*, бр. 6/2005, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 13/2010 - др. закон; чл. 44–47 Уговора између Републике Србије и Црне Горе о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/2010; члан 36–39 Уговора између Републике Србије и Републике Словеније о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 9/2011; члан 36–39 Уговора између Републике Србије и Републике Македоније о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 5/2012.

држава уговорница у којој је дело учињено може замолити другу државу уговорницу да преузме кривично гоњење. На такав начин је уступање и преузимање кривичног гоњења регулисано и у Уговору између Републике Србије и Републике Белорусије о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима из 2013. године.<sup>60</sup>

## 6. ПРЕТПОСТАВКЕ ЗА УСТУПАЊЕ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА СТРАНОЈ ДРЖАВИ

Претпоставке за уступање кривичног гоњења примарно се уређују потврђеним међународним уговорима и конвенцијама у смислу члана 1 ЗМППКС. На овом месту појасниће се претпоставке које су предвиђене нашим унутрашњим правом. У том смислу представиће се релевантне одредбе КЗ и ЗМППКС.

А) Већ је речено да члан 6 став 5 КЗ везује уступање кривичног гоњења за: 1) странца који је у нашој држави учинио кривично дело и 2) услов узајамности – реципроцитета.

*Претпоставка која се односи на стирано држављанство учиниоца.* Према члану 3 став 1 тачка 1 Закона о странцима (у даљем тексту: ЗС)<sup>61</sup> под странцем се подразумева свако лице које нема држављанство Републике Србије. У том смислу учинилац може бити лице које има држављанство друге државе или је без држављанства/апатрид (то је странац кога ни једна држава, сходно свом националном законодавству, не сматра својим држављанином – члан 3 став 1 тачка 9 ЗС). Као што ћемо видети, према члану 51 ЗМППКС страна држављанство учиниоца није претпоставка за уступање кривичног гоњења. Зато се поставља питање да ли се овај облик правне помоћи може применити само у односу на странца или, пак, и у односу на домаће држављане који су пребивалиштем или неким обликом боравка везаним за страну државу. Одговор на ово питање дају одредбе потврђених међународних уговора. Уколико у њима стоји да се трансфер поступака односи само на држављане уговорних страна, онда се гоњење може уступити само држави учиниоцевог држављанства. Такву одредбу садржи уговор са Аустријом (члан 19 став 1). С друге стране, неки уговори су тим поводом флексибилнији, јер дозвољавају трансфер поступака не само за учиниоца странца, већ и за лице које има пребивалиште на територији замољене државе, као што је то случај са уговорима које имамо закључене са Мађарском (члан 82), Хрватском (члан 28), Босном и Хецеговином (члан 39), Црном Гором (члан 44), Словенијом (члан 36), Македонијом (члан 36) и Белорусијом (члан 41), док је

60 Члан 41–44 Уговора између Републике Србије и Републике Белорусије о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени йласник РС – Међународни уговори*, бр. 13/2013, 1/2014.

61 Закон о странцима - ЗС, *Службени йласник РС*, бр. 24/2018, 31/2019, 62/2023.

уговор са Немачком ту најдаље отишао, јер има у виду и лица која на територији замољене државе имају уобичајено боравиште (члан 18). И Европска конвенција о преносу поступака у кривичним стварима даје могућност трансфера поступака уколико се, између осталог, сумња да лице у питању има стални боравак у замољеној држави. Овакве одредбе међународних уговора омогућавају да се уступање кривичног гоњења изврши и у односу на домаћег држављанина који у замољеној држави има своје пребивалиште односно боравиште.<sup>62</sup>

*Услов узајамности.* Овај услов се спомиње не само у члану 6 став 5 КЗ, већ и у члану 8 ЗМППКС, где је установљен као општи услов који важи за све облике вануговорне међународне кривичноправне помоћи.<sup>63</sup> Постојање уговора искључује потребу утврђивања узајамности у односима међу државама, јер се она тада претпоставља.<sup>64</sup> Према поменутом члану 8 ЗМППКС, домаћи правосудни органи пружају међународну правну помоћ под условом узајамности. Обавештење о постојању узајамности даје министарство надлежно за правосуђе, на захтев домаћег правосудног органа. Уколико нема података о узајамности, онда се претпоставља да она постоји.

Б) Претпоставке за уступање кривичног гоњења прописане у члану 51 ЗМППКС. Можемо разликовати опште претпоставке и посебне претпоставке. Опште претпоставке се односе на све облике међународне кривичноправне помоћи и оне су нормиране у члану 7 ЗМППКС. Има их упуно пет. Међутим, када је реч о уступању кривичног гоњења, одредба члана 51 ЗМППКС упућује само на две опште претпоставке и то: 1) да се уступање кривичног гоњења 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; 2) да уступање кривичног гоњења не повређује суверенитет, безбедност, јавни поредак или друге интересе од суштинског значаја за Републику Србију. Ове две претпоставке су постављене кумулативно, а о њиховој испуњености, у смислу члана 7 став 3 ЗМППКС, одлучује односно даје мишљење министар надлежан за правосуђе.

Пре него што појаснимо наведене две опште претпоставке које се цене у поступку уступања кривичног гоњења, указаћемо и зашто се остале опште претпоставке из члана 7 ЗМППКС не примењују у овом случају. Реч је о претпоставкама двоструке кажњивости, пресуђене ствари и околности које трајно искључују кривично дело.

Двострука кажњивост је у члану 7 став 1 тачка 1 ЗМППКС формулисана на следећи начин: да кривично дело поводом којег се захтева пружање

62 Тако Цотич у односу на уговор са Немачком, док аутори коментара ЗМППКС, анализирајући члан 51 овог закона, иначе сматрају да је могуће уступити гоњење домаћег држављанина оној држави у којој има пребивалиште или боравиште, односно у којој издржава кривичну санкцију. Вид.: D. Cotić, *op. cit.*, 65; М. Грубач, Г. Илић, М. Мајић, *op. cit.*, 128.

63 М. Грубач, Г. Илић, М. Мајић, *op. cit.*, 49.

64 *Ibidem*, 19.

међународне правне помоћи представља кривично дело по закону Републике Србије. Изнета формулација, као што се види, води рачуна о праву наше државе. Код уступања кривичног гоњења се свакако ради о кривичном делу према нашем праву, које је прописано КЗ или споредним законодавством. Уколико неко понашање није кривично дело према српском законодавству онда, логично, нема шта да се уступи страни држави. Међутим, да ли је неко понашање кривично дело по иностраном праву то процењују надлежни органи замољене државе приликом преузимања гоњења од Србије.<sup>65</sup> Иначе, у поменим билатералним споразумима се овај услов иначе наводи – да је дело предвиђено као кривично дело/судски кажњиво у правима држава уговорница.

ЗМППКС се примењује само на кривична дела, не и на прекршаје<sup>66</sup> и привредне преступе. Међутим, члан 7 став 3 Закона о прекршајима<sup>67</sup> предвиђа да се под условом узајамности може уступити гоњење за прекршај страни држави у којој учинилац прекршаја који је страни држављанин има пребивалиште. У појединим претходно наведеним билатералним уговорима је изричито предвиђено да се уступање гоњења може односити и на прекршаје (члан 19 Уговора са Немачком), док је у неким од њих дато екстензивно значење појма „кривична ствар“, тако да обухвата не само кривична дела, већ и привредне преступе и прекршаје (члан 1 уговора са Црном Гором, Словенијом и Македонијом).<sup>68</sup> Имајући у виду да привредни преступи као особена врста деликата постоје још само у праву Србије, питање уступања гоњења за ту врсту кажњивих дела нам се чини излишним.

Да ли је реч о пресуђеној ствари – (члан 7 став 1 тачка 2 ЗМППКС: да за исто кривично дело није правноснажно окончан поступак пред домаћим судом, односно да кривична санкција није у потпуности извршена) односно да ли постоје околности које трајно искључују кривично гоњење (члан 7 став 1 тачка 2 ЗМППКС: да кривично гоњење, односно извршење кривичне санкције није искључено због застарелости, амнестије или помиловања) такође се процењује од стране замољене државе када преузима кривично гоњење, тако да наведене опште претпоставке нису релевантне са становишта уступања гоњења. Јер, ако је дело у Србији застарело донеће се решење о обустави поступка или одбијајућа пресуда, тако да се нема шта уступити страни држави, док у случају да је наша држава донела правноснажну пресуду може само тражити њено извршење у иностранству, што представља други вид правне помоћи.

Вратимо се на опште претпоставке релевантне за уступање кривичног доњења.

65 *Ibidem*, 128.

66 *Ibidem*, 18; И. Вуковић, *Прекршајно йраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 27.

67 Закон о прекршајима, *Службени йласник РС*, бр. 65/2013, 13 /2016, 98/2016 - УС, 91/2019 - др. закон, 91/2019, 112/2022 – УС.

68 Према члану 1 Уговора са Босном и Херцеговином израз „кривична ствар“ се односи на кривична дела и привредне преступе.



Ойшiта йрећийостiавка да се устијуање кривичној тоњења не односи на йолийичко кривично дело или дело йовезано са йолийичким кривичним делом, односно на кривично дело које се састiоји искључиво у йовреди војних дужности. Ова претпоставка је прописана чланом 7 став 1 тачка 4 ЗМППКС и захтева одређење политичког кривичног дела, дела повезаног са политичким кривичним делом и кривичног дела које се састоји у повреди војних дужности.

Појам политичког кривичног дела, иако се тај појам дуго користи у кривичноправној науци, још увек није довољно јасан. Таква кривична дела се обично систематишу у групу кривичних дела против уставног уређења, државе, безбедности и сл., како већ одговарајуће главе носе назив у кривичним законодавствима одређених држава. Код нас су то кривична дела против уставног уређења и безбедности Републике Србије. У односу на ова кривична дела наше законодавство се безусловно примењује (осим на дело из члана 317 КЗ), чак и када су учињена у иностранству, на основу примарног реалног принципа из члан 7 КЗ (мада под овај принцип спадају још нека дела из других глава).<sup>69</sup> Из тога би могли закључити да наша држава не би могла уступити кривично гоњење за кривична дела из предметне групе.

У теорији се разликују апсолутна (чиста или права) и релативна (мешовита или неправна) политичка кривична дела. Апсолутна политичка кривична дела су она којима се напада држава као таква – њено уређење, власт, највиши државни органи. У ту групу спадају, на пример, угрожавање независности (члан 305 КЗ), признавање капитулације или окупације (члан 306 КЗ), угрожавање територијалне целине (члан 307 КЗ), напад на уставно уређење (члан 308 КЗ), позивање на насилну промену уставног уређења (члан 309 КЗ). Релативна политичка кривична дела су обична кривична дела која имају, усудићемо се рећи, одговарајућу политичку конотацију. Она се деле на комплексна и конексна. Комплексна политичка кривична дела су обична кривична дела која се врше из политичких побуда према неком политичком добру. Такав је случај са кривичним делом убиства представника највиших државних органа из члана 310 КЗ.<sup>70</sup> Конексна политичка кривична дела су обична кривична дела која су у некој вези са политичким кривичним делима, као његова припремна радња или претходна фаза, односно као самостално дело које се врши за време извршења политичког кривичног дела, или посебно дело које се врши након њега. Такав случај би био са кривичним делом удруживања ради противуставне делатности из члана 319 КЗ, где су, у ствари, припремне радње за вршење одређених политичких кривичних дела уздугнуте на ранг радње извршења.<sup>71</sup> Формулацију

69 О томе: З. Стојановић (2017), *op. cit.*, 54–55.

70 Поводом овог кривичног дела неки међународни уговори садрже тзв. агентаторске клаузуле, којом се прецизира да се напад на шефа државе или неког члана његове породице не сматра политичким кривичним делом, чиме се отвара пут за изручење агентатора. Вид.: Кривокарић В., *op. cit.*, 73.

71 О проблематици апсолутних и релативних кривичних дела вид.: Љ. Ваџон *et al.*, *Kaznenopravna zaštita државе i njenog друшћеног уређења – Политички деликти*, Globus,

„дело повезано са политичким кривичним делом“ из члана 7 став 1 тачка 4 ЗМППКС треба разумети у смислу да обухвата категорију релативних политичких кривичних дела.<sup>72</sup>

Проблем разумевања појма политичког кривичног дела може правити кривично дело тероризма. Отуда је у неким међународним уговорима, као на пример у Европској конвенцији о сузбијању тероризма, прописано да се одговарајућа кривична дела, да кажемо терористичког карактера, неће сматрати политичким кривичним делом, кривичним делом у вези са политичким кривичним делом или кривичним делом инспирисаним политичким мотивима.<sup>73</sup> У кривичном праву наше државе кривично дело тероризма је још од новела из 2012. године пребачено из групе кривичних дела против уставног уређења и безбедности Републике Србије у групу кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом, чиме је оно номинално искључено из категорије политичких деликата. Међутим, и оно потпада под примарни заштитни принцип у смислу реченог, тако да уколико је извршено према Републици Србији или њеном држављанину, неће имати места уступању кривичног гоњења.

Кривично дело које се састоји искључиво у повреди војних дужности (војна или марсијална кривична дела) су она кривична дела која су систематизована у групу кривичних дела против Војске Србије. Према томе наша држава не може уступити гоњење ни за ову врсту дела. У неким правима ова кривична дела су регулисана у посебном закону.

*Ойшїа претїпоставка да устїуїање кривичної гоњења не повређује суверенїетї, безбедностї, јавни поредак или друїе инїтересе од сушїинскої значаја за Републику Србију.* Ова претпоставка је прописана чланом 7 став 1 тачка 5 ЗМППКС и обично се назива клаузулом јавног поретка. Ова претпоставка засигурно има и политичку, не само правну конотацију. У смислу ове претпоставке до уступања гоњења не би могло доћи уколико у другој држави поступају преки или ванредни судови (састављени од државних чиновника или црквених достојанственика), или се у њој примењује процесни закони који окривљеном не пружају основне процесне гаранције, односно ако се према праву исте окривљени може изложити санкцијама које су непривлачне са становишта нашег права (нпр. телесне казне).<sup>74</sup>

Поред испуњења наведене две опште претпоставке, до уступања кривичног гоњења може доћи и ако је испуњена једна од следећих *алтернативно постављених посебних претпоставки*: 1) *да лице има пребивалиште или боравиште у замољеној држави*; 2) *да лице у замољеној држави издржава казну затвора или другу кривичну санкцију која се састоји у лишењу слободе* (члан 51 став 1 ЗМППКС). Када лице издржава затворску казну или другу

Zagreb, 1988, 82–88; Ž. Horvatić, „Političko kazneno djelo“, *Rječnik kaznenog prava* (gl ur. Ž. Horvatić), Masmedia, Zagreb, 2002, 398–402; M. Simović, D. Jovašević, *op. cit.*, 392.

72 Тако и: М. Грубач, Г. Илић, М. Мајић, *op. cit.*, 45.

73 Члан 1 Европске конвенције о сузбијању тероризма.

74 Слично: М. Грубач, Г. Илић, М. Мајић, *op. cit.*, 47.

кривичну санкцију лишења слободе у замољеној држави оно, по логици ствари, „принудно“ борави на територији те државе. Према члану 3 став 1 тачка 2 Закона о пребивалишту и боравишту (у даљем тексту: ЗПБ) пребивалиште је место у коме се грађанин настанио са намером да у њему стално живи, односно место у коме се налази центар његових животних активности, професионалних, економских, социјалних и других веза које доказују његову трајну повезаност с местом у коме се настанио. Одређење боравишта је нешто проблематичније. Према члану 3 став 1 тачка 3 ЗПБ боравиште је место у коме грађанин привремено борави ван места свог пребивалишта дуже од 90 дана. С друге стране, у члан 3 став 1 тачка 11 ЗС одређен је појам уобичајеног боравишта, под којим се подразумева место у коме се странац задржавао под околностима на основу којих се може закључити да на том месту или подручју није боравио само привремено.

## 7. ПОСТУПАК УСТУПАЊА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА СТРАНОЈ ДРЖАВИ

На овом месту представиће се одредбе ЗМППКС које регулишу процедуру уступања кривичног гођења страној држави. Овде, међутим, треба имати у виду да одредбе овог закона нису у складу са важећим ЗКП-ом, који је донет неколико година након ЗМППКС и који је увео, као што је познато, велике новине у наше процесно право.<sup>75</sup>

*Надлежност, покрепање поспуика и поспедице покрепања поспуика.* У зависности од фазе кривичног поступка, одлуку о покретању поступка за уступање кривичног гођења доносе јавни тужилац или суд. У питању су јавна тужилаштва и судови који поступају у првом степену, а у складу са одредбама о њиховој стварној надлежности. Одлука покретању поступка за уступање кривичног гођења се доноси у форми решења. Ово решење, према члану 52 ЗМППКС, доноси: 1) јавни тужилац, пре покретања кривичног поступка; 2) истражни судија, на предлог јавног тужиоца, до ступања оптужнице на правну снагу; 3) ванпретресно веће, по прибављеном мишљењу јавног тужиоца, до почетка главног претреса; 4) веће, по прибављеном мишљењу јавног тужиоца, до завршетка главног претреса.

Окривљени и дипломатско-конзуларно представништво стране државе нису овлашћени да стављају формалан предлог за примену овог института, али у том правцу могу стављати необавезујуће предлоге/иницијативе.<sup>76</sup> Штавише, према ЗМППКС окривљени се не обавештава о томе да је поднет предлог за уступање кривичног гођења, или пак, да у том смеру постоји одговарајућа иницијатива. Свакако за уступање није потребна његова сагласност.<sup>77</sup>

75 Слично: А. Илић, *op. cit.*, 79.

76 М. Грубач, Г. Илић, М. Мајић, *op. cit.*, 131.

77 *Ibidem*, 131.

С тим у вези, члан 17 Европске конвенције о преносу поступака прописује да замољена држава обавештава осумњичено лице о захтеву у погледу поступка, како би му омогућила да изложи своје мишљење о предмету у питању, пре него што она донесе своју одлуку у погледу захтева. Према томе, овде је реч о активностима замољене државе, што значи да ову обавезу нема држава молиља, тј. наша држава када уступа кривично гоњење.

Питање покретања кривичног поступка је регулисано у члану 7 ЗКП, што значи да решење о покретању поступка уступања доноси јавни тужилац до процесних тренутака који су одређени у том члану. Након тога, тј. када почне кривични поступак, јавни тужилац више неће бити надлежан да одлучује о покретању предметне процедуре. Против решења јавног тужиоца осумњичени има право да изјави приговор непосредно вишем тужиоцу у року од три дана (члан 52 став 2 ЗМППКС). Имајући у виду да је по сада важећем ЗКП истрага тужилачка, требало би размислити да се јавном тужиоцу повери да он и у каснијим фазама – у фази истраге,<sup>78</sup> можда чак и до потврђивања оптужнице одлучује покретању поступка уступања кривичног гоњења. Тако, на пример, према члану 34 став 2 црногорског ЗМППКС<sup>79</sup> одлуку о уступању кривичног гоњења доноси надлежни државни тужилац до потврђивања оптужнице, а након потврђивања оптужнице одлуку о томе доноси веће надлежног суда.

Пошто у садашњем ЗКП-у не постоји истражни судија, решење о покретању поступка уступања од тренутка покретања кривичног поступка до ступања оптужнице на правну снагу доноси судија за претходни поступак. Садашњи ЗКП не говори о „ступању оптужнице на правну снагу“, тако да тај процесни тренутак одговара садашњем моменту потврђивања оптужнице. У овом случају судија за претходни поступак доноси решење на предлог јавног тужиоца. Од потврђивања оптужнице (као процесног тренутка саобразног „ступању оптужнице на правну снагу“) решење о покретању поступка уступања доноси ванпретресно веће, тј. веће из члана 21 став 4 ЗКП. У овом случају није потребан предлог јавног тужиоца, већ његово мишљење. Од почетка до завршетка главног претреса решење о уступању доноси веће (мисли се на судеће веће), такође по прибављеном мишљењу јавног тужиоца. Главни претрес у редовном кривичном поступку почиње доношењем решењем да се главни претрес одржи (члан 385 став 1 ЗКП). На решења суда којим је одлучено о покретању поступка уступања окривљени и јавни тужилац имају право жалбе непосредно вишем суду у року од три дана (члан 52 став 3 ЗМППКС).

Пошто је скраћени поступак предвиђен за велики број кривичних дела (дела за која је прописана новчана казна или затвор до осам година), било би добро, с обзиром на архитектонику овог поступка, састав суда (судија

78 Исто: А. Илић, *op. cit.*, 74.

79 Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима, *Службени листи ЦГ*, бр. 4/2008, 36/2013.

појединац) и процесне тренутке када се овај поступак сматра покренутим (члан 7 став 1 тачке 3 и 4 ЗКП), одредити ко и како за кривична дела која се расправљају у овом типу процедуре одлучује о покретању поступка уступања гоњења. У одсуству изричитих одредаба могло би се узети да пре покретања кривичног поступка решење доноси јавни тужилац; од одређивања притвора пре подношења оптужног предлога, односно од одређивања главног претреса или рочишта за изрицање кривичне санкције, као тренутка почетка кривичног поступка, ванпретресно веће (члан 21 став 4 ЗКП); судија појединац од почетка до завршетка главног претреса. У скраћеном кривичном поступку главни претрес почиње објављивањем главне садржине оптужног предлога или приватне тужбе (члан 507 став 1 ЗКП).

Имајући у виду да о испуњености општих претпоставки из члана 7 став 1 тачка 4 и 5. ЗМППКС одлучује односно даје мишљење министар надлежан за правосудје, то је ову одлуку односно мишљење јавни тужилац или неки од наведених судских органа дужан да прибави у сваком конкретном случају. Овде се може поставити питање да ли код уступања кривичног гоњења министар доноси одлуку или даје мишљење о испуњености ових услова. Има тумачења да министар даје мишљење само онда где је то предвиђено посебним одредбама, а у осталим случајевима одлучује самостално и посебном одлуком.<sup>80</sup> У случају уступања кривичног гоњења није предвиђено давање мишљења, тако да би, у складу са наведеним тумачењем, министар требао да донесе одлуку о испуњености предметних услова. У сваком случају одлука (или мишљење) министра претходи доношењу решења јавног тужиоца односно суда о покретању поступка за уступање.

Након доношења решења о покретању поступка уступања домаћи правосудни орган ће предузети само процесне радње које не трпе одлагање (члан 54 став 1 ЗМППКС).

*Обезбеђење имовинскојравној захтева оштећеној.* Члан 51 став 3 ЗМППКС (овај члан регулише претпоставке за уступање) прописује да ће се приликом одлучивања о уступању кривичног гоњења посебно ценити могућност обезбеђења имовинскоправног захтева и других интереса оштећеног уколико је кривичним делом оштећена Република Србија, њен држављанин или правно лице које има седиште на њеној територији. ЗКП/2001 је предвиђао (члан 536 став 4) да, у случају када је оштећен наш држављанин, нема уступања без његове сагласности, тј. ако се он томе противи, осим ако је дато обезбеђење за остваривање његовог имовинскоправног захтева.<sup>81</sup> По неким тумачењима ако није дато обезбеђење имовинскоправног захтева, онда је уступање гоњења искључено.<sup>82</sup> Обезбеђење имовинскоправног

80 М. Грубач, Г. Илић, М. Мајић, *op. cit.*, 48.

81 О томе: С. Бејатовић, „Уступање кривичних списа ради кривичног гоњења и суђења као посебан облик међународне кривичноправне сарадње“, *Наука-Безбедност-Полиција*, 1/20076, 22–23.

82 М. Грубач, Г. Илић, М. Мајић, *op. cit.*, 129.

захтева се врши на основу члана 257 ЗКП. Да би јавни тужилац односно суд узео у оцену могућност обезбеђења имовинскоправног захтева, неопходно је да оштећени такав захтев постави, а да би га поставио потребно је да пре доношења решења о покретању поступка уступања буде обавештен о предлогу (или иницијативи) за покретање тог поступка.<sup>83</sup>

*Замолница и йосйуиуање са замолницом.* Као и сваки други облик међународне правне помоћи, тако се и захтев за уступање гоњења подноси у виду замолнице чија је садржина одређена члана 5 ЗМППКС, с тим да и међународни уговори уређују њену садржину (нпр. члан 12 Уговора са Немачком, члан 5 и 21 Уговора са Аустријом, члан 6 Уговора са Босном и Херцеговином и сл.). Уз замолницу се прилажу оригинал или оверени препис кривичних списа (члан 50 ЗМППКС). Према ЗМППКС замолница и писмена се достављају са преводом на језик замољене државе или преводом на енглески језик, а превод мора да буде оверен од стране судског тумача (члан 5 став 4). Међутим, у неким билатералним споразумима стоји да се преводи замолница не прилажу, али да се писмени материјали који се достављају, нарочито материјали у вези са кривичним поступком и судским одлукама, преводе на језик замољене државе (члан 7 Уговора са Аустријом, слично члан 23 Уговора са Немачком). Достављање замолнице иностраном органу врши се преко министарства надлежног за правосуђе, али се на захтев замољене државе може доставити и дипломатским путем. Ипак, под условом узајамности може се доставити непосредно иностраном правосудном органу, или се, у хитним случајевима, може доставити посредством ИНТЕРПОЛ-а (члан 5 став 4 ЗМППКС).

Замолница и кривични списи достављају се замољеној држави са захтевом да у најкраћем року достави обавештење о својој одлуци. Ако замољена држава у року од шест месеци од када јој је достављена замолница и списи не достави обавештење о својој одлуци, домаћи правосудни орган ће наставити кривично гоњење (члан 53 ЗМППКС). До наставка кривичног гоњења односно кривичног поступка од стране домаћих правосудних органа доћи ће и ако: 1) замољена држава достави одлуку да не прихвата преузимање кривичног гоњења; 2) замољена држава одустане од одлуке о преузимању кривичног гоњења; 3) домаћи правосудни орган одустане од уступања кривичног гоњења пре него што замољена држава достави одлуку о замолници (члан 54 став 2 ЗМППКС).

Уколико инострани органи преузму гоњење, даљи ток поступка одвија се према кривичном материјалном и процесном праву замољене државе. Занимљива је одредба члана 19 став 3 Уговора са Аустријом која прописује да приликом оцењивања саобраћајних кривичних дела замољена држава треба да узме за основу саобраћајне прописе који важе у месту извршења кривичног дела, што значи да се води рачуна и о праву државе молиће.

*Прийварање йре йодношења замолнице.* У хитним случајевима домаћи правосудни орган може замољеној држави поднети захтев за притварање

83 *Ibidem.*

пре подношења замолнице. Овај захтев садржи: 1) податке потребне за утврђивање истоветности лица за које ће бити захтевано уступање кривичног гоњења; 2) чињенични опис и правну квалификацију дела; 3) изјаву о постојању судске одлуке или оптужног акта; 4) изјаву да ће бити поднета замолница. Захтев се надлежном органу замољене државе може поднети непосредно, преко министарства надлежног за правосуђе или преко ИНТЕРПОЛ-а (члан 55 ЗМППКС).

## 8. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Уступање кривичног гоњења страниј држави представља веома битан сегмент међународне правне помоћи у кривичним стварима. Сматрамо добрим решењем што наш законодавац није везао његову примену за кривична дела одређене тежине (имајући у виду запрећену казну), јер се тиме омогућава његова шира примена, што у коначници води делотворнијем вршењу правосуђа у кривичноправној материји. То свакако одговара и савременим условима живота, јер људи све више путују и мењају државе свога пребивалишта односно боравка.

Иако се ова област примарно регулише међународним уговорима, добро је што је и на националном нивоу подробно уређена. Међутим, неопходно је изменити ЗМППКС имајући у виду да је након њега донет нови кривичнопроцесни кодекс – ЗКП, који је у наше законодавство увео бројне новине. У том контексту смо указали на одговарајуће противречности између ова два законска текста у вези са уступањем кривичног гоњења, мада је за очекивати да се исто то може јавити и поводом других облика међународне кривичноправне помоћи.

## ЛИТЕРАТУРА

- Babić M., *Međunarodno krivično pravo*, Pravni fakultet u Banjoj Luci, Banja Luka, 2011.
- Bavcon Lj. et al., *Kaznenopravna zaštita države i njenog društvenog uređenja – Politički delikti*, Globus, Zagreb, 1988.
- Бановић Б., Бејатовић С., Турањанин В., *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2020.
- Бејатовић С., *Međunarodna krivičnopravna pomoć i međunarodni krivični sud*, Intermex, Beograd, 2007a.
- Бејатовић С., „Уступање кривичних списа ради кривичног гоњења и суђења као посебан облик међународне кривичноправне сарадње“, *Наука-Безбедносћ-Полиција*, бр. 1/20076, 3–24.
- Birin V., „Problemi ostvarivanja međunarodne krivičnopravne pomoći“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 1-2/1984, 81–98.

- Бркић С., *Кривично процесно право II*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2013.
- Вуковић И., *Прекршајно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015.
- Вуковић И., *Кривично право: ојшићи гео*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021.
- Грубач М., *Кривично процесно право: Увод и ојшићи гео*, Службени гласник, Београд, 2004.
- Грубач М., Илић Г., Мајић М., *Коментар Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима*, Службени гласник, Београд, 2009.
- Damaška M., „Saobraćajni delikti stranaca“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 3/1971, 375–404.
- de Jonge B., „Transfer of criminal proceedings: from stumbling block to cornerstone of cooperation in criminal matters in the EU“, *ERA Forum - Journal of the Academy of European Law*, 3/2021, 449–464.
- Илић А., „Међународна правна помоћ у кривичним стварима у светлу нове организације кривичног правосуђа“, *Раскрића међународној кривичној и кривичној права – Реформа правосудних закона Републике Србије* (ур. М. Шкулић, И. Миљуш, А. Шкундрић), Удружење за међународно кривично право – Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2023, 69–81.
- Јекић З., *Кривично процесно право*, ASTROPRESS, Beograd, 1994.
- Крапач Д., „Нови институт југославенског кривичног законодавства: уступање кривичног гонjenja страном држави“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 3-4/1978, 241–270.
- Крапач Д., „Међународна кривичноправна помоћ (I dio)“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 5-6/1985, 707–726.
- Крапач Д., „Нови Закон о међународној правној помоћи у казним стварима: начела и поступци“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2/2005, 625–680.
- Кривокарић В., *Енциклопедијски речник међународног права и међународних односа*, Службени гласник, Београд, 2010.
- Радуловић Д., *Међународно кривично право*, Културно-просветна заједница, Подгорица, 1999.
- Simović M., Jovašević D., *Leksikon krivičnog prava Bosne i Hercegovine*, Akademija nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2018.
- Stojanović Z., *Међународно кривично право*, Правна књига, Београд, 2008.
- Стојановић З., *Коментар Кривичној законика*, Службени гласник, Београд, 2017.
- Todorović V., *Pravosudna međunarodna pomoć*, Projuris, Beograd, 2005.
- Токић Г., „Међународна правна помоћ у кривичним стварима“, *Стручни реферати и судска пракса*, Стручни семинар из кривичног и грађанског законодавства, Правосудни центар – Projuris – OSCE, Крагујевац, 26 – 27. мај 2006. године, 80–96.
- Томашевић Г., „Уступање кривичног прогона страном држави“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 1/1993, 145–164.



- Horvat V., „Izvršenje strane krivične presude“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 1/ 1987, 86–105.
- Horvatić Ž., „Političko kazneno djelo“, *Rječnik kaznenog prava* (gl. ur. Ž. Horvatić.), Masmedia, Zagreb, 2002, 398–402.
- Cotič D., „Ustupanje predmeta stranaca i prihvatanje predmeta jugoslovenskih građana radi gonjenja i izdržavanja kazne kao savremeni oblici međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 1-2/1984, 59–80.
- Шкулић М., *Међународно кривично йраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021.

## ПРОПИСИ

- Устав Републике Србије, *Службени йласник РС*, бр. 98/2006, 115/2021.
- Европска конвенције о преносу поступака у кривичним стварима, *Службени лисћ СРЈ – Међународни ујовори*, бр. 10/2001.
- Европска конвенција о сузбијању тероризма, *Службени гласник СРЈ – Међународни уговори*, бр. 10/2001.
- Конвенција о високотехнолошком криминалу, *Службени гласник РС*, бр. 19/2009.
- Конвенција УН о корупцији, *Службени лисћ СЦГ – Међународни ујовори*, бр. 12/2005.
- Конвенција УН против транснационалног организованог криминала, *Службени лисћ СРЈ – Међународни ујовори*, бр. 6/2001.
- Кривичноправна конвенција о корупцији, *Службени лисћ СРЈ – Међународни ујовори*, бр. 2/2002, *Службени лисћ СЦГ – Међународни ујовори*, бр. 18/2005.
- Конвенција о издавању криваца између Србије и Швајцарске, *Службене новине*, бр. 83/1888.
- Конвенција о узајамним правним односима између ФНРЈ и Краљевине Грчке, *Службени лисћ ФНРЈ – Додайак*, бр. 7/1960.
- Конвенција између СФРЈ и Француске Републике о узајамној правној помоћи у кривичним стварима, *Службени лисћ СФРЈ – Додайак*, бр. 16/1971.
- Конвенција о екстрадицији и правној помоћи у кривичним стварима између СФРЈ и Краљевине Белгије, *Службени лисћ СФРЈ – Додайак*, бр. 9/1973.
- Уговор између ФНРЈ и Румунске Народне Републике о правној помоћи, *Службени лисћ ФНРЈ – Додайак*, бр. 8/1961.
- Уговор између ФНРЈ и Народне Републике Пољске о правном саобраћају у грађанским и кривичним стварима, *Службени лисћ ФНРЈ – Додайак*, бр. 5/1963.
- Уговор између Уговор између ФНРЈ и СССР-а о правној помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима, *Службени лисћ ФНРЈ – Додайак*, бр. 5/1963.

- Уговор између СФРЈ и Чехословачке Социјалистичке Републике о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима, *Службени листи СФРЈ - Додатак*, бр. 13/1964.
- Уговор о узајамном правном саобраћају између ФНРЈ и Народне Републике Мађарске, *Службени листи СФРЈ – Међународни ујовори*, бр. 3/1968, *Службени листи СФРЈ - Међународни ујовори*, бр. 1/1987.
- Уговор између СФРЈ и Савезне Републике Немачке о правној помоћи у кривичним стварима, *Службени листи СФРЈ*, бр. 33/1972.
- Уговор између СФРЈ и Монголске Народне Републике о пружању правне помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима, *Службени листи СФРЈ – Међународни ујовори*, бр. 7/1982.
- Уговор између СФРЈ и Републике Аустрије о правној помоћи у кривичним стварима, *Службени листи СФРЈ – Међународни ујовори*, бр. 2/1983.
- Уговор између Савезне Републике Југославије и Републике Хрватске о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени листи СРЈ – Међународни ујовори*, бр. 1/1998.
- Уговор између Србије и Црне Горе и Босне и Херцеговине о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени листи СЦГ – Међународни ујовори*, бр. 6/2005, *Службени йласник РС – Међународни ујовори*, бр. 13/2010 - др. закон.
- Уговора између Републике Србије и Црне Горе о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени йласник РС – Међународни ујовори*, бр. 1/2010
- Уговор између Републике Србије и Црне Горе о изменама и допунама Уговора између Републике Србије и Црне горе о изручењу, *Службени йласник РС – Међународни ујовори*, бр. 1/2011.
- Уговор између Републике Србије и Републике Словеније о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени йласник РС – Међународни ујовори*, бр. 9/2011.
- Уговор између Републике Србије и Републике Македоније о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени йласник РС – Међународни ујовори*, бр. 5/2012.
- Уговор између Републике Србије и Републике Белорусије о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени йласник РС – Међународни ујовори*, бр. 13/2013, 1/2014.
- Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима - ЗМППКС, *Службени йласник РС*, бр. 20/2009.
- Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима, *Службени листи ЦГ*, бр. 4/2008, 36/2013.
- Закон о кривичном поступку - ЗКП/77, *Службени листи СФРЈ*, бр. 4/1977, 14/1985, 74/1987, 57/1989, 3/1990, *Службени листи СРЈ*, бр. 27/1992, 24/1994.
- Закон о прекршајима, *Службени йласник РС*, бр. 65/2013, 13 /2016, 98/2016 - УС, 91/2019 - др. закон, 91/2019, 112/2022 – УС.

Закон о странцима - ЗС, Службени йласник РС, бр. 24/2018, 31/2019, 62/2023.  
Законик о кривичном поступку – ЗКП/01, Службени лисїй СРЈ, бр. 70/2001,  
68/2002, Службени йласник РС, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005  
– др. закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон, 72/2009, 76/2010.  
Законик о кривичном поступку – ЗКП, Службени йласник РС, бр. 72/2011,  
101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука  
УС, 62/2021 – одлука УС.  
Кривични законик - КЗ, Службени йласник РС, бр. 5/2005, 88/2005 - испр.,  
107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016,  
35/2019.

*Emir Ćorović, PhD\**

## **CEDING OF CRIMINAL PROSECUTION TO A FOREIGN COUNTRY AS A FORM OF INTERNATIONAL LEGAL ASSISTANCE IN CRIMINAL MATTERS**

### *Summary*

*This article refers to one type of international legal assistance in criminal matters, the ceding of criminal prosecution to a foreign state. It is about a situation where one country, on whose territory a criminal offense was committed, cedes criminal prosecution to another country, of which the defendant is a citizen or in which he has a place of residence. This deviates from the territorial principle of spatial validity of the criminal legislation of one state. Like any other form of international legal assistance, the ceding of criminal prosecution is primarily carried out on the basis of international treaties, and if there are no such treaties, then the national law is applied. The article will discuss the basic features of this institute, with a special focus on the provisions of the Law on International Legal Assistance in Criminal Matters of the Republic of Serbia, regarding the ceding of criminal prosecution to a foreign state.*

**Keywords: international legal assistance, ceding of criminal prosecution to a foreign state, Republic of Serbia.**

---

\* Associate Professor, State University at Novi Pazar, Department of Legal Sciences, ecorovic@np.ac.rs.



## ТЕОРИЈСКИ И ПРАКТИЧНИ АСПЕКТИ ПОСРЕДНОГ ИЗВРШИЛАШТВА У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ<sup>1</sup>

*Апстракт:* Римски статут Међународној кривичној суда је први међународнојравни документ који је успоставио суштинску разлику између извршилаштва и саучесништва као форми учествовања у међународном кривичном делу. Све до тада, у доктрини, као и у пракси међународних правосудних органа, није управљена начелна разлика између извршиоца и саучесника, већ су сва лица која су својим понашањем допринела вршењу међународној злочина једноставно смањрана његовим учиниоцем (извршиоцем). Одредба члана 25. Римској статуту не само да јасно одваја извршилаштво од саучесништва, успостављајући на тај начин и хијерархијски поређане степен одговорности, већ на прецизан начин одређује и само извршилаштво, тако што га структурално своди на његове три типичне форме: непосредно извршилаштво, посредно извршилаштво и саизвршилаштво. Посредно вршење кривичној дела је на тај начин изашло из вишедеценијске сенке униформној модели учинилаштва, и задобило је јасније контуре прецизирањем да одговорност лица из сенке не зависи од тога да ли је лице које је инструментализовано и само криво за остварено неправо. Питање које су то ситуације када је оправдана примена конструкције посредној извршилаштва у међународном кривичном праву није непосредно реулисано, већ је оно преуишено ближе дефинисању од стране теоретичара и практичара, с тим што је досадашња пракса Међународној кривичној суда већ израдила чврсте критеријуме у том правцу, јасно указавши и на теоријски модел на коме се темељи примена ове форме извршилаштва.

---

\* Доцент, Универзитет у Београду – Правни факултет, ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-8076-0633>, [djokic@ius.bg.ac.rs](mailto:djokic@ius.bg.ac.rs).

<sup>1</sup> Овај рад је настао као резултат истраживања у оквиру стратешког пројекта за 2024. годину „Проблеми стварања, тумачења и примене права“ (подтема: „Правосуђе и изазови данашњице“ – тема истраживачке групе: „Правна заштита од рата и у рату“), који финансира Правни факултет Универзитета у Београду.

**Кључне речи: посредно извршилаштво, власт над делом, организовани апарат моћи, Римски статут, Међународни кривични суд.**

## 1. УВОД

Правна фигура посредног извршилаштва представља плод новије доктрине међународног кривичног права. Све до усвајања Римског статута појам учиниоца (извршиоца) међународног кривичног дела одређиван је у духу монистичког (униформног) модела, или концепта тзв. јединственог извршиоца (екстензивни појам извршиоца) – где се свако ко је узрочно допринео остварењу законског бића кривичног дела, без обзира на квалитет и значај доприноса, сматра извршиоцем.<sup>2</sup> У оквиру таквог система не прави се никаква појмовна разлика између појединих учинилачких форми, већ се сви учесници, независно од конкретне улоге у остварењу кривичног дела, сматрају извршиоцима кривичног дела. Наравно да се и у оквиру тог система води рачуна о интензитету појединачног доприноса оствареном неправу, али се то не чини на апстрактном плану, већ преваходно у фази судског одмеравања казне. Иако га апстрактно узев због начелне нормативне изједначености свих учесника одликује једноставност, такав поједностављен приступ појму извршиоца кривичног дела пати од одређених недостатака, услед чега је ретко заступљен у упоредном кривичном праву.<sup>3</sup> Насупрот њему стоји дуалистички модел (рестиктивни појам извршиоца) учествовања у кривичном делу, који подразумева разликовање између

2 Вид. М. Шкулић, „Облици учествовања у остварењу кривичног дела – (са)извршилаштво и саучесништво у Римском статуту“, *Међународни научни скупи – Примена међународној кривичној права у националним законодавствима*, Тара, 2005, 111–115.

3 Законским изједначавањем учинилачких форми губи се специфичан садржај неправва сваке поједине противправне радње, с тим што се истовремено и незнатним помагачким доприносима даје извршилачки карактер, што на концу има проширивање кажњивости и на неуспело помагање. Даља негативна последица тог система јесте и формално третирање извршиоцем оног лица које код каквог посебног деликта не поседује потребну квалификацију, али на одређени начин учествује у остварењу таквог кривичног дела. Н-Н. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1978, 525. На европском тлу јединствени појам извршиоца кривичног дела прихваћен је примера ради у Аустрији, Данској, Италији, Исланду, а од њега у основи полази и савремено кривично право у Сједињеним Америчким Државама, које је избрисало *common law* разлику између извршиоца и саучесника (вид. А. М. Rabie, „The Uniform Approach to Participation in Criminal Law: A Comparative Study of Italian and American Law“, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, № 3/1971, 288.) и у основи се определило за екстензивни појам извршиоца кривичног дела, што је присутно не само на федералном нивоу, већ и у већини савезних држава. Ј. М. Scheb, Ј. М. Scheb II, *Criminal Law*, Wadsworth, 2009, 85.

извршилаштва, као најинтензивније форме учествовања у (сопственом) делу, и њему акцесорног саучесништва, које се своди на пружање одговарајућег неизвршилачког доприноса (туђем) кривичном делу. Док се извршилаштво схвата као непосредно, посредно или заједничко извршење сопственог кривичног дела, саучесништво, које обухвата подстрекавање и помагање, представља учествовање у туђем делу.<sup>4</sup> Карактеристика овог система је несамостални, акцесорни карактер саучесништва, односно његова везаност за извршилаштво. Саучесници се не кажњавају за самостално остварење сопственог деликта, већ за саучествовање у туђем делу, које управљачком и владајућом вољом остварује извршилац. Без дела извршиоца, као главног субјекта кривичног дела, нема услова за одговорност подстрекача и помагача.<sup>5</sup>

Извршење међународног кривичног дела типично укључује већи број лица, која су мање или више чврсто повезана у добро осмишљену и организовану мрежу учесника. Но, без обзира на колективну природу кривичних дела која се врше у оквиру међународног права, неспорно је да увек треба утврдити индивидуалну одговорност појединих учесника. У вези са тим, важно је истаћи да степен индивидуалне одговорности у мрежи колективне акције по правилу не зависи од тога у којој је мери понашање појединца удаљено од конкретне кажњиве радње, којом су непосредно остварена обележја кривичног дела; штавише, та се одговорност најчешће увећава што је дистанца између улоге оног учесника који у читавом подухвату представља централну фигуру и непосредног извршиоца израженија (између осталог то потврђује и одговорност нацистичких вођа за масовне злочине у чијем извршењу по правилу нису непосредно учествовали).<sup>6</sup> Премда међународна кривична дела углавном подразумевају повезаност више лица која учествују у њиховом остварењу, а неретко се врше тако што се користе читаве организације, па и делови државне структуре, питању извршилаштва и саучесништва у доктрини међународног кривичног права посвећена је мала пажња, а и у међународним актима му није дато запаженије место.<sup>7</sup> У зачетку међународне кривичноправне мисли, када је проблем субјективне одговорности за повреде међународног хуманитарног права већ постао очигледан, правила међународног карактера о формама учествовања у кривичном делу била су крајње фрагментарна и рудиментарна.

Тако су према одредби члана 6(ц) Статута Нирибершког Међународног војног трибунала за суђење ратним злочинцима из II светског рата *вође, организатори, подстрекачи и помагачи* који су учествовали у стварању или спровођењу заједничког плана или завере ради извршења злочина против

4 И. Ђокић, *Извршилаштво у кривичном праву*, Београд, 2021, 20.

5 Н. Fuchs, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, Wien-New York, 2008, 281.

6 G. Werle, „Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute”, *Journal of International Criminal Justice*, 5/2007, 953–954.

7 З. Стојановић, *Међународно кривично право*, Београд, 2016, 72.

међународног права, сматрани одговорним чак и за кривична дела која су остварили други учесници у извођењу заједничког плана. И Закон број 10 Контролног савета за Немачку (који је представљао модификовану верзију Статута Нирнбершког трибунала) садржао је у члану II (2) прилично детаљну одредбу о томе ко се могао сматрати извршиоцем међународног кривичног дела. Иако је у оквиру те одредбе учињена појмовна разлика између извршиоца и саучесника, њен значај је више практични, него теоријски, с обзиром на то да је суштински циљ суђења у Нирнбергу и каснијим поступцима под покровитељством сила победница (пред војним трибунаlima у окупационим зонама који су судили припадницима нацистичког режима који нису заузимали највише положаје у Трећем Рајху) био да се на што једноставнији начин и у што ширем обиму омогући осуда одговорних за стравичне злочине у току II светског рата. На теоријском плану је тек незнатан простор дат разликовању извршилаштва и саучесништва, јер се у основи полазило од тога да различити видови партиципације у кривичном делу апстрактно представљају једнако невредан облик понашања и да се свако ко је на одређени начин пружио потпору кривичном делу сматра његовим извршиоцем.<sup>8</sup>

Нешто софистициранија правила у том погледу развијена су у сâм смирај XX века, а садржана су у статутима два *ad hoc* трибунала, за бившу Југославију и за Руанду. И у једном и у другом статуту (члан 7. став 1. Статута Трибунала за бившу Југославију и члан 6. став 1. Статута Трибунала за Руанду) набројане су форме учествовања у кривичном делу, почев од *извршилаштва*, преко *йланирања* и *наређивања*, па све до *йодстйрекавања* и *йомајања*. Начелно би се могло рећи да је оваквим нормирањем учинилаштва учињен заокрет у односу на претходно усвојени модел јединственог појма извршиоца кривичног дела, али без обзира на терминолошко раздвајање могућих форми партиципације у делу, у суштини се остало при ставу о начелно једнако вредном доприносу свих учесника у кривичном делу. Тај став је додатно учвршћен и прилично широко постављеним претпоставкама за успостављање одговорности за међународно кривично дело на основу заједничког (удруженог) злочиначког подухвата (*joint criminal enterprise*), конструкције која је развијена кроз праксу Трибунала за бившу Југославију, за чију је примену ослонац наводно пронађен у дотадашњем међународном обичајном праву.<sup>9</sup> Стога би се могло рећи да је

8 G. Werle, *op. cit.*, 954–955.

9 Нарочито је спорна трећа („проширена“) варијанта овог облика одговорности, јер се њом озбиљно угрожава начело кривице, с обзиром на изузетно низак праг одговорности. Према тој варијанти заједничког злочиначког подухвата, са непосредним извршиоцем изједначава се и лице које није имало сазнање да је неко лице у остваривању заједничког плана или циља остварило кривично дело, под условом да је то само могло предвидети. Вид. З. Стојановић, *op. cit.*, 73. Основни проблем те конструкције представља то што се сваки учесник, па и онај који није поступао са одговарајућим *mens rea* елементом, једнако сматра извршиоцем



разликовање које је у статутима спроведено више дескриптивне природе, него што има одговарајући нормативни значај у погледу успостављања хијерархије субјеката међународног кривичног дела. Ипак, у пракси два трибунала дошло је до изражаја настојање да се између различитих могућих видова учествовања у кривичном делу успостави извесна градација. Тако је у случају *Васиљевић* жалбено веће Трибунала за бившу Југославију заузело став да се помагање у кривичном делу сматра блажим обликом одговорности за међународно кривично дело од саизвршилаштва, те да стога заслужује блажу казну. Слично и жалбено веће Трибунала за Руанду у случају *Semanza* закључује да када понашање учиниоца испуњава услове и за помагање и за наређивање злочина, онда учиниоца треба сматрати наредбодавцем. Такви ставови указују на једно дубље промишљање о тежини и значају доприноса делу, што за последицу има извесно одступање од владајућег концепта јединственог извршиоца и искорак ка усвајању дуалистичког модела, који је идејно оријентисан ка степенасто раздвојеним нивоима одговорности у зависности од тежине и значаја доприноса кривичном делу.<sup>10</sup>

Ипак, истинску прекретницу у том погледу у оквиру међународног кривичног права представља усвајање Римског статута Међународног кривичног суда, који се недвосмислено приклања дуалистичком моделу, деобом учинилаштва на извршилаштво и саучесништво, с тим што на изричит начин одређује и три традиционалне форме извршилаштва.<sup>11</sup>

## 2. ФОРМЕ ИЗВРШИЛАШТВА У РИМСКОМ СТАТУТУ

Традиционално учење и у оквиру рестриктивног схватања појма извршиоца кривичног дела, прави разлику између три форме извршилаштва. Извршиоцем кривичног дела се најпре сматра оно лице које само предузима радњу извршења и у целости остварује деликтни садржај описан законском нормом, што представља непосредно извршилаштво, као својеврсни прототип извршилаштва. При томе није спорно да непосредни извршилац не мора у целости својеручно да оствари биће кривичног дела, већ се може послужити неком направом, животињом, или дејством какве механичке, или природне силе. У старијој доктрини појам извршиоца кривичног дела био је одређиван управо на овакав начин, односно тај

---

кривичног дела, при чему тежина објективног прилога делу не утиче значајно на утврђивање степена кривице. Н. Satō, "International Criminal Responsibility Concerning 'Control over an Organization' and Command Responsibility *Lato Sensu*", *International Criminal Law Review*, 3/2012, 294.

10 G. Werle, *op. cit.*, 955–956.

11 Вид. М. Шкулић, *Међународно кривично право*, Београд, 2020, 157.

појам је био сведен искључиво на форму појединачног извршиоца који непосредно остварује законска обележја кривичног дела и у целости испуњава законски опис. Каснији догматски развој појма извршиоца кривичног дела претрпео је извесно проширивање и на случајеве када једно лице остварује кривично дело посредством другог лица, које се појављује као средство у његовим рукама (посредно извршилаштво), као и на ситуације када више лица као равноправни партнери заједнички учествују у извршењу кривичног дела (саизвршилаштво).<sup>12</sup> Од овог, данас у упоредном праву доминантог приступа, пошао је и Римски статут Међународног кривичног суда. Први пут је кроз одредбе Статута у међународном кривичном праву успостављена не само дескриптивна, већ и суштинска разлика између извршилаштва и саучесништва, тако што је и на апстрактном плану изражена диференцијација учинилачких форми, сходно квалитету и тежини доприноса.

Тако ће се према члану 25. став. 3 (а) Римског статута сматрати кривично одговорним и казниће се за кривично дело из надлежности Међународног кривичног суда свако лице које такво кривично дело изврши лично (непосредно извршилаштво), заједно са групом(а) (саизвршилаштво), или йреко (йосредством) групой лица (посредно извршилаштво), независно од тога да ли се то друго лице може сматрати кривично одговорним.<sup>13</sup> Осим три категорије извршилаштва Статут наводи (члан 25[б]) и наређивање као форму кажњивог понашања, а затим у истом ставу и подстрекавање, које се изражава са два термина који имају слично значење (*soliciting, inducing*), али се и један и други термин односи на радње које се у европском кривичном праву уобичајено подводе под појам подстрекавања.<sup>14</sup> Као даљу претпоставку кажњивости ових форми понашања Статут предвиђа да дело чије је извршење наређено или на које се навођење односи буде извршено,

12 У нашем кривичном праву се у основи остаје на најужем схватању појма извршиоца кривичног дела, које се односи искључиво на непосредног извршиоца, с обзиром на то да појам посредног извршиоца није законом одређен, док је саизвршилаштво догматски сврстано у саучесништво (у ширем смислу).

13 Званични превод Римског статута на овом месту садржи озбиљну омашку, јер је за описно одређено саизвршилаштво употребљен неадекватан израз – саучесништво. „У складу са овим Статутом, Суд може водити кривични поступак и казнити извршиоца кривичног дела само ако је исти кривично одговоран и уколико је кривично дело из надлежности Суда: (а) Извршио лично или у саучесништву (подвукао И. Ђ.) са другим лицима или посредством другог лица, без обзира да ли је то друго лице кривично одговорно.“ Закон о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда, *Службени листи СРЈ* – Међународни уговори бр. 5/2001. Оригинални текст ове одредбе Статута гласи: *In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person: (a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible.*

14 З. Стојановић, *op. cit.*, 74.

или барем покушано, што представља уважавање става да је саучесништво акцесорне правне природе и да само по себи не заснива кажњивост. Статут предвиђа и помагање (члан 25[ц]) као лакшу форму саучесништва и коначно, као најмање интензиван вид учествовања у међународном кривичном делу сваки вид доприноса и подржавања извршења кривичног дела од стране групе, која делује са заједничким циљем (члан 25[д]), што се у суштини своди на форму одговорности коју је популаризовао Трибунал за бившу Југославију, а која је позната као заједнички злочиначки подухват, уз нешто више захтеве на субјективном плану, него што је то раније био случај.

Оно што представља најупечатљивију карактеристику ове одредбе Статута није само редефинисање обима индивидуалне одговорности у међународном кривичном праву, већ пре свега систематизација облика учествовања у остварењу међународног кривичног дела. За разлику од правила садржаних у статутима два *ad hoc* трибунала, одредба из члана 25. став 3. Римског статута није ограничена искључиво на набрајање форми учествовања у међународном злочину, већ те форме по интензитету доприноса неправу деликта истовремено класификује.<sup>15</sup> Сходно томе, прави се разлика између четири нивоа кривичне одговорности: извршење кривичног дела представља најинтензивнију форму учествовања у остварењу међународног кривичног дела, за њим следи наређивање злочина и са њим изједначено подстрекавање, па нешто слабије изражена подршка у виду разних помагачких делатности и на концу, као најблажи вид партиципације предвиђено је доприношење кривичном делу извршеном од стране какве групе лица. Додуше, оваква градација облика одговорности није експлицитно језички изражена у члану 25. Статута, с обзиром на то да за сваког учиниоца под условом да је кривично одговоран важи исти казнени распон, односно казна која је предвиђена за учињено кривично дело, али сама структура норме недвосмислено указује на то да побројане форме учествовања нису плод просте дескрипције, већ да представљају хијерархијски наведене модалитете остварења међународног кривичног дела, што у крајњој линији значи да представљају и индикаторе за процену степена индивидуалне кривице сваког појединог учесника.<sup>16</sup>

При томе је ван сваке сумње да иако поменута норма разликује више нивоа одговорности, основна диференцијација се врши по линији која раздваја извршилаштво с једне стране и све остале манифестације кажњивог понашања у оквирима међународног кривичног права са друге стране. У првом случају ради се о одговорности за дело које је резултат сопственог понашања, док се у другом случају ради о врсти изведене одговорности за кривично дело које је непосредно извршено од стране неког другог учесника. Тиме је у ствари коначно потврђено правило да је саучесништво

15 G. Werle, *op. cit.*, 956.

16 *Ibid.*, 957.

засебна правна категорија и у оквирима међународног кривичног права, те да оно има несамосталну правну природу, јер зависи од тога да ли је извршилац кривичног дела својим понашањем закорачио у зону кажњивог понашања.

Када се ради о посредном извршилаштву, као поткатегорији извршења кривичног дела, оно је, иако је одавно познато у оквирима националних правних система, први пут озаконено изричитом међународноправном нормом. Пре ступања на снагу Римског статута посредно извршење кривичног дела не само да није било утемељено у одговарајућој међународноправној норми, већ то питање није било разматрано од стране интернационалних правосудних органа, тако да његово увођење у Статут није било мотивисано кодификовањем постојећих обичајних правила, већ прихватањем једне у основи неспорне конструкције коју су развила национална кривична законодавства и њима одговарајућа доктрина. Штавише, значај одредбе која посебно обликује и посредно извршилаштво као модалитет извршења међународног кривичног дела не лежи у чињеници да је на тај начин криминализовано понашање које до тада није могло да се сматра кажњивим (напротив, такво понашање је увек повлачило казну у међународном кривичном праву, али пре свега по основу наређивања, планирања или навођења на злочин), већ пре свега у томе што је оно јасно истакнуто као једна засебна поткатегорија извршења, којој је једновремено својствен нарочито висок степен одговорности за остварено неправо.<sup>17</sup>

У европску догматику правна фигура посредног извршилаштва ушла је из немачке доктрине, а тамо се појавила као израз криминалнополитичке нужности попуњавања одређених празнина које је на плану кажњавања изродила доследна примена теорије потпуне (екстремне) акцесорности,<sup>18</sup> према којој је саучесништво условљено присуством свих општих конститутивних елемената кривичног дела на страни извршиоца.<sup>19</sup> Иако је преласком на теорију ограничене (лимитиране) акцесорности отпао основни разлог увођења посредног извршилаштва у систем кривичног права, оно

17 *Ibid*, 963–964.

18 Од потпуне акцесорности, иако није била позната под тим именом (*narrow theory of accessorial liability*) полазило је и енглеско кривично право још од XVIII века. Одговорност саучесника зависила је од одговорности извршиоца; први је могао да одговара једино ако је овај други крив. Осим овог материјалноправног, постојало је и процесно правило сходно коме је било неопходно да извршилац најпре буде осуђен да би саучесник могао формално бити оптужен. Иако је вероватно реч о потпуно независном развоју англосаксонског права у односу на достигнућа немачке доктрине, исти разлози су диктирали потребу усвајања конструкције посредног извршилаштва. P. Alldridge, „The Doctrine of Innocent Agency“, *Criminal Law Forum*, 1/1991, 46–48. Амерички Модел Кривичног законика (*Model Penal Code*) у § 2.06(2) изричито регулише посредно извршилаштво (*A person is legally accountable for the conduct of another person when: (a) [...] he causes an innocent or irresponsible person to engage in such conduct [...]*).

19 Н-Н. Jescheck, *op. cit.*, 540.

је упоредној, нарочито немачкој, доктрини детаљно разрађено и има одговарајућу примену и у судској пракси.<sup>20</sup>

Посредни извршилац (*mittelbarer Täter, principal using an innocent agent, perpetrator by means*) је оно лице које кривично дело врши тако што се за његово остварење користи другим лицем као средством, које са своје стране игра једну посредничку улогу у каузалном ланцу.<sup>21</sup> Оно што је суштинско, конститутивно за посредно извршилаштво, то је да једно лице управља делатностима другог лица,<sup>22</sup> на такав начин да се лице које представља оруђе налази у подређеној позицији у односу на оно лице које, држећи у рукама процес остварења, господари догађајем (*master-mind*). Сликвито говорећи, посредни извршилац користи туђе руке за извршење властитог кривичног дела.<sup>23</sup>

У типичним ситуацијама посредног вршења кривичног дела лице у позадини, користи друго лице које као људско средство под његовом контролом непосредно и нескривљено (тзв. *недолозно оруђе*) остварује објективна обележја кривичног дела. На страни непосредног извршиоца постоји неки недостатак (дефект) којим се посредни извршилац користи за извршење кривичног дела, а који онемогућава кажњавање лица које непосредно остварује законска обележја дела. Управо у неодговорности лица-оружа лежи основни разлог за прихватање конструкције посредног извршилаштва,<sup>24</sup> јер је тај непосредно делујући субјект само инструмент у рукама другог лица чију замисао остварује.<sup>25</sup> У основи, од овакве варијанте посредног извршилаштва кренуло је англосаксонско кривично право, ограничавајући га на остварење кривичног дела преко лица које сâмо није одговорно (*innocent agent*), јер нпр. није достигло потребан узраст, или је његово понашање покривено неким основом искључења противправности, односно другим видом „одбране“ (*defence*), или једноставно нема потребан субјективни однос (*mens rea*) према делу.<sup>26</sup>

Међутим, посредно извршилаштво ређе обухвата и вршење дела посредством другог лица које скривљено остварује неправо кривичног дела (тзв.

20 Посредно извршилаштво није непосредно регулисано Кривичним закоником Републике Србије, али готово једнодушно је прихваћено у нашој литератури да постоји потреба за његовом применом у оним ретким ситуацијама у којима се и кроз најширу примену теорије лимитиране акцесорности не може засновати одговорност за саучесништво. Вид. И. Ђокић, *op. cit.*, 67–76.

21 J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 2003, 701.

22 F. Bačić, *Komentar krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije*, (redaktor: N. Srzentić), Beograd, 1988, 117.

23 J. Wessels, W. Beulke, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg, 2011, 201.

24 И. Вуковић, „О ситуацијама посредног извршилаштва у српском кривичном праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, 1/2013, 98–99.

25 F. Bačić, *op. cit.*, 117.

26 D. Ormerod, K. Laird, *Smith and Hogan's Criminal Law*, Oxford, 2015, 211; A. P. Simester, J. R. Spencer, G. R. Sullivan, G. J. Virgo, *Simester and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, Oxford-Portland, 2010, 207–208.

долозно оруђе) и које се и сâмо појављује у улози непосредног извршиоца.<sup>27</sup> Такве нетипичне ситуације подразумевају постојање два извршиоца истог кривичног дела, једног из сенке, који посредно врши кривично дело, и другог, који непосредно остварује законска обележја бића кривичног дела. У немачкој доктрини за такве констелације користи се израз „извршилац иза извршиоца“ (*Täter hinter dem Täter*), а и Римски статут не искључује овакву варијанту, с обзиром на то да према изричитој одредби одговорност посредног извршиоца не зависи од постојања одговорности посредника, односно лица које непосредно предузима радњу извршења.

Додуше, неки од тих случајева су спорни, јер отварају проблем разграничења са подстрекавањем као формом саучесништва, што на практичном плану и не игра значајнију улогу, јер и за посредног извршиоца, као и за подстрекача важи исти казнени распон,<sup>28</sup> али је питање од начелног значаја, услед тога што се неспорним сматра да свака извршилачка форма представља интензивнији вид учествовања у кривичном делу него било која форма саучесништва.<sup>29</sup> Заједничко и за посредно извршилаштво и за подстрекавање јесте што у оба случаја иза непосредно делујућег (посредник-оруже, односно извршилац) стоји лице у позадини. Из те структуралне сличности проистичу потешкоће при разграничењу ових форми.<sup>30</sup> Као основно мерило у решавању овог проблема у немачкој доктрини користе се поставке теорије власти над делом, што претпоставља да лице из сенке, да би се могло означити посредним извршиоцем, мора имати надмоћну и руководећу позицију у односу на процес остварења кривичног дела, док посредник, иако власторучно испуњава обележја законског бића, као инфериорнији субјект има само подређену улогу. Ток догађаја треба да се одрази као „дело“ посредног извршиоца, тј. он мора плански да управља каузалним током, потчињавајући га својој вољи, упркос томе што друго одговорно лице непосредно дејствује у остварењу неправда.<sup>31</sup> Власт над делом у случају препуштања извођења радње извршења другом лицу може оправдати надмоћ над његовим знањем (*Wissensherrschaft*), или над његовом вољом (*Willensherrschaft*), коју поседује лице у позадини. Стога се као основне појавне форме посредног извршења кривичног дела појављују случајеви употребе принуде према другом лицу које непосредно врши кривично дело (*Nötigungsherrschaft*, *Willensherrschaft kraft Nötigung*), као и коришћење обмане, тј. довођење или одржавање у заблуди онога ко се на тај начин наводи на предузимање радње извршења (*Irrtumsherrschaft*,

27 E. Schmidhäuser, *Einführung in das Strafrecht*, Opladen, 1984, 238; K. Kühl, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2008, 656.

28 T. Weigend, „Indirect Perpetration“, *The Law and Practice of the International Criminal Court* (ed. Stahn Carsten), Oxford, 2015, 539.

29 J. Бутуровић, „Посредни извршилац у југословенском кривичном праву“, *Јуџословенска ревија за криминологију и кривично право*, 4/1987, 192.

30 J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *op. cit.*, 707.

31 И. Ђокић, *op. cit.*, 64.

*Willensherrschaft kraft Irrtums*).<sup>32</sup> Таква власт чини кривично дело сопственим.<sup>33</sup> У сваком случају, посредни извршилац или искоришћава интелектуални/психички дефицит посредника, или га принуђава на остварење радње извршења кривичног дела.<sup>34</sup> За обе варијанте ипак је карактеристично да се посредни извршилац појављује као централна фигура која влада догађајем на тај начин да се дело сматра његовим, иако је извршено посредством другог.<sup>35</sup> Поред ове две форме посредног извршилаштва у немачкој доктрини развијено је и учење о трећој варијанти посредног извршилаштва на темељу власти над вољом другог лица на основу организованог апарата моћи (*Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*), који омогућава управљање догађајем стварањем таквог апарата моћи који садржи услове за произвољну замену извршилачких органа и који не зависи од спремности појединца да изврши наређење.<sup>36</sup> За међународно кривично право је управо ова концепција посредног извршилаштва од значаја, услед тога што иза међународних злочина углавном стоје добро организоване групе, или делови државне структуре. С обзиром на то да на пољу тзв. макрокриминалитета, тј. систематског и масовног криминалитета организованог, спроведеног или подржаног од стране структура државне власти, непосредни извршилац (егзекутор) углавном поступа скривљено, потребно је на изванредан начин редефинисати претпоставке посредног извршилаштва и дозволити га и у случају када иза непосредног извршиоца стоји хијерархијски организована структура моћи.<sup>37</sup> Наравно, за потврду одговорности лица из сенке потребно је утврдити да ли је то лице имало довољну и ефективну контролу над деловањем директног извршиоца на основу моћи која извире из руковођења (криминалном) организацијом.<sup>38</sup>

У случају постојања једне од наведених варијанти власти над догађајем кривично дело се сматра делом лица у позадини, тј. делом посредног извршиоца, коме се због његове руководеће улоге приписује радња коју је предузело лице у улози посредника. Исто важи и за остале претпоставке кривичноправне кажњивости (биће кривичног дела, противправност и кривицу); све оне се урачунавају посредном извршиоцу.<sup>39</sup>

32 K. Kühn, *op. cit.*, 657.

33 M. Шкулић (2020), *op. cit.*, 158.

34 M. Forster, *Strafrecht I. Basler Kommentar* (Hrsg. M. A. Niggli, H. Wiprächtiger), Basel, 2007, 477–478.

35 K. Kühn, *op. cit.*, 657.

36 C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, 2003, 23.

37 K. Ambos, *Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary* (editor: K. Ambos), Beck Nomos Hart, 2022, 1208.

38 J. L. Černič, „Shaping the Spiderweb: Towards the Concept of Joint Commission Through Another Person Under the Rome Statute and Jurisprudence of the International Criminal Court“, *Criminal Law Forum*, 22/2011, 552.

39 И. Ђокић, *op. cit.*, 65.

### 3. ПОСРЕДНО ИЗВРШИЛАШТВО НА ТЕМЕЉУ ОРГАНИЗОВАНОГ АПАРАТА МОЋИ У ПРАКСИ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА

Као што је већ истакнуто, осим варијанти посредног извршилаштва које се заснивају на употреби принуде према лицу које је инструментализовано, или искоришћавању заблуде тог лица преко кога се индиректно остварује кривично дело, у немачкој литератури је присутна и трећа, самостална форма посредног извршилаштва на основу моћи организације (*Organisationsherrschaft*), коју је пре више од пет деценија конструисао Роксин. Она постоји у случају када лицу у позадини за извршење кривичних дела стоји на располагању организован апарат моћи на основу кога се реализација конкретног кривичног дела не препушта слободној одлуци непосредног извршиоца, с тим што таква организацијска моћ не сме имати објективно нормативно упориште, тј. мора бити супротна правилима која важе у једном правном поретку. У обзир углавном долазе кривична дела учињена под покровитељством највишег државног руководства, као што је био пример злочина извршених у нацистичкој Немачкој (и у другим режимима злочиначког карактера изграђеним на системском неправу), као и вршење кривичних дела од стране неформалних структура моћи, тј. организованих криминалних група, мафијашких и сличних организација.<sup>40</sup> Таква организација ипак неће постојати када се свега неколико партнера у злочину лично повезало, већ се захтева да организација достигне једну значајну величину и да се не ослања на одређене појединачне чланове.<sup>41</sup> Пресудно је да организација поседује значајан резервоар лица која може искористити у случају потребе.<sup>42</sup>

Онај ко у таквим структурама контролише полуге моћи и има наредбодавну улогу, поседује и сопствену власт над делом непосредног извршиоца, јер унутрашње устројство апарата обезбеђује извршење наредби независно од тога ком индивидуално одређеном лицу ће бити препуштено непосредно остварење дела, пошто „апарат власти“ као систем сам по себи обезбеђује извршење кривичног дела.<sup>43</sup> Јер сваки припадник такве структуре који својеручно остварује законска обележја дела представља само мали и заменљиви шраф читавог механизма („точкић у систему“), чијом елиминацијом у исти мах на његово место ступа други члан, тако да онај ко издаје

40 B. Schönemann, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Berlin, 2007, 1909; C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin-Boston, 2019, 269, 842–843.

41 C. Roxin (2019), *op. cit.*, 843.

42 G. Stratenwerth, L. Kuhlen, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, München, 2011, 236.

43 М. Шкулић, „Однос организованог криминалитета у кривичноправном смислу и саучесништва“, *НБП – журнал за криминалистичку и йраво*, 3/2014, 21.



заповести углавном лично и не познаје онога ко је задужен за њихово спровођење. Стога се овде власт лица у позадини које се појављује као својеврсни извршилац за *йисаћим сћолом* (*Schreibtischtäter*) не темељи на принуди или заблуди (иако и оне могу бити присутне), већ на *заменљивосћи* (*Fungibilität*) непосредног извршиоца. Навођење на дело које се уобичајено сматра подстрекавањем, јер од подстрекнутог зависи да ли ће и под којим условима кривично дело бити извршено, овде заснива власт над делом, пошто евентуално непристајање једног члана да се нађе у улози извршиоца не утиче на судбину дела, с обзиром на неминовност његове замене ма којим другим припадником.<sup>44</sup> При томе се између наредбодавца који персонификује саму врхушку организованог апарата моћи и непосредног извршиоца може наћи читав низ посредника, тако да се у делу извршеном од стране само једног непосредног извршиоца може успоставити дугачак ланац посредних извршилаца (илустративан је у том погледу пример многобројних убистава учињених у концентрационим логорима у време II светског рата кроз подужи низ команди).<sup>45</sup> Одлучујуће за успостављање овог облика одговорности је дакле постојање једног строго хијерархијски устројеног и беспрекорно уходаног механизма на чијем се челу налази лице које из позадине може управљати подређеним делом организације и без личног издавања наредби лицима која су задужена за њихово спровођење у дело.<sup>46</sup> С друге стране, за све оне подстицајне радње које се не односе на активности које су уткане у основно језгро организованог апарата моћи и које представљају суштину његовог постојања, важе општа правила о саучесништву.<sup>47</sup>

С обзиром на наведене одлике овако конципиране организацијске власти, као даља њена претпоставка истиче се нужно постојање несклада целокупног апарата моћи којим руководи лице у позадини са захтевима правног поретка. Наиме, све док су управљачка структура и органи извршења неке

44 В. Schünemann, *op. cit.*, 1909–1910; С. Roxin (2019), *op. cit.*, 843. Суштину овог облика посредног извршилаштва поједини аутори (Schroder) не препознају у заменљивости припадника, већ у једној општој спремности (одлучности) члана организације да безизузетно спроведе у дело издату му наредбу. U. Kindhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 2011, 341.

45 Занимљиво је да је у процесу који је у Израелу вођен против Адолфа Ајхмана (Adolf Otto Eichmann) одбрана инсистирала на томе да не постоји основ за његову одговорност, због тога што он није био наредбодавац злочина који су извршени против јеврејског народа, већ је само као војник преносио наређења са вишег нивоа и био мали точак система. Према речима његовог адвоката (Servatius) прави извршилац холокауста била је држава, а не појединац. Међутим, према Роксиновој тези о власти над делом на основу организацијске моћи његова улога се уклапа у модел посредног извршиоца, јер исти критеријуми који заснивају посредно извршилаштво њему надређених лица важе и за њега у односу на њему подређене, којима је он преносио наређења. Вид. С. Roxin (2019), *op. cit.*, 273–274.

46 Т. Rotsch, „Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 3/2000, 532.

47 В. Schünemann, *op. cit.*, 1910.

организације у свом деловању потчињени наредбама правног поретка, издавање заповести да се врше противправна дела не може засновати власт над делом лица у позадини, пошто је одбијање поступања по таквим налозима често предвиђено као обавеза потчињеног. Стога се у случају војног старешине који издаје очигледно противправно наређење потчињеном који има потпуни увид у недозвољеност последица које ће произаћи из извршења такве заповести одговорност може успоставити једино на основу подстрекавања. Сходно томе, за овакав вид организацијске власти преостају једино случајеви када носиоци државне принуде и прерогатива власти стварају један потпуно злочиначки тип режима (Трећи рајх), или када се супротно правилима објективног права формира „држава у држави“, што показују примери бројних терористичких организација. Такође, према ставу немачких аутора који је ослоњен и на судску одлуку у случају Сташинскиј (Staschynskij) овде би дошле у обзир и тајне стране службе, све док поседују добро изграђену мрежу агената која осигурава сигурно реализовање захтева централе.<sup>48</sup>

Схватање о организацијској власти као основу посредног извршилаштва данас је широко заступљено у немачкој литератури, а потврду је средином деведесетих година прошлог века доживело и у пракси када је Савезни суд чланове Политбироа и Националног већа одбране Немачке Демократске Републике осудио као посредне извршиоце за убиства која су по њиховом налогу учинили гранични стражари у случајевима недозвољеног преласка границе и пребега из источног у западни део Берлина. Иако се суд својом одлуком није строго везао за наведену концепцију, у образложењу је истакао да постоје случајеви у којима упркос неокрњеној одговорности непосредног извршиоца допринос лица у позадини готово аутоматски води остварењу од њега жељеног бића кривичног дела. Тако нешто постоји када лице у позадини искоришћава услове који су одређени кроз структуру организације у оквиру којих његов допринос изазива редован ток догађаја, па се такво лице сматра носиоцем власти над делом и посредним извршиоцем.<sup>49</sup> Додуше, оно што би могло бити спорно јесте да ли се случајеви посредног извршилаштва када је непосредни извршилац у пуној мери одговоран и даље могу третирати у оквиру догматике власти над делом. Управљање током догађаја од стране лица из сенке је овде донекле ослабљено, с обзиром на то да непосредни извршилац није инструментализован у уобичајеном смислу, тј. код њега не постоји никакав дефицит на плану одговорности, услед чега се не би могло негирати гледиште да то лице представља стварног носиоца власти над делом (јер у сваком тренутку може одустати од спровођења криминалне радње) и да је моћ посредног извршиоца над током догађаја само виртуелна. Ипак, с једне стране, лимитирана контрола узрочног тока од стране посредног извршиоца

48 *Ibid.*

49 И. Ђокић, *op. cit.*, 124–125.

компензује се његовом лидерском позицијом у организацији која располаже широким ресурсима на плану расположивих припадника организације спремних да остваре криминални план, док се с друге стране и за лице које непосредно врши кривично дело, услед институционалне припадности и везаности за интерне односе, не може рећи да располаже истинском аутономијом деловања.<sup>50</sup>

Премда у послератној међународној јуриспруденцији не постоји одлука у којој је на недвосмислен и изричит начин прихваћена концепција посредног извршилаштва заснована на власти над делом на темељу организованог апарата моћи, могло би се тврдити да је та концепција (иако није била повезана са посредним извршилаштвом) прећутно садржана у предмету *U.S. v. Altstötter (Justice Trial)* од стране америчког војног трибунала из 1947. године, пошто су оптужени оглашени кривим због свесног учествовања у злочиначком систему организованим од стране државе (...*conscious participation in a nationwide government-organized system of cruelty and injustice...*), тј. због њиховог учешћа у извршењу злочина путем хијерархијске организационе структуре.<sup>51</sup> Доцније је та доктрина препозната и од стране националних судова, који су настојали да лидере организација не третирају као саучеснике, већ као извршиоце, уз образложење да у случају комплексних злочина степен одговорности појединог учесника расте пропорционално његовој улози коју има у оквиру организације.<sup>52</sup> Тако се у случају који је у Израелу вођен против Ајхмана суд, у контексту масовних злочина, позвао на тип организационе одговорности, или власт над делом од стране „лица за писаћим столом“, што у суштини представља реafirмацију става заузетог у послератним суђењима немачким званичницима на простору америчке окупационе зоне. Слично је и у аргентинском процесу против команданата војне хунте суд разматрао питање извршења кривичног дела на основу организацијске власти, закључивши да су оптужени доминирали радњама услед тога што су контролисали организацију која их је извршила (ко контролише систем контролише и анонимну вољу свих појединаца система – *who dominates the system dominates the anonymous will of all the men who constitute it*).<sup>53</sup> Доктрина је наишла на плодно тле и у Латинској Америци. У Перуу је 2009. године бивши председник (Alberto Fujimori) осуђен као посредни извршилац за злочине које су учиниле његове специјалне јединице, управо на темељу концепта о организованом апарату моћи.<sup>54</sup>

50 K. Ambos (2022), *op. cit.*, 1213–1214.

51 *Ibid.*, 1208.

52 N. Jain, *Perpetrators and Accessories in International Criminal Law. Individual Modes of Responsibility for Collective Crimes*, Hart Publishing, 2016, 91.

53 K. Ambos (2022), *op. cit.*, 1208.

54 C. Roxin (2019), *op. cit.*, 841–842. Више о том случају: K. Ambos, „The Fujimori Judgment. A President’s Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus“, *Journal of International Criminal Justice*, 9/2011, 137–158.

Први случај пред Међународним кривичним судом у оквиру којег је отворено питање вршења међународног кривичног дела посредством другог лица јесте предмет *Lubanga*. Претпретресно веће је у том случају закључило да лица која имају власт над делом представљају извршиоце, с обзиром на то да та лица имају контролу над вољом оних учесника који непосредно остварују објективне елементе кривичног дела, као и да типичну манифестацију доктрине власти над делом представљају управо примери посредног извршилаштва.<sup>55</sup> Упркос томе, претпретресно веће у овом предмету није применило ту конструкцију према окривљеном, нити је уопште расправљан концепт власти над делом на основу организованог апарата моћи.<sup>56</sup> Тек је у процесу *Katanga and Ngudjolo Chui* закључено да су за међународно кривично право од највећег значаја управо случајеви у којима се иза посредног извршиоца налази (посредни) извршилац који кривично дело остварује посредством доминације коју му пружа контрола над организованим апаратом моћи. Суд је утврдио да тај облик одговорности почива на хијерархијски устројеној организацији у оквиру које се наређења лица које поседује власт над организацијом аутоматски спроводе у дело од стране заменљивих подређених чланова. Како би избегао приговор да се лица која непосредно врше кривично дело третирају као голи каузални фактори, иако су у пуној мери одговорни за сопствено понашање, Суд претпоставку власти над делом на темељу организованог апарата моћи која се своди на *заменљивост* непосредних извршилаца замењује условом *аутоматској йовиновања* наредбама лица које господари организацијом. Стога је за потврду посредног извршилаштва по том основу довољно да лице у позадини осигура *слеју йослушност* кроз интензивне, строге и насилне режиме тренинга (примера ради отмицом малолетника и њиховом подвргавању строгим програмима обуке у оквиру којих се оспособљавају да користе ватрено оружје, пљачкају, силују и убијају, или кроз механизме плаћања и кажњавања). На тај начин модификоване претпоставке посредног извршилаштва на основу организованог апарата моћи боље осликавају недостатак институционалне аутономије посредног извршиоца масовних злочина, које то лице врши услед притиска криминалног система или организације којој припада.<sup>57</sup>

Потврдом ове доктрине у одлуци жалбеног већа у случају *Lubanga* могло би се рећи да теорија власти над делом на темељу организованог апарата моћи представља руководно мерило за разграничење извршилаштва и саучесништва у пракси Међународног кривичног суда.<sup>58</sup> При томе је кроз

55 F. Jessberger, J. Geneuss, „On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in *Al Bashir*. German Doctrine at The Hague”, *Journal of International Criminal Justice*, 6/2008, 858.

56 K. Ambos (2022), *op. cit.*, 1209.

57 K. Ambos (2022), *op. cit.*, 1209–1210.

58 Наравно, то не значи да све судије безрезервно прихватају овај критеријум, који, с обзиром на теоријску природу и порекло и није експлицитно уграђен у одредбе Римског статута. У том контексту, судија Van den Wyngaert у свом

праксу Суда у пуној мери прихваћена конструкција посредног извршилаштва и у случајевима када је лице које непосредно остварује обележја кривичног дела свесно свог дела и његове забрањености, а поступа и са одговарајућим обликом кривице (*mens rea*), што подразумева да је и оно одговорно за неправу у чијем остварењу учествује. Суд нарочито наглашава да у таквим констелацијама треба поћи од једне нормативно обојене процене односа између лица које се појављује у улози посредног извршиоца и лица из сенке, како би се утврдило да ли лице из позадине управља током догађаја и представља правог господара дела.<sup>59</sup> Наравно, посредни извршилац мора поступати са одговарајућим субјективним елементом у односу на дело које непосредно остварује посредник и мора бити свестан да контролише извршење кривичног дела преко другог лица.<sup>60</sup> Недавно је претресно веће у предмету *Ntaganda* у контексту тзв. посредног саизвршилаштва (*indirect co-perpetration*),<sup>61</sup> под претпоставком да се оно може сматрати формом посредног вршења кривичног дела, такође препознало форму

---

издвојеном мишљењу у предмету *Ngudjolo* истиче да владајуће схватање о контроли организованог апарата моћи пре представља само једну врсту доказног фактора који би указивао на то да је (посредни) извршилац имао доминантну вољу у поступку извршења, која је била надређена вољи непосредног извршиоца. I. Marchuk, *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law. A Comparative Law Analysis*, Berlin-Heidelberg, 2014, 207.

59 К. Ambos (2022), *op. cit.*, 1210–1211.

60 Б. Бановић, С. Бејатовић, В. Турањанин, *Међународно кривично право*, Крагујевац, 2020, 131.

61 Концепт тзв. посредног саизвршилаштва најпре је, од стране Међународног кривичног суда, развијен у предмету *Katanga and Ngudjolo Chui*, када је претпретресно веће спојило две неспорне форме извршилаштва (саизвршилаштво и посредно извршилаштво) у једну нову мешовиту форму (*mittelbare Mittäterschaft*), за коју се ипак истиче да не представља самосталну категорију извршилаштва, већ фактичку подударност две признате форме извршилаштва. У конкретном случају веће је закључило да су оптужени, у улози команданата својих паравојних трупа, на основу заједничког плана (напад на село Bogogo), пружили битан допринос реализацији плана кроз механизме својих организација. На тај начин је претпретресно веће проширило одговорност обојице оптужених, сматрајући их не само посредним извршиоцима, већ у исти мах и саизвршиоцима. Наравно, из начела кривице произлази да у оваквим хибридниим случајевима (вертикалног и хоризонталног повезивања партнера у злочину) сваки учесник мора поседовати одговарајући субјективни однос (*mens rea*) према кривичном делу које је учињено од стране њихових организација. К. Ambos, 2022, *op. cit.*, 1212. Комбинована варијанта одговорности се показала нарочито погодном за оптужбе против високих државних званичника, као што су били поступци вођени против председника неколико афричких држава (Al Bashir, Gaddafi, Gbagbo). I. Marchuk, *op. cit.*, 203. Супротна комбинација тих форми извршилаштва прихваћена је у случају *Blé Goudé*, у варијанти заједничког посредног извршилаштва, или саизвршилаштва у посредном извршилаштву (*Mittäterschaft in mittelbarer Täterschaft*). Одлика ове комбинације огледа се у постојању једне (криминалне) организације коју контролише више равноправних субјеката повезаних заједничким циљем. Заправо, ради се о

организоване контроле над вољом заменљивих непосредних извршилаца, који су подређени вољи посредног извршиоца који контролише апарат моћи. При томе, претресно веће прихвата већ испољен став жалбеног већа у предмету *Lubanga* да улогу појединог учесника заједничког подухвата треба процењивати из угла нормативних критеријума, уз ослонац на теорију власти над делом као основно мерило за разграничење извршилаштва и њему подређених форми учествовања у међународном кривичном делу. Важно је истаћи да Суд потцртава да за потврду посредног извршилаштва треба да буду испуњени виши стандарди од оних који се захтевају за саизвршилаштво, које иначе, под условом да се не учествује у радњи извршења, подразумева битан допринос кривичном делу (*essential contribution*), што се у међународноправној доктрини углавном тумачи на тај начин да без таквог прилога делу оно не би могло бити извршено. За приписивање понашања непосредног извршиоца лицу које њиме из позадине управља према ставу Суда неопходно је потврдити ефективну контролу на основу организацијске моћи.<sup>62</sup>

#### 4. ЗАВРШНА РАЗМАТРАЊА

Премда Римски статут представља први међународноправни инструмент који недвосмислено издваја посредно извршилаштво као засебну поткатегорију извршилаштва, у доктрини међународног кривичног права заузет је став да то није било нужно, јер се случајеви у којима једно лице манипулише другим и користи га као посредника у остварењу кривичног дела углавном без потешкоћа могу подвести под наређивање злочина, подстрекавање или чак саизвршилаштво. Међутим, експлицитна норма којом је обликован тај модалитет извршења омогућава да се лице иза завесе неспорно сматра извршиоцем кривичног дела, што указује на прворазредну улогу и доминантни положај које једно лице има у колективном остварењу кривичног дела.<sup>63</sup> Ово је утолико значајније с обзиром на то да у међународној кривичноправној литератури, као и у пракси Међународног кривичног суда, преовлађује схватање да су четири облика учествовања у међународном кривичном делу, описана одредбама члана 25. Римског статута, истовремено и четири нивоа одговорности, који су грађирани према степену прекора који се учиниоцу може упутити.<sup>64</sup> У том контексту и начелни разлози налажу да се већ на

---

ситуацији где више лидера у улози посредног извршиоца заједнички управљају истом хијерархијски устројеном организацијом. К. Ambos (2022), *op. cit.*, 1212–1213.

62 К. Ambos (2022), *op. cit.*, 1211.

63 G. Werle, *op. cit.*, 974.

64 I. Marchuk, *op. cit.*, 216. У доктрини ипак постоје и супротна схватања, која одбацују градацију облика учествовања у међународном кривичном делу. Вид. E. van Sliedregt, „Perpetration and Participation in Article 25(3)“, *The Law and Practice of the International Criminal Court* (ed. C. Stahn), Oxford, 2015, 512–513.

апстрактном плану изразе карактеристике одређене форме учествовања у остварењу међународног кривичног дела, које ће у пуној мери доћи до изражаја на плану одмеравања казне конкретном учиниоцу. Такође, чланом 25. став 3(а) прецизирано је да постојање конструкције и одговорност посредног извршиоца не зависи од тога да ли је посредник у делу кривично одговоран или не, што би у одсуству прецизне норме могло бити спорно.<sup>65</sup>

Изричито разликовање извршилаштва и саучесништва у одредбама Римског статута наметнуло је и тражење критеријума за разграничење тих форми учинилаштва. Док су норме о облицима учествовања у остварењу међународног кривичног дела биле крајње рудиментарне, јер се озбиљније није улазило у проблематику диференцијације апстрактних учинилачких улога (униформни модел извршиоца кривичног дела), то се питање није разматрало, иако су и у сам освит међународноправне доктрине и међународног правосуђа одређена схватања коришћена као подлога за оправдање позивања на одговорност лица која су се огрешила о темељна правила међународног хуманитарног права.

Тако су суђења нацистичким лидерима након II светског рата била заснована на концепту завере (*conspiracy*), која представља *common law* доктрину познату по својој флексибилности и широким границама, с обзиром на то да у неким кривичноправним системима представља не само засебно кривично дело, већ и облик одговорности који омогућава кажњавање и оног учесника који је, иако није учествовао у остварењу групног кривичног дела чије извршење представља ексцес у односу на заједнички циљ, могао да га предвиди. Амерички правници су препознали предности овог учења, искористивши га као подлогу у процесу који су за предмет имали нацистичке злочине. Штавише, Нирнбершко тужилаштво је читаву нацистичку еру окарактерисало као једну специфичну заверу, која је за неколико деценија својом мрежом обухватила хиљаде појединаца са више континената.<sup>66</sup>

Рад два *ad hoc* трибунала обележила је доктрина заједничког злочиначког подухвата, којом је било омогућено приписивање извршилачке одговорности свим припадницима групе окупљене око заједничког циља,<sup>67</sup> као

65 Првобитно је одредба Римског статута којом је одређен појам извршиоца требало да гласи тако да омогући посредно извршилаштво једино у случају када је посредник у делу (лице-оруђе, тј. непосредни извршилац) нескривљено остварио обележја кривичног дела. *A person shall be deemed a principal where that person commits the crime through an innocent agent who is not aware of the criminal nature of the act committed, such as a minor, a person of defective mental capacity or a person acting under mistake of fact or otherwise acting without mens rea.* T. Weigend, *op. cit.*, 542.

66 J. D. Ohlin, „Searching for the Hinterman. In Praise of Subjective Theories of Imputation“, *Journal of International Criminal Justice*, 12/2014, 327.

67 Услед тога што је доктрина заједничког злочиначког подухвата (*joint criminal enterprise*) тужилаштву олакшавала процесни положај, омогућавањем једноставнијег доказивања нечије одговорности, њен акроним на енглеском језику – JCE је врло брзо реинтерпретиран у шаљивом, али нажалост и истинитом тону – *just convict everyone*.

и у нешто мањој мери одговорност за радње потчињених (командна одговорност). Иако је доктрина заједничког злочиначког подухвата готово обертуре пригрљена, пре свега од стране праксе Трибунала за бившу Југославију,<sup>68</sup> у теорији је наишла на снажан талас критике. Пре свега, под знаком питања је порекло установе заједничког злочиначког подухвата, јер, упркос томе што је жалбено веће Трибунала за бившу Југославију у случају Тадић констатовало како се ради о неспорном институту који је „чврсто уобличен у међународном обичајном праву“, поједини аутори то негирају,<sup>69</sup> а уз то држе да се олаким прихватањем једне тако лабаве конструкције угрожава темељно начело сваког кривичноправног поретка, па и оног међународног – начело законитости.<sup>70</sup> Осим тога, трећа, проширена варијанта заједничког злочиначког подухвата коси се са принципом кривице, уводећи на мала врата колективну одговорност,<sup>71</sup> с обзиром на то да се припаднику одређеног заједничког подухвата приписује одговорност и за оне последице дела које није обухватио својом субјективном сфером, па се чини крајње неприхватљивим изједначити таквог учесника са непосредним извршиоцем, што је у пракси скоро без икаквих резерви дошло до изражаја.<sup>72</sup>

Коначно је кроз праксу Међународног кривичног суда афирмисано учење о власти над делом (*control theory*), које, иако није једнодушно прихваћено, ипак представља основни критеријум за разграничење између извршилаштва и осталих мање прекорљивих категорија учинилаштва из члана 25. Римског статута. При томе је у домену посредног извршилаштва тријумф доживело учење о власти над делом на основу организованог апарата моћи, као најподеснији теоријски оквир за објашњење посредног вршења кривичног дела у области међународног кривичног права.<sup>73</sup> Дакле,

68 Сâм концепт заједничког злочиначког подухвата први пут је уздрман у случају *Сџакић*, када је претресно веће изразило сумњу у погледу прихватљивости такве конструкције, која је по мишљењу већа не само контроверзна, већ и непотребна, јер је оптужени једноставно могао, полазећи од претпоставки теорије власти над делом, бити осуђен као саизвршилац у делима која су му оптужбом стављена на терет. Међутим, жалбено веће је, заузевши једну крајње афирмативну позицију спрам конструкције заједничког злочиначког подухвата, елегантно одбацило аргументацију претресног већа. G. Werle, *op. cit.*, 960.

69 Чак се истиче да је Трибунал за бившу Југославију „измислио“ конструкцију заједничког злочиначког подухвата. З. Стојановић, *op. cit.*, 74–75.

70 G. Werle, *op. cit.*, 960–961.

71 S. Manacorda, C. Meloni, „Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise. Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?“, *Journal of International Criminal Justice*, 9/2011, 166–167.

72 M. E. Badar Mohamed, „„Just convict everyone!“ – Joint Perpetration: From Tadić to Stakić and Back Again“, *International Criminal Law Review*, 6/2006, 301–302; G. Werle, *op. cit.*, 961.

73 Додуше, постоји и схватање да теорија власти над делом на основу организованог апарата моћи у свом изворном облику подразумева строго хијерархијске организације засноване на системском неправу (Трећи Рајх) и да стога није сасвим



док је доктрина заједничког злочиначког подухвата представљала основни механизам за оптужбу (и осуду) пред *ad hoc* Трибуналом за бившу Југославију, пракса Међународног кривичног суда је напустила ову флексибилну форму одговорности у корист добро познатих и у оквирима националних законодавстава углавном већ добро утемељених класичних форми учествовања у кривичном делу – саизвршилаштва и посредног извршилаштва. Међутим, и даље је отворено питање да ли се посредно извршилаштво и мимо одредаба Римског статута довољно укоренило као засебна правна категорија, да се већ може сматрати делом међународног обичајног права, и хоће ли се у перспективи даље развијати, како наговештавају досад малобројне одлуке Међународног кривичног суда, или ће у међувремену у домену одговорности државних челника и вођа (криминалних) организација за међународни злочин, преимућство преузети неки други облици одговорности.<sup>74</sup>

## ЛИТЕРАТУРА

- Alldridge P., „The Doctrine of Innocent Agency“, *Criminal Law Forum*, 1/1991, 45–83.
- Ambos K., „The *Fujimori* Judgment. A President’s Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus“, *Journal of International Criminal Justice*, 2011, 137–158.
- Ambos K., *Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary* (editor: K. Ambos), Beck Nomos Hart, 2022.
- Vačić F., *Komentar krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije*, (redaktor: N. Srzentić), Beograd, 1988.
- Badar M. E., „’Just convict everyone!’ – Joint Perpetration: From Tadić to Stakić and Back Again“, *International Criminal Law Review*, 6/2006, 293–302.
- Бановић Б., Бејатовић С., Турањанин В., *Међународно кривично право*, Крагујевац, 2020.
- Baumann J., Weber U., Wolfgang M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 2003.
- Бутуровић Ј., „Посредни извршилац у југословенском кривичном праву“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, 4/1987, 178–199.
- Černić Letnar J., „Shaping the Spiderweb: Towards the Concept of Joint Commission Through Another Person Under the Rome Statute and Jurisprudence of the International Criminal Court“, *Criminal Law Forum*, 22/2011, 539–565.
- Ђокић И., *Извршилаштво у кривичном праву*, Београд, 2021.
- Forster M., *Strafrecht I. Basler Kommentar* (Hrsg. M. A. Niggli, H. Wiprächtiger), Basel, 2007.

---

подесна за злочине учињене од стране неформалних структура моћи, као што су конфликти на афричком тлу, који су предмет поступака пред Међународним кривичним судом. S. Manacorda, C. Meloni, *op. cit.*, 171.

74 T. Weigend, *op. cit.*, 540–541.

- Fuchs H., *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, Wien-New York, 2008.
- Jain N., *Perpetrators and Accessories in International Criminal Law. Individual Modes of Responsibility for Collective Crimes*, Hart Publishing, 2016.
- Jescheck Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1978.
- Jessberger F., Geneuss J., "On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in *Al Bashir*. German Doctrine at The Hague", *Journal of International Criminal Justice*, 6/2008, 853–869.
- Kindhäuser Urs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 2011.
- Kühl Kristian, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2008.
- Manacorda S., Meloni C., „Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise. Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?“, *Journal of International Criminal Justice*, 9/2011, 159–178.
- Marchuk I., *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law. A Comparative Law Analysis*, Berlin-Heidelberg, 2014.
- Ohlin David J., „Searching for the Hinterman. In Praise of Subjective Theories of Imputation“, *Journal of International Criminal Justice*, 12/2014, 325–343.
- Ormerod D., Laird K., *Smith and Hogan's Criminal Law*, Oxford, 2015.
- Rabie M. A., „The Uniform Approach to Participation in Criminal Law: A Comparative Study of Italian and American Law“, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 3/1971, 281–292.
- Rotsch T., „Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 3/2000, 518–562.
- Roxin C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, 2003.
- Roxin C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin-Boston, 2019.
- Satō H., „International Criminal Responsibility Concerning 'Control over an Organization' and Command Responsibility *Lato Sensu*“, *International Criminal Law Review*, 3/2012, 293–300.
- Scheb M. J., Scheb M. J. II, *Criminal Law*, Wadsworth, 2009.
- Schünemann B., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Berlin, 2007.
- Schmidhäuser E., *Einführung in das Strafrecht*, Opladen, 1984.
- Simester P. A., Spencer R. J., Sullivan R. G., Virgo J. G., *Simester and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, Oxford-Portland, 2010.
- Sliedregt van Elies, „Perpetration and Participation in Article 25(3)“, *The Law and Practice of the International Criminal Court* (ed. Stahn Carsten), Oxford, 2015, 499–516.
- Стојановић З., *Међународно кривично право*, Београд, 2016.
- Stratenwerth G., Lothar K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, München, 2011.
- Шкулић М., „Облици учествовања у остварењу кривичног дела – (са)-извршилаштво и саучесништво у Римском статуту“, *Међународни научни скупи – Примена међународној кривичној права у националним законодавствима*, Тара, 2005, 103–159.
- Шкулић М., „Односно организованог криминалитета у кривичноправном смислу и саучесништва“, *НБП – журнал за криминалистичку и право*, 3/2014, 1–26.

- Шкулић М., *Међународно кривично право*, Београд, 2020.
- Вуковић И., „О ситуацијама посредног извршилаштва у српском кривичном праву“, *Анали Правној факултета у Београду*, 1/2013, 96–121.
- Weigend T., „Indirect Perpetration“, *The Law and Practice of the International Criminal Court* (ed. Stahn Carsten), Oxford, 2015, 538–556.
- Werle G., „Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute“, *Journal of International Criminal Justice*, 5/2007, 953–975.
- Wessels J., Werner B., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg, 2011.

**Ivan Đokić, PhD\***

## THEORETICAL AND PRACTICAL ASPECTS OF INDIRECT PERPETRATION IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

### Summary

*The Rome Statute of the International Criminal Court is the first international legal document to establish a fundamental distinction between perpetration and complicity as forms of involvement in international criminal offence. Until then, in doctrine as well as in the practice of international courts, no principled distinction had been made between perpetrators and accomplices; instead, all individuals who contributed to the commission of an international crime by their conduct were simply considered its perpetrators. Article 25 of the Rome Statute not only clearly separates perpetration from complicity, thereby establishing hierarchically ordered forms of responsibility, but also precisely defines perpetration itself by structurally reducing it to its three typical forms: direct perpetration, indirect perpetration, and co-perpetration. Indirect commission of a criminal offence has thus emerged from the multi-decade shadow of the uniform model of perpetration and has acquired clearer contours by specifying that the responsibility of the indirect perpetrator does not depend on whether the individual instrumentalized and used as a means of commission is criminally liable for the accomplished criminal act. The question of which situations justify the application of the construct of indirect perpetration in international criminal law is not directly regulated but is left to closer definition by theorists and practitioners, although the practice of the International Criminal Court has already established firmer criteria in that direction, clearly indicating the theoretical model on which the application of this form of perpetration is based (the theory of control over the act based on an organized apparatus of power). However, the question still*

\* Assistant Professor, University of Belgrade – Faculty of Law, [djokic@ius.bg.ac.rs](mailto:djokic@ius.bg.ac.rs).

*remains open as to whether indirect perpetration can be considered a part of customary international law and whether its future looks bright, as hinted at by the few decisions of the International Criminal Court so far, or whether other forms of responsibility will take precedence in the meantime in the realm of the responsibility of state leaders and leaders of (criminal) organizations for international crimes.*

**Keywords: Indirect Perpetration, Control Over the Act, Organized Apparatus of Power, Rome Statute, International Criminal Court.**

## УПОТРЕБЕ СИСТЕМА ВЕШТАЧКЕ ИНТЕЛИГЕНЦИЈЕ У ОРУЖАНИМ СУКОБИМА – ПРАВНА ЗАШТИТА И ПРАВНИ ИЗАЗОВИ<sup>1</sup>

*Апстракт:* Упо́требe сис\_тема/елемента́а вешта́чке ин\_тели\_генци\_је (AI) шоком и у вези са оружаним сукобима намећу бројне етич\_ке и правне изазове почев од начелних, у области формулисања основних принципа стварања алгоритама AI, контроле људи над њима и адекватних и ризичних тестирања њихове сигурности/безбедности. Наглашени су правни изазови и потреба правне заштите од употребе елемената и облика AI у домену оружаних сукоба. Предмет бројних научних и стручних дискусија на међународном нивоу је евентуална забрана употребе „смртоносних аутономних оружаних система“, способности алгоритама AI да испољују начела међународној хуманитарној права, потреба регулисања употребе елемената и форми AI у војне сврхе – „аутономних“ оружаних система и издавање захтева/смернице „значајне људске контроле“ над системом. Једно од кључних питања је да ли инспирисани међународној кривичној права могу да се примене у ситуацијама када се услед дејства борбених средстава која поседују елементе AI остваре обележја међународној кривичној дела, пре свега ратних злочина, или је потребно формулисати нова/додајна правна правила. Ауторка у раду издваја основне видове употребе система AI шоком оружаних сукоба/у вези са оружаним сукобима: уједињавање у оружане системе, употреба у сајбер и информатичким операцијама и „ратови информацијама“; информативна, помоћна и аналитичка улога AI софтвера.

**Кључне речи:** алгоритми AI, „аутономни“ оружани системи, „смртоносни аутономни оружани системи“, међународно хуманитарно право, међународно кривично право.

\* Доцент Универзитета у Београду – Правног факултета, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8147-4061>, [ivana.miljus@ius.bg.ac.rs](mailto:ivana.miljus@ius.bg.ac.rs).

1 Овај рад је настао као резултат истраживања у оквиру стратешког пројекта за 2024. годину „Проблеми стварања, тумачења и примене права“ (подтема: „Правосуђе и изазови данашњице“ – тема истраживачке групе: „Правна заштита од рата и у рату“), који финансира Правни факултет Универзитета у Београду.

## 1. УВОД

„Смртоносни аутономни оружани системи“ („*Lethal Autonomous Weapon Systems*“: LAWS) специфична су врста/категорија оружаних система којима по дефиницији не управља човек, већ употребљавају склопове сензора и компјутерске алгоритме да би независно идентификовали мету и уграђени оружани систем да би мету напали и унишили.<sup>2</sup> „Способни су да примене силу без значајне људске контроле или надзора“.<sup>3</sup>

О учешћу у оружаним сукобима потпуно аутономних оружаних система, односно деловању облика вештачке интелигенције уграђене у оружје, у потпуности без ангажовања или било ког вида контроле човека нема поузданих података, због чега се ови системи везују за будуће време. Значајно се разматра на теоријском нивоу и у стручним дискусијама забрана њиховог развоја, производње и употребе или регулатива „аутономних“ оружаних система управо због претпоставке и страха да би развој технологије вештачке интелигенције (*Artificial Intelligence*: AI) која се користи у неким беспосадним летилицама/возилима/пловилима са напредним карактеристикама могао да иде у правцу да машина од човека преузме доношење одлуке о употреби оружја.<sup>4</sup>

С обзиром на тренутно доступне податке о нивоу истраживања развоја AI технологије<sup>5</sup> и војне технологије, начелно можемо говорити о оснаживању технологија елементима вештачке интелигенције, поверавању вештачкој интелигенцији уграђеној у софтвере које користе борбена средства – беспосадна даљински управљива возила, релативно једноставнијих задатака, те и мање спорних задатака, попут навигације и извиђања. Осим тога, уочава се подела задатака између човека и машине. Концепти „аутономије“ аутономних оружаних система су различити – аутономија уз надзор и блокирање и полуаутономија система. Степен мешања човека – оператера у активности оружаног система може да буде различит. Оператер може да има надзорну улогу у деловању система (надгледање система и заустављање напада на мету), тзв. човек на петљи („*human on the loop*“) или улогу у избору мета/циљева – одлучивање о нападу на циљеве („*human in the loop*“) које затим

2 Congressional Research Service, Defense Primer: U.S. Policy on Lethal Autonomous Weapon Systems, In Focus, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF11150>, 1. март 2024.

У литератури се сусрећу и други називи за аутономне оружане системе као што је „оружана вештачка интелигенција“ („*weaponized AI*“) или „смртоносна вештачка интелигенција“ („*lethal AI*“)

3 E. Rosert, F. Sauer, „How (not) to stop the killer robots: A comparative analysis of humanitarian disarmament campaign strategies“, *Contemporary Security Policy*, Vol. 42, 1/2021, 15.

4 Видети: M. Peck, Meet the Marine Lizard: Is China's New Tank All Hype?, *The National Interest*, <https://nationalinterest.org/blog/buzz/meet-marine-lizard-chinas-new-tank-all-hype-53212>, 8. март 2024.

5 Различите врсте AI технологија са различитим степеном софистицираности су машински вид, машинско учење, фузија сензора, интелигенција „роја“ итд.

нападају „полуаутономни оружани системи“, тзв. „оружја пуцај и заборави“ („*fire and forget weapons*“).<sup>6</sup> Развој вештачке интелигенције ствара нове могућности за тимски рад и интеракцију људи и машина, као што је нпр. подела функција AI алгоритма „виртуелни сувозач“ и људског пилота.<sup>7</sup>

Елементи вештачке интелигенције уграђују се у борбене авионе, беспосадне летилице/дронове, велике „ројеве“ беспосадних летилица опремљене интелигентним софтвером за међусобну комуникацију,<sup>8</sup> системе противваздушне одбране, копнена возила (роботе-тенкове), пловила (бродове-дронове, дронове-подморнице), системе у свемиру.

Потенцијална очекивања од алгоритама вештачке интелигенције су пре свега аутономно летење и пловидба према правилима, избегавање препрека, прикупљање, анализа и размена података, када су у питању одбрамбени оружани системи – процена ситуације на терену, препознавање циљева, њихова категоризација према степену опасности, избор најбоље тактике за одбијање напада. Заговорници аутономних оружаних система наглашавају да је њихова најважнија предност уклањање неизбежних кашњења између команди оператера и одговора система као и омогућавање борбе брзином машине.<sup>9</sup>

## 2. СТИГМАТИЗАЦИЈА АУТОНОМНИХ ОРУЖАНИХ СИСТЕМА

Бројни су етички, правни и безбедносни аргументи против употребе аутономних оружаних система (*Autonomous Weapon Systems: AWS*). Темељни аргумент је етичке природе. Неприхватљиво је да машина уместо човека

6 Видети: Congressional Research Service, Defense Primer: U.S. Policy on Lethal Autonomous Weapon Systems, In Focus.

Када је реч о полуаутономном оружју, „човек бира циљ, а оружје извршава напад“. Потпуно аутономно оружје човек одлучује да лансира, а оно само бира специфичан циљ за напад. О димензијама аутономије видети: P. Scharre, *Army of None: Autonomous Weapons and the Future of War*, W. W. Norton & Company, New York – London, 2018, 26–34.

7 M. Davis, „The Artificial Intelligence “Backseater” in Future Air Combat”, *The Strategist*, 2021, <https://www.aspistrategist.org.au/the-artificial-intelligence-backseater-in-future-air-combat/>, 8. април 2024.

AI алгоритми ће преузети поједине задатке који би иначе били додељени човеку пилоту. „Њихова улога ће бити барем да преузму део задатака тако што ће повезати иначе различите делове интелигенције из мноштва сензора и других извора информација у једну слику за човека пилота“. N. Hunek, Anzhelika Solovyeva, *Militarizing Artificial Intelligence: Theory, Technology, and Regulation*, Routledge, London, 2022, 50–51.

8 G. Shkurti Özdemir, *Artificial Intelligence Application in the Military: The Case of United States and China*, No. 51, SETA Analysis, Istanbul, 2019, 21.

9 E. Rosert, F. Sauer (2021), *op. cit.*, 15.

доноси одлуку о животу или смрти, а затим и одузме живот, генерално, те и у оружаним сукобима. Тада се преузима од човека тзв. „критична функција“. Према Sparrow-у, професору политичке филозофије и етике роботике која се користи у војне сврхе, неетички је ангажовати аутономне оружане системе у борби, јер тада нико не може праведно да одговара за ратне злочине.<sup>10</sup> Опасност лежи у непредвидивости поступања машина која се темељи се на „жељама“, „веровањима“ и „вредностима“ система, из којих произлазе разлози за поступање машина, као и чињеници да ће системи имати способност да формирају и ревидирају та веровања и да уче из искуства.<sup>11</sup>

На етичку критику се надовезују и основни правни аргументи и дилеме: 1. начелне природе – *искључиво људи моју да доносе одлуке у складу са међународним хуманитарним правом*, па је делегирање овлашћења са човека на машину само по себи нелегално; 2. технологија по својој природи има ограничења, те се доводи у питање *способност машини да йосйууа йрема основним начелима међународној хуманитарној йрава* – разликовања бораца од цивила и цивилних објеката од војних и пропорционалности; 3. питање *коме ће се йрийисайи кривична одйоворност* ако су услед акција вештачке интелигенције остварени елементи међународног кривичног дела, пре свега ратних злочина.<sup>12</sup> Значај решавања питања приписивања одговорности човеку за радње оружја које користи вештачку интелигенцију, услед чијег дејства се остварују обележја међународног кривичног дела је далеко шири. Замисливо је да се аутономно оружје, осим у оружаним сукобима, потенцијално примени у полицијским акцијама, приликом вршења граничне контроле. Такође, развијају се и цивилни дрoнови са све више елемената аутоматизације и аутономности.

Поставља се питање пре свега да ли „аутономне оружане системе“ треба сматрати оружјем које је само по себи нелегитимно и забрањено, јер се може квалификовати да се њиховим коришћењем примењује метод/користи средство борбе које не може бити управљено на војни објекат и њихово се дејство не може ограничити како је предвиђено Протоколом I уз Женевске конвенције од 1949. године о заштити жртава међународних оружаних сукоба (члан 51 став 4 б), ц) Протокола), када се ради о нападима по природи таквим да погађају војне објекте и цивиле и цивилне објекте без разликовања („напади без избора циља“).

У литератури се разматрало да ли се аутономни оружани системи уопште могу квалификовати као оружје/средства борбе с обзиром да су „оружја“/„средства борбе“ по дефиницији објекти које користе субјекти у борби, а да они попримају одлике критичког мишљења налик човековом.<sup>13</sup>

10 Видети: R. Sparrow, „Killer Robots“, *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 24, 1/2007, 62.

11 *Ibid.*, 65.

12 E. Rosert, F. Sauer, *op. cit.*, 15–16.

13 T. Chengeta, *Are Autonomous Weapon Systems the subject of Article 36 of Additional Protocol I to the Geneva Conventions?*, 2014, <https://ssrn.com/abstract=2755182>, 24. март 2024, 6–10.



Због ширења аутономије у „критичним функцијама“, спорно је у којем тренутку машина или робот престаје да буде „оружје“ и трансформише се у „робота – борца“ који не би требало да буде предмет оцене забране примене „новог оружја“ према члану 36 Допунског Протокола I уз Женевске конвенције, већ према другим правилима међународног права.<sup>14</sup> Критична тачка је „одговарајућа и значајна људска контрола“ – одлика „аутономних“ оружаних система која их чини „оружјем“.

Шкулић истиче основну аргументацију „начелне нехуманости потпуно аутономних дрона“ који користе вештачку интелигенцију („облик вештачке интелигенције“), као и реалан ризик да услед њиховог ангажовања буду извршени ратни злочини, али некада и друга међународна кривична дела, те да би се такво деловање ових средстава могло већ само по себи сматрати посебном врстом ратних злочина, што би се могло темељити и на дејству Мартенсове клаузуле у погледу оцене да ли одређено средство/начин борбе треба сматрати забрањеним/противправним у једном општем смислу иако сама по себи нису забрањена у међународноправним документима која су релевантна.<sup>15</sup> Реална је бојазан на коју се указује да повећана аутономија која потискује значајну контролу човека/пуна аутономија неће бити у стању да испоштује међународна правила о забрани оружја неселективног по природи и које наноси „сувишну штету“.<sup>16</sup>

Запажа се да се истражује законитост аутономних оружаних система у виду испитивања у којој мери AWS може или би потенцијално могао да буде у складу са међународним правом – међународним хуманитарним правом и међународним правом људских права (дакле полази се да се незаконитост не претпоставља), док с друге стране у погледу начела разликовања, пропорционалности и одговорности за употребу њихово потенцијално коришћење изазива значајну забринутост у вези са негативним последицама повећане аутономије за сложене аспекте.<sup>17</sup>

Намећу се питања да ли су ови системи способни да задовоље основне принципе у погледу законитости напада – предострожности при нападу, разликовања и пропорционалности/сразмерности које се односе на људе – борце ако се уграде правила/примене тренирања која се односе на поштовање ових начела међународног хуманитарног права. У литератури се опомиње на ограничене моћи „метода аутоматског препознавања циљева“ и њихове непоузданости у окружењима која су средње до високо загушена

14 *Ibid.*, 13–16.

15 М. Шкулић, „Употреба беспосадних летилица/дрона у рату/оружаном сукобу – анализа са становишта међународног кривичног права“, *Раскрића међународној кривичној и кривичној људској праву – реформа људског закона Републике Србије* (ур. М. Шкулић, И. Миљуш, А. Шкундрић), Удружење за међународно кривично право, Универзитет у Београду – Правни факултет, Палић, 16–19. јун 2023, 52.

16 Т. Chengeta, *op. cit.*, 35–36.

17 I. Bode, H. Huelss, „Autonomous weapons systems and changing norms in international relations“, *Review of International Studies*, Vol. 44, part 3, 402.

иако имају потенцијал да се на дужи рок очекују побољшања.<sup>18</sup> Осим тога, указује се да технологија која би омогућила да се поуздано идентификују нелегитимни циљеви у динамичком борбеном окружењу тренутно не постоји.<sup>19</sup> Међутим, истовремено се запажа и не може се занемарити чињеница да се све брже развија технологија компјутерског визуелног препознавања<sup>20</sup> и препознавања говора.

Питање могућности поштовања принципа међународног хуманитарног права доводи у питања легитимност аутономних оружаних система. Иако је могуће замислити у теорији да уз помоћ стручних лица техничке струке и правника команданти могу да дизајнирају и програмирају алгоритме за мисију са прецизним критеријумима „ко је ко и шта је шта“, не може да се програмира информација која је позната оператерима пре напада.<sup>21</sup> Такође, у погледу пропорционалности, ситуација је још сложенија. Према овом принципу забрањени су напади за које се може очекивати да ће проузроковати случајне смрти цивила, повреде цивила, штету на цивилним објектима или комбинацију ових последица (тзв. колатерална штета) која би била несразмерно велика у односу на „очекивану конкретну и директну војну корист“ (члан 51 (5)(б) и члан 57 (а)(и)) Протокола I уз Женевске конвенције), када се практично мере очекиване предности војних операција насупрот могућој штети. Задовољење овог принципа заснива се на квалитативним проценама и зависи од способности команданта да уочи шта се дешава на бојишту и да сходно томе делује.<sup>22</sup>

- 
- 18 N. Sharkey, „Autonomous Weapons and Human Supervisory Control”, *Autonomous weapon systems: Technical, military, legal and humanitarian aspects*, Expert meeting, International Committee of the Red Cross, Geneva, 26–28 March 2014, 29.
- 19 A. Wyatt, J. Galliot, „Proposing a Regional Normative Framework for Limiting the Potential for Unintentional or Escalatory Engagements with Increasingly Autonomous Weapon Systems”, *Lethal Autonomous Weapons: Re-Examining the Law and Ethics of Robotic Warfare* (eds. J. Galliot, D. MacIntoch, J. David Ohlin), Oxford University Press, New York, 2021, 264.
- 20 Наводи се да ови системи могу да обаве бројне и различите задатке као што су: 1. класификација слике (описивање слике у целини); 2. препознавање објекта (идентификација одређених објеката унутар слике); 3. разумевање „сцене“/ места догађаја (описивање онога што се дешава на слици); 4. препознавање лица (идентификација појединачних лица или типова карактеристика); 5. препознавање хода (препознавање особе према начину на који хода); 6. процена позе (одређивање положаја људског тела); 7. праћење објекта у покрету (на видео снимку); 8. препознавање понашања (одређивање емоционалних стања и понашања помоћу „афективног рачунарства“). International Committee of the red Cross (ICRC), *Autonomy, artificial intelligence and robotics: Technical aspects of human control*, Geneva, August 2019, 19., <https://www.icrc.org/en/document/autonomy-artificial-intelligence-and-robotics-technical-aspects-human-control>, 9. април 2024.
- 21 A. Seixas – Nunes, *The Legality and Accountability of Autonomous Weapon Systems – A humanitarian Law Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, 189.
- 22 *Ibid.*, 189–190.



CCW оформљена је Група владиних експерата (*Group of Governmental Experts: GGE*) Уједињених нација која одржава редовне састанке и формализује дебате. Већина држава чланица сматра CCW „одговарајућом ареном“ за разматрање аутономних оружаних система“, а о њеној важности говори чињеница да се сматра да би се „свака одлука о забрани/регулисању аутономних оружаних система углавном ослањала на препоруке GGE“.28 Ипак, потребно је нагласити да GGE никада није имао овлашћење да организује формалне преговоре за формулисање новог протокола CCW, иако му је релативно скоро било дато задужење да размотри „аспекте могућег правног и оперативног оквира“ о аутономним оружаним системима као и да одлучивање у оквиру CCW отежава традиционално гласање постизањем консензуса.29

На састанцима GGE ипак су се издвојили одређени значајни начелни закључци који имају природу смерница: 1. потребан је „неоиходан сйеийен значајне људске конйроле“ у процесу развоја и за употребу аутономних оружаних система;30 2. неопходно је увођење йравне конйроле да ли су йтехнолојије које се корисйе усклађене са међународним йравом, посебно принципима међународног хуманитарног права; 3. државе имају начелне обавезе које се односе на: а) ограничење врсте циљева које систем може да гађа; б) ограничење трајања, географски опсег и размеру операције сисмема оружја; ц) пружање одговарајуће обуке и инструкције за оператере;31 4. захтеви и принципи међународног хуманитарног права примењују се у ланцу одговорног командовања и путем контроле од стране оператора и команданта; 5. државе треба да обезбеде да ойератйер/команданйи врши йроцену ойератйивној конйексйи, и кроз ограничења која се примењују на оружани систем, параметре коришћења оружаног система и потребну интеракцију између људи и система оружја; 6. одговорност човека за употребу аутономних оружаних система заснива се на инйеракцији између човека и машине. У литератури се запажа да иако се државе нису сложиле о нивоима и облицима контроле људи над AWS, из њихових доприноса

---

припремио и предложио нацрт правила која су се односила на поједина конкретна оружја и агенсе која обухватају забрану оружја са штетним, неконтролисаним и непредвидивим дејствима на цивилно становништво који није добио довољну подршку држава да би се закључио међународни уговор. О томе: R. J. Mathews, „The 1980 Convention on Certain Conventional Weapons: A useful framework despite earlier disappointments“, *Internationall Review of the Red Cross*, Vol. 83, No. 844, 2001, 992.

- 28 N. Huneke, A. Solovyeva, „Operations of power in autonomous weapon systems: ethical conditions and socio-political prospects“, *AI & Society*, Vol. 36, 2021, 81.
- 29 Elvira Rosert, Frank Sauer (2021), *op. cit.*, 20.
- 30 B. Rosen Jacobson, „Searching for meaningful human control – The April 2018 meeting on Lethal Autonomous Weapons Systems“, *Policy Papers and Briefs* – 10, 2018, 5.
- 31 Видети: Report of the 2023 session of the Group of Governmental Experts on Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons Systems, CCW/GGE.1/2023/2, para 22, 23, <https://meetings.unoda.org/meeting/67246>, 20. март 2024.

раду Групе експерата влада изгледа да се слажу о неопходности држања AWS унутар људског ланца команде и контроле.<sup>32</sup>

„Аутономни“ оружани системи су веома комплексни, а аутономна технологија брзо напредује и шири се. Уочљиво је да нема консензуса у међународној заједници за забрану употребе аутономних оружаних система.<sup>33</sup> Бројне државе, а нарочито велике силе истражују, развијају и употребљавају оружја са одређеним степеном аутономије. У делу литературе заговара се уместо забране AWS алтернатива – регулисање „аутономних“ оружаних система у два смера: 1. облик интерпретативне примене права ратовања на команданте који користе аутономне системе – објашњења које информације морају да имају команданти и која питања морају да поставе пре доношења одлуке о употреби оружја у одређеној ситуацији; 2. правила и смернице које се заснивају на правним захтевима и политичким разматрањима.<sup>34</sup>

#### 4. ЗАХТЕВ УЛОГЕ ЧОВЕКА У ПРОЦЕСУ РАЗВОЈА И УПОТРЕБЕ „АУТОНОМНОГ“ ОРУЖАНОГ СИСТЕМА

Развој AI очигледно прети да замени/утиче у већој мери на људску оцену када је у питању и доношења одлука које подразумевају примену права. Према анализама у стручној литератури, може се извести закључак да су резултати машинског учења непредвидиви, те да је функционисање аутономних оружаних система заснованим на овом виду AI, које подразумева селекцију мета и напад на мете, непредвидиво. Почетне податке унео је програмер и програмер тренира AI, али AI учи током свог рада и њени исходи су непредвидиви. За разлику од алгоритама који су засновани на једноставном правилу, AI алгоритми не одговарају на исти начин у истим ситуацијама. Основне инхерентне одлике AI су нетранспарентност функционисања и

32 A. Spadaro, „A Weapon is No Subordinate. Autonomous Weapon Systems and the Scope of Superior Responsibility”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 21, 2023, 1136.

33 Неке државе, попут САД и Аустралије званично су одбиле да подрже забрану „аутономних“ оружаних система и јасно изнеле сопствене интересе да користе аутономне технологије како би унапредиле, ојачале војне снаге, чак и замениле људе-војнике, док су неке углавном избегавале да се обавежу на став по овом питању упркос јасној тежњи ка развоју ових система и даљински управљивих беспосадних летилица: A. Wyatt, J. Galliot, *op. cit.*, 261.

34 K. Anderson, D. Reisner, M. Waxman, „Adapting the Law of Armed Conflict to Autonomous Weapon Systems”, *International Law Studies*, Vol. 90, 1/2014, 407. Цитирани аутори указују на политичка разматрања да ли да се захтева од аутономних оружја да човек прекида њихову активност – нека врста тзв. „kill switch“ механизма или уграђивање система за самонутрализацију.

предрасуде/пристрасности AI.<sup>35</sup> Већина алгоритама компјутерског вида користи „дубоке конволуцијске мреже“, што практично значи да не могу да пружају објашњење за сопствену анализу и да сама квантитавина сложеност отежава предвиђање или разумевање начина на који производе резултат.<sup>36</sup> Иако су познате почетне инструкције, тешко је објашњив рад алгоритама. Њихов учинак је у великој мери одређен квалитетом и потпуношћу података којима се мреже тренирају, па самим тим, чак и са великим скуповима података, ови системи ће вероватно показати пристрасност података за тренинг.<sup>37</sup> Практично, алгоритми машинског учења раде по принципу вероватноће/статистике, па се исходи могу само „очекивати“, без интервенције оператера у доношење одлука.<sup>38</sup> Непредвидив резултат може да буде остваривање међународног кривичног дела, пре свега ратног злочина.

Закључује се да би једноставнији AI системи засновани на одређеним претходно уграђеним правилима, који су објашњиви и транспарентни били пожељнији.<sup>39</sup> Потребно је да су технологије и уносни подаци транспарентни, проверљиви и објашњиви и да AI задовољава етичке принципе који јој се постављају. Најпре, наилази се на проблем техничке природе – како правила међународног хуманитарног права претворити у почетне формуле/образце/задатке, органичења деловања AI која ће их блокирати/уништити у случају сумње у поступку „одлучивања“ о метама? Затим, којем ће се специјализованом и независном телу поверити да надгледа примену међународног хуманитарног права у поступку развоја аутономних оружаних система и да издаје одговарајуће формалне потврде/сертификате о усклађености система са начелима међународног хуманитарног права. У литератури се наводи да ако ће процедура доношења одлука само извршити мисију коју су дизајнирали људи и која је унапред дефинисана да нема забринутости да би системи прекршили праг „непотребне патње“.<sup>40</sup>

Правац потенцијалног регулисања употребе „аутономних“ оружаних система очигледно се заснива на две поставке: 1. улога човека неопходна је у сваком „животно“ циклусу „аутономног“ оружаног система, који обухвата,

35 Више о томе: И. Миљуш, „Ризици потенцијалне улоге вештачке интелигенције у поступку судског одлучивања – савремени изазови за кривични поступак“, *Зборник радова 35. сусретња Койаоничке школе љриродној љрава – Слободан Перовић* (ур. Ј. Перовић Вујачић), Копаоничка школа природног права – Слободан Перовић, Београд 2022, 457; С. Ненадић, И. Миљуш, „Кривична правда у ери вештачке интелигенције“, *Дишћализација у казненом љраву и љравосуђу* (ур. Ј. Костић, М. Матић Бошковић), Институт за упоредно право и Институт за криминолошка и социолошка истраживања у сарадњи са Правосудном академијом, Београд, 2022, 299–300.

36 International Committee of the red Cross (ICRC), *Autonomy, artificial intelligence and robotics: Technical aspects of human control*, Geneva, August 2019, *op. cit.*, 19.

37 *Ibidem*.

38 A. Seixas – Nunes, *op. cit.*, 152.

39 B. Rosen Jacobson, *op. cit.*, 6.

40 A. Seixas – Nunes, *op. cit.*, 151.

између осталог, одлуку о развоју новог оружја, дизајнирање, развој, тестирање и употребу система; 2. неопходно је потребно задржати оператера у оружаном сукобу. Указује се да би оператер морао да поседује довољно информација и да правилно разуме технологију аутономних система да би правилно проценио да ли ће да прихвати препоручени курс акције машине.<sup>41</sup>

Доктрина прихваћена у САД полази од прихватања опције регулисања „аутономних“ оружаних система и темељним начелима регулативе у овој области: 1. неопходност одговарајућег нивоа људске оцене/процене („*human judgement*“); 2. ограничене аутономије машине; 3. „човек-машина интеракција и контрола“ („*human-machine interfaces and controls*“);<sup>42</sup> 4. минимализација ризика од „неуспеха“/грешака система. Правна заштита од „аутономних“ система обухвата најпре прописивање групе мера које се предузимају у односу на ове системе и које су први ниво заштите. Подразумевају *ригорозне контролне мере* – верификације и валидације хардвера и практична тестирања система, те оцену развоја и оперативности. На овом нивоу потребно је имати у виду ризике од наступања последица ангажовања оружаног система мимо свести и воље човека и опасност хакерских напада на систем, који је изражен када се програмира у мањој/већој мери функционисање система. Због тога је неопходно применити одређене безбедносне мере и механизме и осигурати кибернетичку безбедност.

Други ниво везује се за *превентивне мере у циљу обуке оператера и команданата*, од нарочитог значаја за приписивање одговорности човеку за штетне последице узроковане ангажовањем „аутономних“ оружаних система, укључујући и кривичну одговорност за међународна кривична дела. Захтева да претходно обучени оператери и команданти лако разумеју интеракцију између човека и машине односно ограничење аутономије у реалним оружаним условима, што је особито важно за решавање питања одговорности за последице наступиле ангажовањем ових борбених средстава.<sup>43</sup> Потребно је да ангажовање буде у оквирима постављених ограничења (временских, географских, оперативних, која се односе на окружење у којем делују), у складу са намерама оператера и команданта. Ако овакво функционисање није могуће, системи ће прекинути ангажовање или затражити додатне инструкције оператера пре наставка ангажовања. Из Директиве САД о аутономним оружаним системи од 2023. године следи да оператер

41 В. Rosen Jacobson, *op. cit.*, 6.

42 Paul Scharre употребљава израз „борци – кентаури“ који ће комбиновати људску и машинску спознају/сознања тако да човек усмерава машину. О томе: P. Scharre, *op. cit.*, 321–330. Sparrow и Adam Henschke страхују да ће се у будућности развојем софтвера створити пре минотаури, митска бића са телом човека и главом бика, која ће имати монструозну главу уместо монструозног тела, односно „минотаур тимови“, јер сумњају да ће AI управљати активностима људи. О томе: R. J. Sparrow, A. Henschke, „Minotaurs, Not Centaurs: The Future of Manned-Unmanned Teaming“, *Parameters*, Vol. 53, 1/2023, 115–116.

43 DOD Directive 3000.09 – „Autonomy in weapon systems“, January 25, 2023.

најпре мора да буде довољно информисан да би донео „адекватну“ одлуку о нападу на циљеве. Предуслови су да систем „повезивања човека са машином и контроле над машином“ („*human-machine interfaces and controls*“) буде лако разумљив оним оператерима који су претходно обучени, да јасно разграничава које радње је потребно оператер да предузме, а које обавља систем и да постоји јасна процедура која мора да се обезбеди претходно обученом оператеру да активира и деактивира функције система.

Наглашава се важност интеграције и искоришћавања синергије између људи и машина, „хибридне интелигенције.“<sup>44</sup> Одржавање „значајне“ улоге човека у раду система практично захтева да оператери који су ангажовани прођу техничку обуку у погледу аутономних оружаних система и у области међународног права, пре свега међународног хуманитарног права. Прожимање ових знања треба начелно да омогући оператеру да примени „одговарајући ниво људске оцене/процене у коришћењу силе“. Ипак, остаје питање могућности/моћи оператера да разуме технички процес који се одвија у машини, односно неопходности да оператер са разумевањем учествује у одређеној мери у програмирању – постављању ограничења систему односно да ради заједно са програмерима.

Сложеност техничких операција у систему, може имати за последицу ризик да, у случају да је из активности система произашло остварење међународног кривичног дела, оператер одговара објективно, без релевантног субјективног односа према том кривичном делу. У погледу поступања система у сагласности са начелом пропорцијалности, у литератури се указује да чак и ако би људска интервенција била омогућена, постоји опасност од „пристрасности аутоматизације“, јер је мало вероватно да би оператери могли потпуно да схвате сложеност процеса доношења одлука који се одвија у оквиру система, што би могло водити до приписивање одговорности оператеру који никада није имао контролу над дизајном, програмирањем или распоређивањем аутономних оружаних система.<sup>45</sup>

У погледу примене машина у процесу одлучивања команданта, можемо се осврнути на извесне улоге алата за процену пропорционалности. Препознаје се одређена помоћна улога оперативног система који користи методологију за процену пропорционалности напада (*Collateral Damage Estimation Methodology: CDEM*)<sup>46</sup> као и других сличних техника које се заснивају на

44 E. Kania, „Artificial Intelligence in Future Chinese Command Decision Making“, *AI, China, Russia, and the Global Order*, Air University Press, 2019, 150.

45 A. Seixas – Nunes, *op. cit.*, 188.

46 Наглашава се да није реч о примени егзактне науке већ о „алатима за управљање ризиком и смањење ризика“. CDEM предвиђа, „унутар прихватљивих нивоа тачности, очекиване нивое колатералне штете која ће се вероватно произвести врстом ангажовања“: Council of the European Union, Brussels, 3 February 2016, *Avoiding and Minimizing Collateral Damage in EU-led Military Operations Concept*, 12–16. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5785-2016-INIT/en/pdf>, 28. март 2024.



научним и обавештајним подацима, постављеним правилима и математичким проценама. Опомиње се да није непогрешив и да не мења права и обавезе команданта, те да командант мора критички да сагледа резултате система и да коначан суд о пропорционалности напада.<sup>47</sup> Сходно томе, уграђивање методологија процена у аутономне оружане системе, иако представља постављање правила аутономном оружаном систему и сужавање аутономије АИ, не елиминише захтев да коначну одлуку о пропорционалности доноси командант.

Корак даље у будућност развоја аутономних оружаних система и неизвесности последица ангажовања аутономних оружаних система су тзв. „ројеви“ („swarms“). „Ројеви“ представљају нови тип система оружја који изазива велики војни интерес због потенцијала за нове типове мисија.<sup>48</sup> Описују се као група индивидуалних система који остварују интеракцију и делују као колектив са заједничким циљем, у погледу којих постоје стварна ограничења степена контроле који оператери могу да имају над њима.<sup>49</sup>

## 5. КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ КОМАНДАНТА „АУТОНОМНОГ“ ОРУЖАНОГ СИСТЕМА

Темељно питање у вези са употребом аутономних оружаних система је коме приписати кривичну одговорност у случају да из активности аутономних оружаних система проистекну кривичноправне релевантне последице и остваре се елементи међународног кривичног дела, првенствено ратних злочина. Међународно кривично дело не може се приписати у кривицу аутономном оружаном систему као борцу у оружаном сукобу.<sup>50</sup> Међутим, јасно је и да ови системи нису класична/традиционална оружја, јер поседују у извесној мери одређене карактеристике својствене људској интелигенцији. С друге стране, у страној литератури је доминантан став да, да бисмо говорили о индивидуалној кривичној одговорности за кривичноправно релевантне последице проистекле из активности „аутономних“ оружаних система, „аутономија“ система мора да буде ограничена радњама човека и да постоји његов релевантан субјективни однос према кривичном делу. Како се објашњава, мора да постоји неопходан степен повезивања

47 A. Seixas – Nunes, *op.cit.*, 187.

48 M. Verbruggen, „The Question of Swarms Control: Challenges to Ensuring Human Control over Military Swarms“, *Non Proliferation and Disarmament Papers (EU Non-Proliferation and Disarmament Consortium)*, 65/ 2019, 1., [https://www.sipri.org/sites/default/files/2019-12/eunpdc\\_no\\_65\\_031219.pdf](https://www.sipri.org/sites/default/files/2019-12/eunpdc_no_65_031219.pdf), 8. април 2024.

49 *Ibidem*.

50 У теоријском смислу формулишу се различити модели кривичне одговорности за последице акције вештачке интелигенције. О критици теоријског концепта одговорности вештачке интелигенције видети у: С. Ненадић, И. Миљуш, *op. cit.*, 307.

човека са машином и одговорност за грешке и повреде у борби које су неизбежне („*inevitable errors and violations*“).<sup>51</sup>

*Sparrow* наглашава да пораст аутономије повећава ризик да ће војна лица и државни функционери бити сматрани одговорним за „акције машина чије одлуке нису контролисали“, те да у неком тренутку више неће бити правично да се командант држи одговорним за акције машина.<sup>52</sup> Етичка питања о коришћењу аутономних оружаних система управо произлазе из ризика потпуне аутономности акције машина или њихове аутономије која ће бити значајна у мери да је непредвидива. Цитирани аутор наводи да ће се акције машина свакако заснивати на разлозима/имати разлоге, али да ти разлози одговарају унутрашњим стањима – „жељама“, „веровањима“ и „вредностима“ самог система, при чему ће управо ови системи имати значајну способност да сами формирају и ревидирају та веровања, чак и способност учења из искуства.<sup>53</sup>

Бројни страни аутори износе закључке да је, у случајевима када се употребљавају аутономни оружани системи, институт командне одговорности најпогоднији, јер је предвиђен за ситуације када извршење кривичног дела није директно инструисано/наређено.<sup>54</sup> Поседује потенцијал да „премости“ „јаз у приписивању одговорности“.<sup>55</sup> У домаћој кривичноправној доктрини, Шкулић разматра у *de lege ferenda* смислу питања проширивања примене концепта командне одговорности на кривична дела која проистекну из деловања дронова/беспосадних летилица као и других „облика милитаризоване вештачке интелигенције“ тиме што ће се прилагодити правила у Римском статуту Међународног кривичног суда (ИСС) и националним кривичним законодавствима.<sup>56</sup>

На темељу захтева и смерница који је фактички обликован за „аутономне“ оружане системе – значајна контрола човека над системом, произлази да постоји однос надређености командант – оператер, који у значајној мери управља машином, и налази се под командантовом непосредном командом/надзором (оператер под командом/надзором), али и командант – девелопер/програмер (девелопер/програмер под командом/надзором) као и да командант има конкретна права и дужности која извиру из функције командовања и у вези су са одлуком о употреби „аутономних“ оружја.

51 A. Seixas – Nunes, *op. cit.*, 140–141.

52 R. Sparrow, *op. cit.*, 71.

53 *Ibid.*, 65.

54 B. de Vries, *Individual Criminal Responsibility for Autonomous Weapons Systems in International Criminal Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2023, 253.

55 A. Spadaro, *op. cit.*, 1119.

56 М. Шкулић, *op. cit.*, 52.

У страниој литератури види: P. Margulies, „Making Autonomous Weapons Accountable: Command Responsibility for Computer-Guided Lethal Force in Armed Conflicts“, *Research Handbook on Remote Warfare* (ed. J. Ohlin), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, 1.

Уочавамо да се у страниј литератури примена доктрине о командној одговорности везује за задржавање „значајне људске контроле над AWS – ом“. *Chengeta*, наводи да тада AWS остаје само оружје у рукама бораца – тачно оно што би требало да буду.<sup>57</sup> Цитирани аутор предлаже да се сматра да је идеја „значајне људске контроле“ над употребом оружја задовољена „ако је контрола коју борац врши над оружјем толико велика да су акције аутономног система оружја у потпуности његове – систем зависи од контроле људског борца да изврши „критичне функције“, као што су одлука о томе кога убити и правне калкулације о законитости напада.“<sup>58</sup> Полазећи од концепта људске контроле, у правној доктрини поставља се питање тачног вида контроле коју девелопери/програмери/оператери треба да имају да би наступила њихова индивидуална кривична одговорност.<sup>59</sup> Такође, на основу поменутог, закључује се да тешкоће у приписивању одговорности овим појединцима, имају последице по могућност држања њихових надређених одговорним.<sup>60</sup> Практично, јасно се указује да ниво аутономије система утиче на кривицу оператера, те и на кривицу њему надређеног – команданта.

У нашој кривичноправној доктрини објашњава се да би примена института командне одговорности у односу на деловање аутономних оружаних система захтевала следеће основне кривичноправне претпоставке: 1. командант одговара као посебна врста „гаранта“ за сопствено нечињење/кажњиво пропуштање у односу на деловање ових система; 2. између пропуштања дужног чињења/релевантног нечињења команданта и кривичног дела произишлог из деловања система, постоји и одговарајућа узрочно-последична веза; 3. у складу са начелом кривице, командант мора да испољава одговарајући облик кривице да би одговарао за сопствено нечињење/кажњиво пропуштање.<sup>61</sup> Такође, потребно је да су „снаге“ које се налазе под „непосредном командом и контролом“ команданта учиниле међународно кривично дело.

Отвара се питање у пракси како командант над деловањем „потчињених“ може да врши командну и контролну функцију, или у којој мери. Ово би се вероватно сводило и на питање да ли је командант пре доношења одлуке о ангажовању аутономног оружаног система проценио услове на бојишту и, уз помоћ стручних лица техничке струке, могућности система односно предвидео деловање система и одлучио о ангажовању. Како се на то указује, саставни део процене коју врши командант је да оцени да ли ће он унапред уградити критеријуме за идентификацију и одабир војних циљева (ко? или шта? у процесу циљања) или ће тај задатак да делегира систему.<sup>62</sup>

57 T. Chengeta, „Accountability Gap: Autonomous Weapon Systems and Modes of Responsibility in International Law“, *Denver Journal of International Law & Policy*, Vol. 45, 1/2016, 4.

58 *Ibidem*.

59 A. Spadaro, *op. cit.*, 1127–1128

60 *Ibidem*.

61 M. Шкулић, *op. cit.*, 54–56.

62 A. Seixas – Nunes, *op. cit.*, 172.

У страној литератури покушава да се објасни „неспорна одговорност команданта“ – минимум субјективног односа према кривичном делу, ако аутономни дрoнови нападну или убију цивиле, који у суштини одговара из Римског статута модалитетима субјективног односа учиниоца према кривичним делима извршеним од стране њему подређених, када су у питању цивилни заповедници – уже дефинисање кривице у односу на војног заповедника.<sup>63</sup> Ако командант ангажује аутономне дрoнове: 1. иако зна („with the knowledge“) да имају недостатке у погледу једног или више правила о циљевима којима се штите цивили и цивилно становништво или 2. свесно занемарује постојање таквих недостатака („with a deliberate indifference to the existence of such deficiencies“).<sup>64</sup> Јасно се указује да би било неправедно да се припише кривична одговорност командантима за непредвидиве акције аутономног оружаног система – које не могу да предвиде нити да казне.<sup>65</sup>

Командант има дужност превентивног деловања, да предузме све „неопходне и разумне мере у његовој моћи“ (члан 28 став 1б Римског статута) ради спречавања остваривања међународног кривичног дела, што подразумева мере опреза пре одлуке о нападу да би се поштовала начела међународног хуманитарног права. Како би се одржало повезивање између људи и машина у оквиру војне командне структуре, јасно је да њен део морају да буду особе које поседују специјализована знања о ризицима и користима AWS-а.<sup>66</sup> Ово у пракси подразумева осим „тренираних“/технички едукованих команданата и ангажовање стручна лица која ће вршити неопходне техничке анализе чији ће резултати омогућити команданту да донесе одговарајућу одлуку о ангажовању система. Осим тога, задаци команданта се усложњавају и обухватају оцену нивоа тренинга оператера/људи који врше надзор над аутономним оружаном системом у области технике, операција и познавања ратног права.<sup>67</sup>

## 6. ДРУГИ ВИДОВИ УПОТРЕБЕ ЕЛЕМЕНАТА ВЕШТАЧКЕ ИНТЕЛИГЕНЦИЈЕ У ОРУЖАНИМ СУКОБИМА/У ВЕЗИ СА ОРУЖАНИМ СУКОБИМА

Осим коришћења у оружаном системима, алгоритми вештачке интелигенције користе се у сајбер и информатичким операцијама (напади и

63 М. Шкулић, *Међународно кривично право: Просјорно важење кривичној права, Кривично право међународној йорекла, Међународна кривичнојравна йомоћ, Зацеци кривичној права ЕУ*, Службени гласник, Београд, 2022, 220–221.

64 D. Saxon, „Autonomous Drones and Individual Criminal Responsibility“, *Drones and Responsibility – Legal, Philosophical, and Socialtechnical Perspectives on Remotely Controlled Weapons* (ed. E. Di Nucci and F. Santoni de Sio), Routledge, London – New York, 2016, 18.

65 R. Crootoof, „Autonomous Weapon Systems and the Limits of Analogy“, *Harvard National Security Journal*, Vol. 9, 2018, 72.

66 P. Margulies, *op. cit.*, 1.

67 D. Saxon, *op. cit.*, 18.

контранапади) и имају извесну улогу у доношењу одлука у оружаном сукобу/у вези оружаног сукоба. Доминантни видови потенцијалне употребе AI у војне сврхе могу бити у области: 1. стратешког доношења одлука (помоћ команданту); 2. обраде велике количине података и филтрирања података (помоћ војном аналитичару); 3. војне едукације укључујући и симулације рата и војних тренинга – тзв. „виртуелна ратна игра“ (помоћ војним инструкторима); 4. идентификовање циљева; 5. бирање најбољих транспортних рута; 6. предвиђање понашања непријатеља; 7. препознавање војних претњи и упозорења; 8. заштита од сајбер напада (заштита програма, података, мрежа, рачунара, формирање заштитних стратегија).<sup>68</sup> Руско – украјински оружани сукоб постао је централна позорница за сагледавање употребе AI софтвера, хакерских напада, ширења *deep – fake* технологија, операција дезинформација.<sup>69</sup> Осим сукоба на „реалном бојном пољу“, а у вези са оружаним сукобима, воде се „ратови информацијама/дезинформацијама“ на „дигиталном бојном пољу“, у којима се креирају и лажни садржаји (тестови, аудио и видео материјал). Вештачка интелигенција се користи за одбрану критичних војних мрежа и информационих система, да би се повећали ефекти кибернетичких операција и ради информисања команданата пре доношења одлука у кибернетичком ратовању.<sup>70</sup>

У оружаним сукобима користи се „компјутерски вид“ („*computer vision*“), доминантан вид примене машинског учења, за потребе надзора и анализе обавештајних података у форми идентификације објеката у видео везама са дрона и развија се за аутоматско препознавање циљева.<sup>71</sup> Софтвери засновани на AI прикупљају податке и анализирају их пре доношења одлука, те могу да дају препоруке или предвиђају будуће акције/ситуације. Формирају се и AI мреже које повезују сензоре војних служби и деле обавештајне податке.

Кина се наводи као транспарентан пример усмерености војне индустрије ка коришћењу AI у сфери „ратних игара“, војних симулација и тренинга чија је сврха едукација команданата у области анализа ситуација и доношења војних одлука, стицање искуства у ситуацијама које су приближне реалним „интелигентним ратовима“. Кинески Институт команде и контроле је 2017. године спонзорисао прво национално финале у области AI и „ратних игара“ у којем је систем AI победио најбоље тимове људи веома упечатљивом разликом: 7:1.<sup>72</sup>

68 Sentient Digital Inc., The Most Useful Military Applications of AI in 2024 and Beyond, <https://sdi.ai/blog/the-most-useful-military-applications-of-ai/>, 13.4.2024.

69 A. Khang, V. Abdullayev, V. Hahanov, *Advanced IoT Technologies and Applications in the Industry 4.0 Digital Economy*, CRC Press, Oxon, 2024, 306.

70 Kania E. B., „China’s Rise in Artificial Intelligence and Future Military Capabilities”, *Center for a New American Security*, 2017, 27.

71 International Committee of the red Cross (ICRC), *Autonomy, artificial intelligence and robotics: Technical aspects of human control*, Geneva, August 2019, 19.

72 О томе: Kania E. B. (2017), *op.cit.*, 28.

## 7. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Формулисање забране аутономних оружаних система, пре потенцијалног стварања потпуне аутономије система, на међународном нивоу наилази на непремостиву препреку непостојања једногласне међународне заједнице, због великих улагања појединих њених чланица у АИ индустрију, убрзаног развоја АИ технологије и основних аргумената у прилог развоја АИ у домену оружаних сукоба, међу којима је помоћ АИ (која прикупља и обрађује велику количину података у кратком временском периоду) приликом доношења одлука у оружаним сукобима. У ближој будућности чини се да је вероватније да ће се до евентуалног усвајања новог Протокола уз Конвенцију о забрани или ограничавању употребе одређених конвенционалних оружја на нивоу међународне заједнице формулисати заједнички минимални стандарди о употреби „аутономних“ оружаних система (који подразумевају ограничену аутономију над којом ће човек имати „значајну контролу“) и начела верификационе процедуре у виду универзално примењивих смерница и препорука за државе. Дакле, међународноправна обавеза у погледу „аутономних“ оружаних система ће имати извор у новом Протоколу уз ССВ и/или међународном обичају. Вероватно је, барем из данашње визуре, да ће се регулисање употребе аутономне технологије препустити у одређеној мери регионалним правним документима и унутрашњим правним системима држава. Међутим, запажамо да Закон о вештачкој интелигенцији Европске уније (AI Act EU), који неће ступити на снагу целости пре 2027. године, коришћење АИ у војне сврхе не наводи ни као пример „неприхватљивог ризика“. Који субјект ће бити надлежан да оцени да ли је аутономна технологија у оружју дозвољена ограничена аутономија (одређена негативно – задржавање „значајне људске контроле“ над системом оружја)? Надлежни стручни орган у националној држави?

У случају да су ангажовањем аутономног оружаног система остварена обележја међународног кривичног дела у надлежности Међународног кривичног суда, управо сертификат стручног органа који је споровео поступак верификације може да постане доказ ограничене аутономије система која омогућава „значајну људску контролу“ у евентуалном кривичном поступку због овог кривичног дела. Трансформисаће се тужилачко доказивање кривице окривљеног у кривичном поступку. Очигледно, када је реч о „аутономним“ оружаним системима, акценат ће бити на анализи система који је уграђен у оружје и кодираним правилима, утврђивању интеракције људи и машина односно резултатима техничког вештачења који ће за предмет имати функционисање система, на техничкој обуци оператера и команданта – дужности оператера и команданата да се пре одлуке о ангажовању система и коришћења система константно обучавају у домену динамичног развоја информатике и технологије.

Пут ка креирању правила о „аутономним“ оружаним системима и упоредноправно искуство видљиво у Директиви САД о аутономији оружаних система указује да ће уместо „срчаног јунака на бојном пољу“ команданти

и оператери постати у одређеној мери инжењери и „интелигентни“ субјекти у „интелигентним ратовима“ који ће остваривати интеракцију са вештачком интелигенцијом. Провејава питање да ли ће развој АИ „кентаур тимове“, тимове људи и машина са главом човека која усмерава машину, преобразити у „минотаур тимове“, са главом машине која усмерава човека.

## ЛИТЕРАТУРА

- Anderson K., Reiser D., Waxman M., „Adapting the Law of Armed Conflict to Autonomous Weapon Systems”, *International Law Studies*, Vol. 90, 1/2014.
- Bode I., Huelss H., „Autonomous weapons systems and changing norms in international relations“, *Review of International Studies*, Vol. 44, part 3.
- Chengeta T., „Accountability Gap: Autonomous Weapon Systems and Modes of Responsibility in International Law”, *Denver Journal of International Law & Policy*, Vol. 45, 1/2016.
- Crootof R., „Autonomous Weapon Systems and the Limits of Analogy”, *Harvard National Security Journal*, Vol. 9, 2018.
- Hynek N., Solovyeva A., „Operations of power in autonomous weapon systems: ethical conditions and socio-political prospects”, *AI & Society*, Vol. 36, 2021.
- Hunek N., Solovyeva A., *Militarizing Artificial Intelligence: Theory, Technology, and Regulation*, Routledge, London, 2022.
- Kania E. B., „China’s Rise in Artificial Intelligence and Future Military Capabilities”, *Center for a New American Security*, 2017.
- Kania E., „Artificial Intelligence in Future Chinese Command Decision Making”, *AI, China, Russia, and the Global Order*, Air University Press, 2019.
- Khang A., Abdullayev V., Hahanov V., *Advanced IoT Technologies and Applications in the Industry 4.0 Digital Economy*, CRC Press, Oxon, 2024.
- Margulies P., „Making Autonomous Weapons Accountable: Command Responsibility for Computer-Guided Lethal Force in Armed Conflicts”, *Research Handbook on Remote Warfare* (ed. J. Ohlin), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016.
- Миљуш И., „Ризици потенцијалне улоге вештачке интелигенције у поступку судског одлучивања – савремени изазови за кривични поступак“, *Зборник радова 35. сусретља Копаоничке школе природног права – Слободан Перовић* (ур. Ј. Перовић Вујачић), Том I, Копаоничка школа природног права – Слободан Перовић, Београд, 2022.
- Ненадић С., Миљуш И., „Кривична правда у ери вештачке интелигенције“, *Дигитализација у казном праву и правосудју* (ур. Ј. Костић, М. Магић Бошковић), Институт за упоредно право и Институт за криминолошка и социолошка истраживања у сарадњи са Правосудном академијом, Београд, 2022.
- Rosen Jacobson B., „Searching for meaningful human control – The April 2018 meeting on Lethal Autonomous Weapons Systems”, *Policy Papers and Briefs* – 10, 2018.

- Rosert E., Sauer F., „How (not) to stop the killer robots: A comparative analysis of humanitarian disarmament campaign strategies”, *Contemporary Security Policy*, Vol. 42, 1/2021.
- Saxon D., „Autonomous Drones and Individual Criminal Responsibility“, *Drones and Responsibility – Legal, Philosophical, and Socialtechnical Perspectives on Remotely Controlled Weapons* (ed. Ezio Di Nucci and Filippo Santoni de Sio), Routledge, London – New York, 2016.
- Scharre P., *Army of None: Autonomous Weapons and the Future of War*, W. W. Norton & Company, New York – London, 2018.
- Seixas – Nunes A., *The Legality and Accountability of Autonomous Weapon Systems – A humanitarian Law Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.
- Sharkey N., „Autonomous Weapons and Human Supervisory Control”, *Autonomous weapon systems: Technical, military, legal and humanitarian aspects*, Expert meeting, International Committee of the Red Cross, Geneva, 26–28 March 2014.
- Shkurti Özdemir G., *Artificial Intelligence Application in the Military: The Case of United States and China*, No. 51, SETA Analysis, Istanbul, 2019.
- Spadaro A., „A Weapon is No Subordinate. Autonomous Weapon Systems and the Scope of Superior Responsibility”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 21, 2023.
- Sparrow R., „Killer Robots“, *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 24, 1/2007.
- Sparrow R. J., Henschke A., „Minotaurs, Not Centaurs: The Future of Manned-Unmanned Teaming”, *Parameters*, Vol. 53, 1/2023.
- Шкулић М., *Међународно кривично љраво: Простљорно важење кривичној љрава, Кривично љраво међународној љорекла, Међународна кривичнојравна љомоћ, Зачеци кривичној љрава ЕУ, Службени гласник, Београд, 2022.*
- Шкулић М., „Употреба беспосадних летилица/дронова у рату/оружаном сукобу – анализа са становишта међународног кривичног права“, *Раскрићна међународној кривичној и кривичној љрава – реформа љравосудних закона Рејублике Србије* (ур. М. Шкулић, И. Миљуш, А. Шкундрић), Удружење за међународно кривично право, Универзитет у Београду – Правни факултет, Палић, 16–19. јун 2023.
- de Vries B., *Individual Criminal Responsibility for Autonomous Weapons Systems in International Criminal Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2023.
- Wyatt A., Galliot J., „Proposing a Regional Normative Framework for Limiting the Potential for Unintentional or Escalatory Engagements with Increasingly Autonomous Weapon Systems”, *Lethal Autonomous Weapons: Re-Examining the Law and Ethics of Robotic Warfare* (eds. Jai Galliot, Duncan MacIntoch, Jens David Ohlin), Oxford University Press, New York, 2021.



## ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

- DOD Directive 3000.09 – „Autonomy in weapon systems“, January 25, 2023, 1.2a., <https://www.esd.whs.mil/portals/54/documents/dd/issuances/dodd/300009p.pdf>
- Chengeta T., *Are Autonomous Weapon Systems the subject of Article 36 of Additional Protocol I to the Geneva Conventions?*, 2014, <https://ssrn.com/abstract=2755182>
- Council of the European Union, Brussels, 3 February 2016, Avoiding and Minimizing Collateral Damage in EU-led Military Operations Concept, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5785-2016-INIT/en/pdf>
- Congressional Research Service, Defense Primer: U.S. Policy on Lethal Autonomous Weapon Systems, In Focus, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF11150>,
- Davis M., „The Artificial Intelligence “Backseater” in Future Air Combat”, *The Strategist*, 2021, <https://www.aspistrategist.org.au/the-artificial-intelligence-backseater-in-future-air-combat/>
- International Committee of the red Cross (ICRC), *Autonomy, artificial intelligence and robotics: Technical aspects of human control*, Geneva, August 2019, <https://www.icrc.org/en/document/autonomy-artificial-intelligence-and-robotics-technical-aspects-human-control>
- Peck M., Meet the Marine Lizard: Is China’s New Tank All Hype?, *The National Interest*, <https://nationalinterest.org/blog/buzz/meet-marine-lizard-chinas-new-tank-all-hype-53212>
- Report of the 2023 session of the Group of Governmental Experts on Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons Systems, CCW/GGE.1/2023/2, <https://meetings.unoda.org/meeting/67246>
- Rosert E., „How to regulate autonomous weapons - Steps to Codify Meaningful Human Control as a Principle of International Humanitarian Law”, *PRIF Spotlight*, 6/2017, [https://www.prif.org/fileadmin/HSEK/hsfk\\_publicationen/Spotlight0617.pdf](https://www.prif.org/fileadmin/HSEK/hsfk_publicationen/Spotlight0617.pdf)
- Sentient Digital Inc., *The Most Useful Military Applications of AI in 2024 and Beyond*, <https://sdi.ai/blog/the-most-useful-military-applications-of-ai/>,
- Verbruggen M., „The Question of Swarms Control: Challenges to Ensuring Human Control over Military Swarms”, *Non Proliferation and Disarmament Papers (EU Non-Proliferation and Disarmament Consortium)*, 65/ 2019, 1., [https://www.sipri.org/sites/default/files/2019-12/eunpdc\\_no\\_65\\_031219.pdf](https://www.sipri.org/sites/default/files/2019-12/eunpdc_no_65_031219.pdf)

*Ivana Miljuš, PhD\**

## USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS IN ARMED CONFLICTS – LEGAL PROTECTION AND LEGAL CHALLENGES

### *Summary*

*The use of AI systems/elements during/in relation to armed conflicts imposes numerous ethical and legal challenges, starting from fundamental principles in the field of formulating basic principles of creating AI algorithms, human control over them, and adequate and rigorous testing of their security. In this paper legal challenges and the need for legal protection from the use of AI elements and forms in the domain of armed conflicts are emphasized. The subject of numerous scientific and expert discussions at the international level is the potential ban on the use of „Lethal Autonomous Weapons Systems” („LAWS”), the ability of AI algorithms to respect the principles of international humanitarian law, the need for regulation of the use of AI elements and forms for military purposes – „autonomous” weapons systems, and highlighting the requirement/guideline for „meaningful human control” over the system. One of the fundamental questions is whether institutes of international criminal law can be applied in situations where the elements of international crimes, primarily war crimes, are realized due to the actions of combat means possessing elements of AI or whether it is necessary to formulate new/additional legal rules. The author in the paper highlights the main types of use of AI systems during armed conflicts/in relation to armed conflicts: embedding in weapon systems, use in cyber and information operations, and „information warfare”; informational, support, and analytical roles of AI software.*

**Key words:** AI algorithms, „autonomous” weapons systems, „lethal autonomous weapons systems”, international humanitarian law, international criminal law.

---

\* Assistant Professor at the University of Belgrade – Faculty of Law, ivana.miljus@ius.bg.ac.rs.

## КРАЂА КУЛТУРНИХ ДОБАРА ИЗМЕЂУ МЕЂУНАРОДНОГ (КРИВИЧНОГ) ПРАВА И НАЦИОНАЛНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА

*Апстракт:* Ауторка се у раду бави истраживањем у којој мери и на који начин је крађа културних добара регулисана у домаћем (српском) кривичном праву, где су умрежена пре свега у оквиру кривичних дела против имовине, као и у међународном (кривичном) праву. С обзиром на то да се културна добра доживљавају као део културно-идентитетна једне нације и човечанства у целини, али и да поседују високу економску вредност, те да су раније смањена легитимним правним путем победника, развој њихове заштите је текао управо тим линијама.

Структура рада састоји се из: увода, дела посвећеног међународном праву (етимолошке одреднице, крађа културног добра као правни злочин/културни геноцид/злочин против човечности), дела посвећеног кривичноправној регулативи у Србији (етимолошке одреднице, кривична дела против имовине – пре свих њих крађа, неовлашћено извођење археолошких радова, кривична против човечности и других добара заштићених међународним правом), закључак.

**Кључне речи:** Културно добро, крађа, кривично право, међународно право, ратни злочин.

### 1. УВОД

Крађа уметнина или крађа културних добара<sup>1</sup> сврстава се у ред најпрефињенијих облика криминалитета; уједно на трећем месту на свету по

---

\* Доцент, Универзитет у Београду – Правни факултет, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2419-7808>, [ivana.markovic@ius.bg.ac.rs](mailto:ivana.markovic@ius.bg.ac.rs).

1 У литератури се ова два појма алтернативно користе, што ће бити учињено и у овом раду. Где се користи само један од ова два појма (на пример у Кривичном законнику Србије, где се говори о културним добрима), фокус ће у том делу рада бити стављен на тај израз.

исплативости, након илегалне трговине оружјем и наркотицима.<sup>2</sup> Вредност украдених уметнина годишње достиже распон од 2 до 6 милијарди долара, од којих се већи део потом користи за финансирање међународног организованог криминала и тероризма.<sup>3</sup>

Међутим, питање крађе културних добара је само маргинално обрађено у нашој и за нијансу више у страниој литератури, иако постоји читав низ спектакуларних и (што се не подразумева увек) јавности познатих крађа<sup>4</sup> културних добара. У свету су најпознатије неке од следећих крађа, само из протеклих неколико деценија: крађа слике Каравађа из Ораторијума Сан Лоренцо (*Oratorio di San Lorenzo*) у Палерму 1969. године; крађа уметничких дела старих мајстора Вермера, Рембранта, Гоје, итд. у више наврата (1974, 1986, 2001. и 2002. године) из Расбороу Хауса (*Russborough House*); крађа 20 слика из Ван Гог музеја у Амстердаму (*van Gogh Museum Amsterdam*) 1991. године; крађа две слике Мунка (*Munch*) из музеја у Ослу 2004. године; крађа четири слике класичне модерне из Бирле колекције (*Sammlung E. G. Bührle*) у Цириху, итд.

Недавни примери „спектакуларне“ крађе више уметничких дела и накита, осигураног на 100 милиона долара, а заправо непроцењиве вредности јер поседују немерљив историјски значај као део културног наслеђа, одузете из Историјског Зеленог Здања у Дрездену (*Historisches Grünes Gewölbe*) 2019. године, након ништа мање запажене крађе 100 kg тешке златне кованице *Big Maple Leaf* из Боде музеја (*Bode Museum*) у Берлину 2017. године, посебно су упечатљиви из једног додатног разлога. Они, наиме, указују на један шири друштвени проблем у Немачкој каква је појава арапских кланова (породица) и криминалних активности којима се они већ неколико деценија баве, након што су 70-тих година емигрирали махом из Либана. Проблем у откривању и доказивању њихових кривичних дела огледа се у томе што је полицији онемогућено да се инфилтрира у њихове редове, јер почивају на строго хијерархизованој, породичној структури.<sup>5</sup> У поменутом два случаја крађе су конкретно чланови породице Ремо (*Remmo*) били осумњичени, односно осуђени за поменутом кривична дела.<sup>6</sup>

Иако су наведени примери крађе културних добара инострани, крађа и покушај препродаје културних добара нису реткост ни када говоримо о

2 Д. Симеуновић, *Преговор књије Р. Самарцић „Уметности и криминал“*, Платонеум, Нови Сад, 2017, 11.

3 *Ibidem*.

4 Препознатљивији је израз „пљачка“, што указује на примену силе или претње која је најчешће скопчана са одузимањем културних добара. Изрази крађа и пљачка ће у овом раду бити коришћени алтернативно.

5 Више о томе: R. Ghadban, *Arabische Clans: Die unterschätzte Gefahr*, Econ, Düsseldorf Berlin, 2018.

6 *Grünes Gewölbe: Neuer Prozess gegen Remmo-Angehörigen*, <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/prozess-beihilfe-einbruch-gruenes-gewoelbe-lg-dresden-remmo-clan>, 15. април 2024.

нашој држави. Тако је у августу 2021. године постојао покушај да се препрода слика „Благовештенски сабор у Сремским Карловцима 1861“ уметника Влаха Буковца која је украдена 1993. године из дворца Дунђерски, где су се налазили експонати из фондуса Музеја Војводине. Тужилаштво за организовани криминал, на основу сарадње са швајцарским тужилаштвом, покренуло је истрагу против осумњичених за кривична дела удруживање ради вршења кривичних дела и за прикривање.<sup>7</sup> Иконе са сребрним оковом украдене 1982. године из православног манастира Крупа пронађене су касније у Низоземској; за престолом иконом Христос Велики архијереј, која је украдена 1971. године из Цркве Светог Николе у Сибачу и даље се трага, итд. Врло запажена крађа реликвија догодила се 2003. године, када су три бугарска држављанина извршила кривично дело тешке крађе тако што су однели мошти Светих врача Козме и Дамјана из манастира Сопоћани, за шта су касније осуђени на врло благе казне од три месеца, шест месеци и годину дана затвора.<sup>8</sup>

Штавише, ако посматрамо ситуацију код нас, односно у бившој Југославији, у литератури се говори о три периода историје крађе уметнина: 1) период од 1945. до 1955. године (послератни период у ком су представници нове власти одузели културна добра из музеја, архива, галерија и приватних колекција предратне буржоазије), 2) период од 1950. до 1980. године (развијају се нови видови крађа, са „још увек невештим криминалцима без вође и подземног тржишта“) и 3) период осамдесетих и деведесетих година прошлог века (период појаве богатих колекционара, професионализације лопова<sup>10</sup> и стварања мреже препродаваца; препознаје се као уносна делатност поред нелегалне трговине дрогом и оружјем; претпостављена повезаност са или чак контрола од структура у полицији).<sup>11</sup> Уколико се прихвати оваква подела, значи да се сада налазимо у четвртм периоду, који би се могао назвати периодом интернационализације крађе културних добара, у још шире постављеној мрежи организованог криминалитета.

Крађа/пљачка културних добара значајна је и у ширем контексту међународног права. Постоји наиме схватање, небројено пута у пракси потврђено, да посебно током рата и оружаних сукоба пустошење и крађа културних добара представљају легитимни (ратни) плен; штавише, да се ради о праву које припада победнику. Оваква пракса се зато означава као

- 
- 7 Д. Чарнић, „Благовештенски сабор“ биће враћен у Србију, 17. август 2022. године, <https://www.politika.rs/sr/clanak/514565/Blagovestanski-sa-bor-bi-ce-vracen-u-Sr-bi-ju>, 15. април 2024.
- 8 Р. Самарџић, *Умешност и криминал*, Платонеум, Нови Сад, 2017, 202.
- 9 Н. Радовић, Р. Самарџић, З. Ђурђевић, „Криминалитет у вези са културним добрима у Србији“, *Дефендологија*, 37-38/2016, 50.
- 10 Када се ради о односу професионалног и организованог криминалитета, границу није увек лако повући. Више о томе: Ђ. Игњатовић, М. Шкулић, *Организовани криминалишћей*, 3. измењено и допуњено издање, Правни факултет у Београду, Београд, 2019, 31.
- 11 Н. Радовић, Р. Самарџић, З. Ђурђевић, *op. cit.*, 50.

„негативна антрополошка константа“; као нешто што је „очекивано зло“, односно неминовност која прати ратове, тако да није много пажње посвећивано заштити културних добара у тим ванредним ситуацијама, јер је схватано као законитост у поменутиим ратним околностима. Фокус је превасходно био усмерен ка реституцији/репатријацији украдених добара; мање ка кривичном прогону и санкционисању учинилаца кривичних дела, тако да се може говорити о њиховој својеврсној фактичкој некажњивости (*impunity*).

Управо због историјске компоненте са почецима заштите у међународном праву, прекограничне димензије и природне повезаности крађе и касније трговине одузетим добрима, неопходно је осврнути се на међународни и национални систем њихове регулације.

## 2. 2. КРАЂА КУЛТУРНИХ ДОБАРА ПРЕМА МЕЂУНАРОДНОМ (КРИВИЧНОМ) ПРАВУ

### 2.1. Етимолошке одреднице у међународном праву – појам културног добра и појам крађе/пљачке културног добра

У међународном праву не постоји општеприхваћена дефиниција културног добра. Чини се да је најприхваћенија дефиниција из Хашке конвенције за заштиту културних добара у случају оружаног сукоба из 1954. године. У њеном члану 1. одређено је да израз „културно добро“ обухвата, без обзира на порекло или власништво:

- а) покретну или непокретну имовину од великог значаја за културно наслеђе свих људи, попут споменика архитектуре, уметности или историје, верске или секуларне; археолошка налазишта; групе грађевине које су, као целина, од историјског или уметничког интереса; уметничка дела; рукописи, књиге или други објекти од уметничког, историјског или археолошког интереса; као и научне збирке и битне збирке књига или архива или репродукција напред наведене имовине;
- б) грађевине, чија је главна и ефективна сврха да се очува или изложи покретна културна имовина дефинисана под словом а), попут музеја, великих књижара и архивских депозита и збегови који треба да сачувају, у случају оружаног сукоба, покретну културну имовину дефинисану под словом а);
- ц) центре који садрже велике количине културне имовине дефинисане под словима а) и б), и позната као „центри који садрже споменике“.

Из дате дефиниције могу се издвојити четири главне одлике културног добра:

- 1) ирелевантност порекла или својинског статуса културног добра, што је постављено кумулативно са преостале три карактеристике које су алтернативне, и то:

- 2) да се ради о покретној или непокретној имовини од великог значаја за културну баштину свих људи; или
- 3) да се ради о грађевинама које треба да сачувају или изложе покретна културна добра; или
- 4) да се ради о центрима који садрже споменике.

Остаје отворено питање да ли „велики значај“ из тачке 2. треба схватити као услов формалног признања од стране релевантних међународних организација које се тиме баве (превасходно се ту мисли на Унеско).<sup>12</sup>

Посебан изазов код одређивања појма културног добра или уметнине односи се на утврђивање његове аутентичности. Потребно је, наиме, „систематски формирано знање и озбиљно искуство да би се препознао и потврдио фалсификат уметничког дела у који је значајно инвестирано са циљем остваривања профита.“<sup>13</sup> Отуда је регистрација добра у одговарајућој бази података само један, али не и довољан услов, јер у сваком случају треба утврдити да ли се у односном случају уопште ради о оригиналном добру, или, пак о копији, репродукцији или кривотворини. Аутентично је оно дело које поуздано потиче из времена и од аутора коме се приписује; то је фундаментална информација за процену његове тржишне вредности и гаранција за његову уметничку и финансијску вредност.<sup>14</sup>

Такође, појам крађе/пљачке културног добра може бити вишезначан. Док крађа у домаћем праву подразумева одузимање туђе покретне ствари, а пљачка (као синоним за разбојништво) томе додаје компоненту принуде, дотле се у међународном праву ова два појма користе као синоними. Пљачка уметности је историјско-емпиријски феномен и „шлагворт“ политике и међународног права, али није технички правни појам међународног права, а још мање кривичног права,<sup>15</sup> јер нигде, као такав није дефинисан, већ се његово препознавање и значење изводе посредно. Штавише, радња извршења не мора стриктно да обухвата одузимање туђе покретне ствари силом или претњом да ће непосредно напасти на живот или тело са намером да себи или другом прибави противправну имовинску корист (што би одговарало кривичном делу разбојништва из нашег националног права, чл. 206. ст. 1. КЗ) – може се радити о тешкој крађи, или о утаји (на пример, ако се у окупираним подручјима одузимају експонати из напуштених музеја), или о превари (ако се, на пример, довођењем у заблуду и прикривањем намере кријумчарења или даље продаје неко наведе да преда своја добра). Повезана

12 И. Марковић, „Уништење непокретних културних добара – заштита према међународном кривичном праву“, *Српска полицијска мисао*, 3/2017, 135. Случај *Ал Махди* (вид. фн. 26) је показао да се статус баштине Унеска уклапа у већину критеријума који се захтевају за покретање поступка пред Међународним кривичним судом (*ICC – International Criminal Court*). *Ibid.*, 142.

13 Р. Самарцић, *op.cit.*, 22.

14 *Ibid.*, 262.

15 J. Vogel, „Kunstraub und internationales Strafrecht“, *JuristenZeitung*, 23/2010, 1143.

кривична дела су такође прикривање, прање новца, финансирање тероризма (често се управо због тога врши), а у обзир долазе и дела из споредног кривичног законодавства (из области царине, спољне трговине, заштите споменика, итд.).<sup>16</sup>

У складу са овим вишедимензионалним поимањем појма културног добра, и правна добра која се штите односним нормама односе се како на приватну својину (индивидуална компонента), тако и на наиндивидуално (колективно) правно добро културног добра као дела заједничког културног наслеђа читавог човечанства (*common cultural heritage of mankind*),<sup>17</sup> као и на национално културно наслеђе, тј. на културно наслеђе одређене земље.<sup>18</sup> Видели смо у претходном делу текста на ком аспекту је у ком периоду развика био нагласак. Но, у сваком случају треба имати на уму да су сва три аспекта (приватно – универзално – национално) иманентна идеји културног добра, те да и њихова заштита мора бити вишедимензионална.

## 2.2. Развој у међународном хуманитарном и међународном кривичном праву и релевантна документа

### 2.2.1. Крађа културној добра као рајни злочин

Већ је поменуто да се крађа/пљачка културних добара раније сматрала легитимном праксом у рату (*ius praedae, prize right*). Као неформални међународни стандард важила је све до 19. века; њоме је оправдано одузимање и уништење имовине непријатеља од стране победничке војске или нације.<sup>19</sup> Са просветитељством су почели да се чују гласови против оваквих обичаја рата. При томе су се развиле две линије аргументације: прва, према Жан-Жаку Русоу (*Jean-Jacques Rousseau*), је у рату видела правни однос између

16 *Ibid.*, 1144.

17 К. Odendahl, *Kulturgüterschutz. Entwicklung, Struktur und Dogmatik eines ebenenübergreifenden Normensystems*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, 389. Отуда се чини проблематичним одлука Нигерије да враћени артефакти из Бенина (пре свега Бенинске бронзе), вредни неколико стотина милиона долара, буду предати у приватну својину краља Ewuara II. <https://culturalpropertynews.org/nigeria-gives-benin-ruler-exclusive-ownership-of-bronzes/>, 15. април 2024. године.

18 J. Vogel, *op. cit.*, 1144. С тим у вези су значајне речи тужитељке Бенсуге у случају *Al Mahgu* (вид. фн. 26), где је она у свом оптужном акту радње уништења 10 верских и историјских грађевина означила као „уништење незамењивих историјских споменика, хладнокрвни напад на достојанство и идентитет целог становништва и њихових верских и историјских корена“. И. Марковић, *op. cit.*, 140.

19 Тиме је уједно долазило и до трансфера богатства после војних ангажовања. Echeona, Ch. Nadeau, „Art Theft and Modern Restitution in International Law“, *Santa Clara Business Law Chronicle*, April 28, 2023. <https://www.scbc-law.org/post/art-theft-and-modern-restitution-in-international-law>, 15. април 2024. године.



држава, због чега је приватна својина била изузета из ратног плена; одлике културног добра нису посебно биле узете у обзир. Друга линија се водила идејама Антоана Кватремера де Квинсија (*Antoine Quatremère de Quincy*) и Александра Крука (*Alexander Croke*); они су препознали специфичности уметнина и културних добара као наслеђа нација и читавог човечанства и као таква су их сматрали недодирљивим, изузетим од правила ратовања, са посебним статусом и заштитом.<sup>20</sup>

Заокрет и одступање од дотадашњих обичаја рата постали су у већој мери видљиви на Бечком конгресу 1815. године, када је договорено враћање у земље порекла добара која је Наполеон у својим походима претходно одузео. Међународноправно је овај развој нашао свој одраз у Хашкој конвенцији о законима и обичајима рата на копну из 1899., односно 1907. године, где је, између осталог, предвиђено да се „са општинским добрима, добрима установа посвећених верским обредима, добротинству, настави, науци и уметности, чак и кад припадају држави, поступа као са приватном својином. Свака заплена, уништење или намерно оштећење сличних установа, историјских споменика, уметничких и научних дела је забрањено, и мора бити предмет поступања по закону“ (чл. 56). Одредбе Конвенције су важиле током Другог светског рата, а узете су у обзир и током суђења нацистима у Нирнбергу.

Баш том приликом, на Нирнбершком процесу, је дошло до коначног продора забране заплене туђе имовине у међународно кривично право.<sup>21</sup> Након што су Савезници већ 1943. године, у својој Лондонској декларацији осудили радње одузимања имовине на окупираним територијама и задржали право да сваки пренос и продају имовине прогласе ништавим, у чл. 6 (b) Статута Међународног војног суда унета је одредба да се под ратним злочиним сматрају, између осталог, „пљачкање јавне или приватне имовине“. Тако се једна од четири тачака оптужнице против Алфреда Розенберга (*Alfred Rosenberg*), Министра за окупирана источна подручја, односила на „одузимање уметничких вредности, намештаја, текстила и сличних артикала у окупираним земљама“, посебно из музеја, палата и библиотека тадашњег Совјетског савеза. Поред чл. 6 Статута, Војни суд се позивао и на чл. 56 Хашке конвенције о законима и обичајима рата на копну из 1899. године, односно 1907. године и сврстао пљачку културних (уметничких) добара на окупираним подручјима у ратни злочин. Насупрот томе су пљачкања културних добара немачких и европских Јевреја остала у сенци на суђењу у Нирнбергу, а у формулацији злочина против човечности у чл. 6

20 J. Vogel, *op. cit.*, 1145.

21 У Првом светском рату је дошло до разарања културних добара у великој мери, али сразмерно томе тек ретко до њихове крађе. Отуда је Версајски мировни уговор нагласио репарацију, а не реституцију добара. Додуше, чл. 8 Вашингтонског споразума о заштити покретне имовине од историјског значаја из 1935. године да покретни споменици не смеју да буду третирани као ратни плен. J. Vogel, *op. cit.*, 1146, fn. 35.

(с) Статута Војног суда пљачкање цивилног становништва није изричито ни поменуто.<sup>22</sup>

На основу овог суђења проистекли су 1950. године тзв. Нирнбершки принципи („Принципи међународног права признати у Повељи Нирнбершког трибунала и у суђењу пред трибуналом“) Генералне скупштине Уједињених нација који су значајно утицали на развитак међународног кривичног права, и где је пљачкање јавне или приватне имовине изричито одређено као ратни злочин и као повреда закона или обичаја рата (Принцип VI, слово b).

Други светски рат представља цезуру у погледу заштите културних добара и због тога што је, као последица многобројних уништења и пљачки током ратних дешавања, иницирано доношење Хашке конвенције о заштити културних добара у случају оружаног сукоба из 1954. године. Ради се о првом међународном споразуму универзалног карактера који спаја норме које се односе на заштиту (покретних и непокретних) културних добара у случају оружаног сукоба. У ранијим међународним документима је само било речи о „ратном стању“, док је сада та заштита проширена на „сваки оружани сукоб“ који може да избије између страна, чак и ако „ратно стање“ није признато од једне од њих, као и при оружаном сукобу који није међународног карактера.<sup>23</sup> Овако широко одређење одговара поимању, израженом у преамбули Конвенције, да „штета нанесена културним добрима, ма коме народу она припадала, представља штету културном наслеђу целог човечанства, будући да сваки народ даје свој допринос светској култури“, као и да је „чување културног наслеђа од велике важности за све народе света“. Говорећи о поштовању културних споменика (чл. 4. ст. 3.) предупређује се, и по потреби, зауставља „свако дело крађе, пљачке или неправедног присвајања културних добара, у ма којој форми то било вршено, као и сваки акт вандализма, уперен против речених добара,“ као и „реквизиција покретних културних добара која се налазе на територији неке друге Високе стране Уговорнице.“ У Другом допунском протоколу Конвенције, потписаним 1999. године, предвиђено је да ће „страна која окупира целу или део територије друге стране, забранити или спречити у односу на окупирану територију сваки недопуштен извоз, друго премештање или промену власништва културног добра“ (чл. 9).

Такође, у овом Протоколу читава једна глава (Глава IV) је посвећена кривичној одговорности и надлежности. Тако се као озбиљна повреда Протокола наводи, између осталог, „намерно и повредом Конвенције и овог протокола (...) екстензивно оштећење или присвајање културног добра заштићеног Конвенцијом“ (чл. 15, ст. 1. (с)), као и „крађа, пљачка или незаконито присвајање, или акт вандализма уперен према културном добру заштићеном Конвенцијом“ (чл. 15. ст. 1 (е)). Истим чланом у другом ставу одређено је да ће „свака страна усвојити такве мере које изгледају неопходне да се повреде (...) предвиде као кривична дела по унутрашњем праву и да се такве повреде

<sup>22</sup> J. Vogel, *op. cit.*, 1146.

<sup>23</sup> Р. Самарџић, *op. cit.*, 270.

кажњавају одговарајућим казнама. При томе, стране ће поштовати општа правна начела и међународно право, укључујући правила која проширују кривичну одговорност и на друга лица осим оних која су директно извршила акт“, мислећи тиме на претпостављене. Чл. 16. ст. 1. одређена је надлежност државе а) кад су повреде извршене на њеној територији; б) када наводни извршилац има држављанство те државе или с) када се наводни извршилац налази на њеној територији.<sup>24</sup>

Враћајући се на међународно кривично право, значајно је видети на који начин Римски статут Међународног кривичног суда из 2002. године регулише ово питање. И заиста, у њему нема одредбе која би директно забранила крађу/пљачку културних добара. Међутим, крађа/пљачка у међународном оружаном сукобу је ипак посредно обухваћена Статутом, као ратни злочин, и то на следећим местима:

- 1) Чл. 8. ст. 2. слово а] iv: Као озбиљно кршење Женевских конвенција од 12. августа 1949. године – обимна разарања и присвајање туђе имовине које се не може оправдати војном потребом, и која су при том извршена незаконито и безобзирно. Крађа/пљачка културних добара не може никада представљати војну потребу, и уколико се врши, увек је незаконита и безобзирна.<sup>25</sup>
- 2) Чл. 8. ст. 2 слово б] xiii: Друге озбиљне повреде закона и ратних обичаја који се примењују у међународном оружаном сукобу, а према утврђеним правилима међународног права, где се убраја и уништавање или конфискација непријатељске имовине, осим уколико то строго не захтевају потребе рата. И овде је у пракси тешко замисливо да оправдање за пљачку културних добара могу да буду ратне потребе.
- 3) Чл. 8. ст. 2 слово е] v:<sup>26</sup> Друге озбиљне повреде закона и обичаја до којих дође у оружаним сукобима који нису међународног карактера,

24 Поред већ поменутих одредби, Богуславски је идентификовао и следеће одредбе међународног хуманитарног права које су релевантне за заштиту од крађе/пљачке/заплене културних добара: 1) Забрана да се изврши пљачка у градовима или местима, чак и када су освојена на јуриш (чл. 28. Правилника о законима и обичајима рата на копну из 1907. године и чл. 7 Конвенције о бомбардовању од стране поморских снага у време рата из 1907. године); 2) Општа забрана пљачке на територији непријатеља (чл. 47. Правилника из 1907. године); 3) Општа забрана конфискације имовине верских, образовних, уметничких и научних институција (чл. 46. ст. 2. и чл. 56. Правилника из 1907. године); 4) Општа забрана конфискације имовине, посебно културних добара (чл. 23. и 56. Правилника из 1907. године); 5) Забрана примене ареста (задржавања), пљачке и одузимања културних добара и транспортних средстава која се искључиво користе за превоз таквих добара (чл. 14 Хашке конвенције из 1954. године). М. М. Богуславский, *Културне ценности в международном обороте, правовые аспекты*. Москва, Норма: Инфра–М, 2012, 216 – 218; цит. према Р. Самарцић, *op. cit.*, 272, 273.

25 J. Vogel, *op. cit.*, 1147.

26 Иако се тиче уништења културних добара, из више разлога је значајан случај *Al Mahdi* из 2016. године (*The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15),

а које повреде су предвиђене одговарајућим одредбама међународног права, конкретно пљачкање насеља или места, чак и када су освојена у нападу. Крађа/пљачка се управо врши у градовима и насељима (музејима, библиотекама, итд.).

### 2.2.2. Крађа културној добра као „културни геноцид“ и као злочин против човечности

С времена на време се обнавља дискусија о тзв. културном геноциду (*cultural genocide*), са историјским примерима крађе и уништења културних добара која се врше мимо оружаних сукоба, као што је то учињено Јеврејима у нацистичкој Немачкој пре избијања Другог светског рата или индигеној популацији (Аборигинима) у Аустралији<sup>27</sup> и у Канади.<sup>28</sup>

Као правни концепт међународног права, културни геноцид је посматран као под-категорија или аспект геноцида – као покушај да се систематски и са намером уништи једна група, поред физичког и биолошког геноцида. Обухвата уништење како материјалне (нпр. места богослужења), тако и нематеријалне чиниоце културе (нпр. језик), а правна реакција на њега је негативна (забрана путем кривичноправних норми) и позитивна (реститутивне и репаративне мере).<sup>29</sup>

И заиста, првобитно схватање појма геноцида је у свом средишту чак имало културу. Рафаел Лемкин (*Raphael Lemkin*), творац појма геноцида, је заступао заправо холистички приступ. Он је сматрао да је неопходна нова правна категорија, јер геноцид није могао да се сведе на масовна убиства.<sup>30</sup> Оно што је било специфично код нацистичких злочина јесте њихов методолошки покушај да униште једну групу, мимо типичних ратних злочина и других репресивних аката. За Лемкина је стога суштина геноцида била

---

у ком је он (вођа *Hisbaha*) осуђен пред Међународним кривичним судом због саизвршилаштва у уништењу светске културне баштине, јер је 2012. у Малију (Тимбуктуу) уништио 10 верских објеката и историјских споменика (9 маузолеја и једну џамију). Он је прво лице које је од стране ИСС осуђено за ратни злочин према чл. 8. ст. 2. слово е] iv Римског статута („намерно усмеравање напада на религијске, образовне, уметничке, научне објекте, као и објекте за добротворне сврхе, историјске споменике, болнице и места где су скупљени рањени и болесни, под условом да не представљају војне циљеве“). Тиме је уједно прва особа која је гоњена само за тзв. културна кривична дела. Детаљно о томе: И. Марковић, *op. cit.*, 137–139.

27 Вид. W. Schabas, „Cultural Genocide and the Protection of the Right of Existence of Aboriginal and Indigenous Groups”, *International Law and Indigenous Peoples*, Brill, 2005, 117–132.

28 Вид. L. Kingston, „The Destruction of Identity: Cultural Genocide and Indigenous Peoples”, *Journal of Human Rights*, 1/2015, 63–83.

29 L. Bilsky, R. Klagsburn, „The Return of Cultural Genocide?”, *The European Journal of International Law*, 2/2018, 374.

30 R. Lemkin, „Genocide”, *American Scholar*, 1946, 227.

културолошка:<sup>31</sup> као напад на једну групу људи и њихов културни идентитет.<sup>32</sup> Још 1933. године је био предложио да се уништење културе и уметничких дела из мржње према некој заштићеној групи или у сврху њеног истребљења међународнокривичноправно обухвати као „вандализам“, али је на преговорима о Конвенцији Уједињених нација о спречавању и кажњавању злочина геноцида из 1948. године његов предлог да се уврсти и културни геноцид одбијен.<sup>33</sup> Културни геноцид, схваћен као пљачка културних добара усмерена против одређене заштићене групе није обухваћена бићем геноцида ни када је намера учиниоца усмерена ка уништењу културног идентитета групе.<sup>34</sup> У појединачном случају је могуће да се културни геноцид и злочин геноцида (схваћен у смислу Конвенције из 1948. године, односно сходно националној регулативи) врше паралелно; на пример када се уништењем и крађом културних добара (пре свега религијских) намерава допринети физичком уништењу чланова групе тако што би им се на тај начин нанео тежак душевни бол.<sup>35</sup>

Поставља се онда питање да ли би смисленије било да се крађа/пљачка културних добара подведе под злочин против човечности, и то као део ширег или систематског напада на цивилно становништво (чл. 7. ст. 1. Римског статута). Проблем у таквом тумачењу може представљати то што статутарне одредбе злочина против човечности, за разлику од ратних злочина, нису непосредно обухватале и нападе на имовину. Опција би била да се пљачка уметнина подведе под „друге нехумане поступке“ из чл. 7. ст. 1. тач. к. Ти поступци, међутим, морају бити „сличног карактера“ као претходно наведене радње (убиство, истребљење, поробљавање, итд.) и да се њима „намерно проузрокују тешке патње или озбиљно угрожава физичко или ментално здравље.“ Иако је и ментално здравље обухваћено, тешко је замислити да крађа уметничког дела може изазвати психичку патњу која би се могла уподобити са патњом које узрокује убиство, силовање или нека друга радња злочина против човечности. Тај праг се крађом уметнина, дакле, не прелази.

31 Bilsky и Klagsburn, додуше, указују на извесне недоследности у Лемкиновом ставу, јер се некада на културни геноцид осврће као на потенцијални корак ка геноциду, некада као на аспект (технику) злочина геноцида, а некада као на јединствени циљ геноцида: уништење суштине (есенције) одређене групе. L. Bilsky, R. Klagsburn, *op. cit.*, 378. Друго и треће схватање се нужно не искључују; једино би се требало више осврнути на његово тачно поимање културног геноцида као претходне фазе у остварењу геноцида.

32 L. Bilsky, R. Klagsburn, *op. cit.*, 374.

33 Детаљно вид. W. Schabas, *Genozid im Völkerrecht*, Hamburger Edition, Hamburg 2003, 237. Bilsky и Klagsburn то, између осталог, објашњавају „инхерентном тензијом између права и историје“, која са своје стране није ограничена правним обзирима, те се отуда јавља „јаз између популарног (у смислу народног, прим. И. М.) и правног схватања геноцида“. L. Bilsky, R. Klagsburn, *op. cit.*, 375.

34 J. Vogel, *op. cit.*, 1148.

35 *Ibidem*.

Но, елемент културе се ипак помиње, и то код радње „протеривања било које групе или заједнице на политичкој, верској, расној, националној, етничкој, културној и полној основи“ (чл. 7. ст. 1. тач. h). Прогон је одређен Римским статутом као „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. тач. g). Пљачка/крађа културних добара би се могла подвести под ову одредбу, јер представља противправно, далекосежно одузимање основних права (својинских права и људских права у домену културе) које је супротно међународном праву.<sup>36</sup> Другим речима, преко општије формулисане одредбе о протеривању би се посредно крађа/пљачка културних добара могли подвести под злочин против човечности.

### 3. КРАЂА КУЛТУРНИХ ДОБАРА ПРЕМА НАЦИОНАЛНОМ (СРПСКОМ) КРИВИЧНОМ ПРАВУ

#### 3.1. Етимолошке одреднице у домаћем (српском) праву – појам културног добра и сродни термини; појам културног наслеђа

Појам културног добра дуго је био дефинисан у чл. 2. Закона о културним добрима (у даљем тексту: ЗКД)<sup>37</sup> као „ствари и творевине материјалне и духовне културе од општег интереса које уживају посебну заштиту утврђену овим законом. Културна добра, у зависности од физичких, уметничких, културних и историјских својстава, јесу: споменици културе, просторне културно-историјске целине, археолошка налазишта и знаменита места – непокретна културна добра; уметничко-историјска дела, архивска грађа, филмска грађа и стара и ретка књига – покретна културна добра.“

Међутим, ЗКД се бавио само општим питањима заштите, те је 2021. године замењен новим Законом о културном наслеђу (у даљем тексту: ЗКН),<sup>38</sup> који је ступио на снагу 5. јануара 2022. године, а примењује се од 5. јануара 2023. године. То је наш први акт којим се дефинише културно наслеђе, а под чиме се подразумева „скуп ресурса, материјалних и нематеријалних, наслеђених из прошлости, препознатих као одраз и израз непрекидно еволуирајућих вредности, уверења, знања и традиција, насталих интеракцијом човека и простора током времена“ (чл. 3, тач. 1).<sup>39</sup> Културно

36 J. Vogel, *op. cit.*, 1148.

37 Закон о културним добрима – ЗКД, *Службени йласник РС*, број 71/94, 52/11 – др. закони, 99/11 – др. закон, 6/20 – др. закон и 35/21 – др. закон.

38 Закон о културном наслеђу – ЗКН, *Службени йласник РС*, број 129/2021.

39 Није тема овог рада, али би било корисно за даље размишљање и евентуално тумачење у пракси супротстављање појма културног наслеђа као еманације

наслеђе Републике Србије обухвата нематеријално културно наслеђе и материјална културна добра која се налазе на територији Републике Србије, укључујући и Аутономну покрајину Косово и Метохију као њен саставни део у складу са Уставом Републике Србије (чл. 4., ст. 2).

Поменуто материјално културно наслеђе састоји се из непокретног и покретног културног наслеђа, која су такође дефинисана у ЗКН. Тако се под првопоменутиим подразумева део материјалног културног наслеђа које чине непокретности, њихове групе, делови или остаци, а за које се претпоставља да могу имати или за које је поступком вредновања, у складу са законом, утврђено да имају културну, друштвену, историјску, археолошку, етнологску, антрополошку, техничку и индустријску, уметничку, уметничко – занатску, архитектонску, грађевинску и грађевинско – конструктивну, просторну (урбану или руралну) и научну вредност и вредност оригинала, униката или старине (чл. 3, тач. 3), док се код покретног културног наслеђа мисли на део материјалног културног наслеђа које чине покретни предмети, њихове групе, делови или остаци за које се претпоставља да могу имати или за које је поступком вредновања, у складу са законом, утврђено да имају културну, друштвену, историјску, археолошку, етнологску, антрополошку, техничку и индустријску вредност, уметничку, уметничко – занатску, научну и вредност оригинала, униката или старине. Покретно културно наслеђе, по његовим врстама чине музејска грађа, архивска грађа, стара и ретка библиотечка грађа и филмска и остала аудиовизуелна грађа (чл. 3, тач. 4). Предмет крађе и уопште нелегалног поступања могу, дакле, бити како покретно културно наслеђе, тако и непокретно културно наслеђе (посебно с обзиром на то да га чине и „делови или остаци“ који се могу одузети).

Напоследку, сâм појам културног добра одређен је у тачки 5. истог члана као „ствари и творевине, материјалне и духовне културе од општег интереса, вреднована и утврђена у складу са законом“; она чине саставни део материјалног културног наслеђа. Спрам раније дефиниције из ЗКД, не помиње се изричито да уживају посебну заштиту (што се може сматрати извесном контрадикторношћу са интенцијом законодавца да им новим законом управо пружи јачу заштиту), док се истовремено одређују као сегмент културног наслеђа (раније: културе).

Овај централни појам – појам културног добра није регулисан у чл. 112. КЗ, иако би имало простора за то.<sup>40</sup> Имајући у виду да је донет нови матични закон (ЗКН) који регулише материју која се вероватно неће у блиској будућности поново мењати, имало би смисла кроз неку будућу новелу додати

---

колективних вредности у којима се појединац као члан одређене групе препознаје и вредности уметничког дела схваћеног у индивидуалистичком смислу, кроз саморепрезентацију и експонибилност, у доба глобалне, милијарди долара „тешке“ индустрије луксузних добара, у које спадају и уметничка дела.

40 У том смислу и Г. Крстић, „Сузбијање незаконите трговине културним добрима“, *Crimen*, 1/2023, 106.

аутентично тумачење израза културно добро, односно облике кривичног дела из КЗ у којима се оно помиње уподобити новој терминологији из ЗКН.

ЗКН дефинише такође добро под претходном заштитом као евидентирана добра која уживају претходну заштиту (чл. 3, тач. 11), под чиме („претходна заштита“) се подразумева део процеса вредновања материјалног културног наслеђа које претходи утврђивању за културна добра (чл. 3, тач. 12), а одређује и добра која уживају претходну заштиту као ствари и творевине за које се претпоставља да поседују културне вредности у складу са ЗКН (чл. 3, тач. 10), иако још увек нису формално евидентирана као културна добра. Ту се ради о откривеним елементима археолошког налазишта или локалитета. Премда ова добра нису још увек заведена, она уживају исту заштиту као културна добра.<sup>41</sup>

Добра под претходном заштитом, нова категорија из ЗКН, су добра која се налазе у процесу вредновања да ли заслужују да буду утврђена као културна добра и о њима се води посебна евиденција.<sup>42</sup>

С обзиром на практичну терминолошку истоветност између „добра под претходном заштитом“ и „добра које ужива претходну заштиту“, а постојећу формалноправну разлику међу њима, јер су само добра под претходном заштитом и евидентирана добра, док се за добра која уживају претходну заштиту *йрећийостйавља* да поседују културне вредности на основу којих ће касније бити евидентирани, долази до логичког несагласја и неподударања степена заштите.

## 3.2. Кривичноправна регулатива

### 3.2.1. Кривична дела йроћий имовине – тешка крађа (чл. 204. КЗ)

Очекивано, културна добра као објект заштите најзаступљенија су у Глави XXI Кривичног законика (у даљем тексту: КЗ)<sup>43</sup> – код кривичних дела против имовине, где се помињу код шест дела (тешка крађа из чл. 204. ст. 3.; утаја из чл. 207. ст. 4; одузимање туђе ствари из чл. 211. ст. 2; уништење и оштећење туђе ствари из чл. 212. ст. 3.; прикривање из чл. 221. ст. 4.; неовлашћено изношење и уношење културног добра из чл. 221а); од којих је једно дело у целости посвећено управо њима (неовлашћено изношење и уношење културног добра из чл. 221а).

Од тих кривичних дела, најбитније је свакако тешка крађа (чл. 204. ст. 3). Ту се као један од облика појављује крађа ствари која представља културно

41 И. Вуковић, *Коменйар кривичних дела йроћий имовине*, Службени гласник, Београд, 2023, 88.

42 *Ibidem*.

43 Кривични законик – КЗ, *Службени йласник 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.



добро, односно добро које ужива претходну заштиту или природно добро, у одељку са (касније додатом) украденом ствари која представља јавни уређај за воду, канализацију, топлоту, гас, електричну енергију или другу енергију или уређајем система јавног саобраћаја и веза, односно деловима тих уређаја (ст. 3).<sup>44</sup> Прописана казна је затвор од једне до осам година.

По логици ствари, као код сваке крађе, културна добра морају да буду покретна. Та одлика покретног културног добра (музејска грађа, архивска грађа, стара и ретка библиотечка грађа, итд.)<sup>45</sup> се формализује доношењем акта о утврђивању културног добра, тј. културно добро се уписује у јавни регистар.<sup>46</sup>

Дефинисане су, како смо већ нагласили, као културно добро ствари и творевине материјалне и духовне културе од општег интереса, која чине саставни део материјалног културног наслеђа (чл. 3. тач. 5 ЗКН). Из њеног одређења („општи интерес“, „део културног наслеђа“) и њене иманентне непроцењиве вредности проистиче законодавчев и генерално друштвени резон у погледу тога зашто је запређена строжа казна него за обичну крађу. Стога цена (вредност) украденог културног добра (нпр. украдене мошти Светог Ђорђа)<sup>47</sup> није обележје овог облика кривичног дела, иако би врло често предмет достигао вредност чак најтежег облика тешке крађе (преко 1.500.000 РСД, ст. 4). Одузимање (целог или дела добра) се може вршити како на слободној, необезбеђеној, јавно доступној површини (нпр. скулптуре у парковима), тако и из музеја, приватних колекција, односно уопште затворених простора, тако да долази у обзир и први облик тешке крађе (обијање или проваљивање затворених зграда, станова, соба, каса, ормана или других затворених простора или кроз савлађивање механичких, електронских или других већих препрека).<sup>48</sup> Уколико се украде део који сам за себе не представља културно добро (нпр. крађа оловног крова манастира),<sup>49</sup> постојао би стицај обичне крађе и уништења и оштећења културног добра (чл. 212. ст. 3).<sup>50</sup>

Када се ради о осталим категоријама које се помињу у ЗКН, *добра која уживају претходну заштиту* су изричито обухваћена одредбом чл. 204, док то није случај са *добрима под претходном заштитом*.

Добра која уживају претходну заштиту су ствари или творевине за које се претпоставља да поседују културне вредности (чл. 3. тач. 10 ЗКН), иако још увек нису формално евидентирана као културна добра. Поменуто је већ да се ту ради о откривеним елементима археолошког налазишта или

44 Последњепоменути облик уведен је ЗИД КЗ 2013. године.

45 ОкС у Београду, Кж. 455/99 од 20.4.1999.

46 И. Вуковић, *op. cit.*, 87.

47 ОкС у Чачку, Кж. 283/08 од 14.5.2008.

48 И. Вуковић, *op. cit.*, 87.

49 Управо на основу тога је данашња Куршумлија добила своје име, јер су Турци скинули олово са крова цркве Св. Николе и од тога лили куршуме.

50 И. Вуковић, *op. cit.*, 87; Ђ. Ђорђевић, „Кривична дела против културних добара у КЗ Србије“, у: *Сујројсјављање савременом организованом криминалу и шеролизму*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2013, 289.

локалитета, тј. онеме што грађани пронађу, а који представљају део културног наслеђа (нпр. римски новчићи, златни накит, итд.).<sup>51</sup> ЗКН изричито предвиђа (чл. 33) да је добро које ужива претходну заштиту, а налази се у земљи или води, или је извађено из земље или воде у државној својини; као такво, дакле, није напуштено или ничије, тако да и оно може бити украдено.<sup>52</sup> О посебном облику утаје би се радило ако пронађено благо не представља добро које ужива претходну заштиту.

Пошто су добра под претходном заштитом категорија која се налази негде „на пола пута“, тј. улази у културно наслеђе, али још увек формално не представља културно добро, могло би се очекивати да законодавац у некој будућој новели КЗ под овак облик тешке крађе подведе и ову нову форму.<sup>53</sup> Свакако би било препоручљиво том (или неком ранијом приликом, кроз измене ЗКН) термилошки направити јаснију диференцијацију између добра које ужива тзв. претходну заштиту и добра под претходном заштитом. Пуко језичко тумачење овде није од велике помоћи; тим пре што учињено појмовно разликовање иначе уопште и не делује смислено.

### 3.2.2. Кривично дело йројив јавној реда и мира – неовлашћено извођење археолошких радова (чл. 353а КЗ)

У оквиру Главе кривичних дела против јавног реда и мира прописано је неовлашћено извођење археолошких радова, које чини ко неовлашћено врши археолошка ископавања и истраживања (основни облик, ст. 1), за које је запрећен затвор до три године и кумулативно новчана казна. Ово кривично дело је раније било садржано у чл. 240а Кривичног закона Србије, није се првобитно нашло у важећем КЗ 2006. године, те је враћено у правни систем Србије ЗИД КЗ 2009. године.

Радња извршења састоји се из ископавања или истраживања, што треба да се врши неовлашћено (противправно), при чему није битно место на коме се то врши, осим ако је реч о археолошком налазишту, када ће постојати тежи облик дела.<sup>54</sup> Верховни суд Србије је у једној ранијој одлуци (Кзз. б/02) констатовао да је инкриминисано и вршење археолошких ископавања на месту које још није познато и регистровано од стране надлежних органа као археолошко налазиште.<sup>55</sup>

Тежи облик (ст. 2) постојаће ако је основни облик извршен на археолошком налазишту или другом непокретном културном добру, односно добру које ужива претходну заштиту или ако је том приликом девастирано

51 И. Вуковић, *op. cit.*, 88.

52 *Ibidem.*

53 *Ibidem.*

54 З. Стојановић, *Коментар Кривичној законика Србије*, 7. издање, Службени гласник, Београд, 2018, 1014.

55 *Ibidem.*

археолошко налазиште или непокретно културно добро, односно добро које ужива претходну заштиту или ако је приликом извођења ових радова коришћена опрема или уређај за откривање и проналажење археолошких предмета. Запрећена казна је затвор од шест месеци до пет година и кумулативно новчана казна.

Став 3 предвиђа обавезно одузимање предмета.

Поставља се питање стицаја са тешком крађом. Иако су у досадашњој пракси судови сматрали да постоји само кривично дело неовлашћеног извођења археолошких радова,<sup>56</sup> пошто се начелно поменути делом кажњава само неовлашћено вршење археолошких ископавања и истраживања, нема сметњи, односно заправо има више смисла да се одношење пронађених артефаката квалификује као стицај са тешком крађом.<sup>57</sup>

Такође, треба имати на уму да законодавац код дела из чл. 353а предвиђа обавезно одузимање предмета (ст. 3), под чиме се типично подразумева мера безбедности одузимања предмета, дакле средства извршења (нпр. опрема за откривање археолошких предмета), а не одузимање имовинске користи прибављене кривичним делом (прибављен плен – пронађена културна добра која уживају тзв. претходну заштиту).<sup>58</sup>

Поред тешке крађе, својство предмета као културног добра чини дело тежим и код следећих кривичних дела: утаја (чл. 207, ст. 4) – са прописаним казном од једне до осам година и новчаном казном; одузимање туђе ствари (чл. 211, ст. 2) – са прописаном казном од три месеца до три године и новчаном казном; уништење и оштећење туђе ствари (чл. 212, ст. 3) – са прописаном казном од шест месеци до пет година; прикривање (чл. 221, ст. 4) – са прописаном казном од шест месеци до пет година. Поред тога, неовлашћено изношење и уношење културног добра чини онај ко изнесе или извезе у иностранство или унесе у Србију културно добро или добро које ужива претходну заштиту, без претходног одобрења надлежног органа (основни облик, ст. 1), што је запрећено затвором од шест месеци до пет година, док казна износи од једне до осам година ако је дело извршено у односу на културно добро од изузетног или великог значаја (тежи облик, ст. 2).

### 3.2.3. *Кривична дела йројив човечностйи и друјих добара зашййћених међународним йравом*

Српски КЗ културна добра код међународних кривичних дела помиње изричито само код једног кривичног дела: уништавања културних добара (чл. 383). Ово дело врши, наиме, ко кршећи правила међународног права за време рата или оружаног сукоба уништава културне или историјске

56 Нпр. ОкС у Пожаревцу, Кж. 320/98 од 7.5.1998. године.

57 И. Вуковић, *op.cit.*, 89.

58 *Ibidem*.

споменике или друга културна добра или верске објекте или установе или објекте који су намењени науци, уметности, васпитању или хуманитарним циљевима или ко нареди да се таква дела врше (ст. 1). Запрећена казна је затвор од три до петнаест година. Она је нешто строжа за тежи облик (од пет до петнаест година, ст. 2) ако је уништен објекат који је као културно добро под посебном заштитом међународног права.

Мимо тога, атрибут „културно“ се помиње у овог Глави само још код злочина против човечности (чл. 371), где се протеривање врши на политичкој, верској, расној, националној, етничкој, културној, полној или каквој другој основи. Оно што је речено у делу текста који се односи на злочин против човечности према Римском статуту, важи и овде. Прописана казна за ово кривично дело је затвор од најмање пет година или доживотни затвор.

Такође, код ратног злочина против цивилног становништва (чл. 372, ст. 1) „цивилни објекти који су под посебном заштитом међународног права“ могу да се односе и на културна добра, али се ту говори о нападима на њих, те се односе на уништење културних добара. Крађа/пљачка културних добара би пре била покривена другим деловима одредбе чл. 372, и то „противправним одузимањем, присвајањем или уништавањем имовине у великим размерама које није оправдано војним потребама“. Већ је речено да крађа културних добара не представља војну потребу. Такође, у обзир долази и „узимање противправне и несразмерно велике контрибуције и реквизиције“. Предвиђена казна за ово дело је затвор од најмање пет година.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Уопштено гледано, а кроз примере са почетка текста показано, крађа/пљачка извршена у домаћим оквирима ретко када се задржава у њима. Наше тржиште је мало, богати купци се налазе у иностранству, домаћи артефакти су по правилу препознатљиви од стране домаћих стручњака, те је извоз неопходан. Намеће се логична повезаност крађе/пљачке културних добара са њиховом илегалном трговином, односно кријумчарењем. Организовани криминалитет је у међувремену развио инфраструктуру за препродају украдених објеката, а остварена висока добит се користи за даље финансирање њихових активности. Другим речима, значај крађе културних добара не исцрпљује се само на националном нивоу; данас из других разлога него почетком 19. века и још више половином прошлог века.

У међународном праву се кривичноправна заштита развила, наиме, посебно под утицајем Другог светског рата. То се огледа кроз документа (конвенције, статуте) којима се забрањује крађа/пљачка културних добара. Помињу се код ратних злочина; ширим тумачењем се могу препознати и код злочина против човечности, док се питање постојања тзв. културног геноцида у навратима наново поставља, премда до данас већински негира.

Иако постоји солидан ниво међународноправне заштите, треба истаћи да у окружењу много тежих и опаснијих облика међународних кривичних

дела (убиства, силовања, стерилизације, итд.), крађа/пљачка културних добара по природи ствари не ужива приоритет, регулисана је споредно и у самој међународној пракси има тек терцијарни значај. Томе доприноси чињеница да се доживљава као злочин без жртве, односно да се некакво правно задовољење постиже већ реституцијом/репатријацијом украдених добара, док кривични прогон учинилаца буде махом занемарен.

За опсег заштите и уопште правац криминалне политике и праксе битно је имати у виду да постоје две групе земаља са супротстављеним интересима. Једну групу чине земље извора, тј. земље из којих потичу украдена добра (попут Грчке, Ирака, афричке државе, итд.). Оне су махом политички и економски слабе, често разорене ратовима и немирима, па им повраћај добара, а још више кривично гоњење крадљиваца њихових културних добара није на списку приоритета. Другу групу чине земље у којима се налазе украдена/илегално стечена добра (мисли се, пре свега, на Велику Британију, САД и Швајцарску), у поседу како институција,<sup>59</sup> тако и појединаца; државе које немају превелики интерес да се питања реституције, а још мање питање кривичног прогона њихових држављања за крађу/пљачку културних добара посебно детаљно регулише и доследно гони.

Ова селективна незаинтересованост преплиће се са начелном вишедимензионалношћу схватања значаја културног добра – као предмета права својине појединаца/установа, али и као дела културног наслеђа једног народа или читавог човечанства. То је један од разлога зашто се њихова пљачка ни обичајноправно више не сматра дозвољеном.

Српско решење из новог Закона о културном наслеђу говори у прилог једном таквом ширем схватању значаја, па тиме и неопходности њихове заштите. Сâмим терминолошким преласком на израз „културно наслеђе“ потцртава се идеја о културним добрима која надилазе концепт приватне својине, тј. који представљају национално добро. Друге терминолошке одреднице нашег права су мање кохерентне. Тако се говори о добру које ужива претходну заштиту и добру под претходном заштитом; два израза која малтене исто звуче, са другачијим садржајем и укључивањем само

59 Можда је најпознатији пример Елгинових мермера (познати и као Партенонски мермери) који се налазе у *British Museum*-у у Лондону и који Грчка већ дуго безуспешно покушава да поврати. Ради се о колекцији класичних грчких мермерних скулптура направљених под надзором Фидије, изграђених на Атинском Акропољу у 5. веку пре н.е., а одузети почетком 1801. године од стране Томаса Бруса, 7. грофа од Елгина који је тврдио да је то учинио на основу фермана Порте, који је тумачио на начин да сме да скине и изведе делове Партенона („Када пожелеле да однесу неке комаде камена са старим натписима и фигурама, неће бити противљења“). Како је једна студија британског историчара Вилијема Ст. Клера (*William St. Clair*) из 1967. године међутим показала, радило се заправо о допуштењу за одношење артефаката нађених приликом ископавања, а не о дозволи за одношење фасаде сâмог Партенона. <https://www.artnews.com/art-news/news/parthenon-marbles-british-museum-restitution-1234605904/>, 15. април 2024. године.

првопоменутог у чл. 204. КЗ који говори о тешкој крађи. Предлог би био да обе категорије буду укључене у поменуту кривичноправну одредбу, уз претходно преформулисање барем једног од ова два израза, уз јасније истицање јавног интереса који стоји у позадини њихове заштите.

Нормативна покривеност односног питања, према домаћем и према међународном праву, постоји и адекватна је. Такође, предвиђене казне су довољно строге и рефлектују природу злочина.<sup>60</sup> Као и много пута до сада, осим наведених предлога за побољшање регулативе, пракса је та у којој има много више простора и потребе за изменама.

У пракси се показало да практични помаци ка већем броју расветљених случајева и осуђених лица могу да се очекују преко побољшања оперативног дела откривања и доказивања дела, и то преко неопходне специјализације истражних органа, односно органа кривичног гоњења; стварања свеобухватне, јединствене базе података на националном нивоу о културним добрима уопште, као и украденим културним добрима посебно; стварању добре (прекограничне) сарадње и размене информација.

## ЛИТЕРАТУРА

- Богуславский М. М., *Културные ценности в международном обороте, правовые аспекты*. Москва, Норма: Инфра–М, 2012; цит. према Р. Самарџић.
- Bilsky L., Klagsburn R., „The Return of Cultural Genocide?“, *The European Journal of International Law*, 2/2018.
- Вуковић И., *Коментар кривичних дела йројив имовине*, Службени гласник, Београд, 2023.
- Vogel J., „Kunstraub und internationales Strafrecht“, *JuristenZeitung*, 23/2010.
- Ghadban R., *Arabische Clans: Die unterschätzte Gefahr*, Econ, Düsseldorf Berlin, 2018.
- Ђорђевић Ђ., „Кривична дела против културних добара у КЗ Србије“, у: *Сујројисћављање савременом оріанизованом криминалу и йероризму*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2013.
- Игњатовић Ђ., Шкулић М., *Оріанизовани криминалићейй*, 3. измењено и допуњено издање, Правни факултет у Београду, Београд, 2019.
- Kingston L., „The Destruction of Identity: Cultural Genocide and Indigenous Peoples“, *Journal of Human Rights*, 1/2015.
- Крстић Г., „Сузбијање незаконите трговине културним добрима“, *Crimen*, 1/2023.

60 Уопште су овде довољно строге казне добродошле због примене универзалног принципа важења кривичног законодавства.

- Lemkin R., „Genocide”, *American Scholar*, 1946.
- Марковић И., „Уништење непокретних културних добара – заштита према међународном кривичном праву“, *Српска њолиџичка мисао*, 3/2017.
- Odendahl K., *Kulturgüterschutz. Entwicklung, Struktur und Dogmatik eines ebenenübergreifenden Normensystems*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.
- Радовић Н., Самарџић Р., Ђурђевић З., „Криминалитет у вези са културним добрима у Србији“, *Дефендолоџија*, 37-38/2016.
- Самарџић Р., *Умешност и криминал*, Платонеум, Нови Сад, 2017.
- Schabas W., „Cultural Genocide and the Protection of the Right of Existence of Aboriginal and Indigenous Groups”, *International Law and Indigenous Peoples*, Brill, 2005.
- Schabas W., *Genozid im Völkerrecht*, Hamburger Edition, Hamburg 2003.
- Симеуновић Д., *Предговор књије Р. Самарџић „Умешност и криминал“*, Платонеум, Нови Сад, 2017.
- Стојановић З., *Коментар Кривичној законика Србије*, 7. издање, Службени гласник, Београд, 2018.

## ПРАВНИ ПРОПИСИ

- Закон о културним добрима – ЗКД, *Службени гласник РС*, број 71/94, 52/11 – др. закони, 99/11 – др. закон, 6/20 – др. закон и 35/21 – др. закон.
- Закон о културном наслеђу – ЗКН, *Службени гласник РС*, број 129/2021.
- 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.

## ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

- <https://www.artnews.com/art-news/news/parthenon-marbles-british-museum-restitution-1234605904/>
- Echeona E., Nadeau C., „Art Theft and Modern Restitution in International Law“, *Santa Clara Business Law Chronicle*, April 28, 2023., <https://www.scbc-law.org/post/art-theft-and-modern-restitution-in-international-law>
- Grünes Gewölbe: Neuer Prozess gegen Remmo-Angehörigen. <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/prozess-beihilfe-einbruch-gruenes-gewoelbe-lg-dresden-remmo-clan>
- Nigeria Gives Benin Ruler Exclusive Ownership of Bronzes. <https://culturalpropertynews.org/nigeria-gives-benin-ruler-exclusive-ownership-of-bronzes/>
- Чарнић Д., „Благовештенски сабор“ биће враћен у Србију, 17. август 2022. године, <https://www.politika.rs/sr/clanak/514565/Blagovestanski-sa-bor-bi-ce-vracen-u-Sr-bi-ju>

*Ivana Marković, PhD\**

## **THEFT OF CULTURAL GOODS (ART THEFT) BETWEEN INTERNATIONAL (CRIMINAL) LAW AND NATIONAL CRIMINAL LAW**

### *Summary*

*The Author deals with the question to what extent and in what way the theft of cultural goods is regulated in both domestic (Serbian) criminal law, where it is mainly incorporated within crimes against property, and in international (criminal) law. Taking into consideration that cultural goods are regarded as part of the cultural identity of a nation and of the mankind as a whole, but have a high economic value as well, and have been previously regarded as a legitimate loot for the winner in the war, the development of their protection went along those lines.*

*The structure of the work is as follows: introduction, part dedicated to international law (etymological aspects, theft of cultural goods as war crime/cultural genocide/crime against humanity), part dedicated to the criminal legislation in Serbian law (etymological aspects, crimes against property – especially aggravated theft, unauthorized performing of archeological works, crimes against humanity and other goods protected by international law), conclusion.*

**Keywords: Cultural Good. – Theft. – Criminal Law. – International Law. – War Crime.**

---

\* Assistant Professor, Faculty of Law, University of Belgrade, [ivana.markovic@ius.bg.ac.rs](mailto:ivana.markovic@ius.bg.ac.rs).



## ДРУГА НЕХУМАНА ДЕЛА КАО РАДЊА ЗЛОЧИНА ПРОТИВ ЧОВЕЧНОСТИ<sup>1</sup>

*Апстракт:* У раду се анализирају друга нехумана дела као једина радња злочина против човечности која је прописана на уопштен начин. Након историјског осврта, анализирају се елементи других нехуманих дела прописани у Статуту Међународног кривичног суда и Елементима кривичних дела. Ауторка објашњава значење два кључна обележја других нехуманих дела – сличности по карактеру са другим радњама злочина против човечности и последице ових дела. Приказана је и пракса међународних кривичних судова у погледу одређивања радњи које испуњавају критеријуме да се сматрају другим нехуманим делима.

**Кључне речи:** злочин против човечности, друга нехумана дела, резидуална категорија, генерална клаузула.

### 1. УВОД

Прописивањем злочина против човечности, као једног од најтежих кривичних дела за чије сузбијање је заинтересована читава међународна заједница, се пружа заштита појединим основним правима и слободама човека. Након што је први пут нормативно регулисан у Статуту Међународног војног трибунала у Нирнбергу,<sup>2</sup> злочин против човечности временом постаје све шири категорија, у смислу да се са усвајањем сваког новог статута

---

\* Доцент, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0997-8462>, [vmilekic@jura.kg.ac.rs](mailto:vmilekic@jura.kg.ac.rs).

1 Рад је резултат научноистраживачког рада аутора у оквиру Програма истраживања Правног факултета Универзитета у Крагујевцу за 2024. годину, који се финансира из средстава Министарства науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије.

2 International Military Tribunal in Nuremberg, Charter of the International Military Tribunal, Part of the London Agreement of 8 August 1945, by the Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic, the

неког међународног кривичног суда шири и број радњи извршења злочина против човечности. Разлог за то је двојакe природе. Са једне стране, у пракси се јављају нови облици кажњивог понашања који захтевају да буду инкриминисани, док се са друге стране шири и круг основних људских права и слобода којима треба пружити заштиту.

Ипак, и поред сталног ширења радњи извршења злочина против човечности, задржавање радње извршења одређене као “друга нехумана дела” представља константу у свим статутима међународних кривичних судова. Фраза “друга нехумана дела” се често означава као *енијмајиска клаузула*<sup>3</sup> која треба да обухвати све остале, посебно непрописане облике кажњивог понашања, који би се под одређеним условима могли сматрати злочином против човечности. Иако јој се, због чињенице да представља генералну клаузулу и због неодређености, приговара да није у складу са начелом законитости, фраза “друга нехумана дела” кроз историју “опстаје” у статутима међународних кривичних судова ради постизања једног вишег циља – да се омогући кажњавање свих облика деликтног понашања који нису посебно прописани. Разлог лежи у свести твораца статута да се у реалности увек могу појавити неке нове радње које су по свом карактеру сличне радњама злочина против човечности, те да њихови учиниоци не треба да остану некажњени. Самим тим, неке радње злочина против човечности су таксативно набројане, значење неких од њих је прецизно одређено, док је радња друга нехумана дела општег карактера, прописана као резидуална категорија, која треба да обухвати све оне радње које преостају.

Циљ рада је да прикаже начин прописивања других нехуманих дела као радње злочина против човечности кроз историју, као и начин њеног прописивања у Статуту сталног Међународног кривичног суда,<sup>4</sup> као својеврсног кодекса међународног кривичног права. Такође, циљ рада је да објасни и критички анализира поједине елементе других нехуманих дела, и коначно да прикаже ставове судске праксе, односно примере других нехуманих дела у пракси међународних кривичних судова.

## 2. ПОЈАМ ЗЛОЧИНА ПРОТИВ ЧОВЕЧНОСТИ ПРЕМА СТАТУТУ СТАЛНОГ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА

Назив *злочин йројив човечности* је формално први пут употребљен у предлогу заједничке изјаве влада Француске, Велике Британије и Русије,

---

Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics (“the Signatories”).

3 T. Jyrkkio, „Other inhumane acts’ as crimes against humanity“, *Helsinki Law Review*, 2011, 1.

4 International Criminal Court, Rome Statute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, in force 1 July 2002, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2187, no. 38544.

када су државе потписнице означиле покољ Јермена у Турској као злочин против човечности и цивилизације, међутим, до нормативног регулисања злочина против човечности као кривичног дела долази тек усвајањем Статута Међународног војног трибунала у Нирнбергу, да би пред овим Трибуналом многим нацистима било суђено управо за ово кривично дело.<sup>5</sup>

Како данас Статут сталног Међународног кривичног суда (у даљем тексту: МКС) представља својеврсну кодификацију међународног кривичног права, за потребе рада ћемо прихватити појам злочина против човечности који је одређен у овом Статуту. Према одредби чл. 7. ст. 1. Статута МКС, злочином против човечности се сматра било која од наведених радњи под условом да су предузете као део ширег или систематског напада упореног против било ког цивилног становништва, уз знање учиниоца о таквом нападу. У питању су следеће радње: убиство, истребљење, поробљавање, депортација или присилно премештање становништва, затварање и други облици лишавања слободе који се предузимају уз кршење основних правила међународног права, мучење, силовање, сексуално ропство, присилна проституција, присилна трудноћа, присилно стерилисање и сваки други облик сексуалног злостављања овакве или сличне природе, прогањање било које групе или заједнице на политичкој, верској, расној, националној, етничкој, културној или полној основи, или на другој основи која је строго забрањена међународним правом, нестанак лица, апартхејд, као и други нехумани поступци сличног карактера којима се намерно проузрокују тешке патње или озбиљно угрожавање физичког или менталног здравља.

Радња извршења злочина против човечности је алтернативно прописана, па се сматра да кривично дело постоји ако је предузета било која од наведених радњи. При томе, десет радњи је прецизно таксативно набројано, у наредном ставу је дато додатно одређење значења неких од њих (чл. 7. ст. 2. б-и) Статута МКС), док је једанаеста радња прописана на један уопштен начин.

У одредби у којој су одређена прецизнија значења појединих израза и радњи (чл. 7. ст. 2. Статута МКС), се под «нападом усмереним против цивилног становништва» сматра деловање које се заснива на извршењу више наведених радњи злочина против човечности, а које се предузимају против било ког цивилног становништва, при чему је такво деловање проистекло на основу или поводом политике државе или неке друге организације да се изврши такав напад. Дакле, пасивни субјект злочина против човечности јесте искључиво цивилно становништво. Формулација «било које цивилно

5 Више о историјском развоју злочина против човечности: N. Geras, *Crimes Against Humanity: Birth of a concept*, Manchester University Press, Manchester/New York, 2011, 1. и даље. У литератури се појашњава да се тек у Статуту Међународног војног трибунала у Нирнбергу злочин против човечности јавља као чисто кривично-правна категорија, док се пре тога помиње више у моралном и међународно-политичком смислу. М. Шкулић, *Међународно кривично љраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, 252.

становништво» се тумачи на начин да напад не мора да обухвати целокупно становништво једне државе, ентитета или територије, већ и само његов део. Ипак, мора бити реч о цивилном становништву које не учествује активно у непријатељствима, или је престало да учествује.<sup>6</sup> При томе, кривично-правна заштита се пружа врло широком кругу вредности које се сматрају универзалним добрима човечанства и која представљају основна, на међународном нивоу загарантована људска права, као што су право на живот, слободу, телесни и душевни интегритет итд.<sup>7</sup>

Ипак, да би нека од наведених радњи представљала злочин против човечности, неопходно је да буде «контекстуализована»,<sup>8</sup> односно да је предузета у оквиру *ширеј или сисџемајјској найада уйереној йројшв цивилној сџановнишџва*, што представља кључно обележје злочина против човечности. Дакле, да би постојало ово кривично дело нека од радњи извршења мора бити предузета у оквиру напада таквог карактера. Овај услов је алтернативно одређен, па се мора радити *или* о ширем *или* о систематском нападу. Приликом израде Статута МКС и предлога у вези са формулисањем злочина против човечности, поента је била да се искључе појединачне, изоловане и насумичне радње, као и «обична» кривична дела према националном праву, из сфере коју обухватају злочини против човечности, тако да њихови извршиоци не могу ни бити кривично гођени за злочине против човечности.<sup>9</sup>

Међутим, управо поводом овог кључног елемента злочина против човечности су се јавили проблеми у пракси. Приликом суђења за учињене злочине против човечности требало је у сваком конкретном случају утврдити да ли је напад шири или систематски. Међународни кривични судови су се нашли позванима да дају своје тумачење и одреде појмове ширег и систематског напада. Иако у статутима Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију<sup>10</sup> (у даљем тексту: МКТЈ) и Међународног кривичног трибунала за Руанду<sup>11</sup> (у даљем тексту: МКТР) постојање ширег или систематског напада није било прописано као елемент злочина против човечности, судска пракса ових трибунала је јасно заузела став да нека радња мора да буде део ширег или систематског напада усмереног против цивилног

6 M. Boot, R. Dixon, K. C. Hall, „Article 7 - Crimes against humanity“, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (ed. O. Triffterer), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, 127.

7 M. Шкулић (2020), *op. cit.*, 253.

8 V. Degan, B. Pavišić, *Međunarodno kazneno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2005, 235.

9 M. Boot, R. Dixon, K. C. Hall, *op. cit.*, 123; E. Podgor, R. Clark, *Understanding International Criminal Law*, LexisNexis, 2008, 173.

10 United Nations, Security Council, *Resolution no. 827*, from 25 May 1993, [http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_827\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_827_1993_en.pdf), 15. март 2024.

11 United Nations, Security Council, *Resolution no. 955*, from 8 November 1994, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/140/97/PDF/N9514097.pdf?OpenElement>, 15. март 2024.

становништва да би се сматрала злочином против човечности.<sup>12</sup> Управо је околност постојања ширег или систематског напада, поред чињенице да се злочин против човечности може извршити и у миру, та која разликује злочин против човечности од ратних злочина.<sup>13</sup>

Злочин против човечности се може извршити само са умишљајем као обликом кривице (*mens rea*), уз постојање свести да се радња извршења предузима у оквиру ширег или систематског напада усмереног према цивилном становништву. У чл. 7. Статута МКС је прописано да мора да постоји знање (енг. *knowledge*), односно свест да напад постоји. У Елементима кривичних дела се прецизира да знање (свест) не треба схватити као знање учиниоца о свим карактеристикама напада или прецизним детаљима плана или политике државе или организације. У случају новонасталог ширег или систематског напада, умишљај учиниоца мора да буде усмерен на настављање таквог напада.<sup>14</sup>

- 
- 12 Види, на пример: ICTY, Prosecutor v. Dragan Nikolić, IT-94-2-R61, *Review of the Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of procedure and evidence*, 20 October 1995, стр. 14, пар. 26. У предмету Блашкић пред МКТЈ Претресно веће је навело да се систематски карактер напада односи на четири елемента: 1. постојање политичког циља, односно плана у складу са којим се изводи напад, или идеологије у ширем смислу те речи, који иде за тим да се уништи, прогони или ослаби нека заједница; 2. извршење кривичног дела широких размера против неке групе цивила или понављано и стално чињење међусобно повезаних нечовечних дела; 3. припрема и коришћење знатних јавних или приватних ресурса, било војних или других; 4. умешаност високих политичких и/или војних власти у дефинисање и формулисање осмишљеног плана. МКТЈ, *Tužilac protiv Tihomira Blaškića*, IT-95-14-T, *Presuda Pretresnog veća*, 3. mart 2000. godine, стр. 70-71, пар. 203. Претресно веће је даље објаснило да се распрострањеност (ширина) напада односи на широку размеру извршених дела и на број жртава, као и да један злочин може бити распрострањен или широких размера због “кумулативног ефекта читавог низа нечовечних дела или због јединственог ефекта једног јединог дела широких размера”. МКТЈ, *Tužilac protiv Tihomira Blaškića*, IT-95-14-T, *Presuda Pretresnog veća*, 3. mart 2000. godine, стр. 73, пар. 206. Дакле, појам ширег напада треба схватити као бројчану величину, односно као стално, бројно извршење кривичних дела против великог броја жртава и на једном ширем подручју, док појам систематизованог напада треба схватити као напад који је планиран, организован и извршен складно, који подразумева вођство које је обезбеђено непосредним извршиоцима дела. Више о томе: Б. Ристивојевић, *Међународна кривична дела*, део I, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2011, 70. Немогуће је унапред одредити која фактичка ситуација ће задовољити критеријум ширег или систематског напада, већ о томе треба одлучивати од случаја до случаја. М. Voot, R. Dixon, K. C. Hall, *op. cit.*, 126.
- 13 Б. Бановић, С. Бејатовић, В. Турањанин, *Међународно кривично њраво*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2020, 175; Г. Ђорђевић, *Оговорност за међународна кривична дела*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2014, 138.
- 14 Потреба постојања свести о нападу је потврђена и у пракси међународних кривичних судова. У предмету Блашкић пред МКТЈ, Претресно веће је, позивајући се на ставове већа из других предмета пред МКТЈ, али и других међународних кривичних судова, објаснило да свест о нападу треба да обухвати две околности:

### 3. ДРУГА НЕХУМАНА ДЕЛА КАО РАДЊА ЗЛОЧИНА ПРОТИВ ЧОВЕЧНОСТИ

Сматра се да је фраза «друга нехумана дела» први пут употребљена у Лондонском споразуму којим се оснива Међународни војни трибунал у Нирнбергу (чл. 6. ц)) и Закону број 10 Контролног савета (чл. 2. ст. 1. ц)).<sup>15</sup> У Статуту Међународног војног трибунала у Нирнбергу се као злочини против човечности наводе «убиство, истребљење, поробљавање, протеривање или друга нехумана дела» (чл. 6. ст. 2. ц)). Ова фраза је затим преузета и у статуте *ad hoc* трибунала за бившу Југославију и Руанду, где се као радње злочина против човечности наводе «убиство, истребљење, поробљавање, протеривање, затварање, мучење, силовање, прогон на политичкој, расној и верској основи и друга нехумана дела» (чл. 5. Статута МКТЈ и чл. 3. Статута МКТР). Усвајајући Нацрт Законика о кривичним делима против мира и безбедности човечанства 1996. године,<sup>16</sup> Комисија за међународно право је такође преузела ову фразу. Наиме, Комисија за међународно право у овом Нацрту шири листу радњи злочина против човечности у односу на статуте *ad hoc* трибунала, али и задржава фразу «друга нехумана дела», одређујући је као «друга нехумана дела која озбиљно нарушавају физички или психички интегритет, здравље или људско достојанство, као што су сакаћење и тешке телесне повреде» (чл. 18. ст. 1. к)). Упоредујући наведене одредбе може се уочити тренд ширења броја радњи које представљају злочине против човечности, али и поред тога задржавање фразе «друга нехумана дела». Ипак, за разлику од статута *ad hoc* трибунала, у Нацрту Законика о кривичним делима против мира и безбедности човечанства се фраза «друга нехумана дела» донекле прецизира, у том смислу што се одређује у чему се мора састојати последица тих дела, па то морају бити дела која озбиљно нарушавају физички или психички интегритет, здравље или људско достојанство.

---

прво, свест о нападу и његовој распрострањености, односно систематизованости, и, друго, свест о томе да се криминална активност учиниоца уклапа у контекст таквог напада, односно да постоји веза између радње коју он предузима и напада. МКТЈ, *Tužilac protiv Tihomira Blaškića*, IT-95-14-T, *Presuda Pretresnog veća*, 3. mart 2000. godine, стр. 86-87, пар. 247-250. Ипак, не захтева се да су учиниоцу биле познате појединости напада нити да је он одобравао контекст у коме је до напада дошло. Довољно је да је учинилац разумео општи контекст у којем су се његови поступци одвијали. МКТЈ, *Tužilac protiv Dragoljuba Kunarca i ostalih*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, *Presuda Apelacionog veća*, 12. jun 2002. godine, пар. 102.

15 B. Van Schaack, R. Slye, *International Criminal Law and Its Enforcement*, Foundation Press, New York, 2007, 372.

16 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Text adopted by the International Law Commission at its forty-eighth session, in 1996, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/7\\_4\\_1996.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_4_1996.pdf), 20. mart 2024.

Дакле, у обзир могу доћи све радње које су подобне да проузрокују последицу која се огледа у озбиљном нарушавању физичког или психичког интегритета, здравља или људског достојанства. Такође, дата су два примера оваквих радњи: сакаћење и тешке телесне повреде.

Пракса проширивања радњи злочина против човечности и задржавања фразе «друга нехумана дела» се наставља и приликом израде Статута МКС. Наиме, последња наведена радња извршења злочина против човечности у Статуту МКС је одређена као «*друђа нехумана дела сличној каракћера* којима се намерно проузрокују тешке патње или тешка повреда по тело или по ментално или физичко здравље» (чл. 7. ст. 1. к)). Даље прецизирање других нехуманих дела је извршено у Елементима кривичних дела,<sup>17</sup> где се ближе одређује које елементе треба да испуни нека радња да би се сматрала другим нехуманим делом као злочиним против човечности. У питању су следећи елементи: 1. учинилац је нехуманим делом нанео велику патњу или тешку повреду по тело, ментално или физичко здравље; 2. такво дело је било сличног карактера као било које друго дело из члана 7. став 1. Статута; 3. учинилац је био свестан чињеничних околности које су утврдиле карактер дела; 4. понашање је учињено као део распрострањеног или систематског напада усмереног против цивилног становништва; 5. учинилац је знао или је намеравао да је то понашање било део распрострањеног или систематског напада усмереног против цивилног становништва. Појашњено је да се карактер дела односи на природу и тежину делу.

Прописивањем и одређивањем других нехуманих дела на овакав начин, творци Римског статута не само да су прецизирали ову радњу злочина против човечности, него су поприлично и ограничили њен домет на тај начин што су прописали каквог карактера једна радња мора да буде и које последице мора да изазове да би се сматрала другим нехуманим делом. Наиме, у Статуту МКС се захтева да друга нехумана дела испуне *два важна крићеријума* – да по карактеру буду слична осталим радњама злочина против човечности и да могу да доведу до одређене последице.

Када је реч о *љрвом крићеријуму* – *каракћеру друђих нехуманих дела*, захтева се да то буду радње које су по свом карактеру сличне претходно набројаним радњама злочина против човечности. Као што је у Елементима кривичних дела појашњено, мисли се на сличност по тежини и природи. Основно питање које се овде поставља јесте како одредити да ли је нека радња по карактеру, односно по природи и тежини, слична другим радњама злочина против човечности. У проналажењу одговора на ово питање могу се уочити четири правца размишљања. *Према љрвом схваћању*,<sup>18</sup> у обзир

17 International Criminal Court, Elements of Crimes, reproduced from the Official Records of the Assembly of State Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First session, New York, 3-10 September 2002.

18 Т. Jyrkkio, *op. cit.*, 13; Z. Stojanović, *Међународно кривично право*, Правна knjiga, Beograd, 2012, 110.

долази примена правила тумачења *eiusdem generis*<sup>19</sup>, које се односи на ситуације «када листу специфичних ставки прати општи термин, онда се тај општи термин тумачи као ограничен на исту врсту или природу као и специфичне ставке».<sup>20</sup> Управо позивањем на правило *eiusdem generis* је Веће у *йредмеју Тагић* пред МКТЈ заузело став да радње предузете на лешевима не могу да се сматрају другим нехуманим делима, јер нису исте врсте као претходно наведене радње злочина против човечности које се све могу предузети само према живим људима.<sup>21</sup>

Према *грујом схвайању*, примена правила тумачења *eiusdem generis* није од велике помоћи приликом процене да ли је неко дело по природи и тежини слично другим наведеним делима, већ прецизније одреднице за одређивање других нехуманих дела треба тражити у међународним стандардима људских права, као што су Универзална декларација о људским правима из 1948. године и два пакта о људским правима из 1966. године. Наиме, анализом ових аката се може одредити група основних људских права, па следствено и да ли се њихово кршење може сматрати злочином против човечности.<sup>22</sup>

Према *йрешем схвайању*, *схвайању йраксе*, како би одредио да ли се нека радња може сматрати сличном по карактеру набројаним радњама злочина против човечности, суд мора да узме у обзир све околности конкретног случаја, као што су природа чињења или нечињења, контекст у коме се радња предузима, личне прилике жртве као што су узраст, пол и здравствено стање, као и физички, психички и морални утицај који радња има на жртву.<sup>23</sup>

Конечно, *йрема чејврјшом схвайању*, прописивање да друга нехумана дела по карактеру морају да буду слична другим, претходно набројаним радњама злочина против човечности представља креативну аналогију.<sup>24</sup> Утврђивање у конкретном случају да неко понашање представља радњу по карактеру сличну другим радњама злочина против човечности би представљало одређивање бића кривичног дела по сличности. Самим упућивањем

19 *Eiusdem generis* представља “латински назив за принцип “исте врсте” који подразумева проширење значења опште речи којој претходе набрајања на ствари исте врсте као набрајане”. Т. Jyrkkio, *op. cit.*, 12.

20 Више о тумачењу *eiusdem generis* види: Law Tutor, *Eiusdem generis*, <https://lawtutor.co.uk/eiusdem-generis>, 2. април 2024.

21 ICTY, *The Prosecutor vs. Duško Tadić*, IT-94-1-T, *Opinion and Judgment*, 7 May 1997, 279–280, пар. 748.

22 А. Kaseze, *Међународно кривично право*, Београдски центар за људска права, Београд, 2005, 93, фуснота 97.

23 ICTY, *The Prosecutor v. Vasiljević*, IT-98-32-A, *Appeals Judgment*, 25 February 2004, пар. 165; ICC, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *Decision on the confirmation of charges*, 30 September 2008, стр. 150, пар. 449.

24 М. Škulić, „Значај начела законитости у међународном кривичном праву“, *Ratni zločini i drugi osnovni instituti међународног кривичног права* (ур. М. Škulić), Удружење јавних туžilца и заменика јавних туžilца Србије, Београд, 2011, 132–133; Б. Ристивојевић, *op. cit.*, 154–155.



творца Статута да друга нехумана дела морају да буду по карактеру слична претходно таксативно наведеним радњама злочина против човечности, они уствари, са циљем да обухвате све могуће облике кажњивог понашања, уводе примену креативне аналогије, што је у супротности са сегментом *lex stricta* начела законитости, које је прописано самим Статутом, у чијем чл. 22. ст. 2. се изричито забрањује примена аналогије. На сличан начин су творци поступили приликом одређивања апартхејда и сексуалног насиља, као радњи злочина против човечности, где такође упућују на примену аналогије.<sup>25</sup>

Када је реч о *друџом кријтеријуму* којим се ограничава домет других нехуманих дела – *йоследици* ових дела, прописано је да у обзир долазе само оне радње које су подобне да проузрокују тешке патње, или тешке повреде здравља или физичког или психичког интегритета. Оваквим одређивањем последице се уствари настоји да се подигне ниво «нехуманости» радње извршења,<sup>26</sup> односно њене тежине.<sup>27</sup> Дакле, последица се огледа у патњи, телесној повреди, психичкој повреди или повреди здравља, под условом да су патња, односно повреда тешке. Патња пасивног субјекта обухвата и телесне и психичке повреде, јер и једне и друге могу да изазову патњу. Свакако, последицу која се огледа у психичким патњама или повреди психичког интегритета је много теже утврдити, јер је реч о субјективном доживљају пасивног субјекта, који се разликује од особе до особе,<sup>28</sup> док је повреду телесног интегритета и здравља, поготово када су тешке, доста лакше утврдити.

Сада се поставља питање које су то радње које су по својој природи такве да могу да проузрокују овакву последицу. По природи ствари, у обзир би дошло мучење, затим наношења тешке телесне повреде и неке радње које представљају повреду психичког интегритета.

Мучење је већ прописано као посебна радња злочина против човечности. Према чл. 7. ст. 2. е) Римског статута, „мучење јесте умишљајно наношење тешких болова или патњи, било душевних било телесних, особи која се налази у притвору, или у власти оптуженог; изузетно, мучење не обухвата патње или болове који настају, неодвојиви су, или су последица правних санкција.“ Радња извршења мучења се састоји у наношењу тешких телесних или душевних болова и патњи, што пре свега подразумева наношење телесних повреда пасивном субјекту. Међутим, у обзир долазе и радње

25 Више о томе: М. Škulić (2011), *op. cit.*, 132–133.

26 К. Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2001, 127.

27 У литератури се сматра да су творци Статута управо оваквим „условљавањем“ да радње морају да проузрокују тешке патње, или тешке повреде здравља или физичког или психичког интегритета, умањили значај који би имала аналогија као средство стварања права у примени ове норме. Ристивојевић Б., *op. cit.*, 155. Штавише, сматра се да је искључиви циљ одређивање последице на овакав начин, дефинисање других нехуманих дела у складу са начелом законитости. М. Boot, R. Dixon, К. С. Hall, *op. cit.*, 157.

28 Б. Ристивојевић, *op. cit.*, 156.

повреде духовног интегритета, пре свега људског достојанства, услед чега су пасивном субјекту нанети болови или патња. Битан услов и код радње која представља повреду телесног интегритета и код радње која представља повреду духовног интегритета, је да је подобна да изазове *тешке* болове и патње.<sup>29</sup> Има основа да се сматра да у обзир долазе само они болови и патње који су *најтежи*, имајући у виду чињеницу да МКС има надлежност искључиво над најтежим злочинима (чл. 5. ст. 1. Статута). Уколико би се ове одредбе довеле у везу са домаћим кривичним законодавством, када је реч о телесним повредама, у обзир би дошле само оне телесне повреде које се сматрају нарочито тешким:<sup>30</sup> довођење живота у опасност, уништење или трајно и у знатној мери учињено ослабљење важног дела тела или важног органа повређеног, трајно и тешко нарушавање здравља повређеног.<sup>31</sup>

Полазећи од овако прописаног кривичног дела мучења, оно у односу на радњу других нехуманих дела има једно додатно обележје, у том смислу што се захтева да је пасивни субјект у притвору или у власти оптуженог. У том смислу, у друга нехумана дела би се сврстале све оне радње које доводе до тешке повреде телесног или психичког интегритета, а које нису извршене над лицем које је у притвору или у власти оптуженог, па самим тим не представљају мучење.<sup>32</sup>

Дакле, као радње извршења других нехуманих дела би се могло сматрати у првом реду наношење тешке телесне повреде (када нису испуњени услови да се сматра мучењем), али и свака друга радња која је подобна да изазове тешке патње, или тешку повреду телесног или психичког интегритета или здравља пасивног субјекта. Додатни услов који мора бити испуњен је да су такве радње по свом карактеру, односно по својој природи и тежини, сличне осталим радњама извршења злочина против човечности.

#### 4. ДРУГА НЕХУМАНА ДЕЛА У ПРАКСИ МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ СУДОВА

Већа која су поступала пред међународним кривичним судовима су у више наврата наводила да фраза «друга нехумана дела» представља *резидуалну клаузулу*, односно клаузулу која треба да обухвати *све оно што је преостало*, тј. све радње које нису изричито прописане, али су по карактеру сличне прописаним радњама.

29 *Ibid.*, 96.

30 *Ibid.*, 97.

31 З. Стојановић, *Кривично право, посебни део*, Правни факултет Нови Сад, Нови Сад, 2022, 37–39.

32 М. Шкулић, „Злочини против човечности, основни кривичноправни и доказни аспекти“, *Сузбијање криминализиција – деценија после смрти професора Водинелића* (ур. Б. Симоновић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Полицијска академија Београд, Виша школа унутрашњих послова Земун, Крагујевац, 2004, 446.

У *њредмећу Блајојевић* пред МКТЈ, Судаће веће је, претходно конста-тујући да фраза друга нехумана дела не крши начело законитости, јер пред-ставља део међународног обичајног права, али и злочин по основу међу-народног кривичног права за који су већ донете осуђујуће пресуде од стране међународних кривичних судова, заузело став да радња присилног пре-мештања цивилног становништва представља друго нехумано дело као злочин против човечности, уколико није постојао ниједан законски изузетак који оправдава премештање.<sup>33</sup> Радња принудног премештања стано-вништва је квалификована као друго нехумано дело и у *њредмећу Сџакић* пред МКТЈ.<sup>34</sup> У *њредмећу Крстић* се појашњава да је радња принудног премештања трауматично искуство које подразумева напуштање властитог дома, губитак имовине и принудно пресељење на другу локацију, и квали-фикује се као друго нехумано дело.<sup>35</sup>

У пракси МКТЈ је и радња принуђавања ратних заробљеника на рад који подразумева обављање таквих послова који могу да доведу до повреда, чак и смрти, и који самим тим представља узрок тешке душевне и физичке патње, односно повреде заробљеника, квалификована као друго нехумано дело.<sup>36</sup> Стрељање цивила се, према схватању Судаћег већа у *њредмећу Васиљевић*, у односу на убијене цивиле квалификује као убиство, а у односу на преживеле као друго нехумано дело, јер покушај убиства представља тежак напад на људско достојанство преживелих, као и наношење неизмерне душевне патње.<sup>37</sup> Тешко премлаћивање цивила, учињено како би се, из

33 МКТЈ, *Tužilaц protiv Vidoja Blagojevića i Dragana Jokića*, IT-02-60-T, *Presuda*, 17. јануар 2005, 231–232.

34 МКТЈ, *Tužilaц protiv Milomira Stakića*, IT-97-24, *Presuda Žalbenog veća*, 22. mart 2006, стр. 103, пар. 317.

35 МКТЈ, *Tužilaц protiv Radislava Krstića*, IT-98-33, *Prvostepena presuda*, 02. avgust 2001, стр. 216–219, пар. 523. и 532.

36 МКТЈ, *Tužilaц protiv Mladena Naletilića i Vinka Martinovića*, IT-98-34-T, *Prvostepena presuda*, 31. mart 2003, стр. 106., пар. 269–270.

37 МКТЈ, *Tužilaц protiv Mitra Vasiljevića*, IT-98-32, *Prvostepena presuda*, 29. novembar 2002, стр. 89, пар. 239. Логично, оваква једна одлука којом се покушај убиства квалификује као засебно кривично дело – друго нехумано дело је критикована и у литератури и у пракси МКС. Наиме, у литератури се упућује на чињеницу да је покушај општи институт кривичног права и да би овакве ситуације требало кривично гонити као покушај убиства. Ипак, објашњава се да у Статуту МКТЈ покушај није био прописан као засебан институт, па се Веће у наведеном предмету једноставно “довило” како би окривљене осудило и за покушај убиства. Т. Jurkkio, *op. cit.*, 16. Статут МКС предвиђа покушај као општи кривичноправни институт, па је следствено и заузело другачији став у сличној ситуацији. Наиме, у *њредмећу Каиџаниа*, окривљенима је стављено на терет да су пуцњавом и ударцима мачетама жртвама нанели тешке телесне повреде опасне по живот, чиме су учинили друго нехумано дело као злочин против човечности. Претпретресно веће није прихватило овакву квалификацију Тужилаштва, сматрајући да су окривљени пуцњавом и ударцима мачетама имали намеру да жртве убију, а не да их тешко телесно повреду. Окривљени су започели извршење радње убиства цивила, али

дискриминаторних разлога, нанела тешка повреда физичког интегритета и људског достојанства жртве, такође представља друго нехумано дело према пракси МКТЈ.<sup>38</sup> У *йредмеју Квочка*, Судаће веће прво набраја радње које су у пракси МКТЈ претходно биле квалификоване као друга нехумана дела, и то сакаћење и друге врсте тешких телесних повреда, премлаћивање и друга насилна дела, тешке телесне и душевне повреде, нечовечно и понижавајуће поступање, присилна проституција и присилни нестанак особа, а затим закључује да тешке телесне и душевне повреде нанете затвореницима у логору, кроз батинање, мучење, сексуално злостављање, понижавање, малтретирање, психичко злостављање и затварање у нечовечним условима, такође представљају друга нехумана дела као злочин против човечности.<sup>39</sup>

У *йредмеју Акајесу* пред МКТР окривљени је оглашен кривим и за друга нехумана дела као злочин против човечности, а која су остварена кроз неколико радњи окривљеног: прунуђавање жене да се свуче и седи гола у блату; присилно свлачење и јавно марширање жена тако голих; присилно свлачење жена и присиљавање да голе раде вежбе у јавности.<sup>40</sup> У *йредмеју Нијийејека*, као друга нехумана дела су квалификоване радње предузете над лешом, и то у виду обезглављивања и пробадања лобање шиљком кроз уши, кастрирања и качења гениталија на шиљак у јавности, као и у виду пробадања леша жене шиљком кроз гениталије. Овакве радње предузете према лешевима су проузроковале тешке менталне патње цивилног становништва и представљају тежак напад на људско достојанство.<sup>41</sup>

Специјални суд за Сијера Леоне (у даљем тексту: СССЛ) се у својој пракси сусрео са питањем да ли принудни брак представља друго нехумано дело као радњу злочина против човечности, будући да је у *АФРЦ йредмеју Тужилаштво*, у оквиру тачака оптужнице које се односе на сексуално насиље, принудни брак подвело управо под друга нехумана дела као радњу злочина против човечности. Веће у овом предмету је прво морало да утврди значење других нехуманих дела. Претресено веће објашњава друга нехумана дела као „резидуалну клаузулу“ која треба да обухвати врло различите радње које нису обухваћене осталим радњама злочина против човечности набројаним у чл. 2 Статута СССЛ. Ипак, ово Веће сматра да ту не треба сврстати радње

---

исту нису довршили због околности које нису зависиле од њихове намере. Самим тим окривљенима на терет треба ставити покушај убиства као злочин против човечности, а не друго нехумано дело. ICC, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjulo Chui*, ICC-01/04-01/07, *Decision on the confirmation of charges*, 30 September 2008, стр. 152–155., пар. 456–465.

38 МКТЈ, *Tužilac protiv Duška Tadića*, IT-94-1-T, *Prvostepena presuda*, 07. maj 1997, стр. 286, пар. 737.

39 МКТЈ, *Tužilac protiv Kvočka i ostalih*, IT-98-30/1, *Prvostepena presuda*, 02. novembar 2001., стр. 57, пар. 208-209.

40 ICTR, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, *Judgment*, 2 September 1998, пар. 697.

41 ICTR, *The Prosecutor v. Eliezer Niyitegeka*, ICTR-96-14-T, *Judgement and sentence*, 16 May 2003, стр. 104–105, пар. 462–467.

сексуалног насиља, јер су оне већ прецизно прописане у чл. 2. г) Статута као силовање, сексуално ропство, присилна проституција, присилна трудноћа и било који други облик сексуалног насиља, већ у друга нехумана дела искључиво могу улазити радње несексуалног насиља.<sup>42</sup> У другостепеном поступку је Жалбено веће, претходно анализирајући праксу међународних кривичних судова, указало на широк дијапазон радњи које су биле одређене као друга нехумана дела, као на пример: принудно премештање, сексуално и физичко насиље и извршено на лешевима, друге тешке физичке и менталне повреде, принудно свлачење жена и принуђивање да тако јавно марширају, принуђивање жена да голе раде важбе, принудни нестанак, пребијање, тортура, сексуално насиље, понижавање, малтретирање, психолошко злостављање, затварање у нехуманим условима. Самим тим, ово Веће је закључило да није исправно мишљење Претресног већа да само радње несексуалне природе могу представљати друго нехумано дело, као и да се одлука о томе да ли се неко понашање може квалификовати као друго нехумано дело доноси од случаја до случаја, на основу оцене природе понашања, контекста у коме је предузето, личних прилика жртве, као што су узраст, пол, здравствено стање и утицај таквог понашања на физичко и ментално стање и морал жртве.<sup>43</sup>

Жалбено веће у *АФРЦ ѡредмеџу* је затим заузело став да се принудни брак може сматрати другим нехуманим делом као радњом злочина против човечности, наводећи да жртве принудног брака трпе тешке патње и тешко физичко и психичко повређивање, као последице других нехуманих дела, и то физичко повређивање, у виду телесног кажњавања, лишења слободе, сексуалног насиља, принудног рада, а психичко повређивање кроз принуђивање да посматрају убијање или сакаћење блиских чланова породице, етикетирање јер су постале „супруге“ побуњеника услед чега су изопштене из својих заједница. Поред остварености последице, требало је утврдити да ли је принудни брак по карактеру сличан другим радњама злочина против човечности. Жалбено веће је узело у обзир природу понашања учиниоца, посебно атмосферу насиља у којој су жене и девојчице отимане, као и њихову рањивост, као и последице понашања учиниоца по физичко и психичко здравље и морално стање жртве, и закључило да је принудни брак дело сличног карактера као и неколико других радњи злочина против човечности, као што су поробљавање, притварање, мучење, силовање, сексуално ропство и сексуално насиље.<sup>44</sup> Овакви ставови су касније потврђени и у *РУФ ѡредмеџу* пред СССЛ.<sup>45</sup>

42 SCSL, The Prosecutor against Alex Tamba Brima, Brima Bazy Kamara, Santigie Borbor Kanu, SCSL-04-16-T, *Judgment*, 20 June 2007, 215.

43 SCSL, The Prosecutor against Alex Tamba Brima, Brima Bazy Kamara, Santigie Borbor Kanu, SCSL-04-16-T, *Appeal Judgment*, 22 February 2008, 59–60.

44 SCSL, The Prosecutor against Alex Tamba Brima, Brima Bazy Kamara, Santigie Borbor Kanu, SCSL-04-16-T, *Appeal Judgment*, 22 February 2008, 65–66.

45 SCSL, The Prosecutor against Issa Hassan Sesey, Morris Kallon Augustine Gbao, SCSL-04-15-A, *Appeal Judgment*, 26 October 2009, 262.

У *йредмејџу* 002/02 пред Ванредним већима у Камбоџи, Претресно веће квалификује принудни брак као друго нехумано дело у оквиру злочина против човечности, наводећи да друга нехумана дела представљају резидуалну категорију којом се инкриминишу понашања која испуњавају све критеријуме злочина против човечности, али не одговарају ниједној прописаној радњи у оквиру злочина против човечности.<sup>46</sup> Исти став је заузет и у *йредмејџу* *Онйвен* пред МКС, где је Суд нашао, позивајући се на праксу СССЛ да је окривљени учинио друго нехумано дело кроз радњу принудног брака.<sup>47</sup>

Судеће веће у *йредмејџу* *Онйвен* заузима и један нови став према коме друга нехумана дела не морају постојати само када предузета радња не потпада ни под једну другу радњу злочина против човечности, већ и у случају када целокупни обим кажњивог понашања није у потпуности обухваћен ниједном другом прописаном радњом злочина против човечности. Као пример радње која делом обухвата неку од прописаних радњи злочина против човечности, али делом има и своја сопствена обележја која је разликују од других прописаних радњи, Веће наводи принудни брак.<sup>48</sup>

Поред принудног брака као другог нехуманог дела, у пракси МКС су и неке друге радње биле квалификоване као друго нехумано дело. У *йредмејџу* *Мухаура* и *груји* у Одлуци о потврђивању оптужнице Претпретресно веће је јасно направило разлику између радњи које проузрокују физичке повреде и патње и радњи које проузрокују психичке повреде и патње, квалификујући и једне и друге као друга нехумана дела. Тако, ово Веће сматра да присилно обрезивање, сакаћење и друге тешке повреде тела доводе до тешких телесних повреда као других нехуманих дела. Убијањем и сакаћењем жртава испред чланова њихових породица се присутним члановима породица наносе тешке психичке повреде и патње, па ове радње такође треба сматрати другим нехуманим делима. Ипак, радња уништавања имовине се, према ставу овог Већа, не би могла квалификовати као друго нехумано дело, јер није доказано да је код жртава проузроковала тешке психичке повреде.<sup>49</sup>

46 Extraordinary Chambers for Cambodia, Case 002/02, *Judgment*, 16 November 2018, 380.

47 ICC, The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-01/04-01/15, *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, 23 March 2016, стр. 39-43.

48 ICC, The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-01/04-01/15, *Trial Judgment*, 4 February 2021, 959-962.

49 ICC, The Prosecutor v. Muthaura et al., ICC-01/09-02/11, *Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, 23 January 2012, стр. 95-98, пар. 267-280. У овом предмету је оптужба повучена због недостатка доказа, па остаје отворено питање да ли би судеће веће потврдило став Претпретресног већа у погледу квалификације наведених радњи као других нехуманих дела. Посебно је интересантно питање да ли уништавање имовине може да се сматра другим нехуманим делом, имајући у виду да су приликом суђења Садаму Хусеину пред Високим трибуналом Ирака за кривична дела учињена током напада на град Ад Дујаил, радње уништавања градске инфраструктуре, воћњака и урминих палми биле квалификоване као друга нехумана дела. При томе, широко распрострањено уништавање имовине није довођено у везу са тешким последицама по

## 5. ЗАКЉУЧАК

Фразу „друга нехумана дела“ треба схватити као резидуалну категорију која у међународном кривичном праву „истрајава“ кроз дуги историјски период и служи да обухвати све оно што преостаје, односно све оне радње које нису изричито прописане као радње злочина против човечности, али су по карактеру сличне прописаним радњама. Задржавање ове фразе има своје позитивне и негативне аспекте. Када је реч о *њозишњивним асијекшњима*, треба поћи од чињенице да ова фраза егзистира у актима међународног кривичног права кроз један дуги историјски период, што значи да постоји довољно чврст разлог зашто се она задржава и поред своје неодређености. Разлог произлази управо из раније наведене констатације да се временом у статутима међународних кривичних судова проширивао круг радњи које представљају злочине против човечности. Наиме, то указује на чињеницу да су се у пракси стално јављале неке нове радње које су по карактеру биле такве да су се могле подвести под злочине против човечности. Самим тим, свима који су учествовали у изради статута међународних кривичних судова је било јасно да ће се такве радње и убудуће појављивати у пракси и да је потребно задржати једну генералну клаузулу под коју би се оне могле подвести. Циљ је јасан – да нико ко је учинио радњу која је по свом карактеру слична радњама злочина против човечности не остане некажњен. Овакав став је потврђен и од стране Међународног комитета Црвеног крста у Коментару IV Женевске конвенције, где се појашњава шта све може да представља повреду «хуманог поступања», па се између осталог, наводи да је опасно и незахвално у тој сфери ићи превише у детаље, јер никада није могуће обухватити све оно што «будући мучитељи могу да замисле да би задовољили своје зверске инстинкте». Самим тим, што је листа злочина одређенија и свеобухватнија, то је и рестриктивнија.<sup>50</sup> Како се у реалности заиста могу појавити неке нове радње, једна оваква, отворена категорија се може сматрати практичном и корисном.<sup>51</sup> Наиме, фраза „друга нехумана дела“ се намерно задржава као резидуална категорија и непожељно је њено прецизно одређење у виду таксативно набројаних радњи. На тај начин се међународно кривично правосуђе на неки начин и штити од будућих, новонасталих појавних облика деликтног понашања.

---

цивиле у виду гладовања итд., већ је акценат стављен на “злу намеру” окривљеног. У литератури се одређивање оваквих радњи као других нехуманих дела сматра сматра неоправданим ширењем злочина против човечности јер овакве радње по својој тежини и карактеру не могу да се сматрају сличним убиству, поробљавању, силовању и другим радњама злочина против човечности. Т. Jyrkkio, *op. cit.*, 17.

50 J. Pictet (ed.), *Commentary on the IVth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958, 39.

51 Т. Шурлан, *Злочин њрошњив човечности у међународном кривичном ѡраву*, Службени гласник, Београд, 2011, 336.

Када је реч о *нејативним аспектима*, основно што се приговара оваквом решењу јесте да је у супротности за начелом законитости, и то са два његова аспекта – *lex certa* и *lex stricta*. Фраза „друга нехумана дела“ представља генералну клаузулу, па самим тим и извесно одступање од сегмента *lex certa* начела законитости које налаже да кривичноправне норме буду у што је могуће већој мери одређене, прецизне, јасне, и да треба избегавати примену неодређених норми, као што су генералне клаузуле.<sup>52</sup> Прецизирањем да друга нехумана дела по свом карактеру морају да буду слична претходно наведеним радњама злочина против човечности се практично упућује на примену креативне аналогије, што је у супротности са сегментом *lex stricta* начела законитости. Ипак, прописивањем да нека радња мора да буде подобна да проузрокује тешке патње, или тешке повреде здравља или физичког или психичког интегритета је умањен значај креативне аналогије у примени ове норме.

Последица других нехуманих дела може да буде тројака: *йрво*, тешка патња или тешка повреда физичког интегритета, *груйо*, тешка патња или тешка повреда психичког интегритета, и *йређе*, тешка повреда здравља. У обзир долазе све радње које су подобне да проузрокују овакве последице, а то су пре свега наношење тешке телесне повреде, а затим и оне радње које могу проузроковати тешке психичке патње и повреде. Као примери ових радњи у пракси међународних кривичних судова се наводе присилно премештање становништва, принуђавање ратних заробљеника на рад који може да доведе до тешке физичке или душевне патње или до смрти, покушај убиства, тешко премлаћивање цивила из дискриминаторних разлога, присилна проституција, присилни нестанак особа; затим батинање, мучење, сексуално злостављање, понижавање, малтретирање, психичко злостављање, затварање у нехуманим условима лица у логорима; затим, принуђавање жена да наге седе у блату, или раде вежбе, или марширају; предузимање одређених радњи над лешевима; и принудни брак. Овде посебно треба имати у виду да су усвајањем Римског статута неке од ових радњи, које су претходно у пракси *ad hoc* трибунала одређене као друга нехумана дела, као на пример присилно премештање становништва, мучење итд., прописане као посебне радње злочина против човечности, па их више не треба разматрати у контексту других нехуманих дела. Оно што преостаје јесу, пре свега, радње којима се наносе тешке телесне повреде и тешке повреде људског достојанства. Остаје отворено питање да ли се радње предузете на лешевима могу сматрати другим нехуманим делом, имајући у виду да су поводом овог питања пред МКТЈ и МКТР заузети супротстављени ставови. Иако се остале прописане радње злочина против човечности предузимају према живим људима, па се заиста може довести у питање испуњеност критеријума сличности, има и аргумената да се радње предузете према лешевима могу сматрати другим нехуманим делом, поготово уколико се

52 Z. Stojanović, *Krivično pravo, opšti deo*, Dosije studio, Beograd, 2022, 22.



предузимају у присуству блиских лица, чиме им се могу нанети тешке психичке патње. Такође, остаје отворено питање да ли радње уништења имовине могу представљати друго нехумано дело, јер се и њиховим предузимањем могу нанети психичке патње. Овде ипак треба имати у виду да се ниједном прописаном радњом злочина против човечности не пружа заштита имовини, па би било тешко образложити оствареност критеријума сличности.

Сумирано, када у конкретном случају треба да утврде да ли нека радња представља друго нехумано дело или не, судови поступају у два корака. *Први корак* подразумева утврђивање да ли је радња проузроковала тешку патњу или тешку повреду физичког или психичког интегритета или тешку повреду здравља. Уколико је услов у погледу последице остварен, *друџи корак* представља утврђивање да ли је конкретна радња по карактеру слична другим радњама злочина против човечности. Треба истаћи, као пример добре праксе, навођење од стране Жалбеног већа у АФРЦ *Йредмеџу* пред СССЛ које су то конкретне радње злочина против човечности којима је сличан принудни брак као друго нехумано дело. Дакле, сваки пут када суд заузме став да нека радња представља друго нехумано дело, пожељно је навести којим је то другим радњама злочина против човечности она слична.

## ЛИТЕРАТУРА

- Бановић Б., Бејатовић С., Турањанин В., *Међународно кривично љраво*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2020.
- Boot M., Dixon R., Hall K. C., „Article 7 - Crimes against humanity“, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (ed. O. Triffterer), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999.
- Van Schaack B., Slye R., *International Criminal Law and Its Enforcement*, Foundation Press, New York, 2007.
- Geras, N, *Crimes Against Humanity: Birth of a concept*, Manchester University Press, Manchester/New York, 2011.
- Degan V., Pavišić B., *Међународно казнено право*, Правни факултет Свеучилишта у Ријеси, Ријека, 2005.
- Ђорђевић Г., *Одговорност за међународна кривична дела*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2014.
- Kaseze A., *Међународно кривично право*, Београдски центар за људска права, Београд, 2005.
- Kittichaisaree K., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2001.
- Stojanović Z., *Кривично право, општи део*, Dosije studio, Београд, 2022.
- Стојановић З., *Кривично љраво, љосебни део*, Правни факултет Нови Сад, Нови Сад, 2022.
- Stojanović Z., *Међународно кривично право*, Правна knjiga, Београд, 2012.
- Jyrkkio T., „‘Other inhumane acts’ as crimes against humanity“, *Helsinki Law Review*, 2011.

- Pictet J. (ed.), *Commentary on the IVth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958.
- Podgor E., Clark R., *Understanding International Criminal Law*, LexisNexis, 2008.
- Ристивојевић Б., *Међународна кривична дела*, део I, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2011.
- Шкулић М., „Злочини против човечности, основни кривичноправни и доказни аспекти“, *Сузбијање криминалијитета – деценија после смрти професора Водинелића* (ур. Б. Симоновић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Полицијска академија Београд, Виша школа унутрашњих послова Земун, Крагујевац, 2004.
- Škulić M., „Značaj načela zakonitosti u međunarodnom krivičnom pravu“, *Ratni zločini i drugi osnovni instituti međunarodnog krivičnog prava* (ur. M. Škulić), Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2011.
- Шкулић М., *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020.
- Шурлан Т., *Злочин прошив човечности у међународном кривичном праву*, Службени гласник, Београд, 2011.

## ДОКУМЕНТИ

- Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Text adopted by the International Law Commission at its forty-eighth session, in 1996, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/7\\_4\\_1996.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_4_1996.pdf)
- International Criminal Court, Elements of Crimes, reproduced from the Official Records of the Assembly of State Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First session, New York, 3-10 September 2002.
- International Military Tribunal in Nuremberg, Charter of the International Military Tribunal, Part of the London Agreement of 8 August 1945, by the Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic, the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics (“the Signatories”).
- International Criminal Court, Rome Statute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, in force 1 July 2002, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2187, no. 38544.
- United Nations, Security Council, *Resolution no. 827*, from 25 May 1993, [http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_827\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_827_1993_en.pdf),
- United Nations, Security Council, *Resolution no. 955*, from 8 November 1994, <https://documents-dds.ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/140/97/PDF/N9514097.pdf?OpenElement>

## СУДСКЕ ОДЛУКЕ

- Extraordinary Chambers for Cambodia, Case 002/02, *Judgment*, 16 November 2018.
- ICTR, The Prosecutor v. Eliezer Niyitegeka, ICTR-96-14-T, *Judgement and sentence*, 16 May 2003.
- ICTR, The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, *Judgment*, 2 September 1998.
- ICTY, The Prosecutor v. Vasiljević, IT-98-32-A, *Appeals Judgment*, 25 February 2004.
- ICTY, The Prosecutor vs. Duško Tadić, IT-94-1-T, *Opinion and Judgment*, 7 May 1997.
- ICTY, Prosecutor v. Dragan Nikolić, IT-94-2-R61, *Review of the Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of procedure and evidence*, 20 October 1995.
- ICC, The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-01/04-01/15, *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, 23 March 2016.
- ICC, The Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-01/04-01/15, *Trial Judgment*, 4 February 2021.
- ICC, The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, *Decision on the confirmation of charges*, 30 September 2008.
- ICC, The Prosecutor v. Muthaura et al., ICC-01/09-02/11, *Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, 23 January 2012.
- MKTJ, Tužilac protiv Vidoja Blagojevića i Dragana Jokića, IT-02-60-T, *Presuda*, 17. januar 2005.
- MKTJ, Tužilac protiv Dragoljuba Kunarca i ostalih, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, *Presuda Apelacionog veća*, 12. jun 2002. godine.
- MKTJ, Tužilac protiv Kvočka i ostalih, IT-98-30/1, *Prvostepena presuda*, 02. novembar 2001.
- MKTJ, Tužilac protiv Milomira Stakića, IT-97-24, *Presuda Žalbenog veća*, 22. mart 2006.
- MKTJ, Tužilac protiv Mitra Vasiljevića, IT-98-32, *Prvostepena presuda*, 29. novembar 2002.
- MKTJ, Tužilac protiv Mladena Naletilića i Vinka Martinovića, IT-98-34-T, *Prvostepena presuda*, 31. mart 2003.
- MKTJ, Tužilac protiv Radislava Krstića, IT-98-33, *Prvostepena presuda*, 02. avgust 2001.
- MKTJ, Tužilac protiv Tihomira Blaškića, IT-95-14-T, *Presuda Pretresnog veća*, 3. mart 2000. godine.
- SCSL, The Prosecutor against Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, SCSL-04-16-T, *Appeal Judgment*, 22 February 2008.
- SCSL, The Prosecutor against Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, SCSL-04-16-T, *Judgment*, 20 June 2007.
- SCSL, The Prosecutor against Issa Hassan Sesey, Morris Kallon Augustine Gbao, SCSL-04-15-A, *Appeal Judgment*, 26 October 2009.

**Višnja Randelović, PhD\***

## **OTHER INHUMANE ACTS AS CRIMES AGAINST HUMANITY**

### *Summary*

*The paper analyzes other inhuman acts as the only act of crime against humanity that is prescribed in a general way. After a historical review, the elements of other inhuman acts prescribed in the Statute of the permanent International Criminal Court and the Elements of Crimes are analyzed. The author explains the meaning of two key features of other inhuman acts - similarities in character with other acts of crimes against humanity and the consequences of these acts. The practice of international criminal courts in determining acts that meet the criteria to be considered other inhumane acts is also presented.*

**Keywords: crime against humanity, other inhuman acts, residual category, general clause.**

---

\* Assistant professor, Faculty of Law, University of Kragujevac, [vmilekic@jura.kg.ac.rs](mailto:vmilekic@jura.kg.ac.rs)

## ПРАВНА И ИСТОРИЈСКА ИСТИНА У ЛИМБУ ИЗМЕЂУ ЉУБАВИ И МРЖЊЕ

*Апстракт:* Полазећи од феномена историјској нараштива међународних кривичних судова, ауторка указује на дистинкције између **правне истине** и **историјске истине**, њихов различити методолошки приступ чињеницама и догађајима, као и симболичку вредност **обе истине**. Ауторка даје приказ основа теорије стриктне лејалности и теорије дидактичке лејалности и указује на њихову нејомирљивост. Уједно, анализира правну и полијичку природу међународној кривичној правосуђа и механизме међународне кривичне правде које ошјежавају њу ка истини. Коначно, ауторка закључује да се циљеви истине и јомирења могу јоситићи само уколико **правна истина** и **историјска истина** нису у међусобном односу комитиције и узајамној признања.

**Кључне речи:** истина, међународно кривично правосуђе, теорија стриктне легалности, теорија дидактичке легалности.

### 1. О ПРАВНОЈ ИСТИНИ И ИСТОРИЈСКОЈ ИСТИНИ

Појам **правне истине** и појам **историјске истине** означени су курзивом, јер ни право, ни историја као наука немају ексклузивно „право на истину“. Појмови правне и историјске истине представљају колоквијалне и изразе чија употреба има за циљ креирање јасне дистинкције између онога што тврди суд и онога што тврде историчари о неком догађају из прошлости.

Зашто је уопште потребно анализирати однос између ове *две истине*? Разлог лежи у чињеници да међународно кривично правосуђе тежи креирању историјског наратива у својим одлукама, који се неретко тумачи као писање или интерпретирање историје. Да ли историја може бити предмет

---

\* Научни сарадник у Институту за упоредно право и јавни тужилац у Јавном тужилаштву за ратне злочине, [svetlanenanadic11@gmail.com](mailto:svetlanenanadic11@gmail.com).

кривичног поступка пред међународним кривичним судом, да ли међународни кривични суд може да „суди историји“ и да ли се правноснажност судске одлуке може поистоветити са „судом историје“ о неком догађају? Чак и уколико пођемо од претпоставке да међународни кривични судови користе историјски наратив искључиво у сврху правне контекстуализације кривичног дела, морамо запитати да ли судови, својом симболичком улогом, утичу на креирање или интерпретирање *историјске истине*.<sup>1</sup>

Гледано из угла социологије права, историјски наратив међународних кривичних судова је важан из два разлога. Први се тиче утицаја историјског наратива на социјалну интеграцију, а други чињенице да уколико међународни судови „не узму активно учешће у развоју историјског наратива – други агенти сећања ће вероватно конструисати своје сећање“.<sup>2</sup> Очигледни су интереси међународне заједнице за социјалном интеграцијом под окриљем међународног правосуђа, као и спречавање појаве дихотомих тонова у погледу, за међународну заједницу, важних историјских догађаја.

За тренутак ћемо се осврнути на три социолошке теорије примењене на питање историјског наратива у одлукама међународних кривичних судова.<sup>3</sup> Прва теорија је теорија структуралног функционализма која почива на идеји неопходности социјалне контроле. Ова теорија указује да колективно сећање представља формализацију колективног идентитета и да централне институције за циљ имају развијање глобалног историјског наратива. Друга теорија је теорија симболичког интеракционизма која указује на јаку симболичку улогу међународних кривичних судова и изражава сумњу у изграђивање историјског наратива од стране суда, са циљем социјалне интеграције. Према овој теорији, међународни судови немају капацитет да се баве историјским наративима, јер су удаљени од локалних заједница. Историјским наративом могу да се баве локални учесници, јер сећања треба да буду интерна, а не екстерно наметнута. Трећа теорија је теорија социјалног конфликта према којој је друштво скупина ривалских група. Према овој теорији историјски наратив међународних судова је оруђе оних који доминирају међународном заједницом. Међународну заједницу карактеришу некомпатибилне изјаве и неједнакости, а међународни трибунали су основани како би пружили „илузију јединствености“.

- 
- 1 О односу историје и судског поступка пише Владимир Петровић указујући да постоје три могућа односа. Први је – историја на суђењу – то је судски процес у коме је предмет суђења од значаја за историчаре. Други је – историја суђења – то је историографска анализа судских поступака. Трећи је – историја у суђењу – то је развој историографских елемената у судским поступцима. О наведеном видети више у: V. Petrović, *The Emergence of Historical Forensic Expertise: Clio Takes the Stand*, Routledge, 2016.
  - 2 M. Hirsch, „The Role of International Tribunals in the Development of Historical Narratives“, *Journal of History of International Law, Hebrew University of Jerusalem International Law Forum Working Series 03-18, Legal Research Paper*, 18-15/2018, 24.
  - 3 Приказ социолошких теорија видети у *ibid.* 12–21.

Чињеница глобалног тренда повећане одговорности за масовне злочине на међународном нивоу у складу је са теоријом структуралног функционализма, јер међународно кривично правосуђе постаје централна институција за развијање глобалног историјског наратива као основе глобалног колективног идентитета и сећања. Стога су постојала велика очекивања од међународних кривичних судова да постану механизми који ће служити формирању коначног историјског суда.<sup>4</sup> Као што је суђење Ајхману имало за циљ изградњу израелске нације,<sup>5</sup> тако међународни трибунали, а потом и међународни кривични суд за циљ имају изградњу институција међународне заједнице, или оних интереса који међународном заједницом доминирају. Теорија социјалног конфликта, са друге стране, подсећа да међународне борбе нису само за економске и политичке ресурсе, већ и за колективна сећања. У том контексту, историјски наратив постаје важно оружје у борбама између група за положај у међународној заједници.<sup>6</sup>

Изложићемо кратку анализу о сличностима и разликама историјског и кривично правног приступа. Чињеница је да историја и кривично право деле неке сличности. Тако, обе интелектуалне активности се баве оценом доказа и проценом њиховог значаја, користе исказе сведока и трагају за поткрепујућим доказима, и показују сензибилитет према друштвеним околностима у којима се активности појединаца одвијају.<sup>7</sup>

Са друге стране, разлике између ових интелектуалних активности су значајније. Поред чињенице да је суд везан крутим правилима поступка, постоје и друге разлике.<sup>8</sup> Тако, њихове социјалне функције су различите. Циљ суђења је решење конфликта, а циљ историчара је унапређење знања о догађајима из прошлости и очување сећања у заједници. Отуда, одлука суда произилази из конфликта, а рад историчара произилази из сажимања претходно скупљених знања. Док је судска одлука званична и нормативна по карактеру, историјски суд је неформалан и дескриптиван. Судска одлука се тиче појединца, а последице става историчара се одвијају у области идеја. Судска одлука је по правноснажности неподложна изменама, док је историјска верзија догађаја уобичајно подложна ревизијама. Правник тражи чврсте доказе, а историчар трагове и везе између доказа. Поврх тога, суд тражи сигурност у одлучивању о невиности/кривици, а историчари су

4 B. Sander, „History on Trial: Historical Narrative Pluralism Within and Beyond International Criminal Courts“, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 67, 2018, 547–576, 549.

5 R. A. Wilson, „Judging History: The Historical Record of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia“, *Human Rights Quarterly*, Vol. 27, 3/2005, 910.

6 M. Hirsch, „Uses of History and Collective memories by International Courts and Tribunals“, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2018, 8., <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e3277.013.3277/law-mpeipro-e3277>, 20. март 2024.

7 R. A. Wilson (2005), *op. cit.*, 917

8 G. Resta, V. Zeno-Zencovic, „Judicial "Truth" and Historical "Truth": The Case of the Ardeatine Caves Massacre“, *Law and History Review*, Vol. 31, 4/2013, 843.

ослобођени тих императива, имају право на двосмисленост, иронију и случајност у тумачењу догађаја.<sup>9</sup> Коначно, постоји и ноторна чињеница, а то је да прошлост никада није заробљена у документима,<sup>10</sup> а да је йравна истйина нус производ механизма решавања спорова.<sup>11</sup>

Пратећи више правне норме него историјски контекст, правници неретко редукују и селектују историјске чињенице којима се служе. Стога, „за историчаре може бити збуњујуће када виде пажљиво сложени историјски материјал истргнут из контекста од стране паметних правника који треба да служи као батина за победу над противничком страном у судници“.<sup>12</sup> У истраживању које је Вилсон спровео међу судијама, тужиоцима и браниоцима у ИСТУ занимљив је одговор једног тужиоца који је навео да „под акзуаторним системом, правници преферирају ону верзију историје која поткрепљује њихов случај...тако, постоји тенденција стварају „куване историје““.<sup>13</sup>

Уплив историје као науке у кривична суђења спроводи се увођењем нове форензичке дисциплине, а историчари постају форензичари. О амбицији међународних кривичних судова да се баве питањима историје, у контексту кривичног дела и ван контекста говори и чињеница да је у случају Тадић ИСТУ анализирао историју Босне и Херцеговине и територије Приједора почев од 14 века. Ова пресуда садржи преко 60 страна историјског наратива. О томе да ли ће очигледна амбиција међународних кривичних судова да се баве питањима историје имати историјског ефекта, говориће нека будућа времена. Ипак, важно је указати да је велики број историчара закључио да нирнбершка суђења не презентују аутентичне историјске исказе о масовним злочинима које су учинили високорангирани нацисти и да су суђења искривила извештаје за будуће генерације.<sup>14</sup>

Илустрације ради, скицираћемо три суђења која су се одвијала у три различите земље у периоду од 1992. године до 2015. године и која су се, у симболичком смислу, претворила у суђење званичној верзији историје о Другом светском рату.

Први случај се дешава у Француској 1992. године. Пол Тувијер је био Француз у полицијској служби вишијевог режима за време Другог светског рата. Био је оптужен за убиство седам јеврејских заробљеника у близини Лиона. Овај догађај је био значајан из разлога што је указивао на саучесништво Вишијеве владе у злочинима немачких окупационих снага. После неколико неуспелих извођења пред суд, суђење је коначно започело, а апелациони суд

9 R. A. Wilson (2005), *op. cit.*, 913.

10 M. Hirsch (2018), *op. cit.*, 2.

11 Y. Naqvi, „The right to the truth in international law: fact or fiction?“, *International Review of The Red Cross*, Vol. 88, 862/2006, 246.

12 R. Evans, „History, Memory, and the Law: The Historian as Expert Witness“, *History and Theory*, Vol. 41, No. 3/2002, 326–345, 330.

13 R. A. Wilson, *Writing History in International Criminal Trials*, Cambridge University Press, Cambridge, NY, US, 2011, 168.

14 R. A. Wilson (2005), *op. cit.*, 915



Париза је 1992. године закључио да нема основа за кривично гоњење окривљеног јер нема елемената ратног злочина или злочина против човечности, с обзиром да Вишијев режим није спроводио политику идеолошке хегемоније, те је закључено да не постоји дискриминациона намера као неопходан услов за наведена кривична дела. Француски историчари су били шокирани чињеницом да судије себи дозвољавају да пишу историју и да карактеришу идеолошку природу француске владе.<sup>15</sup> Касациони суд је касније извршио ревизију ове пресуде тако што је Тувијерове радње приписао Немачкој, а не Француској. Наиме, Касациони суд је утврдио да Тувијер није поступао као службеник француске владе, већ као истражитељ Гестапоа. Рафинирана правничка логика касационог суда је довела до тога да се призна постојање злочина као историјске чињенице, а истовремено отклони опасност од евентуалне одговорности Француске према јеврејској заједници, што је било политички опортуно. Коментаришући низ сличних суђења за злочине над Јеврејима за време Вишијеве владе (суђење Клаусу Барбију, Полу Тувијеру и Порису Папону), Цветан Тодоров закључује да је суђење Тувијеру жртвовало правду политичким интересима, а „оно што је нарочито вредно критике је чињеница да не само да је суд писао лошу историју, већ да су писали историју уопште, уместо да примене право једнако и универзално“.<sup>16</sup>

Други случај се дешава у Великој Британији 2000. године. Професорка историје Липштат је у својој књизи изразила став да је други историчар – Ирвинг негатор холокауста. Он је сматрао такву констатацију клеветом и тужио је британском суду. Како је у случају клевете терет доказивања на туженом (обрнут терет доказивања), Липштат је у своју одбрану морала да докаже да је Ирвинг негатор холокауста, а то је подразумевало претходно доказивање да се холокауст заправо десио. Британски суд се упустио у ову авантуру која је резултовала пресудом од 350 страна историјских чињеница у корист професорке Липштат. Лондонски Тајмс је пратећи суђење известио „данас је историја имала свој дан у судници и забележила је велику победу“<sup>17</sup>. Са становишта историјске науке, морамо се запитати, да ли ова пресуда има значаја, да ли би *историјска истина* о холокаусту била другачија да је лондонски судија донео одлуку у корист тужиоца? А уколико аргументујемо тако што ћемо рећи да је супротна одлука била незамислива, зашто нам је онда суђење било потребно?

Трећи случај се дешава у Београду 2015. године и то је предмет поступку рехабилитације Драгољуба Драже Михајловића. Виши суд у Београду је рехабилитовао команданта краљевске војске у отаџбини и вратио

15 M. Koskenniemi, „Between Impunity and Show Trials”, *Max Planck Yearbook for United Nations Law* 1–36/2002, M. Koskenniemi, *The Politics of International Law*, Oxford, 2011, 188.

16 T. Todorov, „The Touvier Affair in Memory”, *The Holocaust and France Justice: The Bousquet and Touvier Affairs* (ed. R. J. Golsan), Dartmouth College, Hanover, 1996, 120.

17 Ted Ideas Worth Spreading, Deborah Lipstadt’s research focuses on the development of Holocaust denial and how to fight for the truth in an era marked by “alternative facts”, [https://www.ted.com/speakers/deborah\\_lipstadt](https://www.ted.com/speakers/deborah_lipstadt), 20. март 2024.

му грађанска права која су му била одузета пресудом комунистичког режима из 1946. године. Образлажући одлуку, судија је рекао да је Суд одлучивао искључиво о томе да ли је Дража Михаиловић имао правично суђење, а не о чињеници да ли је био ратни злочинац, као и да пресуда не значи рехабилитацију Равногорског покрета и Југословенске војске у отаџбини.<sup>18</sup> Одлука је дочекана бурно. Професор Оливер Антић, опуномоћеник предлагача рехабилитације, је изјавио: „Они (*комунисти, прим. аутор*) су ревидирали историју. Сада је враћена права историја! Ово је њихово виђење историје.“<sup>19</sup> Постојала су и супротна мишљења. Тако, историчар Миливој Бешлин сматра да је одлука о рехабилитацији била искључиво мотивисана идеолошким и политичким мотивима и наглашава: „Оваквим рехабилитацијама се пише историја, али не она од пре 70 година, оваквим рехабилитацијама се пише историја данашњице“.<sup>20</sup>

Скицирана су три суђења у три различита судска поступка – кривичном, парничном и ванпарничном. Међутим, ова суђења су превазишла право и судницу. На таласу страсти који их је пратио, постала су правна потврда историјске истине о питањима од значаја за колективно сећање и национални идентитет. По окончању ових поступака, на крилима славодобитности или у понору разочарања, слабо ко се упитао – зар нам је потребна пресуда да докаже постојање неког историјског догађаја, односно да ли се пресудом може исказати вредносни став о некој историјској чињеници? Уколико одговоримо потврдно, можемо се запитати – да ли би у недостатку такве пресуде историјски догађај ишчезао из наших сећања, односно да ли је та пресуда променила наш вредносни став о историјском догађају?

## 2. ПРАВНА И ИСТОРИЈСКА ИСТИНА У ЉУБАВИ И МРЖЊИ ИЛИ О ТЕОРИЈИ ДИДАКТИЧКЕ ЛЕГАЛНОСТИ И ТЕОРИЈИ СТРИКТНЕ ЛЕГАЛНОСТИ

У теорији преовладавају два супротстављена полазишта која разматрају питање односа историје и међународног кривичног права. Прва је теорија стриктне или рестриктивне легалности чији зачетник је Хана Арент која је свој став у погледу односа историје и права изнела у свом чувеном делу „Ајхман у Јерусалиму: Извештај о баналности зла“. Арент полази од тезе да је главна функција судова да одреде да ли је неко крив и да казне кривца.

18 RTS, Rehabilitovan Draža Mihailović, <https://www.rts.rs/lat/vesti/drustvo/1918870/rehabilitovan-draza-mihailovic.html>, 20. март 2024.

19 Slobodna Evropa, Rehabilitacija Draže: Revizija istorije, slavlje i ogorčenje, <https://www.slobodnaevropa.org/a/sud-rehabilitovao-drazu-mihailovica/27016033.html>, 20. март 2024.

20 *Ibidem*.

Она сматра да право не треба да даје одговоре на шира питања о корену конфликта, нити треба да провлачи истину кроз историјску интерпретацију. Арент заступа приступ – правда, а не историја и закључује: „циљ суђења је да донесе правду и ништа више, чак и најбоља намера ... одвраћа право од основне дужности да мери оптужбе против окривљеног, да донесе пресуду и да одреди казну“.<sup>21</sup> Стога, свако суђење које одступа од ових принципа потенцијални је, како Арент каже, „*show trial*“.

Друга теорија, чији су представници Осиел<sup>22</sup> и Даглас<sup>23</sup>, је теорија дидактичке легалности. Они кривично суђење виде као оруђе педагогије народа које служи креирању колективног сећања. Даглас кривично суђење види као специјализовани правни инструмент који представља оруђе колективне педагогије и мелем на рану трауматичне историје.<sup>24</sup> Осиел сматра да су кривична суђења позорница на којој историја треба бити поново одиграна из педагошких разлога.<sup>25</sup> Представници ове теорије критикују теорију стриктне легалности сматрајући је претерано критизерском и наводећи да полази од претпоставке о стриктној одвојености између правног и ванправног, између владавине права и интереса за колективним усмеравањем.<sup>26</sup> По њима, судије и тужиоци су актери који учествују у писању историје.<sup>27</sup>

Средње решење, између ове две теорије, заузимају аутори Вилсон<sup>28</sup> и Борда.<sup>29</sup> Вилсон полази од тезе да је дискусија о историји пред међународним кривичним судовима неизбежна, из простог разлога што је правно релевантна.<sup>30</sup> Он истовремено указује да ова чињеница носи ризике, те подсећа да су међународни кривични судови некада историју писали лоше и погрешно.<sup>31</sup> Борда дефинише средње решење као приступ „одговорне историје“. То је средишња позиција између приступа – правда и ништа више и приступа – кривично суђење је оруђе колективне педагогије. Концепт „објективне историје“, по Борди лежи у објективном приступу по коме циљ суђења јесте учење ширих историјских лекција.<sup>32</sup>

21 Н. Arendt, *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, Penguin, New York, 1963, 251.

22 У књизи М. Ј. Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, 1st ed., Transaction Publishers, New Brunswick, 1999.

23 У књизи L. Douglas, *The Memory of Judgment: Making Law and History in the Trials of the Holocaust*, Yale University Press, New Haven, 2005, CT, US

24 *Ibid.*, 2.

25 М. Ј. Osiel, *op. cit.*, 76.

26 L. Douglas, *op. cit.*, 2.

27 М. Ј. Osiel, *op. cit.*, 241.

28 R. A. Wilson (2011), *op. cit.*

29 A. Z. Borda, *Histories Written by International Criminal Courts and Tribunals*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2021

30 R. A. Wilson (2011), *op. cit.*, 20.

31 R. A. Wilson (2011), *op. cit.*, 17.

32 A. Z. Borda, *op. cit.*, 31.

Сандер<sup>33</sup> објашњава да обим историјског наратива и амбиције међународних судова да се баве питањима историје, зависе од концепције правде – да ли је она само судска правда или је социополитичка правда. Тако, судској правди одговара концепт стриктне легалности, док социополитичкој правди одговара шири концепт дидактичне легалности. Сандер подсећа да историјски наративи, конструисани у међународним кривичним пресудама, нису статични, ни коначни већ субјект процеса непрестаног оспоравања и еволуције током времена.<sup>34</sup> Као и да судски наративи неизбежно зависе од избора бројних актера који имају интеракцију у међународним кривичним поступцима, те је стога јасно да ће историјски наратив међународних трибунала увек бити обликован и ограничен институционалним контекстом из кога произилази.<sup>35</sup>

Коскениеми критикује дидактички приступ подсећајући да кривичари одувек знају да су *йравна* и *исйоријска* истина далеко од идентичности.<sup>36</sup> Указује да је пред међународним кривичним судовима линија између правде, историје и манипулације постала невидљива. Анализирајући да ли је судски процес тај који нас може довести до истине, објашњава да циљ едукације људи историјским истинама путем права полази од савремене жеље да узмемо у обзир контекст, али истовремено одбацујемо закључак да право није оруђе које то може да нам пружи.<sup>37</sup>

Питање теоријског полазишта није пуко академско надмудривање, већ има и практичне консеквенце. У зависности од тога да постоји уверење да су правна и историјска истина „у љубави“ – комплементарне, хармоничне и допуњујуће, или су „у мржњи“ – у сукобу, конкуренцији и негацији, зависиће и политичке последице судске одлуке.

Циљ међународног кривичног правосуђа је спречавање некажњивости за најстрашније злочине. Кривични поступак се води против појединца, али поступак пред међународним кривичним судовима се доживљава пре као суђење нацији којој тај појединац припада, него суђење том појединцу. Исправно Коскениеми закључује да индивидуализација није неутрална у својим ефектима.<sup>38</sup> Индивидуализација кривице, која за циљ има отклањање одговорности и стигме са етничких група, ипак не може да занемари чињеницу да осуђени нису вршили злочине само у своје име, већ као део широко прихваћеног политичког пројекта, који је креиран у име етничке групе. Ма колико се међународни кривични судови упирали да објасне да је кривица индивидуална, било да је осуђујућа или ослобађајућа, нужно ће бити тумачена као став суда према политичком пројекту чији је окривљени симбол, а последично држави и народу коме окривљени припада. Постоје два разлога која воде ка

33 B. Sander, „Unveiling the Historical Function of International Criminal Courts: Between Adjudicative and Sociopolitical Justice“, *International Journal of Transitional Justice*, 12:334, 2018

34 B. Sander (2018), *op. cit.*, 549.

35 B. Sander (2018), *op. cit.*, 547.

36 M. Koskeniemi, *op. cit.*, 179.

37 *Ibid.*, 196.

38 *Ibid.*, 181.

овом феномену. Први је техничке природе због чињенице да „системски криминалитет“ генерише „системску одговорност“, која уносећи колективне елементе у одговорност ставља притисак на принцип индивидуалне одговорности.<sup>39</sup> Други је метаправне природе, јер међународна кривична суђења имају симболички и ритуалистички ефекат на подељене заједнице, због чега исход суђења, утиче на реконструкцију националних идентитета.<sup>40</sup> Стога је исправан закључак да међународно кривично право, генерално амбивалентно, осцилира између жеље да казни оне који су индивидуално одговорни за велике хуманитарне катастрофе и опасности да постане „*show trial*“.<sup>41</sup>

Како међународна кривична суђења имају и елемент међународног, пресуде ових судова се неретко доживљавају као политички став међународне заједнице према некој држави или народу. Може се рећи да међународни судови имају значајну политичку улогу у међународној заједници, јер се њихове пресуде користе као политички аргумент на међународном и унутрашњем плану. Стога, однос међународних кривичних судова и политике је двосмеран. Први смер је утицај политике на међународне кривичне поступке који се огледа у Моргентауовом израженом скептицизму о могућности међународног правног процеса да се бави великим догађајима политике због неизбежне дисторзије која увек постоји када је политички контекст субјект правног процеса.<sup>42</sup> Други смер је управо питање утицаја пресуда међународних кривичних судова на креирање политичких ставова и аргумената како на међународном, тако и на унутрашњем пољу.

Дакле, политичке последице имају глобални, али и локални карактер и њихови шири ефекти зависе искључиво од тога ко и како тумачи поруку суда изражену у пресуди. Стога, легитимно је поставити питање ко је бенефицијар, корисник или прималац порука међународних кривичних судова? Да ли су то заједнице у сукобу или је то целокупна међународна заједница? Односно, каква порука се шаље једнима, а каква другима? Можемо се запитати да ли сви бенефицијари имају потребу за истом поруком и да ли ће иста порука имати исти ефекат? Наиме, судска одлука која се са глобалног становишта може сматрати кораком ка унапређењу људских права, може да има негативно политичко дејство на заједнице у којима су се десиле страхоте о којима се суди – другим речима, „судска одлука која одговара *orbi* не мора бити исправна за *urbi*“.<sup>43</sup>

39 E. van Sliedregt, „Criminal Responsibility in International Law: Liability Shaped By Policy Goals and Moral Outrage“, *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice*, 14/81, 2006, 84.

40 Y. Naqvi, *op. cit.*, 246.

41 M. Koskenniemi, *op. cit.*, 171.

42 Дискусија о овом аргументу изнета је у: *Die internationale Rechtspflege, ihr Wesen und ihre Grenzen*, 1929, 62–72 и M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, 440–445, цитирано према: Y. Naqvi, *op. cit.*, 269.

43 M. Damaska, „What is the point of International Criminal Justice“, *Chicago: kent Law Review*, 2008, Vol. 83:1, 348.

Имајући у виду све речено о односу йравне и истйоријске истине, као и политичким последицама пресуда међународних кривичних судова, не чуди зашто питање суђења пред међународним кривичним судовима води израженим емоцијама и запаљивости јавног дискурса, односно зашто свако суђење пред међународним кривичним судовима води ка симулацији социјалног буђења.<sup>44</sup>

### 3. СЛЕПЕ ТАЧКЕ ИСТОРИЈЕ

Полазећи од чињенице да се злочини међународног кривичног права дешавају у историјском контексту, и да су то „системски злочини“ који подразумевају више од деловања једног човека и његове воље, неспорно је постојање нераскидиве везе између историје и злочина. Са друге стране, међународни кривични судови делују у фрагилној међународној сфери која тежи да изгради глобални колективни идентитет и почива на политичким односима оних који доминирају међународном заједницом. Можемо закључити да се међународни кривични судови нужно баве историјом и да делују у изразито политичкој сфери, али да су ипак примарно кривични судови чији је посао кривична правда, односно примена кривичног материјалог и процесног права. Имајући у виду ову реалност, са једнаком пажњом и без предубеђења је потребно уважити аргументе теорије стриктне легалности и аргументе теорије дидактичке легалности. Иако ова два приступа делују непомирљиво, комплексност међународног кривичног правосуђа чини неизбежним прихватање аргумената са обе поларизоване стране, односно заузимање средишњег полазишта.

Међутим, потребно је указати на пар разлога због којих судска пресуда, чак ни по учењу дидактичке легалности, не може да представља свеобухватан и веродостојан запис о историји неког конфликта. Прецизније, указаћемо на разлоге због којих пресуде остају слепе за неке историјске чињенице.

Први разлог је дијалектичке природе. Уколико пођемо од претпоставке да је осуђујућа пресуда за масовни злочин доказ историјске истине о постојању тог злочина, онда се морамо запитати да ли је ослобађајућа пресуда доказ историјске истине о непостојању тог злочина. Сви правници кривичари знају да је овај закључак нетачан и да чињеница да је донета ослобађајућа пресуда из разлога недостатка доказа, односно из разлога *in dubio pro reo*, ни у ком случају не значи да се злочин није десио. Међутим, на ванправном терену ствари стоје другачије. За народе којима припадају жртве, ослобађајућа пресуда је правна негација њиховог историјског страдања. Слично је народима којима припадају окривљени. Ослобађајућу пресуду они неретко доживљавају као правну потврду историјске истине да злочина није било. Ови закључци превазилазе право и постају аргументи

44 В. Sander (2018), *op. cit.*, 576.

у сфери политике која за правне принципе слабо мари. Када историјске чињенице о масовним злочинима, прерађене у дихотомији кривичног права крив/није крив, једном уђу у запаљиву сферу политике, тада ослобађајућа пресуда међународног кривичног суда може да се тумачи као доказ да масовног злочина није било или чак као оправдање за такав злочин. Борда исправно закључује да ослобађајућа пресуда трибунала може бити виђена као декларација невиности, што може бити болно за жртве,<sup>45</sup> а Хирш упозорава да као што пресуда може да гради колективно сећање, исто тако може и да гради колективну амнезију.<sup>46</sup>

Други разлог тиче се чињенице да је међународно кривично право склоно контекстуализацији историјског догађаја, трагању за репрезентативним злочинима и последично – креирању слепих тачака злочина. Кривична дела међународног кривичног права, као што су геноцид или злочин против човечности, подразумевају постојање колективног аспекта злочина системског и широко распрострањеног, односно *dolus specialis* код геноцида, који прави дистинкцију између хомицида и геноцида. Процес доказивања обухвата и доказивање дискриминаторне намере, односно везивање злочина за конкретан политички и историјски контекст. Како историјски и политички контекст постају чињенице од значаја за доказивање, у пракси је потребно вршење историјске и политичке контекстуализације злочина. Ипак, како историјски и политички контекст постаје чињеница од значаја за правну квалификацију, можемо се запитати – у којој мери чињенице историјског и политичког контекста утичу на правну квалификацију, а у којој мери је то обрнуто? Прецизније речено – да ли политички контекст одређује правну квалификацију или правна квалификација одређује политички контекст, или још прецизније – да ли запажање чињеница, које се тичу историјског и политичког контекста, зависи од претходно успостављене или претпостављене (жељене) правне квалификације? Ова дилема је везана за дијалектички проблем који се читава у томе што „чињенице“ одређују „правну квалификацију“ случаја, али са друге стране, различите правне квалификације такође предодређују селективно запажање чињеница.<sup>47</sup>

Такође, међународно кривично правосуђе бави се само оним злочинима који имају обележја репрезентативности.<sup>48</sup> Стога се тужиоци примарно фокусирају на оне злочине који имају карактеристике репрезентативности. Репрезентативност представља процес селекције у циљу проналаска злочина који најбоље представља остале злочине и који је уверљивији и аутентичнији од других злочина, по месту, времену, обиму, правној квалификацији, релевантним околностима, броју жртава. Такође, приликом

45 A. Z. Borda, *op. cit.*, 118.

46 M. Hirsch (2018), *op. cit.*, 3.

47 B. Zupančič, „Ne bis in idem (zabrana ponovnog suđenja za isto delo) la belle dame sans merci”, *Crimen* (II) 2/2011, 171.

48 Правило о репрезентативности је прописано *Rule 73 bis (D) ICTY*.

одлучивања о репрезентативности злочина, тужилац ће се водити и резонантношћу обима и доступности доказа, која околност може бити ствар случајности или претходне селекције у избору доказа за којима ће се трагати. Проблем селекције репрезентативних од нерепрезентативних злочина лежи у томе што чињеница да неки злочин није довољно интересантан за суд, не значи да тај злочин не завређује кривични прогон или да није релевантан са становишта права на истину или историјске истине. Такође, селекција подразумева дискрециону оцену, па се оправдано може поставити питање да ли је селекција правилно извршена и да ли је постојало идеолошко или вредносно предубеђење у поступку селекције. Као последица репрезентативности јавља се феномен слепих тачака судског наратива, јер судови постају слепи за све оне злочине који нису окарактерисани као репрезентативни.<sup>49</sup>

Трећи разлог тиче се преговаране правде. Узроци ширења разних облика преговаране правде леже у *laissez-faire* идеологији<sup>50</sup> која као економски принцип промовише слободне трансакције актера на тржишту, лишене сваке интервенције владе, правосудни систем из угла *laissez-faire* идеологије, постаје тржиште на коме су трансакције странака легитимне и оправдане. У овом систему државни органи – тужилаштво и суд имају за циљ постизање „тржишног“ успеха, пре него испуњавање традиционалних циљева кривичне правде.<sup>51</sup> Социолошки гледано, узрок глобализације тренда преговаране правде треба тражити у постмодерној политичкој мисли која истину дефинише „просто као верзију чињеница која је прихватљива свим заинтересованима“<sup>52</sup>. Споразумевање је „заокрет од суђења ка преговарању“,<sup>53</sup> који носи ризик од креирања посебне врсте интересног савеза између окривљеног, тужилаштва и судова у којој се свака од страна лишава инхерентног ризика суђења, што је супротно суштини суђења која се одвија кроз супротстављеност у кривичнопроцесним улогама.<sup>54</sup> Такође, споразумевање нарушава поступак моралног уверавања у кривицу окривљеног који почива на трозупцу окривљени – тужилац – суд.<sup>55</sup> Споразум о признању кривичног дела није био предвиђен оригиналним Правилником о поступку и доказима Трибунала за Југославију. Споразумевање се сматрало непожељним, јер би

49 A. Z. Borda, *op. cit.*, 116.

50 M. Damaska, „Negotiated Justice in International Criminal Courts“, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 4/2004, 1027.

51 С. Ненадић, „Споразум о признању кривичног дела пред међународним правосудјем у сенци изазова поступка и политичких импликација судских одлука“, *Међународно јавно и кривично право у XXI веку* (ур. С. Ного), Удружење за међународно кривично право и «Intermex», Београд, 2020, 647.

52 M. Damaska (2004), *op. cit.*, 1029.

53 M. Mcconville, C. L. Mirsky, *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*, Hart Publishing, 2005, Oxford, 3.

54 С. Ненадић, *op. cit.*, 649.

55 R. Lippke, „The Prosecutor and the Presumption of Innocence“, *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 8, 2/2013, 348.



стављало окривљене под притисак да се одрекну процесних права, искључивало би учешће жртава и допринело да злочинци буду, пре награђени за кооперацију, него кажњени за злочине.<sup>56</sup> Ова забрана није потрајала дуго, тако да је Правилник измењен члановима 62бис и 62тер, чиме су широм отворена врата за преговарану правду у међународном кривичном праву.<sup>57</sup>

Постоје бројне примедбе на примену преговаране правде пред међународним кривичним судовима. Тако, окривљени је под неформалним притиском да се одрекне својих процесних права; извршиоци кривичних дела су награђени за сарадњу са тужиоцима, а да при том нису адекватно кажњени за злочине које су учинили; санкције су несразмерне злочинима; споразумевање искључује јавност суђења, а уводи тајност преговарања; жртве злочина су обично искључене из процеса преговарања и постизања споразума и искључена је могућност остваривања катарзичне функције кривичног поступка. Поврх свега, мотиви тужиоца да понуди споразум могу бити различити, па чак и да служе прикривању радњи које са становишта законитости могу бити спорне.<sup>58</sup>

Највећа примедба споразумевању у међународном правосуђу је та да смањење санкција у преговарању не рефлектује кривицу и тежину злочина,<sup>59</sup> као и да постоји јасна слика о изразитој селективности у дељењу правде.<sup>60</sup> Тако, дешава се да тужилац може да затражи споразум са оптуженим само због његовог познавања одређених догађаја који су тужиоцу од користи и да из тог разлога може да да прилично великодушну понуду окривљеном, за то време другим оптуженима, који нису били умешани у најокрутније злочине, та прилика неће бити дата.<sup>61</sup> Ово се најчешће дешава у преговорима са оптуженима за удружени злочиначки подухват где је истовремено оптужена и

56 Аргументи наведени од стране председника ICTY Antonio Cassese у извештају дипломатским мисијама од 11. фебруара 1994. године, цитирано према: M.P. Scharf, „Trading Justice for Efficiency“, *Journal of International Criminal Justice*, 2/2004, 1073. У истом говору, противећи се споразумевању, Cassese је истакао да Трибунал није општински суд, већ суд креиран за одлучивање о најтежим злочинима. Оправдан је закључак да се споразумевање пред Трибуналом у почетку сматрало „неумесним“, видети више у: N. A. Combs, *Guilty Pleas in International Criminal Law*, Stanford University Press, Stanford, 2007, 59.

57 Римски статут Међународног кривичног суда споразумевање предвиђа у члану 65.

58 У литератури се као пример наведеног наводи да је тужилаштво у предмету Тодоровић окривљеном понудило споразум о признању кривичног дела мотивисано жељом отклањања правних изазова који су се тицали законитости његовог хапшења. О наведеном видети више у: N. A. Combs, *op. cit.*, 59.

59 R. E. Rauxloh, „Plea bargaining in international criminal justice – can International Criminal Court afford to avoid trials“, *The Journal of Criminal Justice Research (JCJR)*, Vol. 1, 2/2011, 4.

60 V. Turanjanin, D. Čvorović, „Sporazum o priznanju krivičnog dela u praksi tribunala za bivšu Jugoslaviju“, *Strani pravni život*, god. 59, 2/2015, 239.

61 Prosecutor v. Nikolic, ICTY, Case No.IT-02-60/1-S, Sentencing Judgment, 2 December 2003, para 66.

нека високопрофилисана личност чију осуђујућу пресуду тужилац снажно жели.<sup>62</sup> Под паролом да споразум служи јачању експедитивности суда, оправдано се поставља питање – да ли је компатибилно са обавезом кривичног гоњења сахранити одређене оптужбе због експедитивности. Такође се поставља питања да ли је тужилац располагао довољним доказима за кривична дела, у односу на која је накнадно одустао кроз споразум о признању кривичног дела, или су та кривична дела представљала ништа више до мамац за преговарање. На наведено указује и чињеница да су тужиоци ICTY одустајали од оптужбе геноцида зарад постизања споразума за мања кривична дела.<sup>63</sup>

Процес споразумевања намеће питање – да ли су признања комплетна и да ли су она истинска и аутентична или су просто израз процесне тактике. Такође, споразумевање подразумева тржишну логику која је страна народима којих се одлука тиче и жртвама злочина. Коначно, можемо се запитати – какву истину нуде пресуде донете по споразумима о признању кривичног дела, јер су склоне креирању некомплетне истине,<sup>64</sup> односно испреговаране истине или најмањег заједничког садржалаца истине. Да ли парцијална истина може да буде циљ поступка и да ли ће она бити прихваћена од стране оних народа о чијој историји претендује да сведочи. И коначно – да ли ће „испреговарани историјски записи“<sup>65</sup>, који произилазе из споразума о признању кривичног креирати јаз између пресуда које почивају на таквим споразумима и историјских чињеница о конкретном случају.<sup>66</sup>

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Интуитивно делује да је кривичарима практичарима, који „одувек знају да су йравна и истйоријска истина далеко од идентичности“<sup>67</sup> прихватљивија теорија стриктне легалности. Другима – који нису упућени у практичну препреденост и рафинираност тужилачких и судских одлука, логику поступка правног квалификовања и тајне споразумевања, прихватљивија је теорија дидактичке легалности.

Теорија дидактичке легалности полази од становишта да су правна и историјска истина – комплементарне, хармоничне и допуњујуће, док теорија

62 R. Henham, M. Drumbl, „Plea Bargaining at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia“, *Criminal Law Forum*, 16, 2005, 56.

63 Види предмете: Prosecutor v. Plavšić, IT-00-39 and 40/1, Sentencing Judgment, 23 February 2004, paras 2,14. О наведеном видети више у: L. Moffet, *Justice for Victims Before the International Criminal Court*, Routledge, London – New York, 2014, 70. и W. Schabas, *Genocide in International Law*, 2nd edn, Cambridge University Press, 2009, 458.

64 J. N. Clark, „Plea Bargaining at the ICTY: Guilty Pleas and Reconciliation“, *The European Journal of International Law*, Vol. 20, 2/2009, 424.

65 A. Petrig, „Negotiated Justice and the Goals of International Criminal Tribunals“, *Chicago Kent Journal of International and Comparative Law*, Vol. 8, 2008, 15.

66 J. N. Clark, *op. cit.*, 427.

67 M. Koskeniemi, *op. cit.*, 179.

стриктне легалности полази од становишта да су правна и историјска истина – у сукобу, конкуренцији и негацији. Ова два становишта су непомирљива за народе којих се пресуде међународних кривичних судова тичу. Народи који су разочарани пресудама негираће историјску вредност пресуда указујући да *йравна истина* из пресуде оспорава *историјску истину* о злочину. Са друге стране, они народи, чија очекивања су пресуде испуниле, уздицаће *йравну истину* тих пресуда као комплементарну *историјској истини* о злочину.

Међу заједницама разореним и разједињеним сукобима овај однос *йравне* и *историјске истине* има тенденцију пре да постане отров, него мелем на рану. Ово из разлога што је *историјска истина* за заједницу симболички важнија од *йравне истине*. Такво стање би се могло описати као стање лимба,<sup>68</sup> односно стање заглављености заједница и народа у сукобима и прошлости. Лимбо не даје могућност изласка или кретања напред, у лимбу се не дешава ништа, нити се шта може променити. Лимбо је стање вечне заглављености у којем суђења за злочине никада немају крај, па и када добију правну форму, она излазе из сфере права, улазе у сферу политике и митова у којима цели народи и покољења постају жртве секундарне виктимизације. Злочини се наново преживљавају, прерађују и вреднују.

Како је могуће превазићи овај проблем? Чини се да ово питање није правно питање, али покушаћемо да дамо одговор на њега. Циљеви истине и помирења могу се постићи само уколико *йравна* и *историјска* истина нису у међусобном односу конкуренције и узајамног признања. Историја и право не могу бити у конкуренцијском односу или односу узајамне инструментализације. Право не треба да инструментализује историју, тако што је користи као аргумент којим оправдава или образлаже одлуку, јер обе дисциплине разматрају исту ствар – исти историјски догађај, различитим методолошким приступом. Коначно можемо закључити – историја јесте битан елемент суђења за масовне злочине, али и они који доносе пресуде и они којима су пресуде намењене треба одговорно да приступе њиховом креирању, односно тумачењу. Они који креирају пресуде треба да буду свесни лимита *йравне истине* тако да не претендују да сами креирају *историјску истину*, или да се баве питањима правног признања историјских чињеница. Они којима су пресуде намењене, било да се ради о међународној заједници у целини или о заједницама у сукобу, не треба да користе *йравну истину* као политички аргумент у запаљивој реторици о питањима *историјске истине*, нити да пресуде треба да их ограничавају у спознаји и изучавању оних догађаја чија *историјска истина* није добила правну верификацију.

68 Појам лимба се веже за учење Католичке цркве према коме особе које су умрле пре Христовог васкрсења и деца умрла пре крштења не могу да оду у рај или пакао, па остају заглављене у сфери лимба. У лимбо одлазе они који нису починили грех, али нису ни ослобођени прагреха. У Дантеовој Божанственој комедији лимбо је први круг пакла. У симболичком смислу појам лимба означава заглављеност у неком стању, без наде за промену у будућности.

## ЛИТЕРАТУРА

- Arendt H., *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, Penguin, New York, 1963.
- Borda A. Z., *Histories Written by International Criminal Courts and Tribunals*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2021.
- Clark J. N., „Plea Bargaining at the ICTY: Guilty Pleas and Reconciliation“, *The European Journal of International Law*, Vol. 20, 2/2009, 415–436.
- Combs N. A., *Guilty Pleas in International Criminal Law*, Stanford University Press, Stanford, 2007.
- Damaska M., „What is the point of International Criminal Justice“, *Chicago:kent Law Review*, 2008, Vol. 83:1, 329–365.
- Damaska M., „Negotiated Justice in International Criminal Courts“, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, 4/2004, 1018–1039.
- Douglas L., *The Memory of Judgment: Making Law and History in the Trials of the Holocaust*, Yale University Press, New Haven, 2005, CT, US.
- Evans R., „History, Memory, and the Law: The Historian as Expert Witness“, *History and Theory*, Vol. 41, 3/2002, 326–345.
- Henham R., Drumbl M., „Plea Bargaining at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia“, *Criminal Law Forum*, 16, 2005, 49–87.
- Hirsch M., „The Role of International Tribunals in the Development of Historical Narratives“, *Journal of History of International Law, Hebrew University of Jerusalem International Law Forum Working Series 03-18, Legal Research Paper No.18–15*, 2018.
- Koskeniemi M., „Between Impunity and Show Trials“, Max Planck Yearbook for United Nations Law 1–36 (2002), in: M. Koskeniemi, *The Politics of International Law*, Oxford, 2011.
- Lippke R., „The Prosecutor and the Presumption of Innocence“, *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 8, 2/2013, 337–352.
- Mcconville M., Mirsky C. L., *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*, Hart Publishing, Oxford, 2005.
- Moffet L., *Justice for Victims Before the International Criminal Court*, Routledge, London – New York, 2014.
- Naqvi Y., „The right to the truth in international law: fact or fiction?“, *International Review of The Red Cross*, Vol. 88, 862/2006.
- Ненадић С., „Споразум о признању кривичног дела пред међународним правосуђем у сенци изазова поступка и политичких импликација судских одлука“, *Међународно јавно и кривично право у XXI веку* (ур. Срето Ного), Удружење за међународно кривично право и “Intermex”, Београд, 2020, 646–664.
- Osiel M. J., *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, 1st ed., Transaction Publishers, New Brunswick, 1999.
- Petrig A., „Negotiated Justice and the Goals of International Criminal Tribunals“, *Chicago Kent Journal of International and Comparative Law*, Vol. 8, 2008, 1–31.
- Petrović V., *The Emergence of Historical Forensic Expertise: Clio Takes the Stand*, Routledge, 2016.

- Rauxloh R. E., „Plea bargaining in international criminal justice – can International Criminal Court afford to avoid trials“, *The Journal of Criminal Justice Research (JCJR)*, Vol. 1, 2/2011.
- Resta G., Zeno-Zencovic V., „Judicial “Truth” and Historical “Truth”: The Case of the Ardeatine Caves Massacre“, *Law and History Review*, Vol. 31, 4/2013, 843–886.
- Sander B., „History on Trial: Historical Narrative Pluralism Within and Beyond International Criminal Courts“, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 67, 2018, 547–576.
- Sander B., „Unveiling the Historical Function of International Criminal Courts: Between Adjudicative and Sociopolitical Justice“, *International Journal of Transitional Justice*, 12:334, 2018.
- Sliedregt E. van, „Criminal Responsibility in International Law: Liability Shaped By Policy Goals and Moral Outrage“, *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice* 14/81, 2006.
- Scharf M. P., „Trading Justice for Efficiency“, *Journal of International Criminal Justice*, 2/ 2004, 1070–1081.
- Schabas W., *Genocide in International Law*, 2nd edn, Cambridge University Press, 2009.
- Todorov T., „The Touvier Affair in Memory“, *The Holocaust and France Justice: The Bousquet and Touvier Affairs* (ed. R. J. Golsan), Dartmouth College, Hanover, 1996.
- Turanjanin V., Čvorović D., „Sporazum o priznanju krivičnog dela u praksi tribunala za bivšu Jugoslaviju“, *Strani pravni život*, god. 59, 2/2015, 239–255.
- Wilson R. A., „Judging History: The Historical Record of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia“, *Human Rights Quarterly*, Vol. 27, 3/2005, 908–942.
- Wilson R. A., *Writing History in International Criminal Trials*, Cambridge University Press, Cambridge, NY, US, 2011.
- Zupančić B., „Ne bis in idem (zabrana ponovnog suđenja za isto delo) la belle dame sans merci“, *Crimen* (II), 2/2011, 171–178.

## ПРЕСУДЕ

- Prosecutor v. Nikolic, ICTY, Case No.IT-02-60/1-S, Sentencing Judgment, 2 December 2003.
- Prosecutor v. Plavšić, ICTY, IT-00-39 and 40/1, Sentencing Judgment, 23 February 2004.

## ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ И МЕДИЈСКИ НАВОДИ

- Hirsch M., „Uses of History and Collective memories by International Courts and Tribunals“ *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2018, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e3277.013.3277/law-mpeipro-e3277> Oxford Public International Law.

<https://opil.oup.com/display/10.1093/law-mpeipro/e3277.013.3277/law-mpeipro-e3277>.

RTS, Rehabilitovan Draža Mihailović, <https://www.rts.rs/lat/vesti/drustvo/1918870/rehabilitovan-draza-mihailovic.html>.

Slobodna Evropa, Rehabilitacija Draže: Revizija istorije, slavlje i ogorčenje, <https://www.slobodnaevropa.org/a/sud-rehabitovao-drazu-mihailovica/27016033.html>.

Ted Ideas Worth Spreading, Deborah Lipstadt's research focuses on the development of Holocaust denial and how to fight for the truth in an era marked by "alternative facts", [https://www.ted.com/speakers/deborah\\_lipstadt](https://www.ted.com/speakers/deborah_lipstadt).

**Svetlana Nenadić, PhD\***

## **LEGAL AND HISTORICAL TRUTH IN THE LIMBO BETWEEN LOVE AND HATE**

### *Summary*

*Starting from the phenomenon of the historical narrative of international criminal courts, the author points out differences between **legal** truth and **historical** truth, their different methodological approach to the truth of facts and events. The author presents the theoretical foundations of strict legality theory and didactic legality theory and points out their irreconcilability. Also, analyzes legal and political nature of international criminal law and mechanisms of international criminal justice which make the path to the truth more difficult. Finally, the author concludes that the goals of truth and reconciliation can only be achieved if **legal** truth and **historical** truth are not in a relationship of competition and mutual recognition.*

**Key words:** truth, International criminal judiciary, Strict legality theory, Didactic legality theory.

---

\* Research Associate at the Institute of Comparative Law and Public Prosecutor at the Public Prosecutor's Office for War Crimes, [svetlananenadic11@gmail.com](mailto:svetlananenadic11@gmail.com)

## ЗАШТИТА КУЛТУРНИХ ДОБАРА У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ И У СРБИЈИ

*Апстракт:* Један од изазова са којим се кроз историју суочава свака држава је како сачувати не само своју историју и стабилност, већ и како сачувати своја културна добра у различитим временима и пред различитим искушењима. Не само у време рата односно оружаног сукоба, већ и у миру. У рату односно оружаном сукобу културна добра страдају – бивају уништена односно оштећена услед оружаног дејства. У миру културна добра страдају приликом извршења различитих кривичних дела од стране појединаца односно организованих криминалних група кроз њихове покушаје да за себе или за друге прибаве поједина културна добра различитог нивоа заштите којом приликом долази и до уништења односно оштећења истих. Циљ рада је да се представи кривично правна заштита културних добара у најважнијим пројектима међународног права, а посебно у Републици Србији кроз одредбе Кривичног законика Републике Србије.

**Кључне речи:** културна добра, заштита, прописи, кривична дела.

### 1. УВОД

Културна добра сваке поједине државе кроз људску историју била су предмет страдања на најразличитије начине. Најчешће кроз ратове и оружане сукобе, али и путем пљачки, крађа, уништења, оштећења. У својим почецима свест о значају културних добара сасвим сигурно није била на нивоу на коме се данас налази. Рушени су храмови, паљене цркве, манастири, џамије и друге богомоље, уништавана и пљачкана покретна културна добра.

---

\* Судија Вишег суда у Ваљевоу, [dr.gaga.obrad@gmail.com](mailto:dr.gaga.obrad@gmail.com).

То је познато још из периода постојања великих империја и пре нове ере, па све до данашњих дана. То су годинама на врхунцу моћи и касније, када је моћ почела да им опада радиле велике колонијалне силе попут Шпаније и Португалије почев од 15. века након откривања и освајања нових континената, територија, а данашњих држава на простору Јужне и Средње Америке; затим Енглеска, Француска, Холандија, Немачка у каснијем периоду освајањем појединих држава пре свега Африке, али и Азије и Северне Америке. Безброј историјских артефаката опљачкано је широм света током колонијалне ере и донето у Европу, али тренутно је у току све јача кампања да се опљачкани артефакти врате народима и државама којима припадају.<sup>1, 2, 3</sup>

У раду ограниченог обима, указано је на поједине примере уништавања културних добара током 20–21. века и на поједине судске одлуке међународних судова са тим у вези, на најважније међународне прописе који се односе на заштиту културних добара који су донети после Другог светског рата, на светском нивоу односно у Европи. Указано је и на заштиту културних добара у кривичним прописима бивше Југославије односно у кривичним прописима појединих држава насталих на простору бивше СФРЈ. Посебна пажња посвећена је заштити културних добара на подручју Србије, с обзиром да је чување наслеђа (природних реткости, научног, културног и историјског наслеђа), као добра од општег интереса, обавеза прописана Уставом Републике Србије<sup>4</sup>. Указано је на поједине податке објављене од стране полиције и на поједине судске одлуке које се односе на кривична дела извршена од стране појединаца на штету културних добара наше државе.

## 2. УНИШТАВАЊЕ КУЛТУРНЕ БАШТИНЕ У РАТУ И МИРУ – ПРИМЕРИ И СУДСКЕ ОДЛУКЕ

Историја 20. века памти спаљивање „неподобних“ књига за време нацистичке Немачке, пре званичног почетка Другог светског рата. Ни наша

- 
- 1 Барнаби Филипс, *Друџи свейски рајџ и археолоџија: Триовац уметнинама, афричко блајо и Холокаустџ*, <https://www.bbc.com/serbian/lat/svet-56531754>, од 27.5.2021., 2. април 2024. Фигуре од Бенинске бронзе донете су у Европу у пролеће 1897. године, као плен британских војника и морнара који су освојили западноафричко краљевство Бенин, на територији државе Едо у данашњој Нигерији.
  - 2 Жридло: *Тапјуг Француска враћа Сенегалу и Бенину блајо оиџејо у 19. веку*, 17. децембар 2020. 16.34 <https://rtv.rs/rsn/evropa/francuska-vraca-senegal-u-i-beninu-blago-oteto-u-19.-veku-1189844.html>, 2. април 2024. | "Враћање артефаката знак је спремности на обнову и учвршћење сарадње Француске и афричког континента на културном пољу, као што је најавио председник Емануел Макрон 2017. у Оуагадоугоу", рекла је министарка културе Роселин Башале.
  - 3 *Тапјуг, Век и ѿо након крађе: Амерички музеј враћа Гани серију украдених симбола Ашанџској царсџива*, 10. феб 2024 13:54, <https://lat.rt.rs/kultura/75612-muzej-americka-gana-afrika-umetnost/>, 7. април 2024.
  - 4 Устав Републике Србије, *Службени јласник РС*, бр. 98/2006, чл. 89.



држава није била поштеђена уништавања своје културне баштине током светских ратова. Довољно је поменути бомбардовање и уништење Народне библиотеке у Београду 6. 4. 1941. године, када је неповратно уништен драгоцен библиотечки фонд.

Примера уништавања културне баштине на глобалном нивоу у оружаним сукобима из недавне прошлости има много, широм света. То се, на жалост, успешно наставља и током 21. века у време ратова, али и бројних оружаних сукоба.

За време инвазије Ирака од стране САД током 2003. године, пљачкаши су насрнули на багдадски Национални музеј, планула је Народна библиотека са хиљадама књига и историјских докумената, а почела је и пљачка бројних археолошких локалитета. Нестала су или уништена непроцењива блага стара и до 5000 година.<sup>5</sup> У мају 2015. године припадници Исламске државе су упали у древни антички град Палмиру у Сирији, која се налази под заштитом UNESCO-а као светска културна баштина, један од најимпресивнијих сведочанстава архитектонске уметности старих Римљана и уништили јединствене споменике културе у том граду, између осталих Славолук победе стар више од 18 векова, Белов римски храм и Храм Baal-Šamina.<sup>6</sup>

У погледу заштите културних добара и одговорности појединих лица за уништавање културних добара од изузетног значаја је пресуда ал Махди, прва пресуда те врсте, донета од стране Међународног кривичног суда у Хагу током 2016. године, који је осуђен једногласно на казну затвора у трајању од 9 година због саизвршилаштва у ратном злочину који се састојао у намерном усмеравању напада на верске и историјске грађевине, укључујући девет маузолеја и једну џамију у Тимбуктуу, при чему је девет од десет грађевина на које се пресуда односи било је под заштитом UNESCO, у јуну и јулу 2012. године.<sup>7</sup> Због ратног злочина уништавањем културне баштине у нападу на историјско језгро Дубровника (цео Стари град) 6. децембра 1991, који је од 1979. године на списку Светске културне баштине пресудама Међународног кривичног суда за бившу Југославију правноснажно су осуђени поједини високи официри бивше ЈНА и то генерал Павле Стругар<sup>8</sup> и адмирал Миодраг Јокић.<sup>9</sup>

Међутим, страдање културних добара сваке поједине државе се више догађа у мирнодопска времена, кроз најразличитија кривична дела која врше појединци и организоване криминалне групе које краду, оштећују

5 Ж. Лежаја, *Заштитна културних добара у оружаном сукобу*, Задужбина Андрејевић, Београд, 2011, 46.

6 Anne Allmeling, 8.10.2015., <https://www.dw.com/hr/je-li-palmira-zauvijek-izgubljena/a-18766641>, 2. март 2024.

7 Charge brought by the Prosecution against Ahmad AL FAQI AL MAHDI, ICC-01/12-01/15- 70-AnxA, INTERNATIONAL CRIMINAL COURT.

8 МКСЈ, број предмета ИТ01-42-Т, Тужилац в. Павле Стругар, стр. 131–135. првостепене пресуде.

9 МКСЈ, број предмета ИТ01-42/1-С, Тужилац в. Миодраг Јокић, стр. 14. првостепене пресуде.

или уништавају предмете који представљају најразличитија културна добра појединих држава. Број пријављених крађа уметничких предмета у Италији је 30 000 на годишњем нивоу, док је друга по реду Русија са две хиљаде.<sup>10</sup> Током 2022. године је суд у Ираку осудио британског геолога на 15 година затвора због крађе археолошких предмета.<sup>11</sup>

Циљ сваке крађе културних добара је прибављања имовинске користи, без обзира о којој врсти кривичног дела се ради. Годишњи обрт тржишта илегалне трговине антиквитетима, према проценама UNESCO, вредан је приближно 2,2 милијарде америчких долара, с тим да би требало имати у виду да овакве процене често потцењују стварно стање јер су подаци о црним тржиштима углавном непотпуни и тешко доступни.<sup>12</sup> О томе се говори у медијима. Према наводима немачког листа *Süddeutsche Zeitung*, трговина украденим културним добрима се налази на трећем мјесту исплативих „бизниса“ организираног криминала – одмах након трговине оружјем и дрогом.<sup>13</sup>

То је реалност, која се дешава и у државама из нашег блиског окружења. Тако, у више наврата у последњих неколико година у медијима наводи се да се државе западног Балкана у последњих неколико година суочавају са драматичним порастом крађе и кријумчарења културног блага, умјетнина, археолошких материјала и антиквитета.<sup>14</sup> На пљачку културних добара у бившој Југославији указују и новији текстови у медијима.<sup>15</sup>

10 Ж. Бјелајац, *Организовани криминалисте: Империја зла*, Правни факултет за привреду и правосудје, Нови Сад, 2013, 266.

11 *Irak i Velika Britanija: Britanski geolog osuđen na 15 godina zatvora zbog krađe arheoloških predmeta*, <https://www.bbc.com/serbian/lat/svet-61708060>, *og 7.6.2022. iogune*, 2. март 2024.

Пензионисани британски геолог осуђен је на 15 година затвора због покушаја да изнесе археолошке предмете из Ирака. Џим Фитон, 66, који је пореклом из Бата, сакупио је 12 каменчића и комаде грнчарије током недавног геолошког и археолошког обиласка земље. Максимална казна за изношење археолошких предмета је смртна казна. Суд је одлучио да изрекне блажу казну „због старости оптуженог“, рекао је судија. Фитон је прикупио предмете као сувенире док је обилазио локацију у Еридуу, на југоистоку Ирака. Ирачки званичници рекли су да се фрагменти могу сматрати вредним археолошким комадима јер датирају од пре више од 200 година.

12 Р. Campbell, “The illicit antiquities trade as a transnational criminal network: Characterizing and anticipating trafficking of cultural heritage”, *International Journal of Cultural Property*, 20, 2013, 114.

13 Philipp Jedicke/Željka Telišman, од 27.10.2014., <https://www.dw.com/hr/meka-pljacka-sa-grobnica/a-18021887>, 2. април 2024.

14 <https://www.slobodnaevropa.org/a/milijarde-ilegalno-trziste-umjetnine-cg/29519485.html>, *og 1.10.2018. iogune* 2. април 2024. Колико је то уносан бизнис за криминалце показује и податак да обрт на илегалном тржишту културним добрима на подручју југоисточне Европе износи између три и шест милијарди долара на годишњем нивоу. Експерти упозоравају да трговина културном имовином има блиске везе са транснационалним организованим криминалним групама, међународним ланцем прања новца, мрежама корупције и терористичким организацијама.

15 Војислав Туфегџић, У фокусу: пљачка културних добара у бившој Југославији, <https://ekspres.net/u-fokusu/pljacka-kulturnih-dobara-u-bivsoj-jugoslaviji-23-11-2022..>

Све то што се дешава у другим државама у погледу најразличитијих облика страдања најразличитијег културног блага, дешава се и у нашој држави, а нарочито на подручју Косова и Метохије (КиМ), почев од 1999. године. Након доласка међународних мировних снага у јуну 1999. године до почетка 2004. године уништено је 15 споменика културе у првој и 23 у трећој категорији - укупно 38 споменика и објеката. Према стручном извештају Савета Европе у мартовском насиљу 2004. године уништено је или оштећено 35 цркава и манастира међу којима су 6 из првог периода – црквене грађевине из 14–16. века.<sup>16</sup>

Заштити културних добара поклања се и у Србији све већа пажња, и о потреби њихове заштите све више се говори и у медијима.<sup>17, 18</sup> Па ипак, то је још увек недовољно.

### 3. МЕЂУНАРОДНИ ПРОПИСИ И КУЛТУРНА ДОБРА

Други светски рат поред огромних људских жртава, огромне материјалне штете на свим нивоима – стамбени фондови, индустријски објекти, путна и железничка инфраструктура, довео је и до уништења значајних објеката светске културне баштине. Последице разарања светске културне баштине створиле су потребу за додатним правним оквирима који би прецизније регулисали заштиту културних добара. Почетак рата значио је и прекид процеса усвајања Конвенције о заштити историјских споменика и уметничких дела у време рата која је била сачињене у форми прелиминарног нацрта 1938. године од стране Међународног музејског уреда Друштва народа, пре него што је дипломатска конференција за њено усвајање могла

---

4. април 2024. Не може се поуздано тврдити када у некадашњој Југославији почиње уништавање и пљачкање историјске баштине, потом и "преливање" уметничких предмета у приватне руке и у иностранство. **Никада на државном и стручном нивоу није покушано да се на једном месту сакупе сви подаци о уништеним и несталим уметничким делима. ...** На састанку у Београду 1998. године представници полиције изнели су следеће податке: **"Од 1. јануара 1984. године у Југославији су украдене 333 уметничке слике, 120 икона, 375 религијских кипова и фигура, 144 религијска предмета, 1328 антиквитетних књига, седам нумизматичких збирки и 399 других предмета уметнина."** Упркос напорима полиције, од побројаних крађа више од 60 одсто остало је нерасветљено.

16 А. Јовић-Лазич, „Заштита културне баштине на Косову и Метохији“, *Међународна ѿолијика*, 4/2004, 472–473.

17 Александра Петровић, Србија је Елдорадо за крадљивце блага, <https://www.politika.rs/scc/clanak/480268/Srbija-je-Eldorado-za-kradljivce-blaga>, ог 1.6.2021., 2. април 2024.

18 <https://serbiantimes.info/nedopustivo-srpsko-blago-iz-vince-se-prodaje-na-internetu-za-male-pare/og> 5.3.2023. 2. април 2024.

бити одржана. За време другог светског рата културни објекти, грађевине и установе биле су пљачкани и уништаване до крајњих граница, посебно од стране немачког нацистичког режима. Међународно право није имало ефекта у било ком погледу у спречавању великих пљачки уметничких галерија, цркава и музеја широм окупиране Европе.<sup>19</sup>

После Другог светског рата основане су бројне међународне организације, међу којима су UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization - Организација Уједињених нација за образовање, науку и културу) и Савет Европе, које су у бројним конвенцијама институционализовале заштиту културног наслеђа. Тадашња заједничка држава ФНРЈ постала је чланица UNESCO 31. марта 1950, а након распада заједничке државе оно је пренето на државе сукцесоре, укључујући ту и Републику Србију.<sup>20</sup>

Највећу важност за заштиту културне баштине данас имају три међународна споразума: Хашка конвенција о заштити културних добара у случају оружаног сукоба из 1954, и два допунска протокола Женевским конвенцијама из 1949. године који су претходили поменутој конвенцији и то: Допунски протокол Женевским конвенцијама од 12. августа 1949. о заштити жртава међународног оружаног сукоба (Protokol I) те Допунски протокол Женевским конвенцијама од 12. августа 1949. о заштити жртава немеђународног оружаног сукоба (Protokol II).<sup>21</sup>

На светском нивоу, UNESCO је установио прве међународне стандарде за заштиту културних добара, иако са међународног аспекта посматрано, не постоји једна општеприхваћена дефиниција културног добра, па ипак без обзира на то значај ових стандарда је несумњив за оружане сукобе на светском нивоу. Најпрецизније, дефиниција културног добра је одређена у Хашкој конвенцији за заштиту културних добара у случају оружаних сукоба из 1954. године (Хашка конвенција).<sup>22</sup> Хашка конвенција се примењује у сваком оружаном сукобу – међународном и немеђународном.

Према Хашкој конвенцији, културна добра се могу поделити у три категорије. Прву категорију чине покретна и непокретна добра, без обзира на порекло и право својине, која обухватају културну баштину неког народа попут важних архитектонских споменика, уметничких дела, археолошких

19 D. M. Fleck, *The handbook of humanitarian law in armed conflicts*, Oxford University Press, New York, 2003, 433.

20 А. Батрићевић, „Правна заштита материјалних културних добара од последица загађења животне средине“, *Зборник Института за криминологику и социологику исцраживања*, 1/2016, 36.

21 K. J. Detling, „Eternal Silence: the Destruction of Cultural Property in Yugoslavia“, *Maryland Journal of International Law*, 1/1993, 44.

22 Хашка конвенција за заштиту културних добара у случају оружаних сукоба из 1954. године – Хашка конвенција, енгл.: *Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention*.

налазишта, рукописа, књига уметничког и културног значења те других објеката који су од уметничког, историјског или научног интереса. Другу категорију чине грађевине чији је циљ да се заштите и изложе наведени покретни објекти - музеји, архиви, библиотеке те ратна склоништа. Последњу категорију чине „споменичка седишта“, тј. грађевине или локалитети који садрже знатну количну културних добара из претходне две категорије.<sup>23</sup>

Хашку Конвенцију прати и *Protokol I* којим је уређена обавеза држава уговорница да спречава извоз културних добара са територије коју је она окупирали током оружаног сукоба.

Током 1999. године усвојен је и *Protokol II* уз Хашку конвенцију. Држава може постати уговорна страна *Protokola II* само ако је ратификовала Хашку конвенцију из 1954. године, што је прихваћено и ратификовано од стране Савезне Републике Југославије, државе - правне претходнице Републике Србије.<sup>24</sup> *Protokolom II* уз Хашку Конвенцију ближе се регулишу питања заштите културних добара у случају оружаног сукоба немеђународног карактера, који се догађа на територији једне стране уговорнице. Тај документ је од значаја за ситуацију која се одиграла на територији бивше Југославије, приликом њеног разарања. Странама у сукобу се забрањује да културна добра постану циљ војних акција, односно „забрањено је вршити било какве непријатељске акте“ уперене против културних објеката и храмова и користити их за подршку војних акција.<sup>25</sup>

*Protokol II* уводи међународну кривичну одговорност лица која уништавају или нареду да се нападну заштићена културна добра.<sup>26</sup> *Protokolom II* предвиђена је у члану 10 и побољшана заштита културних добара, која је доступна и за покретна и за непокретна културна добра. Поједини аутори наводе да *Protokol II* представља кључан елемент Хашке конвенције јер дефинише у којим се случајевима војном силом може оправдати напад на споменике културе те редефинише обавезе окупационих снага које се тичу заштите културних добара. С обзиром да у Конвенцији нигде није јасно дефинисан појам „војне нужности“, Конвенција у одређеним случајевима ствара правни вакуум који омогућује оправдање уништења културне имовине.<sup>27</sup>

23 Н. Abtahi, „The Protection of Cultural Property in Times of Armed Conflict: The Practice of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia“, *Harvard Human Rights Journal*, 2001, 8.

24 Закон о потврђивању Другог протокола уз Хашку конвенцију од 1954. године о заштити културних добара у случају оружаног сукоба, „Службени лист СРЈ“, бр. 7/2002.

25 В. Чок, „Међународноправна заштита културних добара“, *Правни живоић*, 12/2004, 378.

26 А. Јовић-Лазич, „СЦГ и УНЕСКО“, *Међународна љолишика*, 4/2003.

27 С. V. Hill, „Killing a Culture: The Intentional Destruction of Cultural Heritage in Iraq and Syria under International Law“, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1/2016, 203.

Од осталих међународних докумената који се односе на заштиту културних добара издвајамо поједине документе донете од UNESCO који се односе на различите недозвољене радње у вези са културним добрима:

- Конвенција о средствима забране и спречавања незаконитог увоза, извоза и преноса власништва над културним добрима,<sup>28</sup> усвојена у Паризу 14. новембра 1970;
- UNIDROIT - Конвенција о украденим и илегално извезеним објектима,<sup>29</sup> усвојена у Риму 24. јуна 1995;
- Конвенција о заштити светске културне и природне баштине усвојена на 17. заседању Генералне конференције, Париз, 16. новембар 1972<sup>30</sup> коју је до сада потписало 168 земаља, са којом је у вези и стварање Листе светске културне и природне баштине. На листи UNESCO према подацима из септембра 2023. године, налазе се 1199 добра, од тога 933 културна, 227 природна и 39 мешовита у 168 држава.<sup>31</sup> Република Србији, која је чланица UNESCO од 20. 12. 2000. године, на листи Светске баштине има 13 локалитета (у оквиру пет уписа), који су заштићени као места од посебног значаја за светску културу, науку и образовање. У питању су: Стари Рас и Сопоћани, Манастир Студеница, Средњовековни споменици на Косову, Гамзиград (Ромулијана) – палата Галерија и Стећци – средњовековни надгробни споменици<sup>32</sup>. Битно је нагласити и да су средњовековни надгробни споменици – стећци заједнички за Босну и Херцеговину, Хрватску, Србију и Црну Гору.<sup>33</sup> У јануару 2024. године на листи светске културне баштине у опасности налазило се укупно 56 добара од којих су 6 у Европи (Аустрија, Румунија, Србија по добро и Украјина – 3 добра), а међу њима су и српски средњовековни манастири на Косову од 2006. године после мартовског погрома 2004. године.<sup>34</sup>
- Међународна Конвенције о очувању нематеријалне културне баштине,<sup>35</sup> усвојена 17. октобра 2003. године.

28 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, Paris, 14 November 1970.

29 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, Rome, 1995.

30 Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, 16 November 1972.

31 <https://whc.unesco.org/en/list/&order=year>, 9. април 2024.

32 Државна ревизорска институција, Извештај о ревизији сврсисходности пословања, Заштита непокретних културних добара, Београд, 31. децембар 2021, 16.

33 <https://www.google.com/search?q=world+heritage+list+2021&oq=World+Heritage+List&aqs=chrome.8.69i57j0i22i30l9.8190j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8> world heritage list 2021, 2. фебруар 2022.

34 <https://whc.unesco.org/en/danger/>, 12. март 2024.

35 International Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, 17 October 2003.

Савет Европе донео је такође, бројна документа из ове области од којих издвајамо: Европску конвенцију о култури<sup>36</sup> усвојена у Паризу 1954. године и посвећена општем појму културе; Конвенцију о заштити архитектонског наслеђа Европе из Гранаде 1985. године;<sup>37</sup> Европску конвенцију о кривичним делима у вези с културним добрима, потписана у Делфима 23. јуна 1985. која је замењена новом конвенцијом под истим називом из Никозије 19. 5. 2017.<sup>38</sup> и Европску конвенцију о заштити археолошког наслеђа из Лондона - усвојена 1969. а ревидирана на Малти, Ла Валлета 1992. године<sup>39</sup>. Република Србија је прихватила ревидирану Европску конвенцију о заштити археолошког наслеђа.<sup>40</sup>

У погледу заштите културних добара посебан проблем представља чињеница да поједине најважније државе у међународној заједници нису ратификовале ниједан од међународних уговора који се односе на заштиту културних добара – САД, као ни Велика Британија.<sup>41</sup>

Савет безбедности Уједињених нација је и Резолуцијом 2347 донетом 2017. године<sup>42</sup> формално признао да су претње културном наслеђу једно од главних безбедносних питања и да међународна заједница мора успоставити конкретан систем одговорности и сарадњу између правосудних органа ради њихове заштите.

Римски статут Међународног кривичног суда из 1998. године, у делу који се односи на ратне злочине такође, садржи поједине одредбе које се односе на уништење и/или оштећење културних добара у чл. 8.<sup>43</sup>

Међутим, бројне конвенције и пратећи документи – протоколи уз те међународне документе који указују на значајан напредак у кодификацији

---

36 European Cultural Convention (ETS No. 018). Отворена за потписивање, Париз 19/12/1954. Ступила на снагу 05/05/1955, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatyid=018>, 22. фебруар 2022.

37 Конвенције о заштити архитектонског наслеђа Европе - Convention for the Protection of the Architectural Heritage of Europe (ETS No. 121). Granada, 3/10/1985. Ступила на снагу 1.12.1987., <https://www.coe.int/en/web/culture-and-heritage/granada-convention>, 22. фебруар 2024.

38 Европска конвенција о кривичним делима у вези с културним добрима - Convention on Offences relating to Cultural Property (ETS No.221), Nicosia 19/5/2017 - (ETS No. 119). Delphi, 23/6/1985. Ступила на снагу 1.12.1987., <https://www.coe.int/en/web/culture-and-heritage/granada-convention>, 22. фебруар 2024.

39 Европска конвенције о заштити археолошког наслеђа, ревидирана на Малти - European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage (ETS No. 66, 1969; ETS No. 143, revised in 1992) - The Valletta Convention, усвојена 16/1/1992, ступила на снагу 25/5/1995.

40 Закон о потврђивању Европске конвенције о заштити археолошког наслеђа (ревидиране), *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 42/2009.

41 В. Clark, „Military occupation and the rule of law; the legal obligation of occupying forces in Iraq“, *Electronic Journal of Law*, 8/2005, 16.

42 [https://www.un.org/Security-Council/S/RES/2347\(2017\)](https://www.un.org/Security-Council/S/RES/2347(2017)), 2. април 2024.

43 Закон о потврђивању превода Римског статута Међународног кривичног суда, *Службени лист СРЈ Међународни уговори*, бр. 5/2001.

међународног хуманитарног права не треба, ни у ком случају, да изазову игнорисање обичајног хуманитарног права јер обичајно међународно право може да помогне у тумачењу уговорног права. Због тога, међународно обичајно право прописује и правила која се односе на заштиту културних добара – правила 38–41.<sup>44</sup>

#### 4. ЗАШТИТА КУЛТУРНИХ ДОБАРА У КРИВИЧНИМ ПРОПИСИМА БИВШЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ

**Кривични законик ФНРЈ из 1951.године (КЗ ФНРЈ)**<sup>45</sup> прописао је у глави ХИ која се односи на кривична дела против човечности и међународног права кривично дело: **Унишћивање културних и историских споменика (члан 132)**: Ко кршећи правила међународног права у време рата или оружаног сукоба наређује или врши уништавање културних и историских споменика и грађевина, или установа намењених науци, уметности, васпитању или хуманитарним циљевима. За ово кривично дело било је прописано изрицање казне затвора или строгог затвора. То је било једино кривично дело у КЗ ФНРЈ које се односило на кривичноправну заштиту културних добара.

Ово кривично дело је имало свој међународни основ заједно са још два кривична дела у Правилима о законима и обичајима при вођењу рата приложеним уз Хашку конвенцију из 1907.године и по својој садржини одговарало је члану 56 поменутих правила уз Хашку Конвенцију.<sup>46</sup>

На простору бивше заједничке државе постојала је подељена надлежност, примењивали су се савезни и републички кривични закони.

**Кривични закон СФРЈ из 1976.године (КЗ СФРЈ)**<sup>47</sup> који се на територији СФРЈ примењивао се од 1. 7. 1977. године, потом од 1992. године на територији СРЈ под називом **Кривични закон СРЈ (КЗ СРЈ)** а од 2003.године на територији Републике Србије под називом **Основни кривични закон (ОКЗ)** прописивао је у глави ХВИ кривична дела против човечности и међународног права. У тој групи кривичних дела било је и кривично дело: **Унишћивање културних и историских споменика (члан 151)** које је пружало ширу заштиту овим вредностима у односу на исто кривично дело из КЗ ФНРЈ:

44 J-M. Henckaerst, L. Doswald-Beck, *Обичајно међународно хуманитарно право, Том I: Правила, International Committee of the Red Cross*, прво издање, 2005, X, 130-141.

45 Кривични законик ФНРЈ – КЗ ФНРЈ, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 13/51

46 Ј. Таховић, *Кривично љраво љосебни део*, Научна књига, Београд, 2. издање, 1955, 65–66.

47 Кривични закон СФРЈ – КЗ СФРЈ, *Службени лист СФРЈ*, бр. 44/76, 36/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90, 54/90, Кривични закон СРЈ – КЗ СРЈ, *Службени лист СРЈ*, бр. 35/92, 16/93, 31/93, 37/93, 24/94, 61/2001, Основни кривични закон – ОКЗ *Службени љласник РС*, бр. 39/2003.



- (1) Ко кршећи правила међународног права за време рата или оружаног сукоба уништава културне или историјске споменике и грађевине, или установе намењене науци, уметности, васпитању или хуманитарним циљевима, казниће се затвором најмање једну годину.
- (2) Ако је радњом из става 1. овог члана уништен јасно препознатљив објект који је као културно и духовно наслеђе народа под посебном заштитом међународног права, учинилац ће се казнити затвором најмање пет година.

## 5. ЗАШТИТА КУЛТУРНИХ ДОБАРА У НОВИМ ДРЖАВАМА СА ПРОСТОРА БИВШЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ

После распада бивше заједничке државе новоформиране државе задржале су у својим кривичним законима у одредбама које се односе на кривична дела против човечности и међународног права кривично дело које је било прописано у КЗ СФРЈ у чл.151.: **Уништавање културних и историских споменика**. Иако се уочавају незнатне разлике у називима тог кривичног дела суштина је остала иста.

**Кривични законик Црне Горе (КЗ ЦГ)**<sup>48</sup> у глави 35. под називом **Кривична дјела против човечности и других добара заштићених међународним правом** садржи два кривична дела која се односе на заштиту културних добара и то: Уништавање културних добара (чл.439 КЗ ЦГ); Непредузимање мјера за спречавање вршења кривичних дјела против човечности и других добара заштићених међународним правом (чл.440 КЗ ЦГ) – у ком кривичном делу су прописане казне за поједина лица која врше или услед чијих непредузетих радњи дође до извршења појединих кривичних дела прописаних у групи кривичних дела против човечности и међународног права међу којима је и кривично дело Уништавање културних добара из чл.439 КЗЦГ.

**Кривичниот законик Републике Северне Македоније (КЗ РСМ)**<sup>49</sup> у глави 34. под називом **Кривични дела против човечности и међународното право** садржи једно кривично дело које се односе на заштиту културних добара и то: Уништување културни и историски споменици (чл.414 КЗ РСМ).

48 Кривични законик Црне Горе - КЗ ЦГ, *Службени лист РЦГ*, бр. 70/2003, 13/2004, 47/2006 и "Службени лист ЦГ", бр. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011 - други закон, 40/2013, 56/2013, 14/2015, 42/2015, 58/2015 - други закон, 44/2017, 49/2018, 3/2020, 26/2021 - исправка, 144/2021 и 145/2021 и 110/2023.

49 Кривичниот законик Републике Северне Македоније - КЗ РСМ, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 37/1996, 80/1999, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15, 226/15, 97/17 и 248/18, *Службен весник на Република Северна Македонија*, бр. 36/23 и 188/23.

**Казнени закон Републике Хрватске** (КЗХ)<sup>50</sup> у глави 9. под називом Казнена дела против човјечности и људског достојанства садржи кривично дело које се тиче и заштите културних добара и то: Ратни злочин (чл. 91 ст. 2. тач. 9 КЗХ).

**Казенски законик Републике Словеније** (КЗ СЛ)<sup>51</sup> у глави 14. под називом Казнена дела против човечности садржи кривично дело које се тиче и заштите културних добара и то: Ратни злочин (чл. 102 ст. 2. тач. 7 и 9 КЗСЛ).

**Кривични закон Босне и Херцеговине** (КЗ БиХ)<sup>52</sup> у глави 35. под називом Кривична дјела против човјечности и вриједности заштићених међународним правом садржи једно кривично дело које се односе на заштиту културних добара и то: Уништавање културних, историјских и религијских споменика (чл. 183 КЗ БиХ).

Поједини делови и ентитети у оквиру Босне и Херцеговине у својим кривичним законима садрже такође, поједина кривична дела која се односе на заштиту културних добара и то:

Кривични закон Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине (КЗ БД БиХ)<sup>53</sup> у глави 26. под називом Кривична дјела њрошив околиша, њољојривреде и њриродних добара садржи два кривична дела које се односе на заштиту културних добара и то: Оштећење, уништење и недозвољени извоз споменика културе и заштићених објеката природе (чл. 315 КЗ БД БиХ) и Недозвољено обављање истраживачких радова и присвајање споменика културе (чл. 316 КЗ БД БиХ);

Кривични законик Републике Српске (КЗ РС)<sup>54</sup> у глави 29. под називом Кривична дела њрошив живојне средине садржи једно кривично дело које се односе на заштиту културних добара и то: Противзаконито заузимање и експлоатација природних богатстава и добара од општег значаја (чл. 391 КЗ РС).

Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине (КЗ ФБиХ)<sup>55</sup> у глави 26. под називом Кривична дјела њрошив околиша, њољојривреде и њриродних добара садржи два кривична дела које се односе на заштиту културних добара и то: Оштећење, уништење и недозвољени извоз споменика културе

50 Казнени закон Републике Хрватске – КЗХ, *Народне новине*, бр. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21, 114/22, 114/23, 36/24- на снази од 2. 4. 2024.

51 Казенски законик Републике Словеније - КЗ СЛ, *Урагни лист*, бр. 50/12, на снази од 29. 6. 2012.

52 Кривични закон Босне и Херцеговине - КЗ БиХ, *Службени ѓласник Босне и Херцејовине*, 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, 46/2021, 31/2023 и 47/2023.

53 Кривични закон Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине - КЗ БД БиХ, *Службени ѓласник Брчко дистѓриктиа Босне и Херцејовине*, бр. 19/2020.

54 Кривични законик Републике Српске - КЗ РС, *Службени ѓласник Републике Српске*, бр. 64/2017, 104/2018 - одлука УС и 15/2021, 89/2021 и 73/2023.

55 Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине - КЗ ФБиХ, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 36/2003, 21/2004 - испр., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016 и 75/2017.

и заштићених објеката природе (чл. 321 КЗ ФБиХ) и Недозвољено обављање истраживачких радова и присвајање споменика културе (чл. 322 КЗ ФБиХ).

Осим тога, кривични прописи свих ових држава односно појединих делова Босне и Херцеговине у својим одредбама задржали су мање или више претходну систематику кривичних дела из периода СФРЈ и садрже више кривичних дела којима се пружа заштита културним добрима, пре свега у оквиру групе кривичних дела против имовине – тешка крађа, али и друга кривична дела.

У појединим државама заштита културним добрима пружа се и у другим групама кривичних дела, а не само у групи кривичних дела против имовине. Тако, КЗ РСМ је јединствен у односу на прописе свих нових држава на простору СФРЈ по томе што садржи посебну главу посвећену заштити културних добара. То је **глава 24. - Кривични дела против културног наследства и природних реткости**, која садржи 6 чланова – кривичних дела која се односе на заштиту културних добара, природних реткости као и архивског материјала.

## 6. ЗАШТИТА КУЛТУРНИХ ДОБАРА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ

**Социјалистичка Република Србија** у Кривичном закону (КЗ СРС)<sup>56</sup> предвиђала је и кривичноправну заштиту културних добара у појединим кривичним делима која се врше у мирнодопском периоду. Заштита је прво била предвиђена за два кривична дела у групи против имовине и то: **тешка крађа** (члан 166 став 1 тачка 5 - у односу на културна добра или у односу на археолошке налазе; **уштаја културној добра** (члан 170 став 3). Заштита је проширена од 1989.године на још три кривична дела из ове групе: **Уништење или прикривање архивске грађе** (чл.184а), **Прикривање културној добра** (члан 184 став б) и **Неовлашћено изношење и уношење културној добра** (члан 221а). Од 1994.године заштита културних добара се додатно шири и на поједина кривична дела из групе против јавног реда и правног саобраћаја - **неовлашћено извођење археолошких радова** (члан 240а).

**Кривични законик Републике Србије** (КЗ)<sup>57</sup> у одредбама садржи више кривичних дела која се односе на заштиту културних добара, сврстаних у различите групе према заштитном објекту.

**А) У групи кривичних дела против човечности и међународној права** најзначајније кривично дело у вези са заштитом културних добара је **Уништавање културних добара** (чл. 383. КЗ),

56 Кривични закон Социјалистичке Републике Србије – КЗ СРС, *Службени гласник СРС*, бр. 26/77, 28/77, 43/77, 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 6/89, 42/89, 21/90, *Службени гласник РС*, бр. 16/90, 26/91, 75/91, 9/92, 49/92, 51/92, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/2002, 11/2002, 80/2002, 39/2003, 67/2003.

57 Кривични законик Републике Србије – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/16, 35/19.

Основни облик овог кривичног дела чини ко кршећи правила међународног права за време рата или оружаног сукоба уништава културне или историјске споменике или друга културна добра или верске објекте или установе или објекте који су намењени науци, уметности, васпитању или хуманитарним циљевима или нареди да се таква дела врше (ст.1) - забрањена казна затвора од 3 до 15 година. Радња извршења постављена је алтернативно као уништавање или наређивање. Прописан је и квалификовани облик кривичног дела који постоји ако је уништен објекат који је као културно добро под посебном заштитом међународног права - забрањена казна затвора од 5 до 15 година. Оба облика овог кривичног дела могу се извршити само са умишљајем.

У новијој домаћој судској пракси нисмо пронашли било коју одлуку која се односи на ово кривично дело.

Овом инкриминацијом преузете су обавезе из Хашке конвенције из 1954. године и Допунског протокола I уз Женевске конвенције о заштити жртава међународних оружаних сукоба из 1977. године.<sup>58</sup>

У овој групи значајно је још једно кривично дело - Несвречавање вршења кривичних дела њројив човечности и друјих добара зашћићених међународним ѡравом (чл. 384 КЗ) које прописује кривичну одговорност за нечињење војног заповедника или лице које фактички врши ову функцију односно за друга претпостављена лица у односу на потчињена лица јер нису предузели мере које су могли и били дужни да предузму за спречавање извршења дела, па услед тога дође до припрема за извршење односно почетка извршења једног броја кривичних дела из ове група од стране снага којима командују или које контролишу односно лица која су им потчињена, а међу тим кривичним делима је и кривично дело Уништавање културних добара прописано у чл. 383. КЗ.

Б) Највећи број кривичних дела која се односе на заштиту културних добара чине кривична дела односно поједини облици одређених кривичних дела која се врше у мирнодопско време. Та кривична дела су сврстана у две групе кривичних дела прописаних у КЗ - у групи кривичних дела против имовине и у групи кривичних дела против јавног реда и мира.

У јруји кривичних дела ѡројив имовине то су 6 кривичних дела: тешка крађа (члан 204 став 3), утаја (члан 207 став 4), одузимање туђе ствари (члан 211 став 2), уништења и оштећења туђе ствари (члан 212 став 3), прикривање (члан члан 221 став 4), неовлашћено изношење и уношење културног добра (члан 221а).

У јруји ѡројив кривичних дела ѡројив јавној реда и мира то је једно кривично дело - неовлашћено извођење археолошких радова (члан 353а став 2).

По називу то су иста кривична дела која су постојала у КЗ СРС, с тим да је у појединим од наведених кривичних дела дошло до проширења обима заштите од почетка примене одредаба КЗ.

58 З. Стојановић, *Коментар Кривичној законика*, Службени гласник, 4. издање, 2006, Београд, 998.

Код кривичног дело тешка крађе из чл. 204. ст. 3 КЗ кривичноправна заштита културних добара односно добара која уживају претходну заштиту, (као и природних добара) прописана је изменама и допунама КЗ из 2013. године,<sup>59</sup> код кривичног дела утаја - заштита културног добра била је прописана у одредбама КЗ од почетка примене, с тим да је иста проширена и на заштиту добра које ужива претходну заштиту (члан 207 став 4) изменама и допунама КЗ из 2009. године<sup>60</sup>, а истим изменама и допунама КЗ прописана је код кривичног дела прикривање кривичноправна заштита само за поједине облике културних добара – када прикривена ствар представља културно добро од изузетног или великог значаја, односно добро које ужива претходну заштиту. Осим тога, изменама и допунама КЗ из 2009. године проширена је кривичноправна заштита културних добара код кривичног дела уништење и оштећење туђе ствари у односу на основни облик који је прописивао заштиту културних добара још и на кривичноправну заштиту заштићеној околини непокретног културног добра, односно према добру које ужива претходну заштиту – чл. 212 ст. 3. КЗ. Кривично дело неовлашћено изношење и уношење културног добра из члана 221а уведено је у КЗ такође, изменама и допунама из 2009. године, а заштита је додатно појачана изменама и допунама КЗ из 2016. године које су ступиле на снагу 1. 6. 2017. године<sup>61</sup>. Кривично дело неовлашћено извођење археолошких радова из чл. 353а уведено је у КЗ изменама и допунама из 2009. године.

О значају заштите културних добара у Републици Србији са кривичноправног аспекта, говори и податак Државне ревизорске институције да је према подацима из Информационог система, у Централни регистар, на дан 31. децембра 2020. године, уписано 2.596 непокретних културних добара (НКД). Највећи део од овог броја чине споменици културе - 2.237; археолошких налазишта има 194, просторно културно-историјских целина има 86, док је знаменитих места 79. Уколико се посматра структура НКД, уписаних у Централни регистар, према категорији, највећи део чине НКД од значаја, укупно их има 1.765, док око једне трећине чине НКД од великог и изузетног значаја. НКД од великог значаја има 612, док је НКД од изузетног значаја 219.<sup>62</sup>

## 7. ЗАШТИТА КУЛТУРНИХ ДОБАРА У ДОМАЋОЈ ПОЛИЦИЈСКОЈ И СУДСКОЈ ПРАКСИ

Са аспекта полиције и правосуђа у Републици Србији неопходно је јасно дефинисање културних добара, како би било правилно квалификовано противправно понашање према лицима која чине поједина кривична дела

59 Службени гласник РС, бр.104/2013.

60 Службени гласник РС, бр. 72/2009.

61 Службени гласник РС, бр. 94/2016.

62 Државна ревизорска институција, Извештај о ревизији сврсисходности пословања, Заштита непокретних културних добара - НКД, Београд, 31. децембар 2021, 16.

на штету покретних односно непокретних објеката која се сматрају или могу сматрати културним добрима.

Закон о културним добрима (ЗКД) дефинише у члану 2 који се објекти сматрају да су покретна односно непокретна културна добра на следећи начин: „Културна добра су ствари и творевине материјалне и духовне културе од општег интереса које уживају посебну заштиту утврђену овим законом. Културна добра, у зависности од физичких, уметничких, културних и историјских својстава, јесу: споменици културе, просторне културно-историјске целине, археолошка налазишта и знаменита места – непокретна културна добра; уметничко-историјска дела, архивска грађа, филмска грађа и стара и ретка књига – покретна културна добра“.<sup>63</sup> Закон прописује и да се културна добра, у зависности од свог значаја, разврставају у три категорије: културна добра, културна добра од великог значаја и културна добра од изузетног значаја.

На основу података Министарства унутрашњих послова Републике Србије (МУП) у периоду 2006–2014. године извршено је 1.472 кривичних дела у вези са културним добрима. Даље анализе везано за структуру кривичних дела по законској квалификацији показале су највећу заступљеност кривичног дела Тешка крађа у односу на укупан број.<sup>64</sup> После овог податка нисмо у доступној литератури пронашли друге податке који се односе на извршена кривична дела у вези са културним добрима.

Републички завод за статистику (РЗС) у својим годишњим извештајима о извршеним кривичним делима од стране пунолетних или малолетних извршилаца не даје прецизне податке када је у питању најбројнија кривична дела из групе против имовине где су предмет извршења кривичног дела била културна добра – то се пре свега односи на кривично дело тешка крађа. Једино кривично дело из групе против имовине које се може препознати да има одређену везу са културним добрима је кривично дело Неовлашћено изношење и уношење културног добра из чл. 221а КЗ.

Из извештаја РЗС за 2022. годину произилази да су те године било пријављена 2 лица за извршење кривичног дела Неовлашћено изношење и уношење културног добра али да те године ниједно лице није било осуђено за извршење тог кривичног дела<sup>65</sup>.

Када је у питању откривање и процесуирање извршилаца кривичног дела неовлашћено извођење археолошких радова из чл. 353а КЗ, подаци ипак постоје. Из извештаја РЗС за 2022. годину произилази да је те године било пријављено 6 лица за извршење кривичног дела неовлашћено извођење археолошких радова и да је осуђено 6 лица за извршење тог кривичног дела

63 Закон о културним добрима – ЗКД, *Службени йласник РС*, бр. 71/94, 52/2011 – др. закони и 99/2011 – др. закон, 6/20 – др. закон, 35721 – др. Закон.

64 Н. Радовић, Р. Самарџић, З. Ђурђевић, „Криминалитет у вези са културним добрима у Србији“, *Дефендологија*, 37-38, 2016, 52.

65 Републички завод за статистику, Саопштење број 184, год. LXXIII, 14.07.2023. Пунолетни извршиоци кривичних дела 2022, стр. 5 и 9.

(у односу на 5 лица изречене су условне осуде, а према једном лицу изречена је казна кућног затвора).<sup>66</sup>

Осим тога, из поменутог извештаја РЗС за 2022. годину произилази да није било пријављених нити осуђених извршилаца кривичних дела из групе против човечности и међународног права: Уништавање културних добара (чл. 383. КЗ) односно Неспречавање вршења кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом (чл. 384 КЗ).

Подаци РЗС за 2022. годину показују да малолетници нису вршили ова два кривична дела која је могуће према свом називу довести у директну везу са заштитом културних добара.<sup>67</sup>

Број објављених одлука у домаћој судској пракси које се односе на поједина културна добра која су била предмет извршења кривичних дела, након правноснажности пресуда, објективно је мали.

У судској одлуци неопходно је прецизно утврдити да предмет извршења кривичног дела представља културно добро, како то произилази из следеће одлуке:

**„Постоји тешка крађа када је окривљени из Народне библиотеке одузимао и продавао књиге које према Закону о културним добрима представљају културно добро“** (Пресуда Окружног суда у Београду Кж. бр. 455/09)<sup>68</sup>.

Значај оваквог прецизног дефинисања културног добра из угла правосуђа огледа се и у следећој одлуци из судске праксе:

**„Ако украдена ствар представља културно добро онда првостепени суд не може самостално да оцењује шта представља културно добро већ је дужан да примени Закон о културним добрима“**.<sup>69</sup>

Када је у питању кривично дело неовлашћено извођење археолошких радова у старијој судској пракси смо пронашли једну одлуку од значаја за предмет овог рада. Тако је Врховни суд Србије у једној одлуци навео „кривично дело постоји када се археолошка ископавања врше на месту које није још познато и регистровано од стране надлежних органа“.<sup>70</sup>

66 Републички завод за статистику, Саопштење број 184, год. LXXIII, 14.07.2023. Пунолетни извршиоци кривичних дела 2022, стр. 7 и 11.

67 Републички завод за статистику, Саопштење број 191, год. LXXIII, 14.07.2023. Малолетни извршиоци кривичних дела 2022.

68 Н. Делић, *Кривично право, Посебни део*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2022, 174–175.

69 Решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж 867/19 од 26. 11. 2019., Из образложења: Другостепени суд налази да се основано у жалби наводи да првостепена пресуда у погледу наведене квалификаторне околности, да украдене ствари представљају културно добро (из црквеног објекта одузето 13 одликовања - ордење, споменице и медаље, власништво оштећене цркве) или не с обзиром да је Законом о културним добрима прописано шта представља културно добро, да се културна добра уписују у регистар културних добара који су јавни, па је суд био дужан да од надлежне институције прибави податке да ли наведене реликвије представљају културно добро.

70 Н. Делић, „Нова решења у глави кривичних дела против јавног реда и мира (XXXI)“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2013, 288, Пресуда Врховног суда Србије Кзз 6/02.

Осим културног добра, закон познаје и добра која уживају претходну заштиту – она за која се претпоставља да су од посебног значаја за културу, уметност и историју и која још нису утврђена за културно добро. Над добрима која уживају претходну заштиту не може се стећи право својине и она се не смеју износити нити извозити у иностранство. Та добра су дефинисана у чл.27 ЗКД, а у делу који се односи на рад музеја и музејских експоната у Закону о музејској делатности<sup>71</sup>.

## 8. ЗАКЉУЧАК

Свака држава поседује различита културна добра, различитих категорија. Нека од тих добара су глобалног – светског значаја, нека су регионалног значаја, а нека од значаја за ту државу, за њене грађане, историју и културу. У раду ограниченог обима није било могуће дати целовит приказ заштите културних добара у међународном праву и у Србији.

Неопходно је стално указивање на значај заштите културних добара наше државе, посебно путем медија али и нових видова комуникација – друштвене мреже које данас најчешће користе млади, које треба упознавати што је могуће раније шта су то културна добра наше државе. На тај начин јача свест не само људи из сфере културе, који се по природи посла баве заштитом културних добара, већ и најшире јавности и то су добре претпоставке за превентивно деловање у случајевима уочавања кривичних дела на штету културних добара односно добара која се налазе под претходном заштитом у Србији.

Такође, неопходна је континуирана обука припадника полиције и свих носилаца најразличитијих функција у правосуђу о значају заштите културних добара у Србији, о потреби адекватног санкционисања извршилаца кривичних дела из ове области, јер се на тај начин чува и држава.

## ЛИТЕРАТУРА

- Abtahi H., „The Protection of Cultural Property in Times of Armed Conflict: The Practice of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia“, *Harvard Human Rights Journal*, 2001, 1–14.
- Батрићевић А., „Правна заштита материјалних културних добара од последица загађења животне средине“, *Зборник Инститиуиша за криминологишка и социолошка истраживања* 1/2016.
- Бјелајац Ж, *Организовани криминалишћей: Имйерија зла*, Правни факултет за привреду и правосуђе, Нови Сад, 2013.
- Делић Н., *Кривично йраво, Посебни гео*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2022.

<sup>71</sup> Закон о музејској делатности, *Службени йласник РС*, бр. 35/2021, 96/21.



- Делић Н., „Нова решења у глави кривичних дела против јавног реда и мира (XXXI)“, *Анали Правној факултету у Београду*, 2/2013.
- Detling K. J., „Eternal Silence: the Destruction of Cultural Property in Yugoslavia“, *Maryland Journal of International Law*, 1/1993.
- Јовић-Лазић А., „Заштита културне баштине на Косову и Метохији“, *Међународна јолијика*, 4/2004.
- Јовић-Лазић, А., „СЦГ и УНЕСКО“, *Међународна јолијика*, број 1112, 4/2003.
- Лежаја Ж., *Заштитна културних добара у оружаном сукобу*, Задужбина Андрејевић, Београд, 2011.
- Радовић Н., Самарџић Р., Ђурђевић З., „Криминалитет у вези са културним добрима у Србији“, *Дефендолоџија*, Бања Лука, 37-38/2016.
- Стојановић З., *Коментар Кривичној законика*, 4. издање, Службени гласник, Београд, 2006.
- Таховић Ј., *Кривично право посебни гео*, 2. издање, Научна књига, Београд, 1955.
- Fleck D. M., *The handbook of humanitarian law in armed conflicts*, Oxford University Press, New York, 2003.
- Henckaerst J.-M., Doswald-Beck L., *Обицајно међународно humanitarno право, Tom I: Pravila, International Committee of the Red Cross*, прво издање, 2005.
- Hill C. V., „Killing a Culture: The Intentional Destruction of Cultural Heritage in Iraq and Syria under International Law“, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1/2016.
- Campbell P., „The illicit antiquities trade as a transnational criminal network: Characterizing and anticipating trafficking of cultural heritage“, *International Journal of Cultural Property*, 20/2013.
- Clark B., „Military occupation and the rule of law; the legal obligation of occupying forces in Iraq“, *Electronic Journal of Law*, 8/2005.
- Чок, В., „Међународноправна заштита културних добара“, *Правни животи*, 12/2004.

## ПРОПИСИ

- Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, 16 November 1972.
- Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, Paris, 14 November 1970.
- Convention on Offences relating to Cultural Property - Evropska konvencija o krivičnim delima u vezi s kulturnim dobrima, (ETS No.221), Nicosia 19/5/2017 - (ETS No. 119). Delphi, 23/6/1985.
- Convention for the Protection of the Architectural Heritage of Europe - Konvencije o zaštiti arhitektonskog nasleđa Evrope (ETS No. 121), Granada, 3/10/1985.
- Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention.

- European Cultural Convention – Evropska konvencija o kulturi (ETS No. 018), Paris 19/12/1954.
- European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage - Evropska konvencije o zaštiti arheološkog nasleđa, revidirana na Malti 1992 (ETS No. 66, 1969; ETS No. 143, revised in 1992), The Valleta convention 16/1/1992.
- International Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, 17 October 2003.
- UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, Rome, 1995,
- Конвенција о мерама за забрану и спречавање недозвољеног увоза, извоза и преноса својине културних добара, *Службени листи СФРЈ - Међународни ујовори*, бр. 50/73.
- Конвенција о заштити културних добара у случају оружаног сукоба и Правилник за извршење Конвенције о заштити културних добара у случају оружаног сукоба, *Службени листи ФНРЈ - Међународни ујовори - догађајак*, бр. 4/56.
- Конвенција о заштити светске културне и природне баштине, *Службени листи СФРЈ - Међународни ујовори*, бр. 56/74.
- Кривични законик ФНРЈ, *Службени листи ФНРЈ*, бр. 13/51.
- Кривични закон СФРЈ - Основни кривични закон, *Службени листи СФРЈ*, бр. 44/76, 36/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90, 54/90, *Службени листи СРЈ*, бр. 35/92, 16/93, 31/93, 37/93, 24/94, 61/2001, *Службени гласник РС*, бр. 39/2003.
- Кривични закон Босне и Херцеговине, *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, 46/2021, 31/2023 и 47/2023.
- Кривични закон Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, *Службени гласник Брчко дистрикта Босне и Херцеговине*, бр. 19/2020.
- Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 36/2003, 21/2004 - испр., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016 и 75/2017.
- Кривични законик Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 64/2017, 104/2018 - одлука УС и 15/2021, 89/2021 и 73/2023.
- Кривичниот законик Републике Северне Македоније, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 37/1996, 80/1999, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15, 226/15, 97/17 и 248/18, *Службен весник на Република Северна Македонија*, бр. 36/23, 188/23.
- Казенски законик Републике Словеније, *Урадни листи*, бр. 50/12, на снази од 29.6.2012.

- Казнени закон Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21, 114/22, 114/23, 36/24- на снази од 2.4.2024.
- Кривични законик Црне Горе, *Службени листи РЦГ*, бр. 70/2003, 13/2004, 47/2006 и *Службени листи ЦГ*, бр. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011 - други закон, 40/2013, 56/2013, 14/2015, 42/2015, 58/2015 - други закон, 44/2017, 49/2018, 3/2020, 26/2021 - исправка, 144/2021 и 145/2021 и 110/2023.
- Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, 98/2006,
- Закон о културним добрима, *Службени гласник РС*, 71/94, 52/2011(други закони), 99/2011 (други закон), 6/2020 (други закон), 35/2021 (други закон).
- Закон о музејској делатности, *Службени гласник РС*, 35/2021, 96/21.
- Закон о потврђивању Европске конвенције о заштити археолошког наслеђа (ревидиране) *Службени гласник РС – Међународни уговори*, 42/2009.
- Закон о потврђивању Другог протокола уз Хашку конвенцију од 1954. године о заштити културних добара у случају оружаних сукоба, *Службени листи СРЈ*, 7/2002.
- Закон о потврђивању превода Римског статута Међународног кривичног суда, *Службени листи СРЈ-Међународни уговори*, 5/2001.
- Кривични закон Социјалистичке Републике Србије, *Службени гласник СРС*, 26/77, 28/77, 43/77, 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 6/89, 42/89, 21/90, *Службени гласник РС*, 16/90, 26/91, 75/91, 9/92, 49/92, 51/92, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/2002, 11/2002, 80/2002, 39/2003, 67/2003.
- Кривични законик Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/16, 35/19.
- Државна ревизорска институција, Извештај о ревизији сврсисходности пословања, Заштита непокретних културних добара, Београд, 31. децембар 2021.
- Републички завод за статистику, Саопштење број 184, год. LXXIII, 14.07.2023. Пунолетни извршиоци кривичних дела 2022,
- Републички завод за статистику, Саопштење број 191, год. LXXIII, 14.07.2023. Малолетни извршиоци кривичних дела 2022.

## СУДСКЕ ОДЛУКЕ

- Charge brought by the Prosecution against Ahmad AL FAQI AL MAHDI, ICC-01/12-01/15- 70-АпхА, INTERNATIONAL CRIMINAL COURT.
- МКСЈ, број предмета ИТ01-42/1-С, Тужилац в. Миодраг Јокић, стр. 14. првостепене пресуде.
- МКСЈ, број предмета ИТ01-42-Т, Тужилац в. Павле Стругар, стр. 131-135. првостепене пресуде.
- Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж 867/19 од 26. 11. 2019.

## ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

- Барнаби Филипс, *Друји свейски райи и археолоија: Тривоац уметнинама, афричко блаио и Холокауси*, <https://www.bbc.com/serbian/lat/svet-56531754>, од 27.5.2021.
- Жридло: Танјуг *Француска враћа Сенејалу и Бенину блаио ойейио у 19. веку*, 17. децембар 2020. 16.34 <https://rtv.rs/rsn/evropa/francuska-vraca-senegalui-beninu-bлаго-oteto-u-19.-veku> 1189844.html.
- Танјуг, *Век и йо након крађе: Амерички музеј враћа Гани серију украдених симбола Ашанйској царсйва* 10. феб 2024 13:54, <https://lat.rt.rs/kultura/75612-muzej-amerika-gana-afrika-umetnost/>
- Anne Allmeling, 8.10.2015., <https://www.dw.com/hr/je-li-palmira-zaувийек-izgublјena/a-18766641>, 2.март 2024
- Irak i Velika Britanija: Britanski geolog осуђен на 15 godina затвора због крађе археолошких предмета*, <https://www.bbc.com/serbian/lat/svet-61708060>, ог 7.6.2022. йогине.
- Philipp Jedicke/Željka Telišman, од 27.10.2014., <https://www.dw.com/hr/meка-плјачкаша-grobnica/a-18021887>.  
<https://www.slobodnaevropa.org/a/milijarde-ilegalno-trziste-umјetnine-cg/29519485.html>, ог 1.10.2018. йогине.
- Војислав Туфегчић, *У фокусу: плјачка културних добара у бившој Југославији*, <https://ekspres.net/u-fokusu/pljacka-kulturnih-dobara-u-bivsoј-јugoslaviji-23-11-2022>.
- Александра Петровић, *Србија је Елдорадо за крадљивце блага*, <https://www.politika.rs/scc/clanak/480268/Srbija-je-Eldorado-za-kradљivce-bлага>, ог 1.6.2021.  
<https://serbiantimes.info/nedopustivo-srpsko-bлаго-iz-vince-se-prodaje-na-internetu-za-male-pare/og> 5.3.2023.  
<https://whc.unesco.org/en/list?&order=year>,  
<https://www.google.com/search?q=world+heritage+list+2021&oq=World+Heritage+List&aqs=chrome.6.69i57j0i22i30l9.8190j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8> world heritage list 2021.  
<https://whc.unesco.org/en/danger/>.
- European Cultural Convention (ETS No. 018). Отворена за потписивање, Париз 19/12/1954. Ступила на снагу, 05/05/1955, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=018>
- Конвенције о заштити архитектонског наслеђа Европе - Convention for the Protection of the Architectural Heritage of Europe (ETS No. 121). Granada, 3/10/1985. Ступила на снагу 1.12.1987., <https://www.coe.int/en/web/culture-and-heritage/granada-convention>.
- Европска конвенција о кривичним делима у вези с културним добрима - Convention on Offences relating to Cultural Property (ETS No. 221), Nicosia 19/5/2017 - (ETS No. 119). Delphi, 23/6/1985. Ступила на снагу 1.12.1987, <https://www.coe.int/en/web/culture-and-heritage/granada-convention>.  
<https://www.un.org/SecurityCouncil/S/RES/2347> (2017).

**Dragan Obradović, PhD\***

## **PROTECTION OF CULTURAL GOODS IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND IN SERBIA**

### *Summary*

*One of the challenges that every country faces throughout history is how to preserve not only its territory and population, but also how to preserve its cultural assets in different times and in the face of different trials. Not only in times of war or armed conflict, but also in peace. In war or armed conflict, cultural assets suffer - they are destroyed or damaged as a result of armed actions. In peacetime, cultural property suffers during the execution of various criminal acts by individuals or organized criminal groups through their attempts to acquire individual cultural property of different levels of protection for themselves or for others, which sometimes leads to their destruction or damage. The aim of the paper is to present the criminal legal protection of cultural property in the most important regulations of international law, and especially in the Republic of Serbia through the provisions of the Criminal Code of the Republic of Serbia.*

**Keywords: cultural property, protection, regulations, criminal acts.**

---

\* Judge at Valjevo Higher court, [dr.gaga.obrad@gmail.com](mailto:dr.gaga.obrad@gmail.com).



## НЕЗАСТАРЕВАЊЕ МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ ДЕЛА У УЖЕМ СМISЛУ<sup>1</sup>

*Апстракт:* Проблем (не)застаревања кривичних дела на међудржавној равни појавио се први пут шездесетих година прошлог века, и то у контексту проблема застарелевања злочина који су били учињени за време Друге светске рата. Први покушај да се овај проблем превазиђе учињен је доношењем Конвенције УН о незастаревању ратних злочина и злочина против човечности 1968. године. Иако је њено усвајање било праћено бројним споровима и неслагањима, ова Конвенција означила је преломни тренутак и подстикла даље кораке. Услед релативно малој броја ратификација, 1974. године усвојена је и Европска конвенција о незастаревању кривичних дела против човечности и ратних злочина, али ни она није добила очекивану (формалну) подршку. Ипак, учинак поменутих конвенција може се видети и у томе што многе државе, подстикнуће активности и расправама о овом питању, одлучују да у национална законодавства уведу незастаревање међународних кривичних дела у ужем смислу. Значајан корак учињен је и 1998. године усвајањем Римске статуте, којим се изричито прописује да кривична дела у надлежности Међународној кривичној суда не застаревају.

**Кључне речи:** међународна кривична дела у ужем смислу, застарелост, ретроактивност, обичајно право.

### 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Проблем (не)застаревања кривичних дела на међудржавној равни појавио се први пут шездесетих година прошлог века, и то у контексту проблема

---

\* Асистент, Универзитет у Београду – Правни факултет, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1445-7071>, [ivanaradisavljevic1@gmail.com](mailto:ivanaradisavljevic1@gmail.com).

1 Овај рад је настао као резултат истраживања у оквиру стратешког пројекта за 2024. годину „Проблеми стварања, тумачења и примене права“ (подтема: „Правосуђе и изазови данашњице“ – тема истраживачке групе: „Правна заштита од рата и у рату“), који финансира Правни факултет Универзитета у Београду.

застаревања злочина који су били учињени за време Другог светског рата. Најважнији документи који су доношени током и непосредно након окончања рата, укључујући и статуте судова у Нирнбергу и Токију, па чак и Конвенцију о спречавању и кажњавању злочина геноцида, нису садржали одредбе о овом питању. Први акт који регулише дејство застарелости у односу на кривична дела нациста је био Закон број 10 који је крајем 1945. године донео Контролни савет. У чл. II (5) било је прописано следеће: „У било ком суђењу или кривичном поступку за дела која су описана [у том Закону], оптужени неће имати право да се позива на застарелост, предвиђену било којим законом, у односу на период од 30. јануара 1933. до 1. јула 1945, нити ће било који имунитет, помиловање или амнестија додељени под нацистичким режимом бити прихваћени као препрека за суђење или казну“. Међутим, домашај ове одредбе био је вишеструко ограничен, посебно имајући у виду да се Контролни закон примењивао само на суђења која су се одвијала у Немачкој.<sup>2</sup> Такође, није било сагласности у погледу њеног дејства и опсега примене.<sup>3</sup> Први акт који је питање застарелости ових кривичних дела регулисао на свеобухватан начин била је Конвенција Уједињених нација о незастаревању ратних злочина и злочина против човечности из 1968. године. Ипак, питање стварног дмета ове Конвенције је спорно, што се може видети и из околности да је само шест година након њеног доношења усвојен акт готово истоветног назива и сличне садржине – Европска конвенција о незастаревању кривичних дела против човечности и ратних злочина из 1974. године. Судећи само по броју држава које су Конвенцију из 1974. године ратификовале, може се рећи да је њен успех још више упитан. Ипак, како ћемо видети у наставку, домашај ових инструмената треба оцењивати не само по овом, надасве формалном критеријуму, већ треба имати у виду да је кроз расправе које су пратиле њихово доношење и усвајање отворен велики број спорних правних питања у материји застарелости. Оне су биле повод да се у националним законодавствима великог броја држава, независно од питања ратификације поменутих конвенција, унесу одредбе о незастаревању међународних кривичних дела. Грешке које

2 W. A. Schabas, *The International Criminal Court (2nd Edition): A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, 2016, 1107.

3 Већина аутора сматра да је њоме уведена само обустава застарелости, али има и мишљења да је увела опште правило о непримељивању рокова застарелости (вид. R. A. Kok, *Statutory limitations in international criminal law*, University of Amsterdam, 2007, 83). Код нас је о домашају ове норме писао Златарић. Он сматра да је њоме укинута могућност да се окривљени у поступку позивају на застарелост, што је, између осталог, учињено и у односу на остале процесне сметње, попут амнестије или помиловања. Ипак, он изражава сумњу у погледу значаја ове одредбе у контексту у међународног права, будући да је она део унутрашњег, окупационог права, које је после завршетка рата било на територији Немачке (вид. Б. Златарић, „Проблем застареле међународних злочина у успоредном и међународном праву“, *Зборник Правној факултету у Зајребу*, 1/1968, 30, фн. 30).



су касније препознате биле су и повод да се у Статуту Међународног кривичног суда питање застарелости уреди на нешто другачији начин.

## 2. КОНВЕНЦИЈА О НЕЗАСТАРЕВАЊУ РАТНИХ ЗЛОЧИНА И ЗЛОЧИНА ПРОТИВ ЧОВЕЧНОСТИ ИЗ 1968. ГОДИНЕ

Према одредбама Кривичног законика из 1871. године, који је после окончања Другог светског рата био на снази у тадашњој СР Немачкој, рок застарелости кривичног гоњења за поједине форме лишења живота (одредбе које би се имале применити и у случају ратних злочина и злочина против човечности) износио је 20 година. Испрва се чинило да ће се већина суђења окончати значајно пре истека тог рока, али се испоставило да су овакве тврдње биле преамбициозне. Иако је било очигледно да се истек рока застарелости приближава и да ће одређени, не тако мали број кривичних дела учињених током рата остати некажњен, немачка влада је 1964. године донела одлуку да неће предузимати никакве кораке у правцу евентуалног продужавања тих рокова, јер би тиме прекршила начело законитости, односно забрану ретроактивне примене тежег закона. То је изазвало забринутост, имајући у виду да је застарелост гоњења за нацистичке злочине требало да наступи само годину дана касније, 8. маја 1965. године. Под притиском међународне заједнице, парламент СР Немачке донео је 13. априла 1965. године закон по коме се у поменути рок застарелости од 20 година не рачуна време од 8. маја 1945. до 31. децембра 1949. године. Међутим, већ тада је било јасно да ова *ad hoc* мера не може представљати трајно решење, већ само привремени одговор на проблем застарелости.<sup>4</sup>

Услед бојазни да ће велики број злочина фактички остати некажњен због немогућности да се кривични поступак у кратком преосталом року успешно спроведе, 1964. године у Варшави је одржан међународни скуп на коме су учествовали представници, превасходно стручњаци из области права, из 16 земаља и на ком се расправљало о томе да ли се на дела прописана у Нирнбершкој повељи примењују правила и рокови застарелости. Конференција је окончана усвајањем Варшавске декларације која је формулисала три принципа о (не)застаревању и позвала националне владе, међународну заједницу и УН да их подрже. Први принцип прокламовао је да застарелост не може бити прихваћена као универзални правни принцип, будући да је уведена је у континенталну Европу тек у осамнаестом веку, а да је правни системи који се темеље на *common law* традицији генерално не познају. Стога, законска ограничења нису ни опште правно правило, ни универзално право оптуженог. Друго, документ је одржавао став да пошто ниједан од претходних инструмената који се односе на кривично гоњење

4    Детаљније вид. *ibid.*, 21–23.

ратних злочина и злочина против човечности (Московска декларација из 1943, Повеља Међународног војног трибунала у Нирнбергу и Повеља Међународног војног трибунала за Далеки Исток) није помињао оваква ограничења, нема сумње да застарелост није примењива на те деликте. Трећи принцип прокламовао је да се ратни злочини и злочин против човечности не тичу се само појединих земаља и заједница, већ да угрожавају саме темеље људске цивилизације. Стога, одредбе локалних закона не би смеле спречавати гоњење ових злочина, а *ius gentium* би требало да има предност над националним законодавствима.<sup>5</sup>

Доношење Варшавске декларације имало је велики одјек. Бројне државе измениле су своја законодавства, увођењем дужих рокова застарелости или њиховим потпуним укидањем. Већина ових измена односила се само на кривична дела учињена током рата, али су две државе отишле и корак даље и прописале опште правило о незастаревању ових деликата. Међу потоњима је била и наша држава. Трећом новелом Кривичног законика из 1965. године укинута је застарелост кривичног гоњења и извршења казне за геноцид и ратне злочине. Поред СФРЈ, сличну одредбу је нешто раније увела је Француска, али само за злочин против човечности.

Годину дана након доношења Варшавске декларације, Пољска је предложила да се на дневни ред Двадесет прве седнице Комисије за људска права хитно уврсти и питање кажњавања за злочине учињене током рата. Ова држава доставила је чак и нацрт резолуције, према којој би се незастаривост међународних кривичних дела сматрала општим принципом међународног права. Овај нацрт био је базиран на Варшавској декларацији. Због комплексности и значаја овог питања, Комисија за људска права упутила је захтев Генералном секретару да спроведе студију у којој ће испитати могућност доношења међународног документа којим би се прописало незастаревање међународних кривичних дела.<sup>6</sup> Ово питање заинтриговало је и научну заједницу, о чему можда најбоље сведочи податак да је 1966. године изашао посебан број часописа *Revue Internationale de Droit Pénal* посвећен управо могућности увођења овакве норме на међународном плану. Упркос бројним неслагањима која су пратила читав процес, 1968. године усвојена је Конвенција о незастаревању ратних злочина и злочина против човечанства.

У члану 1 Конвенције прописано је следеће: „Не постоји временско застарелевање у погледу следећих злочина без обзира на датум када су почињени: (а) ратни злочини према дефиницији у Повељи Међународног војног суда, Нирнберг, од 8. августа 1945, потврђеној у резолуцијама 3 (I) од 13. фебруара 1946. године и 95 (I) од 11. децембра 1946. године, које је

5 R. Grosescu, „State Socialist Endeavours for the Non-Applicability of Statutory Limitations to International Crimes: Historical Roots and Current Implications“, *Journal of the History of International Law / Revue d'histoire du droit international*, 21(2)/2019, 243.

6 Детаљније вид. R. H. Miller, „The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity“, *The American Journal of International Law*, 65(3)/1971, 479–480.

усвојила Генерална скупштина Уједињених нација, а нарочито „тешки преступи“ набројани у Женевским конвенцијама од 12. августа 1959. године о заштити жртава рата; (б) злочини против човечанства било да су почињени у доба рата или у доба мира према дефиницији у Повељи Међународног војног суда, Нирнберг, од 8. августа 1945. године и као што је потврђено резолуцијама 3 (I) од 13. фебруара 1946. године и 95 (I) од 11. децембра 1946. године, које је усвојила Генерална скупштина Уједињених нација, протеривање путем оружаног напада или окупације и нехумана дела која проистичу из политике апартхејда, као и злочин геноцида сходно дефиницији датој у Конвенцији о спречавању у кажњавању злочина геноцида из 1948. године, чак и кад таква дела не представљају повреду домаћег закона земље у којој су извршена“.

Члан први Конвенције од почетка је био сматран њеним најважнијим делом, те је велики простор био посвећен управо његовом формулисању. Очекивано, међу државама није било сагласности ни у погледу основних питања која се тичу његове (будуће) садржине, укључујући и то да ли би требало наново формулисати дефиниције кривичних дела у односу на која треба прописати принцип незастаревања, или је довољно у њему се позвати на већ постојеће дефиниције међународних докумената. Неке државе виделе су Конвенцију као прилику да се ажурирају дефиниције ратних злочина и злочина против човечности како би биле усклађене са савременим потребама. Оне су аргументовале да међународно право еволуира и да дефиниције из времена нирнбершког процеса, које су одражавале ставове само савезничких сила, више нису адекватне. Стога су сматрале важним јасно дефинисати које злочине сматрају таквим да на њих не би требало да се примењује застаривање, независно од домаћих закона. Супротно становиште имале су, примерице Француска и Италија. Њихови представници наглашавали су да Конвенција не треба да се бави редефинисањем ратних злочина или злочина против човечности, већ да то треба оставити правним комитетима или посебним експертским телима – Конвенција треба само да утврди принцип према којем одређени злочини не подлежу застаривању, не улазећи дубље у њихово дефинисање.<sup>7</sup>

Превагнуо је потоњи став. У одређивању појма ратних злочина, конвенција се позива на неколико докумената: Повељу Међународног војног суда у Нирнбергу и на резолуције Генералне скупштине УН којима је она потврђена. Ипак, чак ни изричито помињање ових резолуција у тексту није било неспорно. Слично је било и са „нарочитим“ позивањем на тешке преступе по Женевским конвенцијама – неке државе истицале су да се на тај начин прави својеврсна хијерархија између извора који се помињу у самом члану.<sup>8</sup> На сличан начин одређени су и појмови злочина против човечности (позивањем на дефиницију коју садржи Повеља) и геноцида

7 *Ibid.*, 485.

8 Изричито позивање на ове резолуције у чл. 1 није било неспорно. О томе вид. *Ibid.*, 486–487.

(позивање на дефиницију која је дата у конвенцији о спречавању и кажњавању злочина геноцида). Изричито навођење протеривања путем оружаног напада или окупације и нехуманих дела која проистичу из политике апартејда такође је било оспорено, поготово то што ове одредбе нису постојале у нацрту конвенције, већ су накнадно додате.<sup>9</sup>

Друго спорно питање које се поставило приликом израде нацрта конвенције тицало се њеног временског важења.<sup>10</sup> Док су владе источноевропских земаља, позивајући се на Варшавску декларацију, тврдили да је непримењивање одредаба о застарелости на нацистичке злочине већ утврђени међународни принцип, западноевропске владе су се изричито противиле ретроактивној примени одредбе, наглашавајући да би се тиме повредило начело законитости, односно забрана ретроактивне примене строжег закона.<sup>11</sup> Норвешка је предложила амандман којим би се примена конвенције ограничила само на она дела која до момента њеног ступања на снагу и усвајања нису застарела, али је тај предлог одбијен.<sup>12</sup> На крају је у став 1 унета изричита одредба да се правила о застарелости не примењују у погледу побројаних кривичних дела, без обзира на датум када су учињена. Додатно, чланом 4 Конвенције прописана је обавеза држава потписница да предузму све законодавне и друге мере како би обезбедиле да се одредбе о застарелању

9 Делегати појединих држава изричито су се противили њиховом уношењу, а поготово формулацији „дела која су резултат *полицејске* апартејда“. Више о томе код. N. Lerner, „The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes“, *Israel Law Review*, 4(4)/1969, 525.

10 Могућност да закони којима се продужавају или потпуно укидају рокови застарелости имају повратно дејство и данас је спорна. Она, начелно говорећи, зависи од тога да ли ћемо застарелост сматрати институтом материјалног или процесног права. За више о природи застарелости вид. М. Шкулић, „Правна природа и кривичноправни (материјални и процесни) ефекат застарелости кривичног гоњења, I део“, *Анали Правној факултету у Београду*, 2/2016, 9–10.

11 Код нас се о дејству застарелости у односу на међународна кривична дела, тачније она која су учињена током Другог светског рата, и пре доношења Конвенције изјашњавао Златарић (*op. cit.*, 28–33). Не спорећи да међународно кривично право „позајмљује“ институте од националних правних система, што би значило да је у овом случају требало позајмити и применити и институт застарелости на међународна кривична дела, аутор износи неколико разлога због којих, према његовом схватању, то није могуће. Први се темељи на природи застарелости. Сматра да се примена неких института националног права мора нужно искључити или ограничити „у мери у којој би вређала постулат остваривања међународне правде“. Други се тиче природе кривичних дела – нацистички злочини се, због своје масовности, бруталности и систематичности разликују од „обичног криминала“, због чега протек времена у односу на њих не може имати исти значај и дејство. Коначно, ако се има у виду да се у више аката изричито истиче потреба да се злочини учињени током рата гоне „по сваку цену“, могло би се тврдити да је интенција њихових творца ишла у прилог томе да их у овом случају не вежу ни временски оквири.

12 R. Grosescu, *op. cit.*, 255–257.

не примењују на гоњење и кажњавање за злочине који су изричито набројани у Конвенцији. Уколико у законодавству држава постоје одредбе које омогућавају наступање било застарелости кривичног гоњења, било застарелости извршења казне, оне су дужне да те одредбе укину.

Подаци о гласању приликом усвајања конвенције најјасније илуструју обим спорних питања која су се појавила. Од укупно 126 чланица Уједињених нација, 58 је подржало конвенцију, док је 7 било против. Поред тога, 36 чланица је остало уздржано, укључујући и оне које су током рата биле под немачком окупацијом. Конвенција је усвојена са највише гласова против који је икада забележен приликом усвајања неког документа до тог тренутка.<sup>13</sup> Ступила је на снагу 1970. године. Тренутно ју је ратификовало 56 чланица Уједињених Нација. Иако се због малог броја држава које су је ратификовале њена ефикасност доводи у питање, у литератури се истиче да је њен значај и у томе што је у одређеним државама омогућила кривично гоњење највиших државних представника након пада комунистичких режима.<sup>14</sup>

### 3. ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА О НЕЗАСТАРЕВАЊУ КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПРОТИВ ЧОВЕЧНОСТИ И РАТНИХ ЗЛОЧИНА

Врло брзо након усвајања Конвенције из 1968. године, постало је јасно да њен учинак није ни приближан ономе што се испрва очекивало. Штавише, од свих држава чланица Савета Европе, једина која је подржала њено усвајање био је Кипар. Због тога је управо у Свету Европе изнет предлог да се покуша са усвајањем новог акта, којим би се другачије уредила нека питања, превасходно материјални опсег и временско важење правила о незастаревању.<sup>15</sup> Као резултат те иницијативе, у Стразбуру је почетком 1974. године усвојена Европска конвенција о незастаревању кривичних дела против човечности и ратних злочина.

Круг кривичних дела на која се ова конвенција примењује проширен је у односу на конвенцију из 1968. године.<sup>16</sup> У члану 1 прописано је следеће: „Свака Страна уговорница предузеће мере неопходне да се обезбеди да се застарелост неће применити на гоњење следећих дела, или на издржавање изречених казни за таква дела, уколико су кажњива према домаћем

13 R. H. Miller, *op. cit.*, 477–478.

14 О томе детаљније вид. R. Grosescu, *op. cit.*, 259–263.

15 D. Shelton, *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, Macmillan Reference, USA, 2004, 316–317.

16 Б. Бановић, С. Бејатовић, В. Турањанин, *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2020, 168.

законодавству: 1. кривична дела против човечности предвиђена Конвенцијом о спречавању и кажњавању злочина геноцида, која је усвојена у Генералној скупштини Уједињених нација 9. децембра 1948. године; 2. а) повреде предвиђене у члану 50. Женевске конвенције о побољшању положаја рањеника и болесника у оружаним снагама у рату из 1949. године, члану 51. Женевске конвенције о побољшању положаја рањеника, болесника и бродоломника оружаних снага на мору из 1949. године, члану 130. Женевске конвенције о поступању са ратним заробљеницима из 1949. године и члану 147. Женевске конвенције о заштити грађанских лица за време рата из 1949. године, б) свако слично кршење ратног права које се примењује у време када ова конвенција ступа на снагу и обичаја рата који постоје у то време, који већ нису предвиђени у горе наведеним одредбама Женевских конвенција, када одређена повреда која се разматра има нарочито озбиљан карактер из разлога фактичких или намерних елемената или због обима предвиђених последица; 3. било које друго кршење правила или обичаја међународног права које може у будућности да буде установљено и које та Страна уговорница, сходно изјави датој у складу са чланом 6. ове конвенције, сматра упоредивим са делима из ст. 1 и 2 овог члана“.

Због поменутог проблема ретроактивне примене који је бацио сенку на конвенцију из 1968. године, Европска конвенција је опсег временског важења уредила на мало либералнији начин. У чл. 2 прописано је да се она примењује на кривична дела учињена након њеног ступања на снагу у односу на сваку страну уговорницу. Ретроактивна примена могућа је само у односу на кривична дела за која застарелост није наступила у моменту када је конвенција ступила на снагу.

Иако је ова конвенција требало да исправи „грешке“ учињене приликом састављања конвенције из 1968. године (што у одређеној мери и јесте урадила), ипак није добила очекивану подршку. Иако је за њено ступање на снагу било потребно депоновати само три потписа, то се догодило тек 2003. године, када је конвенцију ратификовала Белгија. Иако би се из овога могао извући закључак да управо пропуштањем да ратификују Европску конвенцију европске државе показују да питање незастаревања међународних кривичних дела није неспорно, у теорији се истиче да ове околности треба разумети на други начин. За почетак, будући да је већина западноевропских земаља већ донела законе који изричито искључују примену института застарелости на одређене међународне злочине, није постојала прека потреба за додатном ратификацијом овог међународног документа. Даље, увођење чл. 29 у Статут Међународног кривичног суда из 1998. године додатно је мотивисало европске државе да ревидирају или ускладе своје законе о застарелости, ако то већ нису учиниле. Управо ови кораци су, према мишљењу појединих аутора, учинили Европску конвенцију из 1974. године сувишном.<sup>17</sup>

17 R. A. Kok, *op. cit.*, 93–94.

#### 4. РИМСКИ СТАТУТ

У нацрту статута који је предат Генералној скупштини УН 1994. године, није било помена о ограничењима застарелости, што је подстакло бројне дискусије међу државним делегацијама. Током разматрања, неке делегације су предложиле увођење принципа незастаревања за теже кривичне дела као што су геноцид и злочин против човечности, док су друге истицале да би се тиме могло угрозити право на правично суђење, због дугог временског периода који може проћи пре покретања судског поступка. Разматране су идеје о овлашћењу тужиоца или председника суда да на основу сваког конкретног случаја одлучује о примени застарелости, уз уважавање права оптуженог на правично суђење.<sup>18</sup> Поједини аутори сматрали су, пак, да је ову одредбу било сувишно уносити у текст Статута, будући да је незастаривост међународних кривичних дела у ужем смислу већ прописана другим међународним инструментима.<sup>19</sup> На крају, на Римској конференцији, радна група за опште принципе предложила је и усвојила одредбу о неприменљивости рокова застарелости за дела у надлежношћу Суда, што је касније укључено у коначни текст Статута.

Одредбом чл. 29 прописано је да кривична дела која су у надлежности Међународног кривичног суда не застаревају. Ради се о кривичним делима наведеним у чл. 5 Статута, односно о геноциду, ратним злочинима, злочину против човечности и агресији. Треба имати у виду да је ова одредба временски ограничена, као и надлежност самог суда, у смислу да се примењује само на евентуалне будуће деликте који буду извршени након његовог ступања на снагу.

*Ambos* примењује једну занимљивост која се тиче управо чл. 29 Римског статута. Поред тога што се Статутом прописују одређене обавезе за државе потписнице, чл. 29 заправо уводи и једну забрану – ону која се односи на прописивање рокова застарелости за геноцид, злочин против човечности, ратне злочине и агресију у националним законодавствима држава чланица. Држава чији закон дозвољава застаревање кривичног гоњења ових дела би увођењем или остављањем ове одредбе у свом законодавству кршила Статут. Практично гледано, национална законска ограничења не би могла да заштите учиниоце од кривичног гоњења, јер би у случају пропуста националних судова да гоне ове злочине, а због постојања начела комплементарности, Међународни кривични суд могао да заснује своју надлежност. Стога, када државе ревидирају своја законодавства ради приступања или ратификације Римског статута, требало би да уклоне одредбе које су неспојиве са Статутом, па и оне које се односе на застаревање кривичног гоњења најтежих злочина. У већини земаља, судије би чак могле директно применити чл. 29 и надјачати национално кривично законодавство које је у супротности

18 Детаљније о самом поступку код. W. A. Schabas, *op. cit.*, 1108–1109.

19 Б. Бановић, С. Бејатовић, В. Турањанин, *op. cit.*, 169.

са њим.<sup>20</sup> Слично запажање износи и Hessbruegge, само што овај аутор сматра да ова забрана произлази из међународног права уопште, односно не везује је само за Римски статут.<sup>21</sup>

## 5. ПРАВИЛА О НЕЗАСТАРЕВАЊУ МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ ДЕЛА КАО ДЕО ОБИЧАЈНОГ ПРАВА

Једно од питања у вези којег у теорији не постоји сагласност јесте да ли се правила о незастаревању међународних кривичних дела могу сматрати делом обичајног међународног права или још увек нису стекла такав статус. У познатој монографији о међународном кривичном праву, Cassese износи низ околности које би требало узети у обзир. Поједини примери из праксе, као што су пресуде Међуамеричког суда за људска права у случају *Barríos Altos* и одлуке различитих националних судова (на пример у Аргентини, Француској, Италији), иду у прилог потврдног одговора на ово питање. Међутим, то још није довољно. Док су неке државе, попут Француске, експлицитно укинуле одредбе о застарелости за злочин против човечности, други облици међународних кривичних дела у неким јурисдикцијама су остали под окриљем ових норми. Стога, Cassese закључује да се не би могло тврдити да је незастаревање свих злочина постало део међународног обичајног права. То би се могло тврдити за поједине од њих, и то за геноцид, злочин против човечности и тортуру.<sup>22</sup> Ово питање детаљније је анализирао и Кок, пратећи развој ових правила кроз три временска периода. Иако се у периоду од 1945 до 1964. године, непосредно након Другог светског рата, често се истицало да су међународни злочини постали незастариви, ауторка ипак сматра да тада није било довољно доказа државне праксе, а ни *opinio juris* да би се утврдило постојање таквог правила. У периоду од 1964 до 1990. године започиње процес кристализације *opinio juris*-а о незастаривости међународних кривичних дела кроз усвајање закона и међународних инструмената који то предвиђају, као и кроз одређену судску праксу. Међутим, та кристализација још увек није била довољно јака и општа да би створила обичајно право. Од 1990. па надаље појављује се широка и општа пракса незастаривости међународних злочина, потврђена ратификацијама бројних међународних конвенција, праксом УН и бројним изјавама које указују на постојање *opinio juris*-а. Ауторка сматра да је почетком 21.

20 K. Ambos, *Rome Statute of the International Criminal Court, Article-by-Article Commentary*, Beck/Hart Publishing, 2021, 1381.

21 J. A. Hessbruegge, „Justice Delayed, Not Denied: Statutory Limitations and Human Rights Crimes“, *Georgetown Journal of International Law*, 43(4)/2012, 348.

22 A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford, 2003, 318–319; вид. и J. A. Hessbruegge, *op. cit.*, 346–356.



века, а посебно ступањем на снагу Римског статута 1998. године када је значајан број држава преузео обавезу укидања застарелости за међународне злочине, настало обичајно правило о томе. У погледу материјалног обухвата, ауторка, слично као и Cassese, закључује да нема довољно доказа за постојање обичајног правила о незастаривости свих међународних кривичних дела, иако постоји тренд ка ширем признавању тог принципа. Принцип незастаревања се примењује само на геноцид, злочин против човечности и ратне злочине, као језгро међународних кривичних дела. Најзад, у погледу временске примене, ауторка закључује постојање обичајног правила које дозвољава продужавање рокова застарелости за она дела за која застарелост још није наступила, али не и ретроактивна примена нових правила на дела који су већ застарела према претходним прописима, јер за то нема довољно потврде у државној пракси нити *opinio juris*.<sup>23</sup>

Са друге стране, има мишљења да се правила о незастаревању не могу сматрати нити делом обичајног права, нити општим правим принципима. Ово мишљење заступа Wiener, те закључује да је једини учинак конвенција из 1968. и 1974. године то што за државе које су их ратификовале намећу обавезу да на кривична дела наведена у конвенцијама не примењују правила о застарелости.<sup>24</sup>

## 6. ОДРЕДБЕ ДОМАЋЕГ ПРАВА

Незастаревање појединих међународних кривичних дела у ужем смислу у домаћем праву уведено је пре доношења Конвенције из 1968. године.<sup>25</sup> Законодавном новелом из 1965. године измењен је тада важећи Кривични законик, донет 1951, тако што је укинута застарелост кривичног гоњења за кривична дела геноцида и ратних злочина. Основни кривични законик из 1976. године у чл. 100 предвиђао је да кривично гоњење и извршење казне не застарева за кривична дела геноцида, ратних злочина, као и кривичног дела организовања групе и подстицања на извршење геноцида и ратних злочина. Доношењем важећег КЗ из 2005. године у наше кривично законодавство уведено је и кривично дело злочин против човечности, па је немогућност наступања застарелости проширена и у односу на ово дело. И Устав у чл. 34 ст. 6 предвиђа да кривично гоњење и извршење казне за ратне злочине, злочин против човечности и геноцид не застарева. Такође, наша држава ратификовала је сва три међународна инструмента која

23 Вид. R. H. Miller, *op. cit.*

24 I. A. Wiener, „Criminal Jurisdiction and International Crimes“, *Acta Juridica Hungarica*, 1–2/1993, 50.

25 На европском нивоу, једина држава која је то пре нас учинила била је Француска, која је децембра 1964. године донела закон о незастаревању злочина против човечности. Ипак, обухват домаћег законодавца био је шири јер се одредба о незастаревању односила на већи број кривичних дела.

уређују ово питање. Уредбом која је донета 1910. године СФРЈ ратификовала је Конвенцију о незастаревању ратних злочина и злочина против човечанства, а Европска конвенција ратификована 2010. године. Римски статут потврђен је 2001. године.

## 7. ЗАВРШНЕ НАПОМЕНЕ

Иако су представљени међународни документи значајно допринели решавању проблема застарелости међународних кривичних дела у ужем смислу, расправе о основаности овог решења су и данас, у одређеној мери, актуелне. Аргументи који се износе у оквиру ових дебата углавном се свODE на уобичајене *pro et contra* аргументе везане за застарелост уопште, али постоје и они који узимају у обзир специфичности међународних кривичних дела. Ове потоње можемо сврстати у две групе – оне које оправдање за искључење застарелости виде у моралним разлозима, и оне којима су најважнији аргументи прагматичне природе.

Један број аутора сматра да су претежни разлози који иду у прилог непримењивости застаревања на међународна кривична дела моралне природе. При оцењивању моралне прихватљивости застарелости за ова дела, полазна тачка треба да буде јасна премиса да извршиоци заслужују казну. Институт застарелости у овом контексту представља ограничење легитимних захтева за исправљање учињене неправде и стога његова примена може бити морално оправдана само ако постоје ваљани и убедљиви разлози. При томе, терет доказивања постојања таквог оправдања лежи на онима који заговарају прихватљивост застаревања за најтежа кривична дела.<sup>26</sup> Ова „морална обавеза кажњавања“, по речима неких аутора, проистиче управо из карактеристика самих дела – тако, геноцидна намера која се огледа у систематском лишавању живота припадника одређене групе или воља да се изазову последице које погађају целу заједницу, не смеју бити предмет заборава, а поготово не у правном смислу.<sup>27</sup>

С друге стране, неки од разлога који се наводе у прилог застарелости имају искључиво прагматичну природу. Период у којем би требало да започне кривично гоњење учинилаца често се поклапа са периодом док сукоб (који је углавном повод за њихово вршење) још траје и када национални органи нису у стању да предузму гоњење или чак да сарађују са међународним телима. Такође, треба имати у виду да су истраге које се тичу међународних злочина изузетно комплексне и захтевају знатно време да би се

26 J. A. Hessbruegge, *op. cit.*, 339.

27 О. Е. Манзана Крпана, „La lutte de l'imprescriptibilité contre l'impunité des crimes internationaux: une illusion d'optique“, *Cepalo*, 5(2)/2021, 77; код нас тако Љ. Лазаревић, *Коменћар Кривичној законика*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2011, 409.

довршиле, као и да, у ситуацији друштвеног хаоса, постоји велика вероватноћа да осумњичени избегне гођење.<sup>28</sup>

## ЛИТЕРАТУРА

- Ambos K., *Rome Statute of the International Criminal Court, Article-by-Article Commentary*, Beck/Hart Publishing, 2021.
- Бановић Б., Бејатовић С., Турањанин В., *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2020.
- Wiener I. A., „Criminal Jurisdiction and International Crimes“, *Acta Juridica Hungarica*, 1-2/1993.
- Grosescu R., „State Socialist Endeavours for the Non-Applicability of Statutory Limitations to International Crimes: Historical Roots and Current Implications“, *Journal of the History of International Law / Revue d'histoire du droit international*, 21(2)/2019.
- Златарић Б., „Проблем застаре међународних злочина у успоредном и међународном праву“, *Зборник Правног факултета у Зајребу*, 1/1968.
- Hessbruegge J. A., „Justice Delayed, Not Denied: Statutory Limitations and Human Rights Crimes“, *Georgetown Journal of International Law*, 43(4)/2012.
- Cassese A., *International Criminal Law*, Oxford, 2003.
- Kok R. A., *Statutory limitations in international criminal law*, University of Amsterdam, 2007.
- Lerner N., „The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes“, *Israel Law Review*, 4(4)/1969.
- Лазаревић Љ., *Коментар Кривичног законика*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2011.
- Manzanga Kpanya O. E., „La lutte de l'imprescriptibilité contre l'impunité des crimes internationaux: une illusion d'optique“, *Cepalo*, 5(2)/2021.
- Miller R. H., „The Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity“, *The American Journal of International Law*, 65(3)/1971.
- Schabas W. A., *The International Criminal Court (2nd Edition): A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, 2016.
- Shelton D., *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, Macmillan Reference, USA, 2004.
- Шкулић М., „Правна природа и кривичноправни (материјални и процесни) ефекат застарелости кривичног гођења, I део“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2016.

28 О. Е. Manzanga Kpanya, *op. cit.*, 77–78.

**Ivana Radisavljević\***

## THE NON-APPLICABILITY OF STATUTE OF LIMITATIONS TO CORE INTERNATIONAL CRIMES

### *Summary*

*The issue of the non-applicability of statute of limitations to core international crimes has posed challenges to the global community. The first significant attempt to comprehensively address this was the adoption of the UN Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity in 1968. Despite controversies and disagreements accompanying its adoption, this convention marked a turning point and spurred further developments. Due to its shortcomings, the European Convention was also adopted in 1974, but it failed to gain the expected formal support. However, the impact of these conventions is evident as many countries have incorporated the non-applicability of statutes of limitations for core international crimes into their national legislations. Another significant advancement was the adoption of the Rome Statute in 1998, which explicitly states that crimes within the jurisdiction of the International Criminal Court are not subject to any statute of limitations.*

**Keywords: Core International Crimes, Statute of Limitations, Retroactivity, Customary Law.**

---

\* Lecturer, University of Belgrade – Faculty of Law, [ivanaradisavljevic1@gmail.com](mailto:ivanaradisavljevic1@gmail.com).

## НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ<sup>1</sup>

*Апстракт:* Предмет исцраживања овој рада јесте место, а његово садржина начела законитости у међународном кривичном праву. Аутор најпре излаже украјко о начелу законитости уопште, те чини ујореднојравни приказ њој начела у конвенционално-евројском и ајлоамеричком правном систему. Потом се прелази на историјску јенезу начела законитости у међународном кривичном праву, те се у њом смислу јосебна јажња јосвећује раду међународних војних трибунала у Нирнбергу и Токију, али и *ad hoc* међународних кривичних трибунала Савета безбедности УН за бившу Југославију и Руанду. Аутор закључује да је начело законитости део општеј међународној кривичној права, али да је оно у њом праву схваћено на преширок начин, као *sui generis* начело законитости. У њом јоплегу се указује и на јокушај да се одредбама Римској савјуша Међународној кривичној суда и у међународном кривичном праву начело законитости што је више моћује ујодоби значењу њој начела у конвенционално-евројском праву. Коначно, у раду је изложен и ауторов став о начелу законитости у контексту нејосредне примене међународној кривичној права у унујрашњем кривичнојправном амбијенју.

**Кључне речи:** начело законитости, начело легалитета, међународно кривично право, *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*.

---

\* Асистент, Универзитет у Београду – Правни факултет, ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-6623-5080>, [aleksa.skundric@ius.bg.ac.rs](mailto:aleksa.skundric@ius.bg.ac.rs).

<sup>1</sup> Овај рад је настао као резултат истраживања у оквиру стратешког пројекта за 2024. годину „Проблеми стварања, тумачења и примене права“ (подтема: „Правосуђе и изазови данашњице“ – тема истраживачке групе: „Правна заштита од рата и у рату“), који финансира Правни факултет Универзитета у Београду.

## 1. УВОД

Начело законитости (легалитета) данас се сматра једним од основних начела кривичног права,<sup>2</sup> ако не и његовим најзначајнијим начелом.<sup>3</sup> То је посебно карактеристично за државе које припадају континентално-европској правној традицији. Као синоним за ово начело узима се латинска синтагма *nullum crimen, nulla poena sine lege*, која значи да нема ни кривичног дела, нити кривичне санкције за учиниоца тог дела, уколико то кривично дело, односно кривична санкција, нису били прописани законом у време извршења дела.<sup>4</sup>

О начелу законитости се, разумљиво, доста писало. Сврха овог рада стога није још један покушај обраде овог фундаменталног кривичноправног начела уопште, већ анализа његовог места у оквиру међународног кривичног права као, још увек, релативно младе гране кривичног права. Ипак, како бисмо потпуније разумели начело законитости у међународном кривичном праву, најпре ћемо учинити један кратак осврт на његову генезу, са посебним нагласком на разлике које у погледу тог начела постоје у два главна упоредноправна система – континентално-европском и англоамеричком. Потом ћемо обрадити историјски развој начела законитости у међународном кривичном праву. Централни и најзначајнији део овог рада биће посвећен начелу законитости у позитивном међународном кривичном праву. Коначно, укратко ћемо се позабавити и питањем (не)могућности непосредне примене међународног кривичног права од стране националних кривичних судова.

- 
- 2 У том смислу: Ф. Ваčić, *Krivično pravo: opći dio*, Informator, Zagreb, 1980, 99; N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, *Krivično pravo Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije: opšti deo*, Savremena administracija, Beograd, 1990, 94; М. Шкулић, „Начело законитости у кривичном праву“, *Анали*, 1/2010, 68; Z. Stojanović, *Krivično pravo: opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd, 2017, 20; И. Вуковић, *Кривично право: општи део*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2021, 16.
- 3 Многи начело законитости означавају као најзначајније начело целокупног кривичног права: В. Zlatarić, *Krivično pravo: opći dio I. svezak*, Informator, Zagreb, 1977, 84; М. Simović, V. Simović, „Појам и значење начела легалитета у кривичном праву“, *Zbornik radova – Međunarodna naučna konferencija „Javni i privatni aspekti nužnih pravnih reformi u BiH: Koliko daleko možemo ići?“* (gl. ur. M. Čokić, J. Alihodžić), Tuzla, 2014, 34. Данас су ретки аутори који се критички, са негативним призвуком, односе према овом начелу (тако, на пример: М. Мајић, „Начело легалитета – нормативна и културна еволуција (I део)“, *Анали*, 1/2009, посебно 26–28, 34–36, 38–39; истина, цитирани аутор на другом месту признаје да „без обзира на све наведене мањкавости...начело легалитета биће у одређеном виду неопходно и у времену које је пред нама“: М. Мајић, „Начело легалитета – нормативна и културна еволуција (II део)“, *Анали*, 2/2009, 45).
- 4 На овом месту напомињемо да поред кривичноправног појма начела законитости, оно у правној науци може имати и низ других значења. Више о томе видети: Д. Митровић, *Начело законитости*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1996, 9–15.

## 2. О НАЧЕЛУ ЗАКОНИТОСТИ УОПШТЕ

### 2.1. Начело законитости у континентално-европској правној традицији

Иако постоје мишљења да корени начела законитости сежу до енглеске Велике повеље слобода из 1215. године (*Magna Carta Libertatum*), па чак и до античких времена, оно је у значењу и облику у каквом га данас познајемо настало у Европи у 18. веку, током епохе просветитељства.<sup>5</sup> Најпре је било садржано у уставима неких од првих америчких држава, као и у француској Декларацији о правима човека и грађанина из 1789. године.<sup>6</sup> Након тога, током 19. века, ово начело је прописано у кривичним кодификацијама великог броја држава, а у многим је уздигнуто и у ранг уставног начела.<sup>7</sup>

У периоду након Првог светског рата начело законитости запада у својеврсну кризу, те престаје да буде део кривичног права одређених држава (нацистичка Немачка, Совјетски Савез, Данска итд.), од којих су неке (попут СССР) биле веома значајне и у упоредноправном смислу.<sup>8</sup> Међутим, након Другог светског рата оно поново добија на снази, те му се враћају државе које су га претходно биле напустиле, а у своја кривична законодавства уводе га и неке државе које га до тада уопште нису ни познавале. У литератури се наводи податак да су 2011. године 162 државе чланице УН (око 84% од укупног броја држава чланица УН) у својим уставима прописивале не-ретроактивну примену кривичних дела.<sup>9</sup> Ово начело иманентно је и правном поретку Републике Србије, у којем постоји како у Кривичном законнику<sup>10</sup> (у даљем тексту: КЗ),<sup>11</sup> тако и у Уставу.<sup>12</sup>

5 В. Zlatarić, *op. cit.*, 86. Идеолошке оквири настанку овог начела поставио је политички либерализам. У том смислу: Ф. Ваџић, *op. cit.*, 99; М. Шкулић (2010), *op. cit.*, 67.

6 *Ibidem*.

7 Више о историјату начела законитости видети: Ј. Hall, "Nulla Poena Sine Lege", *The Yale Law Journal*, 2/1937, 165–170; В. Zlatarić, *op. cit.*, 86–87; S. Panović-Ђурић, *Načelo legaliteta i legitimeteta u krivičnom pravu*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 1995, 40–58.

8 Више о томе: В. Zlatarić, *op. cit.*, 87; S. Panović-Ђурић, *op. cit.*, 33.

9 А. Cassese et al., *International Criminal Law: Cases and Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 61. Начело законитости је, примера ради, прописано у Кривичном законнику Немачке (видети § 1 и § 2 (1) и (3), наведено према: *Krivični zakonik Savezne Republike Nemačke*, Nemačka fondacija za međunarodnu saradnju (IRZ), Sajnos, Novi Sad, 2022) и Кривичном законнику Француске (видети члан 111–3, члан 112–1, члан 111–4, доступно на: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149814/#LEGISCTA000006149814](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149814/#LEGISCTA000006149814), последњи приступ: 8. април 2024). Више о начелу законитости у упоредном континентално-европском праву видети: М. Шкулић (2010), *op. cit.*, 68–71.

10 *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.

11 Видети члан 1 и члан 2 КЗ.

12 Видети члан 34 став 1 и став 2 Устава Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021).

Највећи број аутора начело законитости везује пре свега за гарантивну функцију кривичног права.<sup>13</sup> Наиме, „правна држава не само да штити грађане кривичним правом“, већ их „она мора заштити и од кривичног права“.<sup>14</sup> *Nullum crimen, nulla poena sine lege*<sup>15</sup> подразумева да кривичноправном нормом морају већ у време дела да буду дефинисане како правне претпоставке тако и правне последице њеног кршења.<sup>16</sup> Начело се, према томе, односи како на све норме посебног дела кривичног права, али и на оне одредбе његовог општег дела које утичу на кажњивост.<sup>17</sup> Традиционално се начело законитости рашчлањује на четири сегмента, те се сваки од њих такође означава одговарајућом латинском формулацијом.

Први сегмент јесте *nullum crimen/nula poena sine lege scripta* и он подразумева да како кривично дело, тако и кривична санкција за то кривично дело морају бити прописани писаном кривичноправном нормом садржаном у кривичном закону. Овде је суштина у „забрани деловања обичаја као извора кривичног права, што се своди на доследно очување правне сигурности“.<sup>18</sup> У евро-континенталним системима, ретки су изузеци од овог захтева начела законитости.<sup>19</sup>

Други сегмент означава се максимумом *nullum crimen/nulla poena sine lege certa*. Он захтева да кривично дело, односно кривична санкција за то кривично дело морају бити у што је већој могућој мери одређени (прецизни).<sup>20</sup> У литератури се наводи да „интерес елементарне правне сигурности у тако важној области правног система налаже доследно избегавање у кривичном

13 В. Zlatarić, *op. cit.*, 84; F. Ваčić, *op. cit.*, 101; Љ. Јовановић, *Кривично право: ошћити geo*, Полицијска академија, Београд, 1995, 158; М. Simović, V. Simović, *op. cit.*, 25; Z. Stojanović (2017), *op. cit.*, 20–21; И. Вуковић, *op. cit.*, 17.

14 Z. Stojanović (2017), *op. cit.*, 21.

15 Иначе, творцем ове максиме сматра се немачки правник Фојербах, између осталог и редактор баварског Кривичног законика из 1813. који чврсто стоји на начелу законитости: В. Zlatarić, *op. cit.*, 39.

16 И. Вуковић, *op. cit.*, 16.

17 Вуковић дејство начела законитости у домену општег дела кривичног права ограничава само на оне његове одредбе које „заснивају или повишавају“ кажњивост (*ibid.*, 17).

18 М. Шкулић (2010), *op. cit.*, 75. Слично и Вуковић: „Кажњавање на темељу некаквог „природног права“, обичаја или других неписаних правила утолико се сматра неприхватљивим“ (И. Вуковић, *op. cit.*, 16).

19 Као изузетак од *lex scripta* правила наводи се институт пристанка повређеног: *ibid.*, 171. Поред тога, у литератури се наглашава да се „обичајно правило може јавити као посредан извор кривичног права када се сам закон у описима законских бића неких кривичних дјела позива на одређена обичајна правила, као нпр. код одређеног броја кривичних дјела против човјечности и правила међународног права“ (М. Simović, V. Simović, *op. cit.*, 27) – другим речима, када бланкетне кривичноправне норме упућују на обичајно право.

20 У доктрини се истиче да „јасноћа и прецизност у одређивању бића кривичних дела представљају средство за ограничавање права државе на кажњавање и заштиту грађана од самовоље и неједнакости“: Љ. Јовановић, *op. cit.*, 158.



праву тзв. генералних клаузула и уопште норми које су недовољно одређене и прецизне<sup>21</sup>, попут тзв. „нормативних обележја бића“.<sup>22</sup> Са друге стране, треба пазити да прецизност кривичноправног нормирања не пређе у казуистику.<sup>23</sup> У погледу кривичних санкција и захтева *lex certa*, истиче се да оне „морају бити запрећене према врсти и мери код сваког кривичног дела (систем тзв. релативно одређених казни, дефинисаних путем распона)“.<sup>24</sup>

Наредни сегмент, који се изражава синтагмом *nullum crimen/nulla poena sine lege praevia*, подразумева да како само кривично дело, тако и кривична санкција за то кривично дело морају бити прописани пре него што је дело извршено. Другим речима, овде се ради о забрани ретроактивне примене кривичног закона.<sup>25</sup> Од овог правила је готово општеприхваћен изузетак обавезне примене по учиниоца (нај)блажег закона (*lex mitior*).<sup>26</sup> У доктрини се исправно примећује да је „забрана ретроактивности кривичних закона директно повезана са забраном аналогije, пошто прихватање судског стварања кривичних дела води тек накнадном утврђивању недозвољености понашања“.<sup>27</sup>

Напоследку, четврти сегмент начела законитости односи се на забрану аналогije као метода стварања кривичног права. Овај сегмент се означава латинском формулацијом *nullum crimen/nulla poena sine lege stricta*. Наиме, у кривичном праву се, од стране онога ко га примењује, не смеју аналогijом „стварати бића кривичних дела или стварати поштравне околности или се примењивати строже казне“.<sup>28</sup> Једноставно речено, „у кривичном праву, због важења начела законитости, правне празнине не постоје, чак и када

21 М. Шкулић (2010), *op. cit.*, 80.

22 И. Вуковић, *op. cit.*, 19.

23 У том смислу Бачић закључује: „Добар је онај закон који задовољава принцип одређености законских бића а у исто вријеме успијева да избјегне опасности казуистике“ (F. Bačić, *op. cit.*, 100).

24 И. Вуковић, *op. cit.*, 19.

25 У литератури се овај сегмент начела законитости неретко означава и као најзначајнији: N. Mrvić-Petrović, *Krivično pravo*, Fakultet za poslovno pravo, Beograd, 2005, 40; M. Babić, *Međunarodno krivično pravo*, Pravni fakultet u Banjoj Luci, Banja Luka, 2011, 48. У сваком случају, када се говори о начелу законитости, најчешће се мисли управо на његов *lex praevia* сегмент: Z. Stojanović (2017), *op. cit.*, 22.

26 Тако, примера ради, КЗ прописује: „Ако је после извршења кривичног дела измењен закон, једном или више пута, примениће се закон који је најблажи за учиниоца“ (члан 5 став 2). Оправдање за изузетну могућност примене блажег закона је у томе што се узима да је „неосновано да се примјењује стари закон који је укинут као строг и оцијењен као неприкладан“: F. Bačić, *op. cit.*, 116. Искрпно о *lex mitior* видети: B. Zlatarić, *op. cit.*, 103–106; F. Bačić, *op. cit.*, 117–119; N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, *op. cit.*, 110–113; Љ. Јовановић, *op. cit.*, 176–178; Z. Stojanović (2017), *op. cit.*, 74–77; И. Вуковић, *op. cit.*, 33–38.

27 S. Panović-Đurić, *op. cit.*, 23.

28 N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, *op. cit.*, 111–112. На пример, недопуштено би било родоскрвнућем у смислу истоименог кривичног дела из члана 197 КЗ сматрати и случајеве обљубе између других сродника, осим оних наведених у том члану – сличан пример наведен у: F. Bačić, *op. cit.*, 113.

се ради о очигледном пропусту законодавца да нешто уреди<sup>29</sup>. Међутим, у теорији се указује на то да „начело законитости не забрањује изричито и креативну аналогију у корист учиниоца, тј. аналогију којом се сужава криминална зона или се на плану кривичних санкција учинилац доводи у повољнији положај“<sup>30</sup>. Насупрот кривичном материјалном праву где је тзв. креативна аналогија забрањена, она је у кривичном процесном праву начелно допуштена.<sup>31</sup>

У суштини, да би се за један кривичноправни поредак могло рећи да у њему важи начело законитости схваћено на горе изложени, стриктни, континентално-европски начин, потребно је да у њему важе сва четири наведена сегмента тог начела. Треба ипак рећи да, чак ни у евро-континенталним системима, нису сви ови сегменти експлицитно и део позитивног права. Тако су, примера ради, у српском праву само захтеви *lex scripta* и *lex praevia* изричито прописани,<sup>32</sup> док то није случај у погледу сегмената *lex certa*<sup>33</sup> и *lex stricta*.<sup>34</sup> Уз то, треба нагласити да се и адресати наведених захтева начела законитости донекле разликују – примарни адресат захтева *lex scripta* и *lex certa* је законодавац, док су захтеви *lex stricta* и *lex praevia* првенствено намењени субјектима примене кривичног права.<sup>35</sup> Међутим, и поред овога,

29 И. Вуковић, *op. cit.*, 24. Искрпно о аналогији у кривичном праву видети: В. Zlatarić, *op. cit.*, 96–98; Ф. Ваčić, *op. cit.*, 111–114; Н. Srzentić, А. Stajić, Лj. Lazarević, *op. cit.*, 106; Љ. Јовановић, *op. cit.*, 172–174; М. Шкулић (2010), *op. cit.*, 72–74; Z. Stojanović (2017), *op. cit.*, 49–50; И. Вуковић, *op. cit.*, 20, 24–25.

30 Z. Stojanović (2017), *op. cit.*, 49. Са друге стране, Златарић је (чини нам се оправдано) става да аналогија није допуштена ни у погледу привилегујућих околности, јер би се тиме „слабила заштитна функција кривичног закона“: В. Zlatarić, *op. cit.*, 97.

31 Више о томе: М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2017, 9–10.

32 Видети члан 1 и члан 5 КЗ.

33 Бачић исправно примећује да „захтијев за прецизним описима законских бића није неки стриктно правни захтијев, јер ако га не поштује законодавац, не настаје неко посебно право на заштиту тог захтијева“, те даље у својеврсном *de lege ferenda* смислу износи очекивање да би било могуће овом сегменту начела законитости пружити уставносудску заштиту, у смислу овлашћења уставног суда да „ништавим прогласи закон који није у складу са принципима одређености законских описа“: Ф. Ваčić, *op. cit.*, 101.

34 У погледу правила *lex praevia*, истиче се да недозвољеност креативне аналогије „јасно произлази из начела законитости“, те да стога „њу није ни потребно изричито забранити“: Z. Stojanović (2017), *op. cit.*, 49. Цитирани аутор даље примећује да експлицитну забрану креативне аналогије, на пример, садржи Кривични законик Руске федерације (члан 3 став 2) и то приписује „негативним искуствима из сопствене прошлости“: *ibidem*.

35 Ова подела је, међутим, релативног карактера. Примера ради, може се рећи да је захтев *lex scripta* оријентисан и према оном ко кривично право примењује, будући да га обавезује да се држи писаног и то законског права. Тако и: И. Вуковић, *op. cit.*, 18.

неспорно је да је начело законитости у свом тоталитету, са сва четири сегмента, део опште континентално-европске правне традиције, те да је као такво присутно у готово свим унутрашњим правима држава које припадају том великом упоредноправном систему.

## 2.2. Начело законитости и англоамеричка правна традиција

Генерално се узима да начело законитости, онако како је схваћено у континентално-европском кривичном праву, није у потпуности прихваћено и у англоамеричкој правној традицији.<sup>36</sup> Најпре, прва и суштинска разлика је у томе што је у класичном *common law* систему у начелу било могуће да суд, путем прецедената, ствара опште изворе права.<sup>37</sup> Теоријски је дакле било могуће да, уколико неко понашање није изричито било инкриминисано законом (статутом) или неким дотадашњим *common law* прецедентним правилом, суд ипак донесе осуђујућу пресуду којом истовремено ствара општу правну норму коју у конкретном случају примењује ретроактивно и која ће тек у погледу неких нових конкретних случајева важити *pro futuro*.<sup>38</sup> Поред тога, и сама могућност да кривичноправне норме не морају нужно бити садржане у законима (статутима), већ да могу бити прописане и другим изворима права,<sup>39</sup> попут већ поменутих судских одлука са снагом прецедента, јасно говори у прилог закључку да у англоамеричком праву кривично право није схваћено искључиво као законско право, а што је иначе карактеристика континентално-европских система заснованих на строгом поштовању начела законитости.<sup>40</sup>

Ипак, треба рећи да већ од 19. века и у земљама *common law* система закон (статут) постепено, али сигурно потискује прецедентно право као

36 Детаљно о англоамеричкој концепцији начела законитости видети: S. Panović-Đurić, *op. cit.*, 59–69.

37 Више о историјском развоју англоамеричког концепта начела законитости видети: *ibid.*, 52–58. Уопште о темељима *common law* система и улози прецедента у том систему видети: С. Аврамовић, В. Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2015, 222–227.

38 Слично: А. Kaseze, *Међународно кривично право* (prev. О. Račić u saradnji sa V. Hadži-Vidanovićem i М. Milanovićem), Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005, 164. У литератури су присутни и ставови према којима „тима што се право схвата као нешто што треба откривати, а не стварати, право је у англоамеричким системима много постојаније, и јамчи већи степен правне сигурности“: S. Panović-Đurić, *op. cit.*, 63. Цитирана ауторка на овом месту практично читаву англоамеричку концепцију права уподобљава идеји природног права, према којој се дакле право не ствара, него је већ створено (дато) и само „чека“ да буде откривено, за шта нам се чини да нема превише оправдања.

39 У том смислу: М. Шкулић (2010), 82.

40 У том смислу: *ibidem*.

извор кривичног права.<sup>41</sup> Такође, услед све веће законодавне активности, простор судова да стварају нова кривична дела (и санкције за њих) и на тај начин врше својеврсно попуњавање правних празнина је веома сужен (иако таква могућност у неким државама и даље формално постоји<sup>42</sup>).<sup>43</sup> Уз то, требало би напоменути да су и судске одлуке које имају статус прецедента по својој форми ипак писано право, а не део обичајног, неписаног права,<sup>44</sup> те да у том смислу оне као извор кривичног права ипак не крше у потпуности класичан континентално-европски захтев *lex scripta*, већ само у делу који тражи да писана норма буде истовремено и законска норма.

Дакле, разлике у погледу начела законитости између континентално-европског и англоамеричког права нису више толико изражене као што је то био случај у прошлости, иако оне и данас свакако постоје. Према томе, чини нам се прихватљивим закључак да се у „англоамеричким државама, пре него о начелу законитости, може говорити о „начелу правности“ или „принципу прописаности дела и казне“<sup>45</sup>.

### 3. НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ И МЕЂУНАРОДНО КРИВИЧНО ПРАВО

Једна од суштинских разлика између међународног и унутрашњих, националних кривичних права јесте у погледу стваралаца та два права и,

41 Тако: И. Вуковић, *op. cit.*, 18. И поред тога, не треба заборавити да „иако је временом изгубило примат као основни извор енглеског кривичног права, *common law* и даље представља важан систем норми, чак и у области Посебног дела кривичног права“: И. Ђокић, *Ојшћи йојам кривичној дела у анло-америчком йраву: Кон-стйићуићивни елементи и основи искључења*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2021, 18. На овом месту треба поменути и то да Модел кривичног законика САД, који чија је израда започела 1952. године и који је замишљен као будући општи кривични законик САД (више о томе: М. Шкулић, *Кривично йраво Сједињених Америчких Држава*, Службени гласник, Београд, 2023, 29), до чега до данас ипак није дошло, такође суштински садржи начело законитости, те да га прописује на начин веома близак његовом класичном континентално-европском поимању (видети члан 1.01 (2) и 1.05 (1) Модела).

42 Иначе, све више држава са *common law* правним системима све чешће и изричито искључују овлашћење судова да стварају нове инкриминације, као и да декриминализују постојеће деликте. Више о томе: И. Ђокић, *op. cit.*, 20.

43 У том смислу: М. Шкулић (2010), 84.

44 Нетачно је, дакле, *common law* кривично право поистовећивати са обичајним кривичним правом. Наиме, англоамерички судови у својој делатности „не стварају ништа налик на ново обичајно право... а нити примјењују оно постојеће... Стога се ни мало не чини прецизним називати то право које стварају ти суци обичајним“: V. Ђ. Degan, B. Pavišić, *Међународно казно право*, Правни факултет Свеучилишта у Риједи, Ријека, 2005, 50.

45 М. Шкулић (2010), *op. cit.*, 82.

последично, у погледу њихових извора. Међународно кривично право<sup>46</sup> стварају државе као субјекти међународног права, док унутрашња кривична права стварају одговарајући државни органи конкретне државе – најчешће (а у државама које припадају континентално-европском правном систему искључиво) парламенти. Другим речима, „за разлику од унутрашњег права које је хетерономне природе, с обзиром на то да га стварају овлашћени органи државе у форми једностраних правних аката (устава, закона и подзаконских аката) и намећу га субјектима права, аутономна природа међународног права резултира из чињенице да га стварају сами субјекти међународног права, да је, у принципу, споразумне, консензуалне природе“.<sup>47</sup> Дакле, у међународном праву не постоји централизован законодавац који би, аналогно парламенту у унутрашњем праву, ауторитативно доносио кривичне законе.

Из тога и произлази суштинска немогућност да се начело законитости, схваћено на класичан, строги континентално-европски начин, апсолутно прихвати и у међународном кривичном праву. Ипак, са друге стране, током целокупног развоја међународног кривичног права стално се постављало питање управо места начела законитости у његовим оквирима. То се чинило пре свега имајући у виду да је начело законитости, као што смо видели, пре свега схваћено као главно средство остваривања гарантивне функције кривичног права. Другим речима, ако бисмо у потпуности елиминисали начело законитости из међународног кривичног права, шта би онда преостало као брана самовољном и злонамерном кривичном прогону окривљених за кршење материјалних норми тог права? Према томе, исход у којем би се начелу законитости у потпуности негирао сваки значај у међународном кривичном праву је такође неприхватљив.

Можемо дакле рећи да је међународно кривично право, током стотинак година свог постојања, у принципу константно трагало за решењем како да начело законитости прилагоди свом специфичном амбијенту.<sup>48</sup> Током тог процеса, ово начело је ипак постало део општег међународног кривичног права, али у облику другачијем како у односу на континентално-европско, тако и у односу на англоамеричко схватање начела законитости.

46 Будући да сам појам „међународно кривично право“ у правној теорији може имати више значења (више о томе: М. Шкулић, *Међународно кривично право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2020, 1–13), прецизирамо да га за потребе овог рада користимо у његовом ужем смислу, односно као укупност међународних правних норми о међународним кривичним делима и кривичним санкцијама (упоредити: И. Вуковић, *op. cit.*, 1), те о кривичним поступцима који се поводом тих кривичних дела воде. Међутим, будући да је начело законитости везано за материјално кривично право, ми ћемо под појмом „међународно кривично право“ за потребе овог рада разумети само такво материјално право, без дакле његове процесне компоненте.

47 М. Крећа, *Међународно јавно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2019, 31.

48 У том смислу се у литератури износи занимљиво запажање да „начело законитости прогања међународно кривично право“: А. Cassese *et al.*, *op. cit.*, 53.

### 3.1. Начело законитости и међународни војни трибунали након Другог светског рата

Међународно кривично право као иоле самостална целина у оквиру међународног права почиње да се конституише у контексту суђења пред међународним војним трибуналима након Другог светског рата у Нирнбергу (у даљем тексту: МВТН) и Токију (у даљем тексту: МВТТ). Једно од пак, најспорнијих питања (ако не и најспорније) у вези са тим суђењима било је управо питање начела законитости.<sup>49</sup> Наиме, одбране окривљених на тим суђењима су се заснивале на аргументу да кривична дела за која им се судило нису била инкриминисана у време када су та дела била извршена,<sup>50</sup> те да се у том смислу радило о *ex post facto* примени кривичног права и, следствено томе, повреди начела законитости, то јест његовог *lex praevia* сегмента.<sup>51</sup> Поред тога, чак и да се узме да су нека од тих кривичних дела (нпр. ратни злочини) и била инкриминисана у време када су извршена, за њих уопште није била предвиђена казна, чиме се очигледно одступа и од принципа *nulla poena sine lege*.<sup>52</sup> Међународни војни трибунали су, пак, овакве приговоре одбацили, са више или мање убедљивим образложењима, тврдећи да начело законитости у тим поступцима није било повређено.<sup>53</sup> Са друге стране, у литератури највећи број аутора констатује да се у наведеним поступцима ипак није

49 Детаљно о начелу законитости у контексту рада МВТН и МВТТ видети: S. Dana, "Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 4/2009, 884–885; М. Шкулић (2020), *op. cit.*, 20–26.

50 МВТН и МВТТ су били надлежни да суде за злочине против мира, ратне злочине и злочине против човечности (видети члан 6 став 2 Статута (Повеље) МВТН и члан 5 Статута (Повеље) МВТТ).

51 A. Cassese *et al.*, *op. cit.*, 54–55.

52 Више о томе: М. Шкулић (2020), *op. cit.*, 21.

53 У том смислу, МВТН је у својој пресуди утврдио да „максима *nullum crimen sine lege* није ограничење суверенитета, већ општи принцип правде. Претпоставити да је неправедно казнити оне који су кршећи уговоре и гаранције напали суседне државе без упозорења је очигледно нетачно, јер у тим околностима нападач мора знати да је оно што он чини погрешно...“, наведено према: A. Cassese *et al.*, *op. cit.*, 55. Детаљну аргументацију којом се МВТН потрудио да анулира наводе одбране о повреди начела законитости (пре свега у погледу оптужби за злочине против мира) видети у: *ibid.*, 55–58. И МВТТ је већином гласова стао на исто становиште у погледу начела законитости као и МВТН (*ibid.*, 58). Ипак, индијски судија Пал (*Pal*) је у свом издвојеном мишљењу изразио дубоко неслагање са таквим исходом и навео да „ово такозвано суђење одржано у складу са дефиницијом кривичног дела сада датом од стране победника, брише векове цивилизације који се пружају између нас и сумарног убијања побеђених у рату...“, те да је по његовом суду „изван надлежности било које победничке нације да иде ван оних правила међународног права каква постоје, да даје нове дефиниције кривичних дела и онда да кажњава заробљенике за та дела у складу са тим новим дефиницијама“, наведено према: *ibid.*, 60.

поштовало начело законитости, те да су међународни војни трибунали у суштини предност дали начелу легитимитета,<sup>54</sup> односно материјалне правде.<sup>55</sup>

Међутим, проблематика начела законитости у поступцима пред МВТН и МВТТ се може посматрати и кроз призму једног својеврсног „претходног питања“ – да ли је уопште начело законитости, схваћено на класичан, стриктан, континентално-европски начин, постојало у међународном кривичном праву (за које смо већ рекли да се практично конституисало паралелно са поступцима пред МВТН и МВТТ) у време суђења пред међународним војним трибуналима. Наиме, у самим статутима (повељама) МВТН и МВТТ начело законитости, као ни један од његових традиционалних сегмената, уопште није било прописано. Такође, у погледу МВТН, ваља подсетити да је од четворо међународних судија тог трибунала само један, француски судија био из државе у чијем је унутрашњем позитивном праву тог времена било присутно стриктно начело законитости.<sup>56</sup> Двоје судија (из САД и из Уједињеног Краљевства) је долазило из држава са англоамеричком правном традицијом која, као што смо видели, не познаје строго схваћено начело законитости, иманентно континентално-европској кривичноправној традицији. Четврти судија је био из Совјетског Савеза као земље чије је право у време деловања МВТН и формално негирало начело законитости. Напоследку, али не и најмање важно, сви окривљени пред МВТН су били држављани Немачке која је и сама за време Хитлерове власти одбацила начело *nullum crimen sine lege*, те га заменила начелом *nullum crimen sine poena*.<sup>57, 58</sup>

Уз то, начело законитости као такво у време одвијања процеса пред МВТН и МВТТ није било прописано ниједним дотадашњим писаним извором међународног права. Такође, оно у том моменту није било предвиђено ниједним општим међународним обичајем, а што произлази најпре из тога да до тог тренутка није било међународних суђења за међународна кривична дела из којих би се ово начело могло деривирати, али и из тога што оно ни у упоредном националном кривичном праву тог времена, као што смо видели, није било општеприхваћено, па самим тим ни у пракси националних

54 „Суђење у Нирнбергу... представља један историјски изузетан и чак екстремно редак случај, који се вероватно може десити „једном у хиљаду година“, да начело легитимности... апсолутно оправдано односи превагу у односу на начело законитости“: М. Шкулић (2020), *op. cit.*, 25.

55 А. Kaseze, *op. cit.*, 164–165; М. Крећа, *op. cit.*, 638.

56 У литератури се истиче да је управо француски судија у МВТН Донедје (*Donnedieu*) „био веома осетљив“ на приговоре одбране у погледу кршења начела законитости: А. Kaseze, *op. cit.*, 165.

57 У том смислу се у доктрини наглашава како је позивање одбране у Нирнбергу на кршење начела законитости било „заиста иронично, будући да су сами нацисти неславно одбацили принцип *nullum crimen sine lege*, бирајући уместо њега *nullum crimen sine poena*“: А. Cassese *et al.*, *op. cit.*, 54.

58 Ни у кинеском праву, а што је пре свега релевантно за деловање МВТТ, начело законитости у то време није важило – оно је у кинеско кривично право у пуном обиму уведено тек 1997. године. Више о томе: А. Cassese *et al.*, *op. cit.*, 60–61.

кривичних судова.<sup>59</sup> Према томе, може се закључити да начело законитости у кривичном праву у време суђења у Нирнбергу и Токију није било део међународног права. Стога смо мишљења да међународни војни трибунали, барем са правне тачке гледано, нису ни морали да се толико труде да покажу да у својој пракси нису повредили начело законитости<sup>60</sup> – напосто су се могли ограничити на констатацију да оно уопште не важи у нормативном поретку у којем су они деловали.<sup>61</sup>

59 У литератури се понекад као доказ у прилог тези да је начело законитости ипак било афирмисано у међународном праву и пре Другог светског рата наводи саветодавно мишљење Сталног суда међународне правде (у даљем тексту: ССМП) у случају *Danzig Decrees (Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City, Advisory Opinion, 1935 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 65 (Dec. 4))*. Наиме, Слободни град Данциг је установљен Версајским мировним уговором као „једна особена мешавина творевине под заштитом Друштва народа и протектората Пољске“ (више о томе: М. Крећа, *op. cit.*, 151). Тај ентитет, у којем је у то време била на власти тамошња Нацистичка партија, је 1935. усвојио измене свог унутрашњег кривичног законодавства којим је (као и Нацистичка Немачка) практично елиминисао начело законитости (*Danzig Decrees*, 44–49). Недуго затим, ССМП је дао поменуто саветодавно мишљење у којем је у суштини нашао да поменуте измене нису у складу са Уставом Слободног града Данцига, будући да су у супротности са принципом правне државе (*Rechtsstaat*) на којем је био заснован уставни систем Данцига (видети посебно *Danzig Decrees*, 54–57). Дена из овог закључује да је „ССМП афирмисао неколико важних општих правних принципа и признао међународну норму *nulla poena sine lege* са снажним атрибутима *lex scripta, lex certa* и *lex stricta*“: S. Dana, *op. cit.*, 882. Не можемо се сложити са оваквим закључком. Тачно је, наиме, да се ССМП као међународни суд (претеча данашњег Међународног суда правде) бавио начелом законитости у кривичном праву, али је то чинио само за потребе унутрашњег права некадашњег Слободног града Данцига, а не за потребе међународног права. ССМП је овде практично поступао као својеврсни „уставни суд“ Данцига и тиме што је утврдио да је елиминисање начела законитости из унутрашњег кривичног права Слободног града у несагласју са његовим уставом није рекао ништа о (не)постојању тог начела у тадашњем међународном праву.

60 Са друге стране, Касезе је мишљења да је становиште које је МВТН у својој пресуди изнео поводом начела законитости „иако мале убедљивости у односу на прошлост, ипак допринело постепеном утемељивању начела забране ретроактивности у међународном кривичном праву“: A. Kaseze, *op. cit.*, 171.

61 На сличан начин је резоновао и холандски судија Релинг (*Röling*) када је у свом издвојеном мишљењу на пресуду МВТТ истакао да начело законитости „није принцип правде, већ правило политике, које важи само ако је изричито прихваћено, како би заштитило грађане од арбитражности судова (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), као и од арбитражности законодаваца (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*)... Као таква, забрана *ex post facto* примене права је израз политичке мудрости, не нужно применљиве у данашњим међународним односима. Ова максима слободе може, уколико околности то захтевају, бити занемарена чак и од стране сила победница у рату за слободу“, наведено према: A. Cassese *et al.*, *op. cit.*, 58–59. Судија Релинг даље наводи: „То што је судски пут изабран како би се изабрали они који су у суштини планирали, подстрекавали



### 3.2. *Sui generis* начело законитости у општем међународном кривичном праву

Међутим, у деценијама које су уследиле, начело законитости постепено постаје део општег међународног кривичног права. То се види из две ствари. Најпре, у том периоду је усвојен низ међународних инструмената који су, између осталог, предвиђали и ово начело.<sup>62</sup> Оно је тако прописано Општом (Универзалном) декларацијом о људским правима из 1948. године (члан 11 став 2),<sup>63</sup> Женевском конвенцијом о ратним заробљеницима из 1949. године (тзв. Трећа женевска конвенција, члан 99 став 1),<sup>64</sup> Женевском конвенцијом о грађанским лицима из 1949. године (тзв. Четврта женевска конвенција, члан 67),<sup>65</sup> Европском конвенцијом о људским правима из 1950. године (члан 7),<sup>66</sup> Међународним пактом о грађанским и политичким правима из 1966 (члан 15),<sup>67</sup> Америчком конвенцијом о људским правима из 1969. године

---

и извршили јапанску агресију је новина која се не може посматрати као кршење међународног права због тога што омогућава пораженима веће гаранције него што би то било у случају чисте политичке акције...“; наведено према: *ibid.*, 59.

- 62 „Принцип законитости је прихваћен и у међународном праву, што јасно произлази из најзначајнијих међународних аката који га предвиђају и изричито захтијевају да тај принцип буде поштован и у међународном праву“: М. Бабић, *op. cit.*, 36. У том смислу и Крећа: „Доктрина стриктне законитости стиче превагу у међународној пракси доношењем инструмената о правима човека“: М. Крећа, *op. cit.*, 638. Иако цитирани аутор користи придев „стриктна“ уз начело законитости, мишљења смо да би ипак било боље тај придев изоставити, како би се избегла својеврсна терминолошка конфузија стриктног начела законитости схваћеног на евро-континенталан начин и начела законитости како се оно од Другог светског рата до данас искристалисало у међународном кривичном праву – као начело законитости *sui generis*.
- 63 „Нико се неће сматрати кривим за било које чињење или нечињење које у време када је предузето није представљало казнено дело по националном или међународном праву. Нити ће бити примењена тежа казна од оне која је била прописана у време када је дело извршено“. Стојановић наглашава да „Декларација...изричито захтева да начело законитости буде поштовано и у међународном кривичном праву“: З. Стојановић, *Међународно кривично право*, Правна књига, Београд, 2012, 20.
- 64 „Ниједан ратни заробљеник не сме бити кривично гоњен нити осуђен за дело које није било изричито предвиђено као кажњиво правом Силе која држи ратне заробљенике или међународним правом, које је било на снази у време када је дело извршено“.
- 65 „Судови ће применити само оне одредбе права које су важиле пре извршења кривичног дела...“.
- 66 „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 по међународном праву. Нити ће се изрећи строжа казна од оне која је била прописана у време када је кривично дело извршено“.
- 67 „Нико неће бити сматран кривим за било које чињење или нечињење које у време када је предузето није представљало кривично дело по националном или међународном праву. Нити ће бити примењена тежа казна од оне која је била прописана у време када је дело извршено. Уколико је, након што је кривично дело

(члан 9),<sup>68</sup> Допунским протоколом I на женевске конвенције из 1977. године (члан 75 став 4 тачка [с]).<sup>69</sup> Истина, у наведеним међународноправним актима начело законитости није било прописано на стриктан, континентално-европски начин, већ оно у њима више подсећа на англоамерички, шири концепт тог начела.<sup>70</sup> Независно од тога, поменути међународноправни инструменти су суштински допринели афирмацији начела законитости у међународном кривичном праву.

Други аргумент на којем темељимо закључак о увођењу начела законитости у опште међународно кривично право након Другог светског рата јесте чињеница да је оно у том периоду, као што смо већ видели, поново почело да се враћа у унутрашња права оних држава које су га у неком тренутку биле напустиле,<sup>71</sup> као и да је почело да бива укључивано и у унутрашња

---

извршено, законом за то кривично дело прописана блажа казна, она ће се применити на учиниоца.

- 68 „Нико неће бити осуђен за било које чињење или нечињење које није представљало кривично дело по праву које је важило у време када је предузето. Неће се применити тежа казна од оне која је била предвиђена у време када је кривично дело извршено. Уколико је, након што је кривично дело извршено, законом за то кривично дело прописана блажа казна, она ће се применити на учиниоца“.
- 69 „Нико неће бити оптужен или осуђен за кривично дело за било које чињење или нечињење које није представљало кривично дело по националном или међународном праву којем је он био подвргнут у време када је кривично дело извршено; нити ће бити примењена тежа казна од оне која је била предвиђена у време када је дело извршено; уколико је, након што је кривично дело извршено, законом за то кривично дело прописана блажа казна, она ће се применити на учиниоца“.
- 70 У том смислу Шкулић истиче да „наведене формулације, а посебно она из чл. 7, ст. 2 Европске конвенције суштински представљају начело законитости, али не у потпуности и у стриктном смислу, јер формално остављају простора да се и другим изворима права прописују кривична дела и казне, мада је то у државама континенталне Европе практично незамисливо, а формално немогуће...“: М. Шкулић (2010), *op. cit.*, 70. Слично и Пановић-Ђурић: „...Међународни аспект начела легалитета треба посматрати, пре свега, у контексту измењеног става према правном акту којим кажњиво дело мора бити прописано“: S. Panović-Đurić, *op. cit.*, 25.
- 71 Примера ради, то начело је постепено враћано у унутрашња кривична права одређених социјалистичких држава које су га биле напустиле. Тако су се, поред Совјетског Савеза који га је у свом КЗ из 1960. поново увео, начело законитости вратиле и остале социјалистичке државе које су га непосредно након Другог светског рата напустиле (више о томе: В. Zlatarić, *op. cit.*, 48–49). У том смислу се и у југословенској литератури тог времена истицало да начело законитости „иако се посебно афирмирало у буржоаском кривичном праву, задржава своју пуну вриједност и у социјалистичком друштву као гарант правне сигурности, као заштита од самовоље законодавца и суда, и као еманација социјалистичког и демократског принципа да само суверени народ преко највиших представничких органа власти одређује која понашања грађана представљају кривична дјела и како се и под којим увјетима они за њих кажњавају“: Ф. Ваџић, *op. cit.*, 99. Осим социјалистичких држава, начело законитости је такође враћено и у кривично право Немачке, иако поједини аутори с правом указују да је и у немачком послератном кривичном праву

кривична права неких држава која га никада до тада нису ни познавала.<sup>72</sup> Из тога видимо да је став огромне већине држава света да начело законитости, барем у неком облику, важи у кривичном праву.

Према томе, можемо рећи да је у деценијама након Другог светског рата начело законитости дефинитивно, чврсто и неспорно постало утемељено у општем међународном (кривичном) праву.<sup>73</sup> Ипак, као што се види из цитираних међународних инструмената, оно у међународном праву није на исти начин схваћено као што се то чини у унутрашњим правним системима, било континентално-европском, било англоамеричком. Наиме, у свим наведеним међународноправним актима се оставља могућност да се начело законитости не сматра повређеним и у случају да је дело о којем се ради било предвиђено као кривично дело *међународним правом*. Ни у једном од њих није, притом, прецизирано о којим изворима међународног права се мора радити, те се намеће закључити да у обзир долазе сви могући извори међународног права, укључујући и међународно обичајно право. Та могућност, дакле да кривично дело, односно казна за то кривично дело, буду предвиђени и међународним обичајима представља кључну разлику начела законитости у општем међународном кривичном праву у односу на начело законитости у унутрашњим кривичноправним системима.

Може се, према томе, закључити да начело законитости у позитивном општем међународном кривичном праву представља начело законитости *sui generis* које је по својој садржини шире како од континентално-европског, тако и од англоамеричког поимања начела законитости. Оно подразумева да се никоме не може судити за дело које пре него што је извршено није било предвиђено као кривично дело било у националном,<sup>74</sup> било у међународном праву – *nullum crimen sine lege* – што значи да је, према стању у позитивном општем међународном кривичном праву, могуће инкриминације тражити и

---

и кривичноправној пракси било одређених случајева који су спорни са становишта начела стриктне законитости. Ту се првенствено радило о поступцима против бивших припадника Немачке Демократске Републике (тзв. Источне Немачке), који су, након немачког поновног „уједињења“, били осуђени за дела која према тадашњем праву Источне Немачке нису била кажњива, а уз помоћ тзв. Радбрухове формуле, према којој се „позитивно право мора сматрати противним правди и непримењивим онда када је несклад између права које се заснива на закону и правде тако неподношљив да закон мора устукнути пред правдом“, више о томе: А. Kaseze, *op. cit.*, 161–162; М. Шкулић (2010), *op. cit.*, 71.

72 Такав је случај био са, рецимо, кинеским правом: А. Cassese *et al.*, *op. cit.*, 61.

73 „Начело *nullum crimen...* добило је, према томе, у савременом међународном концепту о људским правима шире димензије. Оно се не заснива више само на националном кривичном закону већ и на међународном праву (кад су у питању међународни злочини), али и на опћим принципима права признатим од стране заједнице народа“: В. Zlatarić, *op. cit.*, 87.

74 Разуме се, под условом да у конкретном случају постоји нека од тачака везивања за конкретно национално кривично право, тј. да се може применити неки од принципа просторног важења конкретног националног кривичног права.

у међународном обичајном праву. Оно такође подразумева и да се никоме не може изрећи казна која је тежа од казне која је за одређено кривично дело била предвиђена било у националном,<sup>75</sup> било у међународном праву – *nulla poena sine lege* – што значи да је, према позитивном општем међународном кривичном праву, теоријски могуће и казне тражити у обичајном међународном праву.

Овакво је, по нашем мишљењу, стање позитивног општег међународног кривичног права. Друго је питање целисходности таквог позитивноправног стања. На пример, највећи број међународних уговора који прописују одређена (међународна) кривична дела не прописује и казну за та дела. Где онда тражити ту казну? Формално је могуће и у међународном обичајном праву. То би, међутим, у сваком конкретном случају подразумевало подробну анализу целокупне досадашње кривичноправне праксе поводом кривичног дела које је у питању и то како праксе међународних, тако и праксе националних кривичних судова. Тако нешто било би Сизифов посао који би паралисао деловање сваког суда који би га се прихватио, а питање је и шта би у том случају остало од правне сигурности.

Поред проблема у погледу казни, и примена диспозиција међународно-кривичноправних норми би, услед оваквог схватања начела законитости, била изузетно отежана. У суштини, овлашћени тужилац/судија би у свакој конкретној ситуацији морао да консултује низ међународних уговора, судску праксу (међународну и националну), као и широк спектар других извора како би утврдио да ли је неко дело заиста међународно кривично дело по општем међународном обичајном праву.<sup>76</sup>

Према томе, на овом месту можемо закључити да, и поред тога што је начело законитости у претходно објашњеном, *sui generis* смислу део позитивног општег међународног кривичног права, оно као такво нема превелику практичну вредност првенствено због тога што је прешироко. Стога је био и разумљив покушај да се Римским статутом сталног Међународног кривичног суда ово начело пропише на стриктнији начин, те да се тиме учини прогресивни развој општег међународног кривичног права.<sup>77</sup>

75 И овде важи оно што је речено у претходној фусноти.

76 Наиме, „обичај се према праву и моралу не налази у систематском него у историјском односу. Он представља заједнички претходни облик у коме су право и морал садржани још неразвијени и нераздељени“: Г. Радбрух, *Филозофија права*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2016, 92. Једноставно речено, обичај не може да пружи довољан степен правне сигурности који је у кривичном праву, (а тиме и у међународном кривичном праву), услед тога што оно представља крајњи израз правне реакције на неко недозвољено понашање, нужан. Више о (не)подобности (међународног) обичаја да буде извор кривичног права видети: S. Panović Đurić, *op. cit.*, 26; V. Đ. Degan, B. Pavišić, *op. cit.*, 21, 48; M. Babić, *op. cit.*, 32, 39; M. Шкулић (2010), *op. cit.*, 77; M. Simović, V. Simović, *op. cit.*, 26; M. Крећа, *op. cit.*, 629, 633, 638; M. Шкулић (2020), *op. cit.*, 69–70.

77 Овде треба учинити следећу напомену. Рекли смо да је у позитивном општем међународном кривичном праву прихваћено *sui generis* начело законитости.

### 3.3. Начело законитости и *ad hoc* међународни кривични трибунали Савета безбедности УН

Начело законитости није на задовољавајући начин било поштовано у деловању *ad hoc* међународних кривичних трибунала за бившу Југославију (у даљем тексту: МКТЈ) и Руанду (у даљем тексту: МКТР). Наиме, као једно од најспорнијих питања у њиховој пракси поставило се и то које казне ови трибунали могу да изричу.<sup>78</sup> Самим статутима МКТЈ и МКТР нису биле прописане конкретне казне за кривична дела из њихове стварне надлежности, већ је само постојало ограничење да се може изрећи искључиво казна затвора, те да ће се приликом одређивања њеног трајања у конкретном случају, суд водити општом праксом судова бивше Југославије/Руанде по питању затворских казни.<sup>79</sup> У погледу оба трибунала, проблем је настао због чињенице да

---

Дејство тога јесте обавеза свих субјеката међународног права да у домену кривичног права, наведено начело и примењују. То значи да су они дужни да како у националним, тако и у међународним оквирима, а у области кривичног права, поступају тако да у погледу начела законитости испуњавају барем оне стандарде које од њих захтева *sui generis* начело законитости у међународном кривичном праву. Другим речима, према међународном праву данас постоји обавеза свих држава света да у својим унутрашњим правима имају начело законитости барем онаквог домаћаја који оно има у међународном кривичном праву. Такође, приликом креирања било ког међународног кривичног суда/трибунала, сталног или *ad hoc*, међународноправни субјекти су дужни да његово деловање ограниче тако да оно испуњава захтеве међународно-кривичноправног *sui generis* начела законитости. Разуме се да је, сходно старој правној максими „ко може више, може и мање“, могуће и да субјекти међународног права, како у својим унутрашњим правима, тако и у међународноправним оквирима, формулишу начело законитости строже од оног које постоји у општем позитивном међународном кривичном праву (као што је, примера ради, учињено Римским статутом). Такође, могуће је начело законитости и на посредан начин дати строже дејство од оног из општег међународног кривичног права – то ће увек бити случај са било којим обликом међународног кривичног правосуђа чији статут прописује кривична дела за која је његов суд/трибунал надлежан, као и који има посебне одредбе у односу на казне. Тако је поступљено у случају *ad hoc* међународних кривичних трибунала Савета безбедности УН за бившу Југославију и Руанду. Наиме, самим тим што су њихови статутни садржали конкретне инкриминације за које су ти трибунали били надлежни, као и посебну одредбу о томе где треба тражити казне које се могу применити, они су начело законитости у партикуларним правима тих трибунала посредно дали строже значење него што га оно има у општем међународном кривичном праву, и поред тога што ти статутни изречито нису прописивали начело законитости.

78 У принципу, најспорније правно питање у вези ових трибунала било је питање саме њихове легалности, односно (не)легалности начина њиховог оснивања. Детаљно о томе видети: А. Шкундрић, *Надлежности међународних кривичних судова и трибунала*, мастер рад, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2021, 26–39, 57–59.

79 Видети члан 24 став 1 Статута МКТЈ и члан 23 став 1 Статута МКТР. Дакле, самим статутима оба трибунала је поље у којем се казне могу тражити сужено у односу

су и бивша Југославија и Руанда познавале смртну казну док су је, као што смо видели, статути МКТЈ и МКТР изричито искључили.<sup>80</sup> Конкретно, кривично право бивше СФРЈ је као максималну казну лишења слободе познавало казну затвора до 20 година,<sup>81</sup> али је за најтежа кривична дела алтернативно прописивала и смртну казну.<sup>82</sup> Према томе, у складу са начелом законитости које је, као што смо видели, у време када је МКТЈ био основан већ било део међународног права, било је једино могуће тумачење релевантне одредбе његовог Статута по којем би максимална казна коју би МКТЈ могао изрећи била казна затвора до 20 година.<sup>83</sup> Међутим, МКТЈ је, у Правилима о поступку и доказима које је сам донео,<sup>84</sup> као и у својој пракси, стао на становиште да поред казне затвора у ограниченом временском трајању, има овлашћење да изриче и казне доживотног затвора, као својеврсну алтернативу смртној казни. Тиме се овај трибунал сасвим очигледно огрешо о начело законитости, односно о његову варијанту која се тиче кривичних санкција – *nulla poena sine lege*.<sup>85</sup>

---

на оно које допушта *sui generis* начело законитости у општем међународном кривичном праву тиме што је прецизирано да ће се они руководити праксом судова бивше Југославије и Руанде, а не и (као што то допушта *sui generis* начело законитости) међународним правом уопште. У суштини је слично сужавање учињено и у погледу инкриминација, тиме што су оне прописане у самим статутима тих трибунала – тиме су ти трибунали били (бар) формално онемогућени да суде и евентуално за нека друга дела која би се у том тренутку могла сматрати кривичним делима по општем међународном кривичном праву.

- 80 У погледу МКТР, у литератури се наводи да је и сама руандска делегација у Савету безбедности УН била става да би било „фундаментално неправедно изложити злочинце којима суде домаћи (руандски, прим. аут.) судови погубљењу, а да се они којима суди међународни трибунал – претпостављене коловође геноцида – подвргну само доживотног затвору“: W. A. Schabas, “Perverse Effects of the *Nulla Poena* Principle: National Practice and the *Ad Hoc* Tribunals”, *European Journal of International Law*, 3/2000, 527). Више о проблемима у пракси МКТР у погледу начела законитости видети: *ibid.*, 534–536.
- 81 Видети члан 36 Кривичног закона СФРЈ (у даљем тексту: КЗ СФРЈ), *Сл. лист* СФРЈ 44/76-1392, 36/77-1478, 56/77-1982, 34/84-895, 37/84-933, 74/87-1743, 57/89-1441, 3/90-63.
- 82 Видети члан 37 КЗ СФРЈ.
- 83 У том смислу: W. A. Schabas (2000), *op. cit.*, 527.
- 84 Видети Правило 101 (А). У литератури се за ово правило наводи да је „у супротности са статутарним позивањем на „општу праксу судова у погледу затворских казни у бившој Југославији“ и према томе није прописано правом“ (G. Endo, “*Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege* and the ICTY and ICTR”, *Revue québécoise de droit international*, 1/2002, 212) – другим речима, примена овог правила, до чега је у пракси МКТЈ дошло, представља повреду начела законитости.
- 85 Детаљно о кршењу *nulla poena sine lege* у пракси МКТЈ видети: S. Dana, *op. cit.*, 888–905; W. A. Schabas (2000), *op. cit.*, 528–532. Поред ових недостатака, у литератури се указивало и на суштински ретроактивну примену кривичног права од стране МКТЈ и МКТР. Тако Бабић наглашава: „Надлежност ових трибунала је одређена ретроактивно, иако је тадашњи генерални секретар (УН, прим. аут.) истакао да се не ради о ретроактивној примени, већ да ће трибунали примењивати постојеће

#### 4. НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ У РИМСКОМ СТАТУТУ

Од свих досадашњих међународноправних аката у којима се помиње начело законитости, Римски статут (у даљем тексту: РСт) Међународног кривичног суда (у даљем тексту: МКС) то чини на начин који је најсличнији стриктном континентално-европском поимању тог начела.<sup>86</sup> Њему су, наиме, посвећена три члана РСт-а и то у оквиру Дела 3 који носи наслов „Општи принципи кривичног права“.<sup>87</sup>

Најпре је у члану 22 РСт, који је насловљен „*Nullum crimen sine lege*“, прописано да „ниједно лице неће бити кривично одговорно по одредбама овог Статута осим уколико његово дело представља, у време када је учињено, кривично дело из надлежности Суда“ (став 1). Овим је јасно прихваћен *lex scripta* сегмент начела законитости, будући да су кривична дела која су у надлежности МКС искључиво прописана самим РСт као писаним извором међународног права. Такође, може се рећи да је тиме на посредан начин указано и на значај његовог *lex certa* елемента,<sup>88</sup> имајући у виду да је већина „кривичних дела која спадају у стварну надлежност Међународног кривичног суда прецизно описана“.<sup>89</sup>

Поред тога, у члану 22 РСт је предвиђено и да ће „дефиниција кривичног дела бити уско тумачена“, те да „неће бити проширивана аналогijом“, као и да ће се „у случају нејасноће, дефиниција тумачити у корист лица које

---

међународно хуманитарно право. Наравно, пракса је показала да то право није такво да би се могло непосредно примењивати, тако да су ти трибунали заправо сами стварали право које су онда ретроактивно примењивали“: М. Babić, *op. cit.*, 47. Више о ангажовању МКТЈ у стварању објективног кривичног права и, уопште, кршењу начела законитости од стране тог трибунала, видети: В. Ђ. Degan, В. Pavišić, *op. cit.*, 45–47, М. Sassòli, *International Humanitarian Law: Rules, Controversies and Solutions to Problems Arising in Warfare*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2019, 292; М. Крећа, *op. cit.*, 639.

86 У том смислу и: М. Шкулић (2010), *op. cit.*, 94.

87 Више о начелу законитости током преговора око усвајања РСт видети: W. A. Schabas (2000), *op. cit.*, 536 – 538; S. Dana, *op. cit.*, 875–876.

88 Треба напоменути да није неуобичајено то што се *lex certa* захтев начела законитости не помиње изричито у тексту РСт – то се не чини ни у националним кривичним законима. Тај захтев је усмерен према ствараоцу опште кривичноправне норме, а што су у случају РСт државе које су закључиле овај међународни уговор (у погледу националних правних система, једино би имало смисла експлицитно уношење *lex certa* захтева у њихове највише правне акте – уставе, чиме би се и изричито предвидела обавеза законодавца да кривичноправне норме које доноси уподоби том стандарду прецизности). Стога није ни било потребно експлицитно уношење тог сегмента начела законитости у текст РСт.

89 М. Шкулић (2010), *op. cit.*, 95. Овде вреди поменути и акт Елементи кривичних дела, који, између осталог, „свуда где је процењено да за тим постоји потреба, допуњавају одређене норме (РСт, прим. аут.) чије значење није сасвим прецизно“: М. Шкулић (2020), *op. cit.*, 73.

је под истрагом, против којег се води кривични поступак или које је осуђено“ (став 2).<sup>90</sup> Овим одредбама стипулисан је и *lex stricta* захтев начела законитости, као и правило *in dubio mitius*.<sup>91, 92</sup>

*Lex praevia* сегмент начела законитости прописан је у посебном члану 24 РСт са насловом „Забрана ретроактивности *ratione personae*“. Наиме, „ниједно лице не може бити кривично одговорно по одредбама овог Статута за дело учињено пре ступања Статута на снагу“ (став 1).<sup>93</sup> Такође, члан 24 предвиђа и да „у случају промене у праву примењивом на конкретан случај до доношења правноснажне пресуде, примениће се право које је повољније по лице под истрагом, против којег се води кривични поступак или које је осуђено“ (став 2) – реч је правилу *lex mitior* као класичном изузетку у односу на *lex praevia* сегмент начела законитости.

Коначно, члан 23 РСт, који носи назив „*Nulla poena sine lege*“ предвиђа да „лице које је осуђено може бити кажњено само у складу са Статутом“. Том одредбом је начело законитости у праву МКС проширено и на кривичне санкције. У доктрини се истиче да „сва она обележја начела законитости која се у Римском статуту односе на кривично дело, важе и за казну која се учиниоцу одређеног кривичног дела може изрећи“.<sup>94</sup>

Треба рећи да РСт, и поред горенаведеног начелног тј. декларативног прихватања континентално-европског концепта стриктне законитости, ипак у немалом броју својих одредаба од тог начела одступа. Најпре, када је реч о изворима права које МКС треба да примењује, РСт прописује да је он, поред примарне примене РСт, Елемената кривичних дела и Правила поступка и доказивања (члан 21 став 1 [a]), овлашћен да секундарно примењује и „тамо где је то прикладно, међународне уговоре и начела и правила међународног права, укључујући и установљене принципе међународног права оружаних сукоба“ (члан 21 став 1 [b]). Напослетку, као изворе права терцијарног карактера, РСт познаје и „опште принципе права које Суд изводи из националних права правних система света укључујући, када је то прикладно, национална права држава које би нормално имале надлежност у погледу кривичног дела, под условом да ти принципи нису у

90 На пример, „није дозвољено да се правило које забрањује неку посебну врсту оружја (као што су ослепљујућа) примени аналогijом на неко... друго оружје чија употреба није забрањена“: A. Kaseze, *op. cit.*, 178.

91 Више о правилу *in dubio mitius* видети: B. Zlatarić, *op. cit.*, 98–99.

92 Члан 22 РСт садржи и став 3, који прописује да тај члан „неће утицати на квалификацију било ког понашања као кривичног дела по међународном праву независно од овог Статута“.

93 Наведену одредбу о забрани ретроактивне примене кривичног права не треба мешати са одредбом РСт која се тиче његове временске надлежности (члан 11 РСт) и која прописује да „суд има надлежност само у погледу кривичних дела извршених након ступања Статута на снагу“. Више о томе: W. A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, 57–58; M. Шкулић (2020), *op. cit.*, 90.

94 M. Шкулић (2010), *op. cit.*, 97.



несагласју са овим Статутом и међународним правом и међународно признатим нормама и стандардима“ (члан 21 став 1 [с]).

Није тешко уочити да су секундарни и терцијарни извори права прописани у РСт проблематични управо са становишта начела законитости. Најпре, други међународни уговори чија би примена могла доћи у обзир најчешће нису довољно прецизни како би се непосредно могли примењивати у области кривичног права, чиме би потенцијално био угрожен *lex certa* сегмент начела законитости. Већи је, међутим, проблем са тзв. начелима и правилима међународног права као секундарним извором. У суштини, ту се ради о својеврсном еуфемизму за обичајна међународна правна правила.<sup>95</sup> МКС је, дакле, овлашћен да супсидијарно примењује и међународно обичајно право. Тако нешто је у очигледном несагласју са *lex scripta* захтевом начела законитости садржаном у РСт, будући да међународни правни обичаји по дефиницији представљају неписано право, а у супротности је и са *lex certa* сегментом, јер је обичајима иманентан одговарајући степен неодређености.<sup>96</sup> Када је реч о терцијарним изворима права предвиђеним у РСт, они се у доктрини уподобљавају „општим правним начелима признатим од стране просвећених народа“<sup>97</sup> (у смислу члана 38 [с] Статута Међународног суда правде), за које се правилно истиче да су „као предмет квази легислативне активности суда у оштром раскораку са фундаменталним принципом законитости у кривичном праву“<sup>98</sup> – према томе, њиховом применом би МКС извршио повреду и *lex scripta* и *lex certa* елемента начела законитости.<sup>99, 100</sup>

Надаље, појединим својим одредбама РСт отвара могућност за употребу креативне аналогije која је, као што смо видели, општом нормом самог РСт изричито забрањена. Тако се, на пример, у литератури указује на последњи, „општи“ облик злочина против човечности, који је одређен као „други нехумани акти *сличној карактијери* којима се намерно проузрокују тешке патње, или тешко повређивање тела или душевног или физичког здравља“ (члан 7 став 1

95 У том смислу: V. Đ. Degan, B. Pavišić, *op. cit.*, 59; M. Kreča, *op. cit.*, 636.

96 Стога се у теорији наглашава да би примена секундарних извора права од стране МКС „морала да буде екстремно ретка“: M. Шкулић (2020), *op. cit.*, 73.

97 M. Kreča, *op. cit.*, 636.

98 *Ibid.*, 633.

99 У погледу секундарних и терцијарних извора права пред МКС, Стојановић закључује: „Само у областима где није реч о томе да се установљавају кривична дела и кривичне санкције, обичајно право и општи правни принципи могу имати значај допунског извора међународног кривичног права“: Z. Stojanović (2012), *op. cit.*, 30.

100 Поред овога, у литератури се указује и на недовољну одређеност појединих одредби самог РСт, чиме се такође у одређеној мери одступа од *lex certa* стандарда. То се, примера ради, чини у погледу општег (контекстуалног) елемента злочина против човечности (члан 7 став 1 и став 2 тачка [а] РСт). Више о томе видети: Б. Ристивојевић, *Међународна кривична дела – Део I*, Универзитет у Новом Саду – Правни факултет, Нови Сад, 2014, 69.

тачка [k] РСт), који „доводи до примене аналогије и у самом Римском статуу“.<sup>101</sup> Тиме се потенцијално одступа од *lex praevia* сегмента начела законитости.<sup>102</sup>

На крају, иако сам РСт декларативно познаје и *nulla poena sine lege* варијанту начела законитости, одредбе РСт које се односе на казне ипак нису у складу бар са једним сегментом начела законитости – *lex certa*.<sup>103</sup> Наиме, у члану 77 став 1 тачки (а) РСт прописано је да МКС може изрећи „казну затвора на одређени број година, који не може прећи максимум од 30 година“.<sup>104</sup> Са друге стране, код појединих кривичних дела из надлежности МКС (геноцид, злочини против човечности, ратни злочини и агресија)<sup>105</sup> нису прописани тзв. посебни минимуми и максимуми, што значи да је МКС овлашћен да се приликом одмеравања казне за било које од та четири кривична дела креће у општем распону од једне до тридесет година. Овим се очигледно одступа од захтева да и казне за кривична дела буду прецизно одређене, а што се у националним кривичним правима најчешће чини путем тзв. система релативно одређених казни, где се за свако кривично дело прописују посебни казнени распони.<sup>106</sup> Другим речима, РСт прихвата тзв. систем апсолутно неодређених казни, који подразумева прописивање само општег, али не и посебних казнених распона и у погледу којег се у кривичноправној теорији истиче да се „данас оправдано већински сматра да начело законитости захтева одређеност кривичне санкције већ у прописивању, што систем апсолутно неодређених казни начелно не задовољава“.<sup>107</sup>

Ипак, и поред наведених недостатака, и даље стоји полазни закључак да РСт суштински, од свих дотадашњих међународноправних аката, начело законитости највише приближава стриктном континентално-европском идеалу.<sup>108</sup> У том смислу, РСт има одређени потенцијал да, уколико постане општеприхваћен, начело законитости у општем међународном кривичном праву које је, као што смо видели, схваћено на један *sui generis*, преширок начин, још више приближи континентално-европском концепту стриктне законитости. Међутим, имајући у виду да РСт и даље представља партикуларно

101 М. Шкулић (2010), *op. cit.*, 98.

102 Више о потенцијалној примени аналогије у праву МКС видети: *ibid.*, 97–99.

103 И други аутори препознају да „примарна слабост Статута (у погледу казни, прим. аут.) лежи у његовом задовољењу *lex certa* захтева принципа *nulla poena*“: S. Dana, *op. cit.*, 920.

104 Поред тога, као алтернативна прописана је и казна доживотног затвора „када је то оправдано екстремном тежином кривичног дела и личним околностима осуђеног“ (члан 77 став 1 [b] РСт).

105 Видети члан 5 РСт.

106 Овакав избор твораца РСт се у доктрини означава као „прилично слабо правно-техничко решење, јер се ради о претерано великом распону кажњавања“: М. Шкулић (2020), *op. cit.*, 230.

107 И. Вуковић, *op. cit.*, 468.

108 Штавише, у литератури се с правом истиче да РСт начело законитости усваја „чак у строжем облику него што се то чини у националним кривичним законодавствима (нпр. изричито забрањује аналогију...)“: М. Babić, *op. cit.*, 39.

право, његов домашај остаје ограничен на односе између држава које су његове чланице. Другим речима, РСт у погледу начела законитости иде корак даље у односу на опште међународно кривично право, али само за државе које су његове чланице. То значи да у погледу држава чланица РСт у међународном праву важи партикуларно начело законитости прописано одредбама РСт. Са друге стране, ван контекста МКС и РСт, дакле у односу на државе које нису чланице РСт, као и евентуално у односима између држава чланица и држава не-чланица РСт, и даље важи *sui generis* начело законитости као део општег међународног кривичног права.

## 5. НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ У КОНТЕКСТУ НЕПОСРЕДНЕ ПРИМЕНЕ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА

Проблематика начела законитости у међународном кривичном праву се често разматра и у оквиру контекста (не)могућности непосредне примене тог права на појединце од стране државних органа конкретне државе, без дакле претходног инкорпорисања међународно-кривичноправних норми у унутрашње право те државе (што би представљало његову посредну примену).<sup>109</sup>

По нашем мишљењу, свака је држава власна да, сходно сопственој суверености, актом свог, унутрашњег права (најчешће уставом) уреди питање односа међународног права са њеним унутрашњим правом.<sup>110</sup> Тако је, примера ради, поступила и Република Србија када је у члану 16 став 2 Устава предвидела да су „општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују“. Тиме је начелно створена могућност непосредне примене међународног права као тоталитета у унутрашњем праву Републике Србије. Међутим, Устав је даље, у свом члану 34 став 1 прописао да се „нико не може огласити кривим за дело које, пре него што је учињено, законом или другим прописом заснованим на закону (подвукао А. Ш.) није било предвиђено као кажњиво, нити му се може изрећи казна која за то дело није била предвиђена“. Реч је о норми која је посебног карактера у односу на ону садржану у члану 16 став 2 Устава, којом се у области казног права уопште, а самим тим и кривичног права као његовог саставног дела, искључује могућност непосредне примене међународног права

109 По овом питању у литератури постоје различита мишљења. Према већинском, непосредна примена међународног кривичног права је готово немогућа (више о томе: V. Đ. Degan, B. Pavišić, *op. cit.*, 44, 68; M. Шкулић (2010), *op. cit.*, 99–103; Z. Stojanović (2012), *op. cit.*, 29; M. Sassòli, *op. cit.*, 123). Са друге стране, мањинско мишљење стоји на становишту да је таква његова ипак примена могућа (M. Мајић (2/2009), *op. cit.*, 37–43).

110 Више о томе: А. Шкундрић, „Однос међународног и унутрашњег права“; *Архив за правне и друшћивене науке*, 2/2021, 137–145.

тиме што се изричито захтева да казнено дело мора бити предвиђено законом или другим прописом заснованим на закону.

## 6. ЗАКЉУЧАК

Основна сврха начела законитости у кривичном праву јесте да обезбеди заштиту појединаца од арбитрарног кривичног прогона. Имајући то у виду, није тешко закључити да би ово начело требало да буде иманентно свим кривичноправним системима. Разлике, пак, постоје у погледу схватања садржине тог начела. У међународном кривичном праву, које је у односу на традиционалне континентално-европске и англоамеричке правне системе веома младо кривично право, ово начело још увек нема у потпуности такву садржину која би омогућила потпуно остваривање његове горенаведене сврхе. Наиме, начело законитости у позитивном општем међународном кривичном праву као начело законитости *sui generis* је прешироко схваћено, те формално омогућава примену за традиционалну кривичноправну доктрину веома непрецизних, нестабилних и флуидних извора права, у првом реду међународног обичајног права.

Недостаци овако схваћеног начела законитости нису прошли незапажено, те су протеклих деценија предузимани кораци како би се они превазишли, те како би се начело приближило оној садржини какву има у унутрашњим кривичним правима, пре свега држава са континентално-европским правним системом. Најозбиљнији такав покушај учињен је у РСт. Међутим, како тај међународноправни акт још увек није стекао, а не изгледа ни да ће у будућности стећи, статус универзалног извора међународног права, његов домашај остаје ограничен на државе које су му приступиле.

## ЛИТЕРАТУРА

- Аврамовић С., Станимировић В., *Упоредна права традиција*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2015.
- Бабич М., *Међународно кривично право*, Правни факултет у Банjoj Luci, Banja Luka, 2011.
- Ваčić Ф., *Кривично право: опћи дио*, Informator, Zagreb, 1980.
- Вуковић И., *Кривично право: општи гео*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2021.
- Dana S., “Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 4/2009, 857–928.
- Degan V. Đ., Pavišić B., *Међународно казнено право*, Правни факултет Свеучилишта у Rijeci, Rijeka, 2005.
- Ђокић И., *Општи појам кривичног дела у афро-америчком праву: Концептивни елементи и основи искључења*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2021.

- Endo G., “*Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege and the ICTY and ICTR*”, *Revue québécoise de droit international*, 1/2002, 205–220.
- Zlatarić B., *Krivično pravo: opći dio I. svezak*, Informator, Zagreb, 1977.
- Јовановић Љ., *Кривично право: општи део*, Полицијска академија, Београд, 1995.
- Kaseze A., *Међународно кривично право* (prev. O. Račić u saradnji sa V. Hadži-Vidanovićem i M. Milanovićem), Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005.
- Cassese A., Acquaviva G., Fan M., Whiting A., *International Criminal Law: Cases and Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Крећа М., *Међународно јавно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2019.
- Мајић М., „Начело легалитета – нормативна и културна еволуција (I део)“, *Анали*, 1/2009, 25–53.
- Мајић М., „Начело легалитета – нормативна и културна еволуција (II део)“, *Анали*, 2/2009, 29–54.
- Митровић Д., *Начело законитости*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1996.
- Mrvic-Petrović N., *Krivično pravo*, Fakultet za poslovno pravo, Beograd, 2005.
- Panović-Đurić S., *Načelo legaliteta i legitimiteta u krivičnom pravu*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 1995.
- Радбрух Г., *Филозофија права*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2016.
- Ристивојевић Б., *Међународна кривична дела – Део I*, Универзитет у Новом Саду – Правни факултет, Нови Сад, 2014.
- Sassòli M., *International Humanitarian Law: Rules, Controversies and Solutions to Problems Arising in Warfare*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2019.
- Simović M., Simović V., „Pojam i značenje načela legaliteta u krivičnom pravu“, *Zbornik radova – Međunarodna naučna konferencija „Javni i privatni aspekti nužnih pravnih reformi u BiH: Koliko daleko možemo ići?“* (gl. ur. M. Čokić, J. Alihodžić), Tuzla, 2014, 23–41.
- Srzentić N., Stajić A., Lazarević Lj., *Krivično pravo Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije: opšti deo*, Savremena administracija, Beograd, 1990.
- Stojanović Z., *Krivično pravo: opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd, 2017.
- Stojanović Z., *Међународно кривично право*, Pravna knjiga, Beograd, 2012.
- Schabas W. A., “Perverse Effects of the *Nulla Poena* Principle: National Practice and the *Ad Hoc* Tribunals”, *European Journal of International Law*, 3/2000, 521–539.
- Schabas W. A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- Hall J., “*Nulla Poena Sine Lege*”, *The Yale Law Journal*, 2/1937, 165–193.
- Шкулић М., „Начело законитости у кривичном праву“, *Анали*, 1/2010, 66–107.
- Шкулић М., *Кривично процесно право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2017.

- Шкулић М., *Међународно кривично право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2020.
- Шкулић М., *Кривично право Сједињених Америчких Држава*, Службени гласник, Београд, 2023.
- Шкундрић А., „Однос међународног и унутрашњег права“, *Архив за правне и друшћивене науке*, 2/2021, 130–148.
- Шкундрић А., *Надлежност међународних кривичних судова и шрибунала*, мастер рад, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2021.

*Aleksa Škundrić\**

## PRINCIPLE OF LEGALITY IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

### Summary

*The subject of this paper is the research of the place and substance of the principle of legality within the framework of the International Criminal Law. Firstly, the author briefly shows the main features of the said principle in general and compares its status in Continental and Anglo-American (common law) legal systems. Afterwards, he researches the historical genesis of the principle of legality in the International Criminal Law and especially its place in the practice of International Military Tribunals in Nuremberg and Tokyo and the ad hoc International Criminal Tribunals of the UN Security Council for former Yugoslavia and Rwanda. The author concludes that the principle of legality, more famously expressed through Latin maxim nullum crimen, nulla poena sine lege, exists in the Customary International Law, but in a form that is too extensive, as a principle of legality sui generis. In this regard, it is pointed out that the Rome Statute of the International Criminal Court has made an attempt to bring the meaning of the principle of legality in the International Criminal Law closer to the one it has in the Continental Criminal Law system. However, the Rome Statute is still considered to represent particular International (Criminal) Law and as such its provisions, including the ones concerning the principle of legality, apply only to the member states of the Statute. Finally, the author is putting forward his stance regarding the issue of the direct application of the International Criminal Law in the national legal systems, in the context of the principle of legality.*

**Keywords:** principle of legality, International Criminal Law, nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege.

---

\* Lecturer, University of Belgrade – Faculty of Law, [aleksa.skundric@ius.bg.ac.rs](mailto:aleksa.skundric@ius.bg.ac.rs).

## ОДГОВОРНОСТ ПРАВНИХ ЛИЦА У МЕЋУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

*Апстракт:* Након осврћа на теорије о кривичној одговорности правних лица и решења у националним правним системима, разматра се идеја увођења кривичне одговорности правних лица пред шелима и у документима међународној права. Следи анализа позицијивноправних решења у међународном кривичном праву, као и међузависности људских права и међународној кривичној права. У завршном делу даје се крајшак приказ кривичних посљубака пред судовима Француске и Шведске против окривљених за међународна кривична дела, уз закључак да се оправдано може очекивати повећавање броја кривичних посљубака пред националним кривичним судовима на принцип у универзалне јурисдикције против окривљених корпорација за међународна кривична дела.

**Кључне речи:** кривична одговорност правног лица, корпорације, међународно кривично право, људска права, универзална јурисдикција

### 1. УВОД

Најновије тенденције у развоју међународног кривичног права које се односе на одговорност правних лица, показатељ су заоштравања казненоправне репресије<sup>1</sup>, које осим померања границе некажњивости могу довести и до структуралног преображаја међународног кривичног права, што подразумева померање фокуса са најтежих кривичних дела на кривична дела која су распрострањенија, као и на кривичне поступке против корпорација као економских покретача насиља и саучесника у извршењу међународних кривичних дела.

\* Судски саветник, Привредни апелациони суд, jsopalovic@gmail.com.

1 В. Камбовски, „Актуелни проблеми примене међународног казненог права“, Тематски међународни научни скуп Релевантна истражања примене међународној кривичној права у националном праву, Удружење за међународно кривично право, Тара, 2012, 25 и 31.

## 2. СУБЈЕКТИВИТЕТ ПРАВНОГ ЛИЦА

Разматрање санкционисања противправног поступања правних лица у међународном праву прилично је дуализовано: с обзиром на тешке последице, које се све више и оправдано фокусирају на тешке повреде људских права и основних слобода та поступања не смеју проћи некажњено, било да за њих одговара правно лице као учинилац кривичног дела и/или држава која је том правном лицу омогућила субјективитет. У Републици Србији, окривљени може бити свако правно лице, а не само привредно друштво, али када су у питању корпорације (што је термин америчког права), мисли се пре свега на концерн, холдинг, друштва са узајамним учешћем у капиталу и огранак страног привредног друштва<sup>2</sup>. За транснационалне и мултинационалне корпорације заједничко је што послују у више држава и принципи централизације и координације, али је код мултинационалне корпорације јаче изражена централизација, имају матично друштво које се налази у земљи порекла и децентрализована друштва- кћерке у земљи домаћину које имају одређени степен самосталности у одлучивању. Транснационалне корпорације имају јаче изражену координацију, нису везане за конкретну државу као матичну, подружнице у националним законодавствима прате глобалне одлуке и прилагођавају их конкретном националном правном и економском систему.

Мултинационалне корпорације, међувладине компаније, као и међувладине удружења произвођача, у међународном јавном праву представљају нетериторијалне ентитете са елементима субјективитета- постојеће или у фази настајања (*in stato nascendu*). Код међувладиних компанија и међувладиних удружења произвођача, државе учествују непосредно или преко јавних предузећа, али по правилу у приватно-правном капацитету (*ius gestionis*). Мултинационалне корпорације поседују економску и политичку моћ која превазилази снагу већине држава, па иако немају међународноправни субјективитет, већ само неке његове елементе, основана је претпоставка да ће се у вези њиховог статуса тражити у оквиру специјализованих грана међународног права.<sup>3</sup> Према критички настројеним схватањима, мултинационалне корпорације немају међународноправни субјективитет, али поступају као психопатске личности, гајећи презир према законским ограничењима у потрази за профитом и моћи<sup>4</sup>.

Државе су као правна лица неспорни носиоци међународноправног субјективитета, али су покушаји уношења кривичне одговорности државе у међународно јавно право (нпр. тумачењем члана 42. Повеље ОУН као

2 Привредна друштва из Дела десетог и једанаестог (чланови 549-566. и члан 573.) Закона о привредним друштвима (*Службени йласник РС* бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021).

3 М. Крећа, *Међународно јавно йраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2023. 186–189.

4 J. Bakan, *The Corporation: The Pathological Pursuit of Profit and Power*, New York: Free Press, 2004, 74–75. <https://eddierockerz.files.wordpress.com/2020/11/bakan-the-corporation-the-pathological-pursuit-of-profit-and-power-pdfdrive-1-1.pdf>, 25.3.2024.



казненоправне одредбе против државе), одбачени услед неспојивости инхерентних карактеристика међународног права и државе као његовог основног субјекта и општих услова за постојање кривичне одговорности.<sup>5</sup>

### 3. (НЕ)ПРИХВАТАЊЕ ИДЕЈЕ О ОДГОВОРНОСТИ ПРАВНИХ ЛИЦА ЗА КРИВИЧНА ДЕЛА

#### 3.1. Национална законодавства

Савремено кривично право (како у класичним континентално-европским кривичноправним системима, тако и у англосаксонском кривичном праву) почива на начелу кривице субјективног карактера<sup>6</sup>, али оно није апсолутно и одступања су уочљивија у правним системима који прихватају одговорност правних лица за кривична дела. Готово све европске јурисдикције познају кривичну одговорност правних лица,<sup>7</sup> а велики број држава на другим континентима, укључујући САД, Кину и Индију.<sup>8</sup> У појединим земљама континенталног још права постоји увек отпор правдан догматским разлозима за увођење ове врсте одговорности: Немачка и Италија (која постепено ублажава став)<sup>9</sup> потом Руска Федерација, Бугарска, Турска<sup>10</sup> и Грчка.

- 
- 5 Б. Чучковић, *Примена њравила о одговорности државе за еколошку штету*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, фуснота 64, стр. 24. <https://nardus.mfn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/2609/Disertacija.pdf?sequence=4&isAllowed=y> 9.2.2024.
- 6 М. Шкулић, *Међународно кривично њраво, њросторно важење кривичног њрава, кривично њраво међународног њорекла, међународна кривичног њравна њомоћ, зачеци кривичног њрава ЕУ*, Службени гласник, Београд, 2022, 69.
- 7 Аустрија, Албанија, Велика Британија, Данска, Мађарска, Исланд, Литванија, Луксембург, Македонија, Малта, Низоземска, Норвешка, Португал, Румунија, Словенија, Србија, Федерација БиХ, Финска, Француска, Хрватска, Црна Гора, Чешка, Швајцарска, Шведска, Шпанија, прописи Косова\* (овај назив је без прејудуцирања статуса и у складу је са Резолуцијом Савета безбедности Уједињених нација 1244 и мишљењем Међународног суда правде о декларацији о независности Косова). Списак држава је преузет из одлуке другостепеног већа Међународног трибунала за Либан из 2014. који није узео у обзир државе бивше СФРЈ и друге балканске јурисдикције, које су додате на овом списку.
- 8 Аустралија, Бахреин, Бангладеш, Бразил, Канада, Чиле, Кина, Египат, Гватемала, Индија, Индонезија, Јамајка, Јапан, Кенија, Либан, Малезија, Мароко, Нови Зеланд, Сенегал, Јужноафричка Република, Јужна Кореја, САД, Сирија, Уједињени Арапски Емирати.
- 9 Врховни касациони суд Италије у једној својој одлуци констатује смрт догме *societas delinquere non potest*. Cassazione penale, sez. II, sentenza 30/01/2006, no. 3615, <https://www.altalex.com/documents/news/2007/04/20/cassazione-penale-sez-ii-sentenza-30-01-2006-n-3615>, 26.2.2024.
- 10 Кривично одговарају физичка лица, а правном лицу могу се изрећи мере безбедности (чл. 20. КЗ Турске).

Уз то, *societas delinquere non potest* није древно правило римског права, па чак ни средњег века, већ брокарда коју је осмислио је Франц фон Лист у свом приручнику из 1881. године.<sup>11</sup>

Посебно треба узети у обзир да ниједна држава *common law* система није одустала од кривичне одговорности правних лица, док су државе континенталног права чије законодавство не познаје одговорност правних лица за кривична дела постепено сведене на једноцифрен број. У Републици Србији законско решење одговорности правног лица за кривично дело<sup>12</sup> засновано је на теорији изведене одговорности, уз систем генералне клаузуле за одређивање кривичних дела.

За разлику од теорије фикције и теорије негације,<sup>13</sup> теорија реалности и теорија компромиса прихватају одговорност правног лица за кривична дела јер то лице постоји, а постоји и кривично дело са свим својим последицама. Одговорност правног лица у зависности од концепта је објективна (не тражи се одређени психички однос према делу) или субјективна (постоји психички однос према делу и у зависности од тога да ли се тај однос може приписати самом правном лицу или се изводи из радње физичког лица разликују се оригинарна (аутономна) и изведена одговорност. И објективна и субјективна одговорност могу се јавити у форми изведене и аутономне одговорности, те постоје четири доминантне теорије о одговорности правних лица за кривична дела: теорија идентификације (*alter ego*), доминантна у Великој Британији; теорија одговорности за другог (*respondeat superior*) доминантна у САД, Шведској и Данској; теорија колективног сазнања (*Verbandsunrecht*) и теорија корпоративне криминалне културе (нпр. Аустралија).

## 3.2. Међународно право

### 3.2.1. Нирнбершка суђења

Одређени облици „одговорности” неких колективитета (СС, СД И НСДАП) који су утврђени на главном суђењу у Нирнбергу нису имали

- 
- 11 V. Martínez Patón, *Refutación del principio Societas delinquere non potest*, Real Academia Asturiana de Jurisprudencia, Oviedo 2020, 24–25. [http://www.academiaasturianadejurisprudencia.es/download/download\\_documento.php?idDocumento=185](http://www.academiaasturianadejurisprudencia.es/download/download_documento.php?idDocumento=185) 04.03.2024. „Рећи да корпорације не могу бити учиниоци кривичних дела због максиме *societas delinquere non potest* је прикривена двојезична таутологија, као када бисмо рекли: пушење није дозвољено, што показује принцип *no smoking*“ 17.
  - 12 Закон о одговорности правних лица за кривична дела (ЗОПКД), *Службени гласник РС*, бр. 97/2008.
  - 13 Старије теорије обилују анегдотама, почев од цитирања папе Иноћентија IV (*Apparatus in quinque libros Decretalium*, ad 2.20.57 (XIII век), француског проф. Merlea да „правно лице не постоји, пошто са њим никада нисмо заједно ручали “или барона *Thurlowa*, за кога „савест“ корпорације не постоји јер она „нема душу коју би проклели или тело које би ударили - “*No soul to damn, no body to kick*“.

значај „осуде за кривично дело”, већ је то била морална лекција са циљем послератне денацификације Немачке.<sup>14</sup> Међутим, питање корпоративне одговорности за кршење међународног права је било на уму судија, нарочито у накнадним „индустријалистичким“ процесима, па су те корпорације имале статус „невидљивог окривљеног“. У предмету *I. G. Farben*, чији се неформални назив и везује за име правног лица (а не као код осталих поступака, за имена физичких лица),<sup>15</sup> Трибунал се оградио наводима да је израз Фарбен употребљен као појам који илуструје инструмент у чије име су извршени противправни акти. Овој корпорацији имовина је одузета на основу самог закона<sup>16</sup>, као некривична процедурална мера.

### 3.2.2. Римски *стајшуй*

Током израде Римског статута<sup>17</sup> предложено је неколико верзија које предвиђају надлежност Међународног кривичног суда (у даљем тексту МКС) да суди, поред физичких лица и правних лицима (изузев држава),<sup>18</sup> али је предлог повучен и постојеће решење прописано чланом 25(1) Римског статута предвиђа одговорност само физичких лица за кривична дела из надлежности МКС. Разлози за повлачење предлога су вишеструки, али је пресудно да одговорност правних лица за кривична дела не постоји у свим правним системима, па би у случају усвајања овог решења у Статуту МКС, тај национални систем „пао“ на тесту комплементарности. Римски статут не искључује могућност да за међународна кривична дела из надлежности МКС одговарају физичка лица у привредним субјектима,<sup>19</sup> али до данас пред овим судом није покренут ниједан поступак против корпоративног директора као физичко лице за већ постојећа међународна кривична дела из Римског статута.

### 3.2.3. Документи Комисије ОУН за међународно право

Постоји неколико аката ОУН током чије израде су предлози били усмерени ка развоју одговорности правних лица у међународном праву, а разматрано је

14 М. Шкулић, *op. cit.*, 71.

15 *USA vs. Carl Krauch et al.* <http://werle.rewi.hu-berlin.de/IGFarbenCase.pdf>, 11.04.2024.

16 Закон бр. 9 Контролног савета од 30.11.1945. године [https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/lmlp/61035888\\_Volume-I/61035888\\_Volume-I.pdf](https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/lmlp/61035888_Volume-I/61035888_Volume-I.pdf), 225.

17 [http://digitallibrary.un.org/record/253772/files/A\\_CONF.183\\_2\\_Add.1-EN.pdf?ln=en](http://digitallibrary.un.org/record/253772/files/A_CONF.183_2_Add.1-EN.pdf?ln=en) 49, фуснота 3.

18 Члан 23.5. [http://digitallibrary.un.org/record/260092/files/A\\_CONF.183\\_C.1\\_WGGP\\_L.5\\_Rev.2-EN.pdf](http://digitallibrary.un.org/record/260092/files/A_CONF.183_C.1_WGGP_L.5_Rev.2-EN.pdf) 24.3.2024.

19 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).

и питање кривичне одговорности правних лица, чак и држава, што је сумирано у изводу Годишњака Комисије ОУН за међународно право из 1964. године.<sup>20</sup> Од значаја су и: Нацрт Кодекса о злочинима против мира и безбедности човечанства (по питању надлежности Кодекса *ratione personae*, први пут је разматрано питање међународне кривичне одговорности корпорација независно од питања одговорности држава<sup>21</sup>), Нацрт чланова о превенцији и кажњавању злочина против човечности из 2019.<sup>22</sup> (обавеза држава да утврди одговорност правних лица за кривична дела наведена је у нацрту, а која може бити кривична, грађанска или административна), Нацрт чланова о одговорности држава за противправне акте из 2021. године<sup>23</sup> (предвиђа *sui generis* међународну одговорност државе, али и под којим условима се акти појединача и ентитета (укључујући привредне субјекте које имају елемент државне власти) сматрају актима државе, нпр. члан 5).

## 4. ПОЗИТИВНОПРАВНА РЕШЕЊА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

### 4.1. Конвенције ОУН и Савета Европе

Пораст броја међународних кривичноправних конвенција које одређују настојање (не и обавезу) држава да пропишу одговорност правних лица за кривична дела, делује охрабрујуће уз чињеницу да већина јурисдикција прописује одговорност правних лица за кривична дела на принципу генералне клаузуле, те правна лица пред националним судовима могу одговарати и за свако дело прописано законом, па и за најтежа, међународна кривична дела. Посебан значај имају конвенције ОУН и Савета Европе, указује да ипак постоји могућност да се постигне консензус држава на ширем плану.

Конвенције ОУН су: Међународна конвенција о сузбијању и кажњавању злочина апартхејда,<sup>24</sup> Конвенција ОУН против транснационалног организованог криминала са допунским протоколима,<sup>25</sup> Конвенција ОУН против

20 Doc.A/CN.4/165 [https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_165.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_165.pdf), 126 т. 5. 2.3.2024.

21 [https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_25.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_25.pdf), 260-261. 18.3.2024.

22 [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/7\\_7\\_2019.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_7_2019.pdf), члан 6. тачка 8. 18.3.2024.

23 [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf), 18.3.2024.

24 *Сл. лист СФРЈ*, бр. 14/75 Чланом I став 2. ове Конвенције прописано је да „државе чланице ове конвенције проглашавају злочинцима оне организације, установе и појединце који врше злочин апартхејда“. Међутим, ова Конвенција прописује кривичну одговорност само за појединца, укључујући чланове организација, за извршење злочина апартхејда, иако као могуће учиниоце наводи организације.

25 Члан 10. Закона о потврђивању Конвенције УН против транснационалног организованог криминала са допунским протоколима, *Службени лист СРЈ – Међународни ујовори*, бр. 6/2001.

корупције<sup>26</sup>, Међународна конвенција о сузбијању финансирања тероризма<sup>27</sup>, Факултативни протокол уз Конвенцију о правима детета о забрани продаје деце, дечјој проституцији и дечјој порнографији,<sup>28</sup> Закон о потврђивању Протокола о елиминацији незаконите трговине дуванским производима.<sup>29</sup>

Конвенције Савета Европе су: Конвенција о високотехнолошком криминалу<sup>30</sup>, Кривичноправна конвенција о корупцији,<sup>31</sup> Конвенција о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом и финансирању тероризма,<sup>32</sup> Конвенција о спречавању тероризма,<sup>33</sup> Конвенција о борби против трговине људима,<sup>34</sup> Конвенција Савета Европе о фалсификовању фармацеутских производа и сличним кривичним делима која садрже претњу по јавно здравље (тзв. *Medicrime Convention*).<sup>35</sup>

Ниједна од наведених конвенција не прописује кривичну одговорност као једину врсту одговорности правних лица за кривична дела. У члановима који следе члан о одговорности правних лица за кривична дела из конвенције, ставља се резерва којом се упућује да решење мора бити у складу са правним начелима државе уговорнице. По правилу, конвенција садржи и клаузулу да „зависно од правних принципа односне стране уговорнице, одговорност правног лица може бити кривична, грађанско-правна или управна“ и санкционисана казненом мером која мора бити „ефективна, сразмерна и обесхрабрујућа“ и да ће укључити новчану казну. Уз то, одговорност правног лица не искључује одговорност физичког одговорног лица. Наведене конвенције не садрже одредбу шта се сматра правним лицем у смислу конкретне конвенције, нити упућујућу одредбу на унутрашње право.

26 *Сл. лист* СЦГ - *Међународни ујовори*, бр. 12/2005 (члан 26).

27 Члан 5. Закона о потврђивању Међународне конвенције о сузбијању финансирања тероризма, *Службени лист* СРЈ - *Међународни ујовори*, бр. 7/2002.

28 Члан 3. Закона о потврђивању Факултативног протокола о продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији, уз Конвенцију о правима детета, *Службени лист* СРЈ - *Међународни ујовори*, бр. 7/2002.

29 *Службени гласник РС - Међународни ујовори*, бр. 2/2017 (члан 15).

30 Члан 12. и 13. Закона о потврђивању Конвенције о високотехнолошком криминалу, *Службени гласник РС*, бр. 19/2009.

31 Члан 18. и 19. Закона о потврђивању кривичноправне конвенције о корупцији, *Службени лист* СРЈ - *Међународни ујовори*, бр. 2/2002 и *Службени лист* СЦГ, бр. 18/2005.

32 Члан 10. и 11. Закона о потврђивању Конвенције Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом и финансирања тероризма, *Службени гласник РС*, бр. 19/2009.

33 Члан 10. и 11. Закона о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању тероризма, *Службени гласник РС*, бр. 19/2009.

34 Члан 22. и 23. Закона о потврђивању Конвенције Савета Европе о борби против трговине људима, *Службени гласник РС*, бр. 19/2009.

35 Амбасадор РС при СЕ потписала конвенцију 2019. а Конвенција још увек није ратификована.

## 4.2. Поступци због непоштовања суда пред Специјалним трибуналом за Либан

Пред овим Трибуналом водила су се два поступка против правних лица и одговорних лица у њима, због непоштовања суда: један против новина *Akhbar Beirut S.A.L.*,<sup>36</sup> а други против тв станице *NEW TV S.A.L.*<sup>37</sup>, због повреде тајности идентитета неколико сведока оптужбе у предмету *Ayyash et al.* Иако су се поступци различито окончали (тв станица ослобођена,<sup>38</sup> а новине осуђене<sup>39</sup>), за питање одговорности корпорација за кривична дела, од значаја је поступање Трибунала у фази испитивања оптужнице, када је судија за претходни поступак стао на становиште да постоји надлежност Трибунала *ratione personae* за суђење правним лицима, а судија првог степена за непоштовање суда да не постоји, па је у оба предмета (и за новине и за тв станицу) другостепено веће одлучило да постоји надлежност Трибунала за суђење правним лицима.<sup>40</sup>

Судија Барагванат, надлежан за претходни поступак, пошао је од инхерентне надлежности суда да штити интегритет судског процеса, па је закључио да тај Трибунал има надлежност суди за кривично дело непоштовања суда, иако оно није прописано Статутом, већ Правилником о поступку и доказима. Мада по самом Статуту окривљени могу бити само физичка лица, за непоштовање суда могу бити окривљена и правна лица јер она „не могу имати више права од физичких лица да се мешају у судски процес“. Одлука суда образложена је и упоредноправним тумачењем, одн. чињеницом да се од усвајања Статута МКС па до данас, у националне правне системе прогресивно уводи кривична одговорност правних лица, при чему и либански кривични закон познаје ову надлежност. Осим тога, класични, уобичајени извршиоци непоштовања суда су управо правна лица, а не физичка лица.

Након тога поступак се наставио пред првостепеним судијом Летије-ријем у поступку за непоштовање суда, који је донео одлуку да се одбаци оптужница против правног лица јер Правила о поступку и доказима могу проширивати надлежност суда одређену Статутом у смислу *ratione materiae*, али не и у смислу *ratione personae*. Осим тога, позвао се на одредбе о тумачењу уговора према Бечкој конвенцији о уговорном праву и закључио да је суд основан да суди физичким лицима, па се не може применити аналогија на

36 *Akhbar Beirut S.A.L. & Mr Ibrahim Mohamed Ali Al Amin* (број предмета STL-14-06)

37 *Al Jadeed S.A.L. & Ms Khayat* (број предмета STL-14-05). *Al Jadeed* преведено на енглески је *New TV*.

38 <https://www.legal-tools.org/doc/0adecd/pdf>. 15.3.2024.

39 <https://www.legal-tools.org/doc/3dda96/pdf>. 15.3.2024. Правно лице је осуђено на 6.000 евра, а одговорно лице на 20.000 евра.

40 <https://www.legal-tools.org/doc/96b6b3/pdf> (*Akhbar Beirut* - интерлокуторна жалба) 15.3.2024. <https://www.legal-tools.org/doc/e8fbb1/pdf> (*New Tv S.A.L.* - интерлокуторна жалба) 15.3.2024.

правна лица када је у питању непоштовање суда. Не постоји општи принцип међународног права (било кривичног права, уговорног или обичајног) који подржава корпоративну одговорност. Највише што би се могло рећи је да међународно право не забрањује наметање кривичне одговорности за корпорације, али то се не може превести у проширење значења појма „особа“ да би укључила ентитете изван физичких лица. Само „тренд“ ка ширем признавању корпоративне кривичне одговорности у „већини земаља“ је недовољан „да би се утврдило постојање консензуса о одређеном принципу, јер занемарује многе велике и значајне правне системе у којима корпоративна одговорност није прихваћена (Немачка и Италија).

Другостепено веће је преиначило одлуку судије Летијерија и пресудило да је Трибунал надлежан за суђење правним лицима због непоштовања суда. Израз „особа“ у правном контексту може укључивати физичко лице или правно лице, које је законом признато као субјект права и дужности. Осим тога, коришћено је лингвистичко тумачење. И Статут и Правила о раду Трибунала сачињени су на три званична језика – арапском, енглеском и француском и да, за разлику од енглеске верзије, арапска и француска верзија Статута не садрже родно одређен језик. Из тога се закључује да намера аутора није била да ограниче обим одредбе само на физичка лица, узимајући посебно у обзир одредбе Бечке конвенције о уговорном праву које се тичу тумачења уговора, те када би намера била да се ограничи делокруг Правила на физичка лица, то би се учинило на начин како је прописана дефиниција оштећеног- жртве. И другостепено веће је одлуку засновало на компаративном приступу, као и судија Барагванат (“питање корпоративне одговорности за кршење људских права постало је централна тачка међународног дневног реда о људским правима”). Потом наводи и да у Немачкој и Италији, нису у потпуности лишена решења (Италија) или макар предлога (Немачка) којима напуштају досадашње ригидне ставове и наводи изузетно детаљан списак националних законодавстава на свим континентима, која познају кривичну одговорност правних лица, позивајући се конкретне чланове закона. На крају, суд смело закључује да је „кривична одговорност корпорација на ивици достизања, у најмању руку, статуса општег принципа права који се примењује према међународном праву“.

### 4.3. Малабо Протокол

Малабо Протокол Статута Афричког суда правде и људских права и права народа<sup>41</sup> још није на снази, а њиме је предвиђено формирање регионалног Афричког суда правде и људских права, који ће бити надлежан за

41 Протокол о изменама и допунама Протокола који се односе на Статут Афричког суда правде и људских права и права народа, тзв. Малабо протокол, ступиће на снагу након ратификације 15 од 55 држава чланица Афричке уније. <https://au.int/>

кривичне поступке у вези извршења међународних кривичних дела и транс-националних кривичних дела (14 кривичних дела, укључујући и геноцид, злочине против човечности, ратни злочин и агресију). Ова надлежност је разумљива, имајући у виду број оптужби против мултинационалних корпорација због њихове умешаности у кршења људских права извршених у Африци. Довољно је поменути да су у афричким земљама откривени мешовити безбедносни споразуми на локацијама где се врши екстракциона делатност (експлоатација руда, гаса, горива) између екстракционих корпорација и војних и безбедносних компанија, што намеће бројна питања, па и оно чији интерес бране јавне снаге.<sup>42</sup>

Чланом 46 Ц Протокола уз наведени Статут, прописана је корпоративна кривична одговорност. Карактеристике овог револуционарног решења у међународном кривичном праву су:

- а) Окривљени може бити правно лице, изузимајући државе. Из наслова, а и формулација коришћених у осталим ставовима, произилази да појам правног лица треба тумачити рестриктивно, тако да се односи само на профитне субјекте- корпорације, без обзира да ли су у јавном или приватном власништву;<sup>43</sup>
- б) Кривична одговорност правних лица не искључује кривичну одговорност физичких лица која су извршиоци или саучесници у истим кривичним делима;
- в) Кривична одговорност правних лица није заснована на радњама појединца или органа корпорације, већ је резултат сложене интеракције корпоративних политика, прописа и институционализоване праксе. Одговорност корпорације је примарна и не зависи од одговорности било ког појединца. Одговорност се анализира тако што се директно постављају питања о томе шта је корпорација урадила или није урадила као организација, шта је знала или је требало да зна о свом понашању и шта је урадила или је требало да учини да спречи nanoшење штете.

Потребно је доказати корпоративну намеру, а чланом 46. Ц прописана су правила за доказивање те намере:

- Корпоративни намера да се изврши кривично дело може се утврдити доказивањем да је политика корпорације била да се предузимају радње

[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](https://www.ohchr.org/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), 13.3.2024.

42 <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Mercenaries/WG/PrivateMilitarySecurity/DenverUni.pdf>, 23.3.2024.

43 J. Kyriakakis, *Article 46C Corporate Criminal Liability at the African Criminal Court* in C. Jalloh, K. Clarke, V. Nmeielle *African Court of Justice and Human and People's Rights in context Development and Challenges*, Cambodge, 2017, 811. [https://www.cambridge.org/core/books/african-court-of-justice-and-human-and-peoples-rights-in-context/article-46c/D3B095872B85E71094C479EF06580BE3?utm\\_campaign=shareaholic&utm\\_medium=copy\\_link&utm\\_source=bookmark](https://www.cambridge.org/core/books/african-court-of-justice-and-human-and-peoples-rights-in-context/article-46c/D3B095872B85E71094C479EF06580BE3?utm_campaign=shareaholic&utm_medium=copy_link&utm_source=bookmark) 24.3.2024.



којима се чини кривично дело. Као таква, одредба се односи на постојање релевантне политике која предвиђа чињење конкретних кривичних дела, а не на понашање одређених физичких лица.

- Политика се може приписати корпорацији када пружа најразумније објашњење понашања те корпорације. Спорно је да ли „политика“ (овај појам није одређен Протоколом), обухвата моделе поступања који су прописани интерним актима или и неформалне *de facto* ставове.
- Корпоративно сазнање о извршењу кривичног дела може се утврдити доказивањем да је у оквиру корпорације поседовано стварно или конструктивно знање о релевантним информацијама (модел агрегације заснован на претпоставци да корпоративно знање може настати повезивањем мисли различитих агената правног тела и на тај начин стварањем потребног менталног елемента). Знање се може поседовати у оквиру корпорације, иако су релевантне информације подељене између корпоративног особља (знање о догађају може се приписати корпорацији чак и када није могуће идентификовати појединца који поседује исти ниво знања о конкретној чињеници или догађају). Конструктивно знање односи се на ситуације у којима се познавање одређене информације подразумева под претпоставком да је одговорно лице требало да дође до те информације разумном пажњом<sup>44</sup>. За разлику од Римског статута, Малабо протокол укључује и стварно знање и конструктивно знање („требало је да зна“).

Санкције у Малабо протоколу затвор и новчана казна. Изостављање мера безбедности, доводи у питање ефикасност изрицања само новчане казне, а ово решење вероватно је последица намере да се Протоколу прикључи што већи број држава. Одузимање имовине као мера *sui generis* суд може изрећи према било ком лицу, ако је та имовина стечена незаконито или услед извршења кривичног дела, уз враћање законитом власнику или одговарајућој држави чланици.

## 5. МЕЂУЗАВИСНОСТ ЉУДСКИХ ПРАВА И МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА

Поједини криминолози сматрају да је супротстављање држава криминалитету мултинационалних корпорација неозбиљно и на националном и на међународном нивоу, указујући да „безбедносни консензус“ своју пажњу усмерава на транснационални организовани криминалитет, трговину људима, геноцид и тероризам, изостављајући сва уобичајена кривична дела

44 J. Kyriakakis, *op. cit.*, 819.

мултинационалних корпорација, која су уперена против запослених, потрошача и животне средине, снажно марширајући по тактовима „капиталистичког ритма“ корпоративне репродукције.<sup>45</sup> Међутим, питање корпоративне одговорности за кршење људских права постало је централна тачка међународног дневног реда о људским правима, а то је констатовано и у одлуци другостепеног већа међународног Специјалног трибунала за Либан. Управо се активности ОУН по питању одговорности корпорација за кривична дела везују на кршења људских права. На том плану посебан значај има рад Савета за људска права ОУН.

Док је право људских права оријентисано пре свега на жртве кривичних дела и има за циљ да инхибира државу од арбитарног поступања и заштити појединаца од њеног задирања у њих, кривично право је оријентисано пре свега на окривљеног као централног процесног субјекта и консолидацију званичних прерогатива и ауторитета државе.<sup>46</sup> Развој међународноправних норми које регулишу кривичне поступке против правних лица због тешких кршења људских права, треба да иде у правцу помирења ове две правне гране, тако да се у свеобухватном поступку осим одлуке о одговорности окривљених и санкцији, да адекватан значај жртвама, путем ресторативне правде, пре свега кроз одлуку о имовинскоправном захтеву оштећених као обавезном делу такве осуђујуће пресуде.

## 5.1. Правно обавезујући инструмент Савета за људска права ОУН

Након доношења Резолуције<sup>47</sup> и Руководећих начела за пословање и људска права из 2011. године (*UNGPs*),<sup>48</sup> у Савету за људска права ОУН је у току рад на нацрту „правно обавезујућег инструмента“ о утицају транснационалних организација и других пословних субјеката на поштовање људских права. Према постојећем нацрту члана 8. прописује се “правна“

45 Г. Барак, *Неконтролисана моћ корпорација, Зашто су злочини мултинационалних корпорација рутинизовани и шта са њим у вези можемо учинити*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, 130-132.

46 А. Reiter, „Resolving the humanitarian equation: how to reconcile the tensions between international criminal law, human rights and international humanitarian law?“, *Журнал за криминалистичку и право*, бр. 2/2013. Криминалистичко- полицијска академија, Београд, 2013, 33. [http://www.kpa.edu.rs/cms/data/akademija/nbp/NBP\\_2013\\_2.pdf](http://www.kpa.edu.rs/cms/data/akademija/nbp/NBP_2013_2.pdf) 27. 3.2024

47 A/HRC/RES/17/4 <https://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/HRC/RES/17/4&Lang=E> 19.3.2024.

48 Аутор предлога је проф. *John Ruggie*, а Београдски центар за људска права превео их је на српски језик. <https://bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2013/11/Portal-ljudska-prava-i-biznis-rukovodeca-nacela.pdf> 27.3.2024. Овај инструмент не прописује директне обавезе корпорацијама у погледу заштите људских права, већ првенствену обавезу државе.

одговорност како правних, тако и физичких лица, за злоупотребе људских права које произилазе из њихове пословне активности, укључујући и оне транснационалног карактера. Правна одговорност може бити грађанска, кривична или административна, у складу са околностима и у зависности од правног система државе потписнице. Одговорност треба да буде тако прописана да жртвама обезбеди делотворна средства правне заштите и да буде сразмерна тежини кршења људских права, а одговорност се успоставља за: 1) Заверу ради кршења људских права и 2) посредно извршилаштво (*aiding and abetting*), олакшавање и саветовање извршења повреде људских права.<sup>49</sup> Одговорност правног лица није условљена постојањем одговорности физичког лица. Посебно, кривична одговорност или њен функционални еквивалент, правног или физичког лица није условљен утврђивањем грађанскоправне одговорности тог лица и обрнуто. Одговорност правног или физичког лица није условљена утврђивањем одговорности главног извршиоца за то противправно дело.<sup>50</sup> Предмет расправе је и „пословна активност“, која према постојећем нацрту подразумева било коју економску или другу активност, а и сваки други пословни однос који је предузело физичко или правно лице, укључујући и државна предузећа. Ово укључује активности предузете електронским путем.

Транснационални карактер пословне активности постоји када је иста предузета на један од следећих начина:

- Предузима се у више од једне јурисдикције или државе, или
- Предузета је у једној држави, али се значајан део његове припреме, планирања, усмеравања, контроле, пројектовања, прераде, производње, складиштења или дистрибуције, одвија кроз било који пословни однос у другој држави или јурисдикцији, или
- Предузета је у једној држави, али има значајан ефекат у другој држави или јурисдикцији.

Од значаја су и одредбе о узајамној правној помоћи (чл. 12.), која укључује сарадњу држава у свим врстама поступака, као и међународној помоћи (чл. 13. 2. (е)), која, између осталог, укључује и Међународни фонд за жртве (чл. 15.7.), незастаривање (чл. 10.) кршења људских права која представљају најтежа кривична дела за међународну заједницу у целини, укључујући ратне злочине, злочине против човечности или геноцид, као и надлежности држава *ratione personae*, који подразумева надлежност над сваким пословним субјектом који има домицил на територији државе потписнице, што подразумева један од услова: место оснивања или регистрације; основна

49 Више о посредном извршилаштву и завери као облицима извршења кривичног дела видети: М. Шкулић, *Кривично право Сједињених Америчких Држава*, Службени гласник, Београд, 2023, 68. и 95-107.

50 A/HRC/55/59/Add.1 [https://digitallibrary.un.org/record/4037588/files/A\\_HRC\\_55\\_59\\_Add.1-EN.pdf?version=1](https://digitallibrary.un.org/record/4037588/files/A_HRC_55_59_Add.1-EN.pdf?version=1) 7.3.2024.

средства или операције; централна управа или управљање; главно место пословања или активности.

## 5.2. Програми усклађености и дужна пажња

Програми усклађености и дужна пажња о људским правима (HRDD) имају кључну улогу у процени корпоративних намера.<sup>51</sup> Програм усклађености о људским правима је интерни акт привредног субјекта који помаже да се то правно лице у свом пословању придржава стандарда људских права и основних слобода, доприноси уклањању (или макар смањењу) ризика повреде тих права и слобода и избегавању лоших пословних потеза како би се обезбедило дугорочно „здрово пословање“. На нивоу националних законодавстава, процена програма усклађености и дужне пажње постоји, нпр. у Француској,<sup>52</sup> Швајцарској,<sup>53</sup> Аустралији, САД,<sup>54</sup> као и Немачкој<sup>55</sup> и Италији.<sup>56</sup> У САД се користи Приручник за правосуђе у коме су, *inter alia*, наведени програми усклађености (\$9-28.800).<sup>57</sup> Министарство правде САД даје Смернице за процену програма усклађености корпорација, а најновије су ажуриране 2023. године.<sup>58</sup> Процена је у надлежности јавног тужиоца, а он полази од три фундаментална питања која се даље разрађују: 1. Да ли је програм усклађености добро сачињен? 2. Да ли се програм примењује у доброј вери тј. да ли је потпомогнут адекватним ресурсима тако да ефикасно функционише? 3. Да ли програм у стварности функционише?

Недостатак надзора као основ за корпоративну кривичну одговорност заснован је на нехату када корпорација (или њени директори и менаџери) није донела ефикасне програме усклађености како би се надгледало и контролисало понашање запослених. Постоје схватања да корпоративна намера

51 A. De Tommaso, *Corporate liability and international criminal law*, Routledge Taylor & Francis Group, London and New York, 2024, 134.

52 Закон бр. 2017-399 од 27.03.2017. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626> 4.4.2024.

53 Члан 102(1) швајцарског Кривичног закона прописује да су компаније кривично одговорне за дело учињено у „обављању комерцијалне делатности... и ако ово дело није могуће приписати неком конкретном физичком лицу“ када је дело извршено због неадекватне организације предузећа [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757\\_781\\_799/en#art\\_102](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/en#art_102) 18.3.2024.

54 Видети, на пример, Кривични законик Аустралије из 1995. § 12.3(3) и Комисија за казну Сједињених Држава, Приручник са смерницама, §8Б2.1. (новембар 2021).

55 Немачки закон из 2021. године <https://responsiblebusinesshub.pks.rs/wp-content/uploads/2023/04/Zakon-o-dju-dilidzensu-u-lancu-snabdevanja.pdf> неформални превод Привредне коморе Србије на српски језик.

56 *Decreto Legislativo* n. 231/2001.

57 <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations#9-28.800> 23.03.2024.

58 <https://www.justice.gov/criminal/criminal-fraud/page/file/937501/dl?inline> 23.3.2024.

постоји у било којој од следећих околности: постојање политике која је експлицитно или имплицитно приморала, охрабрила, овластила или на било који начин толерисала извршење кривичног дела; поседовање културе која је усмеравала, подстицала или толерисала чињење кривичног дела; неспровођење програма поштовања прописа или неспровођење дужне пажње како би се спречило извршење кривичног дела; или непредузимање превентивних мера као одговор на извршење кривичног дела.<sup>59</sup> При том, корпоративна политика у ширем смислу значи став, политику, правило, ток понашања или праксу која постоји у оквиру корпорације или њеног дела у оквиру ког се предузимају релевантне радње.<sup>60</sup>

Одредбе о организационим пропустима услед непоступања са дужном пажњом могу утицати на терет доказивања и претпоставку невиности, уз напомену да се услед инхерентних разлика, сва људска права не могу аутоматски преликати и на правна лица, већ се морају уже тумачити. Могућност пребацивања терета доказивања на окривљену корпорацију у случају пропуста у унутрашњој организацији (пропуштање дужног надзора), прихваћена је у неколико земаља као што су Аустралија, Италија,<sup>61</sup> Уједињено Краљевство и Сједињене Државе.<sup>62</sup> Реч је о законским претпоставкама којима се регулише пословање корпорације, па правила о терету доказивања у казненом поступку нису повређена.

Обавеза поступања са појачаном пажњом не може бити предмет уређивања само интерним актима корпорације и саморегулације. Уколико се ово питање препусти у претежном делу корпорацијама, то ће бити само показатељ неспремности и слабости држава да као носиоци јавне власти одређују правила понашања која су од значаја целу репрезентовану заједницу, независно од економске снаге њених чланова. Илустративан пример спремности је Акт о трговини наоружањем донет у УН, који је ратификовала и Република Србија<sup>63</sup>, којим је прописано да држава чланица не сме да одобри било какав трансфер конвенционалног наоружања, његових делова и компоненти или муниције, ако у време издавања одобрења има сазнања да ће оружје, односно ти производи бити коришћени за вршење геноцида, злочина против човечности, тешких повреда Женевских конвенција из 1949. године, нападе усмерене против цивилних објеката, односно цивила који су заштићени као такви, односно других ратних злочина дефинисаних међународним споразумима чија је она чланица.

59 C. Maglie, *Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law*, Washington University Global Studies Law Review (2005) 4, према A. De Tommaso, *op. cit.*, 197.

60 Дефиниција из чл. 13.3(6) Кривичног законика Аустралије [https://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/consol\\_act/cca1995115/sch1.html](https://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/consol_act/cca1995115/sch1.html) 24.3.2024.

61 Прописана је административна одговорност корпорација за коју су предвиђене новчане казне и мере безбедности.

62 A. De Tommaso, *op. cit.*, 210.

63 Закон о потврђивању Уговора о трговини наоружањем, *Службени гласник РС - Међународни уговори*, бр. 14/2014, члан 6. став 3.

## 6. УЧЕШЋЕ ПРАВНИХ ЛИЦА У КРИВИЧНИМ ПОСТУПЦИМА ЗА МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНА ДЕЛА ПРЕД НАЦИОНАЛНИМ СУДОВИМА

Упркос скептичном погледу теорије на постојање „кротитеља великих корпорација“,<sup>64</sup> у XXI веку међународно кривично право доживљава своју експанзију управо на националном нивоу. Након неколико пионирских истрага у Швајцарској и Холандији, у току је неколико кривичних поступака који се воде пред националним судовима, за међународна кривична дела која за последицу имају тешке повреде људских права, а у којима су учесници корпорације.<sup>65</sup> Посебну пажњу медијске и стручне јавности добили су поступци пред Окружним судом у Паризу и Окружним судом у Стокхолму. У оба предмета, корпорације су извршиле статусне промене након покретања кривичног поступка. Највиши судови Шведске<sup>66</sup> и Француске<sup>67</sup> су разматрали питање надлежности националног суда за суђење за међународна кривична дела на принципу универзалне јурисдикције, дајући позитиван одговор.

### 6.1. Предмет *Lafarge*

Касациони суд Француске је у јануару 2024. године потврдио оптужницу подигнуту против мултинационалне корпорације *Lafarge* (променили име 2021. године), извршног директора и још осам руководилаца за учествовање у кривичним делима: финансирање терористичке групе, саучесништво (*aiding and abetting*) злочинима против човечности, те и злоупотребу рада других у Сирији, а одбацио оптужбе за кривично дело излагања опасности (јер се на радне односе запослених који су излагани опасности у конкретном случају примењује сиријски, а не француски закон).<sup>68</sup> Оптуженима се ставља

64 W. Laufer, N. Selvaggi, „Responsabilità penale degli enti ed ecezionalità americano“, *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, 1-2/2019, 49. [https://www.academia.edu/40422535/Corporate\\_Criminal\\_Liability\\_and\\_American\\_Exceptionalism?source=swp\\_share](https://www.academia.edu/40422535/Corporate_Criminal_Liability_and_American_Exceptionalism?source=swp_share) 23.3.2024.

65 <https://ujim.trialinternational.org/>

66 Одлука Врховног суда Шведске Ö 1314-22 од 10.11.2022 <https://www.domstol.se/globalassets/filer/domstol/hogstodomstolen/avgoranden/engelska-oversattningar/o-1314-22-eng.pdf> 19.03.2024.

67 Два предмета (кривични поступци се воде само против физичких лица) у којима је Касациони суд Француске на општој седници (*sic!*) разматрао питање универзалне јурисдикције, посредно се односе на предмет *Lafarge* <https://www.courdecassation.fr/en/toutes-les-actualites/2023/05/12/press-release-universal-jurisdiction-french-justice-crimes> 4.4.2024.

68 Одлука Касационог суда Француске бр. 22-83.681 од 16.01.2024. <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000048990868> 12.04.2024.

на терет да су платили око 13 милиона евра групама, укључујући терористичку групу *ISIS/Daesh*, да би задржали присуство у граду *Jalabiya* у северној Сирији током грађанског рата у коме су обављали делатност. Из доказа достављених суду произилази да су француске обавештајне агенције користиле мрежу односа корпорације, сарадњу са терористичким групама у Сирији и састанке како би добиле вести из регије и тамо спроводиле своје операције и да нису упозорили корпорацију да чини злочин, што су окривљени истакли у прилог одбране. Међутим, из записника са недељних састанака закључено је да је корпорација пружала подршку *ISIS* и при том имала „прецизна сазнања“ о криминалној природи активности ове терористичке групе за које је „вероватно да представљају злочине против човечности“. Становиште суда је да је свесно плаћање неколико милиона долара организацији чија је сврха била искључиво вршење кривичних дела, довољно да представља саучесништво у кривичним делима које је злочиначка организација извршила, без обзира на то да ли је саучесник обављао комерцијалну делатност. Наводи одбране да су поступци окривљених имали за циљ да обављају комерцијалну делатност оцењени су као ирелевантни, јер се тичу питања мотива који стоје ван субјективног елемента бића кривичног дела. Такође, окривљенима је била позната Резолуција Савета безбедности ОУН 2170/2014 која забрањује финансирање терористичких организација, а за постојање кривичног дела није неопходно да је окривљени привржен циљевима терористичке организације нити познавање конкретног планираног терористичког акта, већ само финансирање, са знањем да су средства намењена за коришћење, у целини или делимично, у циљу извршења било ког од терористичких аката предвиђених кривичним законом, без обзира да ли ће се акт извршити или не.<sup>69</sup> Поставља се и питање домаћаја принципа *ne bis in idem* у међународном кривичном праву, имајући у виду да је у САД још 2022. године Министарство правде закључило споразум о признању кривице са окривљеним правним лицем *Lafarge* и његовим предузећем- ћерком које је имало седиште у Сирији, па је обавезано да плати новчану казну и одузимање имовине у укупном износу од 788 милиона долара. Питање је да ли се чињенично ради о истом делу, имајући у виду да је у поступку који се водио у САД корпорација закључила споразум о кривици признајући финансирање терористичких организација током 2013. и 2014. године, а у Француској се води поступак и за ратни злочин и злочин против човечности. У поступку у САД јавни тужилац је закључио да је *Lafarge* продат трећој компанији у јулу 2015. године, при чему руководиоци *Lafarge* нису открили компанији стицаоцу да су вршене спорне

69 Одлука Касационог суда Француске бр. 19-87.367 од 07.09.2021. године [https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2021/09/07/terrorism-terrorist-financing-intention-provision-funds-knowledge?thematique%5B1676%5D=1676&items\\_per\\_page=10&sort\\_bef\\_combine=created\\_DESC&date\\_du=&date\\_au=&sort\\_by=created&sort\\_order=DESC&page=7](https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2021/09/07/terrorism-terrorist-financing-intention-provision-funds-knowledge?thematique%5B1676%5D=1676&items_per_page=10&sort_bef_combine=created_DESC&date_du=&date_au=&sort_by=created&sort_order=DESC&page=7) 12.04.2024.

исплате терористичким организацијама пре него што је извршена аквизиција, а компанија стицалац није са дужном пажњом спровела анализу пословања *Lafarge* у Сирији ни пре, а ни након аквизиције.

## 6.2. Предмет *Lundin*

Пред Окружним судом у Стокхолму је у току кривични поступак *B 11304-14*<sup>70</sup> против као и *I.L.*, председника одбора директора, шведског држављанина и *A.S.*, бившег извршног директора, држављанина Швајцарске, којима се оптужницом<sup>71</sup> тужиоца за организовани криминал ставља на терет помагање (*aiding and abetting*) суданској влади (пре свега омогућавањем коришћења инфраструктуре корпорације- писта за авионе и хеликоптере, као и аутомобила) да у периоду 1999-2003. изврше ратни злочин над цивилним становништвом (12.000 мртвих и 160.000 расељених), са циљем да се обезбеде нафтне операције корпорације на тој територији, током немеђународног оружаног сукоба у Јужном Судану (а у време извршења, јужном делу Судана). Поступак против правног лица, мултинационалне корпорације *Lundin*, води се као адхезиони уз кривични поступак. Врховни суд Шведске је стао на становиште да је шведски суд надлежан на принципу универзалне јурисдикције, без обзира што су наводна дела извршена у немеђународном оружаном сукобу и што је окривљени *A.S.* страни држављанин који није затечен нити има пребивалиште у Шведској. Како је, према наводима оптужбе, *A.S.* био представник компаније у шведској корпоративној групи, који је деловао појединачно или заједно и у договору са окривљеним шведским држављанином, по оцени суда то је довољна веза са Шведском да би постојао легитимни државни интерес за суђење за међународна кривична дела. Након што је тужилац одустао од дела првобитне оптужнице, *A.S.* је тражио накнаду трошкова, у укупном износу око 8,3 милиона евра. Врховни суд Шведске је одбио овај захтев у целости,<sup>72</sup> наводећи да, *inter alia*, нису достављени уверљиви докази да је захтев за накнаду трошкова разумно опредељен, при чему питања шведске јурисдикције и садржине општег међународног права може решавати уобичајено обучен адвокат. Јавни тужилац је против правног лица поднео захтев за одузимање имовинске користи прибављене кривичним делом, а три пута је повећавао износ јер се мењала методологија прорачуна и тренутно је око 210 милиона евра. Оптужним актом је предложено и изрицање корпоративне новчане

70 [https://unpaiddebt.org/wp-content/uploads/sites/5/2023/01/1254\\_Stockholms-TR-B-11304-14-Aktbil-1254-Ab-1247-1248-o%CC%88versatt-till-eng.pdf](https://unpaiddebt.org/wp-content/uploads/sites/5/2023/01/1254_Stockholms-TR-B-11304-14-Aktbil-1254-Ab-1247-1248-o%CC%88versatt-till-eng.pdf) 19.3.2024.

71 <https://www.nigrizia.it/wp-content/uploads/sites/2/2021/11/Aanklacht-EN.pdf> 01.04.2024.

72 Ö 1314-22 од 06.10.2022. <https://www.aklagare.se/globalassets/dokument/verksamheten-i-hogsta-domstolen/svarsskrivelser-och-forklaringar/amr-3137-22-3.pdf> 24.3.2024.



казне правном лицу у износу од око 264.000 евра, због кривичних дела учињених у вршењу привредне делатности, са образложењем да представници окривљеног правног лица нису урадили оно што би разумно могло бити очекивано са циљем спречавања криминалне активности. Оптужницом је предложено за окривљена физичка лица и изрицање мере безбедности забране обављања привредне делатности у трајању од 10 година. *Lundin* је пре статусне промене могућност подизања оптужнице идентификовао као велики ризик због економских последица, негативног *goodwill* и ефеката на пословање уопште. У новембру 2023. године, првостепени суд је (у току поступка) упутио 27 оштећених да своје имовинскоправне захтеве остварују у појединачним парничним поступцима, а на одлуку оштећени имају право жалбе. Због статусних промена које су довеле до промене власничке структуре (трансакција од 14 милиона долара), невладине организације су поднеле пријаву норвешким властима против правног лица *Aker*, као стицаоца шведске нафтне компаније, са циљем да се преиспита пословање друштва стицаоца у смислу дужне пажње људских права по Смерницама ОЕЦД, јер је услед околности које су пратиле преузимање (брзине којом је извршено преузимање и то путем непосредне погодбе уместо уобичајеног јавног тендера, као и уговорених ограничења одговорности за штету), угрожено остваривање права на жалбу и права на накнаду штете оштећених у кривичном поступку који се води у Шведској.

## 7. ЗАКЉУЧАК

Увођење корпоративне кривичне одговорности у међународно кривично право значајно доприноси развоју ресторативне правде и поштовању људских права и основних слобода. Прописивањем и неновчаних санкција правним лицима за међународна кривична дела, активира се и превентивна функција санкција. Иако корпорација „нема душу коју би проклели“, њен капитал је као плашљива бела голубица која више страхује од непроцењивих последица услед нарушавања пословног угледа, него од плаћања новчане казне која се планира унапред као ризик пословања. У том смислу треба размотрити и могућност прописивања кривичног гоњења корпорације стицаоца, уколико је (једина или претежна) сврха статусне промене била избегавање кривичне одговорности корпорације преносиоца или друго изигравање закона. Наведено решење може допринети примени принципа дужне пажње у дубинској анализи трансакција преносиоца од стране друштва стицаоца, уз испуњеност одређених додатних услова<sup>73</sup>. Од значаја је и развој одговарајуће међународне правосудне сарадње у кривичним поступцима против транснационалних и мултинационалних

73 Видети сентенцу Касационог суда Француске бр. 2333 од 25.11.2020. (предмет 18-86.955). <https://www.courdecassation.fr/print/pdf/node/2641>. 15. 4. 2024.

корпорација по питању примене принципа *ne bis in idem*. Може се очекивати и да ће се, уз подршку организација за заштиту људских права, пред националним судовима повећати број кривичних поступака на принципу универзалне јурисдикције против окривљених правних лица за међународна кривична дела.

## ЛИТЕРАТУРА

- Bakan J., *The Corporation: The Pathological Pursuit of Profit and Power*, New York: Free Press, 2004.
- Барак Г., *Неконтролисана моћ корпорација, Заштито су злочини мултинационалних корпорација руинизовани и шта са њим у вези можемо учинити*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020.
- De Tommaso A., *Corporate liability and international criminal law*, Routledge Taylor&Francis Group, London and New York, 2024.
- Камбовски В., „Актуелни проблеми примене међународног казненог права у казненом праву“, *Темајски међународни научни скуп Релевантна истражања примене међународној кривичној права у националном праву*, Удружење за међународно кривично право, Тара 2012.
- Крећа М., *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2023.
- Kyriakakis J., Article 46C Corporate Criminal Liability at the African Criminal Court in Jalloh C., Clarke K., Nmeihelle V. *African Court of Justice and Human and People's Rights in context- Development and Challenges*, Cambridge, 2017.
- Laufer W., Selvaggi N., „Responsabilità penale degli enti ed ecezionalità americana“, *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia* No. 1-2/2019
- Martínez Patón V., *Refutación del principio Societas delinquere non potest*, Real Academia Asturiana de Jurisprudencia, Oviedo 2020.
- Reiter A., „Resolving the humanitarian equation: how to reconcile the tensions between international criminal law, human rights and international humanitarian law?“, *Журнал за криминалистику и право*, бр. 2/2013, Криминалистичко- полицијска академија, Београд, 2013.
- Чучковић Б., *Примена правила о одговорности државе за еколошку штету*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012.
- Шкулић М., *Кривично право Сједињених Америчких Држава*, Службени гласник, Београд, 2023.
- Шкулић М., *Међународно кривично право, просјорно важење кривичној права, кривично право међународној порекла, међународна кривичноправна помоћ, зачеци кривичној права ЕУ*, Службени гласник, Београд, 2022.
- Напомена: Интернет странице извора наведене су у одговарајућим фуснотама.

*Jelena Šopalović\**

## LIABILITY OF LEGAL ENTITIES IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

### *Summary*

*After a brief review of theories on the criminal liability of legal entities and solutions in national legal systems, the paper starts with the idea of introducing criminal liability of legal entities in international law acts and bodies. The following is an analysis of positive legal solutions in international criminal law, the interdependence of human rights and international criminal law, with a special scope on compliance programs and HRDD. The final part gives an overview of criminal proceedings before the district courts of France and Sweden against the accused of international criminal offences, with the conclusion that an increase in the number of criminal proceedings against corporations before national criminal courts, based on the principle of universal jurisdiction, can be reasonably expected.*

**Keywords: criminal liability of legal entities, corporations, international criminal law, human rights, universal jurisdiction**

---

\* Judicial Advisor, Commercial Appellate Court, jsopalovic@gmail.com.



## КРИВИЧНОПРАВНИ И ДОКАЗНИ АСПЕКТИ ЗЛОЧИНА СИЛОВАЊА У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

*Ајсџракт:* Злочин силовања, иако њрејознај обичајним међународним ѡравом, ѡ ѡрви ѡуш се експлицитно, у једном ојшџе-ѡризнајшом докуменџу, нормира у Женевској конвенџији о зашџиџи ѡрађанских лица за време рајша из 1949. ѡдине. Уѡркос ѡшоме, ѡреба ѡримеџиџи да је ѡек у судској ѡпракси *ad hoc* Трибунала за бившу Јуѡславију и Руанду и сѡјалној Међународној кривичној суда злочин силовања добио на ѡпраџичном значају. У ѡрвом делу рага се анализирају основне маџеријалноѡравне дилеме које се ѡџичу де-ѡфинисања злочина силовања са осврѡом на судску ѡпраксу. У друѡом делу рага се разматра силовање као ѡѡшенџијални ѡјавни облик ѡеноцида, злочина ѡроџив човечности или рајшних злочина. Коначно, у ѡређем делу рага ауѡор се бави различџиџим облицима доказне ојсџруџије у ѡосџуѡицима у којима је сѡављено на ѡеретѡ извр-шење злочина силовања. У рагу се закључује да је у ѡпракси неѡиходно фокус усмерџиџи на ѡрмену неселеџтивности ѡриликом кривичној ѡоњења за ове случајеве, како би се умањѡ јаз између сѡварности која сведочи о расѡросџрањеној ѡрисуѡности злочина силовања и ѡравде за жрѡве која честѡ изосѡјаје.

**Кључне речи:** силовање, злочин, Женевске конвенџије, *ad hoc* трибунали, Римски статут.

### 1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Историјски посматрано, силовање је вековима представљало средство ратовања, било у циљу подизања морала војника, било као део политике ратовања.<sup>1</sup> С друге стране, забрана силовања је једно од најстаријих правила

\* Први секретар у Министарству спољних послова Републике Србије, [panik925@gmail.com](mailto:panik925@gmail.com).

1 К. Pratt, L. Fletcher, "Time for Justice: The Case for International Prosecutions of Rape and Gender-Based Violence in the Former Yugoslavia", Berkeley Women's Law Journal Vol. 9, 1/1994, 80. Вид. више о томе R. Copleon, "Surfacing Gender: Re-Engraving

ратовања.<sup>2</sup> Забрана и кажњавање за силовање је било прописано бројним међународним и националним инструментима и пре Другог светског рата. Силовање је у том периоду препознато као повреда закона човечности, правила ратовања или породичне части.<sup>3</sup>

Тако је, примера ради Либер Кодекс из 1863. године, национални војни кодекс проглашен током Америчког грађанског рата, садржао одредбу о кажњавању за силовање.<sup>4</sup> Хашка конвенција о правилима и обичајима рата на копну из 1907. године, у члану 46 је позивала армије да поштују породичну част што се тумачило као забрана предузимања аката силовања.<sup>5</sup> Такође, и Мировна комисија је у Извештају по одржаној Мировној конференцији у Паризу 1919. године истакла да силовање представља повреду закона човечности. Међутим, иако је предузимање аката силовање и у то време било кажњиво, њихово извршење није било засебно нормирано Нирнбершким нити Токијским статутима, већ су се акти силовања подводили под друге нехумане акте или повреду породичне части.<sup>6</sup> У том смислу се истиче да је у поступку пред Међународним војним трибуналом за Далеки Исток било спроведено кривично гоњење за силовање, иако Токијски статут није експлицитно криминализовао овај злочин.<sup>7</sup> Исти трибунал је нашао кривично

---

Crimes Against Women in Humanitarian Law”, *Hastings Women's Law Journal*, Vol. 5, 2/1994, 243–244; A. R. Phelps, “Gender-Based War Crimes: Incidence and Effectiveness of International Criminal Prosecution”, *William and Mary Journal of Law and the Law*, Vol. 12, 2/2006, 501–502; E. J. Wood, “Conflict-related sexual violence and the policy implications of recent research”, *International Review of the Red Cross*, 2014, Vol. 96, No. 894, 2014, 470–474.

- 2 V. Bernard, “Sexual violence in armed conflicts: from breaking the silence to breaking the cycle”, *International Review of the Red Cross*, 2014, Vol.96, No. 894, 2014, 431.
- 3 Вид. више о томе М. Шкулић, В. Бајовић, *Историја међународној кривичној љравосуђа и основне одлике љосјуйка љред сјјалним Међународним кривичним судом*, Досјие студио Београд, 2017; М. Шкулић, „Осврт на историјски развој међународног кривичног правосуђа“, *Зборник Школе љрава Евројске Уније*, Универзитет Доња Горица, Факултет Правних наука, Подгорица, 2015, 112–142; М. Шкулић, „Историјски осврт на међународно кривично правосуђе и основне одлике поступка пред сталним Међународним кривичним судом“, *Први међународни научни скуј: «Релевантна љишања међународној кривичној љрава»*, Тара, 2003, 77–112.
- 4 Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code), 24 April 1863, Article 44, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/lieber-code-1863/article-44>, 6/3/2024.
- 5 Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/hague-conv-iv-1907>, 6/3/2024.
- 6 D. Lupig, “Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before Interantional Criminal Court”, *Journal of Gender, Social Policy and the Law*. Vol. 17, 2/2009, 458–460.
- 7 A. Palmer, “An Evolutionary Analysis of Gender-Based War Crimes and the Continued Tolerance of Forced Marriage”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 7 1/2009, 137–138.

одговорним генерала Iwane Matsui, команданта Shunroku Hata и министра иностраних послова Hirota за низ злочина, укључујући и за силовање, које су учинили над особама под њиховом надлежношћу. Насупрот томе, силовање је експлицитно било нормирано у члану 2 Контролног закона бр. 10 из 1945. године и то као један од појавних облика злочина против човечности.<sup>8</sup> Ипак, наведени закон је донет од стране четири окупационе снаге ради гоњења ратних злочинаца и као такав није имао универзални карактер.<sup>9</sup>

С друге стране, Женевска конвенција о заштити грађанских лица за време рата из 1949. године је била први општепризнати међународни инструмент који је изричито прописао заштиту жена од силовања.<sup>10</sup> Такође, и Допунски протокол I уз Женевске конвенције из 1949. године о заштити жртава међународних оружаних сукоба из 1977. године пружио је заштиту жена од силовања.<sup>11</sup> При томе, треба истаћи да је Допунски протокол II уз Женевске конвенције из 1949. године о заштити жртава немеђународних оружаних сукоба из 1977. године проширио заштиту жртава силовања, јер је експлицитно забранио предузимање аката силовања у свако доба и на сваком месту без обзира на пол, уз услов да се ради о лицима која не узимају директно учешће или која су престала да учествују у непријатељствима.<sup>12</sup> Упркос овим достигнућима, силовање није било уврштено у тешке повреде Женевских конвенција из 1949. године.<sup>13</sup> Ипак, са развојем правне мисли и у судској пракси *ad hoc* Трибунала за бившу Југославију и Руанду и међу стручном и научном јавношћу силовање је почело да се схвата као облик тешких повреда Женевских конвенција, и то из два основна разлога. Прво, због озбиљности овог злочина, и друго, јер битни елементи силовања потпадају под дефиниције других злочина који представљају тешке повреде Женевских конвенција.<sup>14</sup>

8 Control Council for Germany Law No. 10, 20 Decembar 1945, Official Gazette of the Control Council for Germany, No. 3, <https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2134&context=ils>, 6/3/2024.

9 M. Ellis, "Breaking the Silence: Rape as an International Crime" Vol. 38, 2/2007, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 227–228. Вид. више о томе V. Oosterveld, "Gender, Prosecution, and The International Criminal Court: Refugee Law's relevance to the crime of humanity og gender-based prosecution", *Duke Journal of Comparative and international law*, Vol. 17 No. 59, 2006, 56.

10 Женевска конвенција о заштити грађанских лица за време рата из 1949. године, члан 27 став 2, *Службени листи ФНРЈ* бр. 24/50 од 01.04.1950.

11 Допунски портокол I о заштити жртава међународних оружаних сукоба из 1977. године, члан 76 став 1, *Службени листи СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 16/78 од 10.07.1977.

12 Допунски протокол II о заштити жртава немеђународних оружаних сукоба из 1977. године, члан 4 став 2 тачка е, *Службени лист СФРЈ- Међународни уговори*, бр. 16/78 од 10.07.1977.

13 P. V. Sellers, *The Prosecution of Sexual Violence in conflict: The Importance of Human Rights as Means of Interpretation*, United Nations Office of Human Rights, Geneva, 2007, 8.

14 Има мишљења у теорији да су дискриминаторна она решења која силовање нису предвиђала као тешке повреде Женевских конвенција због тога што су се заснивала

Као последица наведеног правног резоновања кривично дело силовања је у судској пракси *ad hoc* Трибунала за бившу Југославију и Руанду почело да буде третирано као појавни облик геноцида, ратних злочина и злочина против човечности у зависности од околности конкретног случаја.<sup>15</sup> У том смислу, преовладао је став да сваки акт силовања било као последица геноцидне намере, било у рату представља тешке повреде Женевских конвенција из 1949. године.<sup>16</sup>

Коначно, до новог прогреса на путу инкриминисања злочина силовања у међународном кривичном праву дошло је кроз усвајање Елемената кривичних дела, уз Статут МКС (у даљем тексту: Римски статут) из 1998. године, (ступио на снагу 2002. године), којима је установљена дефиниција силовања.<sup>17</sup> С тим у вези, треба нагласити да је у Римском статуту акт силовања експлицитно предвиђен као један од потенцијалних појавних облика злочина против човечности и ратних злочина. Римски статут у контексту ратних злочина извршење силовања доводи у вези са тешким повредама Женевских конвенција. Додуше, до оваквог закључка се долази посредним путем будући да је у Римском статуту наведено да се под друге озбиљне повреде закона и ратних обичаја који се примењују у међународном или немеђународном оружаној сукобу подводе и било који други облици сексуалног злостављања који се дефинишу као озбиљно кршење Женевских конвенција из чега произилази да и акт силовања представља тешке повреде њених одређби.<sup>18</sup>

## 2. СПОРНА ПИТАЊА У ВЕЗИ СА ДЕФИНИСАЊЕМ ЕЛЕМЕНАТА ЗЛОЧИНА СИЛОВАЊА У СУДСКОЈ ПРАКСИ МКТЈ И МКТР

Полазећи од чињенице да Статути МКТЈ и МКТР нису предвидели дефиницију злочина силовања, задатак њеног одређивања и прецизирања препуштен је судској пракси.<sup>19</sup> Основну дилему судске праксе ових трибунала у вези са дефинисањем његових елемената представљало је питање разграничења између радњи које представљају силовање и других радњи

---

на чињеници да злочини учињени претежно према женама недостижу ниво тешких повреда. В. Bedont, К. Hall Martinez, "Ending Impunity for Gender Crimes under the International Criminal Court", *The Brown Journal of World Affairs*, Vol. 6, 1/1999, 70–71.

15 М. Ellis, *op. cit.*, 229.

16 J. Green, *et al.*, "Affecting the Rules for the Prosecution of Rape and Other Gender-Based Violence Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: A Feminist Proposal and Critique", *Hastings Women's Law Journal*, Vol. 5, 2/1994, 236.

17 International Criminal Court, *The Elements of Crimes*, International Criminal Court, The Hague, 2013. Закон о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда (Сл. лист ЦПЈ - Међународни ујовори, бр. 5/2001).

18 В. Bedont, К. Н. Martinez, *op. cit.*, р. 71. Закон о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда (Сл. лист ЦПЈ - Међународни ујовори, бр. 5/2001), члан 8.

19 Вид. више о томе, J. Park, "Sexual Violence as a Weapon of War in International Humanitarian Law", *International Public Policy Review*, Vol. 3, 1/2007, 14.



сексуалног насиља. Прецизније, једно од питања које је изазивало недоумице било је да ли под актима силовања треба подразумевати само вагиналну, аналну и оралну пенетрацију или и друге радње сексуалне природе. Следеће питање на које је судска пракса ових трибунала тежила да пружи одговор у контексту дефинисања елемената овог злочина тицала се утврђивања принуде чије присуство је неопходно за постојање силовања, као и значаја пристанка жртве који искључује њено постојање. У постављању дефиниције силовања постојала су три различита приступа испољена у случајевима Тужилац против *Akayesu* пред МКТР, те Тужилац против *Furundija* и Тужилац против *Kunarac, Kovac, Vukovic*, пред МКТЈ.<sup>20</sup>

У погледу одговора на питање да ли под актима силовања треба подразумевати само вагиналну, аналну и оралну пенетрацију или и друге полне радње МКТР је у пресуди Тужилац против *Akayesu* заступао став да радње сексуалног насиља нису ограничене само на акте физичког напада сексуалне природе, него и на друге радње које не укључују пенетрацију или физички контакт.<sup>21</sup> Другим речима, у овом случају, МКТР је дефинисао силовање као физички напад сексуалне природе извршен од стране било које особе под околностима које се сматрају принудним.<sup>22</sup> Међутим, треба истаћи да је овакво схватање неприхватљиво будући да би се у том случају изгубила разлика између силовања и других сексуалних радњи које су недозвољене, али не представљају силовање. Насупрот томе, у предмету Тужилац против *Furundija*, МКТЈ је силовање дефинисао као вагиналну, аналну и оралну пенетрацију која се предузима путем принуде.<sup>23</sup>

С друге стране, у предмету Тужилац против *Kunarac, Kovac, Vukovic*, разматрајући питање примене принуде која конституише силовање и обратно околности које указују да постоји пристанак жртве који искључује њено постојање, МКТЈ је проширио схватање дефиниције силовања.<sup>24</sup> У том смислу, идентификовао је три услова за одређивање када предузета сексуална активност треба да се сматра силовањем, а то су: 1) постојање принуде односно употреба силе или претње употребом силом усмерене према жртви или трећем лицу; 2) коришћење силе или других различитих стања које жртву чине нарочито рањивом или негирају њену способност да пружи отпор као и 3) одсуство сагласности жртве.<sup>25</sup> У овом случају, поставља се

20 G., Gaggioli, "Sexual violence in armed conflicts: a violation of international humanitarian law and human rights law", *International Review of the Red Cross*, 2014, Vol. 96, No. 894, 2014, 507.

21 *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber Judgement of 2 September 1998, para. 688.

22 G. Gaggioli, *op. cit.*, 507.

23 *Prosecutor v. Anto Furundija*, Case No. IT-95-17/1-T, Trial Chamber Judgment of 10 December 1998, para. 185.

24 R. Dixon, "Rape as a crime in international humanitarian law: Where to from here?", *European Journal of International Law* Vol.13, 3/2002, 700.

25 *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic*, Case No. IT-96-23-T, IT-96-23/1-T, Trial Chamber Judgement of 22 February 2001, para. 442.

питање које би то околности конкретног случаја указивале на одсуство пристанка жртве, што би имплицирало постојање силовања. По овом питању, Трибунал је истакао да неће постојати сагласност жртве у случајевима када је жртва била изложена насиљу, претњама, принуди, лишавању слободе или психолошком утјетавању или је разумно веровала да би неко друго лице могло бити подвргнуто страху или претњама уколико не пристане на обљубу.<sup>26</sup> Из наведеног произилази да пристанак жртве који искључује постојање силовања мора бити добровољан, изричит и очигледан. Добровољан пристанак подразумева да је дат као резултат слободне воље жртве. Изричит пристанак значи да се из изјаве жртве недвосмислено може закључити да она добровољно жели да ступи у сексуални однос, што значи да за искључење постојања кривичног дела силовања није довољан прећутни пристанак. Очигледан пристанак постоји у ситуацији када се на основу целокупног понашања може извести закључак о постојању пристанка на сексуални однос.<sup>27</sup> С друге стране, из ове пресуде остало је нејасно, ако се већ пошло од ширег приступа да се под силовањем подводе не само сексуалне активности предузете путем принуде већ и оне остварене кроз искоришћавање других стања које су жртву учиниле нарочито рањивом или негирале способност да пружи отпор, како се ове околности могу довести у вези са трећим условом приликом оцене да ли нека сексуална радња представља силовање. Ово стога што уколико је реч о немоћном лицу које из објективних или субјективних разлога није било способно да пружи отпор, онда се одсуство његовог пристанка уопште не треба ни постављати.<sup>28</sup>

### 3. ЕЛЕМЕНТИ ЗЛОЧИНА СИЛОВАЊА ПРЕМА РИМСКОМ СТАТУТУ

За разлику од Статута *ad hoc* Трибунала, Елементи кривичних дела уз Римски статут дефинишу битне елементе силовања.<sup>29</sup> Силовање се дефинише као акт пенетрације у било који део тела жртве применом силе или претњом употребе силе односно искоришћавањем принуде или према лицу које није способно да пружи релевантан пристанак, што је код жртве изазвало страх од употребе насиља, принуде, затварања, психолошког

26 *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic*, Case No. IT-96-23-T, IT-96-23/1-T, Trial Chamber Judgement of 22 February 2001, para. 464.

27 Vid. више о tome W. Schomburg, I. Peterson, *Genuine Consent to Sexual Violence under International Criminal Law*, *The American Journal of International Law* Vol. 101, No. 1 (Jan., 2007), pp. 121-140.

28 Вид. више о tome, М. Шкулић, *Кривично дело обљубе над немоћним лицем – нормативна конструкција, нека спорна питања и могуће будуће модификације*, „*Crimen*“, број 1/2018, Београд, 2018, стр. 38 – 70.

29 М. Шкулић, *Међународно кривично йраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, 265–269.

притиска или злоупотребе моћи против ње или друге особе. Акт пенетрације може бити остварен полним органом учиниоца или било којим другим делом тела или неким предметом.<sup>30</sup> Иако је похвално то што су Елементима кривичних дела одређени битни елементи силовања, наведена дефиниција се може подврћи критици, јер је превише екстензивно одређена. С тим у вези, основни приговор који се може упутити тиче се тога да се у наведеној дефиницији не прави разлика између силовања и других облика сексуалног насиља што је парадоксално јер сам Римски статут експлицитно нормира како силовање тако и друге облике сексуалног насиља. Чињеница да акт пенетрације може бити остварен било којим делом тела указује да се радњом извршења силовања могу сматрати осим акта пенетрације полним органом и сваки други акт којим се неким делом дела (нпр. прстима) остварује пенетрација. Такође, радња извршења обухвата и акт пенетрације било којим предметом, што знатно проширује зону кажњивости код силовања за шта нема оправдања у Римском статуту.

Из разлога правне сигурности потребно је под злочином силовања у пракси МКС подводити само радње пенетрације полним органом извршене са принудом, независно од пола пасивног субјекта, укључујући и према лицу које није способно да пружи релевантан пристанак (тзв. немоћно лице). Изложено резонување произилази из две условно повезане чињенице. Прво, потребе уског тумачења злочина силовања. Друго, због тога што је силовање само један од бројних облика сексуалног насиља, те би зависно од природе предузетог понашања радње које не представљају акте пенетрације полним органом требало схватити као друге радње сексуалног насиља. У прилог томе сведочи решење из Римског статута које осим *exempli causa* навођења аката сексуалног насиља, формулацијом било који други облик сексуалног злостављања оставља простора да се различите радње подведу под појам сексуалног кривичног дела. Посебан услов је да предузето понашање по својој тежини одговара тешким повредама Женевских конвенција као и да је учинилац био свестан чињеничних околности које установљавају озбиљност предузетог понашања.<sup>31</sup>

## 4. ПОЈАВНИ ОБЛИЦИ ЗЛОЧИНА СИЛОВАЊА У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

### 4.1. Силовање као појавни облик геноцида

Злочин силовања и други акти сексуалне природе могу представљати појавни облик геноцида уколико је у конкретном случају предузета радња

30 International Criminal Court, *Elements of Crimes*, International Criminal Court, The Hague 2011, 2, 8, 28, 36–37. Вид. више о томе: D. Lupig, *op. cit.*, 471.

31 S. SáCouto, K. Cleary. “The Gravity Threshold of the International Criminal Court”, *American Journal of International Law*, 23, 5/2008, 807–854.

која има за циљ спречавање рађања између чланова одређене националне, етничке, расне или верске групе или уколико су предузете друге радње које имају за последицу проузроковање тешких физичких или менталних патњи. Да би се могао извести такав закључак потребно је да се на субјективном плану установи да су ове радње извршења предузете са намером уништења, у целини или делимично, националне, етничке, расне или верске групе као такве.<sup>32</sup>

Потврду да силовање може представљати појавни облик геноцида када су за то испуњени наведени услови истакао је МКТР у предмету Тужилац против *Akayesu*. МКТР је у овом случају препознао да се силовање третира као облик геноцида у случају када су предузете одговарајуће радње према чланова одређене националне, етничке, расне или верске групе са намером њеног уништења као такве.<sup>33</sup> Трибунал је нашао да се сексуално сакаћење, стерилизација, присилна контрола рађања, раздвајање полова и забрана брака могу тумачити као мере спречавања рађања унутар групе којима се наносе озбиљне телесне и душевне патње жртвама.<sup>34</sup> Будући да су у овом случају искључиво жене из Тутси групе биле изложене силовању на основу њихове етничке припадности тој групи, Трибунал је закључио да је силовање било интегрални део процеса уништења чланова ове групе.<sup>35</sup>

Такође, треба имати на уму да је и у предмету Тужилац против *Gacumbitsi* пред МКТР Претресно веће утврдило постојање везе између злочина силовања и геноцида. У овом случају МКТР је огласио кривим оптуженог *Gacumbitsi* за подстрекавање на геноцид на основу тога што је јавно подстицао силовање чланова Тутси групе, а што је произашло и из исказа неколико сведока.<sup>36</sup> Када је реч о оптужби за подстрекавање на геноцидно силовање битно је истаћи да за постојање кривичне одговорности није неопходно да се доказује да злочин не би био извршен без радњи навођења од стране подстрекача, већ је довољно да се докаже да је радња подстицања битно допринела одлуци извршиоца да учини дело.<sup>37</sup> Иако, у пракси није претерано тешко да се докаже веза између силовања и геноцида на плану испуњења објективних елемената кривичног дела, дотле у контексту

32 Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида, члан 2, Службени весник Президијума Народне скупштине ФНРЈ, бр. 2/50 од 05.01.1950. In: International Criminal Court, *The Elements of Crimes*, International Criminal Court, The Hague, 2013, 2-3.

33 S. Russell-Brown, "Rape as an Act of Genocide", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 21, 2/2003, 371.

34 *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber Judgement of 2 September 1998, para. 507.

35 *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber Judgement of 2 September 1998, para. 731.

36 *Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi*, Case No. ICTR-2001-64-T, Trial Chamber Judgement of 17 June 2004, para. 292.

37 International Criminal Tribunal for Rwanda, *Prosecution of Sexual Violence Crimes, Annex C*, International Criminal Tribunal for Rwanda, Arusha, 2014, 7-8.

утврђивања поменуте везе проблем представља доказивање постојања геноцидне намере као субјективног елемента. Управо наведени проблем доказивања субјективног елемента кривичног дела је постојао у предмету Тужилац против *Rukundo* пред МКТР у којем је оптужени *Rukundo* прво-степеном пресудом оглашен кривим за извршење силовања чланова Тутси групе, али је Жалбено веће нашло да није било доказа да је поступио са геноцидном намером када је извршио силовање.<sup>38</sup>

## 4.2. Силовање као појавни облик злочина против човечности

Силовање може представљати појавни облик злочина против човечности уз испуњеност три услова. Прво, мора да постоји напад усмерен против цивилног становништва. Друго, радње учиниоца морају бити део напада који је распрострањен или системски. Треће, учинилац мора знати да су његова дела саставни део распрострањеног или системског напада усмереног против цивилног становништва као и да зна да се његова дела уклапају у такав образац напада.<sup>39</sup> Наведене услове је потврдило Жалбено веће МКТЈ у случају Тужилац против *Kunarac, Kovac, Vukovic*.<sup>40</sup> Једно од спорних питања у вези са наведеним условима односило се на то да ли системски напад захтева постојање утврђеног плана или политике у том циљу. Жалбено веће Трибунала је на ово питање одговорило негативно, наводећи да иако план или политика могу указивати на системску природу злочина, то није битан елемент овог кривичног дела.<sup>41</sup> У сваком случају, оно што је Трибунал неспорно утврдио тичало се тога да силовање не мора бити извршено на распрострањен или системски начин, већ је довољно да буде део распрострањеног или систематског напада.<sup>42</sup>

На субјективном плану за постојање кривичне одговорности за силовање као појавног облика злочина против човечности према схватању Претресног већа МКТР испољеног у предмету Тужилац против *Akayesu* потребно је да је окривљени имао разлога да зна да се ово кривично дело извршава као саставни део распрострањеног или системског напада усмереног против

38 *Prosecutor v. Emmanuel Rukundo*, Case No. ICTR-2001-70-T, Trial Chamber Judgement, 27 February 2009, para. 237.

39 International Criminal Court, *The Elements of Crimes*, International Criminal Court, The Hague, 2013, 5.

40 *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic*, Case No. IT-96-23-T, IT-96-23/1-T, Appeals chamber Judgement of 12 June 2002, para.85.

41 *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic*, Case No. IT-96-23-T, IT-96-23/1-T, Appeals chamber Judgement of 12 June 2002, para.98.

42 K. D. Askin, "Prosecuting Wartime Rape and Other Gender- Related Crimes under International Law: Extraordinary Advances, Enduring Obstacles", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 21, 2/2003, 314–315.

цивилног становништва. Претресно веће МКТР је у овом предмету нашло да је субјективни елемент био испуњен, будући да је окривљени користећи свој ауторитет радњом помагања и то речима охрабрења послао јасну поруку званичног одобравања предузимања аката силовања.<sup>43</sup> Помагање у извршењу силовања као појавног облика злочина против човечности подразумева предузимање радњи чињења или нечињења којима се пружа помоћ, охрабрење или морална подршка извршиоцу, при чему за постојање кривичне одговорности није неопходно да таква помоћ представља неопходан услов за извршење дела. Напротив, довољно је да код помагача постоји свест и знање да радњама помагања доприноси извршењу делу.<sup>44</sup>

### 4.3. Силовање као појавни облик ратних злочина

Силовање може представљати и појавни облик ратних злочина уз испуњеност два услова. Први услов је објективне природе, који захтева да је радња учиниоца предузета у контексту међународног или унутрашњег оружаног сукоба или да је повезана са њима. Одредница „у контексту“ се односи на постојање оружаног сукоба, а „повезана са њим“ подразумева постојање временске, географске или узрочне везе са њим.<sup>45</sup> Други услов захтева да учинилац буде свестан чињеничних околности које су установиле постојање оружаног сукоба.<sup>46</sup> Једно од питања које је изазивало недоумице до усвајања Римског статута било је да ли силовање као облик ратних злочина треба да потпада под тешке повреде Женевских конвенција из 1949. године. У том смислу, постојало је мишљење да силовање треба да се подведе под тешке повреде Женевских конвенција из 1949. године као вид нечовечног поступања односно намерног наношења великих патњи или озбиљних повреда тела или здравља.<sup>47</sup> С тим у вези, треба имати у виду да је појам тортуре дефинисан Конвенцијом против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни и поступака.<sup>48</sup>

Полазећи од дефиниције тортуре из наведене Конвенције, Претресно веће МКТЈ је у предмету Тужилац против *Delalic, Mucic, Delic, Landzo* нашло

43 *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber Judgement, 2 September 1998, para. 693-694; *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T Appeals chamber Judgement of 1 June 2001, para. 418.

44 International Criminal Tribunal for Rwanda, *Prosecution of Sexual Violence Crimes, Annex C, op. cit.*, 8.

45 G. Gaggioli, *op. cit.*, 517.

46 International Criminal Court, *The Elements of Crimes*, International Criminal Court, The Hague, 2013, 19 и 25.

47 J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 585.

48 Закон о потврђивању Конвенције против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни и поступака члан 1, Службени лист СФРЈ - Међународни уговори, бр. 9/91 од 02.08.1991.

да силовање може да се третира као вид мучења уз испуњеност следећа три услова. Прво, мора постојати умишљајни акт чињења или нечињења који проузрокује тешке физичке или психичке болове или патње другог лица. Друго, тај акт треба да се предузима у циљу добијања од тог лица или неког трећег лица обавештења или признања или његовог кажњавања за дело које је оно или неко треће лице извршило или за чије извршење је осумњичено. Осим наведеног, тај акт треба да се предузима у циљу 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. Треће, бол или патње пасивном субјекту треба да наноси службено лице или било које друго лице које делује у службеном својству, на његов подстицај или са његовим изричитим или прећутним пристанком.<sup>49</sup> Испитујући испуњеност првог услова, Претресно веће је закључило да је путем принудне радње у виду вагиналне пенетрације Делић извршио силовање проузрокујући тешке физичке и психичке болове и патње пасивном субјекту. Испуњеност другог услова из дефиниције тортуре Претресно веће је нашло у чињеници да је силовање извршено у сврху добијања информације о томе где се налази супруг жртве као и ради кажњавања и застрашивања жртве због дела њеног супруга и због одбијања да пружи тражену информацију. Оценивши да је и трећи услов испуњен Претресно веће је огласио кривим окривљеног за извршење предузетог акта силовања као облика ратних злочина.<sup>50</sup>

## 5. ДОКАЗНЕ ОПСТРУКЦИЈЕ У КРИВИЧНИМ ПОСТУПЦИМА У КОЈИМА ЈЕ СТАВЉЕНО НА ТЕРЕТ ИЗВРШЕЊЕ ЗЛОЧИНА СИЛОВАЊА

Упркос томе што је злочин силовања забрањен и кажњив у међународном кривичном праву, у пракси се на плану санкционисања његових учинилаца нису постигли значајни резултати. Напротив, развили су се различити облици доказних опструкција, почев од иницијалних пропуста тужилаца да оптужбом обухвате и злочине силовања и тенденције да се од тужилаштва траже већи доказни стандарди у овим случајевима него у осталим предметима, преко одустајања тужилаца од кривичног гоњења услед недостатка доказа (нпр. позивањем на неиспуњеност услова за заснивање командне одговорности), превиђања или неприхватања исказа сведока и жртви, као и опасности од претераног и неутемељеног коришћења института споразума о признању кривичног дела, до недостатка воље и спремности

49 *Prosecutor v Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo*, Case No. IT-96-21-T Trial Chamber Judgement of 16 November 1998, para. 494.

50 *Prosecutor v Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo*, Case No. IT-96-21-T Trial Chamber Judgement of 16 November 1998, paras. 941–942.

тужилачке стране да започну кривично гоњење односно утицаја других ванправних фактора.

Класичан пример иницијалног пропуста Тужиоца да оптужбом обухвати и злочин силовања постојао је у предмету Тужилац против *Akayesu* пред МКТР где је окривљени иницијално оптужен за геноцид, саучесништво у геноциду, подстицање на геноцид, злочин против човечности, истребљења и убиства и ратне злочине. Међутим, будући да је неколико жена и девојака сведочило у поступку да су биле силоване од стране припадника комуналне полиције и то у присуству оптуженог, Претресно веће је позвало Тужиоца да измени оптужницу против *Akayesu* како би овим актом били обухваћене и предузете радње силовања.<sup>51</sup> Дакле, у овом случају је Тужилац тек након захтева Претресног већа поднео измењену оптужницу која је садржала оптужбе за силовање као облика злочина против човечности и ратних злочина.<sup>52</sup>

Посебан проблем на плану кривичног гоњења злочина силовања представља тенденција *ad hoc* Трибунала да захтевају од Тужилаштва испуњење већих доказних стандарда у овим случајевима него у осталим предметима. Тако, у предмету Тужилац против *Gacumbitsi* пред МКТР, упркос томе што је Тужилац окривљеног оптужио за подстрекавање на извршење силовања Тутси жена будући да је на мегафону наводио Хуту мушкарце на силовање Тутси жена, што су они и учинили, док су оне жене које су се томе одупирале убијали, Жалбено веће МКТР је навело да то није било довољно за постојање кривичне одговорности окривљеног. Наиме, према ставу Жалбеног већа МКТР у овом предмету било је потребно ближе конкретизовати повезаност између радње подстрекавања оптуженог и предузетих аката силовања подстрекнутих лица. Како је то нашло Жалбено веће МКТР из утврђеног чињеничног стања у овом случају није произилазило да је окривљени у битној мери допринео стварању одлуке код других лица да изврше силовање Тутси жена.<sup>53</sup> Додатно, по мишљењу Трибунала, о томе да узрочна веза између радње подстрекавања и извршења кривичног дела силовања није постојала сведочила је и чињеница да није било доказа којима би се поткрепило да су лица која су предузела акте силовања била свесна изјава окривљеног пре или током извршења злочина.<sup>54</sup>

Такође, треба имати у виду да МКТР ни у предмету Тужилац против *Kajelijeli* није нашао да је окривљени био одговоран за предузете акте силовање,

51 *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber Judgement of 2 September 1998. Vid. vise o tome B. V. Schaack, "Obstacles On The Road To Gender Justice: The International Criminal Tribunal for Rwanda As Object Lesson", *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, Vol. 17, No. 2, 2009, 363–365.

52 S. SáCouto, K. Cleary, "Importance of Effective Investigation of Sexual Violence and Gender-Based Crimes at the International Criminal Court", *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, Vol. 17, 2/2009, 350–351. Вид. више о томе: K. M. Franke, "Gendered subjects of transitional justice", *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 15, 3/2006, 818.

53 *Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi*, Case No. ICTR-2001-64-A, Appeals Judgment of 7 July 2006.

54 S. SáCouto, K. Cleary, *op. cit.*, 2009, 356–357.



упркос постојању доказа који су указивали да су војници под његовом ефективном контролом извршили низ силовања. У прилог томе сведочили су и искази испитаних сведока који су пружили индиректне доказе о томе да је окривљени био свестан не само да су његови потчињени вршили дела сексуалног насиља, већ је и знао да их је овластио на то.<sup>55</sup> Ипак, Претресно веће је закључило да су приложени докази били недовољни да би било доказано да је оптужени наредио вршење силовања својим подређеним, наводећи да Тужилаштво није успело да докаже да је оптужени издао конкретно наређење за силовање. У вези са овим случајем је институт командне одговорности. Према овој доктрини, надређени се може сматрати одговорним за дела својих потчињених под два услова: 1) ако је надређени знао или је имао разлога да зна да ће кривично дело бити извршено као и 2) ако није предузео неопходне и разумне мере за спречавање извршења кривичног дела или кажњавање његових извршиоца. Полазећи од наведених услова, Претресно веће МКТР је закључило да тужилац није доказао да је окривљени знао или имао разлога да зна за силовања која су вршили његови потчињени. Поред тога, Претресно веће је истакло да Тужилац није доказао да је окривљено био физички присутан приликом силовања. Из наведеног произилази да је Трибунал у овом случају захтевао доказе о постојању непосредног знања надређеног о делима подређених, било у облику физичког присуства оптуженог на месту злочина или путем доказа о непосредним наређењима за извршење злочина.<sup>56</sup> То значи да је Трибунал у овом случају прихватио уже схватање командне одговорности захтевајући стварно знање надређеног о делима потчињених као и непосредне доказе о томе. С друге стране, превидео је чињеницу да се командна одговорност може засновати и на посредним доказима да је надређени на основу информација имао разлога да зна за злочине подређених којима је командовао.

Специфичан проблем за жртве силовања стварају случајеви одустајања тужилаца од даљег кривичног гоњења услед недостатка доказа. О томе сведочи случај Тужилац против *Muvunyi* пред МКТР у којем је тужилац тражио да одустане од даљег гоњења окривљеног за извршење силовања као појавног облика злочина против човечности због недовољних доказа.<sup>57</sup> Имајући у виду трауматизацију којој су жртве силовања изложене након претрпљене виктимизације и потребу задовољења интереса кривичног поступка који налаже да се учинилац кривичног дела санкционише за предузете акте, одустајање од кривичног гоњења морало би да се сведе на најмању могућу меру, и то само у оним случајевима када из објективних разлога, након опсежно спроведене истраге, не постоје доказна средства којима би се успело доказати извршење кривичног дела. У супротном, недостатак

55 *Ibid.*, 355. *Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli*, Case No. ICTR-98-44A-T, Trial Judgment of 1 December 2003.

56 *Ibid.*, 357–358.

57 *Prosecutor v. Tharcisse Muvunyi*, Case No. ICTR-2000-55A-T, Trial Judgment of 12 September 2006.

конзистентности и темељности може тужиоце упутити на погрешне доказе путем којих се не може доказати извршење злочина силовања, што потенцијално може довести до одустајања од даљег гоњења, али и разлика између чињеница наведених у оптужби и чињеничног стања утврђеног на суђењу што ће последично захтевати потребу измене поднетог оптужног акта.<sup>58</sup> Тако је, примера ради, МКС у предмету Тужилац против *Katanga и Ngudjolo*, на претресу о потврђивању оптужбе за предузете акте силовања као облика злочина против човечности и ратних злочина извршених од стране припадника милиције, нашао да су поднети докази превише неодређени, због чега је затражио прекид расправе и прикупљање додатних доказа од тужиоца који би ближе указали на повезаност окривљених са извршеним злочинима.<sup>59</sup> Овај случај представља типичан пример одсуства детаљно спроведене истраге злочина пре подизања оптужбе.<sup>60</sup> Управо ради избегавања споменутих ситуација, позитиван пример представља одредба Римског статута која обавезује тужиоца да поставља саветнике из реда правних стручњака за одређена питања, посебно оне који су стручњаци из области сексуалног насиља.<sup>61</sup> На тај начин се тужилац обавезује да спроводи истрагу поштујући природу кривичног дела посебно у случајевима у којима кривично дело укључује сексуално злостављање и насиље засновано на припадности одређеном полу.<sup>62</sup> Узимајући у обзир изнето, тужилац ће у овим случајевима предузети мере како би се заштитио физички и психички интегритет, достојанство и приватност оштећених и сведока посебно у фази истраге и подизања оптужнице, без прејудуцирања кривице лица коме је на терет стављено извршење злочина силовања.<sup>63</sup>

Додатно, треба имати на уму да се у поступцима у којима се окривљенима ставља на терет извршење аката силовања у пракси може појавити ризик од неутемељене примене института споразума о признању кривичног дела.<sup>64</sup> До ове ситуације долази у оним случајевима у којима је значај откривања других кривичних дела окривљених претежнији од последица дела који је предузео, услед чега се тужиоци могу наћи у ситуацији да је целисходније

58 V. Oosterveld, "Gender-sensitive justice and the international criminal tribunal for Rwanda: lessons learned for the international criminal court", *New England Journal of International and comparative Law*, Vol. 12, 1/2005, 127–128.

59 *Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Case No. ICC-01/04-01/07, Trail Judgment of 18 September 2009.

60 S. O'Connell, "Gender based crimes at the international criminal court", *Plymouth Law Review*, Vol. 3, 1/2010, 75–76.

61 Римски статут, Службени гласник СРЈ- Међународни уговори, члан 42 став 9, бр. 5/2001 од 27.06.2001.

62 Римски статут, Службени гласник СРЈ- Међународни уговори, члан 54 став 1, бр. 5/2001 од 27.06.2001.

63 Римски статут, Службени гласник СРЈ- Међународни уговори, члан 68 став 1, бр. 5/2001 од 27.06.2001.

64 K. Thuy Seelinger, H. Silverberg, R. Mejjam, *The Investigation and Prosecution of Sexual violence*, Human Rights Center University of California, Berkeley, 2011, 42–43.

да одустану од даљег гоњења за предузете акте силовања. У таквим околностима, у замену за признање кривице окривљених за друга кривична дела тужиоци приступају закључењу споразума са окривљенима о признању кривичног дела. О овоме је било речи у предмету пред МКТР Тужилац против *Serushago*, где је оптужба за силовање била једина тачка оптужнице, али се од ње одустало у замену за признање окривљеног за предузимање других кривичних дела.<sup>65</sup> У циљу избегавања злоупотреба и доказних опструкција неопходно је да тужиоци обазриво и исправно процене оправданост закључења споразума о признању кривичног дела у сваком конкретном случају. У предмету МКТР Тужилац против *Bisengimana* може се истаћи да је постојала оправданост за закључење споразума о признању кривичног дела са окривљеним, те одустајања од даљег гоњења за предузете акте силовања као појавних облика злочина против човечности због тога што је у овом случају значај његовог исказа за откривање убистава као облика злочина против човечности био претежнији од последица дела које је учинио.<sup>66</sup>

Најзад, не треба изгубити из вида чињеницу да недостатак воље и спремности тужиоца да започну или наставе кривично гоњење, као и утицај других ванправних фактора могу допринети томе да се поступак не започне или не доврши, чак и у оним случајевима у којима постоји читав низ кредибилних доказа. Примера ради, случај Тужилац против *Thomas Lubanga Dyilo* пред МКС сведочи управо о томе. У овом случају, тужилац није без оправданих разлога узимао у обзир изнете доказе о извршеним злочинима силовања, што је недвосмислено произилазило и из извештаја невладиних организација и Организације Уједињених нација, занемарујући чак и то да су жртве силовања биле вољне и спремне да буду саслушане и да пруже релевантне информације.<sup>67</sup> На овај начин пропуштено је да се успостављањем контаката и изградњом односа поверења са жртвама омогући прикупљање доказа о предузетим злочинима силовања.<sup>68</sup>

## 6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Силовање је одавнина било предузимано током оружаних сукоба било међународног или унутрашњег карактера односно као део уништавања неке групе. Ипак, упркос суровој стварности, силовање до скоро није било неким општепризнатим међународним актом изричито препознато као злочин. Иако се чинило да ће се таква пракса наставити, те да се ништа битно неће променити у погледу санкционисања силовања у међународном кривичном праву, то се није догодило. Прекретницу је донело усвајање Женевске конвенције из

65 *Prosecutor v. Omar Serushago*, Case No. ICTR 98-39-S, Sentence of 5 February 1999.

66 V. Oosterveld, *op. cit.*, 2005, 132. *Prosecutor v. Paul Bisengimana*, Case No. ICTR-00-60-T, Trial Judgement of 13 April 2006.

67 *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Trial Chamber Judgement of 14 March 2012.

68 S. O'Connell, *op. cit.*, 73-74.

1949. године која је по први пут у једном општепризнатом међународном акту предвидела заштиту жена од силовања, што је касније потврђено и у Додатном протоколу I и II уз Женевске конвенције из 1977. године. Ипак, до опсежног кривичног гоњења за извршене акте силовања као облика неког међународног злочина у ужем или ширем смислу дошло је тек са оснивањем *ad hoc* Трибунала чији су статуту препознали злочин силовања. Међутим, инкриминисање силовања као злочина није био довољан услов за неометано спровођење кривичног гоњења будући да су творци Статута *ad hoc* Трибунала оставили низ отворених питања. Једно од основних материјалноправних недоумица изазивала је чињеница да у Статутима *ad hoc* Трибунала нису били дефинисани битни елементи злочина силовања. Из тог разлога, судској пракси је било препуштено да попуни изнете правне празнине, која је то и учинила, додуше на доста неуједначен начин. На тај начин, препуштањем да судска пракса од случаја до случаја одлучује да ли су испуњени битни елементи силовања, без статутарне одредбе која то дефинише, осим што је нарушавало правну сигурност, представљало је и кршење принципа законитости у форми *nullum crimen sine actu* који треба да спречи самовољно кажњавање на основу неодређеног акта.

С друге стране, изузетно важан корак напред у тежњи за остварењем правне сигурности донело је усвајање Римског статута који је отклонио пропусте статута *ad hoc* Трибунала, тиме што је предвидео елементе бића злочина силовања. Без обзира на то што је усвојена дефиниција силовања у Римском статуту подложна критици нарочито из разлога што су елементи бића овог злочина нормирани на прилично екстензиван начин похвално је то што је створена статутарна подлога у чијим оквирима МКС мора да заснује сопствену одлуку о предметној кривичној ствари. На овај начин очуван је смисао начела законитости који налаже да ниједно лице не може бити позвано на одговорност за предузето дело уколико оно у времену пре његовог извршења није било одговарајућим правним актом прописано као кажњиво. Ипак, у циљу правне сигурности и избегавања различитих тумачења и злоупотреба потребно је да МКС у својој будућој пракси направи јасну разлику између аката силовања и осталих радњи сексуалног насиља. Имајући то у виду, под силовањем би требало да се подразумевају само радње пенетрације полним органом, извршене са принудом независно од пола пасивног субјекта, укључујући и према лицу које није способно да пружи релевантан пристанак (тзв. немоћно лице), а које представљају међународно кривично дело у ужем или ширем смислу.

Иако је охрабрујуће то што је у међународном кривичном праву створен правни оквир унутар којег је злочин силовања препознат и санкционисан, у пракси и даље остаје неопходно тежити остварењу идеала да ниједан учинилац овог кривичног дела не остане некажњен, како би се умањио јаз између стварности у којој се дешавају случајеви злочина силовања и правде за жртве која често изостаје услед различитих облика доказних опструкција. Претрпљени душевни бол и трауме којима су изложене жртве

након извршења злочина силовања налажу предузимање потребних напора да се спречи да оне буду изложене и секундарној виктимизацији овог пута услед незаконите или неадекватне реакције службених актера кривичног поступка, што би довело до њихове даље стигматизације и социјалне маргинализације. Из тог разлога је потребно жртвама злочина силовања пружити потребну помоћ и подршку у контексту њиховог учешћа у кривичном поступку, укључујући и кроз примену одговарајућих заштитних мера, уколико то околности случаја налажу, како би оне биле свесне да уживају системску потпору и бригу, што ће омогућити да њихова гледишта и искази буду узети у разматрање приликом доношења одлука о испуњености услова за предузимање кривичног гоњења у овим случајевима односно о покретању и даљем току кривичног поступка.

## ЛИТЕРАТУРА

- Askin D. K., "Prosecuting Wartime Rape and Other Gender- Related Crimes under International Law: Extraordinary Advances, Enduring Obstacles", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 21, 2/2003.
- Bedont B. Martinez H. K., "Ending Impunity for Gender Crimes under the International Criminal Court", *The Brown Journal of World Affairs*, Vol. 6, 1/1999.
- Bernard V., "Sexual violence in armed conflicts: from breaking the silence to breaking the cycle", *International Review of the Red Cross*, 2014, Vol. 96, No. 894, 2014.
- Copleon R. "Surfacing Gender: Re-Engraving Crimes Against Women in Humanitarian Law", *Hastings Women's Law Journal*, Vol. 5, 2/1994.
- Dixon R. "Rape as a crime in international humanitarian law: Where to from here?", *European Journal of International Law*, Vol.13, 3/2002.
- Ellis, M., "Breaking the Silence: Rape as an International Crime", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 38, 2/2007.
- Franke M. K., "Gendered subjects of transitional justice", *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol.15, 3/2006.
- Gaggioli G., "Sexual violence in armed conflicts: a violation of international humanitarian law and human rights law", *International Review of the Red Cross*, 2014, Vol. 96, No. 894, 2014.
- Green J. *et al.*, "Affecting the Rules for the Prosecution of Rape and Other Gender-Based Violence Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: A Feminist Proposal and Critique", *Hastings Women's Law Journal*, Vol. 5, 2/1994.
- Henckaerts J., Beck, D.L., *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- Lupig D., "Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before International Criminal Court", *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, Vol. 17, 2/2009.

- O'Connell S., "Gender based crimes at the international criminal court", *Plymouth Law Review* Vol. 3, 1/2010.
- Oosterveld V., "Gender-sensitive justice and the international criminal tribunal for Rwanda: lessons learned for the international criminal court", *New England Journal of International and comparative Law*, Vol. 12, 1/2005.
- Oosterveld V., "Gender, Prosecution, and The International Criminal Court: Refugee Law's relevance to the crime of humanity og gender-based prosecution", *Duke Journal of Comparative and international law*, Vol. 17, No. 59, 2006.
- Palmer A., "An Evolutionary Analysis of Gender-Based War Crimes and the Continued Tolerance of Forced Marriage", *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 7, 1/2009.
- Park J., "Sexual Violence as a Weapon of War in International Humanitarian Law", *International Public Policy Review*, Vol. 3, 1/2007.
- Phelps R. A., "Gender-Based War Crimes: Incidence and Effectiveness of International Criminal Prosecution", *William and Mary Journal of Women and the Law*, Vol. 12, 2/2006.
- Pratt K., Fletcher L., "Time for Justice: The Case for International Prosecutions of Rape and Gender-Based Violence in the Former Yugoslavia", *Berkeley Women's Law Journal* Vol. 9, 1/1994.
- Russell-Brown S. "Rape as an Act of Genocide", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 21, 2/2003.
- SáCouto S., Cleary K., "The Gravity Threshold of the International Criminal Court." *American Journal of International Law* 23, 5/2008.
- SáCouto S., Cleary K., "Importance of Effective Investigation of Sexual Violence and Gender-Based Crimes at the International Criminal Court", *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, Vol. 17, 2/2009.
- Schaack V. B., "Obstacles On The Road To Gender Justice: The International Criminal Tribunal for Rwanda As Object Lesson", *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, Vol. 17, 2/2009.
- Sellers V. P., *The Prosecution of Sexual Violence in conflict: The Importance of Human Rights as Means of Interpretation*, United Nations Office of Human Rights, Geneva, 2007.
- Seelinger T. K., Silverberg H., Mejjam R. *The Investigation and Prosecution of Sexual violence*, Human Rights Center University of California, Berkeley, 2011.
- Schomburg W., Peterson I., „Genuine Consent to Sexual Violence under International Criminal Law“, *The American Journal of International Law*, Vol. 101, 1/2007.
- Wood J. E., "Conflict-related sexual violence and the policy implications of recent research", *International Review of the Red Cross*, Vol. 96, No. 894, 2014.
- Шкулић, М., *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020.

- Шкулић, М., Бајовић В., *Историја међународној кривичној правосуђа и основне одлике правосуђа пред сталним Међународним кривичним судом*, Досије студио Београд, 2017.
- Шкулић М., „Осврт на историјски развој међународног кривичног правосуђа, Зборник Школе права Европске Уније“, Универзитет Доња Горица, Факултет Правних наука, Подгорица, 2015.
- Шкулић М., „Историјски осврт на међународно кривично правосуђе и основне одлике поступка пред сталним Међународним кривичним судом“, *Први међународни научни скупи: «Релевантна питања међународној кривичној права» – уводни реферати*, Тара, 2003.
- Шкулић М., „Кривично дело обљубе над немоћним лицем – нормативна конструкција, нека спорна питања и могуће будуће модификације“, *Crimen*, 1/2018.

## ПРОПИСИ

- Допунски протокол I о заштити жртава међународних оружаних сукоба из 1977. године, Члан 76 став 1, Службени лист СФРЈ- Међународни уговори, бр. 16/78 од 10.07.1977.
- Допунски протокол II о заштити жртава немеђународних оружаних сукоба из 1977. године, члан 4 став 2 тачка е, Службени лист СФРЈ- Међународни уговори, бр. 16/78 од 10.07.1977.
- Женевска конвенција о заштити грађанских лица за време рата из 1949. године, члан 27 став 2, Службени лист ФНРЈ бр. 24/50 од 01.04.1950.
- Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида, члан 2, Службени весник Президијума Народне скупштине ФНРЈ, бр. 2/50 од 05.01.1950.
- Римски статут, Службени гласник СРЈ- Међународни уговори, члан 42 став 9, бр. 5/2001 од 27.06.2001.
- Закон о потврђивању Конвенције против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни и поступака” члан 1, Службени лист СФРЈ - Међународни уговори, бр. 9/91 од 02.08.1991.
- Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code), 24 April 1863, Article 44, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/liebercode-1863/article-44>, 6/3/2024.
- Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/hague-conv-iv-1907>, 6/3/2024.
- Control Council for Germany Law No. 10, 20 Decembar 1945, Official Gazette of the Control Council for Germany, No. 3, <https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2134&context=ils>, 6/3/2024.

## СУДСКА ПРАКСА

- Prosecutor v. Anto Furundija*, Case No. IT-95-17/1-T, Trial Chamber Judgment of 10 December 1998.
- Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic*, Case No. IT-96-23-T, IT-96-23/1-T, Trial Chamber Judgment of 22 February 2001.
- Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic*, Case No. IT-96-23-T, IT-96-23/1-T, Appeals chamber Judgment, 12 June 2002.
- Prosecutor v. Emmanuel Rukundo*, Case No. ICTR-2001-70-T, Trial Chamber Judgment, 27 February 2009.
- Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Case No. ICC-01/04-01/07, Trial Judgment of 18 September 2009.
- Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber Judgment of 2 September 1998.
- Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T Appeals chamber Judgment of 1 June 2001.
- Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli*, Case No. ICTR-98-44A-T, Trial Judgment of 1 December 2003.
- Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Trial Chamber Judgment of 14 March 2012.
- Prosecutor v. Omar Serushago*, Case No. ICTR 98-39-S, Sentence of 5 February 1999.
- Prosecutor v. Paul Bisengimana*, Case No. ICTR-00-60-T, Trial Judgment of 13 April 2006.
- Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi*, Case No. ICTR-2001-64-T, Trial Chamber Judgment of 17 June 2004.
- Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi*, Case No. ICTR-2001-64-A, Appeals Judgment of 7 July 2006.
- Prosecutor v. Tharcisse Muvunyi*, Case No. ICTR-2000-55A-T, Trial Judgment of 12 September 2006.
- Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo*, Case No. IT-96-21-T Trial Chamber Judgment of 16 November 1998.



**Nikola Paunović\***

## **SUBSTANTIVE AND EVIDENTIARY CRIMINAL LAW ASPECTS OF THE CRIME OF RAPE IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW**

### *Summary*

*The crime of rape, although recognized by customary international law, for the first time was explicitly prescribed in the widely recognized document of the Geneva Convention on the Protection of Civilians during the War of 1949. However, it can be noted that only in the case law of the ad hoc Tribunal for the former Yugoslavia and Rwanda and the International Criminal Court, the crime of rape gained practical importance. In the first part of the paper, it was analyzed the basic substantive law dilemmas concerning the definition of the crime of rape with a reference to the relevant case law. In the second part of the paper, it was discussed rape as a potential form of genocide, crimes against humanity or war crimes. Finally, in the third part of the paper, the author deals with various forms of evidential obstruction in proceedings in which the commission of the crime of rape was charged. The author concludes that there is an imperative to apply a non-selectivity approach during criminal prosecution for these cases, which would diminish the gap between the reality which testifies to the widespread presence of the crime of rape and justice for victims that is often missing.*

**Keywords: rape, crime, Geneva Conventions, ad hoc tribunals, Rome Statute**

---

\* First Secretary at the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Serbia and a Ph.D. Student at the Faculty of Law, University of Belgrade, [panik925@gmail.com](mailto:panik925@gmail.com).



## КОНТРАДИКТОРНА ПРИМЕНА ПРАВА ХАШКОГ ТРИБУНАЛА У ОДНОСУ НА ВОЈНУ АКЦИЈУ „ОЛУЈА“

*Апстракт:* Оснивање Хашког трибунала као *ad hoc* међународног кривичног трибунала за кривично гоњење лица одговорних за ратне злочине произишле из босанској рајна на територији некадашње Југославије оставило је трајне последице како на унутрашњу организацију Републике Србије тако и на спољне односе са другим државама Европе, па и светом, а нарочито на односе држава које су некада биле у савезу некадашње Југославије. У овом раду се ближе одређује Република Крајина и српски народ који је до „Олује“ насељавао предео који је назван „Крајина“, те мотиви и ставови изв. „домобрана“. Узимајући у обзир тежину теме као и опширност самих догађаја према надлежним међународним трибуналом у Хагу, у овом раду ће се анализирајући одлука Хашког трибунала у односу на Анџе Гошовину, Ивана Чермака и Младена Маркача који су били вође операције „Олуја“, те какав је став заузео Трибунал, а пошто променио кроз одлуку жалбеног већа. Посебно се осврће на контрадикторност двеју одлука и који би мотиви били истих, као и који су основи за доношење прво осуђујуће, а затим ослобађајуће пресуде.

**Кључне речи:** Хашки трибунал, операција „Олуја“, кривични поступак, претресно веће, жалбено веће.

### 1. УВОД – ОСНИВАЊЕ ХАШКОГ ТРИБУНАЛА

Државе нису само творци и прекршитељи, већ и чувари међународног права, посебно тамо где судови или трибунали немају надлежности и компетенције. Оне морају да делују као чувари не само ради себе, већ због свих оних чији су интереси заштићени међународним правним правилима, али

---

\* Судијски помоћник у Основном суду у Старој Пазови, dragana.milic12@gmail.com.

којима недостаје или моћ или правни положај да та права спроведу за себе.<sup>1</sup> Међународно правосуђе представља широк појам који је условљен предметом рада конкретного суда, поступком иницирања, вођења и окончања конкретне ствари.<sup>2</sup> Правна сигурност која се у унутрашњем праву огледа у уставности и законитости, у међународном праву се потврђује поштовањем Повеље УН, међународних конвенција и других релевантних извора међународног права.<sup>3</sup> Први међународни *ad hoc* кривични судови настали су након окончања Другог светског рата, познатији као Нирнбершки и Токијски процес, где се одмах почиње примећивати једностраност у постизању правде, те су као такви више имали за сврху стварање нове правне и политичке подлоге. Конкретно, међународни кривични трибунал за некадашњу Социјалистичку Федеративну Републику Југославију (СФРЈ) настао је одлукама Савета безбедности УН 1993. године и то Резолуцијом 808 од 22 .02. 1993. године, а Резолуцијом 827 од 25. 05. 1993. године, одређен је Статут трибунала који је и касније ажуриран низом других резолуција. У циљу отклањања нејасноћа и сукоба надлежности субјеката у кривичном поступку донета су Правила о поступку и доказима која су претрпела низ корекција у периоду од 2002. до 2015. године, а поред наведеног дефинисана су и техничка питања као што је приступ поверљивом материјалу, жалбени поступци, поступци за непоштовање суда, пресуде и казне и друго.<sup>4</sup> Званичан назив Хашког трибунала гласи „Међународни трибунал за гоњење лица одговорних за тешка кршења међународног кривичног права на територији некадашње Југославије од 1991. године.“ Из самог назива се може закључити да се приликом одабира назива сметнуло са ума шта је улога суда, односно да је улога суда непристрасност, правичност и праведност приликом одлучивања. Наиме, да би се постигло наведено, Веће судија приликом одлучивања треба да узме у обзир како материјално право тако и околности конкретного случаја, затим да те битне чињенице конкретного догађаја утврђене у току поступка као истините подведе под релевантне одредбе материјалног права. На тај начин се ствара закључак суда, односно на основу тако изведеног поступка суд може да донесе одлуку којом се оптужена индивидуа осуђује или ослобађа оптужбе. Имајући у виду наведено, погрешно је назвати међународни кривични суд на такав начин да се закључује да је његова улога „гоњење“ с обзиром на то да таква улога припада оптужној страни, односно тужилаштву. Самим тим из назива се може већ увидети да ће даљи поступци имати унапред утемељену политичку подлогу, кршећи тиме сврху постојања међународног кривичног права, а тиме и суда. Таква повезаност у виду институционалног јединства Тужилаштва и Трибунала представља

1 A. Cassese, *Realizing Utopia: The future of International law*, Oxford University press, Oxford, 2012,103.

2 М. Ђујић, *Међународно кривично правосуђе, два лица њравноспости*, 2021, 44.

3 О. Антић, Д. Вучићевић, *Хашки трибунал*, Едиција свеске, бр. 12, Београдски форум за свет равноправних, 2004, Београд, 5.

4 М. Ђујић, *op. cit.*, 111.

вид одступања од начела одвојености основних кривичнопроцесних функција, а у ширем смислу и начелу акузаторности. Овакво решење је супротно и иначе наглашеном адверзијалном карактеру кривичног поступка пред Хашким трибуналом, односно конструкцији процедуре за коју је типично да представља нормативни оквир у коме се одвија правни сукоб две странке о којем решава трећи орган судског карактера који би морао да буде независан и непристрасан како у односу на било коју странку тако и у односу на било који други спољни фактор.<sup>5</sup>

Одредбом чл. 1 Статута прописано је да је Међународни суд надлежан да кривично гони особе одговорне за тешка кршења међународног хуманитарног права почињена на територији бивше Југославије од 1991. године, у складу са одредбама Статута, док је чл. 16 Статута одређено да је тужилац одговоран за вођење истраге и кривично гоњење особа одговорних за тешка кршења међународног хуманитарног права почињена на територији бивше Југославије од 01. 01. 1991. године.<sup>6</sup>

Имајући у виду наведене прописе који представљају темељ оснивања Трибунала, као и чињеницу да се орган оптужбе и орган који одлучује о правним питањима која имају интернационални утицај, односно суд, налазе у једној згради, може се закључити да је већ одређена основа на којој ће се конструисати даље одлуке Трибунала о кривици државе и оптуженог лица.

У наставку ће бити приказана структура суда, односно судских већа, затим тужилаштва и њихова надлежност.<sup>7</sup> Затим и сажетак одлуке првостепеног већа о постојању одговорности оптужених Анте Готовине, Ивана Чермака и Младена Мракача који су били вође војне операције „Олуја“, за кривична дела која су им стављена на терет оптужницом, и то за извршење ратних злочина над српским народом, те какав је став заузео суд, а потом променио кроз жалбено веће.

## 2. ВЕЋЕ ХАШКОГ ТРИБУНАЛА

Одредбом члана 12 Статута прописано је да судска већа чини шеснаест сталних независних судија, који не смеју бити држављани исте државе и највише дванаест независних судија *ad litem* истовремено именованих у складу са чланом 13 који не смеју бити држављани исте државе. Свако претресно веће састоји се од троје сталних судија и највише девет судија *ad litem* истовремено. Свако претресно веће у коме су распоређене судије *ad litem*

5 М. Шкулић, *Међународно кривично право*, Универзитет у Београду - Правни факултет, Београд 2020, 118.

6 Ажурирани статут Међународног кривичног суда за бившу Југославију, септембар 2009, године, <https://www.icty.org/bcs/documents/statut-medunarodnog-suda>, 02. мај 2024.

7 Организација Међународног кривичног суда за бившу Југославију, <https://www.icty.org/bcs/o-mksj/tribunal/organizacija-mksj>, 02. мај 2024.

може се поделити у секције од по троје судија, међу којима су и сталне судије и судије *ad litem*, осим у случајевима утврђеним параграфом 5 овог члана. Секција претресног већа има исте надлежности и одговорности које по Статуту припадају претресном већу и доноси пресуду у складу с истим правилима. Даље, одређено је да жалбено веће чини седам сталних судија и да жалбено веће у сваком жалбеном поступку чини пет његових чланова.<sup>8</sup>

### 3. ТУЖИЛАШТВО

На основу члана 18 став 1 Статута прописано је да тужилац покреће истрагу по службеној дужности или на темељу информација прибављених из било којег извора, посебно од влада, органа Уједињених нација, међувладиних и невладиних организација, где тужилац мора проценити информације које је припремио или прибавио и одлучити постоје ли довољни основи за покретање поступка, док је ставом 2 истог члана тужилац овлашћен да испитује осумњичене, жртве и сведоке, прикупља доказе и спроводи истрагу на лицу места, а приликом обављања наведених послова може и затражити помоћ од надлежних државних власти. Тужилаштво се састоји од тужиоца и другог потребног квалификованог особља, односно одељење тужилаштва, непосредна канцеларија и апелационо одељење.<sup>9</sup>

Иницирање кривичног поступка пред Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију базирао се на следећим тачкама оптужнице: тешка повреда Женевских конвенција; кршење закона и обичаја рата; геноцид и злочини против човечности.<sup>10</sup> Разлика у односу на претходне *ad hoc* судове је у томе што у поступцима пред Хашким трибуналом није важило правило да се оптужени терети по једној тачки за сва кривична дела, већ је један окривљени могао да се терети по истој радњи у тачки оптужнице за више различитих ситуација, што објективно повећава вероватноћу потврђивања оптужнице.<sup>11</sup>

### 4. РЕПУБЛИКА СРПСКА КРАЈИНА

Злочини започети 1940-их на подручју данашње Републике Хрватске довршени су 1990-их, као пројекат мотивисан идејом Независне Државе Хрватске (НДХ) и етничким чишћењем, покрштавањем и прогону српског цивилног становништва.<sup>12</sup> Од 1992. до 1994. године хрватски челници и снаге испланирали су и извршили разне операције како би повратили део територије на који је Република Српска Крајина полагала право, између

8 М. Ђујић, *op. cit.*, 112.

9 *Ibid.*, 114.

10 *Ibid.*, 335.

11 *Ibidem.*

12 *Ibid.*, 176.

којих и операције изведене на УНПА подручјима која су чинила подручја у којима су Срби чинили већину или значајну мањину становништва и у којима су напетости између две заједнице у недавној прошлости већ довеле до оружаних сукоба и суседним подручјима.<sup>13</sup> У времену између јула и почетка августа 1995. године хрватски челници, официри и снаге осмислили су, испланирали, започели и спровели операцију „Олуја“, а главни део те акције у потпуности је започео 4. августа 1995. године. Операција етничког чишћења укључивала је организовану и сталну пљачку и уништавање цивилне имовине чији су власници и станари били Срби. Такво понашање није било спорадично ни ограничено, већ саставни део целе кампање, чији је циљ био протерати с тог подручја преостале Србе и/или спречити оне који су побегли да се врате, односно одвратити их од повратка. Многи српски цивили који нису побегли, већ су одлучили остати на том подручју противправно су убијени у операцији „Олуја“ о чему делимично сведоче ископавања из масовних гробница.<sup>14</sup> У напред наведеном периоду командант Зборног подручја Сплит и главни оперативни командант операције „Олуја“ био је Анте Готовина. Командант Зборног места Книн и представник Владе Републике Хрватске био је Иван Чермак, док је Младен Маркач у то време имао стварну контролу над свим припадницима специјалне полиције који су учествовали у операцији „Олуја“ као и другим операцијама у вези са њом. У оквиру и током тих догађаја Анте Готовина, Иван Чермак и Младен Маркач, делујући индивидуално и/или са својим саучесништвом у удруженом злочиначком подухвату, планирали су, подстицали, наређивали, извршавали и/или помагали и подржавали планирање, припрему и/или извршење кривичних дела за које се терете од тачке 1 до 9, односно прогон, депортација и присилно премештање, пљачкање јавне или приватне имовине, безобзирно разарање, убиство, нехумана дела и окрутност поступање.<sup>15</sup>

Несхватљиво је да су извршени злочини проистекли из војне акције „Олуја“ усмерени против српског цивилног становништва минимизирани, као и чињеница да су западни медији отворено стајали на страну хрватске заједнице сматрајући започету кампању прогона легитимном.<sup>16</sup>

## 5. ОДЛУКЕ ХАШКОГ ТРИБУНАЛА

### 5.1. Ток првостепеног поступка према оптуженима Анте Готовини, Ивану Чермаку и Младену Маркачу

Оптуженима Анте Готовини, Ивану Чермаку и Младену Маркачу судило се на темељу навода да су учествовали у удруженом злочиначком подухвату

13 *Ibidem.*

14 *Ibidem.*

15 *Ibid.*, 178.

16 *Ibid.*, 176.

чији је циљ било трајно уклањање српског становништва са подручја Крајине. Према тврдњама тужиоца, подухват је представљао, односно укључивао и извршење кривичног дела прогона, депортације и присилног премештања, пљачке и разарања. Поред наведеног на терет су им стављена и убиства, нехумана дела и окрутност поступања која представљају природну последицу спровођења удруженог злочиначког подухвата које им се оптужницом ставља на терет. Према наводима из оптужнице, оптужени су били одговорни за планирање, подстицање, наређивање или подржавање и потпомагање наведених кривичних дела, те се њихова кривична одговорност огледала у томе што су свесно пропустили да спрече или казне кажњиве радње или пропусте својих потчињених.

У току поступка Хрватска није сарађивала са тужилашвом. Наиме, тужилаштво је упутило налог Републици Хрватској за доставу одређених докумената или информација, односно конкретно, један број топничких докумената, односно артиљеријске дневнике, која представљају документе о деловању хрватске артиљерије и циљевима током војно-полицијске акције „Олуја“, на који није адекватно одговорено. Веће је позвало Хрватску на више састанка како би се разјаснило да ли постоје одређени артиљеријски дневници, те ако постоје, где се могу пронаћи. У наредном периоду и у току поступка пред Трибуналом, Хрватска је као држава чије су војне вође биле оптужени Готовина, Чермак и Маркач, достављала тражена документа у мери и на начин који је иста сматрала нужним, тако што су одређени документи достављени спрам захтевима тужилаштва, док су се други појављивали накнадно, а неки никада нису ни достављени. Веће је 26.07.2010. године одбило захтев тужиоца да Републици Хрватској наложи доставу дневника, иако су судије биле свесне да није достављена комплетна документација, која је представљала садржај артиљеријске акције. Међутим, у наставку веће наглашава да Хрватска и даље подлеже обавези да сарађује са Међународним судом.

Конкретно питање које је постављено од стране тужилаштва, а о којем одлучује Трибунал, јесте да ли су српски цивили у Крајини били мета злочина и треба ли оптужене држати одговорним за кривична дела која им се стављају на терет. На наведено кључни доказ представљају артиљеријски дневници и циљеви војног напада. У поступку се истиче да се суд неће бавити питањем легалности самог вођења рата.

У пресуди од 15.04.2011. године првостепеног већа Међународног суда за кривично гоњење особа одговорних за тешка кршења међународног хуманитарног права почињена на територији бивше Југославије од 1991, односно Хашког *ad hoc* трибунала, првобитно се закључује да је на подручју и у времену на које се односи оптужница постојао међународни оружани сукоб. Извођењем доказа у виду саслушања сведока чији су искази базирани на непосредном опажању, односно лица српске националности која су се у том периоду налазила на територији Крајина и која су посведочила о свим злочинима која су им учињена од стране хрватске војно-полицијске организације,



суд налази да су припадници хрватских војних снага и специјалне полиције извршили један број убистава, што се сматра ратним злочином и злочином против човечности, затим су учинили кривично дело окрутног поступања и нехумана дела што се сматра ратним злочином и злочином против човечности, кривично дело разарања и пљачке, што се сматра ратним злочином и елементима прогона.

Као кључну тачку тужилаштво наводи оптужбу да су предузети противправни напади на цивиле и цивилне објекте, као радњу извршења прогона, која се темељи на нападу пројектилама на град Книн, Бенковац, Грачац и Обровац дана 4. и 5. августа 1995. године. Тужилаштво је наведене наводе поткрепило писменом документацијом-артиљеријским дневницима и документованим циљевима, као и исказима сведока који су сведочили о местима удара пројектила.<sup>17</sup>

## **5.2. Првостепена пресуда расправног већа Хашког трибунала од 15. 04. 2011. године**

У вези са наводима о присилном премештању и депортацији, Веће је узело у обзир да је 4. и 5. августа 1995. велик број Срба напустио градове Бенковац, Грачац, Книн и Обровац и отишао у Босну и Херцеговину и Србију. Међутим, суд је имао у виду и чињеницу да су постојали планови Срба у Крајини за евакуацију одређених општина, али је мишљења да су планови за евакуацију и налози власти у Крајини имали мало или никаквог утицаја на одлазак Срба са тих подручја, обзиром да је српско становништво већ било у покрету када су српске власти предузимале мере и када је председник Српске Крајине наложио евакуацију 4. августа 1995. године, те је закључило да је страх од насиља и притисак услед гранатирања створио атмосферу у којој српски народ није имао другог избора него да оде. Као пример о наведеном наводи се исказ сведока који је у свом сведочењу навео да се критичном приликом чинило да гранате које су у Книну посвуда падале за сврху имале застрашивање људи и да су сви имали осећај да морају побећи од напада. Многи људи потражили су склониште у бази УН-а, од којих је један део пребачен у Србију.

Веће Трибунала је надаље закључило да су злочини који обухватају убиство, разарање, пљачку и нехумана дела, а које су починили припадници хрватских војних снага и специјалне полиције, створили притисак и страх од насиља међу жртвама и онима који су наведеном сведочили. Ти злочини потпомогли су стварању атмосфере у којој српски народ који се нлазио на тим подручјима није имао никаквог другог избора осим да напусти земљу. Веће је установило да присилно премештање које су учинили припадници

17 Измењена спојена оптужница (Amended joinder indictment), <https://ucr.irmct.org/casedocs/case/IT-06-90#hbs>, 02. мај 2024.

хрватских војних снага и специјалне полиције противправним нападима на градове у Крајини 4. и 5. августа 1995. године и чињењем других злочина касније током августа 1995. представља депортацију. Веће је закључило да је њих најмање 20.000 пресељено на такав начин у августу 1995. године.

У току поступка утврђено је да је оптужени Анте Готовина наредио гранатирање Бенковца, Книна и Обровца 4. и 5. августа 1995. године и да таква радња представља противправни нападе на цивиле и цивилне објекте, који је важан елемент у извршењу удруженог злочиначког подухвата, те да није предузео никакве озбиљне кораке у спречавању извршења злочина за које је обавештен да су их његови потчињени починили над Србима на подручју Крајине, нити је накнадно предузео мере којима би таква дела спречио. Такође је утврђено да је оптужени Готовина био део Бријунског састанка и да је допринео планирању и припремању операције „Олуја“. На основу наведеног расправно веће Трибунала је закључило да је понашање Готовине представљало значајан допринос удруженом злочиначком подухвату, као и да је само наређење Готовине да се противправно нападну цивили и цивилни објекти само по себи представљало значајан допринос извршењу злочина над српским народом. На темељу наведених радњи и понашања, као и његовог учествовања у планирању операције „Олуја“ у току поступка утврђено је да је Готовина био свестан свога дела када се удружио у извршењу злочина над српским народом на подручју Крајине, те је стога закључило да је Готовина био активни учесник удруженог злочиначког подухвата и да је према томе намеравао да допринесе нападу на цивиле и цивилне објекте, те даље закључује да су друга кривична дела за која се терети, иако нису део заједничког циља, била природна и предвидљива последица извршења удруженог злочиначког подухвата, што је могао предвидети и оптужени Анте Готовина.

Оптужени Анте Готовина оглашен је кривим да је учествовао у удруженом злочиначком подухвату и то за прогон као злочин против човечности; депортацију као злочин против човечности; пљачку јавне и приватне имовине као кршење закона и обичаја ратовања; безобзирно разарање као кршење закона и обичаја ратовања; убиство као злочин против човечности; убиство као кршење закона и обичаја ратовања; нехумана дела као злочин против човечности и окрутност поступање као кршење закона и обичаја ратовања. Расправно веће проглашава да није крив по тачки 3, за присилно премештање као злочин против човечности. Приликом одмеравања казне као отежавајућа околност узета је у обзир тежина кривичног дела, рањивост жртава и злоупотреба положаја власти, а као олакшавајућа околност сматрала се понашање у притвору и судници, те је осуђен на јединствену казну од 24 године затвора.

Оптужени Младен Маркач је у критичном периоду имао комплетну контролу над хрватским снагама специјалне полиције и током извођења операције „Олуја“, а и касније. Заповедао је и артиљеријом хрватске војске из скупине ТС-5, која је придодана специјалној полицији 3. августа 1995.

године у оперативне сврхе. Маркач је такође био део Бријунског састанка, где је допринео планирању и припремању операције „Олуја“. Веће такође утврђује да је он наредио специјалној полицији да 4. и 5. августа 1995. године гранатира Грацац, што представља противправни напад на цивилно становништво и цивилне објекте и што је за последицу имало присилно размештање лица српске националности. У пресуди се утврђује да сама наредба да се бомбардује Грацац представља значајни допринос удруженом злочиначком подухвату и да су припадници специјалне полиције 5. и 6. августа учествовали у разарању значајног места Грацац, као и у разарању и пљачкању имовине Срба у Доњем Лапцу 7. и 8. августа 1995. године. Надаље је утврђена кривична одговорност Маркача кроз свест оптуженог о чињеници да су његови потчињени учествовали у извршењу наведених кривичних дела, те да није предузео никакве кораке како би идентификовао извршиоце и против њих покренуо одговарајући поступак, нити је предузео било шта да спречи извршење даљих злочина. Наведеним радњама и пропустима је Маркач међу потчињенима створио атмосферу некажњивости, што је и охрабрило даље злочиначке нападе над Србима у Крајини и њиховом имовином. На темељу његових радњи у вези с припремама за операцију „Олуја“, као и његових радњи и пропуста у вези са злочинима које су починили припадници хрватске специјалне полиције, веће Трибунала је закључило да је оптужени Маркач био свестан да су злочини које он чине део удруженог злочиначког подухвата, те је стога био део удруженог злочиначког подухвата и да је својим радњама и пропустима допринео извршеним злочинима. Веће је надаље закључило да су друга кривична дела, иако нису део заједничке сврхе, била природне и предвидљиве последице извршења удруженог злочиначког подухвата, што је могао предвидети и Младен Маркач.

Оптужени Младен Маркач оглашен је кривим да је учествовао у удруженом злочиначком подухвату и то за прогон као злочин против човечности; депортацију као злочин против човечности; пљачку јавне и приватне имовине као кршење закона и обичаја ратовања; безобзирно разарање као кршење закона и обичаја ратовања; убиство као злочин против човечности; убиство као кршење закона и обичаја ратовања; нехумана дела као злочин против човечности и окупацијско поступање као кршење закона и обичаја ратовања. Није крив по тачки 3, за присилно премештање као злочин против човечности. Приликом одмеравања казне узета је у обзир као отежавајућа околност чињеница великог броја злочина на ширем географском подручју и током дужег временског периода, рањивост жртава и злоупотребу положаја власти, а као олакшавајућа околност здравствено стање Маркача, те је осуђен на јединствену казну од 18 година затвора.

У односу на оптуженог Ивана Чермака, Трибунал је ослободио истог по свим тачкама оптужнице, сматрајући га невиним за кривична дела која су му стављена на терет. Наиме, веће је мишљења да оптужба није доказала своје наводе да је Чермак допустио, умањивао, порицао или сакривао злочине

над Србима, нити да је давао нетачне, непотпуне или обмањујуће информације или нетачна уверавања међународној заједници, нити је установљено да је био припадник удруженог злочиначког подухвата, нити да му је намерно или значајно допринео. Веће је такође закључило да Чермак није одговоран ни по једном другом виду кривичне одговорности за који се терети оптужницом.

Имајући у виду наведено у првостепеној одлуци, може се закључити да су у односу на осуђене приликом одмеравања казне биле више цењене олакшавајуће околности као што је понашање оптуженог Готовине у току поступка и здравствено стање оптуженог Маркача, притом занемарујући околности самих догађаја за које је утврђено да су исти одговорни, бројности учињених злочина под њиховом командом и наредбом, те последице које су ти злочини оставили иза себе. Осуђени су на ниске казне затвора од 24 и 18 година у односу на чињенично стање које је утврђено у току поступка, те сам њихов допринос као и свест о последицама злочиначког подухвата за време „Олује“.

### **5.3. Другостепена пресуда жалбеног већа Хашког трибунала од 16. 11. 2012. године**

Жалбено веће првенствено наводи да је расправно веће утврдило да су оптужени Анте Готовина и Младен Маркач били чланови удруженог злочиначког подухвата чији је циљ било трајно уклањање српских цивила из Крајине силом или претњом силом. Жалбено веће, уз супротно мишљење судије Carmel Agius и судије Fausto Rosar, сматра да кључну тачку у анализи расправног већа у погледу постојања удруженог злочиначког подухвата представља чињеница да су противправни артиљеријски напади били усмерени против цивила и цивилних објеката у четири града, те да су ови противправни напади проузроковали премештај великог броја цивила из подручја Крајине. Истиче се да је такав закључак донет на основу анализе удара применом правила о маргини грешке од 200 метара. Узимајући у подлогу своје одлуке о противправном артиљеријском нападу наведено „правило о 200 метара“, расправно веће је установило да су сва места удара пројектила хрватске артиљерије била удаљена више од 200 метра од циља који је по мишљењу већа био легитиман. Суштински, примена овог правила дозволила је расправном већу Хашког трибунала да се користи информацијама као што је да ли су гранате хрватске војске биле усмерене према легитимним војним циљевима и удаљености између одређене тачке удара и најближег идентификованог циља приликом одлучивања. Правило од 200 метара представљало је главни критеријум у разликовању противправног и легитимног гранатирања од стране артиљерије хрватске војске и специјалне полиције која се налазила под командом оптужених Анте Готовине и Младена Маркача за време извођења операције „Олуја“.

Жалбено веће је једногласно констатовало погрешну примену „правила о 200 метара“ од стране расправног већа, те поништава одлуку расправног већа да су напади на Бенковац, Грачац, Книн и Обровац били противправни.

У прилог своје одлуке наводи да се одласци цивила пред гранатирањем легитимних циљева напада не могу сматрати премештајем, односно депортацијом.

Сходно наведеном, жалбено веће користи прилику да обесправи одлуку првостепеног суда кроз погрешну и произвољну примену „правила од 200 метара“, сматрајући да је расправно веће у току поступка погрешно оценило легитимност напада на цивиле и цивилне објекте, јер се није доказало да је гранатирање било усмерено на цивиле и цивилне објекте кроз писмене доказе – артиљеријске дневнике и документацију о циљу напада. Овде треба напоменути да је Република Хрватска позвана да приложи потребну документацију, али да је иста у току поступка произвољно и повремено достављала тражено. Такође, Веће је 26. 07. 2010. године одбило захтев тужиоца да Републици Хрватској наложи доставу дневника, иако су судије биле свесне да није достављена комплетна документација, која је представљала садржај артиљеријске акције. Упркос наведеном, првостепена одлука расправног већа темељила се на документацији која није била комплетна.

У односу на одговорност по основу удруженог злочиначког подухвата, жалбено веће сматра да је исто донето на темељу постојања противправног гранатирања на цивиле и цивилне објекте у градовима Бенковац, Грачац, Книн и Обровац.

Сходно наведеном, будући да је жалбено веће поништило одлуку расправног већа о противправном гранатирању цивила и цивилних објеката, тиме нема ни места постојању удруженог злочиначког подухвата са заједничком сврхом трајног уклањања српског становништва из Крајине силом или претњом силе. Стога веће није сматрало да је потребно освртати се на преостале аргументе изнете у жалби.

Из наведеног произилази да је кључни основ одлуке о одговорности Готовине и Маркача у односу на удружене злочиначке подухвате отпао, брзо и једноставно, те је тиме било олакшано даље поништавање одлуке првостепеног већа, које је своју комплетну одлуку базирало на противправном гранатирању цивила и цивилних објеката, те повезало остале тачке које су им стављене на терет.

Разматрани су алтернативни видови одговорности у смислу помагања, подржавања, као и одговорности надређеног у односу на Готовину, а на основу налаза и закључака расправног већа да је знао за кривична дела за која се тврди да су почињена у четири града пре и након напада артиљеријом, да је та кривична дела требало истражити и да је пропустио предузети потребне мере на начин да изнесе јавности и преусмери средства која су му била на располагању како би се предузели потребни кораци у вези са спречавањем даљег вршења злочина над српским становништвом. Сходно наведеном, расправно веће је закључило да је Готовина пропустио

уложити озбиљне напоре да се истраже та дела и спрече будућа, док жалбено веће сматра да се расправно веће ослонило на свој закључак о противправности напада када је оцењивало одговорност Готовине за додатно поступање и пропуст да делује, као и да је опис додатних мера које је Готовина требао предузети недовољно разрађен и непрецизан, те да се тиме не утврђује конкретно на који би то начин такве мере утицале. Такође, жалбено веће истиче да је расправно веће изричито узело у обзир доказе да је Готовина подузео бројне мере како би спречио и минимизирао даље вршење кривичних дела и атмосферу нереда међу војницима под његовом контролом, те да из сведочења вештака на суђењу произлази да је Готовина предузео све нужне и разумне мере како би одржао ред међу својим потчињенима. У том контексту жалбено веће, уз супротно мишљење судије Агиуса, сматра да докази у спису не доказују изван разумне сумње да је у случају Готовине постојао икакав пропуст довољно велик да би представљао основу за кривичну одговорност у смислу помагања и подржавања или одговорности надређеног.

Жалбено веће се у односу на алтернативне одговорности Младена Маркача, такође позива на чињеницу да су сви закључци расправног већа о одговорности донети у контексту закључка о противправним нападом над четири града. С тим у вези, веће поново закључује да нема довољно доказа за осуђујућу пресуду у односу на Маркача, било на основу помагања, подржавања или одговорности надређеног. Жалбено веће одбија да даље цени преостале закључке расправног већа и доказе у спису, а све имајући у виду напред наведене закључке, ставове и одлуке жалбеног већа, те истиче да би интензивније упуштање захтевало опширно утврђивање чињеница и оцену доказа. Жалбено веће, уз супротно мишљење судија Агиуса и Поцара, сматра да је постојање одговорности за удружени злочиначки подухват и противправних артиљеријских напада у темељу свих материјалних закључака у првостепеној пресуди неосновано, наводећи да је „У таквом контексту, било какав покушај да се извуку закључци нужни за осуђујуће пресуде по алтернативним видовима одговорности би представљало ризик да се значајно наруше права Маркача на правично суђење“. Поставља се питање да ли је овакав закључак праведан у односу на жртве „Олује“, те да ли је оваквим пристрасним закључком другостепеног већа значајно нарушено право српског становништва које је прогнано из Крајине на правично суђење.

Пут од осуђујуће до ослобађајуће пресуде са становишта наведеног делује унапред испланиран. Најпре, почетна база одлуке која се темељила на документацији која није била комплетна, која и није била адекватно тражена од Хрватске, те примена „правила од 200 метара“ и утврђивања шта преставља легитимни напад гранатама, прихватајући велику маргину грешке приликом напада на цивиле и цивилне објекте и тиме допуштајући да се злочини подведу под дозвољене радње током оружаног сукоба. Затим, довођење у питање противправности осталих радњи хрватске војске и специјалне полиције са противправношћу напада и умањујући утицај исказа

сведока о злочинима које су хрватске војне и специјалне снаге чиниле над Србима из Крајине, а између осталог и убијање. Даље, одбијање да се након утврђивања да није било противправног гранатирања, те тиме ни насилног премештаја, депортације Срба из Крајине, даље упушта у цењење изведених доказа. Веће на основу поништаја једног закључка, олако поништава одговорност оптужених Готовине и Маркача за све тачке оптужнице и тиме је жалбено веће ослободило Готовину и Маркача било које одговорности за злодела на подручју Крајине у време војне акције „Олуја“.

## 6. КОНТРАДИКТОРНОСТ ХАШКОГ ТРИБУНАЛА

У ширем смислу контрадикторност овог *ad hoc* Трибунала, односно по потреби изнедреног суда одлукама Савета безбедности УН, огледа се у постављању самих темеља овог суда кроз давање назива у виду „Међународни трибунал за гоњење лица одговорних за тешка кршења међународног кривичног права на територији некадашње Југославије од 1991. године.“ Наиме, поступак пред Хашким трибуналом је изразито адверзијалног карактера што значи да је суд у доказном смислу пасиван, тако да је извођење доказа у основи препуштено странкама, док се суд претежно фокусира на процену да ли је оптужба или одбрана пред њим била успешнија. Суђење почиње презентирањем доказа оптужбе, на које одбрана у одређеним процесним формама одговара, односно има прилику да даје одговор, да би се потом, изводили докази одбране, уз могућност да на њих одговара тужилац, док суд има ограничене могућности током извођења доказа. У суштини су типични адверзијални кривични поступци веома слични парничном поступку, односно грађанском поступку уопште,<sup>18</sup> те је тиме и логично што се првостепено веће Хашког трибунала назива расправним већем судија. Према томе, закључује се да Трибунал има надлежност не само одлучивања већ и кривичног гоњења, која кривичнопроцесна функција припада тужилаштву, те ценећи да се тужилаштво и суд налазе у истој згради произилази да је фактичка намена суда да потврди оно што је тужилаштво већ припремило у оптужници, односно да је одлука већ донета и пре започињања поступка. Овде је битно истаћи да је сврха одвајања кривичнопроцесних функција у току поступка, а посебно кривичног поступка пред Хашким трибуналом, који је изразито адверзијалног карактера, осигуравање да свака страна у поступку има обезбеђену непристрасност, правичност и праведност приликом одлучивања.

У ужем смислу, контрадикторност Хашког трибунала огледа се у примени материјалног права приликом одлучивања расправног већа и жалбног већа. Наиме, расправно веће донело је осуђујућу пресуду у којој оглашава

18 М. Шкулић, „Доминантне карактеристике основних великих кривичнопроцесних система и њихов утицај на реформу српског кривичног поступка“, *Crimen*, 2/2013, 178.

оптужене Готовину и Маркача кривим да су учествовали у удруженом злочиначком подухвату и то за прогон као злочин против човечности; депортацију као злочин против човечности; пљачку јавне и приватне имовине као кршење закона и обичаја ратовања; безобзирно разарање као кршење закона и обичаја ратовања; убиство као злочин против човечности; убиство као кршење закона и обичаја ратовања; нехумана дела као злочин против човечности и окрутно поступање као кршење закона и обичаја ратовања након што је утврђено да су свесно и са намером деловали у правцу насилног прогона Срба из Крајине применом силе и застрашивања противправним гранатирањем цивила и цивилних објекта које је као противправно утврђено по основу урачунавања маргине грешке од 200 метара приликом напада пројектилама. Жалбено веће Трибунала ослободило је Готовину и Маркеча по свим наведеним тачкама узимајући у подлогу одлуке да није било довољно чврстих доказа за закључак да су такви напади били противправни на основу таквог правила, које само по себи не може бити довољно да се оптужени и осуде. Поред наведеног правила, кључни доказ за доношење осуђујуће првостепене пресуде и то за противправни напад хрватске војске на цивиле и цивилне објекте у односу на Готовину и Маркача био је писмени, материјални доказ у виду пописа циљева и артиљеријских дневника, за које је у току истраге и самог поступка било познато да није у довољној количини достављено од стране Хрватске, што се и истиче у самој одлуци, из чега се може закључити да такав доказ не може ни бити чврста подлога за осуђујућу пресуду.<sup>19</sup> Све ово узимајући у обзир да су у току поступка саслушана 82 сведока на страни оптужбе, чији искази се и цитирају у првостепеној одлуци. На пример један сведок је изнео да је 7. августа 1995. године чуо пуцње и видео хрватске војнике испред своје куће у Мокром Пољу у општини Ервеник. Чуо је како један од њих каже: «Убио сам још једног», након чега се сведок спустио по степеницама и нашао своју стару мајку и ментално оболелог брата убијене из ватреног оружја. У исказу једне сведокиње се наводи да је 6. августа 1995. године видела како хрватски војници изводе петорицу мушкараца из подрума једне куће, где су и њу држали. Један од тих мушкараца био је њен син. Убрзо након тога зачули су се пуцњи и касније су та петорица мушкараца пронађени мртви, убијени из ватреног оружја. Такође, у току поступка и један сведок је изнео да се чинило да гранате које су у Книну посвуда падале имале за сврху застрашивање људи и да су сви имали осећај да морају побећи. Многи људи потражили су склониште у бази УН-а, од којих је један до на концу пребачен у Србију.

У компаративном смислу контрадикторност Трибунала се огледа првенствено кроз изведене случајеве на хрватској и српској страни. Посебно

19 „*Standard of Proof*. Pursuant to Article 21 (3) of the Statute, the Accused are entitled to a presumption of innocence. Pursuant to Rule 87 (A) of the Rules, the standard for determining guilt is proof beyond a reasonable doubt“ – увод првостепене пресуде Хашког трибунала (p.13) *Prosecutor v. Ante Gotovina, Ivan Čermak, Mladen Markač*, judgement volume I of II, <https://www.icty.org/en/cases/judgement-list>, 02. мај 2024.



имајући у виду чињеницу да су у конкретном случају у односу на „Олују“, где су тачке оптужнице за Готовину, Маркача и Чермака минимизирани и свођене на злочине против човечности и ратне злочине, при том избегавајући елемент геноцида, исти ослобођени свих тачака оптужнице. Такође, Рахим Адеми и Мирко Норац који су представљали битне чиниоце у реализацији злочина на подручју Медачког џепа, предати су у надлежност националног суда Републике Хрватске.

Управо у овим питањима и чињеницама „уочава се разлика између оптужница које се односе на припаднике хрватске и српске заједнице. Тужилаштво је у оптужници која се односи на припаднике српске популације инсистирало на што више повреда међународног права, што је постизано кроз учестало повећање броја тачака у оптужници. Ажурност тужилаштва, када је реч о статусу оптужених, покривала је све сфере тзв. „објективне“ односно „командне одговорности“ (од политичких функција председника општине до председника Републике, односно у војној хијерархији од носиоца оперативног нивоа обуке и командовања до стратешког нивоа командовања и предузимању активности на терену). Окончање ових поступака реализовало се или кроз изрицање најоштријих судских пресуда, или обуством поступка због смрти оптужених, са изузетком предмета Станишић и Симатовић у коме је захтевано понављање кривичног поступка.“<sup>20</sup> Ово указује на пристрасност Трибунала и тиме посредно помагање у етничком чишћењу и прогону 250.000 Срба.

## 7. ЗАКЉУЧАК

Све наведено указује да стране у сукобу нису биле подвргнуте истом критеријуму приликом утврђивања тачака по којима се оптужују, те се може закључити и тенденција Трибунала да се очигледно приклони једној страни, што је у конкретном случају Република Хрватска, односно Готовина, Маркач и Чермак, обзиром да је поступак који се водио према њима и поред довољног броја доказа који су изведени и прихваћени и који су указивали на њихову кривичну одговорност за злочине који су учињени за време „Олуја“ над српским становништвом у Крајини, окончан на такав начин да су оптужени ослобођени одговорности за дела која су им стављена на терет. Чињеница је да су и дела која су им стављена на терет минимизирана, да су у првостепеној пресуди осуђени на казну затвора на 24 године и на 18 година, а на све већ увелико умањено квалификовање, док у другостепеној пресуди бивају ослобођени по свим тачкама оптужнице. Из наведеног се не може закључити било шта друго до да је Трибунал настао ради процесуирања команде на српској страни, помажући стварању јавног мишљења о ратним злочинцима српске националности и са њима и Републике Србије, те стварајући од

20 М. Ђујић, *op. cit.*, 184.

Републике Хрватске „жртву“ и оправдавајући њене поступке над српским становништвом у Крајини, и тиме индиректно подржавајући етничко чишћење српског становништва са територије Хрватске.

У прилог наведеном може се навести и чињеница да је у другом поступку пред Трибуналом за злочиначка дела предузета над српским становницима Косова и Метохије коришћен израз „ОВК“ у смислу „оружаних снага“, а не терористичке организације.

„Постоје чврсте индиције, сасвим реалне и могуће, да је цели описани поступак из извештаја Хрватског хелсиншког одбора за људска права, Загреб, 2001. године према недужном цивилном српском становништву био унапред планиран и организован, што је видљиво и из самог текста извештаја. Сви описани догађаји током и после „Олује“ били су у функцији провођења потпуног етничког чишћења методом „спаљена земља“.“<sup>21</sup> У члану 4 став 2 Статута Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију одређен је појам кривичног дела геноцид. Прописано је да геноцид представља било које од следећих дела, учињено с намером да се у целисти или делимично уништи нека национална, етничка, расна или верска група као таква и то радњама убијања припадника те групе, наношењем тешке телесне или душевне повреде припадницима те групе, смишљеним наметањем припадницима те групе животних услова који су срачунати да доведу до њеног потпуног или делимичног физичког уништења и увођење мера којима је циљ спречавање рађања унутар те групе, као и присилно премештање деце те групе у другу групу. „У члану 6 тачка 4 Елемената кривичних дела Међународног кривичног суда предвиђена су два алтернативна елемента, па је јасно да геноцид може бити извршен примера ради у било ком изолованом логору, ако је намера извршиоца или заједничка намера више извршилаца који имају власт у логору да се уништи група, макар и делимично, и само под условом да извршење само по себи да произведе такву деструкцију групе.“<sup>22</sup> Иако се радње извршења у извесној мери и код злочина геноцид и злочина против човечности подударарају (нпр. убијање чланова заштићене групе), битно је нагласити да се према међународном кривичном праву код злочина геноцид захтева посебан умишљај – намера да се потпуно или делимично уништи нека од заштићених група. Суштинска разлика између поменутих злочина је у томе да се за одговорност за злочине против човечности захтева постојање распрострањеног или систематског напада, док се код злочина геноцид постојање овог услова не захтева.<sup>23</sup>

На основу свега наведеног и анализираног у овом раду може се закључити да Трибунал представља један нови кривичнопроцесни систем који

21 С. Ливада *et al.*, *Биолошки слом и несћајање Срба у Хрвајској (1880-2011)*, Београд 2018, 162.

22 Едиција Дипломатске свеске, *Србија њред међународним судом ѡправе*, књига 1, одбрана, Београд 2007, 686.

23 С. Каровић, „Однос између геноцида и злочина против човечности“, *Civitas*, 3/2012, 92.

се базира на начелу контрадикторности и примени политике као извора права при одлучивању, што и не чуди обзиром да исти представља меру Савета безбедности, а не суд.

## ЛИТЕРАТУРА

- Антић О., Вучићевић Д., *Хашки трибунал*, Едиција свеске, бр. 12, Београдски форум за свет равноправних, Београд, 2004.
- Едиција Дипломатске свеске, *Србија пред међународним судом правде*, књига 1, одбрана, Београд, 2007.
- Cassese A., *Realizing Utopia: The future of International law*, Oxford University press, Oxford, 2012.
- Каровић С., „Однос између геноцида и злочина против човечности“, *Civitas*, 3/2012
- Ливада С. *et al.*, *Биолошки слом и несћајање Срба у Хрватској (1880-2011)*, Београд, 2018.
- Ђујић П. М., *Међународно кривично правосуђе, два лица правичности*, 2021.
- Шкулић М., *Међународно кривично право*, Универзитет у Београду - Правни факултет, Београд 2020.
- Шкулић М., „Доминантне карактеристике основних великих кривично-процесних система и њихов утицај на реформу српског кривичног поступка“, *Crimen*, 2/2013

## ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

- Ажурирани статут Међународног кривичног суда за бившу Југославију, <https://www.icty.org/bcs/documents/statut-medunarodnog-suda>
- Официјални сајт Међународног кривичног суда за бившу Југославију <https://www.icty.org/bcs>
- Организација Међународног кривичног суда за бившу Југославију, <https://www.icty.org/bcs/o-mksj/tribunal/organizacija-mksj>
- Измењена спојена оптужница (Amended joinder indictment), <https://ucr.irmct.org/scasedocs/case/IT-06-90#hbs>
- Пресуда расправног већа од 15.04.2011. године, PROSECUTOR v. ANTE GOTOVINA, IVAN ČERMAK, MLADEN MARKAČ <https://www.icty.org/bcs/cases/spisak-presuda>
- Пресуда жалбеног већа од 16.11.2012. године TUŽITELJ protiv ANTE GOTOVINE MLADENA MARKAČA <https://www.icty.org/bcs/cases/spisak-presuda>

**Dragana Milic<sup>\*</sup>**

## **CONTRADICTORY APPLICATION OF THE LAW OF THE HAGUE TRIBUNAL IN RELATION TO MILITARY ACTION STORM**

### *Summary*

*The establishment of the Hague Tribunal as an ad hoc international criminal court for the prosecution of persons responsible for war crimes arising from the civil war on the territory of the former Yugoslavia left lasting consequences both on the internal organization of the Republic of Serbia and on external relations with other countries in Europe and the world, especially on the relations between the countries that were once part of the former Yugoslavia. In this paper, the Republic of Krajina and the Serbian people who inhabited the area called Krajina until the “Oluja”, as well as the motives of the Croatian people, the “domobrani”, are defined in more detail. Taking into account the weight of the topic as well as the extensiveness of the proceedings before the Hague Tribunal, this scientific paper will analyze the decisions of the Tribunal in relation to Ante Gotovina, Ivan Čermak and Mladen Markač, who were the leaders of Operation “Oluja”, and what position the court took, and then changed through the appeals panel. In particular, it looks at the contradiction between the two decisions and what motives would be the same, as well as what are the grounds for the first conviction and then the acquittal.*

**Keywords:** Hague Tribunal, Operation “Oluja”, criminal proceedings, trial panel, appeals panel.

---

\* Judicial assistant at Primary Court in Stara Pazova, dragana.milic12@gmail.com.

## NE BIS IN IDEM У ПОСТУПКУ ПРЕД МЕЃУНАРОДНИМ КРИВИЧНИМ СУДОМ

*Аїсїракиї:* Начело *ne bis in idem* їредсїавља једно од основних начела кривичної їосїуїка. Ово начело у Реїублици Србиїи їредвиђено је не само кривичним їроцесним законодавсївом, већ и Усїавом, а шїио їовори о њеїовом значаїу. Такође, садржано је у мноїим међународним докуменїима. Уїоређуїући њеїово дефинисање у националним, али и међународним изворима, видимо да му се даје различїиї обим и деїсїво. Дакле, не їосїїоїи саїласносїи у їїїледу начина њеїової одређења. Предметї ової рада односи се на начело *ne bis in idem* које се їрїмењује у їосїуїку їред Међународним кривичним судом, а їре свеїа на начин њеїової реїулисана у Римском сїаїїуїу. Такође, обрађен је и оїшїиї їоїам ової начела, а како би се уочиле сїецифичносїи њеїової дефинисања у їосїуїку їред Међународним кривичним судом. Предметї ової рада обрађен је из їири уїла, и шїо узїмиаїући у обзир схваїања кривично-їроцесне їеориїе, начин реїулисана у їравним изворима, као и сїаво-ве судске їраксе.

**Кључне речи:** *ne bis in idem*, кривични поступак, Међународни кривични суд, Римски статут.

### 1. УВОДНО ИЗЛАГАЊЕ

*Ne bis in idem* води порекло из римског права, из установа које говоре о правноснажности и пресуђеној ствари.<sup>1</sup> Такође, у литератури се наводи да корене овог начела можемо наћи, поред римског права, и у грчким и библијским изворима.<sup>2</sup>

\* Адвокат, уписан у именик Адвокатске коморе Београда, adv.oivanovic@gmail.com.

1 Г. П. Илић *et al.*, *Коменїар Законаика о кривичном їосїуїку*, ЈП Службени гласник, Београд, 2022, 89.

2 G. Conway, „Ne Bis in Idem in International Law“, *International Criminal Law Review*, 3/2003, 222.

*Ne bis in idem* подразумева да се истом лицу не може два пута судити за исто кривично дело. Односно, не може се поново водити поступак против истог лица у погледу истог кривичног дела, уколико је кривични поступак за то дело већ правноснажно окончан. У литератури се истиче да ово начело произлази из интереса правне сигурности и правичности, који у вези са овим принципом односе превагу у односу на принцип истине.<sup>3</sup> Поред овога, указује се да се *ne bis in idem* заснива на правноснажности, којој се тежи у кривичним стварима.<sup>4</sup> Овај принцип оправдава се тиме што он служи заштити окривљеног, али и интегритета и кредибилитета једног правног поступка.<sup>5</sup>

Међутим, наилазимо и на другачије ставове. У неким радовима се наводи да је ово начело у служби заштите оптуженог у кривичном поступку, али не и других субјеката, те да ово начело и начело правичности тешко могу да иду „руку под руку“.<sup>6</sup> Дакле, истиче се да ово начело не само да не прозилази из правичности, већ да је оно неспојиво са њим.

Однос између ова два начела зависи, пре свега, од онога шта подразумевамо под начелом правичности. Уколико се правичност схвати као скуп одређених вредности које одговарају захтевима правде, онда ова два начела не могу ићи „руку под руку“, али и то само у ситуацијама када је поступак правноснажно окончан одлуком у корист окривљеног, а накнадно се појаве докази који указују да је оправдано донети другачију одлуку. У свим другим случајевима се ова начела не искључују.

Међутим, када се говори о правичности, мисли се на право на правично суђење. Ово право предвиђено је у чл. 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.<sup>7</sup> Право на правично суђење, заједно са осталим правима из наведеног члана, представља темељне принципе једног поступка који почивају на идеји владивине права, а која подразумева да сваки спор не сме да буде решен арбитражно, већ у поступку пред надлежним, независним и непристрасним судом који гарантује равноправност

- 
- 3 М. Шкулић, *Кривично йроцесно йраво*, Универитет у Београду – Правни факултет, Центар за издаваштво, Београд, 2020, 62.
  - 4 L. E. Carter, „The Principle of Complementarity and the International Criminal Court: The Role of Ne Bis in Idem“, *Santa Clara Journal of International Law*, 8/2010, 196.
  - 5 K. Anderson, A. Sinclair-Blakemore, „Ne bis in idem, nulla poena sine lege and Domestic Prosecutions of International Crimes in the Aftermath of a Trial at the International Criminal Court“, *International Criminal Law Review*, 21/2021, 40.
  - 6 М. Љ. Буха, *Ne bis in idem* у казним поступцима, Правни факултет Бања Лука, Универзитет у Бањој Луци, Бања Лука, 2021, 8.
  - 7 Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (*European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*) постала је део правног поретка Републике Србије усвајањем Закона о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима, *Службени лист СЦГ – Међународни ујовори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – исправка и *Службени йласник РС – Међународни ујовори*, бр. 12/2010 и 10/2015.



се ради о праву окривљеног, с обзиром на то да се начело *ne bis in idem* у различитим правним изворима дефинише императивном нормом, те његова примена не зависи од воље окривљеног.

Међутим, предметни принцип представља једно од основних људских права, које је као прицип уграђено у међународна људска права.<sup>16</sup>

Такође, поставља се питање односа људских права осуђеног или ослобођеног лица и људских права која припадају жртви. У овом смислу, напомиње се да Декларација о основним принципима правде у вези са жртвама криминалних радњи и злоупотребе власти не предвиђа да приступ оштећеног правди подразумева одступање од *ne bis in idem* на начин који би подразумевао понављање кривичног поступка на штету осуђеног или ослобођеног.<sup>17</sup>

Међународни пакт о грађанским и политичким правима<sup>18</sup> у чл. 14 ст. 7 прописује да нико не може бити гоњен или кажњен због кривичног дела у вези којег је већ био ослобођен кривице или осуђен правноснажном пресудом према закону и кривичном поступку сваке земље.

Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода у чл. 4 ст. 1 Протокола бр. 7 одређује да се никоме не може поново судити нити се може поново казнити у кривичном поступку у надлежности исте државе за дело због кога је већ био правоснажно ослобођен или осуђен у складу са законом и кривичним поступком те државе.

Што се тиче Европске уније, предметно начело предвиђено је у чл. 54 Шенгенског споразума, а који прописује да лице којем је од стране једне уговорне стране већ правоснажно пресуђено, за исто дело не може се више кривично гонити, ако је у случају пресуђивања санкција већ извршена, или се управо извршава, или се према праву државе у којој је лице суђено, она више не може извршити. Овакво дефинисање проузрокује проблема због повезивања правноснажности пресуде са њеном извршношћу.<sup>19</sup>

Устав Републике Србије<sup>20</sup> у чл. 34 ст. 4 предвиђа да нико не може бити гоњен ни кажњен за кривично дело за које је правоснажном пресудом ослобођен или осуђен или за које је оптужба правоснажно одбијена или поступак правоснажно обустављен, нити судска одлука може бити измењена на штету окривљеног у поступку по ванредном правном леку. Истим забрана подлеже вођење поступка за неко друго кажњиво дело.

16 J. A.E. Vervaele, „Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU“, *Utrecht Law Review*, 9/2013, 213.

17 Г. П. Илић *et al.*, *op. cit.*, 89.

18 Међународни пакт о грађанским и политичким правима (*International Covenant on Civil and Political Rights*) постао је део правног поретка Републике Србије доношењем Закона о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Службени листи СФРЈ*, бр. 7/71.

19 М. Шкулић, *Међународно кривично йраво*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Центар за издаваштво, Београд, 2022, 538.

20 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.



Законик о кривичном поступку<sup>21</sup> у чл. 4 прописује да нико не може бити гоњен за кривично дело за које је одлуком суда правноснажно ослобођен или осуђен или за које је оптужба правноснажно одбијена или је поступак правноснажно обустављен. Такође, правноснажна судска одлука не може бити измењена на штету окривљеног.

Из наведеног видимо да је *ne bis in idem* дефинисан на различите начине, односно са различитим обимом његовог дејста.

У наставку рада биће обрађено ово начело у светлу кривичног поступка који се води пред Међународним кривичном судом.

## 2. NE BIS IN IDEM У РИМСКОМ СТАТУТУ

### 2.1. Појам

Формирање једног међународног кривичног суда није био лак задатак. Бројни неуспели покушаји претходили су формирању једног таквог суда. Усвајањем Римског статута<sup>22</sup> и других правних извора који се примењују у поступку пред Међународним кривичним судом створени су нормативни услови за даљи развој међународног кривичног права.<sup>23</sup>

Пред Међународним кривичним судом се налазе задаци као што су заштита људских права, окончање некажњавања за најтеже злочине, кажњавање за кршења хуманитарног права и људских права, као и процесуирање највиших званичника држава.<sup>24</sup>

Римским статутом, поред осталог, предвиђено је и начело *ne bis in idem*. У чл. 20 прописано је следеће:

*„Никоме се љред овим Судом неће судиџиџиџи за љонашање које чини биће кривичноџ дела за које ља је овај Суд већ осудио или ослободио, изузев у случаједвима љредвиђеним Сџаџуџом.*

*Никоме се неће судиџиџи љред друџим судом за кривично дело из чл. 5. Сџаџуџа за које ља је овај суд већ осудио или ослободио.*

*Никоме коме је било суђено љред друџим судом за кривично дело из чл. 6, 7, 8. или 8 bis<sup>25</sup> неће се судиџиџи љред овим судом, осим ако је љосџуџак љред друџим судом вођен:*

21 Законик о кривичном поступку, *Службени љласник 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.

22 Римски статут (*Rome Staute of the International Criminal Court*) постао је део правног поретка Републике Србије усвајањем Закона о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда, *Службени лисџи СРЈ – Међународни уџовори*, бр. 5/2001.

23 М. Шкулић, В. Бајовић, *Исџорија међународноџ кривичноџ љравосуђа и основне одлике љосџуџка љред Сџаџалним међународним кривичним судом*, Досије студио, Београд, 2017, 63–64.

24 Т. Шурлан, „Принцип *ne bis in idem* у Римском статуту“, *НБП*, Vol. IX, 1/2004, 95.

25 Република Србија није ратификовала чл. 8 bis Римског статута који представља амандман и односи се на кривично дело агресије.

а) Ради избегавања кривичне одговорности за кривична дела из надлежности Суда или

б) због тога што суђење није вођено на начин који би обезбедио независност у одлучивању или непристрасност у складу са начелима вођења поступка и поступак је вођен на начин који је у датим условима био недоследан у спровођењу намере да се окривљени изведе пред лице правде.“

Из цитираног члана видимо да се предметно начело односи само на правноснажне мериторне пресуде, али не и на формалне пресуде. Оваква дистинкција између мериторних и просецних пресуда је оправдана јер процесне пресуде немају онакав значај какав имају мериторне.<sup>26</sup>

У наставку биће изложени основни елементи овог начела.

## 2.2. Истоветност дела и лица

Када се говори о *ne bis in idem*, у литератури се истиче да је потребно да постоји истоветност у погледу новоутужене и правноснажно пресуђене ствари. За утврђивање наведене истоветности примењују се правила о идентитету пресуде и оптужбе, што значи да мора постојати објективни идентитет (подударност дела) и субјективни идентитет (истоветност лица).<sup>27</sup>

Поставља се питање – шта се под овим подразумева? Када се говори о „истом делу“, неопходно је решити дилему да ли се то односи на правну квалификацију или на идентитет чињеничног описа дела.<sup>28</sup> У првом случају ради се о *in abstracto* примени предметног начела, а у другом случају *in concreto* примени начела.<sup>29</sup> Преовладава став да се ради о чињеничном идентитету.<sup>30</sup>

Међутим, није се одувек сматрало да је неопходно да се ради у чињеничном идентитету. Наиме, идентитет дела је еволуирао временом, те је најпре идентитет подразумевао исту квалификацију или исто заштићено добро, да би на крају преовладало схватање да је довољно да је реч о истим или битно истим чињеницама.<sup>31</sup>

Дакле, неопходно је да се ради о истом чињеничном стању на основу кога се може тврдити да је реч о једном истом бићу кривичног дела. Овде су битне одлучне чињенице, тако да нису релевантне измене и допуне у опису чињеничног стања које не могу утицати на промену кривичног дела.<sup>32</sup>

26 М. Љ. Буха, *op. cit.*, 144–145.

27 В. Ђурић, „NE BIS IN IDEM“, *Правна ријеч – часопис за йравну йеорију и йраксу*, 19/2009, 431.

28 V. Bajović, „Načelo *ne bis in idem*“, *Kaznena reakcija u Srbiji IV deo* (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014, 244.

29 G. Conway, *op. cit.*, 227.

30 V. Bajović, *op. cit.*, 244.

31 Г. П. Илић *et al.*, *op. cit.*, 90.

32 S. Vejatović, *op. cit.*, 9

У литератури се под „чињеничним стањем“ и подразумева скуп чињеница на којима се непосредно заснива примена материјалног или процесног кривичног закона, односно чињенично стање се схвата као скуп одлучних чињеница.<sup>33</sup>

Међутим, поставља се питање да ли се наведено примењује у односу на дефиницију *ne bis in idem* из Римског статута.

Наилазимо на схватања да одредба из чл. 20 ст. 1 представља најјаснију позицију. Предметна одредба регулише ситуацију када је једна особа осуђена или ослобођена пред Међународним кривичним судом и забрањује поновни поступак пред тим истим судом за исто понашање које чини биће кривичног дела за које је већ донета ослобађајућа или осуђујућа пресуда. Наведена одреба омогућава примену овог принципа у потпуности. Незамисливо је да један исти суд једно понашање квалификује као биће различитих кривичних дела.<sup>34</sup>

Међутим, у истом раду се указује на то да из одредбе чл. 20 ст. 2 Римског статута произлази да је утицај одлуке Међународног кривичног суда на одлуке националог суда другачији. На пример, уколико МКС осуди особу за злочин против човечности, национални суд може осудити ту исту особу за убиство, јер се овде ради о два различита кривична дела.<sup>35</sup> Дакле, у овом случају осуђени је заштићен само ако други суд настоји да суди за конкретна кривична дела из чл. 5 Римског статута.<sup>36</sup> У литератури се наводи да може бити разумљиво да државе желе да сачувају право да суде некоме за убиство у случају неуспеле оптужбе пред МКС, али да начин формулисања омогућава суђење пред националним судом и у случају осуде пред МКС.<sup>37</sup>

Овакво тумачење полази од тога да се у случају чл. 20 ст. 2 Римског статута истоветност дела цени с обзиром на правну квалификацију. Доследно спровођење оваквог става би резултирало тиме да, не само да се пред националним судом може судити са убиство, уколико је неко осуђен за злочин против човечности пред МКС, већ би пред националним судом могао бити осуђен и за друго дело из чл. 5 Римског статута. Наиме, убиство, уз испуњеност других услова, може да се јави као вид кривичног дела геноцида и кривичног дела ратног злочина, те би било дозвољено да национални суд убиство квалификује као неко од ова два кривична дела.

Може се довести у питање овакав став, барем када се ради о осуђујућој пресуди. Истине ради, у првом ставу предметног члана се говори о „понашању које чини биће кривичног дела“, док се у другом ставу говори о кривичном делу из чл. 5 Статута.

33 М. Grubiša, *Ќињенично стање у кривичном поступку*, Tehnoloшко-ekonomski i novinsko-izdavaчки завод Народне новине, Zagreb, 1963, 15–16.

34 Т. Шурлан, *op. cit.*, 102–103.

35 *Ibid.*, 105.

36 К. Anderson, A. Sinclair-Blakemore, *op. cit.*, 44.

37 R. Cryer *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, New York, 2007, 69.

Међутим, осуда националног суда за неко друго кривично дело, а не оно за које је окривљени осуђен пред МКС, представљала би грубу злоупотребу од стране државе.

Пре свега, уколико је неко осуђен за злочин против човечности који је учинио убиством, уз испуњеност осталих услова, национална држава не може да занемари друге чињенице, које потичу из истог тог „догађаја“, које су, поред убиства, утицале да се ради о злочину против човечности. Дакле, примењујући своје национално право, држава не може исти тај догађај квалификовати као „обично“ убиство, већ се мора радити о делу које представља неко од међународних кривичних дела. У Републици Србији Глава XXXIV Кривичног законика<sup>38</sup> односи се на кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом.

Даље, ситуација у којој је неко лице осуђено пред МКС, а коме се након тога суди пред неким другим судом за исто дело, у погледу којег је извршена другачија правна квалификација, било би очигледно супротно интересима правне сигурности и правичности, а из којих предметно начело произлази.

У погледу овог питања значајна је и пракса МКС у односу на чл. 108 ст. 1 Римског статута. Наведени члан предвиђа да осуђено лице које се налази у притвору државе у којој се казна издржава не може бити кривично гоњено, кажњено или екстрадирано трећој држави због било ког кривичног дела тог лица које је извршено пре изручења тог лица држави у којој се казна издржава, осим уколико то не одобри Суд на захтев треће државе.

Међународни кривични суд стоји на становишту, подсећајући на чл. 20 ст. 2 РС, да држава извршења која тражи одобрење кривичног гоњења према чл. 108 ст. 1 РС мора доставити низ докумената који детаљно описују намеравано кривично гоњење, укључујући изјаву о *чињеницама случаја* и њиховим правним квалификацијама (што је у складу са чл. 214 ст. 1 Правила поступка и доказивања), што даље подразумева да Суд треба да размотри примену принципа *ne bis in idem* у процени сваког оваквог захтева.<sup>39</sup>

Такође, када говоримо о трећем ставу предметног члана, указујемо да је неопходно примењивати критеријум који се односи на чињенични идентитет дела.

Што се тиче идентитета лица, односно његове истоветности, у науци се истиче да он постоји увек када се поступак покреће против лица које је већ имало статус окривљеног, или евентуално учиниоца кривичног дела у раније правноснажно окончаном кривичном поступку. На питање субјективног идентитета не утичу измене у обележјима учиниоца, уколико се, на пример, уместо директног умишљаја истиче да је дело извршено са евентуалним умишљајем или из нехата.<sup>40</sup>

38 Кривични законик, *Службени йласник 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.

39 ICC-01/04-01/07-3679 од 07. априла 2016. године, преузето са сајта <https://www.legal-tools.org>, 28. март 2024.

40 S. Bejatović, *op. cit.*, 9.

Међутим, истицање различитих облика кривице и није неопходно. Наиме, умишљај и нехат представљају правне категорије,<sup>41</sup> те као такве и не могу бити од утицаја на питање идентитета једног лица.

### 2. 3. Дејство

Када се говори о дејству начела *ne bis in idem*, у литератури се разликује интерно и екстерно дејство. У првом случају онемогућава се покретање поступка против истог лица за исто дело у држави у којој је већ суђено, док се у другом случају подразумева онемогућавање покретање кривичног поступка у другој држави или пред међународним судом.<sup>42</sup>

Што се тиче екстерног дејства, у радовима се истиче разлика између Европе и Сједињених Америчких Држава, те се истиче да тужиоци у САД имају одрешене руке за гоњење појединаца који су били предмет гоњења у другим државама, док у Европи постоје конвенције које у овом случају ограничавају кривично гоњење.<sup>43</sup>

Из члана 20 Римског статута, произлази да је првим ставом предвиђено својерсно интерно дејство, с обзиром на то да се онемогућава да се пред самим Судом суди лицима за дела у погледу којих им је већ суђено пред МКС.

Међутим, предвиђено је одступање од овог начела, те је и ублажено његово апсолутно дејство. Римски статут предвиђа разлоге због којих се може поновити правноснажно окончан поступак. Понављање поступка је могуће ако се изнесу нови докази, који без кривице подносиоца захтева за понављање поступка, раније нису били доступни, а могли су утицати на доношење одлуке; када се утврди да су докази били фалсификовани или лажни; када је судија озбиљно повредио судијски кодекс и прекршио обавезе утврђене Римским статутом.<sup>44</sup>

Према ставу МКС, принцип *ne bis in idem* не важи у ситуацији када тужилаштво повуче оптужбу пре почетка суђења. Разлог за овакав свој став Суд налази у томе, што правила Римског статута не дају оквир за доношење ослобађајуће или осуђујуће пресуде пре почетка суђења.<sup>45</sup>

Такође, предвиђено је и екстерно дејство предметних начела, и то у двоструком смислу. Пре свега, онемогућава се суђење пред другим судом за дело у погледу којег му је суђено пред МКС. Овај модалитет предметног

41 V. Bajović, *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021, 62.

42 М. Љ. Буха, *op. cit.*, 140.

43 F. T. Davis, „International Double Jeopardy: U.S. Prosecutions and the Developing Law in Europe”, *U. Int'l L. Rev.*, 57/2016, 58.

44 *Ibid.*, 146.

45 ICC-01/09-02/11-981 од 03. децембра 2012. године, преузето са сајта <https://www.legal-tools.org/>, 27. март 2024.

начела регулисан је тако да није остављена могућност постојања и деловања изузетка.<sup>46</sup>

Такође, МКС признаје дејство пресудама других судова, те предвиђа да се никоме коме је било суђено пред другим судом за дела из надлежности МКС неће судити пред МКС.

У овом последњем случају, према ставу МКС, захтева се окончање поступка правноснажном ослобађајућом или осуђујућом пресудом. Наиме, сам текст чл. 20 ст. 3 Римског статута не говори изричито о правноснажности. Међутим, истиче се да је тумачење које захтева правноснажност мериторне одлуке у складу са универзалним стандардима људских права, а која се огледају у чл. 14 ст. 7 Међународног пакта о грађанским и политичким правима.<sup>47</sup> Наведена одредба Међународног пакта о грађанским и политичким правима експлицитно предвиђа правноснажност као један од елемената начела *ne bis in idem*.

Према ставу МКС, веће неће преиспитивати одлуке (националних) судова како би одлучила да ли су ти судови правилно применили (национални) закон, већ треба да прихвати ваљаност и дејство одлука домаћих судова, осим ако се не предоче убедљиви докази који указују на другачије.<sup>48</sup>

Међународни кривични суд не захтева исту правну квалификацију од стране другог суда за примену овог начела. Наиме, Римски статут не прави разлику између међународних кривичних дела и обичних кривичних дела. Могућа је примена овог принципа кад год је неком лицу суђено пред другим судом за понашање које је забрањено члановима 6, 7, 8 или 8 *bis*. Статута.<sup>49</sup>

Међутим, предвиђена су одступања у погледу дејства одлука других судова. У литератури се истиче да је Међународни кривични суд позван да интервенише у ситуацији када је дошло до неуспеха или недостатка воље на нивоу државе да се спровде кривични поступак. У овом случају признаје се примат МКС, те се ствара равнотежа између тежње да се спречи да тешки злочини остану некажњени и тежње да се сачува суверенитет и независност система кривичног правосуђа појединих држава.<sup>50</sup>

Као што је горе наведено, предметно начело, неће се применити уколико је поступак пред другим судом вођен ради избегавања кривичне одговорности за кривична дела из надлежности Суда **или** због тога што суђење није вођено на начин који би обезбедио независност у одлучивању или непристрасност

46 М. Шкулић (2022), *op. cit.*, 47.

47 ICC-01/11-01/11-662 од 05. априла 2019. године, преузето са сајта <https://www.legal-tools.org/>, 27. март 2024.

48 ICC-01/11-01/11-695 од 09. 03. 2020. године, преузето са сајта <https://www.legal-tools.org/>, 26. март 2024.

49 ICC-01/11-01/11-344-Red од 31. маја 2013. године, преузето са сајта <https://www.legal-tools.org/> 26. март 2024.

50 D. Bernard, „Ne bis in idem - Protectorof Defendants’ Rights orJurisdictional Pointsmen?“, *Journal of International Criminal Justice*, 9/2011, 874.

у складу са начелима вођења поступка и поступак је вођен на начин који је у датим условима био недоследан у спровођењу намере да се окривљени изведе пред лице правде.

У литератури се истиче да су домаћи судови у ове две ситуације намерно водили лажна суђења, заобилазећи циљеве правде.<sup>51</sup> У овом случају омогућено је понављање поступка да би се обезбедила објективност у суђењу, те спречило да национални судови доносе одлуке које су далеко од правде.<sup>52</sup>

Први случај захтева нешто више од самог занемаривања и непажње у поступку<sup>53</sup>. Дакле, потребно је да је поступак вођен са циљем избегавања кривичне одговорности. Што се тиче другог изузетка, МКС мора да нађе недостатак у виду независности и непристрасности, као и у начину вођења поступка који није у складу са намером да се лице приведе правди.<sup>54</sup>

Питање да ли је поступак вођен у сврху заштите, или није вођен независно или непристрасно, према ставу МКС, не може се смислено утврдити ако се узме у обзир само домаћи првостепени поступак, те се захтева правноснажност одлуке којом је окончан поступак који се водио пред домаћим судом.<sup>55</sup>

Да би се испитало да ли има места примени ова два изузетка, неопходно је претходно одговорити на два питања. Прво – да ли је лицу које је „умешано“ у поступак судио други суд? Друго – да ли се поступак пред МКС односи на исто понашање као и поступак пред тим другим судом? Уколико је одговор у оба случаја потврдан, испитаће се да ли има места примени ова два изузетка.<sup>56</sup>

Међутим, оно што представља потенцијалан проблем код ова два изузетка од примена принципа *ne bis in idem* јесте њихово значење. Наиме, који су то китеријуми који указују да је један поступак вођен у циљу избегавања кривичне одговорности, да није вођен независно и непристрасно или да није постојала намера да се окривљени изведе пред лице правде? Само постојање евентуалне ослобађајуће пресуде пред неким другим судом није довољно. Треба узети у обзир да ли су предузете све објективно могуће доказне радње, какви су резултати тих доказних радњи, у каквим условима су спровођене процесне радње, као и оцену свих доказа до којих се дошло у неком кривичном поступку.

*Ratio legis* ова два изузетка се огледа у потреби да се онемогуће злоупотребе од других судова. Међутим, неопходно је онемогућити и злоупотребу

51 E. Kaytana, „COMPLEMENTARITY AND COMPLETED TRIALS: REFORMING THE NE BIS IN IDEM CLAUSE OF ARTICLE 20(3) OF THE ROME STATUTE”, *Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence*, 2/2018, 33.

52 М. Љ. Буха, *op. cit.*, 140

53 М. N. Simović, М. Blagojević, V. M. Simović, *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Истоћном Сарајеву, Истоћно Сарајево, 2013, 497.

54 *Ibid.*

55 ICC-01/11-01/11-695 од 09. 03. 2020. године, преузето са сајта <https://www.legal-tools.org/>, 26. март 2024.

56 ICC-01/11-01/11-662-Anx од 08. маја 2019. године, преузето са сајта <https://www.legal-tools.org/>, 27. март 2024.

од стране МКС, те је потребно да МКС приликом примена ових изузетака са посебном пажњом образложи због чега у конкретном случају сматра да има места њиховој примени.

Недоследност у спровођењу намере да се окривљени изведе пред лице правде је посебно осетљиво, с обзиром на то да „лице правде“ представља нешто око чега су могућа различита тумачења. Наиме, правда је појам чије значење доста зависи од онога ко га примењује. Такође, и остали разлози за одступање од примене предметног принципа на неки начин подразумевају непостојање намере да се окривљени изведе пред лице правде, те је у том смислу његово постојање сувишно.

На крају, може се поставити питање – да ли предметно начело има дејство у односу на треће државе које нису чланице Римског статута? Сматра се да не може да обавезује државе које нису приступиле Статуту због тога што су те државе исказале вољу да не прихвате обавезе које из њега произлазе.<sup>57</sup>

## 2.4. Начело *ne bis in idem* и начело комплементарности

Принцип *ne bis in idem* је у својеврсном односу са начелом комплементарности. Наиме, надлежност МКС је комплементарна националним јурисдикцијама. Наведено подразумева да покренут или окончан поступак пред националним судом представља сметњу за покретање и вођење поступка пред Међународним кривичним судом.<sup>58</sup> Овај принцип представља снажан подстицај државама да усвоје злочине предвиђене Римским статутом.<sup>59</sup>

Из наведеног видимо да је надлежност националног правосуђа примарна. Овде се ради о солидарности и узајамном поверењу међу државама. Међутим, комплементарност није универзалног карактера јер се односи само на државе које су прихватиле Римски статут.<sup>60</sup>

Ова два принципа представљају једну целину која је састављена од два различита стадијума поступка. Један се односи на истрагу, а други на ситуацију када је поступак окончан пресудом.<sup>61</sup>

Члан 17 Римског статута предвиђа да Суд неће покренути, ни водити случај у ситуацији када је истрагу водила и кривични поступак спровела држава која је надлежна за предузимање процесних радњи, осим када држава није способна да ваљано спроведе истрагу или кривични поступак; истрагу је спровела држава која је надлежна да покрене истрагу и спроведе кривични поступак, а та држава је донела одлуку да не води кривични поступак против одређеног лица, осим ако је одлука донета као последица незаинтересованости или неспособности да води тај поступак; *када је дошћичном лицу*

57 М. Шкулић, В. Бајовић, *op. cit.*, 91–92.

58 *Ibid.*, 122.

59 R. Cryer *et al.*, *op. cit.*, 63

60 М. Љ. Буха, *op. cit.*, 147.

61 Т. Шурлан, *op. cit.*, 109.



већ суђено за њонашање које је њредмеи њиужбе, њри чему суђење није дозвољено у смислу чл. 20 сѡи. 3 РС; случај није од такве важности да би оправдао даље ангажовање Суда.

У овом претпоследњем случају видимо директну везу између ова два принципа.<sup>62</sup> Према ставу МКС ове одредбе неопходно је заједно читати, с обзиром на то да су оне кључне за решавање изазова прихватљивости.<sup>63</sup>

### 3. ЗАКЉУЧАК

Из анализе предметног начела можемо видети да оно има низ специфичности, те да је регулисано на јединствен начин у поређењу са другим правним изворима. У односу на начин регулисања у позитивном праву Републике Србије, прва разлика се уочава у погледу одлука на које се оно односи. Наиме, *ne bis in idem* односи се само на мериторне, не и процесне одлуке. У овом смислу, начин регулисања овог начела у РС је у складу са другим међународним изворима.

Даље, јединственост се огледа и у предвиђању три различита модела овог начела у Римском статуту. Прва ситуација, која се односи на дејство овог начела у односу на поступак пред МКС у погледу лица коме је већ пред тим Судом суђено за исто дело, представља најјаснији модалитет.

Међутим, друге две ситуације отварају могућност за различита тумачења. Иако постоје другачија мишљења, става смо да није могуће два пута осудити исто лице за исто дело, на тај начин што би се пред Међународним кривичним судом дело квалификовало на један начин, док би се пред националним судом дело другачије квалификовало, не као неко од међународних кривичних дела, већ као обично дело. Ово нарочито важи за Републику Србију, као и друге државе у којима су кривичним законодавством предвиђена и тзв. међународна кривична дела, а која спадају у надлежност МКС, те није могуће позвати се на то да *ne bis in idem* у овом случају подразумева истоветност правне квалификације. Наиме, и према домаћем законодавству, исто дело би се могло квалификовати на начин како је то учињено пред МКС. У сваком случају, овакво поступање у супротности је и са начелом правичности и правне сигурности.

На крају, у погледу изузетака од тога да МКС признана је дејство одлука других судова, истичемо да не треба спречити само злоупотребу од стране националних судова, већ и злоупотребу од стране МКС. У овом смислу, неопходно је да МКС, примењујући ове изузетке, ваљано образложи због чега има места њиховој примени. Такође, сматрамо да је „недоследност намере да се окривљени изведе пред лице правде“ сувишан, јер је нејасан за тумачење, а на неки начин је обухваћен и другим разлозима.

62 *Ibid.*, 108.

63 ICC-01/11-01/11-662 од 05. априла 2019, преузето са сајта <https://www.legal-tools.org/>, 30. март 2024.

## ЛИТЕРАТУРА

- Anderson K., Sinclair-Blakemore A., „Ne bis in idem, nulla poena sine lege and Domestic Prosecutions of International Crimes in the Aftermath of a Trial at the International Criminal Court“, *International Criminal Law Review*, 21/2021.
- Важовић В., „Наčело *ne bis in idem*“, *Казнена реакција у Србији IV део* (ур. Ђ. Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014.
- Важовић В., *О чинjenицама и истини и кривичном поступку*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021.
- Бејатовић С., „Наčело *ne bis in idem* и правна сигурност грађана (међународни правни стандарди, регионална законодавства и искуства у примени)“, *Наčело *ne bis in idem* и правна сигурност грађана (међународни правни стандарди, регионална законодавства и искуства у примени)* (ур. Станко Бејатовић и Наташа Новаковић), Мисија OEBS-а у Србији, Београд, 2022.
- Бељански С., „Правило *ne bis in idem* и понављање кривичног поступка – међународни стандарди и унутрашње право Србије“, *Бранич – часопис за правну теорију и праксу Адвокатске коморе Србије*, 1/2009.
- Bernard D., „Ne bis in idem - Protector of Defendants' Rights or Jurisdictional Pointsman?“, *Journal of International Criminal Justice*, 9/2011.
- Буџа М. Љ., *Ne bis in idem* у казним поступцима, Правни факултет Бања Лука, Универзитет у Бањој Луци, Бања Лука, 2021.
- Vervaele J. A. E., „Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU“, *Utrecht Law Review*, 9/2013.
- Grubiša M., *Činjenično stanje u кривичном поступку*, Tehnološko-ekonomski i novinsko-izdavački zavod Narodne novine, Zagreb, 1963.
- Davis T. F., „International Double Jeopardy: U.S. Prosecutions and the Developing Law in Europe“, *U. Int'l L. Rev.*, 57/2016.
- Ђурић В., „*NE BIS IN IDEM*“, *Правна ријеч – часопис за правну теорију и праксу*, 19/2009.
- Илић Г. П. *et al.*, Коментар Законика о кривичном поступку, ЈП Службени гласник, Београд, 2022.
- Јакшић А., *Европска конвенција о људским правима - коментар*, Правни факултет Универзитета у Београду и Удружење правника Србије, Београд, 2006.
- Катана Е., „COMPLEMENTARITY AND COMPLETED TRIALS: REFORMING THE NE BIS IN IDEM CLAUSE OF ARTICLE 20(3) OF THE ROME STATUTE“, *Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence*, 2/2018.
- Лазин Ђ., *In dubio pro reo u кривичном поступку (Докtorsка дисертација)*, Београд, 1983.
- Митровић Д., *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2012.
- Simović M. N., Blagojević M., Simović V. M., *Међународно кривично право*, Правни факултет Универзитета у Истоном Сарајеву, Источно Сарајево, 2013.

- Carter L. E., „The Principle of Complementarity and the International Criminal Court: The Role of *Ne Bis in Idem*“, *Santa Clara Journal of Inetrnational Law*, 8/2010.
- Conway G., „*Ne Bis in Idem* in International Law“, *International Criminal Law Review*, 3/2003.
- Cryer R. et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, New York, 2007.
- Шкулић М. и Бајовић В., *Исџорија међународној кривичној љравосуђа и основне одлике љосџууџу љред Сџиалним међународним кривичним судом*, Досије студио, Београд, 2017.
- Шкулић М., *Кривично љроцесно љраво*, Универитет у Београду – Правни факултет, Центар за издаваштво, Београд, 2020.
- Шкулић М., *Међународно кривично љраво*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Центар за издаваштво, Беорад, 2022.
- Шурлан Т., „Принцип *ne bis in idem* у Римском статуту“, *НБП*, Vol. IX, No.1, 2004.

## ПРАВНИ ИЗВОРИ

- Законик о кривичном поступку, *Службени љласник 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.
- Закон о потврђивању Римског статута Међународног кривичног суда, *Службени лисџи СРЈ – Међународни ујовори*, бр. 5/2001.
- Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима, *Службени лисџи СЦГ – Међународни ујовори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – исџравка и *Службени љласник РС – Међународни ујовори*, бр. 12/2010 и 10/2015.
- Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Службени лисџи СФРЈ*, бр. 7/71.
- Кривични законик, *Службени љласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – исџр., 107/2005 - исџр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.
- Устав Републике Србије, *Службени љласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

Ognjen Ivanović\*

## THE *NE BIS IN IDEM* IN PROCEEDINGS BEFORE THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

### Summary

*This paper deals with the principle of ne bis in idem applied in proceedings before the International Criminal Court, which is one of the fundamental principles of criminal procedure. Additionally, the general concept of this principle is discussed to understand the specifics of its application in the Rome Statute. The Rome Statute provides for three modalities of the ne bis in idem principle. The clearest situation arises when determining its effect in proceedings regarding individuals who have already been tried by the International Criminal Court for the same conduct constituting the basis of the crime. However, the definition of this principle concerning the impact of International Criminal Court judgments on proceedings before other courts, as well as determining the impact of decisions of other courts on proceedings before the International Criminal Court, gives rise to different interpretations. The contentious issue is whether it is possible to convict the same individual twice for the same conduct. Specifically, can the International Criminal Court classify certain conduct as a crime within its jurisdiction, while a national court classifies the same conduct as a different crime? Furthermore, the question arises as to how exceptions to the recognition of the effect of judgments of other courts by the International Criminal Court should be interpreted. These questions are addressed from the perspectives of legal theory, legal sources, and case law.*

**Keywords:** *ne bis in idem*, criminal procedure, International Criminal Court, Rome Statute.

---

\* Attorney at law, PhD student at the Faculty of Law University of Belgrade, *adv. oivanovic@gmail.com*.

## ИСТОРИЈСКИ КОРЕНИ ИНСТИТУТА КОМАНДНЕ ОДГОВОРНОСТИ У МЕЃУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

*Айспиракѝ: Посмајрајући војску и полицују као ѝвоздене, сѝројо дисцијлиноване и усѝројене секѝоре, несумњиво се може рећи да су они једни од најкомѝлекснијих сисѝема на којима су почивале и почивају државе али и сви друѝи облици друшѝивених заједница у исѝорији. Са ѝим у вези, како би се обезбедило ѝихово ефикасније деловање неоѝходно је било усѝосѝавиѝи јасан однос између надређеноѝи и подређеноѝи или како је ѝо анѝички војсковођа Клеарх рекао: „Војник ѝреба да се боји своѝ надређеноѝи више неѝо својих неѝријаѝеља“. Међуѝим, како је у исѝорији позиција надређеноѝи подразу-мевала неоѝраничено широка овлашћења, а казна најчешће ѝреѝила само у случају катѝаклизмичноѝи поразу у раѝу, посѝејено се и кроз дуѝи временски ѝериод уводило ѝиѝање ѝеѝове одѝговорноѝи за команду које је издавао. Тако се с почетака 20. века моѝло ѝрви ѝуѝи јасно уочиѝи да се на мала враѝа, и у оној мери у којој је до ѝада међународно ѝраво било развијено, уводи инсѝиуѝи командне одѝговорноѝи. Сѝичуѝи све већу свесѝи, а ѝролазеѝи кроз сѝрахоѝе два светѝка раѝа и суђење одѝговорнима за избијање исѝих, на међуна-родном ѝлану јављала се све већа поѝреба за креирање једноѝ широ-ко ѝрихваћеноѝи, наднационалноѝи кривичноѝи ѝрава које би садржало и дефиницију командне одѝговорноѝи а на основу које би се ѝонила лица за поѝенцијално извршена кривична дела.*

**Кључне речи:** међународно кривично право, кривична дела, институт командне одговорности.

### 1. УВОД

На самом почетку треба истаћи да су се поједини принципи и институти међународног права појављивали самостално, појединачно и пре почетка

---

\* Волонтер у Институту за међународну политику и привреду, ognjenbojanic1234@gmail.com.

његовог важења. Конкретно, рад ће се бавити, како и у наслову пише, историјским развојем института командне одговорности и најважнијим историјским моментима који су утицали на његово коначно дефинисање и каснију међународну примену.

Пратећи готово читаву људску историју чије су неприкосновене константе и до данас војевања и ратни сукоби, барем у начелу, може се рећи да је жеља за витешким и часним поступањем била идеал. Ако зађемо у период пре нове ере, превише писаних трагова нећемо наћи, но дело из VI века пре нове ере под називом „*Умеће рајвовања*“ аутора Сун Цуа говорило је о безрезервној одговорности и кривици команданта у случају непоштовања и неизвршавања наређења која је изрекао својим војницима.<sup>1</sup> У најстаријем познатом индијском правном кодексу, под називом Мануови закони, с краја 2. века пре нове ере, такође се говорило о одговорности војсковођа у копненим ратовима, док су сличне одредбе постојале како у праву Римског царства и античке Грчке тако и у Шеријату.<sup>2</sup> Налик овом схватању, мада доста касније, постојала је и Уредба Орлеана из 1439. године коју је донео Шарл VII у јеку реорганизације, модернизације и стварања стајаће војске, а све зарад победе у Стогодишњем рату. Део Уредбе се управо односио на питање опште одговорности команданата за дела која су потенцијално починили његови подређени.<sup>3</sup> Ипак, један од првих примера међународног суђења током којег се суд позивао на одговорност сличну командној догодио се 1474. године. У питању је био витез Петер фон Хагенбах којем се на терет стављало низ силовања, убистава, кривоклества и друга дела супротна „закону Бога и закону људи“, почињена током његове управе над регијом Горње Рајне. Заправо, за суд је, поред чињенице да ли је окривљени учинио сам неко од ових кривичних дела, било важно и да ли је као одговорно лице предузео конкретне мере како до наведених злодела не би дошло. На основу одлуке суда, који је био сачињен од 28 судија из различитих земаља Светог римског царства, Петер фон Хагенбах је сматран кривим, те му је био одузет витешки чин и изречена смртна казна.<sup>4</sup> О развијању идеје о начелима часног ратовања у многе је допринео и краљ Шведске Густав II Адолф, који је 1621. године, у оквиру своје кодификације, посветио на десетине чланова из области војног законодавства. Мотив доношења ових прописа био је изразит услед високог степена недисциплине и склоности ка злочинима

1 „Ако речи наредбе нису јасно и гласно изречене, ако наредбе нису у потпуности схваћене, кривица је генералова. Али ако одредбе јесу јасне, а војници ипак не послушају, онда је то грешка њихових заповедника.“ Sun Cu, *Умеће ратовања*, Укронија, Београд, 2021, 5–8.

2 Д. Марковић, *Командна одговорност*, Задужбина Андрејевић, Београд, 2013, 59.

3 Г. Гајић, *Командна одговорност у међународном кривичном йраву*, Истраживачки центар Бања Лука, Бања Лука, 2017, 53.

4 Б. Ристивојевић, *Одговорност за радње йоичињеној у међународном кривичном йраву: командна одговорност*, Библиотека Матице Српске, Нови Сад, 2003, 5, 6.

делова шведске војске.<sup>5</sup> Како о одговорности надређених за извршена злодела потчињених нису само писали и говорили владари и војсковође, сведочи и књига из 1625. године под именом „О праву рата и мира”, холандског дипломате и правника, Хуга Гроцијуса. У овом делу се наводи како се заједница и њени прваци могу сматрати одговорним за дела поданика за која су знали, а нису их спречили, када су могли и требали да их спрече.<sup>6</sup> Мање познат пример, али свакако добар за анализу историјског развоја института командне одговорности, јесте онај из 1689. године. Након неуспеле опсаде калвинистичког града Лондондерија на северу Ирске, краљ Џејмс II је одузео сва војна звања те уједно и ражаловао грофа Розена због његовог суровог начина опсаде који је подразумевао и низ злочина над невиним становништвом.<sup>7</sup> Како су земље европског континента постепено напредовале претежно индустријски и војно, а неретко и територијално тако се упоредо на тлу Северне Америке водила борба за свеобухватном независношћу. На самом почетку сукоба између Велике Британије и тринаест „Уједињених колонија“, 1775. године донесен је документ са тзв. Америчким принципима ратовања чији је члан 12 управо говорио о обавезама и дужностима официра.<sup>8</sup> Дакле, темељи идеје о важности одговорности команданта за своје војнике постављани су међу америчким народом готово у истом временском периоду када је доношена Декларација о независности, која је утрла пут ка осамостаљивању од британске круне, што само говори колико су дубоки корени конкретног института.<sup>9</sup> Задржавајући се још у времену америчке борбе за независност треба истаћи и један случај суђења из 1779. године Хенрију Хамилтону, гувернеру Детроита, тада још увек територије под контролом Велике Британије кога су ухапсили Американци и оптужили за дела која су над цивилима учинили Индијанци, а под његовим надзором. За самог Хамилтона је савез са Индијанцима био један од последњих начина опстанка британске круне стога их је користио, а супротно ставу генерала Карлтона, као мамац за америчке револуционарне јединице. Иако су постојала упутства о деловању, индијанска племена их се нису придржавала, те су нападали читава насеља и превасходно цивиле избегавајући конфронтацију са мобилисаним лицима. Сва учињена дела су стављена на терет гувернеру Хамилтону за које је осуђен и утамничен, а касније и размењен као заробљеник.<sup>10</sup>

5 Једна немачка изрека, која је, како се претпоставља, настала у то доба управо говори о бруталности шведске војске: „Моли се дете, моли, сутра долазе Швеђани”. Д. Марковић, *op. cit.*, 59.

6 Б. Ристивојевић, *op. cit.*, 5.

7 W. H. Parks, „Command Responsibility for War Crimes”, *Military Law Review*, Vol. 62, 1/1973, 5.

8 Члан 12, као и целокупан текст наведеног документа наћи на: [https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/contcong\\_06-30-75.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/contcong_06-30-75.asp), 20. март 2024.

9 Горе наведени члан 12 скоро потпуно је преписан члан „Ратних правила“ државе Масачусетс од 5. априла 1775. године.

10 Б. Ристивојевић, *op. cit.*, 6.

Нови сукоб између САД и Енглеске, али сада као две независне државе, из 1812. године доноси још један, занимљив пример кажњавања америчких војника и отпуштања њиховог надређеног из војне службе због спаљивања цивилне имовине у месту Св. Давид у Канади.<sup>11</sup> Не треба изоставити и један изузетно важан документ под називом Либеров кодекс настао 1863. године у средишту Сецесионистичког рата. Кодекс је саставио правник Франсис Либер и имао је немерљив значај, како у том моменту тако и у каснијем периоду, јер је на један прогресиван начин приступио питању анализирања и дефинисања закона и обичаја ратовања.<sup>12</sup> Разлози за креирање прве модерне, свеобухватне кодификације ратног права били су вишеструки, те су се односили превасходно на едукацију и еманципацију војске која је само током рата од цифре која је износила 13.000 порасла на готово 1.000.000 људи. Војсци је указивано на основна правила ратовања, поступање према ратним заробљеницима, цивилима, културним добрима...<sup>13</sup> Анализирајући чланове Либерове кодификације појединачно, од којих ћемо неке и навести, може се рећи да је постојао висок степен хуманости спрам степена развијености људске емпатије тога доба. Чланом 37, под претњом строге санкције, гарантује се заштита цивилног становништва, како приватне својине тако и његових верских и моралних начела укључујући и заштиту жена као потенцијално угрожене категорије. На овај члан надовезује се и члан 44 који нешто детаљније говори о поступању према цивилном становништву, па тако под претњом смртне казне забрањује било какав вид нечовечног поступања према цивилима на окупираној територији, уништавање имовине без претходне дозволе надређеног, пљачку, пустошење, сакаћење, рањавање и напослетку убијање истих тих цивила.<sup>14</sup> За саму тему ипак је најважнији члан 71, који недвосмислено говори о одговорности лица у командном ланцу: „Ко намерно наноси додатне муке непријатељу који је већ претходно онеспособљен, или га убије, или ко нареди или охрабри војнике да то учине, биће осуђен на смрт, било да припада војсци Сједињених Држава, или је непријатељ заробљен по учињеном злоделу”. Један од примера суђења по тачкама Либерове кодификације догодио се 1865. године, када је капетан Хенри Вирц као управник логора у Андерсонвилу осуђен на смрт, јер се између осталог теретио за непредузимање никаквих активности како би спречио злочине над заробљеницима или кажњавање оних који су злочине починили.<sup>15</sup> Улазак у 20. век пратио је и трогодишњи сукоб између САД и Филипинске Републике који нам је донео нове случајеве у поступању официрског кора.

11 Слична ситуација догодила се и у месту Лонг Поинт, у истом округу, што је имало за последицу извођење команданта пред амерички војни суд. *Ibidem*.

12 Либеров кодекс је садржао 157 чланова подељених у 10 одељака. Целокупан текст доступан на: [https://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/lieber.asp#art71](https://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp#art71), 20. март 2024.

13 М. М. Петровић, „Либеров код-век и по једне велике кодификације”, *Српска њо-лиџичка мисао*, 1/2014, 115.

14 *Ibid.*, 123.

15 Г. Гајић, *op. cit.*, 124.



Најпропраћенији случај свакако је био у вези са генералом Џејкобом Х. Смитом и његовим активностима на острву Самар. Наиме, оптужница се заснивала на претпоставкама да је охрабривао, наређивао и на друге начине омогућавао вршење злочина над ратним заробљеницима и цивилима. На крају поступка пред војним судом, генерал Смит је осуђен казном отпуштања из војске коју је поздравио и сам председник САД Теодор Рузвелт речима: „...официри на високим и одговорним функцијама морају бити посебно пажљиви у свом ставу и понашању како би држали контролу над било каквим недоличним чином својих подређених”.<sup>16</sup> До сада наведени примери свакако су били важни у перспективи за настанак и развитак концепта командне одговорности, међутим следећи историјски моменат, доношење IV Хашке конвенције о закону и обичајима рата на копну 1907. године, имао је специфичан утицај јер је превазилазио границе унутрашњег права.<sup>17</sup> У члану 1 Прилога наведене Конвенције наводи се како ратни закони и дужности не важе само за војску већ и за милиције које испуњавају између осталог и услов „да имају на челу личност одговорну за своје потчињене”. У наставку, члан 43 такође говори о одговорности командата, па са тим у вези се каже: „Пошто је власт законите власти фактички преша у руке окупатора, он је дужан да предузме све мере које од њега зависе како би успоставио и обезбедио, колико год је то могуће, јавни ред и сигурност, поштујући, изузев апсолутне спречености, законе који су на снази у земљи“. Иако ово није био први документ овога типа, он се према мишљењу многих аутора истицао по томе што је барем посредно започео са разрадом идеје кривичне одговорности појединца на међународном плану.<sup>18</sup> Горе изнесено мишљење које је у литератури доминантно, поједини аутори пак оспоравају тврдњом да циљеви IV Хашке конвенције нису били толико прогресивни и далекосежни, или се бар није могло предвидети да ће бити такви, већ да су служили *ad hoc* за решавање тадашних питања и нејасноћа. Узимајући за пример горе наведене чланове, наводи се како задатак члана 1 Прилога IV Хашке конвенције није био да у средиште тумачења постави команданта и његову одговорност, већ да се јасно утврде принципи по којима би могли да се препознају и разликују регуларне од неформалних и нерегуларних снага, а све у циљу ефикасне примене до тада донесених одредаба о обичајима ратовања на међународним конференцијама. Што се тиче члана 43, његов циљ такође није био указивање на командну одговорност као такву, већ просто навођење и описивање обавеза надређеног у случају да се нађе у

16 W. H. Parks, *op. cit.*, 9.

17 Целокупан текст IV Хашке конвенције из 1907. године, доступан на: [https://www.isac-fund.org/download/МНР-zbirka\\_2013.pdf](https://www.isac-fund.org/download/МНР-zbirka_2013.pdf), 21. март 2024.

18 Члан 19 X Хашке конвенције из 1907. године наводећи случај бомбардовања међу ратним бродовима, истиче да „главнокомандујући ратних бродова мора водити рачуна о томе да се одредбе горњих чланова правилно спроводе“. Antonio Kaseze, *Međunarodno krivično pravo*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005, 237.

конкретној ситуацији каква је у датом члану.<sup>19</sup> Дакле, другим речима да су творци конкретного документа хтели да се командна одговорност нађе у њему они би томе потпуно другачије приступили тј. експлицитно би је у неком од чланова навели. Ако бисмо ипак узели први став као релевантан, свакако не бисмо могли избећи још једну ноторну чињеницу која је представљала хроничну бољку међународног права, готово све до завршетка Другог светског рата, а која се односила на то да иако је кривична одговорност појединца потенцијално била дефинисана, није постојала никаква санкција коју би тај појединац сносио за учињено дело. На овом примеру се заправо видела слабост и мањкавост Хашке конвенције која само доследно описује дух тога доба, а све у контексту слабе развијености међународног права.

## 2. ПРВИ СВЕТСКИ РАТ И МЕЂУРАТНИ ПЕРИОД

Крај Великог рата за собом је донео катаклизмична разарања невиђена до тада и силе победнице су стога сматрале да је неопходно кривце за избијање таквог сукоба казнити и извести пред лице правде. На Париској мировној конференцији одржаној од 1919. до 1920. године основан је Комитет за установљавање одговорности креатора рата и спровођење санкција који је био сачињен од неколико нижих одељења специјалне намене.<sup>20</sup> Најкомплекснији задатак свакако је имао Поткомитет чија је дужност била утврђивање одговорности за рат и потрага за организаторима и починиоцима злочина у време рата. Стога марта 1919. године Комитет је, а на основу пређашњег рада Поткомитета, у поднесеном извештају као главне кривце за изазивање рата окарактерисао Немачку и Аустроугарску, а потом Бугарску и Турску. У наставку израђен је био и списак под називом „Повреде закона и обичаја рата и закона хуманости“, са таксативно наведена 32 дела којима су се кршиле тековине конкретного извештаја.<sup>21</sup> Ентузијазам чланова Поткомитета био је толики да су, без било какве пређашње међународне праксе, предложили и оснивање посебног трибунала који би судио свим одговорним лицима независно од њихове војне или политичке функције, а на основу раније донесених Хашких конвенција из 1899. и 1907. године.<sup>22</sup> Ипак, делегација САД је почетком априла 1919. године изразила неслагање са овим предлогом сматрајући да је у основи потребно изоставити од кривичног

19 А. Игњатовић, „Командна одговорност у теорији и пракси међународног кривичног права“, *Војно дело*, 4-5/2002, 93, 94.

20 Поткомитет за кривичноправну материју, Поткомитет за истраживање одговорности за рат и Поткомитет за репарацију и компензацију. Тијана Шурлан, *Злочини прошлог човечности у међународном кривичном праву*, Службени гласник, Београд, 2011, 91.

21 Б. Ристивојевић, *op. cit.*, 7.

22 Трибунал је требао имати 5 судија и то по једног из САД, Велике Британије, Француске, Италије и Јапана. Д. Марковић, *op. cit.*, 61.

гоњења шефа државе спрам осталих функционера владе и војске. У даљем излагању они су заступали став да се не може говорити о одговорности ако она није безусловно и недвојбено утврђена тј. да позиција или дужност коју појединац обавља не може никако бити темељни елемент на основу ког настаје његова одговорност.<sup>23</sup> Упозоравали су такође и на питање легалитета, јер би суђење на основу наведених аката било супротно забрани примене ретроактивности као темељног принципа кривичног права.<sup>24</sup> Овом питању на сличан начин је приступила и делегација Јапана, што је у великој мери одредило ток овог, за то време испоставиће се, захтевног подухвата. На инсистирање великих сила европског континента у коначном и најважнијем акту Париске мировне конференције, Версајском мировном уговору потписаном са Немачком јуна 1919. године, ипак 4 члана од 227 до 230 су говорила о појединачној одговорности монарха, војних, политичких делатника и обавези Немачке као државе да делује конструктивно у поступцима, без било каквог противљења и опструисања истих.<sup>25</sup> Члан 227 је као одговорног за „највишу повреду међународног морала и неприкосновену повреду међународних уговора“ навео бившег немачког цара и врховног команданта Вилхелма II Хоенцолена, што је свакако био антипод дотадашег схватања како једном владару или шефу државе може судити само његов народ. Сама конструкција која је позивала на одговорност могла се тумачити као збирни појам алудирајући на поједине конкретне преступе, попут упада Немачке у Белгију и Луксембург 1914. године, чиме су директно прекршени међународни уговори из 1830. и 1867. године којима се гарантовала неутралност овим двама државама. Такође, речено је како су Немачка и њен цар у сарадњи са Аустроугарском интензивно радили на одбијању било каквог споразума који би спречио избијање рата. Оптужбе су биле јасне, али доказни материјал је најблаже речено био недовољан како би се поткрепио општи наратив и убеђење да се Немачка, њен владар, официри и политичари окриве а потом и казне. Докази нису пресудно утицали на чињеницу да се кајзеру на крају није судило, већ су то били разлози друге природе. Наиме, Вилхелм II је у предвечерје потписивања примирја новембра 1918. године избегао из своје државе и уточиште пронашао у неутралној Холандији. На захтев врховног већа Париске мировне конференције с почетка 1920. године о екстрадицији кајзера, Холандија је одговорила негативно описујући оптужницу као политички акт. Бранећи овакву позицију речено је како Холандија није потписница Версајског мировног уговора и да он самим тим има необавезујући карактер за њу. У наставку назначено је и како кривична дела за које се тражило његово изручење нису била део никаквих уговора потписаних

23 Б. Ристивојевић, *op. cit.*, 7.

24 W. A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, 41.

25 Целокупан текст Версајског мировног уговора доступан на: [https://www.census.gov/history/pdf/treaty\\_of\\_versailles-112018.pdf](https://www.census.gov/history/pdf/treaty_of_versailles-112018.pdf), 26. мај 2024.

између Холандије и других земаља, те напоследку водећи рачуна о својој традицији Холандија је увек пружала азил пораженим снагама у међудржавним сукобима.<sup>26</sup> Тако је кајзер остатак живота провео у изгнанству никада не одговарајући нити за један преступ и кривично дело за које се теретио на Париској мировној конференцији. Како је члан 227 јасно назначио одговорност немачког цара тако су наредни чланови 228, 229 и 230 утврђивали надлежност и састав будућег трибунала, одговорност осталих најважних војних и политичких чинилаца и обавезу Немачке да их по захтеву тог трибунала испоручи. Списак који су савезници фебруара 1920. године доставили Немачкој бројао је 896 имена којима би се потенцијално судило по основу командне одговорности, за саучесништво или барем за наређивање извршења тешких злочина.<sup>27</sup> Међутим, имајући у виду негодовање Немачке по питању екстрадиције својих држављана и њену претходну условну предају савезници су се сагласили и дозволили да се суђења спроведу пред Врховним судом у Лајпцигу.<sup>28</sup> Како је по овом питању ентузијазам савезника опадао, тако је и Немачка избегавала са покретањем поступака на које се чекало све до маја 1921. године.<sup>29</sup> У погледу донетих пресуда недвосмислено треба рећи да су биле одраз тенденционалне пристрасности, јер је већина ослобођена оптужби, а и онима који су били кажњени изречене су релативно благе казне, што је само додатно показало немогућност и неспремност домаћих судова да одлучују у међународно-кривичноправним предметима.<sup>30</sup> Ако се ипак изузму донете одлуке, ова суђења, и уз бројне формалноправне недостатке, била су у извесној мери важна за развој института командне одговорности. Стога ћемо навести једно суђење капетану Емилу Милеру из маја 1921. године, као пример у оквиру ког се први пут званично споменуо израз „командна одговорност“. Поступак против поманутог капетана водио се превасходно због његових активности у вези са функцијом управника логора Флави Мартел током прве половине 1918. године. Главна ствар која му се стављала на терет је његово понашање и став по питању злочина који су чињени од стране логорских стражара над заробљеницима.<sup>31</sup> Узевши у обзир његову позицију, добио је изузетно благу затворску казну од 6 месеци и то не примарно због пропуштања да реагује са позиције надређеног, већ због личног учествовања у злостављању и

26 М. Шкулић, *Међународно кривично йраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022, 98.

27 А. Игњатовић, *Командна одговорност у међународном кривичном йраву*, Војноиздавачки завод, Београд, 2002, 19.

28 Суђења вођена пред Врховним судом у Лајпцигу у историографији су позната још и под називом „Лајпцишки процеси“.

29 Д. Марковић, *op. cit.*, 62.

30 Од почетне бројке са 896 имена на оптуженичким клупама нашло се свега 12, док је на крају судског процеса казне добило њих 6, док је осталих 6 оптуженика ослобођено.

31 Д. Марковић, *op. cit.*, 62.

убиствима затвореника.<sup>32</sup> Оптужбе за кривицу најутицајнијих и најважнијих личности војних и цивилних структура Немачке имале су поред правничке и јасну политичку димензију, јер је утврђивање и потврђивање кривице представљао основ за наплаћивање репарација, увођење различитих ограничења и санкција Немачкој.<sup>33</sup> Што се тиче осталих поражених држава у предлозима мировних уговора расправљало се о одговорности и кажњавању одговорних, али се у коначним верзијама ово питање уопште није помињало или је то било штуро и површно. Овакво стање било је добрим делом последица и различитих политичких фактора тј. нових међународних односа који су наступали и на којима је ницао нови послератни поредак.

Период између два светска рата није у великој мери био плононосан, што се тиче развоја института командне одговорности. Друштво народа замишљено као кровна организација није било кадар да контролише примену силе. Напредак је ипак корак направљен доношењем три Женевске конвенције током 1929. године, којима је делимично извршена допуна пређашње IX и X Хашке конвенције. Са тим у вези, занимљив је био члан 26 Женевске конвенције о рањеницима и болесницима који ставља у дужност „главнокомандујућем зараћених армија да детаљно предвиди спровођење напред наведених чланова, као и за непредвидљиве околности“. Део наведеног члана нам указује на дужност надлежног да у оквиру својих овлашћења предузме мере које су у датим околностима погодне, у циљу заштите ратних заробљеника и цивила.<sup>34</sup>

### 3. ДРУГИ СВЕТСКИ РАТ И ПОСТУПЦИ ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ ВОЈНИМ ТРИБУНАЛИМА У ТОКИЈУ, НИРНБЕРГУ И ДРУГИМ ОКУПАЦИОНИМ СУДОВИМА

Није прошло ни три пуне деценије, свет је задесио још већи и катастрофалнији полум у виду Другог светског рата. Као и у Великом рату међу савезничким лидерима провејавала је жеља да се казне одговорни за покретање новог сукоба. Међутим, поучени ранијим искуством, на планирању и организовању Трибунала радило се сада темељно и постепено у неколико фаза. Још током сукоба савезници предвођени САД, Великом Британијом и Совјетским Савезом су децембра 1942. године донели Декларацију о одговорности Немачке и Немаца за учињене ратне злочине истичући у први ред злочине над јеврејском популацијом на читавој окупираној територији.<sup>35</sup>

32 Неки од познатјих случајева пред Врховним судом у Лајпцигу били су још и „The Dover Castle“ и „The Llandovery Castle“, а тицали су се потапања савезничких бродова-болница од стране немачких поморских снага.

33 Члан 231 Версајског мировног уговора.

34 А. Kaseze, *op. cit.*, 237.

35 Т. Шурлан, *op. cit.*, 93.

Упоредо са преузимањем иницијативе на Источном фронту, међу савезницима све су гласније биле идеје о детаљном прецизирању како се односити након завршетка рата са одговорнима за учињене злочине. Тако се на Московској конференцији одржаној октобра 1943. године донео документ под називом „Декларација о зверствима“ који је својим текстом указивао на злочиначке активности немачких јединица на окупираним територијама, те је самим тим представљао и основ утврђивања одговорности на будућим нирнбершким суђењима. Наведеним актом, између осталог, указано је на надлежност домаћих судова земаља савезника у вези са будућим процесима кроз формулацију да ће „сви одговорни за зверства и злочине бити враћени у државе у којима су њихова одвратна дела извршена, да би им било суђено и да би били кажњени по законима тих ослобођених земаља и ослобођених влада, које ће у њима бити установљене“. Прецизирајући надлежност домаћих судова, творци Декларације свесно су извршили и категорисање злочина са тачном географском одредницом у односу на оне злочине који „немају никакво посебно географско опредељење, а који ће бити кажњени по споразумној одлуци савезничких снага“.<sup>36</sup> Следећи, можда и пресудни корак у процесу формирања и спровођења поступка против нациста направљен је доношењем Лондонског споразума августа 1945. године којим је озваничено оснивање Међународног војног трибунала са седиштем у Нирнбергу, као и објављивање његовог Статута.<sup>37</sup> Лондонски споразум је својом садржином на темељнији и правнички прецизнији начин обрадио питање које је већ било Московском декларацијом утврђено, како судити одговорнима за учињене злочине током Другог светског рата. Тако су Московска декларација, а потом и Лондонски споразум несумњиво представљали два носећа стуба на којима су почивала сва послератна суђења нацистима. Што се тиче самог Међународног војног трибунала, како се и наводило у члану 1 Статута, био је основан „ради правичног и брзог суђења и кажњавања главних ратних злочинаца Европске Осовине“. Кроз чланове 6, 7 и 8 утврђено је питање појединачне одговорности, са тим да се у последњем пасусу члана 6 одговорним сматрају не само непосредни извршиоци већ и „вође, организатори, потстрекачи 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 од којег лица“.<sup>38</sup> У наставку, следећа два члана су се бавила питањем ослобађања од одговорности и могућношћу ублажавања

36 Целокупан текст „Декларације о зверствима“ доступан на: [https://www.cvce.eu/content/publication/2004/2/12/699fc03f-19a1-47f0-aec0-73220489efcd/publishable\\_en.pdf](https://www.cvce.eu/content/publication/2004/2/12/699fc03f-19a1-47f0-aec0-73220489efcd/publishable_en.pdf), 2. април 2024. године.

37 Целокупан текст Лондонског споразума из 1945. године доступан на: <https://www.sahistory.org.za/sites/default/files/archivefiles/London%20Agreement%20by%20United%20Nations%2C%208%20August%201945.pdf>, 3. април 2024. године.

38 У оквиру члана 6 Статута Међународног војног трибунала у Нирнбергу набројана су и кривична дела за која се одговарало и то су били: 1) Злочини против мира;

казне. Тако се у члану 7 високорангирана позиција оптужених у државном апарату Трећег Рајха „није сматрала као разлог за ослобађање од одговорности или за ублажавање казне“. Чланом 8 предвиђено је било да се неће ослободити одговорности ни онај који је „радио по наређењу своје владе или свог претпостављеног“, али да се то може узети као разлог за „ублажавање казне, ако суд нађе да тако захтева правичност“ по чему се разликовао од члана 7. На самом суђењу пред Међународним војним трибуналом у Нирнбергу које је трајало до октобра 1946. године, питање командне одговорности се није експлицитно наводило, јер је како Ристивојевић сматра „већ било довољно оптужби за извршење чињењем односно наређивање дела, па се командна одговорност указивала као сувишна и непотребна“.<sup>39</sup> Непомињање командне одговорности делом је била и последица стратегије тужилаштва како би се сузио маневарски простор оптуженима и њиховој одбрани који су могли да се позивају на чињеницу да су све директиве и наређења стизали од Адолфа Хитлера чиме би се у потпуности или барем делом ослобађали одговорности, што ни у ком смислу за Трибунал, лидере држава савезничке коалиције, али и читаву јавност није било прихватљиво.<sup>40</sup>

Како се Трећи Рајх није сматрао јединим изазивачем Другог светског рата, тако се ни само нацистима није судило. Наиме, панднам Међународном војном трибуналу у Нирнбергу основан је априла 1946. године – Међународни војни трибунал за Далеки исток, чији је циљ био да суди за злочине учињене на тлу Азије пре и током Другог светског рата. Настанак Трибунала за Далеки исток имао је своје етапе од којих је најпрепознатљивија Потсдамска декларација донесена јула 1945. године у оквиру које се под чланом 10 наводи: „Ми немамо намеру да Јапан буде поробљен као раса или уништен као нација, али очекујемо круту правду која ће се изрећи свим ратним злочинцима, укључујући и оне који су били окрути према нашим заробљеницима“.<sup>41</sup> Следећа етапа била је у вези са Московском конференцијом децембра 1945. године, у оквиру које је утврђено да ће, налик на Европу, високоранжираним војним и политичким делатницима судити Међународни војни суд, док ће осталима судити национални судови.<sup>42</sup> Оснивање Трибунала за Далеки исток било је својеврсно, јер му је јануара 1946. године претходила прокламација америчког генерала Дагласа Мекартура. Овакав начин оснивања се у многоме разликовао спрам свог пандана у Нирнбергу, јер је он формиран на основу међународног договора, где Немачка ни на који начин није суделовала. Са друге стране, Трибунал за Далеки исток је

2) Ратни злочини; 3) Злочини против човечности. *Nirnbërška presuda*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1948, 14, 15.

39 Б. Ристивојевић, *op. cit.*, 8.

40 Д. Гајић, *op. cit.*, 127.

41 Целокупан Потсдамске декларације доступан на: <http://www1.udel.edu/History-old/figal/hist371/assets/pdfs/potsdam.pdf>, 3. априла 2024. године.

42 А. Мајковић, *Međunarodni vojni tribunal za Daleki istok-Tokijski proces*, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, Загреб, 2022, 4.

почивао на претходном договору са Јапаном и његовим саглашавањем са принципима Потсдамске декларације коме је потом уследио наведени акт генерала Дагласа МекАртура.<sup>43</sup> У склопу прокламације генерала МекАртура налазила се и Повеља Међународног војног трибунала за Далеки исток, која је доста личила на Статут Трибунала у Нирнбергу. Конкретно, у погледу појединачне одговорности, сличности су биле и више него приметне што се могло уочити у члану 6 Повеље, где се одговорним могао сматрати свако без обзира на свој положај, посредну или непосредну умешаност у извршење кривичног дела.<sup>44</sup> Суђења су трајала до новембра 1948. године, оптужено је било 28 лица која су припадала самом врху војног и политичког естаблишмента.<sup>45</sup> Занимљиво, као и пред Трибуналом у Нирнбергу, у Повељи није била предвиђена командна одговорност, али у оптужници јесте под тачкама 54 и 55, при чему је таква дихотомија отежавала примену овог института. Текст наведене тачке базиран је био на чињеници да су оптужени „намерно и непромишљено занемарили своју обавезу предузимања адекватних корака како би обезбедили поштовање и спречили кршење постојећих конвенција и закона обичаја ратовања чиме је несумњиво прекршено ратно право“.<sup>46</sup> Треба навести да је ово уједно био и први документ у коме је институт командне одговорности споменут на правно обавезујући начин.<sup>47</sup> Пре него што се вратимо на командну одговорност са процеса у Токију, потребно је истаћи пресуду генералу Томојуки Јамашити која се сматра преседаном у примени института командне одговорности. Како је Јапан окупирао Филипине јануара 1942. године, перманентно су вршени злочини над локалним становништвом најчешће у циљу одмазде због акција герилских, антијапанских јединица. Најучесталији и најсвирепији злочини чињени су у периоду између октобра 1944. и септембра 1945. године, за време борби јапанских окупационих снага са једне стране, локалних филипинских герилских јединица и регуларне војске Сједињених Америчких Држава, са друге стране. Управо у том периоду, 9. октобра 1944. године на Филипине као војни гувернер и уједно командант 14. армије долази генерал Томојуки Јамашита. Као војни стратег са раније стеченим искуством, а у циљу консолидације, генерал Јамашита је своје јединице поделио у три оперативне групе са посебним задацима дуж целог острва, док се он сам са својим штабом и малим бројем војника повукао у неприступачне планинске делове. Генералу Јамашити није било у циљу да брани град већ насупрот, желео је да тежиште борби

43 S. Horwitz, „The Tokyo Trial“, *International Conciliation*, Vol. 62, 1950, 477.

44 Целокупан текст члана 6 и Повеље доступан на: [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.3\\_1946%20Tokyo%20Charter.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf), 10. март 2024.

45 Сви су проглашени кривима, а изречено је и седам смртних казни.

46 Целокупан текст оптужнице пред Међународним војним трибуналом у Токију доступан на: <https://www.trumanlibrary.gov/library/research-files/indictment-international-military-tribunal-far-east?documentid=NA&pagenumber=13>, 10. април 2024.

47 Д. Гајић, *op. cit.*, 127.



пренесе у забачене и тешко освојиве делове острва у којима би свакако имао тактичку предност. У Манили, супротно наредби о евакуацији генерала Јамашите, остао је одређени контингент поморских јединица на челу са адмиралом Санцијем Ивабучијем под чију команду су стале и јединице безбедности града. Њихово остајање неминовно је значило и преузимање ефективне власти у Манили без конкретнијих комуникација са својим надређенима. Што је крах царске јапанске војске био неминовнији, то је страх од побуне у Манили био присутнији. Како би спречили побуну, поменуте јединице су чиниле незапамћене злочине где је само, примера ради током две недеље у месецу фебруару 1945. године убијено око 8.000 цивила.<sup>48</sup> Бројчано надмоћније и опремљеније снаге Сједињених Америчких Држава су јуна 1945. године готово у потпуности овладале Филипинима, осим дела у регији Лузон који је силом прилика пао формалном капитулацијом Јапана августа 1945. године. Победа Сједињених Америчких Држава неминовно је значила хапшење и извођење генерала Јамашите пред суд. Према параграфу 29, Посебног наређења 120, Главног штаба Копнене војске Сједињених Америчких Држава издатог почетком октобра 1945. године, суд је био сачињен од Војне комисије која је бројала 5 генерала од којих нико није био правник.<sup>49</sup> Генерал Јамашита, поред наведених злочина у Манили, теретио се између осталог и за масовне злочине над цивилном популацијом у провинцији Батанга као и за злочине над америчким ратним заробљеницима.<sup>50</sup> Са тим у вези, тужилаштво је заузело став да је поменути генерал противправно занемарио и пропустио да испуни своју дужност као командант и да надзире деловање своје војске, дозвољавајући им да учине злочине и друга тешка дела против Американаца и њихових савезника, превасходно Филипинаца, чиме су прекршени закони рата. Као потпора оптужбама користили су чланови појединих конвенција о којима је у раду већ било речи. Члан 1 Додатка четврте Хашке конвенције из 1907. године, члан 10 десете Хашке конвенције из 1907. године. Из Женевске конвенције Црвеног крста од 1929. године коришћен је члан 26, док је члан 63 узет из Конвенције о опхођењу према ратним заробљеницима из 1929. године. Треба истаћи да је за тужилаштво командна одговорност била саздана од четири елемента, први дужност команданта да надзире своје подређене, други пропуштање да реагује у складу са раније утврђеним обавезама, трећи знање о злочинима и четврти се тицао извршења злочина од стране подређених. Напросто, тужиоци су инсистирали на томе да је Јамашита или свесно дозволио или тајно наредио вршење ратних злочина, али да је у сваком случају знао за њих.<sup>51</sup> Водећи се у великој мери наводима тужилаштва судско

48 Д. Марковић, *op. cit.*, 66.

49 Б. Ристивојевић, *op. cit.*, 9.

50 Целокупна текст пресуде генералу Јамашити доступан на: <https://www.legal-tools.org/doc/c574e3/pdf/>, 14. април 2024.

51 Б. Ристивојевић, *op. cit.*, 90.

веће, примећујући обрасце по којима су обучавани амерички официри, својом одлуком такође није оставило могућност да генерал не зна за злочине подређених.<sup>52</sup> Истине ради, тужилаштво, а ни судско веће никако нису успевали да недвосмислено докажу да је генерал Јамашита експлицитно наредио или знао за чињење злочина, већ су напросто инсистирали на ставу да је морао знати путем објективног мерила и путем посредног закључивања. Тако је суд у свом образложењу осуђујуће пресуде из децембра 1945. године рекао: „Ако су убиства и силовања, као изопачени осветољубиви акти, чињени веома распрострањено, те ако није било ефективних покушаја команданта да такве криминалне акте открије и контролише, командант се мора сматрати одговорним, чак и кривично одговорним за противправне акте његових трупа, у зависности од природе и околности које су постојале у окружењу“.<sup>53</sup> Даље, у свом закључку веће је навело две есенцијалне компоненте, прва је гласила да злочини почињени дуж Филипинских острва „нису били спорадичног карактера, већ су у многим случајевима били систематски надзирани од стране јапанских официра, као и других представника власти“. Други део закључка тицао се пропуста генерала Јамашите да „обезбеди ефективну контролу над својим трупама, као што су захтевале околности“. Током децембра 1945. године, одлука судског већа два пута је пролазила кроз ревизије од стране *Staff Judge Advocate*, те је тако у првој направљена промена елемента знања о злочинима у *моућности да се о злочинима зна*, додајући још једну обавезу команданта, а то је да захтева константно обавештавање о радњама подређених. О конфузности и мањкавости читавог поступка у многоме говори друга ревизија која се враћа на првобитно становиште да је генерал Јамашита *знао* за злочине и да је његова обавеза била да казни починиоце злочина.<sup>54</sup>

Што се тиче одбране генерала Јамашите, његов маневарски простор је у доброј мери био сужен што у погледу концепта командне одговорности које је тужилаштво наметнуло, англосаксонског начина вођења поступка, тако и у погледу доказивања. Ноторна чињеница је била да су злочини учињени тако да доказивање њиховог непостојања било је излишно, а са друге стране технички је било неизводљиво доказивање о постојању евентуалног одвраћања од чињења злочина, јер се већина потчињених официра која је могла да сведочи налазила у јапанском затвору Сугамо.<sup>55</sup> Као једино решење одбрани генерала Јамашите наметало се обраћање Врховном суду Сједињених Америчких Држава. У свом обраћању генерал Јамашита је као доказ своје невиности истицао да се он у то време налазио на географски потпуно другом месту где није било адекватних средстава комуникације и да зато није могао бити упознат са злочинима који су се чинили, није могао

52 М. Шкулић, *op. cit.*, 170.

53 Оваквим приступом био је одбијен став који је одбрана генерала Јамашите заузела, а тицао се максиме *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Д. Марковић, *op. cit.*, 67.

54 W. H. Parks, *op. cit.*, 32–35.

55 М. Шкулић, *op. cit.*, 171.

да их спречи и није могао да казни учиниоце. Врховни суд са друге стране, „пилатовски“ је избегао да уопште одлучује о кривици генерала Јамашите, већ се позабавио питањем надлежности суда који му је судио, постојању обавезе команданта да спречи акте кршења ратног права као и његове одговорности у случају да пропусти да реагује. Врховни суд тако није преиначио одлуку судског већа, међутим издвојена мишљења двојице судија Марфија и Ратлица су занимљива са позиција некога ко се није слагао са одлуком суда. Судија Марфи је истакао да водећи се ставом већине судија у будућности „ниједан човек на положају команданта у војсци од наредника до генерала неће моћи да избегне осуду“.<sup>56</sup> Поменути судија је у саставу свог издвојеног мишљења, бавећи се стањем на терену, представио и једну апсурду чињеницу да су управо трупе Сједињених Америчких Држава својим дејствима изазвале немогућност комуникације и конекције између генерала Јамашите и осталих јапанских трупа, за шта су га касније теретили.<sup>57</sup> Као што је речено, Врховни суд није преиначио одлуку, стога је генерал Јамашита на основу пресуде као осуђени ратни злочинац погубљен фебруара 1946. године. Уз много правничких, термилошких неусаглашености и мањкавости овај случај изразит допринос је имао како у наредним процесима у Токију и Нирнбергу тако и у даљем међународноправном формирању института командне одговорности.

Потребно је навести и један пример са суђења пред Трибуналом за Далеки исток током ког се на специфичан начин проширио опсег примене института командне одговорности и на цивилне личности. На оптуженичкој клупи, поред осталих 27 личности, нашао се и представник политичког врха, Коки Хирота као министар спољних послова за време Другог светског рата. Током поступка је било утврђено да је министар био одговоран за логоре у којима су се налазили ратни заробљеници. Одговорност се огледала у чињеници да је поред тога што је био обавештаван, министар Хирота постављао команданте логора који су својим војницима издавали наређења о злостављању заробљеника. Оваквим поступањем према ставу судског већа био је прекршен Правилник четврте Хашке конвенције из 1907. године који забрањује било какву врсту злостављања или присвајања ратних заробљеника од стране окупатора. Судско веће је стога министра Хироту сматрало одговорним те му је изречена смртна казна која је и извршена децембра 1948. године.<sup>58</sup>

Уз суђење најугицајнијим личностима Трећег рајха, у Нирнбергу је спроведено и низ других потпроцеса пред америчким војним судом, а у склопу америчких окупационих снага на тлу Немачке. Основ за суђења био

56 Б. Ристивојевић, *op. cit.*, 93–94.

57 М. Бабић, „Командна одговорност и заједнички злочиначки подухват у међународном и унутрашњем кривичном праву“, *Релевантна истраживања примене Међународног кривичног права у националном праву*, Удружење за Међународно кривично право, Београд, 2012, 213.

58 Г. Гајић, *op. cit.*, 128.

је Закон број 10 Контролног савета у чијем члану 2 ставу 2 се злочинцем сматра свако, без обзира на држављанство или својство, ко је злочин учи- нио као главни извршилац, саучесник, наредбодавац, подстрекач, просто се сагласио или учествовао у плановима који су довели до извршења зло- чина.<sup>59</sup> Истина, овде се експлицитно не помиње командна одговорност, већ је она у случају који ћемо даље у тексту обрадити, примењена на основу широкоприхваћеног тумачења горе наведеног члана као и на основу иску- става стечених у поступку против генерала Јамашите. Један од два случаја који су имали додирних тачака са применом института командне одговор- ности био је случај Врховне командне.<sup>60</sup> У питању су били Вилхелм фон Леб и осталих тринаест високорангираних официра Вермахта, а у вези са њихо- вим војним активностима на просторима окупираних територија. Теретили су се по свим тачкама оптужнице с тим да су две од четири тачке биле у вези са одговорношћу за радње подређених.<sup>61</sup> Пресуда коју је суд донео, одбијајући да у потпуности примени аналогију са случајем Јамашита, у великој мери је допринела схватању да не мора сваки надређени да одговора за дела подређених. Примера ради чланови штаба не могу одговарати за дела подређених јер они у опису својих задужења немају ефективну кон- тролу над неком од јединица.<sup>62</sup> Са тим у вези, као основ за постојање одго- ворности била су неходна два елемента, директан однос између надређе- ног и подређеног, као и лично занемаривање дужности, а у конкретном случају то су била Хитерова наређења о убијању цивила и непријатељских официра која су наведени официри путем командног ланца прослеђивали до редова.<sup>63</sup> Врло је важан био допринос ове пресуде за даљи развитак инсти- тута командне одговорности. Наиме, командант у савременим ратним дејствима своје команде често разлаже и делегира другим официрима који у том ланцу преузимају део одговорности на себе да ће задата команда бити на ваљан начин извршена. У случају да се командна одговорност посматра у тоталитету, ван контекста и разумевања функције командног ланца онда би се сваки председник, са овлашћењима врховног команданта оружаних снага, могао сматрати одговорним. Такође, утицај ове пресуде извршен је и на нивоу нијансирања одговорности на основу обавеза команданта. Дру- гим речима, неће се на исти начин тумачити надлежност а потом и одго- ворност команданта одређеног подручја као надлежност и одговорност команданта који има ефективну контролу над јединицама.<sup>64</sup>

59 Злочини наведени у члану 2 Закона 10 Контролног савета били су исти као и у Статуту Међународног војног трибунала у Нирнбергу.

60 Други случај је носио назив „Таоци“.

61 W. H. Parks, *op. cit.*, 38–40.

62 Б. Ристивојевић, *op. cit.*, 97.

63 Д. Марковић, *op. cit.*, 65.

64 Б. Ристивојевић, *op. cit.*, 98.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

У раду су приказани корени и најважнији моменти у развоју института командне одговорности до краја прве половине 20. века. У извесној мери се може рећи да је конкретни институт често био у додиру са политичким приликама одређене епохе, као и читаво право уосталом, што се могло видети на примеру ратова на тлу САД током 19. века. Ипак, непосредно након Другог светског рата настајали су међународни војни судови који су представљали најважнију тачку, како за читаво међународно право, тако и за развој и коначно дефинисање командне одговорности. Међутим, како су се оружани сукоби, трвења међу народима и распад држава настављали даље током 20. века, тако је институт наилазио на нова искушења до свог коначног дефинисања, доношењем Римског статута Међународног кривичног суда. Не треба изоставити и чињеницу да је схватањем важности конкретног института он постепено постајао и саставни део унутрашњих законодавстава држава. Све ово ипак ни до данас није довело до недвосмислене примењивости института командне одговорности у пракси. Делом је то последица и различитих *post festum* читања, праву до тада непознатих тумачења пред појединим *ad hoc* судовима, а све зарад стицања политичких поена и креирања агенде у оквиру које би се појединац или група сматрала апсолутним кривцима. Овакве тенденције указују само на ком су удару темељи међународног права као својеврсне бране у погледу одбране виталних интереса једне суверене и међународно признате државе. Правницима тако остаје нада и могућност да даље улажу своје напоре како би увођењем различитих механизма међународно право, као једну од најмлађих грана права, заштитили од различитих политичких утицаја и двоструких стандарда што би у коначници значило, ако ништа друго барем делимично релаксирање тренутно, изузетно компликованих односа на глобалном нивоу.

#### ЛИТЕРАТУРА

- Бабић М., „Командна одговорност и заједнички злочиначки подухват у међународном и унутрашњем кривичном праву“, *Релевантна истраживања примене Међународног кривичног права у националном праву*, Удружење за Међународно кривично право, Београд, 2012.
- Гајић Г., *Командна одговорност у међународном кривичном праву*, Истраживачки центар Бања Лука, Бања Лука, 2017.
- Игњатовић А., *Командна одговорност у међународном кривичном праву*, Војноиздавачки завод, Београд, 2002.
- Игњатовић А., „Командна одговорност у теорији и пракси међународног кривичног права“, *Војно дело*, 4-5/2002.
- Kaseze A., *Međunarodno krivično pravo*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2005.

- Марковић Д., *Командна одговорност*, Задужбина Андрејевић, Београд, 2013.
- Maljković A., *Međunarodni vojni tribunal za Daleki istok-Tokijski proces*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2022.
- Nirnberška presuda*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1948.
- Parks W. H., „Command Responsibility for War Crimes“, *Military Law Review*, Vol. 62, 1/1973.
- Петровић М. М., „Либеров код-век и по једне велике кодификације“, *Српска њолиџичка мисао*, 1/2014.
- Ристивојевић Б., *Одговорност за радње њоџичињеној у међународном кривичном љраву:командна одговорност*, Библиотека Матице српске, Нови Сад, 2003.
- Horwitz S., „The Tokyo Trial“, *International Conciliation*, Vol. 62, 1950.
- Су С., *Умеће ратовања*, Укронија, Београд, 2021.
- Шкулић М., *Међународно кривично љраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022.
- Шурлан Т., *Злочин љроџив човечностџи у међународном кривичном љраву*, Службени гласник, Београд, 2011.

## ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

- Амерички принципи ратовања из 1775. године, [https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/contcong\\_06-30-75.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/contcong_06-30-75.asp).
- Либеров кодекс, [https://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/lieber.asp#art71](https://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp#art71)
- IV Хашка конвенција из 1907. године, [https://www.isac-fund.org/download/MHP-zbirka\\_2013.pdf](https://www.isac-fund.org/download/MHP-zbirka_2013.pdf).
- Версајски мировни уговор из 1918. године, [https://www.census.gov/history/pdf/treaty\\_of\\_versailles-112018.pdf](https://www.census.gov/history/pdf/treaty_of_versailles-112018.pdf).
- „Декларација о зверствима” из 1943. године, [www.cvce.eu/content/publication/2004/2/12/699fc03f-19a1-47f0-aec0-73220489efcd/publishable\\_en.pdf](http://www.cvce.eu/content/publication/2004/2/12/699fc03f-19a1-47f0-aec0-73220489efcd/publishable_en.pdf).
- Лондонски споразум из 1945. године, <https://www.sahistory.org.za/sites/default/files/archivefiles/London%20Agreement%20by%20United%20Nations%2C%208%20August%201945.pdf>.
- Потсдамска декларација из 1945. године, <http://www1.udel.edu/History-old/figal/hist371/assets/pdfs/potsdam.pdf>.
- Оптужница пред Међународним војним трибуналом за Далеки исток из 1946. године, <https://www.trumanlibrary.gov/library/research-files/indictment-international-military-tribunal-far-east?documentid=NA&pagenumber=13>.
- Пресуда генералу Јамашита из 1946. године, <https://www.legal-tools.org/doc/c574e3/pdf/>.

**Ognjen Bojanić\***

## **HISTORICAL ROOTS OF THE INSTITUTE OF COMMAND RESPONSIBILITY IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW**

### *Summary*

*Observing the army and the police as iron, strictly disciplined and organized sectors, it can undoubtedly be said that they are one of the most complex systems on which states and all other forms of social communities rested in history. In this regard, in order to ensure their more effective action, it was necessary to establish a clear relationship between superior and subordinate, or as the ancient military leader Clearchus said: "A soldier should fear his superior more than his enemies". However, as in history the position of a superior implied unlimited broad powers and the punishment most often threatened only in the event of a cataclysmic defeat in the war, gradually and over a long period of time the question of his responsibility for the commands he issued was introduced. Thus, from the beginning of the 20th century, it could be clearly seen for the first time that the institution of command responsibility was being introduced through the back door, and to the extent that international law had been developed until then. Gaining more and more awareness, and going through the horrors of two world wars and the trial of those responsible for their outbreak, on the international level there was an increasing need to create a widely accepted, supranational criminal law that would also contain a definition of command responsibility and on the basis of which it would be prosecuted persons for potentially committed criminal acts.*

**Key words: international criminal law, criminal acts, institute of command responsibility.**

---

\* Graduated lawyer, Faculty of Law, University of Belgrade, volunteer at the Institute for International Politics and Economics, ognjenbojanic1234@gmail.com.

**Технички уредник/Technical Editor:**

*Нина Појов*

**Припрема за штампу/Preparation for Printing:**

*Службени гласник, Београд*

**Штампа/Print:**

*Службени гласник, Београд*

**ISBN (за цео Зборник):**

978-86-6132-126-9

**ISBN (за Том 1):**

978-86-6132-122-1

**Тираж/Impression:**

300

**Адреса редакције/Adress of the Editorial Board:**

Универзитет у Београду – Правни факултет

Булевар краља Александра 67, Београд

Bulevar kralja Aleksandra 67, Belgrade, Serbia

Телефон/phone number: 30-27-725, 30-27-776, 063346732

e-mail: [udruzenje.mkp@gmail.com](mailto:udruzenje.mkp@gmail.com), [centar@ius.bg.ac.rs](mailto:centar@ius.bg.ac.rs)

web: <https://umkp.rs/>, [www.ius.bg.ac.rs](http://www.ius.bg.ac.rs)

CIP – Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд

341.4(082)

343(082)

МЕЂУНАРОДНА научна конференција Однос међународног кривичног и националног кривичног права (2024 ; Палић)  
Однос међународног кривичног и националног кривичног права : зборник радова са међународне научне конференције, Палић, 16–19. јун 2023. године. Том 1 / [уредници Милан Шкулић ... [и др.]]. – Београд : Удружење за међународно кривично право : Правни факултет, 2024 (Београд : Службени гласник). – 711 стр. ; 24 cm

На спор. насл. стр.: Relation between international and national criminal law. – Тираж 300. – Стр. 9–10: Предговор / уредници. – Напомене и библиографске референце уз текст. – Библиографија уз сваки рад. – Summaries.

ISBN 978-86-6132-122-1 (УМКП)

ISBN 978-86-6132-126-9 (за издавачку целину)

1. Шкулић, Милан, 1968– [уредник] [аутор додатног текста]  
а) Међународно кривично право – Зборници б) Кривично право – Зборници

COBISS.SR-ID 146059785