

OSNOVNE KARAKTERISTIKE UNIVERZALNE JURISDIKCIJE U SAVREMENOM KRIVIČNOM PRAVU

Sažetak

Za univerzalnom jurisdikcijom se poseže kada teritorijalna država ili država koja ima jurisdikcioni prioritet na osnovu državljanstva učinioca/žrtve neće ili ne može da deluje na sprečavanju međunarodnih krivičnih dela stricto sensu (core crimes), odnosno kada izostaje reakcija međunarodnih sudskih instanci u tom smislu. Sa svojim širokim ovlašćenjima u pogledu tačaka vezivanja, a često i u pogledu prisustva učinioca u državi koja procesuirá, univerzalna jurisdikcija uspeva da popuni te praznine i da se uspešno uključi u opšti napor međunarodne zajednice u pogledu sprečavanja nekažnjivosti učinilaca core crimes-a.

Služeći se komparativnim metodom (nemačko, špansko i belgijsko zakonodavstvo) nastojali smo da ukažemo na osnovne pravne karakteristike ove oblasti i na taj način pružimo osnov za njeno razmatranje u srpskom krivičnom pravu de lege lata i de lege ferenda. Osnovna pitanja koja se ističu u ovom kontekstu su univerzalna jurisdikcija in absentia, princip supsidijariteta i sham postupak.

Iako se univerzalna jurisdikcija u svom izvornom obliku pojavljuje jedino kod core crimes mnoga recentna pitanja iz te oblasti vezana su za ugovorna međunarodna krivična dela kao i za krivična dela iz oblasti opšteg kriminaliteta. U tom smislu u ovom radu je u izvesnoj meri obrađena i ta problematika.

***Ključne reči:** univerzalna jurisdikcija in absentia, princip supsidijariteta, sham postupak.*

1. Uvod

Univerzalna jurisdikcija u krivičnim stvarima, prema definiciji postavljenoj u čl. 1 Rezolucije Instituta za međunarodno pravo o univerzalnoj jurisdikciji u pogledu genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina iz 2005, podrazumeva mogućnost države da procesuirá krivična dela i njihovim učiniocima, ako su krivično odgovorni, izrekne kaznu nezavisno od mesta izvršenja krivičnog dela, aktivnog ili pasivnog personaliteta ili drugih jurisdikcionih osnova koje priznaje međunarodno pravo. Za razliku od ostalih vidova

* Do 1992. vanredni profesor na predmetu Krivično pravo na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu; od 1993. do odlaska u penziju – savetnik u Ministarstvu za ljudska i manjinska prava, Beograd; e-mail: milankavesovic2018@gmail.com

ekstrateritorijalne primene prava, kod ovog vida jurisdikcije se ne gubi samo teritorijalna već i svaka druga konekcija između krivičnog dela i države koja vrši jurisdikciju. Kako ističe Inazumi, „to nije delegacija teritorijalne jurisdikcije već odsustvo svake jurisdikcije“ (Inazumi, 2005, p. 113).¹ Ostaje *terra nullius* koju ispunjava *prirada dela*. Kako je to formulisao Ustavni sud Španije, poništavajući odluku Vrhovnog suda te zemlje u slučaju *Genocid u Gvatemali* (parafraziramo), za primenu univerzalne jurisdikcije ne zahteva se da postoji bilo kakva tačka vezivanja koja bi ukazivala na pojedinačni interes Španije za procesuiranjem; jedini neksus na kom se jurisdikcija zasniva jesu univerzalne vrednosti čovečanstva koje se štite putem krivičnih dela na koja se ona odnosi, a koja povređuju interese međunarodne zajednice u celini (Constitutional, 2005 II par. 9).

U izvornom obliku osnov primene univerzalne jurisdikcije su međunarodna krivična dela *stricto sensu* (*core crimes*). Dozvoljavajući svim državama da procesuiraju dela kao što su genocid, ratni zločini, zločini protiv čovečnosti, princip univerzalne jurisdikcije podržava fundamentalne vrednosti međunarodne zajednice u celini (Jeßberger, Kaleck & Schueller, 2010, p. 236), čija zaštita ne zavisi niti sme da zavisi od volje određene države, te stoga princip neintervencije ostaje nepovređen² (Ambos, 2007a, pp. 45–46). U situaciji kada izostaje intervencija na međunarodnom nivou ili genuino postupanje države koja ima jurisdikcioni prioritet (neaktivnost ili prividna aktivnost npr. teritorijalne države), univerzalna jurisdikcija kao „dopunsko“ (čl. 1 Rezolucije, 2005) supsidijarno sredstvo krivičnopravne intervencije popunjava tu prazninu.³ Univerzalna jurisdikcija se zasniva na čvrsto uspostavljenom permisivnom pravilu međunarodnog običajnog prava (MOP).

Sve dosada rečeno odnosilo se na univerzalnu jurisdikciju u pogledu međunarodnih krivičnih dela *stricto sensu* (univerzalna jurisdikcija *stricto sensu*). Iako je to ne samo najznačajniji već u suštini i jedini pravi vid univerzalne jurisdikcije, ne može se tvrditi da se ona ne pojavljuje u odgovarajućim formama i u odnosu na druga krivična dela, pri čemu prvenstveno mislimo na ugovorna međunarodna krivična dela, a zatim na krivična dela iz oblasti opšteg kriminaliteta.

Između međunarodnih krivičnih dela *stricto sensu* i ugovornih međunarodnih krivičnih dela, kao što je poznato, postoji krupna razlika. Dok *core crimes* postoje na nivou MOP-a, ugovorna međunarodna krivična dela nastaju tek kad ih nacionalni zakonodavac inkorporiše u nacionalno zakonodavstvo, ispunjavajući tako preuzetu ugovornu obavezu. To su nacionalna, a ne supranacionalna krivična dela.

¹ Tipičan primer u tom smislu je piratstvo, prvo delo u odnosu na koje se počela primenjivati univerzalna jurisdikcija, ne samo zbog težine i opasnosti tog dela već pre svega zbog činjenice da se nije moglo obezbediti krivično gonjenje, jer nijedna država nije imala jurisdikciju na otvorenom moru.

² Princip neintervencije se zasniva na suverenosti i jednakosti svih država [čl. 2. 1. 1. Povelje UN (1945)]; u krivičnim stvarima podrazumeva obavezu nemešanja u poslove domaće jurisdikcije bilo koje države.

³ Na primer, danas je to veoma aktuelno u vezi sa zločinima izvršenim u Siriji. Sirija nije potpisnica Rimskog statuta. Kako Savet bezbednosti UN na osnovu glave 7 Povelje nije uspeo da inicira pokretanje postupka pred Međunarodnim krivičnim sudom (MKS) zbog protivljenja Rusije i Kine, a u samoj Siriji ne postoje izgledi da će u dogledno vreme postupci biti pokrenuti, jedina preostala mogućnost jeste da se postupci pokrenu pred sudovima drugih država na osnovu univerzalne jurisdikcije. U tom smislu veoma su se angažovale Španija, Nemačka, Švedska i Francuska.

Najznačajnija razlika između navedenih vrsta krivičnih dela vezana je za činjenicu da se za *core crimes* može uspostaviti individualna krivična odgovornost na međunarodnom nivou (pred Međunarodnim krivičnim sudom – MKS), odnosno pravo država da sude za ta dela nezavisno od toga da li su propisana u domaćem zakonodavstvu i da li postoje tradicionalne tačke vezivanja – princip teritorijaliteta, personaliteta i protektivni princip zamenjeni su univerzalnom jurisdikcijom *stricto sensu* (Ambos, 2011, pp. 667–668). Jurisdikcija koja se zasniva na međunarodnim ugovorima temelji se isključivo na uzajamnim odnosima/interesima ugovornih strana (države postupaju u sopstvenom interesu), te je jurisdikcioni osnov princip *aut dedere aut judicare* u skladu sa čl. 2 Rezolucije 2005. Podrazumeva se da je država potpisnica u obavezi ne samo da inkriminiše određena ponašanja već i da uspostavi jurisdikciju kako bi se ta dela procesuirala.⁴ Jurisdikcija koja se zasniva na ovom načelu često se tretira kao određena *varijanta univerzalne jurisdikcije*. Tako, npr. Krefß (2006, p. 7) ističe da je u pitanju „univerzalna jurisdikcija putem reprezentacije“ i potencira značaj aktuelnog vida principa *aut dedere aut judicare* primenom tzv. haške formule, što vodi osamostaljenju procesuiranja, budući da se postupak može voditi bez obzira da li je podnet zahtev za ekstradiciju⁵. To je posebno relevantno iz aspekta univerzalne jurisdikcije koja je najčešći i najsigurniji vid realizacije procesuiranja na osnovu *aut dedere aut judicare*, s tim što se u literaturi naglašava da ta dva pojma ne treba poistovećivati, pošto se procesuiranje može zasnovati i na drugim osnovama, npr. – pasivnom personalitetu. U Izveštaju Međunarodne pravne komisije UN [*International Law Commission* (ILC)] iz 2014. godine izričito se navodi da procesuiranje na osnovu klauzule *aut dedere aut judicare* dolazi u obzir ne samo na osnovu univerzalne jurisdikcije već i na osnovu tradicionalnih tačaka vezivanja (ILC, 2014: par. 13 i 18). Kada je u pitanju procesuiranje na bazi univerzalne jurisdikcije, potrebno je da se navodni učinilac nalazi na teritoriji države koja procesuirala i da do ekstradicije nije došlo.

Klasična varijanta univerzalne jurisdikcije pod nazivom *princip zamenjujućeg (vikarijevskog) krivičnog pravosuđa* (nem. *Prinzip der stellvertretender Strafrechtspflege*) ili *princip reprezentacije (principe representation)*, podrazumeva da se država koja ima izvornu jurisdikciju (npr. država na čijoj teritoriji je delo izvršeno) odriče krivičnog gonjenja (npr. ne zahteva ekstradiciju) i tu nadležnost ustupa državi gde se učinilac nalazi (Inazumi, 2008, pp. 110–112; Colangelo, 2006, p. 158). Država koja preuzima krivični postupak nema izvornu nadležnost koja bi se bazirala na nekoj tački vezivanja, nego samo zamenjuje (zastupa) državu koja joj je delegirala nadležnost. Kako se ovde ne radi o povredi pravnih dobara

⁴ U presudi *Question relating to Obligation Prosecute or Extradite, Belgium v. Senegal* (2012) (*Questions*, 2012), Međunarodni sud pravde (MSP) naložio je Senegalu da ispuni obavezu koju je preuzeo potpisivanjem Konvencije UN protiv torture i drugih surovih, neljudskih i ponižavajućih kazni ili postupaka (Konvencija protiv torture) i, u skladu sa čl. 7, st. 1, uspostavi jurisdikciju koja će omogućiti procesuiranje, pri čemu je sud naznačio da se obaveza države ispunjuje u podnošenju predmeta pred kompetentne organe radi procesuiranja, ali da oni samostalno odlučuju da li će predmet biti procesuiran ili ne.

⁵ Princip *aut dedere aut judicare* pojavljuje se u dva oblika: prema klasičnom, procesuiranje je moguće nakon što je odbijen zahtev za ekstradiciju države koja ima jurisdikcioni osnov, dok prema novijem poimanju, tzv. haškoj formuli, procesuiranje ima primat nad ekstradicijom, te se ne zahteva da je zahtev za ekstradiciju odbijen, nego je dovoljno da ga nije podnela država koja ima jurisdikcioni osnov. Haška formula je često povezana sa univerzalnom jurisdikcijom, kao npr. u pomenutoj Konvenciji protiv torture (čl. 5, st. 2); izričito istaknuto i u presudi *Questions*, 2012, par. 94.

zaštićenih međunarodnim pravom, primena principa zamenjujućeg krivičnog pravosuđa uslovljena je poštovanjem principa dvostruke kažnjivosti (po pravilu na bazi reciprociteta) i, po pravilu, pristankom države koja ustupa krivično gonjenje (uža koncepcija zamenjujućeg krivičnog pravosuđa). Haška formula gotovo je eliminisala taj drugi zahtev. Smatra se da država koja ne podnosi zahtev za ekstradiciju ili nema interes ili nema mogućnost za jurisdikciju.⁶ Osnovna pretpostavka kod oba vida zamenjujućeg krivičnog pravosuđa je prisustvo učinioca na teritoriji države kojoj je ustupljeno krivično gonjenje.

2. Komparativni pristup

Kao što se vidi, između tri navedene grupe krivičnih dela postoje značajne razlike u pogledu regulisanja univerzalne jurisdikcije. Služeći se komparativnim metodom nastojaćemo da ukažemo na osnovne distinktivne elemente u tom pogledu. Pažnju ćemo usredsrediti na nemačko, špansko i belgijsko zakonodavstvo. Prvo, kao reprezenta aktuelnog pristupa ovoj oblasti, a druga dva – kao primere pionirskih, ali prema mnogim autorima neprevaziđenih koraka u pogledu univerzalne jurisdikcije uopšte (Kluwen, 2017, p. 21). To bi trebalo da nam omogući da izvedemo odgovarajuće zaključke u pogledu regulisanja univerzalne jurisdikcije u srpskom krivičnom pravu kao i da artikuliramo izvesna rešenja *de lege ferenda*. Kao najznačajnija pitanja u oblasti univerzalne jurisdikcije ističu se univerzalna jurisdikcija *in absentia*, princip supsidijariteta i *sham* postupak.

2.1. Nemačka

Možda nigde kao u nemačkom pravu nije tako jasno došla do izražaja veza između univerzalne jurisdikcije i prirode *core crimes*-a. Kako je to navedeno u Izveštaju povodom Nacrta zakona o međunarodnim krivičnim delima [Völkerstrafgesetzbuch(VStGB)], prezentovanom na konferenciji u Njujorku u vezi sa inkorporacijom Rimskog statuta MKS-a u nacionalna zakonodavstva „prilikom koncipiranja VStGB-a pošlo se od stava da se Zakonom obuhvate samo krivična dela koja već postoje prema MOP-u, jer inače ne bi bilo moguće predvideti istinsku univerzalnu jurisdikciju“ (International, 2002, p. 3). VStGB u pogledu *core crimes*-a predviđa primenu univerzalne jurisdikcije na osnovu principa svetskog prava (nem. *Weltprinzip*), odnosno univerzalnog principa. Prema čl. 1VStGB-a: „Zakon se primenjuje na sva krivična dela protiv međunarodnog prava predviđena tim zakonom, a u pogledu teških krivičnih dela iz čl. 6–12 čak i onda kad su ona izvršena u inostranstvu i nemaju nikakvu vezu sa Nemačkom“.

Navedena odredba koncipirana je na osnovu bezuslovne univerzalne jurisdikcije. U teoriji se ističe da je u pitanju: „norma najveće moguće širine“ (Ambos, 2007b, p. 67). Za primenu jurisdikcije, uslovno rečeno, ne zahteva se ni prisustvo učinioca u Nemačkoj. Jedini osnov od kog polazi VStGB jeste priroda krivičnog dela, ali se to, međutim, odnosi

⁶ Taj vid se tretira kao širi, fleksibilniji pojam zamenjujućeg krivičnog pravosuđa. Karakterističan je npr. za čl. 7, st. 2 nemačkog KZ-a, za ranije jugoslovensko krivično zakonodavstvo, a danas je predviđen npr. u krivičnim zakonima Srbije (čl. 10 KZ) i Hrvatske (čl. 17 KZ). Zlatarić ga je označio kao derivat univerzalne jurisdikcije ističući da se princip ipak odnosi „na krivična dela stranaca izvršena u inozemstvu“ (Zlatarić, 1979, p. 142).

samo na genocid, zločin protiv čovečnosti i ratne zločine. Već kad je u pitanju agresija (propisana u čl. 13 VStGB-a od 22. decembra 2016), postavljeni su ograničavajući elementi (državljanstvo učinioca ili zahtev da se radi o krivičnom delu koje je direktno upravljano protiv interesa Nemačke).

Čl. 1 VStGB-a ne predviđa nikakva ograničenja za uspostavljanje apsolutne univerzalne jurisdikcije (*in absentia* okrivljenog), ali je samo fazu istrage moguće voditi u odsustvu okrivljenog⁷, dok je njegovo prisustvo obavezno u fazi glavnog postupka (Jeßberger, 2007, pp. 3, 20–21). Na ovom momentu se u nemačkoj teoriji veoma insistira, jer se smatra da postupanje u odsustvu optuženog tokom sudskog postupka vodi do ozbiljnog i teškog narušavanja ljudskih prava. Navedena činjenica je važan razlog za odluku saveznog tužioca o odustanku od krivičnog gonjenja na osnovu čl. 153f ZKP-a.

U skladu sa konceptom „komplementarne pripravnosti“ koji se bazira na globalnom pristupu i proaktivnoj ulozi svih država u pogledu sprečavanja nekažnjivosti učinilaca *core crimes*, danas se akcent stavlja na prikupljanje i obezbeđenje dokaza (kako bi se sačuvali), bez obzira da li će se i kad voditi krivični postupak i pred kojim sudom (države koja je prikupljala dokaze, pred internacionalnim ili nacionalnim sudskim telom) (Drucksache 14/8524, p. 38). Univerzalna jurisdikcija se pokazala kao odgovarajući osnov za vođenje takve vrste postupakâ (Kaleck & Schüller, 2019), što potvrđuju i primeri iz prakse⁸.

Neograničen pojam univerzalne jurisdikcije u materijalnom smislu (čl. 1 VStGB) ograničen je proceduralnim pravilima. Prema čl. 153f ZKP-a (donesenim istovremeno kad i VStGB) federalni tužilac (*Generalbundesanwalt*) ima ovlašćenje da u određenim situacijama odustane od krivičnog gonjenja kad su u pitanju *core crimes*, kao i za druga krivična dela propisana u VStGB-u, ali koja prema čl. 1 nisu obuhvaćena univerzalnom jurisdikcijom, a to su povreda dužnosti kontrole od strane vojnog komandanta (čl. 14) i propuštanja da se izvesti o izvršenju krivičnog dela (čl. 15). Odustajanje od krivičnog gonjenja postavljeno je na fakultativne osnove, te tužilac diskreciono procenjuje da li će pokrenuti istragu (Ambos, 2007a, p. 49; Jeßberger, 2007, p. 16). Tokom donošenja zakona insistirano je na rigoroznom regulisanju čl. 153f ZKP-a radi doslednijeg poštovanja pravila nemešanja u prava država sa jurisdikcionim prioritetom (Jeßberger, 2007, p. 15, nap. 27), ali se od toga odustalo, te je, prema postojećem rešenju, moguće dati prednost pokretanju postupka u Nemačkoj – npr. kada se u njoj nalazi veća grupa žrtava koje nemaju nemačko državljanstvo (Jeßberger, 2007, p. 16). Na taj način je donekle očuvana dogmatska zgrada čl.

⁷ Ideja o istrazi kao jedinjoj fazi postupka koji se na osnovu univerzalne jurisdikcije vodi u odsustvu učinioca danas je vrlo aktuelna. Zastupljena je u Rezoluciji, 2005 kao i u II rezoluciji IV sekcije XVIII međunarodnog kongresa za krivično pravo (Istanbul, 2009). U tom kontekstu neophodno je spomenuti uspostavljanje *Internacionalnog nepristrasnog nezavisnog mehanizma za pomoć u istrazi i procesuiranju odgovornih za najteže zločine prema međunarodnom pravu izvršene u Sirijiskoj Arapskoj Republici počev od marta 2011.* od strane Generalne skupštine UN 2016.

⁸ U konceptu „komplementarne pripravnosti“ akcentat je na strukturalnoj istrazi, tj. širokom preliminarnom istraživanju koje omogućava identifikaciju, pronalaženje i, često, hvatanje učinioca. Na taj način je u Nemačkoj identifikovan i 12. februara 2019. godine uhapšen Jamil Hasan (*Jamil Hassan*), bivši šef Istražnog odeljenja vazduhoplovnih snaga Sirije, protiv koga je u junu 2018. izdat međunarodni nalog za hapšenje. U literaturi se naglašava da i uspehe Švedske u istraživanju zločina u Siriji treba na prvom mestu pripisati mogućnosti da se pretkrivični postupak i istraga vode u odsustvu okrivljenog, čak i bez obzira na zahtev da je okrivljeni imao boravište u Švedskoj – ECCHR, Survivors of Assad's torture system demand justice, 2019.

1 VStGB-a, jer „fakultativnost odustanka u suštini omogućava samo da se izbegne istraga i procesuiranje u slučajevima gde ne postoje realne šanse za uspeh“ (Ambos, 2007a, p. 49).

Generalni uslov za odustajanje od krivičnog gonjenja, prema čl. 153f, st. 1 ZKP-a, jeste da „osumnjičeni“⁹ ne boravi u Nemačkoj, odnosno da se takav njegov boravak ne očekuje, što se u praksi vrlo široko tumači – npr. uzima se da boravak postoji kada se neko lice nalazi u tranzitu ili privremeno boravi, voljno ili nevoljno – *mala captus, bene detentus* (Ambos, 2007a, p. 49). U nemačkoj literaturi ističe se da ta odredba *de facto* znači odsustvo navodnog učinioca u Nemačkoj (HRW, 2014, p. 4; Langer, 2011, p. 9; Ryngaert, 2010, p. 183). U čl. 153f, st. 2, tač. 1–4 ZKP-a su naročito navedene sledeće smernice za odustanak od krivičnog gonjenja: 1. da ne postoji sumnja da je delo učinio nemački državljanin; 2. da ne postoji sumnja da je delo izvršeno protiv nemačkog državljanina; 3. da nijedan od osumnjičenih nema boravak u Nemačkoj niti će ga eventualno imati; 4. da se ne vodi postupak pred međunarodnim sudom ili pred sudom države gde je zločin učinjen, odnosno države čiji je državljanin osumnjičeni ili žrtva.¹⁰

Zadržali bismo se nešto detaljnije na principu supsidijariteta, pri čemu koristimo objašnjenja i tumačenja odgovarajućih pojmova u Rimskom statutu s obzirom na to da su mnogi od tih pojmova gotovo identični sa odgovarajućim na nacionalnom nivou, uključujući i nemačko pravo. Jurisdikcija treće države uslovno je supsidijarna u odnosu na jurisdikciju MKS-a, odnosno teritorijalne države ili druge države koja ima jurisdikcioni prioritet na bazi državljanstva učinioca/žrtve (Ambos, 2016, p. 240; Jeßberger, 2010, p. 239). Uslov pod kojim Nemačka, kao treća država, može da stupi na mesto MKS-a ili druge države sa jurisdikcionim prioritetom jeste da oni neće ili ne mogu da procesuiraju zločin. Prema Rimskom statutu u prvom slučaju reč je o tzv. *sham* postupku, tj. kada se vodi lažan (prividan) postupak, pri čemu država koja ima jurisdikcioni prioritet ne postupa *bona fidae*. U drugom slučaju u državi postoji potpuni kolaps pravosudnog sistema. Zato Ambros kaže (2016, p. 227) da „država koja ostaje pasivna pred međunarodnim zločinom [...] ne može pretendovati na to da su njeni jurisdikcioni interesi povređeni zato što treća država preuzima krivično gonjenje“.

Institut *sham* postupka nije izričito regulisan u nemačkom zakonodavstvu, ali se u obrazloženju VStGB-a navodi da nema opravdanja za primenu člana 153f ZKP-a. Kritikuje se način primene tog člana i ukazuje na to da treća država nema obavezu da automatski

⁹ U pogledu termina osumnjičeni vid.: Ambos, 2007a, p. 47, nap. 23.

¹⁰ Ako se uslovi posmatraju u kontekstu fakultativne primene čl. 153f, može se zaključiti sledeće. Kada učinilac nije prisutan u Nemačkoj, a ne postoji neka druga tačka vezivanja iz čl. 153, st. 2, tač. 1-3) Nemačka bi trebala da se uzdrži od pokretanja krivičnog postupka (Drucksache 14/8524, p. 38), naročito ako nema realnih izgleda da se postupak uspešno okonča. Ako je stranac prisutan u Nemačkoj ili se njegov boravak ne može anticipirati, postoji obaveza na krivično gonjenje (Jeßberger, 2007, p. 17), u skladu sa principom legaliteta krivičnog gonjenja (čl. 152, st. 2 ZKP). Ako je postupak pokrenut po jurisdikcionom prioritetu pred internacionalnim ili nacionalnim sudom druge države, nemački federalni tužilac bi, u načelu, saglasno supsidijarnom načelu, trebalo da odustane od krivičnog gonjenja (čl. 153f, st. 2, tač. 4), ali nije obavezan da to učini, naročito ako se postupak u inostranstvu vodi „bez stvarne namere da se procesuiraju [...] odnosno sa ciljem da se okrivljeni zaštiti od procesuiranja“ (Jeßberger, 2007: 15) – tzv. *sham* postupak. Stoga, tužilac neće odustati u slučaju kada će teritorijalna ili druga država voditi *sham* postupak (Drucksache 14/ 8524, p. 38). Sledeća opcija jeste da tužilac nastavi sa postupkom pred nemačkim sudovima. Do postupka, međutim, neće doći, iako osumnjičeni ima boravak u Nemačkoj, ali se vodi postupak za njegovo izručenje ili transfer (čl. 153f, st. 2 – finalna rečenica).

ustupi jurisdikciju državi sa jurisdikcionim prioritetom (Jeßberger, Kaleck & Schueller, 2010, p. 233).¹¹ Očekuje se da treća država pre donošenja odluke mora razmotriti da li se osnovano može pretpostaviti da će država kojoj se jurisdikcija ustupa postupati u skladu sa međunarodnim standardima *due process of law*. Pojmovi „neće“ ili „ne može“ prema članu 153f, st. 2, tač. 4 ZKP-a vezuju se za postupak koji je u toku – koji se već vodi (*verfolgt wird*), za razliku od čl. 17, st. 1, tač. 2 i 3 Rimskog statuta, prema kome dolazi u obzir i postupak koji je okončan i gde je odluka već donesena.

Univerzalna jurisdikcija u nemačkom pravu predviđena je, na bazi principa svetskog prava (Jessbereger, 2007, p. 4), i u odnosu na supranacionalna, ugovorna međunarodna krivična dela, saglasno čl. 6 KZ-a u kome je propisano da će se „nemačko krivično pravo primeniti bez obzira na zakon zemlje gde je delo učinjeno na sledeća krivična dela¹² izvršena u inostranstvu”. Na posebnu prirodu ovih dela ukazuje i sam naslov člana – „Krivična dela prema nacionalnom pravu upravljena protiv međunarodno zaštićenih pravnih interesa“. U pogledu pravne prirode osnova za jurisdikciju postoji bitna razlika, jer iza krivičnih dela predviđenih u čl. 1 VStGB-a stoji MOP, dok iza krivičnih dela predviđenih u čl. 6 KZ-a stoje međunarodni ugovori. U tom smislu trebalo bi da uspostavljanje univerzalne jurisdikcije kod svake od dve vrste krivičnih dela sledi različita pravila (Jeßberger, 2007, p. 5).

Čl. 6 KZ-a, međutim, ne uspostavlja tu distinkciju. Osnovna karakteristika principa svetskog prava jeste neuvažavanje principa dvostruke kažnjivosti jer se radi o povredi pravnih dobara zaštićenih međunarodnim pravom (srž *core crimes*-a je nadmoć međunarodnog prava nad nacionalnim). To se posebno naglašava u nemačkom pravu, naročito za dela predviđena VStGB-om, budući da nemački organi mogu započeti istragu i sudovi doneti presudu i kad to delo nije predviđeno u pravu zemlje u kojoj je izvršeno (Blanco Cordero, 2008, par. 14; Ryngaert, 2010, pp. 170-172), mada postoje i umereniji stavovi, pa tako Ambros, koji ne negira postojeći stav u vezi sa principom dvostruke kažnjivosti, ističe značaj pravila *ne bis in idem* iz čl. 50 Povelje o osnovnim pravima EU (2007), koje je takođe prihvaćeno i u čl. 54 Konvencije o primeni Šengenskog sporazuma (1985), kao i u Rimskom statutu (čl. 20) i Statutu MKTJ (čl. 10). Čl. 6 KZ-a, kao što sledi iz citiranog teksta, upravo sadrži takvu odredbu. Primena te odredbe nije uslovljena postojanjem nikakvog legitimacionog nekusa niti je nagovešten bilo kakav zahtev koji proizilazi iz principa *aut dedere aut judicare*, npr. u pogledu prisustva učinioca. To znači da je, kao i kod *core crimes*-a, moguće pokrenuti krivični postupak i voditi

¹¹ U suštini, u pitanju je izbegavanje kompleksnih i politički osetljivih slučajeva kao što je to npr. slučaj *Ramsfeld (Rumsfeld)*, koji veoma tišti nemačke krivičnopravne poslenike. U prvom postupku koji je vođen protiv Ramsfelda (predstavka od 29. novembra 2004, izmenjena 10. februara 2005) federalni tužilac je odlučio da ne pokrene istragu. Iako su postojali dokazi da se protiv samog Ramsfelda ne vodi istraga, tužilac je istakao da se kompleks zločina izvršenih u Abi Ghraib-u već istražuje u SAD. Viši regionalni sud u Štutgartu je odbacio zahtev kao neprihvatljiv (Kaleck, 2009, p. 952). U drugom postupku protiv Ramsfelda (predstavka od 14. novembra 2006) priloženi su novi dokazi kojima je, pored ostalog, dokumentovano da protiv Ramsfelda nikakva istraga ni u SAD ni u Iraku nije vođena, ali je federalni tužilac ponovo odbio da pokrene postupak, ovog puta sa obrazloženjem da niko od osumnjičenih ne boravi u Nemačkoj, niti se može očekivati da će boraviti (HRW, 2014, pp. 5-6).

¹² U čl. 6, tač. 2-8 KZ-a predviđeni su: teška krivična dela zloupotrebe nuklearne energije, eksplozivnih ili radioaktivnih materijala, napadi na vazduhoplovni ili morski saobraćaj, trgovina ljudima u cilju seksualne ili radne eksploatacije, neovlašćeno rasturanje narkotika, distribucija pornografskog materijala, falsifikovanje novca i kreditnih kartica i prevara u vezi sa članom 264 KZ-a. Pre donošenja VStGB-a bili su obuhvaćeni genocid (čl. 6, tač. 1) i ratni zločini (čl. 6, tač. 9 KZ).

istragu u odsustvu učinioca (Jeßberger, 2007, pp. 10, 20). U pogledu mogućnosti da se istraga vodi u odsustvu učinioca postoji značajan izuzetak kada međunarodni ugovor, a to se odnosi u pravilu na sve ugovore koji sadrže klauzulu *aut dedere aut judicare*,¹³ zahteva da je učinilac prisutan na teritoriji države koja prema njemu sprovodi postupak. Tada postupanje na osnovu čl. 6, tač. 9 KZ-a treba da bude u skladu s međunarodnim ugovorom (Jeßberger, 2007, pp. 12, 20–21). To isto važi i za tačke vezivanja (Jeßberger, 2007, p. 12). S obzirom na to da se čl. 6, tač. 9 KZ-a do donošenja VStGB-a odnosio i na ženevske konvencije, sudska praksa je izgradila stav u pogledu pravne prirode zajedničkog člana kojim je regulisana jurisdikcija u odnosu na ratne zločine regulisane ženevskim konvencijama i priklonila se stavu da pomenuta odredba dozvoljava univerzalnu jurisdikciju *in absentia* (Jeßberger 2007, p. 12; Zimmermann, 2006, p. 352).¹⁴ Kako se ratni zločini danas tretiraju kao deo *core crimes*-a, nakon donošenja VStGB-a univerzalna jurisdikcija u pogledu tih dela rešava se putem čl. 1 tog zakona.

Za razliku od zakonskih rešenja, specifičnost univerzalne jurisdikcije u odnosu na ugovorna međunarodna krivična dela u punoj meri je došla do izražaja u nemačkoj sudskoj praksi. Savezni sud pravde uspostavio je dodatni legitimacioni neksus koji bi trebalo da opravda interes Nemačke da procesuiru u konkretnom slučaju. Taj zahtev i danas je karakterističan za nemačku sudsku praksu (BGH 2 StR96/14, 18. mart 2015). Jeßberger smatra da je takva praksa opravdana, čime jasno aludira na različitu pravnu prirodu jurisdikcijâ predviđenih u čl. 6 KZ-a i čl. 1 VStGB-a (Jeßberger, 2007, p. 10). Mnogi autori ističu da je to osnovni razlog što je u čl. 1 VStGB-a napravljen otklon i izričito predviđeno da se za jurisdikciju ne zahteva nikakva tačka vezivanja (Ambos, 2007a, p. 45). Još jedan momenat ukazuje na odstupanje od principa svetskog prava kad je u pitanju čl. 6 KZ-a. U čl. 153c, st. 2 ZKP-a izričito je predviđeno da javni tužilac može odustati od krivičnog gonjenja ako je za isto delo prema učiniocu kazna već izvršena u inostranstvu, ako je kazna koja se očekuje u Nemačkoj neznatna u odnosu na kaznu izrečenu u inostranstvu ili ako je optuženi u inostranstvu u pogledu istog dela već oslobođen pravosnažnom presudom. Krajnje konsekvence principa *ne bis in idem* su, dakle, uvažene.

Posmatrano u celini nema sumnje da izvesna ambivalentnost karakteriše nemački stav u pogledu univerzalne jurisdikcije u odnosu na ugovorna međunarodna krivična dela.

Princip dvostruke kažnjivosti dolazi, međutim, u punoj meri do izražaja kad je u pitanju procesuiranje na bazi principa zamenjujućeg krivičnog pravosuđa. U nemačkoj teoriji se čl. 7, st. 2 KZ-a Nemačke tretira kao tipičan izraz tog principa (Jeßberger, 2007, p. 8). Sledstveno tome, za uspostavljanje jurisdikcije zahteva se da je delo kažnjivo prema zakonu zemlje gde je izvršeno, kao i da se poštuje princip *ne bis in idem*. U nemačkom pravu su oba ta uslova ispunjena: čl. 7, st. 2 KZ-a i čl. 153c, st. 2 ZKP-a. Primena čl. 7 stav 2

¹³ Retki su međunarodni ugovori koji predviđaju postupanje u odsustvu učinioca. Pored ženevskih konvencija takvu odredbu sadrži npr. Međunarodna konvencije o zaštiti svih lica od prisilnih nestanaka (2007).

¹⁴ Stav se zasniva na odredbi prema kojoj je država ugovornica obavezna da sudi učiniocima teških povreda humanitarnog prava bez obzira na njihovo državljanstvo. Odredba je permissivnog karaktera i ne zahteva postojanje bilo kakvog teritorijalnog nekusa ili tačke vezivanja u pogledu državljanstva. Zimerman ističe da odredba ne samo da ne zabranjuje već podržava univerzalnu jurisdikciju *in absentia* i ukazuje na saglasno izdvojeno mišljenje sudijâ Higgins-a, Kooijmans-a i Buergenthal-a u slučaju *Arrest Warrant*, 2000, par. 31 i 56), koji, prema njegovom mišljenju, i pored izvesnog opreza, podržavaju shvatanje da zajednički član ženevskih konvencija stoji na poziciji univerzalne jurisdikcije *in absentia* (Zimmermann, 2006, p. 352).

KZ-a uslovljena je takođe prisustvom učinioca (stranca) u Nemačkoj koji nije ekstradiran bilo zbog toga što zahtev za ekstradiciju nije podnesen u razumnom roku ili što je odbijen, bilo zbog toga što ekstradicija uopšte nije izvodljiva. Iz ovog sledi da, što se tiče ekstradicije, zakonodavac operiše sa oba vida *aut dedere aut judicare*, tj. klasičnim oblikom tog principa – da je zahtev za ekstradiciju odbijen i haškom formulom – da zahtev za ekstradiciju u razumnom roku nije podnesen.

2.2. Španija

Zakon o sudovima [*Ley Orgánica del Poder judicial* (LOPJ)] koji se primenjuje u Španiji u svojoj originalnoj verziji iz 1985. predviđao je безусловnu univerzalnu jurisdikciju, drugim rečima, nije postavljao nikakve posebne uslove u pogledu tačaka vezivanja, hijerarhijskog reda u vezi s primenom jurisdikcijâ (princip supsidijariteta) i sl. (Fernández... 2014, p. 717). Čl. 23, st. 4 je glasio: „Španski sudovi imaju jurisdikciju u pogledu krivičnih dela izvršenih izvan teritorije Španije kad su ih izvršili španski državljani ili stranci [...]” (Contribution, 2016, p. 2).

Započinjanje postupka na osnovu univerzalne jurisdikcije, otvaranje istrage, izdavanje međunarodnog naloga za hapšenje, zahteva za ekstradiciju i sl. bilo je, takođe, moguće bez prisustva navodnog učinioca, ali glavni pretres i izricanje krivične sankcije, prema opštim propisima španskog krivičnog procesnog prava (i pre i danas) nije moguće bez prisustva optuženog (Kaleck, 2009, p. 954). U presudi u slučaju *Genocid u Gvatemali* Ustavni sud Španije je naglasio da je prisustvo okrivljenog samo uslov za odvijanje glavnog pretresa, ali ne i distinktivni osnov jurisdikcije, tj. odobrio je da se jurisdikcija može uspostaviti nezavisno od prisustva učinioca (Constitutional, 2005, II, par. 7).

Temeljni osnov na kom se bazirala jurisdikcija prema čl. 23, st. 4 LOPJ-a iz 1985. je, dakle, postojanje teške povrede međunarodnog humanitarnog prava (ovo posebno ako se uzme u obzir pozitivno rešenje iz 2014. prema kom se izričito zahteva prisustvo okrivljenog na osnovu principa *aut dedere aut judicare*). Zakonom iz 1985, međutim, samo je genocid bio obuhvaćen odredbom čl. 23, st. 4, tač. a, dok je primena univerzalne jurisdikcije u pogledu ratnih zločina vezanih za ženevske konvencije bila regulisana generalnom odredbom predviđenom u čl. 23, st. 4, tač. g, koja se odnosila na procesuiranje krivičnih dela koja proizlaze iz međunarodnih ugovora.

Ključni momenat koji je doprineo prodoru univerzalne jurisdikcije u Španiji bila je mogućnost da se pokrene krivični postupak na osnovu *actio popularis*-a (Fernández, 2014, p. 717), što je, uz liberalnu postavku čl. 23, st. 4. LOPJ-a (bez ograničenja u pogledu tačaka vezivanja posebno u vezi sa državljanstvom ili mestom boravka žrtve¹⁵) omogućilo brojnim žrtvama da uz podršku nevladinih organizacija iniciraju krivične postupke. Na

¹⁵ U slučaju *Genocid u Gvatemali* Vrhovni sud Španije odbacio je zahtev za pokretanje postupka zahtevajući da žrtve moraju biti španski državljani (Spanish Supreme Court, No. 327/2003), čime je eliminisan supstrat predmeta – genocid nad pripadnicima etničke grupe Maja, a slučaj je ograničen na masakr španskih državljana u njihovoj ambasadi. Poništavajući ovu presudu Ustavni sud Španije je istakao da je na taj način Vrhovni sud zločin protiv čovečnosti sveo na zaštitu sopstvenih građana te da takva interpretacija čl. 23, st. 4, tač. a LOPJ-a menja sadržaj univerzalne jurisdikcije u toj meri da ona postaje neprepoznatljiva u odnosu na ostale jurisdikcione osnove (Constitutional, 2005, par. 8).

primer, u slučaju *Genocid u Gvatemali* preko dvadeset nevladinih organizacija se pridružilo peticiji žrtava, uključujući i *Rigoberta Menchú-a*, nosioca Nobelove nagrade za mir.

Jedini ograničavajući elemenat koji je LOPJ iz 1985. sadržao bilo je pravilo *ne bis in idem*, prema kom španski sudovi nisu mogli procesuirati dela predviđena u čl. 23, st. 4, za koja su učinioce već bili oslobođeni, pomilovani ili osuđeni od sudova drugih država (čl. 23, st. 5).

Sa takvim konceptom univerzalne jurisdikcije i odredbama o nazavisnom sudstvu (Kaleck, 2009, p. 954) Španija je postala lider u praktikovanju univerzalne jurisdikcije, a sa čuvenim nalogom za hapšenje protiv Pinočea (*Pinochet*) stupila je na međunarodnu scenu. Iako su u tom slučaju neke žrtve bili državljani Španije, sudija Baltazar Garzon se opredelio da zahtev za ekstradiciju zasnuje na univerzalnoj jurisdikciji (Langer, 2011, p. 23).

No, po uobičajenoj agendi usledio je veoma jak pritisak zemalja čiji su sunarodnici bili involvirani u zločine. Mogućnost da se primeni univerzalna jurisdikcija bila je stoga progresivno limitirana, naročito 2009. (LOPJ 1/2009), a zatim – 2014. (LOPJ 1/2014). Ono što obeležava LOPJ 1/2009 je izuzetno restriktivan pristup koji je pratio probleme s kojima se suočavala sudska praksa (slučaj *Genocid u Gvatemali*). U tom smislu uspostavljen je zahtev za prisustvom učinioaca na španskoj teritoriji, za španskim državljanstvom žrtve ili nekim drugim neksusom koji bi ukazivao na vezu između izvršenog dela i Španije, uveden je princip supsidijariteta i sl.

Na taj način su mnogi slučajevi zatvoreni, npr. *Tibet 2*, ali ne i svi. Predmet *Tibet 1* izazvao je nove tenzije, a protesti Kine zbog izdavanja međunarodnog naloga za hapšenje protiv bivšeg predsednika države Jiang Zemina i bivšeg predsednika vlade Li Penga u novembru 2013. bili su povod za nove zakonske izmene.

Prema aktuelnom tekstu čl. 23, st. 4. LOPJ-a od 2014. skala krivičnih dela na koje se primenjuje jurisdikcija Španije kad ih, van njene teritorije izvrši španski državljanin ili stranac, značajno je proširena, ali su zato i veoma minuciozno razrađene restrikcije u pogledu njene primene.

Što se tiče *core crimes-a*, čl. 23, st. 4, tač. a LOPJ-a 1/2014 odnosi se ne samo na genocid već i na zločin protiv čovečnosti i ratne zločine (protiv zaštićenih lica ili imovine u slučaju oružanog sukoba). Primena jurisdikcije pretpostavlja da je učinilac stranac koji ima uobičajeno boravište u Španiji ili stranac koji se zatekao u Španiji, a čiju su ekstradiciju španske vlasti odbile (*aut dedere aut judicare*).

Iza krivičnih dela iz grupe *core crimes* sledi široka skala ugovornih međunarodnih krivičnih dela (čl. 23, st. 4 tač. b–o) među kojima su i neke vrlo aktuelne inkriminacije, kao npr. one koje proizlaze iz Konvencije Saveta Evrope protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici ili pak iz Konvencije Saveta Evrope o falsifikovanju medicinskih proizvoda i drugih krivičnih dela koja predstavljaju pretnju za javno zdravlje.¹⁶

¹⁶ Pored tih krivičnih dela, čl. 23, st. 4 odnosi se i na sledeće inkriminacije: torturu, prisilni nestanak, krivična dela koja proizlaze iz Konvencije o suzbijanju nezakonite otmice vazduhoplova, Konvencije o suzbijanju nezakonitih akata uperenih protiv bezbednosti civilnog vazduhoplovstva, Konvencije o fizičkoj zaštiti nuklearnog materijala kao i krivična dela neovlašćenog stavljanja u promet droga i drugih psihotropnih supstanci, krivična dela protiv polne slobode i nepovredivosti maloletnika, korupcije i dr.

Osnovni metod kojim se poslužio zakonodavac ograničavajući primenu jurisdikcije jeste variranje obeležja aktivnog i pasivnog personaliteta, te se, s jedne strane, u ulozi učinioca pojavljuju španski državljani (ta odredba datira od 1985) i stranci koji uobičajeno borave u Španiji,¹⁷ a s druge strane – alternativno toj tački vezivanja, u ulozi pasivnog subjekta (žrtve) – španski državljanin ili lice koje je rezident (uobičajeno boravi) u Španiji u vreme izvršenja dela ili, kod nekih dela, da se nalazi u Španiji (čl. 23, st. 4, tač. k. 4 i m. 4). Zakon predviđa takođe i generalnu obavezu Španije da procesuiru sva dela koja proizlaze iz međunarodnih ugovora, a koja nisu izričito navedena u čl. 23, st. 4.

LOPJ 1/2014 poklanja takođe veoma značajnu pažnju supsidijaritetu, posebno *sham* postupku. Prema čl. 23, st. 5 krivična dela iz čl. 23, st. 4 neće se procesuirati u Španiji ako već teče postupak pred međunarodnim sudom ili sudom države gde je delo izvršeno, odnosno čiji je državljanin učinilac (Fernández, 2014, p. 724) osim ako se navodni učinilac ne nalazi u Španiji ili ako je pokrenut postupak za njegovo izručenje državi gde je delo izvršeno ili državi čiji je državljanin žrtva ili ako je pokrenut postupak za predaju tog lica MKS-u ili nekoj od gore pomenutih država, osim ako ekstradicija nije odobrena.

Sham postupak je detaljno regulisan, i to potpuno po matrici Rimskog statuta. Prema čl. 23, st. 5 LOPJ-a 1/2014 sud će, prilikom određivanja pojma „neće“, razmotriti u svakom konkretnom slučaju, polazeći od *due process of law*, da li postoji jedna ili više sledećih okolnosti: a) da li je postupak vođen, ili se vodi, ili je odluka donesena u cilju zaštite lica od krivične odgovornosti; b) da li je došlo do neopravdanog zastoja u postupku koji, prema okolnostima, nije u skladu s namerom da se lice privede pravdi; c) da nije postupak vođen ili se ne vodi na nezavisan ili nepristrasan način ili prema okolnostima nije vođen ili se ne vodi na način koji je u skladu s namerom da se lice privede pravdi. Prilikom utvrđivanja „nemogućnosti“, Sud će u svakom konkretnom slučaju razmotriti da li je do toga došlo usled totalnog i suštinskog kolapsa pravosudnog sistema, nemogućnosti da se dođe do optuženog, neophodnih dokaza, svedoka i sl. (Contribution, 2016, p. 8).

Izmena koja je izazvala najoštrije reakcije odnosi se na pokretanje krivičnog postupka. Ovlašćenje za pokretanje postupka je vrlo široko postavljeno, budući da prema čl. 125 Ustava Španije „građani mogu pokrenuti postupak“ (*actio popularis*), što znači da se u toj ulozi mogu pojaviti ne samo (pojedinci) žrtve krivičnog dela već i grupe građana, kao i nevladine organizacije koje imaju javni interes za pokretanje postupka. Prema LOPJ-u 1/2014, međutim, postupak na osnovu univerzalne jurisdikcije može pokrenuti samo žrtva ili javni tužilac (čl. 23, st. 6). Otpala je mogućnost da se u toj ulozi pojave grupa građana i NGO. Ne treba isticati značaj i ulogu civilnog društva; logistika, finansijska sredstva, stručnost, profesionalni kadar i autoritet koji uživaju često su krucijalne za uspešno praktikovanje univerzalne jurisdikcije. Do danas nevladine organizacije nisu uspele da povrate mesto koje su u tom pogledu imale u španskom pravnom sistemu.

Nesporno je da su predviđene restrikcije umanjile potencijale u pogledu primene univerzalne jurisdikcije. Nije slučajno što se u teoriji ističe da je pre reč o ekstrateritorijalnoj,

¹⁷ Npr. kod krivičnih dela protiv polne slobode i nepovredivosti maloletnika (tač. k. 1 i 2) krivičnih dela vezanih za Konvenciju Saveta Evrope protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (tač. l. 1 i 2), trgovine ljudima (tač. m. 1 i 2), korupcije (tač. n. 1 i 2) i krivičnih dela vezanih za Konvenciju Saveta Evrope o falsifikovanju medicinskih proizvoda i sličnih krivičnih dela koja predstavljaju pretnju za javno zdravlje (tač. o. 1 i 2).

a ne univerzalnoj jurisdikciji. Fernández (2014, p. 726) štaviše ističe da je univerzalna jurisdikcija izmeštena iz španskog jurisdikcionog sistema.

No, i pored toga, zahvaljujući tradiciji, a prvenstveno političkoj volji, kao i odlučnosti sudije Eloja Velaska (*Eloy Velasco*), Španija je bila prva država koja je pokrenula krivični postupak za zločine izvršene u Siriji. Amal Hag-Hamdo Anfalis, čiji je brat Abdul Hamdo bio podvrgnut torturi, a zatim ubijen u jednom od centara za zadržavanje u Damasku, 1. februara 2014. inicirala je postupak protiv devetorice visokih sirijskih oficira, uključujući i Ali Mamluka, prvog čoveka sirijske bezbednosne službe. U daljem toku postupka, suđeci prema izvorima iz štampe, javni tužilac je uložila žalbu na odluku suda zato što nije zadovoljen uslov postojanja pasivnog personaliteta da bi se uspostavila univerzalna jurisdikcija.

2.3. Belgija

Belgijski Zakon o ratnim zločinima iz 1993. (*War Crimes Act*) kao i kasniji Zakon o genocidu iz 1999 (*Genocide Act*) (Zakon od 1999) i danas se pominju kao izuzetna (pionirska) rešenja u regulisanju univerzalne jurisdikcije. Prema čl. 7 Zakona od 1999, belgijski sudovi su mogli da sude za genocid, zločine protiv čovečnosti i ratne zločine izvršene van teritorije Belgije nezavisno od državljanstva učinioca ili žrtve. Čl. 7 tog zakona glasi: „Belgijski sudovi će biti nadležni za teške povrede međunarodnog humanitarnog prava predviđene ovim zakonom nezavisno od toga gde je delo izvršeno.“ Prisustvo učinioca u istrazi ni tokom daljeg postupka nije se zahtevalo (Panáková, 2011, p. 56). To je omogućilo da se pokrene krivično gonjenje protiv mnogih visoko pozicioniranih vojnih i političkih ličnosti: Arijela Šarona (*Ariel Sharon*), Džordža Buša Starijeg (*George H. W. Bush*), Kolina Pauela (*Collin Powell*), Jasera Arafata (*Yasser Arafat*), Fidela Kastro (*Fidel Castro*), Tomija Franka (*Tommy Frank*) i dr. bez obzira što su bili nedostupni belgijskim organima gonjenja.

Osnovni zamajac bila je, kao i u Španiji, mogućnost pokretanja krivičnog postupka na osnovu *actio popularis*-a. Žrtve su imale pravo da se direktno obrate istražnom sudiji (*juge d'instruction*) sa inicijativom za pokretanje postupka. Istražni sudija je mogao da otvori istragu i izda nalog za hapšenje i bez prethodnog odobrenja javnog tužioca. Kako ističu Beken, Vermeulen & Ongena (2002, par. 43) istraga je započinjala gotovo automatski. Istina, još jedan momenat je značajno uticao na obim primene univerzalne jurisdikcije – Zakon od 1999. nije priznavao imunitet šefovima država, šefovima vlada i ministrima inostranih poslova dok vrše svoju službenu funkciju.

Kao i u primerima Nemačke i Španije (iz 1985), jedini motiv kojim se rukovodio belgijski zakonodavac bile su priroda i težina teških povreda međunarodnog humanitarnog prava. To je bio razlog što je ogroman broj žrtava pohrlio u Belgiju, nadajući se pravdi.¹⁸

¹⁸ Npr. u slučaju Hisen Habre (*Hissène Habré*), kad su senegalski sudovi zbog velikog međunarodnog pritiska odbili da reše slučaj (jul 2000), žrtve su došle u Belgiju (tri od njih su već imale belgijsko državljanstvo) i inicirale postupak. Sudija Danijel Fransen (*Daniel Fransen*) otvorio je istragu u novembru 2000, otputovao u Čad, saslušavao svedoke, posetio N'Djamen, mesto najvećeg masakra i na kraju izdao međunarodni nalog za hapšenje i zahtev za ekstradiciju Hisena Habrea. Senegal, u kome je Habre uživao azil, odbio je taj zahtev. Tada je Belgija inicirala pokretanje postupka protiv Senegala pred MSP-om. Presuda MSP *Questions* 2012 bila je odlučna za kasniju osudu Hisena Habrea pred *Extraordinary African Chambers* 2017. godine.

Nažalost, zbog političkog pritiska, a jednim delom i zbog neuspeha u slučaju Abdulaje Jerodija Ndombasija (*Abdulaye Yerodia Ndombasi*), Belgija je bila prinuđena da izmeni zakonodavstvo o univerzalnoj jurisdikciji. „Upozorenja“ su povremeno bila vrlo drastična, kako svedoče aktivisti Međunarodnog Crvenog krsta, kao npr. pretnja SAD da može dovesti u pitanje prisustvo NATO trupa u Belgiji.

Tu situaciju Belgija je prvo pokušala da reši putem izmena Zakona od 1999. (Zakon od 23. aprila 2003), ali kad to nije zadovoljilo uzbunjene međunarodne faktore, posebno Izrael i SAD, Zakonom od 5. avgusta 2003. ukinut je Zakon od 1999, a pravila o univerzalnoj jurisdikciji za teške povrede međunarodnog humanitarnog prava smeštena su među ostale odredbe ZKP-a koje su se odnosile na protektivni princip i ekstrateritorijalnu primenu prava [*Titre preliminaire du Code de procedure penale* – Prethodni deo Zakonika o krivičnom postupku (ZKP)]. To rešenje je i danas u primeni. Uz to su uvedena i velika ograničenja u primeni jurisdikcije. Kako su neki autori isticali, primena univerzalne jurisdikcije nastoji da svede u „razumne okvire“ i otkloni neutemeljene i često politički motivisane zahteve za procesuiranje (Smis & Van der Borgh, 2003). Ključna uloga u tom „svođenju u razumne okvire“ pripala je federalnom tužiocu koji je postao „čuvar“ državnih i političkih interesa Belgije.

Primena univerzalne jurisdikcije je, kao u Španiji, ograničena uvođenjem aktivnog i pasivnog personaliteta. U čl. 6, st. 1bis ZKP-a predviđena je univerzalna jurisdikcija u pogledu teških povreda međunarodnog humanitarnog prava izvršenih van teritorije Belgije, ako su ih izvršili belgijski državljani, odnosno lica čije je glavno mesto boravka (*résidence principale*) u Belgiji, s tim što u obzir dolazi i naknadno sticanje rezidencijalnog statusa, posle izvršenog krivičnog dela (Beken, Vermeulen & Ongena, 2002, par. 18).

Prema članu 10, stav 1bis ZKP-a, koji ima centralno mesto u regulisanju ove problematike, u ulozi žrtve se mogu pojaviti samo belgijski državljani ili izbeglice čije je uobičajeno mesto boravka (*résidence habituelle*) u Belgiji ili licâ koja su u poslednje tri godine stvarno, uobičajeno i zakonito u njoj nastanjena. Očigledno je da je oštrica izmena upravljena na žrtvu kao inicijatora krivičnog postupka. Ako ne postoji direktni neksus između krivičnog dela i Belgije po osnovu državljanstva ili trogodišnjeg zakonitog boravka žrtve u toj zemlji ili po nekom drugom osnovu (ako je učinilac belgijski državljanin, ako se nalazi na belgijskoj teritoriji ili je delo izvršeno na belgijskoj teritoriji – Beken, Vermeulen & Ongena, 2002, par. 43), samo federalni tužilac može inicirati istragu. Ako žrtva ne zadovoljava tražene uslove, mora da se obrati federalnom tužiocu, koji ceni da li će dati instrukcije istražnom sudiji da pokrene istragu. Sve do 2006. protiv odluke federalnog tužioca nije bila dozvoljena žalba (napomena uz čl. 10, st. 1bis ZKP). Ovakvo regulisanje pre odgovara ekstrateritorijalnoj jurisdikciji zasnovanoj na državljanstvu učinioca/žrtve i bitno se razlikuje od ideje bezuslovne univerzalne jurisdikcije po Zakonu od 1999.

Belgijski zakonodavac se, međutim, nije odrekao univerzalne jurisdikcije u odsustvu. U tom smislu veoma je značajna presuda Kasacionog suda od 12. februara 2003. Rešavajući slučaj Arijela Šarona i Amosa Jarona (komandanta izraelskih odbrambenih snaga Libana 1982. za vreme masakra u Sabri i Šatili) i odbacujući stav državnog tužioca, sud je zauzeo stav „da procesuiranje na osnovu Zakona od 1999. (u vreme vođenje postupka) za zločin genocida, zločine protiv čovečnosti i ratne zločine nije ograničeno restrikcijama predviđenim

u ZKP-u, posebno onim koje se tiču prisustva učinioca na belgijskoj teritoriji“ (Sharon Trial: 12 February 2003 decision of Belgian Supreme Court explained). Naime, Apelacioni sud u Briselu, koji je postupao u prvom stepenu (interlokutorni postupak) smatrao je da čl. 12 ZKP-a, koji je regulisao (i pre i danas) prisustvo okrivljenog važi i kad je u pitanju primena Zakona 1993/99 (Presuda od 26. juna 2002).¹⁹ Kasacioni sud se ogradio od takvog tumačenja, ali je u odnosu na Arijela Šarona ipak obustavio postupak, istina, ovog puta na osnovu imuniteta (ističući da prema MOP-u predsednik vlade ima pravo na imunitet dok vrši službenu funkciju i kad se postupak vodi na bazi univerzalne jurisdikcije) dok je u pogledu drugih lica, uključujući i Amosa Jarona, odlučio da se postupak nastavi ne zahtevajući pritom prisustvo okrivljenih (Roht-Arriaza, 2004, p. 386). Podržavajući takvo rešenje Ongena i Van Daele insistiraju na tome da svako ograničenje univerzalne jurisdikcije, a posebno u pogledu prisustva okrivljenog, treba da bude izričito predviđeno kada su u pitanju teške povrede međunarodnog humanitarnog prava (Ongena & Van Daele, 2002, p. 699).

Bez ustezanja se može konstatovati da je odluka Kasacionog suda profilirala dalji belgijski stav u pogledu univerzalne jurisdikcije *in absentia*. Pritom se mora imati u vidu da je ona donesena nakon odluke MSP-a u slučaju *Arrest Warrant*.²⁰ Zakon od 5. avgusta 2003. nije eliminisao tu ustanovu, nego je primena čl. 12 ZKP-a proširena i na teške povrede međunarodnog humanitarnog prava. Istina, u Belgiji kao da postoji prećutni sporazum da se univerzalna jurisdikcija *in absentia* mnogo ne pominje. Tako npr. Baker ističe da se može očekivati, s obzirom na to da je pokretanje postupka na bazi univerzalne jurisdikcije u rukama tužioca, da će suđenja *in absentia* biti retka (Baker, 2009, p. 165). Činjenica je, međutim, da univerzalna jurisdikcija *in absentia* na osnovu čl. 10, st. 1bis ZKP-a i danas predstavlja pozitivno rešenje belgijskog krivično-procesnog prava – čl. 12, st. 2 ZKP-a.

U pogledu *core crimes*-a predviđen je takođe princip supsidijariteta kao i *sham* postupak (čl. 10, st. 1bis, al. 4. ZKP). Prema čl. 10, st. 1bis ZKP-a, federalni tužilac može odustati od pokretanja krivičnog postupka ako smatra da: 1. je ono što se učiniocu stavlja na teret očigledno neosnovano; 2. činjenice navedene u zahtevu ne odgovaraju pravnoj kvalifikaciji teških povreda međunarodnog humanitarnog prava (predviđenim u knjizi II, naslov I bis KZ); 3. zahtev ne može dovesti do prihvatljive javne optužbe; 4. iz konkretnih okolnosti slučaja proizlazi da bi u interesu pravde i radi poštovanja međunarodnih obaveza Belgije trebalo da ovaj slučaj potpadne pod jurisdikciju međunarodnog suda ili nacionalnog suda države gde je delo izvršeno, odnosno čiji je učinilac državljanin, odnosno gde on može da se pronađe, osim ako ta jurisdikcija nije zasnovana na nezavisnom, nepristrasnom i *fair* postupanju.

¹⁹ Naime, pre izmena iz 2003, čl. 12 ZKP-a predviđao je određene izuzetke u pogledu prisustva okrivljenog – npr. u vezi sa zaštitnim principom, ali takvi izuzeci nisu bili predviđeni u pogledu krivičnih dela genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina.

²⁰ Opšte je poznato da je presudom *Arrest Warrant* naloženo belgijskim pravosudnim organima da povuku međunarodni nalog za hapšenje protiv Jerodije, što je i učinjeno presudom Apelacionog suda u Briselu od 16. aprila 2002. Istina, MSP je odluku zasnovao na imunitetu, a ne na negiranju univerzalne jurisdikcije *in absentia*. Iako je to pitanje bilo predmet oštrog sukobljavanja, prevladao je stav sudija Higgins-a, Kooijmans-a i Buergenthal-a da ženevske konvencije stoje na poziciji univerzalne jurisdikcije *in absentia* (Zimmermann, 2006, p. 352).

Taj institut uveden je Zakonom od 5. avgusta 2003, a s vremenom se njegova primena proširila i na ugovorna međunarodna krivična dela predviđena u čl. 10-ter i 12bis ZKP-a, kao i na neka teška krivična dela iz oblasti opšteg kriminaliteta – npr. posebni oblici ubistava kad se na ta dela primenjuje jurisdikcija predviđena u čl. 10, st. 5 ZKP-a. Univerzalna jurisdikcija predviđena je pre svega u pogledu ugovornih međunarodnih krivičnih dela regulisanih u čl. 10ter i 10quater ZKP.²¹ Pada u oči da primena tih odredaba nije ničim ograničena. Relevantna odredba čl. 10ter i 10quater u tom delu glasi: „Bilo koje lice koje izvrši krivično delo van teritorije Belgije može biti procesuirano u Belgiji [...]“, što znači da je primena univerzalne jurisdikcije u odnosu na ta krivična dela postavljena liberalnije nego kod *core crimes*-a.

Pored navedena dva člana, univerzalna jurisdikcija za ugovorna međunarodna krivična dela regulisana je i čl. 12bis ZKP-a, prema kome je Belgija, u pogledu krivičnih dela koja proizlaze iz pravila „ugovornog i međunarodnog običajnog prava ili prava EU“, a koja nisu obuhvaćena čl. 6–11. ZKP-a, dužna da preduzme mere koje su potrebne da bi slučaj procesuirali kompetentni organi. Vredi istaći da je MOP kao osnov za procesuiranje u čl. 12bis ZKP-a ubačen Zakonom od 5. avgusta 2003. Smatra se da to rešenje čl. 12 bis otvara prostor za krivičnoppravnu intervenciju ne samo u pogledu krivičnih dela koja proizlaze iz međunarodnih ugovora, a koja nisu obuhvaćena čl. 10ter i 10quater, već i za širu intervenciju na osnovu MOP-a, tamo gde ona nije moguća na osnovu osnovnih odredaba o regulisanju te materije koje su predviđene u čl. 6, st. 1bis i 10, st. 1bis ZKP-a.

Vrlo je značajno što su primena principa supsidijariteta i *sham* postupak prošireni i na neka ugovorna međunarodna krivična dela predviđena u čl. 10ter i 12bis ZKP-a, jer međunarodni ugovori, kod kojih se u pravilu jurisdikcija rešava putem principa *aut dedere aut judicare*, samo predviđaju obavezu države „da podnese predmet kompetentnim organima radi procesuiranja“, kao što je to slučaj i sa odredbom čl. 12bis belgijskog ZKP-a, ali ne i način na koji se ta obaveza realizuje. U tom smislu princip supsidijariteta, a posebno preciziranje *sham* postupka u vezi sa čl. 10ter i 12bis ZKP-a, predstavlja vrlo značajan instrument kako bi se izbeglo izigravanje postupka. Imajući u vidu da je u pogledu terorizma (čl. 137 KZ) obuhvaćenog čl. 10ter, kao i čl. 12bis ZKP-a predviđena mogućnost suđenja u odsustvu, može se zaključiti da je zakonodavac jurisdikciju u odnosu na ovaj vid međunarodnog kriminaliteta postavio na veoma solidne osnove.

Univerzalna jurisdikcija se odnosi i na krivična dela iz oblasti opšteg kriminaliteta, pri čemu se polazi, takođe, s jedne strane, od belgijskog državljanstva učinioca (čl. 7, st. 1 ZKP) a, s druge strane, od državljanstva žrtve (kada delo izvrši stranac prema belgijskom državljaninu) – (čl. 10, st. 5 ZKP-a). U oba slučaja zahteva se poštovanje principa dvostruke kažnjivosti. Neka od najtežih krivičnih dela iz ove grupe zakonodavac izdvaja i u pogledu njih dozvoljava suđenje u odsustvu (čl. 12, st. 1/1 i 2) a u nekim situacijama i primenu

²¹ Kao takva predviđena su npr: krivična dela seksualne zlopotrebe i eksploatacije maloletnih lica u cilju vršenja prostitucije i trgovine ljudima (čl. 10ter, st. 1 ZKP), krivična dela trgovine ljudskim organima (čl. 10ter, st. 1bis ZKP), krivična dela predviđena u knjizi 2/VII, glava V pod naslovom: voajerizam, napad na čednost i silovanje, i to dela iz: čl. 371/1 – 377 i 377quater KZ, kao i krivično delo sakaćenja ženskog polnog organa iz čl. 409. KZ-a kada su izvršena na štetu maloletnog lica (čl. 10ter, st. 2 ZKP), krivična dela terorizma predviđena u knjizi 2/Ierter izvršena pod uslovima iz čl. 10ter, st. 4 ZKP-a i korupcije iz čl. 246–249 i 250 KZ-a (čl. 10quater ZKP).

principa supsidijariteta. To su npr. teška ubistva i uzimanje talaca radi iznude; u pogledu njih suđenje u odsustvu je dozvoljeno na osnovu oba jurisdikciona osnova – i čl. 7, st. 1 ZKP-a i čl. 10, st. 5 ZKP-a, dok je primena principa supsidijariteta dozvoljena samo kad se procesuiru na osnovu čl. 10, st. 5 ZKP-a.

3. Umesto zaključka

Osnovna odredba putem koje je rešena univerzalna jurisdikcija u Krivičnom zakoniku Srbije iz 2005. (KZ), bez većih izmena, potiče iz jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva (moglo bi se reći još od OKZ-a iz 1947). Prema čl. 9, st. 2. KZ-a, krivično zakonodavstvo Srbije primenjuje se „na stranca koji prema stranoj državi ili prema strancu učini u inostranstvu krivično delo“ pod uslovom da se radi o krivičnom delu „za koje se po zakonu zemlje u kojoj je učinjeno može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna“, uz dodatni zahtev, koji odgovara principu *aut dedere aut judicare*, da se stranac zatekao na teritoriji Srbije i da nije izručen stranoj državi. Zakonski tekst izričito upućuje na zaključak da se pravila u vezi sa ekstradicijom zasnivaju na haškoj formuli („da nije izručen stranoj državi“).

Odredba polazi od poštovanja principa dvostruke kažnjivosti i principa *ne bis in idem*, uz uvažavanje ostalih procesnih pretpostavki predviđenih u čl. 10, st. 1 KZ-a, kao i poštovanje pravila vezanih za princip *aut dedere aut judicare*. Jednom rečju, u rešenju KZ-a Srbije prisutni su svi elementi karakteristični za zamenjujući oblik krivičnog pravosuđa. Odredba se, principijelno, ne razlikuje od čl. 7, st. 2 KZ-a Nemačke.

Poseban primer delegacije teritorijalne jurisdikcije od strane Srbije predstavlja rešenje iz čl. 6, st. 5 KZ-a („krivično gonjenje stranca koji je izvršio krivično delo na teritoriji Srbije pod uslovima reciprociteta može se ustupiti stranoj državi“). U odnosu na čl. 9, st. 2 KZ-a, koji se može odnositi na brojna krivična dela, čl. 6, st. 5 KZ-a ima restriktivniji zahvat – odnosi se na lakša krivična dela (posebno na saobraćajne delikte koje učine stranci na teritoriji Srbije).

Potrebno je istaći da je zakonodavac imao sluha i za specifičnosti univerzalne jurisdikcije u pogledu teških povreda međunarodnog humanitarnog prava (rešenje datira od KZ SFRJ, 1977). Prema čl. 10, st. 3 KZ-a, zločini „koji su se u vreme izvršenja smatrali krivičnim delima prema opštim pravnim načelima priznatim u međunarodnom pravu krivično se gone nezavisno od principa dvostruke kažnjivosti“. Rešenje, međutim, nije izvedeno do kraja jer je primena navedene odredbe uslovljena postojanjem pretpostavki iz čl. 9, st. 2 KZ-a.

Iz aspekta univerzalne jurisdikcije posebnu pažnju privlači odredba sadržana u čl. 3 Zakona o organizaciji i nadležnosti državnih organa u postupku za ratne zločine (ZONDOPRZ). Ona predstavlja čist primer univerzalne jurisdikcije uspostavljene po osnovu *lex specialis*, koji derogira odredbe KZ-a Srbije kad su u pitanju *core crimes* izvršena na tlu bivše SFRJ za vreme poslednjeg rata. Jurisdikcija državnih organa Republike Srbije se uspostavlja bez obzira na državljanstvo učinioca ili žrtve, a odnosi se na krivična dela

nabrojana u čl. 2 ZONDOPRZ-a²². Očigledno je zakonodavac smatrao da, u cilju sprečavanja nekažnjavanja lica koja su učinila teške zločine, treba posegnuti za širokim ovlašćenjima koja pruža univerzalna jurisdikcija – u čl. 3 ZONDOPRZ-a predviđena je univerzalna jurisdikcija bez ikakvih ograničenja u pogledu tačaka vezivanja, prisustva učinioca na teritoriji Srbije²³, principa dvostruke kažnjivosti, principa *ne bis in idem* i dr.²⁴

Prema našem mišljenju, čl. 3 ZONDOPRZ-a nedostaje princip supsidijariteta i *sham* postupak koji, kao ograničavajući elementi, ukazuju na pravičnu upotrebu univerzalne jurisdikcije, a polazeći od jurisdikcionog spektra koji subjektima nudi savremeno pravo – i na adekvatno mesto u jurisdikcionom režimu. Ubeđeni smo da bi, da je ustanova univerzalne jurisdikcije dorađena putem ta dva instituta, čl. 3 ZONDOPRZ-a izazvao mnogo manje nedoumice i teoretske probleme²⁵, ne samo zato što je to aktuelna tendencija u savremenim zakonodavstvima (nemačko, hrvatsko, špansko, belgijsko i druga) već zbog toga što princip supsidijariteta sa akcentom na *sham* postupku daje univerzalnoj jurisdikciji dimenzije pravičnosti i legitimiteta. Elementi kao što su vođenje postupka bez stvarne namere da se okrivljenom sudi, postupak koji se ne vodi na zakonit, nepristrasan i *fair* način, postupak koji se vodi radi zaštite učinioca od krivične odgovornosti i sl., evidentno su takve prirode. Time se ne spori kontroverza koju princip supsidijariteta po svom biću poseduje – univerzalnost rešava putem teritorijaliteta²⁶, ali smatramo da *sham* postupak

²² Čl. 2 glasi: „Ovaj zakon primenjuje se radi otkrivanja, krivičnog gonjenja i suđenja za: 1) krivična dela iz čl. 370. do 384. i čl. 385. i 386. Krivičnog zakonika; 2) teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava izvršena na teritoriji bivše Jugoslavije od 1. januara 1991. godine koja su navedena u Statutu Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju; 3) krivično delo pomoć učiniocu posle izvršenog krivičnog dela iz člana 333. Krivičnog zakonika, ako je izvršeno u vezi sa krivičnim delima iz tač. 1) i 2) ovog člana.“

²³ Rešenja sadržana u ZKP-u u pogledu suđenja u odsustvu (čl. 381) i istrage (čl. 307, st. 2, tač. 2) ne predstavljaju prepreku za vođenje istrage i glavnog pretresa u odsustvu učinioca.

²⁴ Sudska praksa, međutim, nije široko primenjivala ova ovlašćenja (za razliku od sudske prakse u Nemačkoj, Francuskoj i u drugim zemljama koje su, upravo na bazi univerzalne jurisdikcije, agilno preduzele krivična gonjenja za zločine izvršene na tlu Jugoslavije). Nedovoljna primena čl. 3 ZONDOPRZ-a posledica je što su državljanstvo i/ili prebivalište učinioca osnovni distinkcioni kriterijumi u pogledu regionalne jurisdikcije prihvaćeni u Sporazumu Srbije, Hrvatske i Bosne i Hercegovine o saradnji u progonu učinilaca krivičnih dela ratnih zločina, zločina protiv čovečnosti i genocida (2006) i u Protokolu Tužilaštva Bosne i Hercegovine i Tužilaštva za ratne zločine Republike Srbije o saradnji u progonu počinitelja krivičnih dela ratnih zločina, zločina protiv čovečnosti i genocida (Brisel, 2013), a najveći broj predmeta koji su rešavali, odnosno i danas rešavaju pravosudni organi Srbije potiče iz tog izvora. Inače, Josipović (2017, p. 55) iznosi značajne primedbe na državljanstvo kao jedini jurisdikcioni kriterij. Značajniji predmeti su: Čelebići (Apelacioni sud u Beogradu, Kž 1 Po 2 3/14); Tuzlanska kolona (drugostepena presuda u ponovljenom postupku, Apelacioni sud u Beogradu, Kž 1 Po 2 5 /14 u pitanju je bilo krivično delo upotrebe nedozvoljenih sredstava borbe iz čl. 148, st. 2, u vezi sa st. 1. KZ SRJ); Ovčara IV (Damir Sireta, Apelacioni sud u Beogradu, Kž 1Po2 2/2011); Veljko Marić (Apelacioni sud u Beogradu, Kž 1Po2 10/11) (podaci navedeni prema FHP, n.d.). Viši sud u Beogradu doneo je provostepenu presudu u predmetu Hrasnica. U toku je postupak protiv Osmana Osmanovića. Posebnu pažnju su privukli slučajevi: Ganić (mart–jul 2010) i Naser Orić (25. jun 2015). U oba slučaja Srbija je tražila ekstradiciju, ali u tome nije uspela.

²⁵ Prilikom pristupnih pregovora između EU i Srbije slučaj Veljka Marića (2012), koji je vođen na osnovu univerzalne jurisdikcije, u toj meri je politički instrumentalizovan da je dosegao razmere hrvatskog osporavanja otvaranja Poglavlja 23 za Srbiju. U pogledu teoretskog razmatranja čl. 3 ZONDOPRZ-a, vid.: Stojanović (2016) i Josipović (2017).

²⁶ Nije slučajno istaknuto da: „Princip supsidijariteta nije stvar MOP-a već politike i procesnopravnih zahteva“ (Jeßberger *et al.*, 2010, pp. 237 i 238).

uspješno balansira između ta dva principa. Dok god teritorijalna država ili druga država sa jurisdikcionim prioritetom ostvaruje ciljeve u pogledu suzbijanja nekažnjivosti učinilaca *core crimes*-a, njena delatnost se ceni i podstiče, štaviše u teoriji se potencira obaveza treće države da joj pruži potporu putem ekstradicije, transfera učinioca i sl. Univerzalna jurisdikcija atakuje samo na neaktivnost ili prividnu (*sham*) aktivnost države sa jurisdikcionim prioritetom. Jedini uslov koji se postavlja u vezi sa univerzalnom jurisdikcijom jeste *bona fidae* postupanje, tj. eliminisanje uvek prisutnih efemernih, dnevopolitičkih uticaja i pritisaka. Zato su nepokolebljivost i odlučnost Baltazara Garzona ili Santjaga Pedraza, Danijela Fransena, Eloja Velaska i drugih ostavile neizbrisiv trag.

Tri tačke se pojavljuju kao posebno neuralgične kad je u pitanju mogućnost zloupotrebe univerzalne jurisdikcije: momenat donošenja odluke o ustupanju jurisdikcije državi sa jurisdikcionim prioritetom, kada treba proceniti da li će ona umeti i hteti da vodi istinski krivični postupak, ocena o tome da li država kojoj se ustupa jurisdikcija postupa na *sham* način i momenat preuzimanja jurisdikcije na bazi supsidijariteta od strane treće države.²⁷ Područje primene ustanove *sham* postupka nije ograničeno samo na postupke koji su u toku, već je znatno šire i obuhvata postupke okončane pravosnažnom osuđujućom ili oslobađajućom presudom (čl. 17 Rimskog statuta i čl. 23, st. 5 LOPJ-a 1/2014). Pitanje principa *ne bis in idem*, prema našem mišljenju, treba takođe rešiti po ugledu na Rimski statut (čl. 20). Poseban akcenat je na „preliminarnom“ nepostupanju države koje jasno ukazuje na to da ta država nema nameru da procesuiru zločin. Takvo ponašanje ima isti efekat kao i *sham* postupak, kako se navodi u Izveštaju Internacionalne komisije za istragu u Darfuru upućenom generalnom sekretaru UN shodno Rezoluciji Saveta bezbednosti br. 1564 od 18. septembra 2004.

Princip supsidijariteta sve više širi područje primene univerzalne jurisdikcije, na prvom mestu na ugovorna međunarodna krivična dela (Belgija, Španija). Kako ističe De la Cuesta (2002, p. II 1.4), zahvaljujući principu *aut dedere aut judicare* oblast univerzalne jurisdikcije se znatno proširila. Stoga se može osnovano očekivati da će i srpski zakonodavac pokloniti odgovarajuću pažnju tom vidu univerzalne jurisdikcije. Iako se nismo sistematično i detaljnije bavili tom problematikom, moglo se uočiti da transponovanje principa *aut dedere aut judicare* na nacionalni nivo otvara niz značajnih pitanja kao što je npr. usklađivanje jurisdikcije sa zahtevima koji proizlaze iz međunarodnih ugovora (posebno u vezi sa prisustvom učinioca), predviđanje principa supsidijariteta ili pitanje načelnog karaktera, da li ta dela treba približiti *core crimes*-u i prilikom regulisanja podvesti sva ili bar ona najteža pod odredbe koje se odnose na univerzalne jurisdikcije u pogledu *core crimes*-a (hrvatsko rešenje) ili ih pak tretirati kao samostalni entitet (Belgija). Za belgijsko zakonodavstvo karakteristično je uspostavljanje relativno široke platforme za primenu univerzalne jurisdikcije u pogledu ugovornih međunarodnih krivičnih dela, što je u skladu sa njihovim transnacionalnim karakterom i potrebom za efikasnim sprečavanjem na međunarodnom planu.

²⁷ Danas se insistira na tome koji organ treba da ceni da li je jedan postupak *sham*. Ambos (2016, p. 241) smatra da to mora biti međunarodna nezavisna institucija, npr. MKS, dok je Jesberger mišljenja da takvu odluku mogu da donose nacionalni organi na osnovu izgrađenih međunarodnih kriterija (Jesberger, 2010, p. 240). U Španiji je za donošenje takve odluke nadležno Drugo odeljenje Vrhovnog suda itd.

Što se tiče univerzalne jurisdikcije *in absentia*, podržavamo rešenje koje, prema čl. 3 ZONDOPRZ-a, postoji u našem zakonodavstvu, a adekvatan je okvir za regulisanje ove materije u srpskom zakonodavstvu *de lege ferenda* (logično ako se izostave ograničavajući elementi vezani za njenu primenu na ratne događaje na tlu Jugoslavije). Rešenja sadržana u ZKP-u u pogledu održavanja glavnog pretresa i vođenja istrage u odsustvu to omogućuju. S druge strane, moglo se uočiti da je danas u mnogim pravnim sistemima vrlo prisutna tendencija da se primena univerzalne jurisdikcije *in absentia* ograniči na predistražni i istražni postupak. Princip komplementarne pripravnosti i globalnog aktivnog pristupa, a posebno strukturalna istraga koju sprovode posebne organizacione jedinice za zločine protiv čovečnosti i ratne zločine, postižu evidentne uspehe u pogledu istraživanja zločina u Siriji²⁸. No, bez obzira na to, smatramo da svođenje univerzalne jurisdikcije na prikupljanje dokaza, identifikovanje učinioca i obezbeđenje njegovog prisustva u cilju vođenja daljeg postupka devalvira i obesmišljava stvarni domet ove ustanove. Kako su to sudije Higgins, Kooijmans i Buergethal formulisale: „[...] Prisustvo učinioca tokom postupka može se tretirati kao garancija prava na *fair* postupak, data iz korektnosti, ali to nema ništa sa osnovom jurisdikcije priznate međunarodnim pravom“ (*Arrest Warrant*, 2000, saglasno izdvojeno mišljenje, par. 56). Taj iskaz vezan je za zajedničku odredbu četiri ženevske konvencije kojom je regulisana jurisdikcija u pogledu ratnih zločina. Ratni zločini predstavljaju respektabilan i veoma zastupljen segment *core crimes*-a, a s obzirom na to da slučaj *Arrest Warrant* predstavlja jedan od najznačajnijih referentnih izvora u ovoj oblasti, to se za citirani iskaz može reći da je obeležio pravnu prirodu univerzalne jurisdikcije uopšte. Isti stav zauzeo je, kao što se moglo videti, i Ustavni sud Španije prilikom rešavanja slučaja *Genocid u Gvatemali*.

Prilikom ocene ovog stava potrebno je imati u vidu da neprisustvo učinioca zadire u samu srž univerzalne jurisdikcije *stricto sensu*. U pitanju su *core crimes*, krivična dela iza kojih stoji država i koja s tim u vezi preduzima sve kako bi zaštitila njihove učinioce. Ne predstavlja slučajno nekažnjivost učinilaca *core crimes*-a problem međunarodne zajednice u celini. Univerzalna jurisdikcija je pokušaj da se koncipira odgovor na taj momenat. Drugim rečima, u mnogim slučajevima jedini način da se tim licima uputi krivičnopravni prekor i iskaže vrednosni sud o njihovom ponašanju jeste taj vid univerzalne jurisdikcije.²⁹ Stoga postupci na bazi univerzalne jurisdikcije često imaju prizvuk pravde.

²⁸ Pred Višim regionalnim sudom u Koblencu (Nemačka) 23. februara 2020. započeo je postupak protiv dvojice sirijskih obavestajnih oficira koji prisustvuju suđenju (prema vestima sa sajta CNN-a od 23. aprila 2020. godine). U Švedskoj je 19. februara 2019. devet tužilaca iz Sirije uz asistenciju Sirijskog centra za pravne studije i istraživanja i drugih organizacija podnelo zahtev za pokretanje krivičnog postupka protiv 25 visokih službenika sirijske bezbednosne službe (*Survivors of Assad's torture system*, 2019).

²⁹ Paradigma u tom smislu je slučaj Omara el Bašira (Omar al Bashir), bivšeg predsednika Sudana (1993–2019), protiv koga je MKS bezuspešno izdavao naloge za hapšenje 2009. i 2010, a on je za to vreme posećivao međunarodne skupove (npr. Samit Afričke unije u Johannesburgu 7–15. juna 2015) i uživao gostoprimstvo mnogih državnika sveta, tako da se na suđenje i danas čeka, dok MKS ne uspe da obezbedi njegovo prisustvo (*International Criminal Court – ICC 02/05-01/09, Al Bashir Case*).

Literatura

- Ambos, K. 2007a. International Core Crimes, Universal Jurisdiction and § 153f of the German Criminal Procedure Code: a Commentary on the Decisions of the Federal Prosecutor General and the Stuttgart Higher Regional Court in the Abu Ghraib/Rumsfeld Case. *Criminal Law Forum*, 18(1), pp. 43-58.
- Ambos, K. 2007b. Prosecuting International Crimes at the National and International Level: Between Justice and Realpolitik. In: Kaleck, W., Ratner, M., Singelstein, T. & Weiss, P. (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*. Berlin/Heidelberg: Springer, pp. 55-68.
- Ambos, K. 2016. *Treatise on International Criminal Law: Volume III*. Oxford University Press.
- Ambos, K. 2011. Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is There a Crime of Terrorism under International Law?. *Leiden Journal of International Law*, 24, pp. 655-675.
- Baker, R. B. 2009. Universal Jurisdiction and the Case of Belgium: A Critical Assessment. *ILSA JICL*, 16(1), pp. 141-167.
- Beken, V., Vermeulen, G. & Ongena, T. 2002. Belgium, Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle 'ne bis in idem'. *RIDP*, 73(3-4), pp. 811-848. Dostupno na: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2002-3-page-811.htm>.
- Blanco Cordero, I. 2008. Universal jurisdiction: General report. *Revue internationale de droit pénal*, 79(1), pp. 59-100. Dostupno na: <https://doi.org/10.3917/ridp.791.0059>.
- Colangelo, A. 2006. The Legal Limits of Universal Jurisdiction. *Virginia Journal of International Law*, 47(1), pp. 149-198.
- De la Cuesta, J. 2002. Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle 'ne bis in idem': General report. *Revue internationale de droit pénal*, 73(3), pp. 707-736. Dostupno na: <https://doi.org/10.3917/ridp.733.0707>.
- Fernández, R.A.A. 2014. The 2014 Reform of Universal Jurisdiction from All to Nothing. *Zeitschrift fur Internationale Strafrechts Dogmatik*, 13, pp. 717-727. Dostupno na: http://zis-online.com/dat/artikel/2014_13_883.pdf.
- Inazumi, M. 2005. *Universal jurisdiction in modern international law: expansion of national jurisdiction for prosecuting serious crimes under international law*. Intersentia nv.
- Jeßberger, F., Kaleck, W. & Schueller, A. 2010. Concurring Criminal Jurisdictions under International Law. In: Bergsmo, M. (ed.), *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*. Oslo: TOAEP, pp. 233-245.
- Josipović, I. 2017. Pravni i politički aspekti spora Hrvatske i Srbije o nadležnosti za ratne zločine. *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, 24(1), pp. 15-58.
- Kaleck, W. & Schüller, A. 2019. Universal Jurisdiction Gains New Momentum. *FICHL Policy Brief Series*, 96.
- Kaleck, W. 2009. From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008. *Michigan Journal of International Law*, 30(3), pp. 927-980. Dostupno na: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1137&context=mjil>.

- Kluwen, T. 2017. Universal Jurisdiction *in Absentia* Before Domestic Courts Prosecuting International Crimes: A Suitable Weapon to Fight Impunity?. *Goettingen Journal of International Law*, 8 (1), pp. 7-38.
- Kreß, C. 2006. Universal Jurisdiction over International Crimes and the *Institut de Droit international*. *Journal of International Criminal Justice*, 4(3), pp. 561-585. Dostupno na: <https://www.legal-tools.org/doc/44a03d/pdf/>.
- Langer, M. 2011. The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes. *American Journal of International Law*, 105(1), pp. 1-49.
- Ongena, T. & Van Daele, I. 2002. Universal Jurisdiction for International Core Crimes: Recent Developments in Belgium. *Leiden Journal of International Law*, 15(3), pp. 687-701.
- Panáková, J. 2011. Law and Politics of Universal Jurisdiction. *Amsterdam Law Forum*, 3(3), pp. 50-72. Dostupno na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1927218.
- Roht-Arriaza, N. 2004. Universal Jurisdiction, Steps Forward, Steps Back. *Leiden Journal of International Law*, 17, pp. 375-389. Dostupno na: https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1681&context=faculty_scholarship.
- Ryngaert, C. 2010. Complementarity in Universality Cases, Legal Systemic and Legal Policy Consideration, Law. In: Bergsmo, M. (ed.), *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*. Oslo: TOAEP, pp. 165-200.
- Smis, S. & Van der Borgh, K. 2003. Belgian law concerning the punishment of grave breaches of international humanitarian law. *Insights*, 8(18). Dostupno na: <https://www.asil.org/insights/volume/8/issue/18/belgian-law-concerning-punishment-grave-breaches-international>.
- Stojanović, Z. 2016. Univerzalni princip prostornog važenja krivičnog zakonodavstva. *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 2-3, pp. 21-38.
- Zimmermann, A. 2006. Violations of Fundamental Norms of International Law and the Exercise of Universal Jurisdiction in Criminal Matters. In: Tomuschat, C. & Thovenin, JM. (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: jus Cogens and Obligations erga Omnes*. Leiden: Brill | Nijhoff, pp. 335-353.
- Zlatarić, B. 1979. *Međunarodno krivično pravo*. Zagreb.

Internet izvori

- Jeßberger, F. 2007. The Principle of Universal Jurisdiction in German Criminal Law. AIDP's XVIIIth World Congress. Dostupno na: <https://www.jura.uni-hamburg.de/die-fakultaet/professuren/professur-jessberger/forschung/landesberichtjessbericht-jessberger-2007.pdf>.
- Jeßberger, F. 2018. Towards a 'complementary preparedness' approach to universal jurisdiction – recent trends and best practices in the European Union. Dostupno na: <https://www.jura.uni-hamburg.de/die-fakultaet/professuren/professur-jessberger/media-fj/media-forschung-stellungnahmen/briefing-eu-parl-2018.pdf>.

Open Society Justice Initiative. 2019. Universal Jurisdiction Law and Practice in Germany. Dostupno na: <https://www.justiceinitiative.org/uploads/0b3c66af-68e0-4fd3-a8e0-d938a6e2b43b/universal-jurisdiction-law-and-practice-germany.pdf>.

Pravni izvori

Belgium, Law on Universal Jurisdiction, L. 5 August 2003. Dostupno na: <https://casebook.icrc.org/case-study/belgium-law-universal-jurisdiction>.

Belgium: Act of 1999 Concerning the Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law (Genocide Act), 10 February 1999. Dostupno na: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b5934.html>.

Contribution, 2016. Contribution of Spain on the topic *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*, 16-05499(E). Dostupno na: https://www.un.org/en/ga/sixth/71/universal_jurisdiction/spain_e.pdf.

Drucksache 14/ 8524, (Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuch, 13. mart 2002). Dostupno na: <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/085/1408524.pdf>.

Eighteenth International Congress of Penal law (Istanbul, 20 - 27 September 2009). 2015. *Revue internationale de droit pénal*, 86 (1-2), pp. 421-436. Dostupno na: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2015-1-page-421.htm>.

German Criminal Code, as last amended by the Act of 19. 6. 2019. Dostupno na: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/.

German Code of Criminal Procedure, 7. April 1987. *Federal Law Gazette*, I, p. 1074, 1319, as last amended by Article 3 of the Act of 11 July 2019 (*Federal Law Gazette*, I, p. 1066). Dostupno na: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html.

Institute of International Law. 2005. Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes (Rezolucija Instituta za međunarodno pravo o univerzalnoj jurisdikciji u pogledu genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina).

Izveštaj Međunarodne pravne komisije UN. 2014. The obligation to extradite or to prosecute (*aut dedere aut judicare*), *Final Report of the International Law Commission (ICL)*. Dostupno na: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/reports/7_6_2014.pdf.

Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019.

Loi Wet Code Penal, 18. Avril 1878. Loi contenant le Titre preliminaire du Code de procedure penale (Prethodni deo Zakona o krivičnom postupku). Konsolidovana verzija dostupna na: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=1878041701&table_name=loi.

Ujedinjene nacije. Povelja Ujedinjenih nacija, 1945. Dostupno na: <http://dag.un.org/handle/11176/387355>.

Povelja o osnovnim pravima Evropske unije (2007/C303/01).

Ujedinjene nacije. 1984. Konvencija UN protiv torture i drugih surovih, neljudskih i

ponižavajućih kazni ili postupaka.

Völkerstrafgesetzbuch (VStGB).2002. Dostupno na: <https://www.gesetze-im-internet.de/vstgb/>.

Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019.

Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u postupku za ratne zločine, *Službeni glasnik RS*, br. 67/2003.

Sudska praksa

Arrest Warrant od 11 April 2000 (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*), Judgment of 14 February 2002. Dostupno na: <https://www.icj-cij.org/en/case/121/judgments>.

BGH 2 StR96/14, 18. mart 2015. Dostupno na: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/2/14/2-96-14.php>.

Fond za humanitarno pravo (FHP). 2019. FND n.d. *Izveštaj o suđenjima za ratne zločine u Srbiji*. Beograd. Dostupno na: <http://www.hlc-rdc.org/wp-content/uploads/2019/05/Izvestaj-o-sudjenjima-za-ratne-zlocine-u-Srbiji.pdf>.

European Center for Constitutional and Human Rights e.V. 2019. Survivors of Assad's torture system demand justice – Criminal complaint in Sweden. Dostupno na: https://www.ecchr.eu/fileadmin/Q_As/Q_A_Sweden_EN_20190812.pdf.

International Criminal Court – ICC 02/05-01/09, Al Bashir Case. Dostupno na: <https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir> (15.7.2020).

Sharon Trial: 12 February 2003 decision of Belgian Supreme Court explained. Dostupno na: <https://electronicintifada.net/content/sharon-trial-12-february-2003-decision-belgian-supreme-court-explained/4413>.

Spanish Supreme Court. Guatemala Genocide Case. Presuda No. 327/2003. 25. February 2003. Dostupno na: <http://www.derechos.org/nizkor/guatemala/doc/stsgtm.html>

Constitutional Court. 2005. Guatemala Genocide Case, Presuda No 237/2005, 26 septembar 2005. Dostupno na: <https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/237-2005,%20of%20September%2026.pdf>.

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (*Belgium v. Senegal*), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422. Dostupno na: <https://www.icj-cij.org/en/case/144/judgments>.

Milanka D. Vešović. PhD

Professor of Criminal Law (retired), Adviser to the FRY Ministry of Justice

e-mail: *milankavesovic2018@gmail.com*

BASIC CHARACTERISTICS OF UNIVERSAL JURISDICTION IN CONTEMPORARY CRIMINAL LAW

Summary

Universal jurisdiction is resorted to when a territorial state or another state with jurisdictional priority based on the nationalities of perpetrator and victim will not or can not act in order to prevent international crimes *stricto sensu* (*core crimes*) or when there is no reaction of international judicial institutions in this respect. Having broad powers in terms of specific links to a prosecuting state and often in terms of perpetrator's presence in a prosecuting state, universal jurisdiction successfully fills these gaps, and takes part in the global effort of the international community to prevent the impunity of the perpetrators of *core crimes*.

Using a comparative method (German, Spanish and Belgian legislation), we endeavored to point out the basic legal features of the matter, thus providing a basis for discussion in Serbian criminal law *de lege lata* and *de lege ferenda*. Major issues standing out in this context are universal jurisdiction *in absentia*, principle of subsidiarity and sham process.

Even though universal jurisdiction, in its genuine form, appears only in *core crimes*, many important and recent issues in this field have been related to treaty-based crimes, as well as to ordinary crimes, and to certain extent they have also been touched upon in this paper.

Keywords: universal jurisdiction *in absentia*, principle of subsidiarity, *sham* process.

Primljeno: 17. 9. 2020.

Prihvaćeno: 23. 10. 2020.