

Milan Škulić\*

## **NEPOSREDNA PRIMENA MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG PRAVA U SRBIJI**

### **SAŽETAK**

Autor u radu razmatra mogućnosti direktne implementacije međunarodnog krivičnog prava u Srbiji, kao i faktički i potencijalni uticaj odluka i stavova nekih međunarodnih tela, kao što su komiteti Ujedinjenih nacija i Evropski sud za ljudska prava, na srbijanski krivični postupak, ali i srbijansko pravo u celini. Prema trenutno važećem Zakonu o krivičnom postupku Srbije, odluka je jedan od pravnih razloga za ponavljanje postupka, ali i za zahtev za zaštitu zakonitosti, što je potpuno i dobro proceduralno rješenje. Formulacija sadržana u novom Zakonu o krivičnom postupku Srbije, vezano za ovu materiju, tj. razlog za podnošenja zahteva za zaštitu zakonitosti, koji se zasniva na presudi Evropskog suda za ljudska prava, nije tačna, jer je ova formulacija odredila razlog kao apsolutno bitnu povredu postupka, tj. suštinsku povredu odredbi krivičnog postupka. Ovo je pogrešno, zato što presude Evropskog suda za ljudska prava nemaju automatsko kasaciono dejstvo i ne impliciraju da konačna odluka domaćeg suda mora biti promenjena.

Problematika direktne implementacije pravila međunarodnog krivičnog prava u domaći nacionalni pravni sistem je izuzetno osetljiva. U jednom veoma bitnom slučaju, jedna osoba koja je bila bivši vojni oficir, konačno je osuđena u Mađarskoj za zločine protiv čovečnosti, iako taj zločin nije bilo predviđen u vrijeme kada je zločin počinjen i iako je nastupila zastara za krivično gonjenje. Presuda krivičnog suda u tom slučaju je bila povezana sa jednom prethodnom presudom Ustavnog suda Mađarske, u kojoj je Ustavni sud, uz uvažavanje odnosa domaćeg i međunarodnog prava, odlučio da će ustavna odredba, u skladu sa pravnim sistemom Ma-

\* Prof.dr., redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

đarske, prihvatiti općeprihvaćena pravila međunarodnog prava, što implicira da su takva pravila sastavni dio mađarskog prava, bez posebne transformacije. U skladu sa tom odlukom Ustavnog suda, Ustav i nacionalno pravo Mađarske trebaju biti tumačeni tako da osiguraju faktičku primenu opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava. Konačno, Evropski sud za ljudska prava je odlučio (*Korbely v. Hungary*), da je presudom krivičnog suda Mađarske, pravo optuženog na odbranu bilo povređeno.

Direktna primena odredbi međunarodnog prava, naročito međunarodnog krivičnog prava, moguća je u Srbiji samo pod veoma restriktivnim uslovima. Iako je u čl. 16. Ustava Srbije propisano da opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava čine dio pravnog poretka R Srbije i da se primenjuju direktno, ove odredbe ne omogućavaju automatsku i prioritetsnu primenu međunarodnog prava. To je slučaj, zato što je u istom članu propisano da ratifikovani međunarodni ugovori moraju biti usklađeni sa Ustavom Srbije i da se odredba analogno primenjuje na opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava. Osim toga, direktna primena ovih pravila je nemoguća u Srbiji, zbog čl. 145. Ustava Srbije. U skladu sa tom odredbom, presude suda moraju biti zasnovane na Ustavu, zakonu, ratificiranom međunarodnom ugovoru ili drugim odredbama usvojenim u skladu sa pravom. To znači da opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava ne mogu biti izvor sudske odluke. Budući da je logično da je primena međunarodnog prava nemoguća bez sudske odluke, direktna primena opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava u Srbiji faktički nije moguća. Direktna primena međunarodnih pravila iz drugih pravnih izvora u Srbiji je moguća pod određenim uslovima. Međunarodno pravo se može direktno primeniti u Srbiji, uz ispunjavanje dva, kumulativno određena, uslova: 1) pravila moraju biti predviđena ratifikovanim međunarodnim ugovorima i 2) pravila moraju u potpunosti biti usklađena sa Ustavom Srbije.

**Ključne reči:** međunarodno krivično pravo, opšteprihvaćena pravila, automatsko kasaciono dejstvo.

## Uvodna razmatranja

Pod međunarodnim pravom podrazumeva se „specifičan normativni poredak,<sup>1</sup> koji reguliše određene društvene odnose i propise u međunarodnoj zajednici, a sankcionisano je od strane države i međunarodnih organizacija.“<sup>2</sup> Međunarodno pravo se može objasniti i kao „uređen,

<sup>1</sup> Za ovaj termin se ističe da je „u novijoj nauci stekao gotovo univerzalno pravo građanstva, a potiče od Bentama (Bentham). Više o tome: M. Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010, 25.

<sup>2</sup> S. Avramov/M. Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Službeni glasnik“ i Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2008, 13.

uglavnom usklađen, sistematizovan skup pravnih pravila koji služi zaštiti univerzalnih vrednosti kao što su mir i bezbednost, sloboda, ljudska prava, poštovanje ljudskog dostojanstva, jednakost, poštovanje kulturnih, verskih, jezičkih i drugih različitosti, tolerancija, ekonomski i socijalni napredak i sl.<sup>3</sup> Postoji i shvatanje po kojem se međunarodno pravo definiše: „1) kao pravo koje uređuje odnose između država, 2) kao pravo koje uređuje odnose između država i njima sličnih tvorevina; 3) kao pravo koje uređuje odnose u međunarodnoj zajednici, 4) kao pravo koje uređuje odnose između država i drugih subjekata; 5) putem kompleksnog pristupa.“<sup>4</sup>

Pod *izvorima međunarodnog prava* „podrazumevaju se konkretne pravne forme putem kojih nastaju norme međunarodnog javnog prava“, a u pogledu pojedinačnih formalnih izvora prava, smatra se da član 38.(1) Statuta Međunarodnog suda pravde sadrži autoritativno navođenje formalnih izvora međunarodnog prava, gde spadaju: međunarodne konvencije - opšte ili posebne, međunarodni običaji, opšta pravna načela prihvaćena od strane prosvetljenih naroda, a pod određenim uslovima i sudske odluke i doktrine najpozvanijih stručnjaka javnog prava raznih naroda, kao pomoćno sredstvo za utvrđivanje pravnih pravila.<sup>5</sup> Kao što ćemo to objasniti u daljem tekstu, *samo deo od ovih nabrojanih formalnih izvora prava*, može pod određenim uslovima (što se u pogledu materijalnog krivičnog prava primarno tiče delovanja načela zakonitosti), da bude izvor krivičnog prava u okvirima pravnog sistema Srbije.

Zalaganje za primenu međunarodnog prava u domaćim pravnim sistemima danas predstavlja veoma upadljivu tendenciju, bilo da se radi o insistiranju ne primeni odgovarajućih „međunarodnih pravnih standarda“,<sup>6</sup>

<sup>3</sup> R.Etinski, *Međunarodno javno pravo*, „Službeni glasnik“ i Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 2010, 25.

<sup>4</sup> B.Krivokapić, *Aktuelni problemi međunarodnog prava*, „Službeni glasnik“, Beograd 2011, 21.

<sup>5</sup> M.Kreća, op.cit., 81.

<sup>6</sup> U nekim nacionalnim pravnim sistemima se od strane domaćeg pravosuđa ponekad ispoljava i izuzetno velika skepsa, pa i svojevrsna ignorancija u odnosu na primenu „međunarodnih pravnih standarda“. Interesantan je primer SAD, koje spadaju među malobrojne države sveta (uz na primer, Somaliju, koja je takođe, tek 9. maja 2002. godine pristupila ovoj Konvenciji), koje veoma dugo nisu ratifikovale Konvenciju UN o pravima deteta, a i kada se to konačno učinile, stavile su rezervu, na član 6 (5), zadržavajući pravo da primenjuju smrtnu kaznu i na lica mlađa od 18 godina. Do relativno nedavno je u čak 36 država članica federacije (SAD), postojala smrtna kazna i to kada se radilo o određenim teškim krivičnim delima, poput teškog ubistva, a kapitalna kazna je bila propisana i saveznim propisima, kada su bila u pitanju određena druga teška krivična dela (na primer, veleizdaja), uz mogućnost, koja je postojala u većini država koje su uopšte imale smrtnu kaznu u krivičnopravnom sistemu, da se ona izriče i maloletnicima. Minimalna starosna granica za izricanje i izvršenje smrtno kazne je u većini država SAD, bila između 10 i 18 godina. O ovome je autor ove monografije pisao u svojoj doktorskoj disertaciji – Delinkvencija dece i maloletnika – krivičnoprocesni i kriminalistički aspekti (odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, 24. marta 1999. godine). Sada je već bitno smanjen broj država SAD koje uopšte, imaju smrtnu kaznu u svom sistemu krivičnih sankcija, a polovinom prve decenije 21. veka, ona je potpuno ukinuta na celoj teritoriji SAD u odnosu na maloletnike. Naime, svojom odlukom donetom preglasavanjem (Roper v. Simmons), tako što je 5 sudija glasalo «za», a 4 «protiv», Vrhovni sud SAD je 1. marta 2005. godine, svojom prilično širokom interpretacijom ustavnopravnih normi, utvrdio da 8. i 14. Amandman na Ustav SAD, zabranjuju izvršenje smrtno kazne nad učiniocima koji u vreme izvršenja krivičnog dela, nisu imali 18 godina. Ovakva odluka Vrhovnog suda

bilo da je u pitanju ideja „neposredne primene normi međunarodnog prava“ u određenoj oblasti nacionalnog prava. Ovo pitanje je posebno osjetljivo u pogledu nacionalnog krivičnog prava, bilo da se radi o pravilima krivičnog postupka, bilo da je u pitanju materijalno krivično pravo.

U pogledu *krivičnoprocesnih odredbi*, osnovni problem se svodi na dva aspekta: 1) primena određenih međunarodnih procesnopravnih standarda u domaćem krivičnom postupku i 2) (ne)mogućnost da odluke nekih međunarodnih tela imaju značaj odgovarajućeg formalnog razloga za menjanje pravnosnažnih odluka domaćih krivičnih sudova.

Za *materijalno krivično pravo* je od posebne važnosti (ne)mogućnost neposredne primene u domaćem pravnom sistemu onih međunarodnopravnih normi kojima se propisuju određena (međunarodna) krivična dela, pri čemu je ovde od posebne važnosti shvatanje načela zakonitosti.

## 2. Evropska Konvencija o ljudskim pravima i praksa Evropskog suda za ljudska prava

Za našu državu je momentom prijema u Savet Evrope, izuzetno važna za pravni sistem uopšte, a posebno za krivični postupak u konkretnoj primeni, postala Evropska konvencija o ljudskim pravima (u daljem tekstu EKLjP), ali ne samo njen normativni sadržaj, koji je ipak relativno sumaran, već u određenoj meri i aktuelna, odnosno već stvorena, kao i buduća praksa Evropskog suda za ljudska prava u odnosu na određene pravne standarde utvrđene u EKLjP.

Inače, standardi propisani U EKLjP su tzv. minimalni standardi, što znači da svaka država koju ova konvencija obavezuje, može imati i znatno više standarde od onih iz konvencije, kao što je to na primer, u vezi našeg

---

SAD, zahvaljujući kojoj su 72 maloletnika u 12 država SAD, pošteđeni od izvršenja smrtne kazne, je imala prilično dugu i zanimljivu predistoriju. U SAD su decenijama postojali vrlo snažni otpori ukidanju smrtne kazne, kako uopšte, tako i u pogledu maloletnika. Vrhovni sud SAD je svega tri godine, pre svog «ukidanja» smrtne kazne maloletnicima, prilikom odlučivanja u slučaju Stanford v. Kentucky, zaključio da egzekucija 16-godišnjeg i 17-godišnjeg učinioca, nije zabranjena Ustavom SAD, ističući i da «ne postoji nacionalni konsenzus protiv smrtne kazne odnosu na maloletne učinioce.

Interesantna su i mišljenja pojedinih sudija Vrhovnog suda SAD, izražena prilikom odlučivanja u slučaju Roper v. Simmons. Tako je sudija Kenedi, koji je glasao protiv smrtne kazne tvrdio: «Retribucija nije proporcionalna kada je propisana pravom za najteža krivična dela, a odnosi se na one čija je uračunljivost ili sposobnost da se smatraju krivima, umanjena u suštinskom stepenu, usled mladosti i nezrelosti.» Međutim, u svojim izdvojenim mišljenjima, neke sudije su i prilično oštro napale mišljenje koje je tesno «pobedilo», pa je tako sudija O'Konor istakao da nije moguće tako jednostavno utvrditi razliku u zrelosti maloletnih i punoletnih lica, te već sam po sebi, uzrast nije dovoljan kriterijum za isključenje maloletnika od smrtne kazne, dok je sudija Skaila posebno oštro napao pozivanje na «neakve» međunarodne pravne standarde, kada je u pitanju problem smrtne kazne u odnosu na maloletnike u SAD, posebno ističući da tako nečem, kao relevantnom kriterijumu nema mesta prilikom odlučivanja u Vrhovnom sudu SAD. Preuzeto sa adrese: <http://www.deathpenaltyinfo.org/article.php>. Više o tome: M.Škulić, *Maloletničko krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Službeni glasnik“, Beograd 2011, 181 – 182.

krivičnog procesnog zakonodavstva, slučaj sa članom 7. stav 2. ZKP, kojim se omogućava da u sudovima na čijem području žive pripadnici nacionalnih manjina, u službenoj upotrebi u krivičnom postupku, budu i njihovi jezici i pisma, u skladu sa zakonom. Pored toga, kada je reč o zaštiti ljudskih prava uopšte, ukupni ekonomski nivo određene države koju EKLjP obavezuje, politički i drugi uslovi u kojima deluje njen pravni sistem, ne predstavljaju valjan razlog da se u njoj primenjuju niži standardi, nego u državama u kojima su takvi opšti uslovi na višem nivou, jer u oblasti poštovanja i zaštite ljudskih prava važi princip „prilagođavanja brzine *konvoja*, ne najsporijem – već najbržem brodu“.<sup>7</sup>

Evropska konvencija o ljudskim pravima je svakako najvažniji međunarodnopravni akt koji je donet u okvirima Saveta Evrope, ona važi kao prva pravno obavezujuća međunarodna kodifikacija o ljudskim pravima, a u njoj, uključujući i 13 dopunjujućih protokola, su utvrđene važne i takođe sa krivičnoprocesnog stanovišta, veoma značajne garancije, koje su za Evropu propisane kao minimalni krivičnoprocesni standardi.<sup>8</sup> Sa stanovišta krivičnog materijalnog i procesnog prava, EKLjP sadrži sledeće važne garancije:

- zabrana mučenja (član 3.),
- pravo na slobodu i bezbednost ličnosti (član 5.),
- pravo na pravičan krivični postupak (član 6. I),
- pretpostavka nevinosti (član 6. II),
- pravo na saslušanje bez odlaganja o prirodi i osnovama optužbe (član 6. III (a)),
- pravo na odbranu (član 6. III (c)),
- pravo na suočavanje sa svedocima koji terete okrivljenog (član 6. III (d)),
- načelo zakonitosti – *nulla poena sine lege* (član 7.),
- potpuna zabrana smrtne kazne (6. i 13. protokol).

Odredbe EKLjP koje se odnose na krivičnoprocesne garancije doživljavaju svoju primenu i u postupcima pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu (ESLjP), a pošto su njegove odluke obavezujuće za države članice Saveta Evrope, one imaju svoje indirektno ili direktno reperkusije i za nacionalna pravosuđa. Taj sud može utvrditi da je povređeno određeno pravo sadržano u EKLjP, a sam postupak pred njim se može započeti na dva načina – putem odgovarajućeg zahteva (žalbom) države,

<sup>7</sup> Tako, na primer, bez obzira što u nekoj zemlji možda nema dovoljno sredstava da se škole ili čak, bolnice na odgovarajući način greju, ili što je dobar deo stanovništva znatno osiromašen i ne može sebi da priušti dovoljno kvalitetnu hranu, nadležni organi su dužni u okviru pravnog sistema ispoštovati odgovarajuće standarde koji se odnose na grejanje i ishranu u ustanovama u kojima se izvršavaju krivične sankcije.

<sup>8</sup> H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, „Nomos“, Baden-Baden 2005, 142.

ili individualnom žalbom, ali Evropski sud za ljudska prava nudi samo supsidijarnu osnovnu pravnu zaštitu, jer on nije nekakva „superrevizionarna instanca“, a individualna žalba tom sudu koja ne mora biti u posebnoj formi, se može podneti tek nakon što se iscrpe sva odgovarajuća pravna sredstva na nacionalnom nivou.<sup>9</sup>

Nezavisno od vrste postupka (da li je pokrenut od strane države ili pojedinca), odluke ESLjP imaju samo „inter partes“ dejstvo, pa tako država članica (stranka) EKLjP može odlukom ESLjP biti obavezana da sanira povredu prava, nadoknadi štetu, te spreči istovetne povrede u budućnosti, a ESLjP može takođe, prema članu 41. EKLjP i samostalno da dosudi pravično obeštećenje, ako se nacionalnim pravom omogućava samo nepotpuno saniranje povrede.<sup>10</sup> Pored toga, odluke ESLjP *nemaju automatsko kasaciono dejstvo* u odnosu na neku krivičnu presudu, koja je već postala pravnosnažna, tako da radi omogućavanja dejstva odluka ovog suda, države članice moraju da propišu posebne procesne mehanizme, kao što je utvrđivanje posebnog razloga za ponavljanje krivičnog postupka radi otklanjanja povrede na koju svojom odlukom ukazuje ESLjP, odnosno ustanovljavanje drugih vrsta (vanrednih) pravnih lekova, čijom se primenom na nacionalnom nivou omogućava oživotvorenje odluke tog suda.

### **3. Dejstvo odluka i gledišta nekih međunarodnih tela na krivičnoprocesni sistem Republike Srbije**

Postavlja se pitanje da li određeni opšti pravni akti međunarodnog karaktera ili čak određeni pojedinačni pravni akti nekih oblika međunarodnog pravosuđa, odnosno akti drugih međunarodnih organa koji nemaju sudski karakter, proizvode određeno pravno dejstvo na naš krivičnoprocesni sistem. Pored toga, postavljaju se i dva sledeća osnovna pitanja: *prvo* i *preliminarno* – da li se određene odluke i stavovi nekih međunarodnih organa i tela uopšte mogu smatrati izvorima prava i *drugo* – uslovljeno stavom u odnosu na prvo pitanje – ako takve odluke i stavovi mogu da budu smatrani izvorima prava, da li u našem normativnom ambijentu, uopšte postoje određeni procesni i pravni mehanizmi koji bi omogućavali primenu tih međunarodnih izvora prava.<sup>11</sup>

Određeni međunarodnopravni akti takođe imaju jak pravni efekat na krivičnoprocesno zakonodavstvo, ali po pravilu, ne kao direktni izvori krivičnog procesnog prava, već indirektno, tako što se ratifikujućim mehaniz-

<sup>9</sup> *Ibid.*, 143.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> Više o tome: M.Škulić, "Dejstvo odluka i gledišta nekih međunarodnih tela na krivičnoprocesni sistem Republike Srbije", „Pravni život“, broj 9, Tom I, Beograd 2006, 731 – 756.

mima ili na drugi način implementiraju u nacionalne zakonske propise, ili čak u nekoj meri utiču na sudsku praksu. To je posebno karakteristično za Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, ali i za praksu Evropskog suda za ljudska prava, čemu će u daljem tekstu biti posvećena posebna pažnja. I drugi ratifikovani bilateralni i multilateralni ugovori imaju obavezujuće dejstvo za našu zemlju, ali takođe ne u formi direktne primene, već po pravilu posredstvom odgovarajućih upućujućih odredbi samog Zakonika o krivičnom postupku, odnosno drugih zakona. Saglasno Ustavnoj povelji, bila je dozvoljena i direktna primena međunarodnog prava, ali to po pravilu, u najvećem broju slučajeva, uopšte nije moguće ili bar nije adekvatno, usled određenih jezičkih razlika, upotrebe drugačijih krivičnoprocesnih termina, drugačijih pravila o nadležnosti i drugih sličnih inkompatibilnosti sa nacionalnim zakonodavstvom, a nakon prestanka postojanja Državne zajednice takva primena ni formalno više nije bila moguća, ali određene mogućnosti sada nastaju saglasno novom Ustavu Republike Srbije.

Prema članu 16. stav 2. novog Ustava Republike Srbije opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju, a potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu sa Ustavom. Kada je reč o odlukama i gledištima određenih međunarodnih tela, na njih se odnose određeni ratifikovani međunarodni ugovori na temelju kojih su ta tela nastala. Mada je neposredna primena takvih odredbi garantovana Ustavom, ona u stvari, po pravilu zahteva i određene pravne mehanizme, tj. pre svega, adekvatna procesna pravila. Naime, bez odgovarajućih procesnih pravila nije moguće efektivno ispoštovati određene zahteve koji proizlaze bilo iz potvrđenih međunarodnih ugovora, bilo iz odluka ili gledišta organa, tj. tela, nastalih na osnovu odredbi takvih ugovora. Pored toga, iako je teško zamisliti da bi neko međunarodno telo moglo da deluje samo na osnovu opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i to se u jednom čisto teorijskom smislu može razmatrati. Smatramo pomalo ne-logičnim to što su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava svrstana u formalne izvore prava u našem pravnom sistemu, jer to neopravdano otvara prostor za ne uvek precizna tumačenja o tome da li se određena norma i u kom obimu može smatrati opšteprihvaćenim međunarodnim pravilom, a u svakom slučaju može biti veoma sporno i ko će biti vlasnik da daje takva tumačenja i sa kakvim autoritetom on to može činiti. To bi možda mogao da bude Ustavni sud, ali bi to takođe zahtevalo posebnu proceduru, a da pri tom nije ni izvesno sa načelnog stanovišta, koliko bi moglo biti opravdano da organ jedne države, pa makar to bio i najviši domaći sudski autoritet u odnosu na pitanje ustavnosti, odlučuje o tome

da li neko pravilo ima svojstvo norme koja se može smatrati opštoprihvaćenim međunarodnim pravom.

S druge strane, nije jasno ni zašto bi na početku 21. veka, kada postoje čitavi korpusi međunarodnopravnih ugovornih pravila, bilo potrebno pozivanje na tako *maglovit pojam*, kao što su to „opštoprihvaćena pravila međunarodnog prava“. Naime, sva ona pravila koja su u nekim ranim periodima razvoja međunarodnog prava, mogla biti smatrana opštoprihvaćenim, uveliko su i formalno postala pravila međunarodnog ugovornog prava, a novi međunarodni odnosi stvaraju mogućnost da se buduća regulativa relativno brzo unese u nove međunarodne ugovore i bez potrebe da takve norme prethodno budu tretirane kao deo korpusa „opštoprihvaćenog međunarodnog prava“, kao prilično neodređenog pojma. Pored toga, nije jasno, a to u praksi može biti i veoma problematično, te otvarati prostora za vrlo široka tumačenja na ivici legaliteta, zašto se *ne zahteva* (član 16. stav 2. Ustava), da i opštoprihvaćena pravila međunarodnog prava za koja se navodi da su sastavni deo našeg unutrašnjeg pravnog poretka, *moraju biti u saglasnosti s Ustavom*, kao što se to opravdano čini u odnosu na potvrđene međunarodne ugovore. U Ustavu se ovo pitanje bolje rešava u članu 145. koji ima konkretniji značaj, jer se direktno odnosi na formalne izvore prava iz kojih izvire sudske odluke. Prema članu 145. stav 2. sudske odluke se zasnivaju na Ustavu, zakonu, potvrđenom međunarodnom ugovoru i propisu donetom na osnovu zakona. To znači da se sudska odluka ne može zasnivati na nekom „opštoprihvaćenom pravilu međunarodnog prava“ i to je, baš zbog prethodno pomenutih opasnosti od širokog i potencijalno arbitrnog tumačenja, veoma dobro rešenje koje je potpuno u skladu sa interesima ne samo legaliteta, već i pravne sigurnosti, tako da te odredbe u bitnoj meri saniraju moguće probleme koji bi proizašli iz potencijalno preširokog tumačenja jednog u osnovi veoma neodređenog pojma, kao što su „opštoprihvaćena pravila međunarodnog prava“.

Ovom prilikom ćemo se prvenstveno fokusirati na dve vrste međunarodnih subjekata: 1) *međunarodna tela koja nisu sudskog karaktera*, gde spadaju neki komiteti UN, te 2) *međunarodne pravosudne organe*, odnosno organe koji su po svojoj pravnoj prirodi sudski i tu ćemo pre svega, analizirati moguće pravno dejstvo odluka Evropskog suda za ljudska prava na domaći pravni poredak.

### 3.1. Komiteti Ujedinjenih nacija

U komitete UN osnovane radi praćenja poštovanja odgovarajućih konvencija spadaju:<sup>12</sup> Komitet za zaštitu ekonomskih, socijalnih i kulturnih

<sup>12</sup> Više o tome na Internet adresi: [http://www.un.or.th/ohchr/hrs/treaty\\_Bodies.htm](http://www.un.or.th/ohchr/hrs/treaty_Bodies.htm).



prava (CESCR), Komitet za ljudska prava (HRC), Komitet za eliminisanje rasne diskriminacije (CERD), Komitet protiv torture i drugih surovosti, nehumanog i ponižavajućeg tretmana ili kažnjavanja (CAT), Komitet za eliminisanje diskriminacije žena (CEDAV), Komitet za zaštitu prava dece (CRC), te Komitet za zaštitu prava radnika imigranata (CMW). U ovom radu ćemo posebnu pažnju pokloniti jednom od značajnijih komiteta ove vrste – Komitetu za ljudska prava, a sa stanovišta mogućeg krivičnoprocesnog dejstva određenih aktivnosti ovih komiteta, pored navedenog Komiteta za ljudska prava, poseban značaj ima Komitet protiv torture i drugih surovosti, nehumanog i ponižavajućeg tretmana ili kažnjavanja.

Komitet za ljudska prava predstavlja nezavisno ekspertsko telo,<sup>13</sup> osnovano u cilju nadzora nad poštovanjem i primenom odredbi Pakta o građanskim i političkim pravima Ujedinjenih Nacija. Prvim fakultativnim protokolom uz Pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine, ustanovljena je posebna funkcija Komiteta za ljudska prava u odnosu na primanje i razmatranje predstavki pojedinaca. Ova nadležnost je fakultativne prirode, što znači da svaka država članica Pakta slobodno odlučuje da li će ratifikovati taj dodatni protokol i time omogućiti da i njeni državljani upućuju svoje predstavke ovom Komitetu. Prema članu 1. Fakultativnog protokola, Komitet za ljudska prava nadležan je da prima i razmatra predstavke pojedinaca koji spadaju pod njegovu nadležnost i u kojima se tvrdi da su oni žrtve kršenja nekog prava navedenog u Paktu od strane države ugovornice. Komitet neće primati saopštenja koja se tiču države ugovornice Pakta, koja nije stranka Fakultativnog protokola.

Nakon završenog razmatranja predstavke određenog pojedinca, kada su za to ispunjeni prethodno objašnjeni uslovi, Komitet usvaja svoja *gledišta (views)*, koja imaju oblik sličan obliku sudske presude i sadrže stav o meritornim pitanjima koja su bila predmet predstavke, odnosno kojima se utvrđuje da li je i koja odredba Pakta povređena, te šta Komitet očekuje da država učini, da bi se postigla puna saglasnost sa odredbama Pakta. Pored ovoga, Komitet donosi i svoje odluke (*decisions*), koje se objavljuju u godišnjem izveštaju koji Komitet podnosi Generalnoj skupštini UN. Odluke Komiteta *nisu pravno obavezujuće*, niti postoji organ koji bi imao ovlašćenja da takve odluke sprovodi, a Komitet jedino može imenovati specijalnog izvestioca sa zadatkom nadgledanja mera koje država sprovodi radi poštovanja stavova Komiteta. Primeri iz prakse u odnosu na postupanje država

<sup>13</sup> Radi se o telu koje nije striktno sudskog karaktera, kako zbog načina svog nastanka i organizacije rada, tako i zbog pravila da međunarodni oblici pravosuđa nastaju na drugačiji pravni način, ali sam Komitet u nekim svojim aspektima asocira na sudsko delovanje, mada ni on sam, nema pretenzije da vrši sudsku vlast, jer bi to bilo suprotno i odredbama na kojima temelji svoje postojanje.

prema gledištima ili odlukama Komiteta su različiti. Neke države iznalaze ili već poseduju odgovarajuće pravne mehanizme za poštovanje gledišta i odluka Komiteta, a u drugima je postupak različit od slučaja do slučaja, ili se državni organi čak potpuno oglašuju o odluke Komiteta.

Iznećemo jedan broj *karakterističnih primera odnosa država*, odnosno njihovih nadležnih organa prema gledištima Komiteta za ljudska prava:

1) Neke države, odnosno njihovi nadležni organi, posebno ističu da **stavovi Komiteta nemaju pravnu snagu**. Takav je slučaj na primer sa Korejom<sup>14</sup> čiji je Vrhovni sud u jednom slučaju odlučio na sledeći način:<sup>15</sup> U dokumentu se navodi da je 26. marta 1999. godine Vrhovni sud doneo odluku da država nije u obavezi da obezbedi naknadu štete podnosiocu predstavke, na osnovu Državnog zakona o naknadi štete, a u vezi sa tužbom koju je on podneo protiv države koja je zasnovana na Stavovima Komiteta, s obzirom na to da Stavovi nisu pravno obavezujući i da nema dokaza da su državni službenici s namerom ili iz nepažnje naneli štetu podnosiocu predstavke tokom istrage ili sudskog postupka. Sličan slučaj postoji i u Kanadi,<sup>16</sup> kada je Sud doneo odgovarajuću odluku, navodeći da to čini – „uprkos neobavezujućoj prirodi zahteva za privremenim merama“. Primer ovakve vrste postoji i u Rusiji,<sup>17</sup> kada je odgovarajući državni organ naveo: „Stav države potpisnice jeste da je već ustanovljeno da Komitet nije sud i da njegovi stavovi imaju samo snagu preporuka.“

2) Postoje države koje izričito, odnosno bez neke posebne rezerve ili oklevanja, jednostavno tvrde da **ne prihvataju stavove Komiteta**.

U jednom svom odgovoru Komitetu,<sup>18</sup> *Australija* je kao država potpisnica *inter alia* zaključila da ne prihvata Stavove Komiteta da je povređen član 26. i stoga odbacila zaključak da podnosilac predstavke ima pravo na delotvoran pravni lek, i ista država je u jednom drugom slučaju,<sup>19</sup> navela da ona kao država potpisnica ne prihvata Stav Komiteta da je Australija povredila član 9. stav 4. Pakta, niti je mišljenja da podnosioci predstavki imaju pravo na delotvoran pravni lek. Zatim je Australija u još jednom slučaju,<sup>20</sup> navela sledeće: „Što se tiče Stava da je država potpisnica povredila član 9., stav 4., kada su u pitanju gospođa Baktijari (*Bakhtiyari*) i njena deca, država potpisnica ne prihvata Stavove Komiteta.“ U *Austriji* je u

<sup>14</sup> U pitanju je Južna Koreja.

<sup>15</sup> Slučaj JongKyu Sohn, 518/1992.

<sup>16</sup> Slučaj Mansour Ahani, 1051/2002.

<sup>17</sup> Slučaj Gridin, 770/1997.

<sup>18</sup> Slučaj Young, 941/2000.

<sup>19</sup> Slučaj Baban, 1014/2001.

<sup>20</sup> Slučaj Bakhtiyari, 1069/2002.

jednom slučaju,<sup>21</sup> Vrhovni sud prihvatio zahtev podnosioca predstavke za podnošenje neblagovremene žalbe, ali je nakon toga i odbacuje na osnovu razloga koji se tiču merituma presude, obrazlažući da, kako se navodi u poslednjoj rečenici, „Vrhovni sud stoga ne vidi razloga za sumnju u ustavnost primene Ugovora o ekstradiciji između Austrije i Sjedinjenih Američkih Država.“ *Belorusija* je u jednom slučaju izričito odbila stav Komiteta, pri čemu se u odluci nadležnog organa ističe<sup>22</sup>: „Nadležni organi preispitali su odluku kojom je sud u slučaju Kričevsku kaznio podnosioca predstavke i došli do zaključka da je odluka adekvatna. Vrhovni sud razmatrao je Stavove Komiteta, ali nije pronađen osnov za ponovno otvaranje slučaja (ponavljanje postupka). Odgovornost podnosioca predstavke ne vezuje se za izražavanje sopstvenih političkih Stavova, već za njegov javni poziv na bojkot lokalnih izbora. Takvim pozivom se vrši pritisak na svest, volju i ponašanje pojedinaca u cilju da se navedu na izvršavanje određenih radnji ili na uzdržavanje od činjenja određenih radnji. Shodno tome, država potpisnica donosi zaključak da se ne može složiti sa Stavovima Komiteta da je podnosilac predstavke žrtva kršenja člana 19., stava 2. Pakta.“ Slično je postupila i *Kanada*,<sup>23</sup> kada je u jednoj odluci njenog nadležnog organa konstatovano: „Država potpisnica osporava Stavove Komiteta i navodi da nisu povređene obaveze predviđene Paktom. Deportovanje podnosioca predstavke, za vreme dok Komitet razmatra slučaj, ne predstavlja povredu obaveza države, s obzirom da ni zahtevi za privremenim merama niti Stavovi Komiteta nisu pravno obavezujući po državu potpisnicu“, da bi zatim bilo istaknuto: „Iz prethodno navedenih razloga, država potpisnica ne prihvata da je potrebno sprovede bilo kakvu naknadu štete podnosiocu predstavke niti da je u obavezi da preduzme dalje korake u vezi sa ovim slučajem.“ I *Holandija* je u jednom slučaju odbila stavove Komiteta:<sup>24</sup> navodeći da država potpisnica ne može da razume, odnosno prihvati razloge na osnovu kojih je Komitet doneo drugačiji zaključak u odnosu na odluku njenog (domaćeg) suda. U svom odgovoru u ovom slučaju, ova država još navodi: „Iako prepoznaje važnost pojedinačnih žalbenih postupaka i ozbiljnosti odluka Komiteta, država potpisnica osporava odluku u ovom slučaju.“

U jednom slučaju je *Rusija* ocenila da je neosnovan stav Komiteta da je ona,<sup>25</sup> kao država potpisnica, tj. njen nadležni organ, povredio član 10. stav 1. Pakta i time praktično, kako faktički, tako i formalno, izrazila ne-

<sup>21</sup> Slučaj Weiss, 1086/2002.

<sup>22</sup> Slučaj Svetik, 927/2000.

<sup>23</sup> Slučaj Mansour Ahani, 1051/2002.

<sup>24</sup> Slučaj Derksen, 976/2001.

<sup>25</sup> Slučaj Smirnov, 712/1996.

prihvatanje stava Komitet, a u jednom drugom već citiranom slučaju,<sup>26</sup> odnosno svom odgovoru Komitetu, Rusija kao država potpisnica navodi da je Vrhovni sud razmatrao stav Komiteta, ali da je, čak i posle drugog razmatranja slučaja, došao do zaključka da su argumenti na kojima počiva odluka Komiteta neosnovani. *Ukrajina* je takođe u jednom slučaju,<sup>27</sup> jednostavno zaključila da „u datim okolnostima, država potpisnica tvrdi da nema osnova za promenu odluka nadležnih sudskih organa.“

3) Neke države su **odbijale stavove Komiteta, pozivajući se da je u pitanju pravnosnažno presuđenja stvar – *res iudicata***, što onemogućava promenu vrste i sadržine takve sudske odluke.

Tako je Koreja u jednom slučaju,<sup>28</sup> navela: „Vlada države potpisnice je pomilovala podnosioca predstavke 15. avgusta 2000. godine. S obzirom da je lice oglašeno krivim u redovnom postupku, podnosilac predstavke nema pravo na naknadu po osnovu zakona o naknadi štete. Podnosiocu predstavke ne može biti vraćena slika s obzirom da je ista bila oduzeta u skladu sa pravilima i praksom Vrhovnog suda. Iako je pomilovan, to nije imalo uticaja na oduzimanje slike, u skladu sa članom 5. stavom 2. Zakona o pomilovanju „posledice ranijeg kažnjavanja ne mogu se izmeniti pomilovanjem, kao što su ublažavanje kazne ili rehabilitacija“. Ista država je u jednom drugom slučaju navela:<sup>29</sup> „S obzirom da je podnosilac zahteva oglašen krivim zbog povrede Nacionalnog zakona o bezbednosti, on nema pravo na naknadu štete od strane države na osnovu tog zakona, osim u slučaju da bude oslobođen svih optužbi u ponovljenom krivičnom postupku.“ U odgovoru koji se odnosi na ovaj slučaj se još navodi da s obzirom da su istraga i krivični postupak vođeni u skladu sa zakonom, kao i zbog činjenice da nema dokaza koji ukazuju da su državni službenici naneli štetu podnosiocu predstavke s namerom ili iz nepažnje, on ne može da traži naknadu štete pozivajući se na Državni zakon o naknadi štete. Koreja se u još jednom slučaju pozvala na okolnost da se radi o pravnosnažno presuđenoj stvari, kada je navela:<sup>30</sup> „S obzirom da je podnosilac predstavke oglašen krivim zbog povrede Zakona o poravnanju u radnim sporovima, on nema pravo na naknadu štete od države po osnovu Zakona o naknadi štete u krivičnopravnoj materiji, osim u slučaju da bude oslobođen svih optužbi u ponavljenom krivičnom postupku.“

Princip *ne bis in idem* se u odgovoru država na gledišta Komiteta u nekim situacijama neposredno povezuje i sa stavom da jedino vrsta i sa-

<sup>26</sup> Slučaj Gridin, 770/1997.

<sup>27</sup> Slučaj A. Aliev, 781/1997.

<sup>28</sup> Slučaj Shin, 926/2000.

<sup>29</sup> Slučaj KeunTae Kim, 574/1999.

<sup>30</sup> Slučaj JongKyu Sohn, 518/1992.

držaj pravnosnažne odluke donete u okvirima nacionalnog pravnog sistema, mogu uticati na druge pravne mogućnosti lica na koja se odluka odnosi: Tako su jednom slučaju postupili *Filipini*, kada je u odgovoru države navedeno:<sup>31</sup> „Što se tiče preporuke Komiteta o naknadi štete, država potpisnica smatra da odgovornost za protivpravno lišenje slobode zavisi od toga da li je okrivljeni oslobođen u krivičnom postupku.“ *Šri Lanka* u jednom slučaju iznosi:<sup>32</sup> „U odnosu na zahtev Komiteta u datom slučaju, država potpisnica smatra da Ustav Šri Lanke i opšte važeći pravni sistem ne predviđaju slučaj oslobađanja, ponovnog suđenja i isplate naknade osuđenom licu, nakon što je osuđujuću presudu potvrdio Vrhovni sud. Ista država navodi dalje u odnosu na isti slučaj: „Ustav samo omogućava predsedniku da pomiluje lice ili odloži izvršenje presude, ali ne daje i ovlašćenja predsedniku da opozove presudu donetu od strane nadležnog suda.“ Ova država je zatim, u istom slučaju posebno insistirala na nemogućnosti da se aktima izvršnih vlasti menjaju pravnosnažne odluke sudova, navodeći da bi – „Preduzimanje takvih koraka bilo bi u suprotnosti sa Ustavom i bilo bi praktično jednako mešanju u nezavisnost sudstva.“ Dajući opšte informacije o svojim stavovima u odnosu na odluke i gledišta komiteta, *Španija* je iznela svoj načelni stav da nijedna odredba Pakta ne može obavezati državu potpisnicu da izmeni već izvršenu presudu zato što bi time povredila princip *res judicata*.<sup>33</sup>

4) Neke države odbijaju stavove Komiteta ili ih samo delimično prihvataju, pozivajući se na **nepostojanje odgovarajućih pravnih mehanizama** u njihovom pravnom sistemu, odnosno na druge načine istakle da ne mogu ispoštovati odluke Komiteta ili da će ih ispoštovati na neki drugi mogući način.

*Filipini* u jednom slučaju navode da je insistiranjem da država potpisnica obezbedi podnosiocu žalbe pun iznos naknade štete na koju on ima pravo, „Komitet je prekoračio svoju nadležnost i prouzrokovao veliku nepravdu državi potpisnici.“<sup>34</sup> *Kanada* u jednom slučaju ističe:<sup>35</sup> „Uprkos neobavezujućoj prirodi zahteva za privremenim merama, država potpisnica uverava Komitet da ih uvek, kao i u ovom slučaju, pažljivo razmatra i da će ih usvojiti gde god je to moguće. Ovakav pristup ne treba ni u kom slučaju protumačiti u smislu da će Kanada smanjiti stepen poštovanja i zaštite ljudskih prava ili obim saradnje s Komitetom. Odluka o zahtevu za privremenim merama biće rešavana od slučaja do slučaja.“

<sup>31</sup> Slučaj Cagas, 788/1997.

<sup>32</sup> Slučaj Nallaratnam Singarasa, 1033/2001.

<sup>33</sup> Više o tome na Internet adresi: [http://www.un.or.th/ohchr/hrs/treaty\\_Bodies.htm](http://www.un.or.th/ohchr/hrs/treaty_Bodies.htm).

<sup>34</sup> Slučaj Wilson, 868/1999.

<sup>35</sup> Slučaj Mansour Ahani, 1051/2002.

Republika *Češka* se u jednom slučaju poziva na vremensko dejstvo odredbi Pakta, te navodi:<sup>36</sup> „Međutim, takve mere preduzete su mnogo pre nego što su Pakt i Fakultativni protokol stupili na snagu, te su stoga izvan nadležnosti Komiteta.“ U jednom slučaju *Koreja* se pozvala na potrebu razmatranja prakse drugih nacionalnih pravnih sistema:<sup>37</sup> „Uzimajući u obzir ova pravna ograničenja prilikom primene Stavova Komiteta, Ministarstvo pravde sada razmatra praksu i postupke drugih država kako bi primenila Stavove, sa namerom da uvede delotvorne mehanizme sprovođenja istih u budućnosti.“

Neke države se ograničavaju samo na objavljivanje stavova Komiteta ili vrše njihovo objavljivanje u sklopu ukupnog rešavanja spornog pitanja. Tako su postupali: *Austrija*,<sup>38</sup> kao i *Češka* koja u odgovoru koji se odnosi na jedan prethodno već citirani slučaj navodi:<sup>39</sup> „26. jula 2005. godine država potpisnica je obavestila Komitet da su Stavovi objavljeni na veb sajtu Ministarstva pravde u proleće 2003.“

Iz navedenih primera proizlazi da *mnoge države ne prihvataju stavove i odluke Komiteta UN za ljudska prava*, pozivajući se na različite pravne osnove takvog neprihvatanja ili kombinujući više pravnih osnova za negativan stav u odnosu na stavove i odluke ovog Komiteta, odnosno za davanje prednosti pravnosnažnim odlukama nacionalnog pravosuđa a što se slično odnosi i na druge odgovarajuće komitete UN. Kao što se može videti iz drugih primera, kada države nastoje da u većoj meri ispoštuju stavove Komiteta UN za ljudska prava, one i kada stavovima i odlukama tog Komiteta daju određeni značaj, njega ne određuju kao čisto pravni, već više iz nekih pragmatičnih političkih razloga nastoje da u razumnoj meri uvažavaju određene stavove Komiteta i pri tom, strogo vodeći računa o primeni relevantnih pravila sopstvenog pravnog sistema. Takav stav država proizlazi iz same pravne prirode ovog Komiteta i drugih komiteta UN, čiji stavovi nisu konkretno pravno obavezujući, odnosno kako se to u literaturi za odluke komiteta UN konstatuje – one „nisu izvršni naslovi i žrtva povrede ne može da se na njih neposredno poziva“.<sup>40</sup> Takođe se ističe: „mišljenja međunarodnih organa obavezna su za državu načelno i u celini, kao subjekta međunarodnog prava.“

Da bi odluka međunarodnog organa imala posledicu, država mora na

<sup>36</sup> Slučaj *Pezoldova*, 757/1997.

<sup>37</sup> Slučaj *Shin*, 926/2000.

<sup>38</sup> Slučaj *Perterer*, Paul, 1015/2001.

<sup>39</sup> Slučaj *Pezoldova*, 757/1997.

<sup>40</sup> V. Dimitrijević i M. Paunović u saradnji sa V. Đerićem, *Ljudska prava*, „Beogradski centar za ljudska prava“ & „Dosije“, Beograd, 1997, 144.

osnovu nje da preduzme mere po svom izboru, na koje odluka ukazuje samo na opšti način.<sup>41</sup> Drugim rečima, država bi morala da u svom pravnom sistemu poseduje pravne standarde sadržane u konvencijama koje je ratifikovala, ali ona ne mora automatski i naročito, ne mora na način koji bi bio sličan poštovanju odluka kasacionih sudova u nacionalnim pravnim sistemima, ispoštovati konkretan stav, pa ni odluku komiteta UN koji deluju u okviru konkretnih konvencija i njihovih protokola. Država u svakoj pojedinoj situaciji konkretno određuje u odnosu na takve stavove i odluke, te na način koji smatra celishodnim to pitanje rešava odgovarajućim pravnim mehanizmima svog zakonodavstva i što je posebno važno – država uvek ima mogućnost izbora rešenja, koje u konkretnom slučaju smatra adekvatnim. U opštem smislu, ovde se radi o jednom obliku ispoljavanja državne suverenosti.

### **3.2. Evropska Konvencija o ljudskim pravima i uticaj prakse Evropskog suda za ljudska prava**

Nezavisno od vrste postupka (da li je pokrenut od strane države ili pojedinca), odluke ESLjP imaju samo *inter partes* dejstvo, pa tako država članica (stranka) EKLjP može odlukom ESLjP biti obavezana da sanira povredu prava, nadoknadi štetu, te spreči istovetne povrede u budućnosti, a ESLjP može takođe, prema članu 41. EKLjP i samostalno da dosudi pravično obeštećenje, ako se nacionalnim pravom omogućava samo nepotpuno saniranje povrede.

Pored toga, odluke ESLjP *nemaju automatsko kasaciono dejstvo* u odnosu na neku krivičnu presudu, koja je već postala pravnosnažna, tako da radi omogućavanja dejstva odluka ovog suda, države članice moraju da propišu posebne procesne mehanizme, kao što je utvrđivanje posebnog razloga za ponavljanje krivičnog postupka radi otklanjanja povrede na koju svojom odlukom ukazuje ESLjP, odnosno ustanovljavanje drugih vrsta (vanrednih) pravnih lekova, čijom se primenom na nacionalnom nivou omogućava oživotvorenje odluke tog suda.<sup>42</sup>

## **4. Osnovni mehanizmi u krivičnom procesnom pravu Srbije u odnosu na odluke i stavove međunarodnih tela**

Osnovni procesni i pravni mehanizma u krivičnoprocesnom sistemu Srbije u odnosu na odluke i stavove određenih međunarodnih organa,

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> Više o tome: M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Službeni glasnik“, Beograd 2011, 36.

mogu da se posmatraju, kako u pogledu odluka određenih komiteta UN, tako i u pogledu odluka Suda za ljudska prava u Strazburu.

Kao što je prethodno objašnjeno, odluke komiteta UN, nemaju poseban direktni značaj, već njima samo eventualno može u najširem smislu inicirati proveravanje (ne)postojanja nekog od opštih razloga za ulaganje određenog vanrednog pravnog leka, dok je situacija drugačija u pogledu odluka Evropskog suda za ljudska prava, odnosno uopšte, određenog oblika međunarodnog suda, pri čemu se u izvesnoj meri razlikuju rešenja koja su propisana još uvek važećim Zakonikom o krivičnom postupku Srbije iz 2001. godine i novim Zakonikom o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine, čija je primena već otpočela u pogledu krivičnih dela koja spadaju u organizovani kriminal i druga tzv. posebno teška krivična dela, a početak primene u pogledu ostalih krivičnih dela je odložen za 15. januar 2013. godine.

#### **4.1. Pravila sadržana u Zakoniku o krivičnom postupku Srbije iz 2001. godine**

Odluka relevantnog međunarodnog suda, kojom su utvrđene povrede određenih prava okrivljenog u krivičnom postupku koji je rezultirao pravnosnažnom osuđujućom presudom, *nema automatsko kasaciono dejstvo*. To znači da učinjene povrede prava osuđenog u krivičnom postupku, koje su takvim odlukama, tj. odlukama međunarodnog suda utvrđene, imaju značaj koji je formalno i pravno-tehnički izjednačen sa značajem *relativno bitnih povreda* odredaba krivičnog postupka. Odredbe koje se odnose na ponavljanje krivičnog postupka shodno se primenjuju i kad je podnesen zahtev za izmenu pravnosnažne sudske odluke zbog povrede prava osuđenog u krivičnom postupku, koja je utvrđena odlukom međunarodnog suda, u skladu sa potvrđenim međunarodnim ugovorom, a povreda je bila od uticaja na zakonito i pravilno donošenje presude (član 414). Ovde je dakle, potrebno da se kumulativno ispune sledeći uslovi: 1) *postojanje formalne odluke određenog međunarodnog sudskog autoriteta* – da je odlukom određenog međunarodnog suda nastalog ratifikovanim međunarodnim ugovorom, utvrđeno da su u toku krivičnog postupka kršena osnovna ljudska prava i osnovne slobode, te 2) *postojanje kauzaliteta između učinjene povrede i donesene sudske odluke* – da je sudska odluka zasnovana na takvom kršenju.

Sličan razlog za ponavljanje krivičnog postupka, onome koji postoji u našem Zakoniku o krivičnom postupku, egzistira u nemačkom krivičnom



postupku, u kojem je inače, za razliku od naše zemlje,<sup>43</sup> ponavljanje krivičnog postupka, moguće, kako u korist, tako i na štetu okrivljenog. Bez obzira što je Nemačka rano pristupila Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, te omogućila da njene odredbe budu smatrane unutrašnjim pravom, koje se može direktno primenjivati u krivičnom postupku, to ipak nije proizvelo odgovarajuće praktične konsekvence, sve dok nije došlo do određenih promena u nacionalnom pravnom sistemu. S jedne strane, povreda određenog prava iz Konvencije nije mogla da u Nemačkoj bude neposredni razlog za ustavnu žalbu,<sup>44</sup> dok s druge strane, sve dok u nemačko krivično procesno pravo nije unesen poseban razlog za ponavljanje krivičnog postupka, koji se odnosi na odluku Evropskog suda za ljudska prava, bila je isključena i takva mogućnost.<sup>45</sup>

Prema tački 6 § 359 Zakonika o krivičnom postupku Nemačke (StPO), jedan od razloga za ponavljanje krivičnog postupka postoji i kada Evropski sud za ljudska prava utvrdi povredu Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda ili njenih protokola i da je presuda zasnovana na toj povredi. Ovaj razlog može da dovede do ponavljanja krivičnog postupka samo u korist okrivljenog.<sup>46</sup> Pored toga, slično kao što bi to trebalo da važi i za naš novi krivični postupak, u nemačkoj praksi,<sup>47</sup> ali i u krivičnoprocenoj teoriji, ističe se da ovako formulisan razlog za ponavljanje krivičnog postupka, nikako ne znači da postoji *zakonska pretpostavka kauzaliteta* između određene povrede nekog procesnog osnovnog prava u smislu Evropske konvencije i pravnosnažne presude.<sup>48</sup> Naime, kako se to navodi u nemačkoj doktrini, za ponavljanje krivičnog postupka je potrebno, ne samo da Evropski sud za ljudska prava utvrdi da je učinjena povreda određenog osnovnog prava, već je potreban i sledeći uslov – da je presuda doneta u krivičnom postupku, zasnovana na toj povredi.<sup>49</sup>

Stavovi i odluke Komiteta Ujedinjenih nacija u odnosu na koje je naša zemlja prihvatila mogućnost podnošenja individualnih predstavki, a isto važi i za odluke Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu, *ne mogu direktno i formalno uticati na pravnosnažno okončane krivične postupke*

<sup>43</sup> Uporedi: Đ. Lazin, "Načelo *ne bis in idem* u krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije, rad u zborniku sa međunarodnog naučnog skupa" – Krivično procesno zakonodavstvo u jugoistočnoj Evropi i standardi Evropske Unije i Saveta Evrope, 158–159.

<sup>44</sup> BverfGE, 64, 135, 157.

<sup>45</sup> G. Pfeiffer, (Hrsg), deo koji je pisao W. Schmidt, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5., neu bearbeitete Auflage, „Verlag C. H. Beck“, München 2003, 1864–1865.

<sup>46</sup> G. Pfeiffer, (Hrsg), deo koji je pisao W. Schmidt, op. cit., 1865.

<sup>47</sup> OLG Stuttgart NSZ-RR 2000, 244.

<sup>48</sup> G. Pfeiffer, (Hrsg), deo koji je pisao W. Schmidt, 1865.

<sup>49</sup> Kleinknecht/Meyer-Goßner, *Strafprozeßordnung mit GVG und Nebengesetzen*, 44., neubearbeitete Auflage, „Verlag C. H. Beck“, München 1999, 1157.

u Srbiji. To formalno nije moguće, kako zbog dejstva principa *ne bis in idem* i načelnog autoriteta pravnosnažne sudske odluke u pravnoj državi, tako i usled činjenice da u samim izvorima prava po kojima postupaju ta međunarodna tela, nije propisano da su njihove odluke i stavovi formalno obavezujući, niti postoji mehanizam njihove direktne primene. S druge strane, određeni stav ili odluka takvog Komiteta, može biti osnov za podnošenje određenih vanrednih pravnih lekova, a pre svega, zahteva za ponavljanje krivičnog postupka, odnosno zahteva za zaštitu zakonitosti, koji se mogu podneti u korist osuđenog lica. Međutim, to apsolutno nije moguće po automatizmu, već bi bilo potrebno da nadležni sud proceni da je odluka, odnosno stav, takvog međunarodnog tela, određena nova činjenica koja bi mogla dovesti do ponavljanja postupka, odnosno da se time ukazuje na povredu određenog zakona, kada se radi o zahtevu za zaštitu zakonitosti i pri tom, ne postoji nikakva garancija da će se takvi zahtev apriorno pozitivno rešiti.

S obzirom, da iako pravno neobavezujući, odluke i stavovi komiteta UN, nastalih konvencijama koje je naša država ratifikovala i u odnosu na koje u određenim slučajevima takođe postoje i ratifikovani protokoli imaju veliki politički značaj, nadležni državni organi, mogu u određenim situacijama, kada s obzirom na sve okolnosti ocene da je to pravično, odnosno celishodno, licima čija su prava u određenom krivičnom postupku povređena, isplaćivati odgovarajuću novčanu kompenzaciju, ali samo na čisto *ex gratia* osnovi. To naravno, ne mogu činiti sudski organi, jer se za njih u ovakvim slučajevima radi ne samo o *res iudicata*, a i ne postoji bilo kakav sudski, odnosno procesni mehanizam za takvo postupanje, već tu mogućnost imaju organi koji pripadaju izvršnoj vlasti, a pre svega – Ministarstvo pravde. Tu bi se radilo o nekoj vrsti *akta milosti*, što i proizlazi iz *ex gratia* koncepta naknade. U nekim situacijama bi, što zavisi od odgovarajuće procene nadležnog subjekta, mogao doći u obzir i klasičan akt milosti u krivičnopravnom smislu – pomilovanje, koje bi mogao dati Predsednik Republike. Pomilovanje bi se u ovakvim slučajevima, po logici stvari, s obzirom da se radi o pravnosnažnoj odluci u odnosu na koju su iscrpljena sva pravna sredstva domaćeg pravnog sistema, moglo odnositi na: a) potpuno ili delimično oslobođenje od izvršenja kazne; b) zamenu izrečene kazne blažom kaznom ili uslovnom osudom, odnosno njime bi se moglo postići – v) brisanje osude ili g) ukidanje, odnosno kraće trajanje određenih mera bezbednosti.

Pored toga, prema članu 145. stav 4. Ustava Republike Srbije, sudsku odluku može preispitivati samo *nadležni sud*, u zakonom propisanom po-

stupku. To znači da prema ustavnopravnim pravilima naše države, nema mogućnosti da bilo koji nesudski organ preispituje sudsku odluku, donetu u okvirima našeg pravnog sistema, što se u stvari, jedino može odnositi na određene komitete UN, a ne i na Evropski sud za ljudska prava, koji je po definiciji sudski organ, odnosno vrsta suda. Pitanje je, kakav je odnos ovog pravila sa prethodno objašnjenim normama međunarodnih ugovora prema kojima je naša država prihvatila nadležnost određenih komiteta UN. U odgovoru na ovo pitanje treba imati u vidu i član 16. stav 2. Ustava Republike Srbije, prema kojem potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti *u skladu s Ustavom*. Iz ovoga bi proizišlo da se naša država ugovorima koji garantuju zaštitu određenih prava i sloboda, obavezuje da poštuje tako prihvaćene obaveze u domenu obezbeđenja garantovanog pravnog položaja građanima (minimalni standard), ali da ne prihvata i da određena međunarodna tela nastala na temelju takvih ugovora, a koja nisu sudskog karaktera, preispituju odluke sudova u Republici Srbiji i posebno ne prihvata da takva tela, svojim odlukama pokušavaju direktno da menjaju pravnosnažne sudske odluke. Drugačije tumačenje ne bi bilo logično, a pored toga, kao što je to već i objašnjeno, odluke i stavovi komiteta UN, iako imaju veliki politički značaj, *nisu pravno obavezujući*, u smislu da bi mogli direktno da utiču na način (pre)rešavanja pravnosnažno već rešenih krivičnih predmeta. Njihov takav pravno neobavezujući karakter je u novom Ustavu Srbije još i dodatno potenciran pravilom da sudsku odluku može preispitivati samo *nadležni sud, u zakonom propisanom postupku* (član 145. stav 4.).

Kao što je to već objašnjeno, samo eventualno i ne po automatizmu, odluka odnosno gledište određenog komiteta UN, kao nesudskog organa, bi se mogla smatrati razlogom za ulaganje određenog vanrednog pravnog leka, ali bi i tada pitanje da li će se takav pravni lek ulagati, odnosno da li on može imati određenog efekta, bilo prepušteno nadležnim domaćim organima u okviru pravnog sistema Republike Srbije. Shodno tome, Republički javni tužilac bi slobodno procenjivao da li je potrebno na temelju takvog razloga ulagati zahtev za zaštitu zakonitosti, a o takvom zahtevu bi, ako bi on bio podnet, prema svom slobodnom uverenju rešavao Vrhovni sud Srbije, isto kao što bi prvostepeni sud, slobodno procenjivao da li je potrebno na temelju takvog razloga ponoviti krivični postupak i ako bi tako odlučio, on bi takođe potpuno slobodno i nevezan bilo kakvim formalnim pravilima, odlučivao da li je usled postojanja takvog razloga, potrebno doneti drugačiju odluku u novom postupku. Takođe bi odluka, odnosno gledište nekog komiteta UN, mogli samo *de facto*, ali nikako ne i formalno, odnosno – *de iure*, da budu činjenica, koja bi mogla imati određenog

značaja za davanje pomilovanja, kao akta državne milosti u odnosu na konkretno lice. Naime, odluke i stavovi tih tela nemaju sudski autoritet, niti njima prethodi vođenje odgovarajućeg sudskog postupka, kao što je to slučaj sa odlukama Evropskog suda za ljudska prava, pa samim tim nije ni prihvatljivo da se takvim odlukama i stavovima daje značaj posebnog formalnog osnova za preispitivanje zakonitosti i pravilnosti pravnosnažnih sudskih odluka, s tim da uvek ostaje mogućnost da su u njima sadržane određene nove činjenice i dokazi, koji prema opštim pravilima mogu, ali ne moraju, biti osnov za ponavljanje krivičnog postupka.

#### 4.2. Pravila u Zakoniku o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine

Jedan od razloga za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti je prema pravilima novog Zakonika o krivičnom postupku i ako je povređeno ili uskraćeno ljudsko pravo i sloboda okrivljenog ili drugog učesnika u postupku koje je zajamčeno Ustavom ili Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i dodatnim protokolima, a to je utvrđeno odlukom Ustavnog suda ili Evropskog suda za ljudska prava (član 485. stav 1. tačka 3 ZKP/2011.). Zahtev zasnovan na takvom razlogu se može podneti u roku od tri meseca od dana kada je licu čije je ljudsko pravo povređeno, odnosno zajamčeno pravo ili sloboda uskraćeni, dostavljena odluka Ustavnog suda ili Evropskog suda za ljudska prava (član 485. stav 3. ZKP/2011.).

Sasvim je u redu što se odluka bilo Ustavnog suda, bilo Evropskog suda za ljudska prava, utvrđuje kao jedan od razlog za ulaganje zahteva za zaštitu zakonitosti, ali je pogrešno što je ona u pravno-tehničkom smislu formulisana poput *apsolutno bitnih povreda* odredaba krivičnog postupka, a ne kao *relativno bitna povreda* odredaba krivičnog postupka, što bi jedino bilo logično.<sup>50</sup>

Naime, prema sadašnjem zakonskom rešenju (ZKP iz 2001. godine), koje je uvedeno novelama iz 2009. godine, postoji slično formulisan razlog za ulaganje vanrednih pravnih lekova, ali je njegova formulacija bitno drugačija, što je već detaljnije objašnjeno u prethodnom tekstu, a suština je da odluka relevantnog međunarodnog suda, kojom su utvrđene povrede određenih prava okrivljenog u krivičnom postupku koji je rezultirao pravnosnažnom osuđujućom presudom, sada *nema automatsko kasaciono dejstvo*. To znači da učinjene povrede prava osuđenog u krivičnom postupku, koje su takvim odlukama, tj. odlukama međunarodnog suda utvrđene, imaju značaj koji je formalno i pravno-tehnički izjednačen sa zna-

<sup>50</sup> Uporedi: M.Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*, Ministarstvo pravde Crne Gore i Misija OEBS-a u Crnoj Gori, Podgorica 2009, 1142 – 1143.

čajem *relativno bitnih povreda* određaba krivičnog postupka, slično kao što je to i u drugim evropskim krivičnim procedurama, poput na primer nemačkog krivičnog postupka, odnosno jednog od razloga za ponavljanje krivičnog postupka, formulisano u StPO-u.

Iz načina na koji je sada, tj. u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine, formulisano razlog za ulaganje zahteva za zaštitu zakonitosti, proizišlo bi da svaka povreda zajemčenog ljudskog prava u krivičnom postupku koji je pravosnažno okončan, podrazumeva automatsko ukidanje presude, odnosno sudske odluke kojom je takav krivični postupak završen, čak i onda kada između učinjene povrede i zakonitosti, odnosno pravilnosti presude nema nikakve kauzalne veze i kad je sama po sebi, učinjena povreda ljudskog prava nepopravljiva u krivičnoprocesnom smislu. Naravno, odgovarajuća satisfakcija može biti data obliku adekvatne novčane naknade, ali to ne predstavlja krivičnoprocesnu reakciju. Na primer, okrivljenom je zbog dužeg trajanja pritvora u krivičnom postupku moglo biti povređeno pravo na slobodu i ako se to utvrdi odlukom Evropskog suda za ljudska prava ili našeg Ustavnog suda, okrivljeni će imati pravo na odgovarajuću novčanu satisfakciju, ali zašto bi samo zbog toga morala biti ukidana pravosnažna odluka našeg suda, ako je nezavisno od učinjene povrede ljudskog prava okrivljenog, takva presuda zasnovana na adekvatnim dokazima (može postojati i nesporno priznanje okrivljenog i sl.) i sama po sebi nije nezakonita. Osim toga, može se raditi o povredi prava drugih učesnika postupka, a ne povredi prava okrivljenog, poput na primer, povrede prava na privatnost oštećenog i zašto bi onda takav razlog morao ili mogao dovesti do ukidanja presude, što bi za posledicu u takvom slučaju imalo da to po logici stvari, primarno proizvodi negativne posledice po samog tog oštećenog.

### **5. Načelo zakonitosti i mogućnost neposredne primene međunarodnog prava**

Načelo zakonitosti nije samo jedno od osnovnih načela krivičnog prava, koje se danas u državama koje se odlikuju vladavinom prava smatra opšteprihvaćenim, već je ono u savremenim pravnim sistemima podignuto na rang ustavnog načela.<sup>51</sup> Prema članu 34. stav 1. Ustava Srbije, niko se ne može oglasiti krivim za delo koje, pre nego što je učinjeno, zakonom ili drugim propisom zasnovanim na zakonu nije bilo predviđeno kao kažnjivo, niti mu se može izreći kazna koja za to delo nije bila predviđena. Načelo zakonitosti se potom, formuliše i u članu 1. Krivičnog zakona Srbije po kojem nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivična sankcija za delo koje pre nego što je učinjeno zakonom nije bilo određeno kao

<sup>51</sup> Z. Stojanović, *Krivično pravo*, „CID“ Podgorica 2008, 37 – 38.

krivično delo, niti mu se može izreći kazna ili druga krivična sankcija koja zakonom nije bila propisana pre nego što je krivično delo učinjeno. Ustavna odredba je široko formulisana i odnosi se na sve vrste delikata koji postoje u pravnom sistemu, odnosno u tzv. kaznenom pravu u širem smislu (krivično delo, privredni prestup i prekršaj), međutim, kod propisivanja krivičnog dela i krivične sankcije, to može biti učinjeno samo zakonom,<sup>52</sup> a ne i drugim propisima, kao što je to na primer uredba.<sup>53</sup>

Načelo zakonitosti, kao jedno od najznačajnijih dostignuća krivičnog prava i principa pravne države,<sup>54</sup> se u nacionalnim krivičnopravnim sistemima poistovećuje sa poznatim pravilom – *nullum crimmen, nulla poena sine lege* – *nema krivičnog dela, niti kazne bez zakona*,<sup>55</sup> što se u osnovi odnosi na nekoliko važnih zahteva:<sup>56</sup>

Krivičnim zakonom se ne mogu stvarati inkriminacije na jedan opšti način, po principu sličnosti, što znači da je zabranjeno kreirati krivična dela i kazne za njih putem analogije – *nullum crimen nulla poena sine lege strikta*.

Krivični zakon mora da postoji u pisanom obliku, tako da se inkriminacije i kazne ne mogu zasnivati na nepisanom pravu, odnosno pre svega, one se ne mogu temeljiti na običajnom pravu – (*nullum crimmen nulla poena sine lege scripta*).

Krivična dela moraju da budu zakonski predviđena, odnosno propisana kao krivična dela, kao i kazne za njih, pre nego što su delikti izvršeni što znači da se zabranjuje retroaktivna primena krivičnog zakona, mada se po pravilu omogućava takvo povratno dejstvo određene materijalne krivičnopravne norme, ako je ona povoljnija (blaži zakon) za okrivljenog – *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*.

Krivični zakon mora da ima visok stepen određenosti u pogledu predviđenih inkriminacija, odnosno propisanih krivičnih dela i kazni – *nullum crimen, nula poena sine lege certa*.

Neposredna primena međunarodnog prava je danas svojevrsna „hit tema“, koju rado prihvataju pojedini „međunarodni pravници“, ali koju ve-

<sup>52</sup> Prema članu 34. stav 2. Ustava Srbije, krivična dela i krivične sankcije određuju se zakonom.

<sup>53</sup> Z.Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, „Službeni glasnik“, Beograd 2006, 26.

<sup>54</sup> Z.Stojanović, *op.cit.*, 26.

<sup>55</sup> Za princip zakonitosti se ističe da on „garantuje zaštitu građana od samovoljne primene i prostiranja državne vlasti. On utvrđuje da samo pisani zakon propisuje kažnjivost određene radnje, kao i zaprečenu kaznu kao njenu pravnu posledicu.“ Više o tome: J.Wessels, *Strafrecht – Allgemeiner Teil – die Straftat und ihr Aufbau*, 26. neubearbeitete Auflage, „C.F.Müller Verlag“, Heidelberg 1996, 8.

<sup>56</sup> Više o tome: C.Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band I, - Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre, 3. Auflage*, „C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung“, München 1997, 98–99.

oma teško „vare“ klasični „krivičari“, koji smatraju da se kada je u pitanju krivično pravo u tom pogledu mora ispoljiti velika opreznost. Nije sporno da su neka krivična dela propisana odgovarajućim međunarodnim izvorima prava, kao što je to na primer, slučaj sa zločinom protiv čovečnosti. Drugo je pitanje da li je to učinjeno da bi se na takav način državama strankama međunarodnih ugovora dala prilika da takve inkriminacije unesu u svoje zakonodavstvo i za njih propišu konkretne krivične sankcije iz domena svog pravnog sistema, ili radi moguće neposredne primene takvih odredbi. Skloniji smo prvom shvatanju.

Međunarodni izvori prava iz logičnih razloga i onda kada propisuju određeno krivično delo u smislu definisanja njegovih bitnih obeležja, ne propisuju i konkretnu krivičnu sankciju, tako da i kada bi došlo do neposredne primene izvora međunarodnog prava u kome je sadržan opis krivičnog dela, sud koji bi takvo pravo primenio ne bi mogao da izrekne i krivičnu sankciju, jer izvorom prava koji propisuje inkriminaciju, sankcija jednostavno nije propisana. Stoga je u ovakvom slučaju mogućnost neposredne primene međunarodnog prava, imajući u vidu dejstvo načela zakonitosti, praktično nemoguća. Kada je konkretno u pitanju zločin protiv čovečnosti, koji u našem pravu sve do donošenja Krivičnog zakonika iz 2006. godine, nije egzistirao kao posebno krivično delo, tada to i ne predstavlja neki poseban problem, jer nijedna radnja koja je formalno svrstana u to krivično delo (član 371. KZ Srbije),<sup>57</sup> ne bi ostala nekažnjena ni zahvaljujući primeni ranije važećih krivičnih zakona, koji nisu poznavali kao posebno krivično delo zločin protiv čovečnosti. Svaka od tih radnji bi svakako predstavljala određeno krivično delo koje je zakonom bilo propisano pre njegovog izvršenja i za koje je zakonom bila propisana određena kazna.

Ideja po kojoj bi sud mogao neposredno da primeni međunarodno pravo u pogledu opisa (bića) krivičnog dela, a da onda kaznu koja u međunarodnom izvoru prava za konkretno krivično delo nije propisana, sam „potraži“ (neko bi rekao „izmisli“), imajući u vidu slična krivična dela iz grupe krivičnih dela kojoj po logici stvari pripada krivično delo propisano međunarodnim izvorom prava, je zasnovana na izrazito visokom stepenu pravne anarhije. Takva „kombinacija“ kojom bi se premostio „problem“, ne samo što je potpuno nepotrebna, jer kao što je već objašnjeno, nijedna radnja koja bi mogla predstavljati na primer, zločin protiv čovečnosti iz vremena kada on nije bio propisan našim Krivičnim zakonikom, svakako

<sup>57</sup> Više o tome: M.Škulić, *Landesbericht – Serbien und Montenegro in:* A.Eser, U.Sieber und H.Kreicker (Hrsg.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, „Duncker & Humblot“, Berlin 2004, 221 – 224.

ne bi ostala nekažnjena, jer bi se bez ikakvih problema mogla podvesti pod druga postojeća krivična dela, već bi ona bila i veoma opasna kao loš primer i potencijalni negativni uzor za naredna „elastična“ tumačenja krivičnog prava i neko buduće ekstremno štetno „kaučuk rezonovanje“.<sup>58</sup>

U vezi sa neposrednom primenom međunarodnog prava, vrlo je interesantan primer Mađarske. Kada je ova država „naišla na problem nemogućnosti kažnjavanja izvršilaca krivičnih dela kao što su lišavanje života civila prilikom demonstracija i egzekucija disidenata kojima nije prethodio sudski postupak, koja su vršena od strane bivšeg režima“, ona se da bi prevazišla problem zastarelosti tih krivičnih dela po domaćem zakonodavstvu, odlučila da neposredno primeni Ženevske konvencije iz 1949. godine, odnosno običajno međunarodno pravo koje je u njima kodifikovano.<sup>59</sup> Odlukom Ustavnog suda Mađarske broj 53/1993 (X.13.), utvrđen je stav ovog suda da iz odredbe paragrafa 1. člana 7. ustav Mađarske,<sup>60</sup> po kojoj pravni sistem Republike Mađarske generalno prihvata pravila međunarodnog prava, proizlazi primena tih pravila kao dela mađarskog prava bez posebnih transformacija, te da čak Mađarska učestvuje u međunarodnoj zajednici na temelju tih odredbi, iz čega proizlazi i da će ustavno, te uopšte domaće pravo biti interpretirano na takav način da se time obezbeđuje aktuelna primena opšte prihvaćenih pravila međunarodnog prava.<sup>61</sup>

Ovakav stav mađarskog ustavnog suda, te odluke krivičnih sudova, donete na osnovu njega, nisu naišli na potvrdu Evropskog suda za ljudska prava.<sup>62</sup> Podnosilac predstavke u ovom slučaju gospodin Korbely,<sup>63</sup> je tvrdio da je time, što je od strane mađarskih sudova pravnosnažno osuđen za zločin protiv čovečnosti, a na temelju neposredne primene Ženevskih konvencija, te običajnog međunarodnog prava, povređeno njegovo pravo

<sup>58</sup> Više o tome: M.Škulić, *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, „Anali Pravnog fakulteta u Beogradu“, broj 1/2010., Beograd 2010, 66 – 106.

<sup>59</sup> M.Majić, *„Načelo legaliteta – normativna i kulturna revolucija“* (II deo), Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, broj 2/2009., Beograd 2009, 39.

<sup>60</sup> Ovde treba posebno imati u vidu da se radi o Ustavu „nove“ Mađarske, što znači da takva ustavna pravila nisu egzistirala u vreme „narodne republike“ Mađarske, kada su i vršena krivična dela u odnosu na koja su potom, a na temelju kako ustavnih odredbi, tako i jedne odluke Ustavnog suda Mađarske iz 1993. godine (donete svega 37 godina nakon učinjenih krivičnih dela), neposredno primenjena opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava, a što je kasnije u slučaju koji se u radu posebno analizira, osporeno odlukom Evropskog suda za ljudska prava.

<sup>61</sup> A.Harmathy, *Introduction to Hungarian Law*, „Kluwer Law International“, The Hague, London, Boston 1998, 187.

<sup>62</sup> Korbely v. Hungary, Application no. 9174/02, Strasbourg, judgment of 19 September 2008.

<sup>63</sup> Radi se o čoveku koji je 1956. godine u vreme izbijanja mađarske „revolucije“ bio kapetan sa službom u vojnoj školi u Tati. Kada je ta vojna škola od strane naoružanih demonstranata napadnuta 26. oktobra 1956. godine, kojom prilikom je jedan oficir ubijen, a jedan ranjen, kapetan Korbely je aktivno učestvovao u oružanim sukobima. U to vreme je u Mađarskoj vladalo vanredno stanje uvedeno 23. oktobra 1956. godine, u okviru kojeg su vlasti propisale da svaki civil koji se zatekne sa oružjem mora da na licu mesta bude likvidiran. Kapetan Korbely je 26. oktobra komandovao grupom vojnika u napadu radi oslobađanja lokalnog zatvora kojeg su zauzeli demonstranti. Kada je slomljen njihov oružani otpor, nekoliko demonstranata se predalo, a među njima je bio i izvesni Tamash Kaszas, koji je nakon izvesnog vremena predao vatreno oružje koje je imao u džepu, nakon čega je kapetan Korbely naredio vojnicima da pucaju u zarobljenika koji je pogošen rafalima iz automatskog oružja.



iz člana 7. stav 1. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, odnosno da je povređeno načelo zakonitosti. Protiv gospodina Korbelia je 14. decembra 1993. godine u Budimpešti pokrenuta istraga zbog izvršenog zločina protiv čovečnosti propisanog Ženevskim konvencijama, a na osnovu prethodne odluke Ustavnog suda o mogućnosti neposredne primene međunarodnog prava. U prvostepenom sudskom postupku pred Okružnim sudom u Budimpešti krivični postupak je 29. maja 1995. godine obustavljen, jer je sud stao na stanovište da se tu radi o krivičnom delu ubistva i podstrekavanja na ubistvo, a ne o zločinu protiv čovečnosti, te da je stoga nastupila zastarelost krivičnog gonjenja. Vrhovni sud Mađarske je odlučujući o žalbi državnog tužioca, 6. decembra 1996. godine, ukinuo odluku od 29. maja 1995. godine i vratio predmet na ponovno suđenje, te naložio da se predmet vrati u stanje istrage. U maju 1998. godine vojno veće prvostepenog suda je održalo pretres, koji je opet rezultirao obustavom postupka, jer je sud zaključio da se ne radi o zločinu protiv čovečnosti, a da je krivično delo ubistva apsolutno zastarelo 26. oktobra 1971. godine. Vrhovni sud Mađarske je 5. novembra 1998. godine u žalbenom postupku u kojem su saslušana i tri eksperta za istoriju, preinačio odluku prvostepenog suda, tako što je neposredno primenio odredbe Ženevskih konvencija, zaključujući da ratni zločin ne može zastariti, te je optuženog Korbelia oglasio krivim za učinjeni zločin protiv čovečnosti. Optuženi je uložio reviziju protiv te odluke, a reviziono veće Vrhovnog suda Mađarske je ukinulo odluku, te predmet vratio drugostepenom sudu. U novom postupku pred drugostepenim sudom, žalbeno veće Vrhovnog suda Mađarske je predmet vratilo na odlučivanje prvostepenom sudu, koji je konačno, primenjujući odredbe Ženevskih konvencija, optuženog oglasio krivim za zločin protiv čovečnosti. Tu presudu je 8. novembra 2001. godine potvrdio Vrhovni sud Mađarske i ona je tako, postala pravosnažna. Zatim je jula 2002. godine odbijen zahtev osuđenog za ponavljanje krivičnog postupka, a u septembru 2003. godine, Vrhovni sud Mađarske, bez ulaženja u meritum, odbacio vanredni pravni lek. Osuđeni Korbeli se svojom predstavkom obratio Evropskom sudu za ljudska prava, koji je utvrdio da je pravosnažnom odlukom mađarskog suda povređeno pravo osuđenog, utvrđeno u članu 7. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama – načelo zakonitosti u krivičnom pravu.

Ne možemo se složiti sa stavom da Ustav Srbije iz 2006. godine ostavlja prostor za neposrednu primenu svih oblika međunarodnog krivičnog prava.<sup>64</sup> Iako je u članu 16. stav 2. Ustava Srbije propisano da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sa-

<sup>64</sup> M.Majić, op.cit., 40.

stavni deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju, time se ipak, ne omogućava automatska i apriorna neposredna primena međunarodnog prava. Iz toga što se u stavu 2. ovog člana kaže da potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu sa Ustavom, ne proizlazi stav, da onda obrnuto, opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava ne moraju biti u skladu sa Ustavom. Naime, ovde prilikom tumačenja nije logična primena *argumentum-a a contrario*,<sup>65</sup> već je tu potrebno primeniti analogiju. Do istog zaključka se može doći i nezavisno od propisa iz člana 167. Ustava Srbije, u pogledu čega citirani autor - profesor Etinski, inače ističe da se to ipak ne može učiniti, jer se propisima iz stava 1., člana 15. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i iz člana 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, štiti i prava na sigurnost građana, a „puno načelo – *nullum crimen, nulla poena sine lege* - predstavlja viši standard zaštite od dela tog načela - *nullum crimen sine lege*.”<sup>66</sup>

Kako su međunarodni ugovori konkretniji, jasniji, precizniji i svakako nesporniji nego opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava, treba smatrati da onda kada ustavotvorac zahteva da takvi izvori međunarodnog prava moraju biti u skladu sa Ustavom, tada ustavotvorac tim pre, a po analogiji, u svakom slučaju takav zahtev implicitno uspostavlja i u odnosu na opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava.<sup>67</sup> Pored ovoga, ovde treba imati u vidu i dejstvo člana 145. stav 2. Ustava Srbije prema kome se sudske odluke zasnivaju na *Ustavu, zakonu, potvrđenom međunarodnom ugovoru i propisu donetom na osnovu zakona*. Kako neposredne primene međunarodnog krivičnog prava ne može biti, osim na osnovu određene sudske odluke, odnosno u okviru nje, međunarodno krivično pravo se u Srbiji praktično ne može primeniti neposredno, ako se radi o pravu sadržanom u opšteprihvaćenom pravilu međunarodnog prava, jer se u članu 145. stav 2. Ustava Srbije uopšte ne ostavlja mogućnost zasnivanja odluke suda na takvom izvoru prava. Iz ovoga istovremeno proizlazi i zaključak da je *neposredna primena međunarodnog prava u Srbiji moguća samo kada su kumulativno ispunjena dva uslova*: 1) ne-

<sup>65</sup> Suprotno: *Ibid.*

<sup>66</sup> R.Etinski, *Međunarodni aspekti legislative protiv trgovine ljudima*, u: Lj.Stajić i T.Lukić (prir.), *Trgovina ljudima – pravno-bezbednosni aspekti*, zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad 2012, str. 99 – 100.

<sup>67</sup> U stvari, iako Ustav ovde nije najprecizniji, čini se da je pravi razlog da se u stavu 2. člana 16. Ustava Srbije, spominje samo usklađenost potvrđenih međunarodnih ugovora sa Ustavom Srbije, a ne i opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava, baš u izvesnoj nepretencioznosti našeg ustavotvorca koji je očigledno smatrao da nije logično da on striktno uređuje pitanje usklađenosti takvih pravila (koja su u stvari običajnog karaktera na međunarodnom nivou i samim tim nastaju ne jedan spontan način i u dužem vremenskom periodu, te bez potrebe formalne ratifikacije pravnim mehanizmima nacionalnog zakonodavstva), sa domaćim ustavnim poretkom, dok se to nekako lakše može zahtevati u odnosu na međunarodne ugovore koji se na odgovarajući način i potvrđuju pravnim mehanizmima domaćeg pravnog sistema. S druge strane, nije sporno da ovo ipak predstavlja izvesnu omašku u Ustavu, ali kao što je objašnjeno, ona se može ispraviti primenom tumačenja putem analogije, koje je ovde moguća, jer se ne radi o krivičnopravnoj normi.

ophodno je da se radi o odredbama sadržanim u potvrđenim međunarodnim ugovorima i 2) te međunarodnopravne odredbe moraju biti u skladu sa Ustavom Srbije.

## **(NON) POSSIBILITY FOR THE DIRECT IMPLEMENTATION OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL LAW IN SERBIA**

### **SUMMARY**

The author writes about the possibility for the direct implementation of the international criminal law in Serbia and about actual and potential influences of the decisions and the views of some international bodies, e.g. some committees of the United Nations and the European Court for Human Rights on the Serbian criminal procedure system and the Serbian law system in general. According to the Serbian Criminal Procedure still in effect, the decision is one of the legal reasons for the repetition of the procedure and also for the request for the protection of the legality, which is a complete and good procedural solution. The formulation in the new Criminal Procedure Code of Serbia in this matter, i.e. the reason for the request for the protection of legality founded of the decision of the ECHR is not correct, because this formulation defined that reason as a absolute procedural mistakes, i.e. *substantive violation of criminal procedure provisions*. That is wrong because the decision of the ECHR does not have automatically effect of cassation and not imply that a final decision of the domestic court must be changed.

The matter of direct implementation of the rules of international criminal law in domestic national legal system is extremely sensitive. In one very significant case one person who was a former military officer, was finally convicted in Hungary for the crimes against humanity, although that crime was not prescribed in the time, when the criminal offence was committed and although the period of limitation on criminal prosecution has expired. The decision of the criminal court in that case was connected with one previously decision of the Constitutional Court of Hungary, in it, with respect to the relationship between domestic and international law, the Court held that the provision of the Constitution in accordance with the legal system of that Republic shall accept the generally recognized rules of international law, implies that these rules form part of Hungarian (domestic) law, without special transformation. In accordance with that decision of the Constitutional court, the Constitution and domestic law in Hungary should be interpreted in such a way as to ensure actual

application of the generally accepted rules of international law. Finally, the European Court for Human rights decided (*Korbely v. Hungary*), that in the decision of the Hungarian Criminal court in that case, the right of defendant (Art. 7 of European Convention on Human Rights – principle of legality in criminal law), was injured.

The direct implementation of the provisions of the international law, especially international criminal law, is in Serbia possible only under very restrictive conditions. Although it is prescribed in Article 16 of Constitution of Republic of Serbia, that the general accepted rules of international law are part of legal order of Republic of Serbia and implement directly, these provisions do not make possible automatically and a priori direct implementation of international law. That is because in the same article is prescribed that ratified international contracts must be in balance with the Serbian Constitution and that provision applies per analogy for general accepted rules of international law. Besides, direct implementation of these rules is not possible in Serbia, because of Article 145 of Constitution of Serbia. In accordance with that Article, court decision shall be established on Constitution, on Code, on ratified international contract or on other provisions adopted in accordance with law. That means that general accepted rules of international law can not be a source for the court decision. Because the implementation of international law is logically impossible without court decision, the direct implementation of the general accepted rules of international law in Serbia is factually not possible. The direct implementation of international provisions from other law sources is in Serbia possible under certain conditions. International law can be directly implemented in Serbia under two cumulative conditions: 1) the rules must exist in ratified international contracts and 2) the rules must be fully in accordance with the Serbian Constitution.

**Key words:** international criminal law, generally accepted rules, automatic effect of cassation.