

Prof. dr Ivana SIMOVIĆ-HIBER
Fakultet bezbednosti
Univerzitet u Beogradu

Originalni naučni rad
UDK: 340.137:343(4-672EU) ; 341.4
Priljeno: 27. novembar 2012. god.

MODELI EVROPSKOG KRIVIČNOG PRAVA I STATUTA MEĐUNARODNIH KRIVIČNIH TRIBUNALA U REALIZACIJI IDEJE NADNACIONALNOG KRIVIČNOG PRAVA

U okvirima teksta se analiziraju dva osnovna pravna modela koja deluju u savremenom međunarodnom krivičnom pravu, a koja možemo nazvati: model evropskog krivičnog prava i model statuta međunarodnih krivičnih tribunala. Prvi model je vezan za promene u evropskom pravnom prostoru, sada nazvanom prostor slobode, bezbednosti i pravde, a drugi za normativni sistem delovanja međunarodnih sudova – međunarodnih ad hoc krivičnih sudova i Međunarodnog krivičnog suda.

Ključne reči: modeli normiranja u međunarodnom krivičnom pravu, prostor slobode, bezbednosti i pravde, inkriminacija teških povreda ljudskih prava, harmonizacija na osnovu „trećeg stuba“, Lisabonski sporazum, norme koje primenjuju međunarodni ad hoc tribunali i Međunarodni krivični sud (Rimski statut), poredenje modela.

1. Uvod

Očigledna posledica savremenog društva u poimanju krivičnog prava je postepeno napuštanje klasične slike vladavine prava (*rule of law* ili *l'état de droit*¹)

1 Već ova jezička distinkcija može biti predmet posebne analize – postoji li koncepcijska razlika između vladavine prava i pravne države?

u značenju striktnosti normi krivičnog prava već u okvirima nacionalnog prava. Predmet aktuelnih nedoumica je postojanje i poštovanje dva osnovna mehanizma: hijerarhija normi i ozbiljna kontrola njihove konstitucionalnosti².

Lako je zapaziti da se već u naslovu ovog teksta krije mogućnost širih i većih nedoumica, pošto se kao prethodno pitanje nameće postoji li evropsko krivično pravo i šta je međunarodno krivično pravo. Sledeća dilema je mera primenjivosti pravnih pravila u prostoru nadnacionalnog, odnosno u pitanju da li se možda radi o pravilima koja inherentno sadrže nemogućnost svoje primene. U radu će biti učinjen pokušaj da se makar neke dileme istaknu i analiziraju.

Autor se već duže vreme bavi pomenutim temama koje su nesporno aktuelne i važne za razumevanje promena u dva modela funkcionisanja međunarodnog krivičnog prava: evropskom pravnom prostoru nazvanom prostor slobode, bezbednosti i pravde sa jedne strane, i nekim pitanjima vezanim za normativni osnov delovanja međunarodnih sudova, pre svega imajući u vidu Rimski statut. Posebnu pažnju i opšte i stručne javnosti najčešće preuzimaju konkretna presuđenja u osetljivom radu međunarodnog *ad hoc* ili privremenog krivičnog suda za nekadašnju Jugoslaviju, uz često zanemarivanje samog modela.

Konstatujući razlike u poziciji krivičnog prava na osnovu „trećeg stuba” i rešenja iz Lisabonskog sporazuma analiziraju se klasični modeli kooperacije, harmonizacije i unifikacije. U oblasti krivičnog materijalnog prava zapažaju se tendencije formiranja minimalnih standarda, formiranje principa lojalnosti i neutralizacije normi, a u okvirima rešenja Lisabonskog sporazuma prvi put i tendencija, razrada ideje stvaranja nadnacionalnog krivičnog prava u okvirima Evropske Unije (u daljem tekstu EU).

Razmatrajući evoluciju u okviru klasičnih modela, autor zaključuje da iako Lisabonski ugovor nije prihvatio najsnažniji supranacionalni model – unifikaciju krivičnog prava država članica uredbama Evropske unije, on se bitno udaljio i emancipovao od dosadašnjeg međunarodnopravnog modela kooperacije država članica u ovoj oblasti.

Cilj analize ovog dela rada, odnosno pregleda normativnih rešenja o novom položaju krivičnog prava u savremenim uslovima u Evropi je ukazivanje na novonastale dileme o meri uticaja i obaveznosti pravnih normi EU na normativni sistem u zemljama članicama.

Iz osnovne ideje o novom nazivu – prostor slobode, bezbednosti i pravde se već može zaključiti da je najvažnije dostignuće to što je Lisabonskim ugovorom obuhvaćen ukupan sadržaj krivičnopravnih nadležnosti EU. Iako bi se na prvi pogled moglo zaključiti da Lisabonski ugovor nije preterano revolucionaran, treba uočiti neke bitne novine, kao što je naprimer novi, „supranacionalni” model načina odlučivanja kvalifikovanom većinom, a ne jednoglasno.

2 Aubert, S., L'ennemi dans le Livre IV du Code penal francais: approches comparees, Revue electronique de l'AIDP, 2012 A-02:1.

Iz drugog ugla posmatrano, Lisabonski ugovor se ipak u suštini zadovoljava dometima harmonizacije, pošto ne daje nadležnost donošenja uredbi („pravih pravnih”, u suštini zakonskih, a svakako neposredno obavezujućih normi) o krivičnim delima i sankcijama, pa države članice imaju i dalje slobodu u implementaciji supranacionalnog prava.

Ako se ovaj problem posmatra iz ugla preispitivanja nekih pitanja vezanih za normativni sistem delovanja međunarodnih sudova može se steći drugačija slika. Polazeći od hipoteze da su međunarodni sudovi pod stalnom sumnjom da su politički, a oni to otvoreno jesu, pristup u tekstu nastoji da se analizom normativnog sistema utvrdi realni uticaj na poboljšanje kako međunarodnog suđenja u savremenim uslovima, tako i nacionalnih pravnih sistema. Prikazani su dometi Rimskog statuta (opšta načela i elementi krivične odgovornosti) i nemački primer usaglašavanja nacionalnog zakonodavstva sa normama Rimskog statuta.

Moglo bi se poći od hipoteze da je načelno prihvaćen model koji vodi praksi harmonizacije u prihvatanju *ius cogens*. Avangardnost međunarodnog krivičnog prava je očigledna u promociji progresivnog odnosa prema nominalizaciji zajedničkih (deklarisanih i kanonizovanih) vrednosti. Drugi ugao pokazuje slabost u realizaciji, jer insistirajući na najtežim zločinima može za posledicu imati da se ista vrsta i težina pojedinačnih zločina može izgubiti u moru ili kontekstu nekažnjivosti manje važnog događaja, ili obrnuto. Ako govorimo naprimer samo o ideji harmonizacije, tačnije o modelu „zakona o genocidu“, nameće se pitanje zašto on ne može biti prihvatljiv posle toliko vremena vrednosne usaglašenosti i novih užasavajućih iskustava.

Iz jednog novog ugla posmatrano, novi oblici kriminaliteta se najčešće prepoznaju u međunarodnim okvirima i u unutrašnje pravo ulaze preko međunarodnopravnog normiranja, što čini uniformnim odredbe inkriminacija. Pozitivna posledica ovog metoda bi se mogla pronaći u boljem osnovu uporednih mehanizama analize statističkih podataka, a samim tim i praćenja „uspeha“ u borbi i prevenciji kriminaliteta.

2. Prvi model – Novo evropsko krivično pravo

2.1. Krivičnopravna harmonizacija na osnovu „trećeg stuba”

Kao što je poznato, u okviru „trećeg stuba” Evropske unije u oblastima policijske i pravosudne saradnje projektovane su mogućnosti harmonizacije krivičnog prava.

To posebno važi za mogućnost (predviđenu u čl. 31. tač. e. Ugovora o EU) koja predviđa postupno prihvatanje mera kojima se utvrđuju minimalna pravila vezana za obeležja krivičnih dela i kazni, iako se to ograničava na područja organizovanog kriminala, terorizma i trgovine drogom. Već na ovom mestu se nalazi prostor za različita tumačenja, i shodno tome kritike koncepta norme. Naime,

ograničenje na određene oblike kriminaliteta prema mišljenju mnogih, predstavlja grešku zakonodavca, pošto čl. 29. Ugovora o EU govori o policijskoj i pravosudnoj saradnji u odnosu na sve oblike kriminaliteta (a ne isključivo organizovanog).

Međutim pomenuta definicija, čak, i ako se odnosi samo na pomenute „reducirane” oblike kriminala se ipak može shvatiti kao pokušaj stvaranja nadnacionalnog prava, ali u funkciji *formiranja minimalnih standarda* (što znači da su uvek moguće strože inkriminacije u nacionalnom pravu).

Kao što je poznato, u okviru trećeg stuba ponuđeni su određeni pravni instrumenti.

Pre svega se misli na *okvirna rešenja i međunarodne sporazume*. Okvirna rešenja obavezuju na postizanje cilja, ali izbor sredstava ipak prepuštaju državama članicama, i one su norme parcijalnog interesovanja i dometa, pošto govore o jačanju krivičnopravne zaštite evra od falsifikovanja, o suzbijanju terorizma, o suzbijanju trgovine ljudima, o jačanju krivičnopravnog okvira za suzbijanje pomoći pri nedopuštenom ulazu i prolazu kroz neku zemlju i pri nedopuštenom boravku. Po sadržini to su norme neposredne zaštite EU, i nisu uporedive po opštosti, pošto se neke aktiviraju u fazi „izabranog” rizika (primer lažnih azilanata).

Uticaj evropskog prava na tumačenje i primenu krivičnog prava se može posmatrati preko dva imperativna postulata, a to su obaveza tumačenja u skladu s pravom Zajednice i princip neutralizovanja normi u koliziji.

Princip ili obaveza tumačenja u skladu s pravom Zajednice poznat kao **načelo lojalnosti**, znači da se uvek mora ispitati da li je biće krivičnog dela moguće protumačiti na način koji dozvoljava zaključak da je ono ipak u skladu sa evropskim pravom³

Zanimljivo je naglasiti da se u ovom modelu, tumačenju u skladu s pravom Zajednice, dolazi u obzir samo kad nacionalno pravo ostavlja slobodan prostor za odlučivanje o tumačenju. Značenje izraza „prostor za odlučivanje o tumačenju” je nedovoljno jasno, posebno ako se podsetimo da krivično pravo kao takvo zabranjuje tu slobodu. Da li se misli na pravnu prazninu, koja takođe nije dobrodošla u krivičnom pravu?

Naime, preporuka kaže da uvek kada je tekst krivičnopravnog propisa „podoban za interpretaciju”, treba nastojati da se protivrečnosti evropskog i nacionalnog krivičnog prava izbegnu odgovarajućim tumačenjem.

Isto tako, u evropskom pravu važi i pravilo da pravo Zajednice ima prednost. To znači da uvek kada je propis Zajednice koji se neposredno primenjuje u sukobu s nacionalnim pravom treba dati prednost propisu prava Zajednice u konkretnom slučaju, a da se time ne poništava nacionalna norma. Taj postupak se naziva *principom neutralizacije*. U krivičnom pravu to ima značajne posledice, naročito ako se ima u vidu pretpostavljena rigidnost tumačenja. U slučaju da je biće

3 Načelo lojalnosti nije nepoznat niti nov mehanizam, poznat je u teoriji tumačenja prema kojoj se pri tumačenju koriste istorijski, sistemski i teleološki metodi.

nacionalnog krivičnog dela u sukobu s evropskim pravom koje se mora neposredno primeniti, nacionalni propis se neće primeniti jer nije ispunjeno biće krivičnog dela.⁴ Postoji i suprotno tumačenje.⁵

Sukobi mogu nastati i u vezi sa sankcijama, na primer kada priroda propisane sankcije nije u skladu s pravom Zajednice. Primer za to može biti nemački Krivični zakonik koji propisuje zabranu bavljenja određenim zanimanjem, što je inače mera prisutna u mnogim evropskim zakonima. Mera bezbednosti zabrane vršenja poziva, delatnosti i dužnosti je predviđena i kod nas (čl.79 st.1 t. 5 KZ Srbije, „Sl. glasnik RS” br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009). Iz ugla opštijeg prava Zajednice to bi se moglo protumačiti kao suprotno pravu o slobodi izbora prebivališta ili pružanja usluga.

Neutralizovanje bića krivičnog dela je predviđeno kao poslednje rešenje u smislu *ultima ratio*. Pre toga se uvek mora ispitati da li je biće krivičnog dela moguće protumačiti na način koji dozvoljava zaključak da je ono još uvek u skladu sa evropskim pravom. Podrazumeva se da treba postaviti i granice tumačenja u skladu sa evropskim pravom. Treba ih naći u opštim pravnim načelima Zajednice, posebno u *načelu pravne sigurnosti i zabrani retroaktivnosti*.

To su na neki način granice postavljene nacionalnim zakonodavstvima, ali, treba naglasiti da su one već postojeće i u nacionalnim zakonodavstvima, čak i u obliku ustavnih normi (čl. 34. i 197. aktuelnog Ustava Srbije). Da li to znači da evropsko pravo ponavljajući poznate i priznate osnovne postulate postavlja te pravne ideje na „viši“ nivo obaveznosti, ili ih samo pominje i ponavlja u sopstvenoj normativnoj nemoći. Normativna nemoć uvek znači da je normi potrebna dodatna podrška metappravne, ili češće vanpravne (političke) prirode. Možda je u pitanju i primetna „primitivizacija” normativnog sistema kao takvog, koja reprodukujući ranije podrazumevane norme, norme smatrane neupitnom tekovinom pravnih vrednosti daje dodatnu „snagu” svom pravnom aktu. Ovakav postupak otvara novo pitanje: šta ako se nešto zaboravi?

No, možda je još važnija granica, inače prisutna kao postulat u nacionalnim pravima, da prema opšteprihvaćenom načelu *nulla poena sine lege certa*, a na osnovu zahteva određenosti, posebnu važnost ima inkorporirani limit koji proizlazi iz samog zakonskog teksta. To bi značilo da je tumačenje u skladu sa evropskim pravom moguće samo onda kada zakon takvo tumačenje dozvoljava, a smisao propisa takvim tumačenjem nije izokrenut u svoju suprotnost.

Posebnu važnost takvo tumačenje, u skladu sa evropskim pravom ima kada se putem nacionalnog krivičnog prava štite pravna dobra Evropske unije. Često se, naime može dogoditi da se neka bića krivičnih dela, kojima se prvenstveno štite

4 Satzger, H., Utjecaji prava Evropske zajednice/Evropske unije na nacionalno kazneno pravo država članica, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol.10, br. 1/2003, str. 176.

5 Grasso, F., *Comunidades Europeas y derecho penal*, 1993, str. 287.

nacionalna pravna dobra, mogu ipak tako protumačiti da u njih budu uključena i evropska pravna dobra.

Kao primer može poslužiti jedan propis Nemačkog krivičnog zakonika – krivično delo prisvajanje službenih ovlašćenja (čl. 132)⁶. Iako nemačko pravo pod pojmom javne službe prvenstveno ima u vidu nemačkog službenika, ipak se uz pomoć ovog pravila tumačenja zaštita proširuje i na zaštitu normalnog delovanja uprave na evropskom nivou. Sličan zaključak se može izvesti i iz norme čl.112(3) KZ Srbije, koja se odnosi na utvrđivanje značenja izraza službeno lice, ali i za značenje izraza strano službeno lice (čl.112(4) KZ Srbije). U tumačenju proširenja primene na nivo šireg pravnog prostora smatra se u literaturi da ne izokreće taj propis u njegovu suprotnost, tako da se tumačenje u skladu sa evropskim pravom ovde čini dopuštenim.⁷

Problemi koje generiše postulat o zabrani kreativne analogije gotovo da su nemerljivi u ovom kontekstu. Istorijski posmatrano problemi tumačenja i njihove dogmatske obrade prošli su razne faze. Od toga da je vladajuća dogmatika 19. veka praktično, ali i suštinski ignorisala pozitivno krivično pravo⁸, do sadašnjeg nezahvalnog položaja konzervativne dogmatike u svetlu novih izazova. U analizi se tako ne može zaobići problem blanketnih normi koje upućuju na evropske uredbe. U tom slučaju nastaju krivični propisi prema modelu: „Ko prekrši tu i tu uredbu kazniće se...” Sadržaj takvih formalno čisto nacionalnih krivičnih propisa potpuno je određen evropskim pravom na nivou bića krivičnog dela. Veliki problem nastaje u primeni ovih hibridnih normi, pošto će pretpostavke kažnjivosti često biti teško utvrditi, pogotovo kad se ima u vidu da se pravo Unije brzo menja.

Iako u rudimentarnoj formi, ipak su naznačene osnovne nedoumice, koje dovodeći u pitanje načelo zakonitosti i druge ustavnopravne norme emancipuju probleme sa kojima se suočavaju države članice.

Da li je to skrivena formula prenošenja nadležnosti koja realno stvara zajednički pravni prostor? Naime, aktivnost Evropske unije u pravnoj regulativi pokazuje da je evropska ideja i praksa stvaranja nadnacionalnog prava ipak čvrsta namera.

Međutim, projekat nadnacionalnog evropskog krivičnog prava, kao što je prikazano, trpi mnoga ograničenja. Činjenica je da projekat zasniva svoj optimizam na implicitnoj pretpostavci da države članice dele iste osnovne vrednosti, uključujući i vrednosni prilaz krivičnom pravu.

Ako se malo približimo hipotezi zajedničkih opštih vrednosti, problem se pokazuje u skoro nerešivoj složenosti odnosa, ili veza između kulture, vrednosti i

6 KZ Savezne Republike Nemačke (prevod, Centar marketing, Pravnoistraživački centar), Beograd, 1998, str. 81.

7 Satzger, H., op. cit., str. 177.

8 Stojanović, Z., Krivičnopravna doktrina i njen značaj u tumačenju pravne norme u: Tumačenje kaznenopravne norme i adekvatnost njene primene (ur. Bejatović Stanko), Canada-Serbia – Judicial Reform Project, Beograd, 2009, str. 13.

sankcija.⁹ Ova veza je pretpostavljeno inkorporisana u svako nacionalno krivično pravo, čak ga legitimise i obezbeđuje preventivnu efikasnost na nivou svake pojedinačne evropske države. Ovaj nesumnjivi fenomen nekako po prirodi stvari odbija spoljne uticaje. Čak bi se moglo reći da se generise nov sukob između autodeterminacije evropskog građanina i kompromitacije tradicionalnog shvatanja autoriteta države na području krivičnog prava.

Da li je ovo najveći problem? Devastiranje *ius puniendi*¹⁰ ili teritorijalne subordinacije nad svojim građanima, dovodi svaku državu u procenu mere prihvatanja evropskog prava. Ovaj kratki prikaz nekih aspekata evropeizacije nacionalnih krivičnopравnih sistema predstavlja, razume se, samo mali deo ukupne problematike.

3. Tendencije stvaranju evropskog krivičnog prava

3.1. Lisabonski (reformski) ugovor i ideja stvaranja supranacionalnog krivičnog prava

Evropska unija prema Lisabonskom sporazumu postaje supranacionalna tvorevina, mada u okvirima značenja asocijacije.

Ključna novina za pravni poredak Evropske unije koju donosi Lisabonski sporazum je ukidanje „hramske arhitekture stubova” unifikacijom tri stuba u jedinstveni pravni poredak s jedinstvenom pravnom strukturom.

Name, „treći stub” EU koji je obuhvatao krivičnopравnu saradnju država članica prestaje da postoji i integriše se u pravo Zajednice. Pravni akti Zajednice, ponovo postaju tradicionalni pravni instrumenti ili „zakonodavni akti“ Unije, prepoznatljiviji u nazivima uredbe, direktive, odluke, preporuke i mišljenja, a primenjuju se na celokupnu zakonodavnu aktivnost Unije.

Što je možda još važnije, *načelo prednosti primene prava Zajednice u odnosu na pravo država članica se širi na čitav pravni poredak Unije.*

Nadnacionalni pristup se putem tog mehanizma počinje primenjivati i na materiju poznatu kao treći stub, što za posledicu ima realno proširenje nadležnosti Evropskog suda pravde na procenu zakonitosti akata donetih u okvirima oblasti pravosuđa i policije¹¹.

Prema Lisabonskom ugovoru, prostor slobode, bezbednosti i pravde, okvir u kome se nalazi krivičnopравna saradnja u Evropskoj uniji se ubraja u podeljene

9 Bernardi, A., Europe sans frontieres et droit penal, Revue de science criminelle et de droit penal compare, 2002/1, str.11.

10 Olivares, Q., Curso de derecho penal, Barcelona, 1999, str.182.

11 Čavoški, A., Pravosudni sistem Evropske unije u svetlosti reformskog ugovora, Strani pravni život, Beograd, 2009/1, str. 76.

ili konkurentne zakonodavne nadležnosti (*shared competence*) između Unije i država članica (čl. 4. UFEU). Podela nadležnosti znači da u tom području i Unija i države članice imaju zakonodavna ovlašćenja i mogu donositi pravno obavezujuće akte. Države članice mogu ostvarivati svoja ovlašćenja u meri u kojoj se Unija njima ne koristi ili je odlučila da se njima prestane koristiti. Navedena odredba pokazuje da primat u realizaciji ovlašćenja ima Unija u odnosu na realizaciju ovlašćenja države članice, no, istovremeno i da ih ona može upražnjavati samo u skladu sa načelom supsidijarnosti.

Primena načela supsidijarnosti u sistemu podeljene nadležnosti u prostoru slobode, bezbednosti i pravde znači da Unija ima primat u slučajevima kada može bolje ostvariti određeni cilj, a država članica, odnosno njeni politički segmenti ne samo kad mogu bolje ostvariti cilj već i kad se Unija ne koristi ili prestane koristiti svoju nadležnost.

Naime, Lisabonski ugovor je revidirao načelo supsidijarnosti propisujući da Unija deluje samo u onoj meri u kojoj ciljeve inkorporisane u predložene mere ne mogu dobro ostvariti države članice na centralnom, regionalnom ili lokalnom nivou, već se zbog obima ili značaja ciljeva, oni mogu bolje ostvariti na nivou Unije (čl.5(3) UEU).

To znači da je Lisabonski ugovor pojačao restriktivnu interpretaciju korišćenja ovlašćenja Unije na području podeljenih nadležnosti, pošto je proširio načelo supsidijarnosti s relacije država – Unija i na odnose regionalne vlasti i Unije i lokalne vlasti i Unije.

U odnosu na pitanje ili problem adekvatnosti nacionalnih, odnosno supranacionalnih mehanizama, opšte je prihvaćeno da su nestankom unutrašnjih državnih granica državni krivičnopravni mehanizmi postali nedovoljni za sprečavanje kriminalnih aktivnosti na području Unije, iz čega proizilazi da transnacionalne kriminalne aktivnosti zahtevaju i nove transnacionalne mehanizme borbe protiv kriminaliteta. Regionalni pravni sistemi u ovom kontekstu nužno trpe posledice širih rešenja, i moraju im se normativno prilagoditi.

Važno je naglasiti da osnovna supranacionalna nadležnost Evropske unije u odnosu na krivično materijalno pravo, nezavisno od kreiranja šireg okvira i dalje i prema Lisabonskom ugovoru ostaje harmonizacija određenih krivičnih dela i sankcija u krivičnom zakonodavstvu država članica. Međutim, važno je istaći da su Lisabonskim ugovorom bitno ojačana i proširena supranacionalna ovlašćenja u oblasti harmonizacije.

Bazični propis Lisabonskog ugovora koji se odnosi na materijalno krivično pravo je čl. 83, ali se u suštini pravni osnov ovlašćenja u odnosu na harmonizaciju nalazi u uvodnim odredbama. Prostor slobode, sigurnosti i pravde je ojačan i preciziran normom koja kaže da će Unija nastojati osigurati visok stepen sigurnosti (*inter alia*) i kroz ujednačavanje krivičnih zakona. Unija je dobila ovlašćenje da

direktivama donetim u redovnom zakonodavnom postupku uspostavlja minimalna pravila koja se odnose na opise krivičnih dela i sankcija u oblastima posebno teškog prekograničnog kriminaliteta, koje proizlazi iz prirode ili posledica tih dela ili iz posebne potrebe njihovog sprečavanja na zajedničkim osnovama (čl. 83(1)1 UFEU). Materijalnopravne pretpostavke navedenog ovlašćenja su: posebno teške vrste kriminaliteta¹² i karakter prekograničnog delovanja. Može se komentarisati da ovo nije prvi, a ni poslednji primer nabiranja pojedinačnih segmenata u nekom okviru koji ne prati logiku hijerarhijskog odnosa pravnih normi. Gotovo da zvuči neverovatno da posle viševekovnih napora doktrine, neusaglašenost po obimu i značaju nalazi ključno mesto u savremenim pravnim aktima koji pretenduju na supranacionalni značaj i konsekvence. Pretpostavka prekograničnog obeležja u Ugovoru je takođe vrlo široko postavljena, pošto se ne odnosi samo na klasične vrste preduzimanja kriminalnih radnji na teritoriji više država, već i slučajeve kod kojih je posledica krivičnih dela nastupila u više država, ali i one ako postoji potreba njihovog sprečavanja sa teritorija više država. To znači da se tumačenje značenja prekograničnosti ne odnosi samo na krivično delo i posledice, već i na mere njegovog sprečavanja i krivičnog progona u širem bezbednosnom, vanpravnom smislu.

Može se reći da je krivično pravo postalo nezavisna, posebna i nova zajednička politika EU, pa je Evropska unija dobila autonomnu, a ne samo funkcionalnu krivičnopravnu nadležnost. To dalje znači da su u njenoj normativnoj nadležnosti i izvorne krivičnopravne oblasti, one koja krivično pravo uređuje samostalno, kao npr. seksualne delikte, a ne samo osiguranje akcesorne, ili komplementarne krivičnopravne zaštite drugim granama prava.

Nesumnjivo je da je Lisabonskim ugovorom napravljen korak napred u procesu integracije krivičnopravnih sistema država članica. Razmatrajući evoluciju u okviru klasičnih modela kooperacije, harmonizacije i unifikacije, ipak se može zaključiti da iako Lisabonski ugovor nije prihvatio najsnažniji supranacionalni model – unifikaciju krivičnog prava država članica uredbama Evropske unije, on se bitno udaljio od međunarodnopravnog modela kooperacije država članica. Lisabonskim ugovorom razvijen je poseban supranacionalni model harmonizacije nacionalnog materijalnog i procesnog krivičnog prava koji bi trebalo kroz načelo uzajamnog priznavanja sudskih odluka da stvori realni jedinstveni pravosudni, ali i željeni pravni prostor Unije u krivičnopravnoj materiji.

12 Terorizam, trgovina ljudima, seksualno iskorišćavanje žena i dece, nezakonita trgovina drogama, nezakonito trgovanje oružjem, pranje novca, korupcija, falsifikovanje sredstava plaćanja, kompjuterski kriminalitet i organizovani kriminalitet.

4. Drugi model – kreiranje normi funkcionisanja međunarodnih krivičnih tribunala – uočeni problemi

U ovom primeru modela se postavlja drugačije pitanje. Dok se u slučaju „evropskog” prava dileme stvaraju na principu odnosa nacionalnih i nadnacionalnih okvira, ovde se kao osnovni problem pojavljuje legitimnost oformljenog nadnacionalnog prava, u pitanju da li normativna mapa ukazuje da je međunarodnopravna ideja avangardnija od internog prava¹³. To proizilazi iz notorne činjenice da je stvarnost koju reguliše međunarodno krivično pravo drugačija od one unutrašnjeg krivičnog prava.¹⁴

Drugačije postavljeno pitanje glasi koji je primarni normativni prostor? Ili koji je prostor, međunarodni ili unutrašnji, normativno napredniji ili bolji? To je suviše teško i u suštini ambivalentno pitanje da bi se mogao dati iole precizan odgovor. Jedino se može primetiti da segment koji se naziva međunarodno krivično pravo u širem smislu, svoja supranacionalna ovlašćenja koristi na način „nametanja” gotovog rešenja¹⁵, dok model evropskog prava ide suprotnim putem, putem harmonizacije u cilju unifikacije. U tom smislu je model evropskog supranacionalnog krivičnog prava možda prihvatljiviji, pošto su suštinske razlike razumljivije i prihvatljivije¹⁶.

Tekstovi koji pokušavaju da govore o međunarodnopravnim normama u oblasti krivičnog prava koji su vezani za kažnjavanje međunarodnih zločina nezaobilazno polaze od iskustava njihove primene posle Drugog svetskog rata. Užasavajuća činjenica da je krajem dvadesetog veka i u dvadeset i prvom vrsta, obim i karakter međunarodnih zločina nastavljen kao trend kulture nekažnjivosti, uzrokovala je da je međunarodna zajednica, kako je to opšte poznato, očajnički počela da traži institucionalne i pravne mehanizme kojima bi sprečila ova užasavajuća i uvek nova iskustva.

Stvaranje *ad hoc* tribunala (za nekadašnju Jugoslaviju 1993. i Ruandu 1994. godine) pretvara norme iz konvencija u norme koje prinudno primenjuju međunarodni sudovi. To su hibridni sudovi u širem smislu, a primenjen je internacionalno/nacionalni model funkcionisanja. Smatra se da je ovo važan međukorak ka realizaciji ideje o stalnom Međunarodnom krivičnom sudu, kao pravom nadnacionalnom sudu.

13 Cassese, A., L'incidence du droit international sur le droit interne, in: Jurisdiction nationales et crimes internationaux, (sous la direction de Cassese, A., Delmas Marty, M.) PUF, 2002. str. 556.

14 Khalifa, A., Participation under International criminal law and the jurisprudence of International Tribunals, ReAIDP/e-RIAPL, 2009, A-03:1.

15 Primer problema prilikom normiranja može biti činjenica da je u periodu od 1963. do 2005. godine bilo usvojeno 13 Konvencija o terorizmu, ne nudeći definiciju terorizma.

16 Organizatori genocida su činili i čine to otvoreno, nezabrinuti za međunarodnu reakciju, smatrajući da će se ona praviti da ništa ne primećuje, ili da će oni u najgorem slučaju imati neke diplomatske probleme. V. šire: Simović-Hiber, I., Sistem rasprava o ideji vladavine prava, osnovama krivičnog zakona, pojmu zločinačke grupe i internacionalizaciji krivičnog prava, Beograd, 2007, str.109, 161-173.

Osnivanje *ad hoc* sudova je izazvalo mnoge dileme, što je logično, pošto je njihovo osnivanje uslovljeno određenim istorijskim i političkim prilikama. Smatra se da je to bio jedan od razloga uspeha Rimske diplomatske konferencije 1998. godine.¹⁷ Međutim, treba zapaziti da u prvoj dekadi svog delovanja sud pokreće desetak postupaka, koji su još uvek u predraspravnom stadijumu¹⁸.

Treba se podsetiti da realizacija međunarodnog prava do sada po pravilu predstavlja obavezu za državu, pošto njegova primena često zahteva intervencije na zakonskom ili administrativnom nivou, i njihovo uvođenje u interni pravni poredak. Retko je norma međunarodnog karaktera formirana tako da bude *self-executing*, a to je ona koja direktno u internom pravu daje prava određenim licima, fizičkim ili pravnim.¹⁹ Kao što je poznato, stav o odnosu dva pravna poretka je u teoriji neusaglašen, tako da se mogu pomenuti dva osnovna opredeljenja, škola apsolutnog dualizma i monistička orijentacija.

Po prvoj teoriji, svaki pravni poredak čini autonomni sistem i to tako što poredak međunarodnog prava funkcioniše na principu recipročnih prava i obaveza država, a svaka država poseduje i čuva svoj ekskluzivni pravni poredak. Monistička teorija, nasuprot tome, briše granice između poredaka, afirmišući njihovo jedinstvo, podrazumevajući međuzavisnost i komplementarnost u odnosima dva poretka.

4.1. Norme koje primenjuju međunarodni krivični sud

Samo pitanje internacionalizacije krivičnog prava se prvenstveno vezuje za funkcionisanje međunarodnih krivičnih sudova u smislu izbora propisa koje oni primenjuju.

Već sama ideja postojanja međunarodnopravnih dokumenata vezanih za funkcionisanje aktuelnih međunarodnih krivičnih tribunala i normi koje oni primenjuju, ako ih svedemo na Međunarodni krivični tribunal nadležan za zločine počinjene na teritoriji nekadašnje Jugoslavije (MKTJ), dakle *ad hoc* sud i Međunarodni krivični sud (MKS) predviđen kao stalni, inherentno i implicitno vrši određeni uticaj na unutrašnje zakonodavstvo.

Formiranje MKTJ je (sad već istorijski posmatrano) politički iznuđeno stavom, odnosno nepoverenjem međunarodne zajednice u sposobnost domicilnih sudova sa teritorije nekadašnje Jugoslavije da pokrenu postupak i nepristrasno sude, uzrokovalo je određenu instrumentalizovanost celog projekta. Instrumentalizacija se pre svega ogleda u činjenici da su norme Statuta po kojima postupaju MKTJ

17 Eser, A., Na putu k međunarodnom kaznenom sudu: nastanak i temeljne crte Rimskog statuta, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo, vol. 10, br. 1/2003, str. 138. (Prevod Novoselec, P.).

18 Damaška, M., Pravi ciljevi međunarodnog kaznenog prava, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol.15, br. 1/2008, str. 14.

19 Dupuy, P. M., Droit international public, 7ed., Dalloz, 2004, str. 403.

uglavnom procesne prirode, a sam predmet procesuiranja u smislu konkretnih inkriminacija se svodi na taksativno utvrđivanje kruga inkriminacija.

Formiranje Međunarodnog krivičnog suda je zamišljeno mnogo ambicioznije. Osnovan je na diplomatskoj konferenciji UN u Rimu 1998. godine usvajanjem Statuta kao konstitutivnog akta. Rimski statut je stupio na snagu 1. jula 2002. godine, pa se taj datum smatra trenutkom formalnog osnivanja suda. Ovaj sud treba da predstavlja nadnacionalni sud koji bi bio nadležan da utvrđuje individualnu krivičnu odgovornost i kažnjava učinioce najtežih zločina koja su takvim proglašena od celokupne međunarodne zajednice.

Smatra se da je formiranje Međunarodnog krivičnog suda izuzetno važan događaj i navodi se nekoliko razloga. Osnovni se nesumnjivo ogleda u činjenici da pre konstituisanja ovog suda, a od osnivanja Ujedinjenih nacija 1945. godine nije postojala nijedna međunarodna ustanova koja bi imala veći uticaj na nacionalnu suverenost.

Država se, prihvatanjem Rimskog statuta, automatski podvrgava nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda (čl. 12. st. 1), čime se eliminišu uobičajene sumnje i rezerve u tom smislu. Podjednako je značajno što i u onim slučajevima kada se radi o državljanima država nepotpisnica Rimskog statuta koji učine međunarodni zločin na teritoriji države potpisnice, oni ipak podležu nadležnosti međunarodnog krivičnog suda.

Ideja o zabrani rata kao sredstva međunarodne politike datira još od Generalnog akta Društva naroda, ali je Drugi svetski rat iskristalisao kao nužnost međunarodnu reakciju na ratne zločine. Radikalniji pokušaj UN išao je u pravcu formiranja stalnog međunarodnog krivičnog suda, postupnim usvajanjem dokumenata koja su sadržinski punila osnovnu ideju (misli se na konvencije o genocidu, zaštiti žrtava rata i sl.) i koje bi postajući pravni izvori međunarodnog krivičnog prava dale suštinski osnov formiranju stalnog Međunarodnog krivičnog suda u Hagu.

Svest o potrebi osnivanja međunarodnog suda, kada nacionalno pravosuđe ne funkcioniše, nije baš nimalo nova, ali ono što je konstanta je da je ova ideja uvek praćena političkim problemima i tenzijama, i najčešće bila onemogućavana. Međunarodni krivični sud o kome govorimo takođe je već kao politički projekat zapao u teškoće.

Osnovni normativni problemi Rimskog statuta se mogu svesti na par pitanja.

Prvo pitanje je izbor i definicija zločina za koje treba uspostaviti nadležnost Međunarodnog krivičnog suda. Odnos između internacionalnog i nacionalnog pravosuđa, posebno imajući u vidu obaveze nacionalnih vlasti na saradnju sa Sudom (predaja osumnjičenih i prikupljanje dokaza) je posebno značajno pitanje. Konačno, obezbeđivanje nezavisnosti Suda, u savremenoj situaciji priznavanja političkog uticaja na Sud, je veoma važno, ali i teško rešivo.

U čl. 5. Statuta predviđene su četiri kategorije međunarodnih zločina. To su genocid, ratni zločini, zločini protiv čovečnosti i zločin agresije.

Definisanje genocida (čl. 6. Statuta) čini se da ne donosi novine; pravno dobro koje se štiti su nacionalne, etničke, rasne ili verske zajednice kao takve od potpunog ili delimičnog uništenja.

Zločini protiv čovečnosti (čl. 7) obuhvataju jedanaest radnji, u koje pored klasičnih radnji kao što su ubistvo ili mučenje, spadaju i novi oblici inspirisani diktatorskim vladavinama i etničkim čišćenjem kao što su zločin aparthejda, nasilno nestajanje osoba, prisilna sterilizacija ili prisilna trudnoća. Ono što je važno naglasiti, a ide u prilog nekim ranije navedenim stavovima je postojanje generalne klauzule (čl. 7. st. 1. t.k) koja dozvoljava da se ovaj član primeni i na „ostala dela slične prirode“, čime je dovedena u pitanje određenost ove norme. Pitanje je da li je ovo moralo biti učinjeno. Izgleda da jeste, pošto se predloženi katalog mogućih dela morao suziti i prevesti iz kompilacije mogućih *international crimes*²⁰ na realnu meru, ali uz tu ogradu da nešto ne ostane nekažnjivo. Pokušaj učvršćivanja ove norme želi se postići zahtevom da se sve predviđene radnje moraju izvršiti „u sklopu širokog ili sistematskog napada usmerenog protiv civilnog stanovništva, uz znanje o tom napadu“.

Pitanje ovog preciziranja otvara novo, a naime da li se norma odnosi samo na vrh vlasti, *policy maker-e* ili na svakog učinioca. Po mišljenju *Eser-a* dovoljno bi bilo da učinilac zna da je uključen u neljudsku, zločinačku politiku, a da pritom ne mora bliže poznavati obim i strukturu čitavog plana.²¹ Složila bih se sa ovim stavom, ali šta je sa idejom da i političari koji donose zločinačke odluke i pojedinci kao realizatori to ne misle, već imaju za opravdanje više nacionalne ciljeve koji ekskulpiraju i brišu, negiraju ideju o mogućem zločinačkom postupanju. Udruženi zločinački poduhvat kao novi pokušaj uključivanja svih kategorija u kažnjivi prostor je odgovor na koncept „opravdavajućeg razloga“.

Ratni zločini predviđeni čl. 8. Statuta su jedna zaista glomazna konstrukcija koja obuhvata oko 50 radnji, koji se nužno u nekim delovima poklapaju sa zločinima protiv čovečnosti (kao silovanje, prinuda na prostituciju). Statut ne poznaje kategoriju sticaja, ali ne daje odgovor kako se ima postupiti u tim slučajevima.

Međutim, i kod ove inkriminacije, nakon navođenja da su moguće radnje teške povrede ženevskih konvencija iz 1949. godine, dodata je generalna klauzula kojom se lista radnji proširuje i „drugim teškim povredama“ međunarodnih zakona i običaja u okviru oružanog sukoba.

Kako je očigledno da je ovom formulacijom polje primene norme veoma prošireno, ograničenje se želelo postići odredbom koja utvrđuje da nadležnost

20 Za liste mogućih *international crimes* vid. šire: Bassiouni, *International criminal law: Crimes*, 2002.

21 *Eser, A.*, op. cit., str. 143.

Međunarodnog krivičnog suda posebno postoji kada su ratni zločini učinjeni kao deo plana, ili politike, ili kao deo masovnog i sistematskog vršenja takvih dela (čl. 8 st. 1).

Problem je pitanje obaveznosti ovog ograničenja u uspostavljanju nadležnosti suda. Izgleda da je preovladao stav da se nadležnost može ustanoviti i u slučajevima kada ne postoji izričit politički plan ili tzv. *large-scale commission*, pošto je upotrebljen izraz „*in particular*“ – posebno, a ne „*only*“ – samo. Pitanje osetljivosti država na ovo krivično delo je realno očekivati. Vršenje ratnih zločina nije samo po sebi prestalo donošenjem Statuta Međunarodnog krivičnog suda. Priznanje jurisdikcije Međunarodnog krivičnog suda može dovesti do internih političkih nepravilnosti.

Zločin agresije to najbolje potvrđuje. Države se nisu mogle složiti oko definicije, pa je tako zločin agresije prisutan u nazivu i u nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda, ali on praktično ne postoji dok se ne definiše, i dok se ne utvrde dodatni uslovi nadležnosti (čl. 121, 123, i čl. 5. st. 2).

Mehanizam praznih inkriminacija nije prvi put ovom prilikom iskorišćen²², ali u ovom slučaju nije čini se u pitanju otvaranje zakonskog teksta za buduće nove oblike kriminala, dakle slučaj novog principa nomotehnike, pošto definicija inkriminacije već dugo vremena postoji u okviru sistema međunarodno priznatih dokumenata, a kao krivično delo predviđeno je i unutrašnjim pravom (u našem krivičnopravnom sistemu kao delo „Podsticanje na agresivni rat“), već prevashodno ilustruje problem političkog odnosa snaga u međunarodnoj zajednici.

Zajednička karakteristika ovih inkriminacija je da bi se one, iako ih na prvi pogled čine samo 4 inkriminacije, mogle pre nazvati *kategorijama zločina*, a ne pojedinačnim zločinima. No, ne samo njihov broj nego relativizujuće klauzule, dozvoljavaju zaključak da se radi o mnogo više zločina, ali i o nekoherentnom sistemu.

Međutim, kako se mora raditi samo o „najtežim krivičnim delima međunarodnog značaja“ (čl. 1. st. 1), i kako se nadležnost Suda proverava i po principu težine dela, može se dogoditi da delo koje inače zasniva nadležnost, ako se u konkretnom ostvarenju pokaže kao „slučaj nedovoljne težine koja ne opravdava dalje postupanje suda“ (čl. 17. st. 1. t.d) ukine formalno moguću nadležnost.

To znači da se ovim nadkriterijumom težine dela međunarodnog značaja želi dodatno obezbediti pravna sigurnost, ali i sigurnost od neke vrste greške u zasnivanju nadležnosti, izvan klasičnih normi. Ovaj zahtev je inače i osnovni za zasnivanje nadležnosti Suda. No, on može biti i osnov zloupotrebe, ako se pokrene u drugom pravcu.

22 Jedan od predsedana ove prirode učinjen je koncepcijom francuskog Novog krivičnog zakonika (Nouveau code penal), 1994. kojom je predviđeno da peto poglavlje Zakonika bude ostavljeno praznim, odnosno naknadno „dopisivano“.

No, pravi problemi nastaju u odnosu ili sukobu nadležnosti međunarodnog i nacionalnih sudova. U Preambuli statuta (čl. 10) se pominje komplementarnost međunarodne u odnosu na nacionalnu nadležnost. Ova „čarobna reč“, kako je Eser²³ naziva, je u suštini kompromisna kategorija koja podrazumeva nekoliko načela.

Iz duha Rimskog statuta proizlazi da nacionalno krivično pravosuđe ima načelni prioritet. Naime, ako nadležna država sprovodi postupak za međunarodni zločin iz opšte nadležnosti Suda, on ne može pokrenuti novi postupak dok prvi traje.

Drugi korak u zasnivanju nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda u neku ruku negira prvo načelo. Ukoliko se naime utvrdi da nadležno nacionalno pravosuđe „ne želi ili nije u stanju“ adekvatno sprovesti postupak (čl. 17. st. 1. t.a i b), ova nacionalna prednost otpada. Ova, na prvi pogled suptilna odredba, ili zaštitna klauzula zapravo se odnosi na sprečavanje pokušaja zloupotrebe prava od strane države, koja pokretanjem postupka-maske zapravo želi da zaštiti okrivljenog državljanina, i postupak vodi u cilju njegovog oslobađanja od optužbe, uz prikrivenu ideju pozivanja na načelo *ne bis in idem*. Ovde se u potpunosti meri dokazuje da postoji ono što nacionalno pravo, posebno doktrina *a priori* puna poverenja u kapacitet „poštene“ norme nikad ne bi priznalo, a to je prikrivena ideja državne zloupotrebe prava.

Ovo načelo je na neki način ublažen stav koji postoji u pravilima MKTJ.

Nedoslednost u poštovanju jednog od fundamentalnih načela krivičnog prava – *ne bis in idem* – se može ilustrovati postupkom koji ovlašćuje (*ad hoc*) Međunarodni haški tribunal za nekadašnju Jugoslaviju da odlučuje o poštovanju načela *ne bis in idem* u slučaju sukoba nadležnosti.

Naime, prema čl. 9. st. 2. Statuta MKTJ ustanovljena je normativna prednost tribunala u odnosu na nacionalni sud. To sa jedne strane znači da tribunal može formalnim zahtevom preuzeti predmet koji spada u njegovu stvarnu nadležnost u svakoj fazi postupka; no, sa druge strane ovim načelom nije ustanovljena isključiva nadležnost tribunala.

U konkurenciji nadležnosti između nacionalnih sudova i MKTJ, u obliku pozitivnog sukoba ili kolizije nadležnosti, Međunarodni tribunal ima prednost. No, upravo činjenica „konkurencije“ nadležnosti može imati za posledicu da Tribunal bira ili meri stepen poverenja u sudove određenih država.

Nepoverenje u domicilna sudstva ogleda se i u pogledu odstupanja od načela *ne bis in idem*. Jednosmerno poštovanje načela u korist tribunala se može objasniti kako načelom primarne nadležnosti, tako i činjenicom da se u svim državama bivše Jugoslavije okrivljenom može suditi u odsustvu. Odstupanje od načela je vidljivo u situaciji suđenja pred nacionalnim sudom. Jedan od razloga mogućnosti ponovnog suđenja (preuzimanja) pred tribunalom je na primer

23 Eser, A., op. cit., str. 150.

nepravilna kvalifikacija dela (Pravilo 9/I). To postoji u slučaju da je delo okarakterisano kao obično krivično delo, a ne ono koje je komplementarno zločinima iz Statuta.²⁴ Evolucija shvatanja nadležnosti međunarodnih sudova pokazuje da je prevaziđena ideja ekskluzivne nadležnosti (slučaj međunarodnih vojnih sudova u Nirnbergu i Tokiju), kojom je bila ustanovljena apsolutna prednost međunarodnih nad nacionalnim pravosuđem. U funkcionisanju tih sudova je bio primenjen model direktne nadležnosti, *direct inforcement model*,²⁵ u značenju da se međunarodno pravo ne primenjuje posredstvom nacionalnih sudova. Ograničenje ovako shvaćene nadležnosti je ublaženo kod *ad hoc* međunarodnih tribunala gde je stvorena neka vrsta hibridne nadležnosti, sa ugrađenom prednošću međunarodnog (*primacy over national courts*), ali taj primat nije istog karaktera, pošto je ustanovljena, kako smo pomenuli konkurentna nadležnost, pa nacionalni sudovi u stvari imaju pravo na krivičnopravni progon međunarodnih zločina sve dok MKTJ ne preuzme predmet (čl. 9. st. 1. Statuta).

U pomenutim slučajevima se radilo i radi se o, da tako kažemo, isprovociranim sudovima, nastalim kao reakcija na masovne međunarodne zločine. Međunarodni krivični sud je dogovoreni sud za postupanja u budućnosti, pa je stoga nadležnost koncipirana tako da prioritet ima načelno nacionalni sud.

Međutim, u slučaju sukoba nadležnosti, postavlja se pitanje nadležnosti odlučivanja o tom sukobu. O tom se samo posredno može zaključiti iz čl. 17. st. 3, Rimskog statuta koji određuje da Međunarodni krivični sud odlučuje o „nesposobnosti” nacionalnog suda.

Tako se slobodno može govoriti o vremenskom prioritetu nacionalnog, ali ipak suštinski primat ima međunarodni.²⁶

4.2. Opšta načela i elementi krivične odgovornosti u Statutu Međunarodnog krivičnog suda

Statut Međunarodnog krivičnog suda je prvi dokument ovog tipa koji sadrži osnovna načela, ili posebno poglavlje koje čini opšti deo (*General principles of criminal law*).

24 Tako je, na primer, članom 4. Protokola 7 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima predviđena je zabrana ponovnog suđenja ili kažnjavanja u istoj stvari. Međutim, ova zabrana je relativizovana time što se odredba odnosi na zaštitu lica koje je pravosnažnom sudskom odlukom osuđeno ili oslobođeno u skladu sa zakonom, ali „pod jurisdikcijom iste države“, što znači da je zaštita svedena na nacionalni nivo. U: Kompatibilnost jugoslovenskog prava sa odredbama Evropske konvencije o ljudskim pravima, Savet Evrope, Beogradska kancelarija, Beograd, str. 171, 2002.

25 Bassiouni, M. Ch., *International criminal law. A draft international criminal code*, str.107, 1980.

26 Cassese, A., *The statute of the International criminal court: some preliminary reflexions*, u *European Journal of international law*, br. 10/1999, str.144-171.

Iz svih do sada pominjanih razloga, istaći ćemo samo doktrinarnu neusaglašenost, mada je politička vidljivija, što je uzrokovalo da se nije moglo ni očekivati da Statut reši sva otvorena pitanja.

Stoga on, određujući koje se pravo primenjuje, (čl. 21) utvrđuje prioritete ili neku vrstu hijerarhije normi. Na prvom mestu je sam Statut (čl. 1. st. a) uključujući „Obeležja krivičnih dela” (*Elements of Crimes*). Slede međunarodni ugovori ili načela. U nedostatku navedenih izvora prelazi se na primenu opštih pravnih načela koja treba izvesti iz nacionalnih zakona svetskih pravnih sistema, uz pretpostavku da ta načela nisu u suprotnosti sa Rimskim statutom ili drugim norma ma međunarodnog prava.

Pored ovih načela, Sud može koristiti, kada je to opravdano, i nacionalne zakone država koje bi inače bile nadležne u odnosu na procesuiranje konkretnog krivičnog dela, pod uslovom da nisu u suprotnosti sa prethodno navedenim izvorima. Smatra se da je ova odredba od presudnog značaja za razvoj nadnacionalnog prava u pravom smislu, jer to znači da nije u pitanju proces nametanja *ad hoc* „smišljenog“ međunarodnog prava, već usaglašeno povezivanje načela raznih svetskih pravnih poredaka, što je legitiman proces, ali prepun kontradiktornosti. Međunarodni krivični sud u silaznoj hijerarhiji može postupati i po sopstvenom sudskom pravu (*judicial precedens*), mada je nedovoljno jasno koliko je ono obavezno.²⁷ Principi tumačeni i prihvaćeni u ranijim odlukama, predstavljaju problem kolizije kontinentalnog i anglosaksonskog shvatanja izvora prava.

Konačno, u Statutu se navodi i da u skladu sa testom konzistentnosti treba obratiti posebnu pažnju na to da tumačenje i primena prava ne budu u suprotnosti sa međunarodno priznatim ljudskim pravima i da ne deluju diskriminirajuće (st. 3).

Što se tiče prihvaćenih osnovnih načela, posebno je značajno prihvatanje bazičnih načela kao što su *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege* i zabrana retroaktivnosti.

Propisivanjem i nabranjanjem međunarodnih zločina, Rimski statut je izbegao realnu opasnost pitanja zakonitosti shodno načelu *nullum crimen sine lege praevia*, što je bitna zamerka prethodno formiranim sudovima (za nirnberški tribunal u potpunosti, a za MKTJ i MKTR delimično).

Pitanje poštovanja načela *nullum crimen sine lege praevia* je na primer u slučaju MKTJ rešeno stavom da se može raditi samo o nesumnjivim pravilima običajnog prava predviđenim u ženevskim konvencijama (1949.), Haškoj konvenciji (IV 1907.), Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948.) i Statuta Međunarodnog vojnog suda (1945). Ova zaštitna formulacija podrazumeva da se, nezavisno od „novih“ definicija Statuta i Pravila MKTJ, u tumačenju uvek podrazumevaju pravila međunarodnog običajnog prava.

27 MKTJ je na primer odbio vezanost, odnosno uobičajeno tumačenje ove situacije prema common law (slučaj Kupreškić, IT-95-16-T, Para540).

Prihvatanjem osnovnih načela na korektan način, Rimski statut je uvažio standarde, za koje se može reći da su opšteprisutni u nacionalnim pravima.

Kako je već pomenuto, Statut Međunarodnog krivičnog suda u čl. 22 izričito u stavu 1. propisuje „da niko nije krivično odgovoran za delo koje u trenutku izvršenja nije bilo krivično delo iz nadležnosti ovog suda“.

Pored toga, Statut ističe i restriktivnost u tumačenju propisa kojima se određuje biće pojedinog krivičnog dela, a u korist optuženika, i izričito zabranjuje analogiju u sudskom tumačenju. Ove zabrane su veoma značajne, pošto znače postavljanje viših standarda, već i zbog toga što nisu eksplicitno prisutne u većini nacionalnih zakonodavstava.

Individualna krivična odgovornost, predviđena članom 25. Rimskog statuta, je bila možda osnovni izvor tenzija prilikom prihvatanja predloga, što ima za posledicu formulacije koje nisu baš najpreciznije.²⁸

Naime, regulisana su samo neka osnovna pitanja i to u najosnovnijim crtama, i nepotpuno.

Prihvaćeno je da se nadležnost Međunarodnog krivičnog suda ograniči samo na fizička lica. Imajući u vidu nove trendove uporednog krivičnog zakonodavstva da u svoje okvire uključi i pravno lice kao mogućeg izvršioca, verovatno će se ići na reviziju ove odredbe, s obzirom na zalaganja nekih zemalja.²⁹

Najveća pažnja je posvećena normiranju saučesništva (st.3. t.a) do e) člana 25). O tome je opširnije pisano u odeljku o zločinačkim udruženjima (*guilty associations*).

Kao donja granica kažnjivosti određen je pokušaj.

Nedoumicu unosi nepostojanje norme o nečinjenju, mada bi se izraz *conduct* ili ponašanje, moglo tumačiti i u značenju nečinjenja (čl. 24. st. 1).

U čl. 31 Rimskog statuta su utvrđeni osnovi isključenja krivične odgovornosti. Pošto se koristi izraz *grounds for excluding criminal responsibility* očigledno je da je uzor bilo kontinentalno pravo. Međutim, u razradi samih osnova došlo je do rešenja koja ne prate logiku prihvaćenu u većini zakona, a to je istovremeno i zajedničko tretiranje neuračunljivosti usled duševnih smetnji ili opijenosti (*actiones liberae in causa*) sa nužnom odbranom i krajnjom nuždom.

Uprkos prihvatanju osnovnog kontinentalnog modela u nazivu, u razradi se zanemaruje veoma prisutno razlikovanje osnova protivpravnosti i osnova krivice.

Taj konceptijski nedostatak je možda i razlog što su odredbe o subjektivnim elementima krivične odgovornosti i zabludi neodređene.

Međutim, osnovnim nedostatkom ovog normiranja svakako bi se moglo smatrati nepostojanje taksativnog nabiranja osnova za isključenje krivične odgov-

28 Ambos, K., Individual criminal responsibility in international criminal law: A jurisprudential analysis – from Nurnberg to the Hague, u McDonald, G.K./Swake-Goldman, O.,(eds.), Substantive and procedural aspects of International criminal law, vol. I, 2000, str.199.

29 Eser, A., op. cit., str. 156.

ornosti. Na taj način dozvoljeno je sudu da može uključiti i neki drugi razlog isključenja protivpravnosti ili krivice.

Na sličan način je postupljeno i u slučaju predviđanja kazni. Statut izričito predviđa tri kazne, kaznu zatvora, novčanu i konfiskaciju u smislu oduzimanja imovinske koristi. Ne izjašnjavajući se o smrtnoj kazni, Rimski statut je prećutno rešio to pitanje na međunarodnom nivou, ne upuštajući se u rešenja nacionalnih zakonodavstava koja u svetskim razmerama (isključujući Evropu) mogu poznavati i kapitalnu kaznu.

Načeto je i pitanje položaja žrtve, što je izuzetno značajno. Iako je to učinjeno veoma stidljivo, (naime, u čl. 79. je predviđeno stvaranje fonda u korist žrtava, u smislu naknade štete), ova odredba je od izuzetnog značaja, pošto jasno i nedvosmisleno uvodi žrtvu u internacionalno krivično pravo.

Može se primetiti da je do sada međunarodno pravo u značenju međunarodnog krivičnog prava uvek reagovalo zbog žrtava (čija masovnost je najčešće bila osnovni razlog interesovanja), ali su se one nekako uvek gubile, nestajale iz konkretne pravne regulative.

Stoga treba pomenuti i pojavu paralelnih ili alternativnih sudova kao oblika reakcije civilnog društva na pojave koje su napad na opšte temelje savesti čovečanstva³⁰. Osnovni značaj ovih pokušaja apostrofiranja najvećih problema je u ideji koja želi da omogući žrtvama, koje zapostavlja zvanična pravda, da se čuju i primete. Pravi cilj je puno revitalizovanje položaja žrtve u ideji stvaranja modela reparacije.³¹ Ambicija je i nešto veća, da se predloži jedna alternativna svetska pravda u nedostatku formalne. Stoga je i nadležnost ovih tela fleksibilnije shvaćena, nije fiksirana na individualnu odgovornost pojedinca i, što je još značajnije, ni lista zločina o kojima raspravlja nije limitirana, što je posebno značajno imajući u vidu zločin agresije.³² Paralelni sudovi takođe ne izriču sankcije u klasičnom smislu, to su *moralne sankcije* koje se pozivaju na elementarna osećanja humanosti, na zajednički etičko-emocionalni supstrat, koji pripada svakom ljudskom biću, nezavisno od različitosti civilizacija kojima pripadaju, i koje čine neprihvatljivim određene

30 Pojava paralelnih sudova se vezuje za *Bertranda Russel*-a i „sudenje“ zločinima u Vijetnamu. Značaj aktivnosti tematskih sesija ovog suda koji radi uz pomoć nevladinog sektora je nesporan, dovoljno je primera radi navesti da je pariska sesija iz 2004. raspravljala o povredi ljudskih prava u Alžiru između 1992. i 2004. godine, rimska sesija iz 2002. godine o internacionalnom pravu i „novim ratovima“, sesija u Beču 1996. godine o Černobilu, odnosno zaštiti okoline, zdravlju i ljudskim pravima, 1995. u Bernu i Barseloni o zločinima protiv čovečnosti u bivšoj Jugoslaviji.

31 Vid. šire: Lambert-Abdelgawad, E., La prolifération de tribunaux parallèles pour la dénonciation des crimes internationaux: quelle leçon de justice? *Chronique internationale, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, br. 1/2006, str. 170-182.

32 Lambert-Abdelgawad, E., op. cit., str. 175.

napade na dignitet druge osobe, nezavisno od njene pripadnosti određenoj kulturi, tradiciji ili istoriji³³.

Osetljivost svih pomenutih pitanja je nesumnjiva, pa je stoga neka vrsta straha, ili bar izvinjavajući način pisanja o ovoj problematici više nego očigledan.

„Oduševljenje” zbog prihvatanja i ovako skromnog Opšteg dela Rimskog statuta, ili bar nekih osnovnih načela u međunarodnim razmerama je razumljiva, imajući u vidu da se radi o krivičnom pravu. Ponovićemo da je upravo krivično pravo onaj deo pravnog sistema koji je dugo vremena bio simbol suverenosti jedne, nacionalne države.

Ovome treba dodati da državama koje su prihvatile Rimski statut predstoji jedan važan posao. Zbog predviđene komplementarne nadležnosti, a da bi zauzela prioritarnu nadležnost, svaka država je u situaciji da svoje materijalno krivično zakonodavstvo proveri i uskladi sa Statutom.

Kao dobar primer može poslužiti nemački Zakonik o krivičnim delima protiv međunarodnog krivičnog prava (*Volkerstrafgesetzbuch*) iz 2002. godine, čiji je cilj usaglašavanje nemačkog materijalnog krivičnog prava sa Rimskim statutom i međunarodnim humanitarnim pravom.

Ovaj zakonik je i prvi pokušaj uspostavljanja eksplicitne normativne veze između unutrašnjeg i međunarodnog krivičnog prava, i u tom smislu bi se mogao smatrati modelom, ili ako je lakše prihvatiti, presedanom.

U prvom delu, u okviru opštih odredbi određuje se da se opšti krivični zakon primenjuje i u slučajevima ovog posebnog zakona, osim ukoliko specijalni zakon ne predviđa posebne odredbe, odnosno kada predstavlja *ius cogens* izveden iz Rimskog statuta, i uspostavlja kao princip univerzalnu jurisdikciju.

Specifičnost ovog zakonskog teksta čini relativno precizno uputstvo za razumevanje odnosa normi u tom aktu, i u opštem krivičnom zakoniku, i koja se primenjuje. To je urađeno u širokom rasponu. Naprimer, kaže se da načelo zakonitosti ne postoji zapisano u ovom zakonu, ali se shodno primenjuju postojeće norme unutrašnjeg (Ustav i Opšti krivični zakonik Nemačke) i međunarodnog prava (Rimski statut). U drugom primeru, primeru vinosti, čl. 30. Rimskog statuta postavlja minimalne standarde umišljaja. Stoga se tumači da je rešenje nemačkog prava strožije (uključuje nehat), tako da nije preuzeta odredba iz Statuta. To se može reći i za primer saučesništva i pokušaja. Specifičnost odredbe čl. 25. Rimskog statuta, koja uređujući pitanje individualne odgovornosti (naglašavajući grupni kontekst saučesništva, naime kao poseban oblik saučesništva predviđa podržavanje grupnog delovanja) ne čini nužnim usklađivanje u posebnom zakonu, pošto norme iz nemačkog Krivičnog zakonika pokrivaju sve doktrinarne „slučajeve”, i da ova specifičnost ne zasluži redefinisane opšteg pojma saučesništva.

33 Simović-Hiber, I., Sistem rasprava o ideji vladavine prava, osnovama krivičnog zakona, pojmu zločinačke grupe i internacionalizaciji krivičnog prava, Beograd, 2007, str. 150, 226.

Nemački Posebni zakon je korisan model provere načina i mere implementacije međunarodnog u unutrašnje pravo, ili obrnuto kompatibilnosti internog sa međunarodnim standardima.

5. Zaključak

Evropsko krivično pravo, kako se to može zaključiti iz ilustrovanja evolucije, prolazi kroz dve osnovne etape – harmonizaciju i unifikaciju.

Moglo bi se reći da je načelno prihvaćen osnovni model koji vodi praksi harmonizacije u prihvatanju *ius cogens*. Prihvatanje novog načela sigurnosti nužno vodi ograničenju obima krivičnopravne reakcije („treći stub”) svodeći je na probleme organizovanog kriminala i terorizma, uz česte primere još parcijalnijeg interesa (zaštita od nelegalnih imigracija).

Novi impuls čine nova pravila, pre ideja o unifikaciji novog pravnog prostora. Međutim, već novi naziv – prostor slobode, bezbednosti i pravde, na neki način relativizuje krivičnopravne domete. Pozitivno je postavljanje cilja ujednačavanja inkriminacija i stvaranja tzv. Minimalnih pravila.

Ukoliko bi pokušali da na neki način rezimiramo model uticaja međunarodnog prava na unutrašnje u materiji prava međunarodnih zločina, jedino je moguće postaviti par starih pitanja, ili ponoviti par uočenih problema.

Na prvom mestu se postavlja pitanje da li normativna mapa ukazuje da je međunarodnopravna ideja avangardna ili da je interno pravo ono koje daje impuls progresivnosti³⁴. Avangardnost međunarodnog je naime očigledna u promociji progresivnog odnosa prema realizaciji zajedničkih vrednosti u odnosu na međunarodne zločine. Drugi ugao pokazuje slabost, jer insistirajući na najtežim zločinima može za posledicu imati da se ista vrsta i težina pojedinačnih zločina može izgubiti u moru ili kontekstu nekažnjivosti manje važnog događaja, ili obrnuto. Tu bi se mogao izdvojiti primer torture, u kome je zločin torture koji se ne događa u ratnom periodu, ili koji se događa u unutardržavnom prostoru van percepcije međunarodnog prava. Takođe se i terorizam na neki način pokazuje kao „ekskluzivna kategorija“, ili kao izbor događaja koji će se takvim okarakterisati. Ali u kontekstu organizovanog kriminala ova konstatacija nije bezazlena.

Slabost međunarodnog prava, u normativnom smislu, ako je suprotstavljamo modelu avangardnosti pokazuje da je pozicija međunarodnog krivičnog prava između 1950. i 1994. godine bila „mrtvo slovo na papiru“. Tek *ad hoc* tribunali su oživelili ideju primene ženevskih konvencija, i onu vrstu mobilizacije unutrašnjih zakonodavstava koje ništa suštinski ne utiču na njihovu klasičnu poziciju (misli se

34 Cassese, A., L'incidence du droit international sur le droit interne, in: Jurisdiction nationales et crimes internationaux, (sous la direction de Cassese, A., Delmas Marty, M.) PUF, 2002, str. 556.

na akte o saradnji sa MKTJ). Normativni sadržaj je neutralan, tačnije rečeno daje izgled usaglašenog prihvatanja supremacije međunarodnih normi, ali je u širem shvatanju uloge modela međusobnog uticaja nerelevantan.

Kao neka vrsta zaključka bi se nažalost moglo ponuditi konstatacija o zanemarivanju zločina protiv čovečnosti u nacionalnim okvirima.

Na kraju se može ponoviti poznato pitanje o preteranoj ambicioznosti ciljeva delovanja međunarodnih sudova. Aspiracije o rasvetljavanju istorijskog konteksta ili čak etiologije zločina su čini se nerealne za koncepciju suđenja, i mogu razvodnjiti suštinu procesa, viđenog kao sudskog. Drugo pitanje, uključivanje žrtve u postupak putem eksplicitnih normativnih okvira je veliki izazov, prevashodno iz razloga što se savremeno procesno pravo još uvek favorizuje zaštitu interesa okrivljenog, što je teško uskladiti sa interesima žrtve³⁵.

6. Literatura

- Ambos, K., Individual criminal responsibility in international criminal law: A jurisprudential analysis – from Nurnberg to the Hague, u McDonald, G.K./Swake-Goldman, O.,(eds.), Substantive and procedural aspects of International criminal law, vol. I, 2000.
- Aubert, S., L'ennemi dans le Livre IV du Code penal francais:approches comparees, Revue electronique de l'AIDP, 2012.
- Bassiouni, M. Ch., International criminal law: Crimes, 2002.
- Bassiouni, M. Ch., Universal jurisdiction for international crimes. Historical perspectives and contemporary practice, Virginia journal of international law, 41/2001.
- Bassiouni, M. Ch., The normative framework of international humanitarian law, Overlaps, gaps and ambiguities, 8 Transnatl .L. & Contemp. Probs., 1998.
- Cassese, A., L'incidence du droit international sur le droit interne, in: Jurisdiction nationales et crimes internationaux, (sous la direction de Cassese, A., Delmas Marty, M.,) PUF, 2002.
- Cassese, A., The statute of the International criminal court: some preliminary reflexions, u European Journal of international law, br. 10/1999.
- Damaška, M., Pravi ciljevi međunarodnog kaznenog prava, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 15, br. 1/2008.
- Dupuy, P. M., Droit international public, 7ed., Dalloz, 2004.
- Eser, A., Na putu k međunarodnom kaznenom sudu: nastanak i temeljne crte Rimskog statuta, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo vol. 10, br. 1/2003 (Prevod Novoselec, P.).

35 Damaška, M., op. cit., str. 20, 22.

- Khalifa, A., Participation under International criminal law and the jurisprudence of International Tribunals, ReAIDP/e-RIAPL, 2009.
- Lambert-Abdelgawad, E., La prolifération de tribunaux parallèles pour la dénonciation des crimes internationaux: quelle leçon de justice? Chronique internationale, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, br. 1/2006.
- Reisman, M., Legal responses to genocide and other massive violations of human rights, 59 L.& Contemp. Probs., 1996.
- Simović-Hiber, I., Sistem rasprava o ideji vladavine prava, osnovama krivičnog zakona, pojmu zločinačke grupe i internacionalizaciji krivičnog prava, Beograd, 2007.
- Vasiljević, V., Međunarodni krivični tribunal, Prometej, 1996.

Ivana SIMOVIĆ-HIBER

Faculty of Security Studies University of Belgrade

*PROBLEMS IN CREATING THE NORMATIVE GROUNDS OF
INTERNATIONAL CRIMINAL LAW: MODEL OF INTERNATIONAL
CRIMINAL TRIBUNALS LAW AND MODEL OF EUROPEAN CRIMINAL LAW*

The author has been dealing with the topic which is important for understanding the need for existing a legal space called international criminal law. In other words, existing of ad hoc International Criminal Tribunals and a permanent International Criminal Court was a political decision based on the idea of the global acceptance of the culture of punishing the crimes against humanity. The basic problem that was raised was the evidence that normative acts regulating the basic principles, postulates and rules how to incriminate and prosecute war criminals on international level would be applied. The most important step to take is to acknowledge the role of a supranational act, such as Rome Statute with all the consequences which it may entail, especially its effect on national legislation (example of German legislation). A new moment here is that it introduces the "symmetrical" relation in punishing the offender and the protecting the victim. In the other hand, author tried to examine the process of harmonisation in European criminal law including a supranational model of creating

Key words: *crimes against humanity, International Criminal Courts; Rome Statute, harmonisation of European criminal law, national legislation, supranational criminal law.*