

Бранислав Р. Ристивојевић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
B.Ristivojevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-2333-3521

Стефан С. Самарџић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Samardzic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-2870-5726

ИЗУЗЕЦИ ОД ИМУНИТЕТА У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Сажетак: У раду се анализира инстинктивни изузетак од имунитета у међународном кривичном праву.

Након што се прегледно прикаже структура инстинктивних, његове поделе и дејство појединих његових врста, рад прелази на саме изузетке. Након детаљније прегледа научних ставова о овом питању и релативно исцрпно навођења правне праксе држава које су о њему одлучивале, рад се осврће на кримику сваког од ових изузетака.

Релативно широко у науци прихваћен изузетак од имунитета *ratio materie* у виду врсте кривичних дела за које се суди ирри сасвим ирриворе да природа аката међународних кривичних дела ипак може да буде таква да се они врше у приватном својству. Правна пракса држава која се, углавном, око овог питања креће у супротивном правцу од науке, говори да су судије далеко више оштерећене одговорношћу за последице својих одлука него научници. Главни изузетак од имунитета *ratio persone* у виду врсте суда који суди за неко дело је углавном нероверљив у пракси јер, са изузетком Међународног кривичног суда, других кривичних судова који су „међународни“ нема. Истовремено, члан 98. Римског статута сведочи да сам Међународни кривични суд не доживљава свој положај као недодирљив и надређен, и да његово увођење айсолутивних изузетака од имунитета јесте само уговорног карактера.

У закључку аутори дају оцену будућности институција изузетака од имунитета везујући га са два темељна криминалолошка начела међународног кривичног права, начела некажњавања за међународна кривична дела и начела суверене једнакости држава у одржавању међународних односа. Како је међународно кривично право далеко више подложно криминалолошким интересима у свом биљисању и оживљавању од унутрашњих кривичноправних поредака, њажљиви посматрач изградње међународних односа може наслућити да ће у будућности овај институцијски изузетак од имунитета изубити на значају односно да ће сами имунитет доживети своју прво пракичну, а затим и научну ренесансу.

Кључне речи: међународно кривично право, међународни кривични суд, међународни суд правде, имунитет *ratio materie*; имунитет *ratio persone*; изузетак од имунитета.

УВОД

Реч имунитет долази од латинске речи *imunitas* која је служила да у Римском праву опише различите облике ослобођења од јавне обавезе.

У унутрашњим правима имунитети су најчешће основи који штите носиоце појединих грана власти од уплитања осталих. Они су последица начела поделе власти и нужно се намећу као неопходан механизам за успостављање равнотеже њених различитих грана. Како би се сачувала независност политичких чинилаца у доношењу одлука неопходно је заштити њихову слободу која најлакше може бити нарушена активностима осталих субјеката на политичкој сцени. Деле се на материјалне или имунитете неодговорности и процесне или имунитете неповредивости. Први су трајни, не могу се одузети нити се може побијати пуноправност аката предузетих у њиховој заштити. Други су привремени јер се могу одузети и штите само за време мандата.¹

У међународном јавном праву у питању је начело према којем се суверени акти једне државе и њених чиновника свих нивоа не подлежу провери судова и осталих органа власти друге државе. Будући да су државе једнако суверене, нити једна нема право да другој наметне своју надлежност.² Исто

¹ Слободан Орловић, *Уставно право*, Нови Сад, 2019, стр. 208-209.

² У питању је тзв. *act of state doctrine* из држава англосаксонске правне традиције односно институт *staatenimmunität* из држава континенталне правне традиције. Око терминологије постоји одређена врста нејасноће јер се у пракси користи још појмови „имунитет носилаца службене дужности“, „имунитет државних органа“ и слично: Helmut Kreicker, *Die Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs zur Staatenimmunität – Auswirkungen auf das (Völker-)Strafrecht?*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 4/2012, p. 116.

важи и за службенике, званичнике или дипломатске представике страних држава. Ово начело јамчи њихову личну неповредивост на исти начин на који је и држава у чије име поступају неповредива пред органима друге државе. Ако једна држава нема надлежност на територији друге државе, онда нема ни над њеним представницима.

Како су државе суверене односно једнаке и једна другој не могу да наметну своју вољу, постоји потреба за стварањем претпоставки за успостављање односа између њих. Једна од кључних претпоставки јесу правила која штите самосталност и слобода државних функционера за несметано ангажовање на овом задатку. Можда и најизложенији надлежности стране државе јесу дипломате зато што представљају своју државу на територији државе пријема. Уплив у њихове слободе и права би лако могао да нанесе више штете него што би било користи од њиховог подрвгавања надлежности права оне државе на чијој територији врше своју дужност.

Ова правила се, у пракси, у највећем броју случајева свде на процесну сметњу за вођење поступака (процесни имунитет) пред органима државе где се дипломатски представници налазе и то у свим областима права.³ С друге стране она могу да буде основ који онемогућава успостављање противправности неког понашања (материјални имунитет).

У пракси институт имунитета има највеће значење у области казног права где се, у највећем броју случајева, своди на процесну сметњу за кривично гоњење, али и вршење других принудних аката, нпр. у преткривичном поступку.⁴ Такође, треба га проширити и на сваку другу врсту надлежности у области казног права коју би држава пријема могла да има. Дипломату имунитет штити и од захтева за изручење, захтева за извршење стране судске пресуде или казне треће државе. Речју, најчешће ће бити у питања основ који искључује надлежност државе пријема према одређеном лицу на њеној територији.⁵ Како ће се показати до краја овог рада, има и других дејстава института имунитета.

У области међународног кривичног права овај институт је био неспоран до Првог светског рата, након којег су се појавили захтеви за суђење, бишем немачком цару као и носиоцима војне и политичке власти Турске. У оба случаја ови захтеви су били неуспешни. До следећег оспоравања овог института долази на суђењима након Другог светског рата у Нирнбергу и Токију и она су била успешна. Научним тумачењем судске праксе од стране *Међународне правне комисије УН* путем тзв. *Начела међународног права признајћих њовељом и пресудом Нирнбершкој трибунала 1950. године*, важење овог

³ Juraj Andrassy, *Međunarodno pravo*, Zagreb, 1976, стр. 288.

⁴ Владо Камбовски, *Међународно казнено право*, Скопје, 1998, стр. 92.

⁵ Ibid, стр. 93-94.

института је у начелу искључено јер би позивањем на њега сва међународна кривична дела остала некажњена.⁶ Овај изузетак од имунитета, међутим, није проверен више од 40 година све до наступања тзв. „ере трибунала“, раних 90-тих година прошлог века када је поново оживљен статутима ових ванредних правосудних тела.⁷ Будући да су се они примењивали само за ограничен круг држава, мало ком субјекту међународног права је сметало што им је надлежност била наметнута на силу, а са њом су наметнута и правила о важењу поменутог изузетка од института имунитета. Услед тога „провера“ овог става није била потпуна. Како се политичка равнотежа у односима између држава поново успоставила, а трибунали бивали укидани, институт имунитета у Међународном кривичном праву, али и изузеци од њега, су имали прву праву „проверу“ тек приликом успостављања Међународног кривичног суда 1998. године.

Сврха овог рада је да провери колико су класична правила о имунитету, али и класични изузеци од њих издржали пробу времена и која од њих сада важе и пред којим правосудним телима. Чињеница је да је време трибунала прошло, и да је од међународних кривичних судова остао само један – Међународни кривични суд. То наравно не значи да није могуће да се у будућности оснују још неки. Тако је 2022. године зачета идеја оснивања специјалног трибунала за суђење за дело агресије у оружаном сукобу у Украјини у окриљу стручне јавности. Наиме, група од 40 стручњака из области међународног права, бивших политичара или бивших службеника међународних правосудних тела је 4. марта 2022. године затражила отвореним писмом⁸

⁶ „У случајевима међународних кривичних дела чињеница да је неко поступао у службеном својству не ослобађа га од одговорности према међународном праву“: Document A/CN.4/22, Report by J. Spiropoulos, *Formulation of Nurnberg Principles*, Part IV: *The Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal; Texts and Comments*, Principle III, Yearbook of The International Law Commission, 1950, Vol II: *Documents of the second session including the report of the Commission to the General Assembly*, New York, 1957, p. 192.

⁷ Детаљан опис историјског развоја овог института код: Otto Triffterer, *Article 27: Irrelevance of official capacity*, published in: Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999, p. 502-505.

⁸ Пун текст апела носи назив: *Calling for the Creation of a Special Tribunal for the Punishment of the Crime of Aggression Against Ukraine*. Састоји се од Изјаве и предлога Декларације о оснивању. Он се може прочитати на сајту: <https://gordonandsarahbrown.com/wp-content/uploads/2022/03/Combined-Statement-and-Declaration.pdf>, посећено: 19. марта 2023. године; Ukraine Task Force of the Global Accountability Network (UKTF), *Considerations of the Setting up of The Special Tribunal for Ukraine on the International Crime of Aggression*, Global Accountability Network (GAN), July 2022, https://www.jurist.org/news/wp-content/uploads/sites/4/2022/07/The_Special_Tribunal_for_Ukraine_on_the_Crime_of_Aggression.pdf, посећено: 31.10. 2023. године.

којим се обратила светској јавности стварање једног оваквог правосудног тела.⁹ Иницијатива се брзо раширила¹⁰ и добила је бројне заговорнике на међународној политичкој сцени.¹¹

Ипак, чини се да су политичке околности у међународним односима које су оснаживале овакву правосудну активност данас нестале и да ће се расправа о значају овог питању пред институцијама међународног кривичног правосуђа имати значај само за Римски статут. Ако би неко помислио да је овде целокупна расправа о дејству имунитета завршена он свакако греши. Међународни кривични суд је, наиме, основан да ради по начелу усаглашености (комплементарности) са државама оснивачима, а не надређености (супремације). Стога ће највећи део правне праксе у области међународног кривичног права ипак бити пракса држава, а пракса Међународног кривичног суда само она где је случај довољно тежак, а држава чланица је невољна или неспособна да спроводи поступак.¹² Крајњи резултат је такав, да ће ово питање бити од већег значаја у поступцима пред судовима унутрашњих правних поредака него пред самим Међународним кривичним судом.

Рад ће се у првом делу бавити институтом имунитета у начелу и његовим карактеристикама: сврхом, природом, и посебно, врстама и дејством имунитета. У другом делу ће се прећи на изузетке од њега који ће пратити класичну поделу имунитета која постоји у науци, а за коју се определио овај рад. То значи да ће се изузеци обрадити као изузеци од материјалног и изузеци од процесног имунитета. На крају ће се дати закључак.

⁹ Ewelina U. Ochab, Forbes, *Experts Call For The Creation Of A Special Tribunal For The Punishment Of The Crime Of Aggression Against Ukraine*, 4. 3. 2022, <https://www.forbes.com/sites/ewelinaochab/2022/03/04/experts-call-for-the-creation-of-a-special-tribunal-for-the-punishment-of-the-crime-of-aggression-against-ukraine/?sh=4bb810631e22>, посећено: 19. марта 2023. године.

¹⁰ General Assembly, Eleventh emergency special session, Agenda item 5, Yale Club, *Yale Club Roundtable: A Special Tribunal for the Crime of Aggression Recommended by the UN General Assembly?*, Chair's Summary, 22 Јуне 2023, <https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2022/09/UNSC-Letter-12-August-2022.pdf>, посећено: 23. марта 2023. године.

¹¹ У питању је тзв. *Група пријатеља за одговорност* (Group of friends for accountability) основана у оквиру *Међународног иницијатива за мир* (International Peace Institute). У питању је интересна група која је до сада окупила 38 држава тзв. *Зајадног свећа* која има за циљ да промовише „дељење информација између држава како би оптимизовала процес одговорности и остварила правду.“ Такође имају намеру да укључе и мање државе „чији капацитет да развију мере одговорности није раван њиховој посвећености међународном поретку основаном на правилима“: International Peace institute, *High-Level Launch Meeting of the Group of Friends of Accountability Following the Aggression Against Ukraine*, 25 March 2022, <https://www.ipinst.org/2022/03/high-level-launch-meeting-of-group-of-friends-of-accountability-for-ukraine#8>, посећено: 8.12.2023. године.

¹² Art. 17, *Issues of admissibility*, ICC, *Rome Statute of the ICC*, The Hague, 2021, p. 15.

1. НАЧЕЛНО О ИМУНИТЕТУ И ИЗУЗЕЦИМА ОД ЊЕГА

Природа и сврха имунитета, њихов садржај, поделе и дејства у међународном праву, па тако и у међународном кривичном, је предмет многих нејасноћа, неслагања и забуна.¹³ Стога је сасвим природно и не треба да чуди да се и у литератури налазе супротстављена мишљења и ставови о поменутих одликама имунитета. Рад се определио да следи оне ставове које оправдава највише аргумената без обзира на заступљеност у науци. Ако став узет у раду одудара од већинског мишљења у науци то ће бити изричито наглашено.

1.1. Врсте имунитета и њихова сврха

Римски статут Међународног кривичног суда као најважнији правни акт у области међународног кривичног права препознаје институт имунитета у члану 27. и при томе не прави недвосмислену и јасну разлику по врстама. С једне стране, језичко тумачење члана 27. даје аргументе за постојање разлике. Овај члан, наиме, има два става. Први који елиминише „службени положај“ као основ искључења „кривичне одговорности“, а други елиминише важење „имунитета и специјалних процесних правила“ која прате исти тај положај. Циљно тумачење текста одредбе, с друге стране, води закључку да Римском статуту ова разлика није важна зато што је једнако негира у оба случаја. Нити први има дејство основа искључења противправности нити други има дејство процесне сметње. На овај закључак упућује не само текст одредбе већ и назив члана 27. који се односи на оба става: „неважност службеног положаја“. Дакле, службени положај није важан без обзира на дејство.¹⁴ Речју, Римски статут је овим чланом изузетак од правила о имунитету претворио у ново правило које гласи: нема имунитета пред Међународним кривичним судом.

То не значи да је институт имунитета нестао из међународног кривичног права. Члан 98. Римског статута, како ће се видети у наредним деловима рада, чини ово ново правило релативним у односу Међународног кривичног суда према државама које нису чланице суда. Осим овога, и државе у практичној примени међународног кривичног права пред својим унутрашњим правним поретком могу да следе друга правила о имунитету, што се у пракси, како ће рад показати, и дешава.

Из овог разлога је науци међународног кривичног права и поред ауторитативног става Римског статута уобичајено да се разликују две врсте иму-

¹³ Aleksandar Zahar, Göran Sluiter, *International Criminal Law*, Oxford – New York, 2008, p. 502.

¹⁴ Art. 27, *Irrelevance of official capacity*, ICC, *Rome Statute of the ICC*, The Hague, 2021, p. 21.

нитета које долазе од две различите сврхе односно два различита *ratio legis*-а захваљујући којем су успостављена.¹⁵ Да би се избегле забуне биће означене својим латинским називима: а) имунитет *ratio materie*; б) имунитет *ratio persone*. Први се у науци назива још и функционални, органски или материјални имунитет. Други се назива још и процесни, статусни, персонални или формални имунитет.¹⁶ С обзиром на обим овлашћења које покрива присутан је још и назив *уски* за први, јер покрива само акте извршене у службеном својству, и *широки* за други јер покрива све акте лица које га уживају.¹⁷ Први имунитет је везан за *службене радње* неког лица, неограничен је временски, важи *erga omnes* и нема много значења изван међународног кривичног права јер су у питању радње које се у правилу врше на сувереном простору „сопствене“ државе, па у правилу нема додира са надлежношћу кривичних судова друге државе.¹⁸ Једна од ретких грана кривичног права у којој овај имунитет може да има значење је међународно кривично право јер се ратови често воде на територији других држава.¹⁹ Други је временски ограничен, везан за његов *службени положај* и важи само у државама где је признат.²⁰

Прва врста имунитета је успостављена као логична последица постојања начела једнакости и равноправности између држава: *par in parem non habet imperium*. Из њега природно прозилази још једно правило: немешања у унутрашње односе друге државе. Односи између држава се успостављају хоризонтално, а не вертикално. Ако једнаки немају овлашћења један над другим онда је сасвим разумљиво да једна држава, не само да не може да суди другој, већ не може да суди ни њеном службенику када неки акт преузме у службеном својству. Право државе на имунитет од вођења поступака пред судовима друге државе не може да се заобиђе тако што ће се поступак покренути против њених службеника.²¹ То наравно не значи да држава неће одговарати за његов акт ако је тиме нарушио неко право или интерес те друге државе. Управо супротно. То је и сврха ове врсте имунитета. Ако је утемељен на идеји да физичко лице не одговара када неки акт учини у својству

¹⁵ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford – New York, 2008, p. 302; Zahar & Sluiter: p.503-504; Schabas их дели мало другачије. По њему један имунитет води порекло из унутрашњег права, а други из међународног. По садржају и дејству су исти: William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, 2004, p. 80.

¹⁶ Зоран Стојановић, *Међународно кривично право*, Београд, 2012, стр. 47; Камбовски, наведено дело, стр. 96.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Kreicker, p. 116-117.

¹⁹ Dapo Akande, Sangheta Shah, *Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts*, EJIL, 4/2011, p. 826.

²⁰ Немачки израз за први имунитет је *handlungsbezogene Immunität*, а за други је *statusbezogene Immunität*: Kreicker, p. 116.

²¹ ECHR, *Jones and Others v. UK*, Judgement, 2014, para 213.

државног службеника, већ се тај акт приписује држави као даваоцу овлашћења за поступање, онда је природно да такав давалац овлашћења преузме одговорност. Акт државног службеника према другој држави сматра се актом те прве државе.²²

Друга врста имунитета је последица потребе држава да неометано успостављају и одржавају политичке и дипломатске односе. Како би се они несметано одвијали ако би се највиши државни службеници једне државе кривично гонили пред судовима друге у којој је заступају? Овај имунитет најчешће покрива дипломате и уређен је *Бечком конвенцијом о дипломатским односима*.²³ Други разлог за успостављање ове врсте имунитета је сличан *ratio legis*-у прве врсте. Мешање у искључива права једне државе од стране друге би било равно нарушавању њеног суверенитета и интегритета. Када држава не би признала одређеном кругу високих државних службеника других држава имунитет од кривичног гоњења, међународни односи би се брзо преобразили у низ криза, а не би било изненађење да се неки окончају и у сукобима.

Циљ односно сврха која се испуњава успостављањем ових двају имунитета је блиска, а делимично и иста. С друге стране практична разлика ове две врсте имунитета у дејству је у праву нејасна па самим тим у науци делимично спорна.

1.2. Дејства имунитета

С једне стране се у науци налазе бројна сагласна мишљења²⁴ да разлике у дејству нема, односно да су обе врсте имунитета процесне сметње. Чини се да су ови ставови изграђени на поставкама одговорности држава из међународног јавног права где су имунитети увек процесне сметње јер у њему не постоји појам кривичног дела па тако ни појам основа који искључују његово постојање.²⁵ С друге стране, управо код неких од заступника претходног научног става, као што је Triffterer, има јасних назнака да је дејство института спорно. Тако Triffterer у свом коментару Римског статута у начелу

²² Cassese, p. 303.

²³ *Vienna Convention on Diplomatic Relations. Done at Vienna on 18 April 1961*, UN Treaty Series, Vol. 500, New York, 1965, p. 95-127.

²⁴ За Камбовског у питању је процесна сметња која ограничава или искључује територијалну надлежност, али не и остале принципе важења кривичног законодавства. Своди се на процесну сметњу: Камбовски, стр. 91; Стојановић не види разлику у дејству између функционалног и персоналног имунитета. Оба су процесне сметње: Стојановић, стр. 47; Bantekas у начелу има исти став и сматра да он потиче из међународног обичајног права: Ilias Bantekas, *International Criminal Law*, Oxford, Portland, 2010, p. 127; Akande, Shah, p. 827.

²⁵ „Правила имунитета су процесног карактера... Она се не баве питањима да ли је нека радња учињена у складу са, или противно праву“: ICJ, Reports, *Jurisdictional Immunities of a State* (Germany v. Italy; Greece intervening), Judgement, 2012, p. 140, para 93.

тврди да разлике у дејству нема, а онда само неколико страна касније тврди да се прва врста имунитета ипак налази у области материјалног, а друга у области процесног права.²⁶

Cassese је ауторитативни заступник другог става према којем различите врсте имунитета имају различита дејства. Он нема дилеме да је први материјалноправна *одбрана*, а други процесна.²⁷ Службени положај неког лица, а он је основ за имунитет *ratio materie*, је трајан основ искључења постојања *кривичне одговорности* за дело појединца, и то сваког који поступа у име државе. Наука познаје и специфичне ставове као што је Бачићев за кога је имунитет лични основ искључења кажњивости.²⁸ И овај став би се могао сврстати у другу групу будући да је *кажњивост* код Бачића елемент општег појма кривичног дела.

Чини се да је најјачи аргуменат заступника другог става језичко и историјско тумачење члана 7. Повеље МВС у Нирнбергу, става 2. члана 7. Статута Хашког трибунала²⁹ и члана 27. Римског статута, а који се сви односе на неважност *службеног* положаја. Како се сваки наредни акт у језичкој формулацији ослањао на претходни, одредбе о неважности службеног положаја су скоро истоветне. Све три кажу да *службени* положај не искључује кривичну одговорност [*criminal responsibility*].

Овде треба нагласити да појам *кривичне одговорности* не треба схватити у смислу који му придаје домаћа наука кривичног права. Будући да је међународно кривично право као грана права релативно рудиментарна и неразвијена није прецизно нити до краја развијен ни њен појмовни апарат. Појам *кривичне одговорности* који користе ови акти треба схватити у најширем смислу: у њега улази сваки основ којим се успоставља постојање кривичног дела односно сваки елемент његовог општег појма. Речју, када одредбе ових аката кажу да институт не искључује *кривичну одговорност* у овим актима, онда тај институт може да буде и основ искључења противправности и основ искључења кривице.³⁰

²⁶ Triffterer објашњавајући управо члан 27. Римског статута који искључује важење института имунитета прави ову разлику када каже да језичка формулација члана 27. значи да „...службени положај неког лица њега не изузима од кривичне одговорности нити му овај положај омогућава некажњивост засновану на *просецним разлозима*“: Triffterer, p. 512.

²⁷ „Organic or functional immunities: (i) relate to substantive law, that is, amount to a substantive law defence... In contrast, personal immunities: (i) relate to procedural law, that is, they render the state official immune from civil or criminal jurisdiction (a procedural defence)...“: Cassese, p. 304.

²⁸ Фрања Бачић, *Кривично право – ојћи дуо*, Загреб, 1980, стр. 123.

²⁹ „Јасно је да Хашки Трибунал службени статус оптуженог не поима као искључење надлежности него као материјалноправну одбрану [substantive defence]“: Bantekas, p. 127.

³⁰ Касније у раду ће бити објашњено зашто је исправније схватање да је у питању основ који искључује противправност.

У сваком случају постоји разлика између прва два акта и трећег. Прва два наиме, уопште не спомињу имунитете као процесну сметњу док Римски статут то чини у ставу 2. члана 27. Ова чињеница би могла навести површног посматрача да помисли како прва два правосудна тела нису познавала имунитет *ratio persone*, за разлику од трећег, или да су оба имунитета искључена њиховим одредбама. То би било погрешно тумачење. Процесни имунитет, наиме, пред ова два правосудна тела није био битан јер су оба тела *ad hoc* судови који су основани након завршетка ратова у којима су се десили злочини и након потписивања капитулација или мировних споразума. Захваљујући томе нико од оптужених није више био на функцији или положају на коме је могао да ужива статусни имунитет. Тако овај имунитет није био од значаја па писци статута нису осећали за нужно да га изричито помену и, евентуално, искључе његово важење. С друге стране Међународни кривични суд је основан као стални, а не *ad hoc* суд. То значи да је у ситуацији да истрагу кривичних дела може да води и подиже оптужнице унапред, док ратови у којима се злочини дешавају још трају, а службеници који уживају статусни имунитет још увек јесу на положајима. Штавише, тако је и замишљен. Последица тога је чињеница да је, поред материјалног, статусни имунитет од значаја за његов рад, па је Римски статут морао да га изричито помене, што је и учинио у ставу 2. члана 27. Тако је крајњи исход циљног тумачења члана 27. Римског статута такав да је материјални имунитет искључен у ставу 1. овог члана, а статусни у ставу 2.³¹ Не треба сметнути са ума да су се писци Римског статута овим питањем врло мало бавили зато што су свакако искључили важење и једног и другог. У поступку пред Међународним кривичним судом, према члану 27. Римског статута, они немају никакво дејство.

Све у свему треба се одредити за други научни став, без обзира на чињеницу да је мање заступљен, као исправнији. Према њему постоји разлика у дејству материјалног и статусног имунитета.

1.2.1 Дејство материјалног имунијетета

Дакле, материјални имунитет је основ искључења кривичне одговорности појединца, где појам *кривичне одговорности* треба схватити на начин који је уобичајен у међународном кривичном праву, како је већ речено у претходној системској јединици рада, а који поступа у име државе. Ранг таквог појединца овде јесте битан. Тако немачки Уставни суд држи да се правило

³¹ Bantekas има тумачење према којем је став 1. искључио важење службеног положаја као основа искључења кривичне одговорности, а став 2. члана 27. оба имунитета, како материјални, тако и процесни: Ibid. Ово је погрешно тумачење јер би оно значило да се службени акт појединца два пута узима у обзир, једном као основ искључења кривичне одговорности, а други пут као материјални имунитет.

о материјалном имунитету носилаца функције не може аутоматски проширити на потпуно све државне службенике, иначе би се и обични шпијуни могли позивати на њега када би се нашли пред судом шпијунирани државе.³² Речју, овај имунитет је резервисан само за високо рангиране носиоце службених овлашћења.

Значи, акт који је основ за постојање материјалног имунитета се врши у име и за рачун државе даваоца овлашћења. Из поменутог разлога (вршење акта у име државе) оно не нестаје са престанком пуномоћи или одузимањем овлашћења да се поступа. Оно што је битно је природа акта, у питању је службени акт, а не положај лица. Будући да држава давалац овлашћења за поступање није nestала тренутком одузимања овлашћења њена одговорност опстаје. Тако интерес оне државе чија су права нарушена да утврди постојање повреде и да добије задовољење нису ометени. Овај имунитет не покрива приватне акте државног службеника, јер се они не обављају у службеном својству, нити било које акте учињене пре ступања на дужност јер лице у питању тада није имало овлашћења. Тако се релативно уско одређен имунитет уравнотежава са релативно широко одређеним кругом лица која га уживају. Вероватно најважније последица овог приступа првој врсти имунитета је да, уколико је оно основ искључења кривичне одговорности за дело, онда нема ни дела других лица које би евентуално могли бити његови учесници.

Из свега реченог назире се аргументи у прилог става да би **службени** положај, у смислу вршења акта у име државе, могао да буде основ искључења противправности. Они јесу следећи: а) дело се врши у складу са интересом (једнакост и равноправност односно суверенитет држава) заштићеним у другој грани права, а то је међународно јавно право; б) у реченој грани права поменути интерес је сасвим легалан односно постоји више пермисивних норми које га одобравају и штите у обичајном праву, Бечкој конвенцији о дипломатским односима и бројеним билатералним споразумима; и в) легитиман је јер штити неспорну вредност међународног права (једнакост и равноправност односно суверенитет држава). Најјачи аргумент у прилог закључка да је у питању трајан основ који спречава успостављање противправности дела је чињеница да би и гоњење неког лица и након што оно више нема службени положај (нпр. бивши председник) и даље могло да наруши једнакост, равноправност и суверенитет држава као вредност. Управо услед овога поменути имунитет покрива акте извршене у име државе у време када је појединац имао овлашћење и након што то исто лице више нема овлашћење за такво поступање. Да је ова врста имунитета процесна сметња, као што то већина у науци тврди, онда она не би постојала након престанка функције.

³² Такво опште правило међународног права које би било део одредбе члана 25. немачког Устава не постоји: BVerfG, *Beschluss vom 15. Mai 1995* – 2 BvL 19/91 u.a., p. 1.

Сасвим је на месту Bantekas-ова опаска да ова врста имунитета толико добро служи својој сврси да би било „апсурдно темељно га мењати у међународном праву“ због свега неколико „срамотних изузетака“ међу лидерима или државним службеницима који га злоупотребљавају вршећи озбиљна кривична дела.³³

1.2.2. Дејство сјајусној имунијетета

Друга врста имунитета се несумњиво налази у области процесног права. Она је само једна врста процесне сметње. Ово стога што ова врста имунитета првенствено има сврху да омогући несметано успостављање и вођење међународних односа. Следствено томе она нема потребу да спречава успостављање противправности акта који је учињен већ само да заштити неко лице док обавља функцију која је својствена његовом положају односно статусу – посредује у међународним односима. Када неко лице више није на функцији, тада његово гоњење нема утицаја на међународне односе, па нема ни разлога да постоји његов имунитет. Дакле, када неко лице више није на функцији гоњење се може отпочети, или наставити ако је започето. Природно, она покрива како службене тако и приватне акте функционера, како оне пре ступања на дужност, тако и оне учињене у време функције. Покрива ужи круг лица у односу на прву врсту имунитета. То су у првом реду она лица који имају дипломатске дужности иако нису дипломате: тзв. тројка (шеф државе, председник владе и министар спољних послова) и класичне дипломате.³⁴ Тако се широко одређен имунитет ових лица уравнотежава са врло малим кругом оних који га уживају.

Да ли и овако описана правила о имунитету имају своје изузетке, као што је то случај са многим другим институтима у кривичном праву?

2. НАЧЕЛНО О ИЗУЗЕЦИМА ОД ПРАВИЛА О ИМУНИТЕТУ

Правила међународног права о имунитетима су дуго времена деловала без икаквих изузетака. Тек након окончања Хладног рата она бивају еродирана одлукама Савета безбедности УН; нарастајућим међународним правом о људским правима и одлукама његових судских и квазисудских институција.³⁵ Захваљујући томе данас су раширени ставови у науци, да постоје изузеци од правила којима су успостављени ови имунитети, односно да постоје си-

³³ Bantekas, p. 128.

³⁴ Овај имунитет се шири и на чланове њихових породица, а у мањој мери и на административно и техничко особље дипломатске мисије и чланове њихових породица. За детаље видети члан 37. Бечке конвенције о дипломатским односима: Подножна напомена 22.

³⁵ Cassese: p. 305; Bantekas, p. 129.

туације када први имунитет није основ искључења кривичне одговорности, а други имунитет није процесна сметња.³⁶ Крајње искључиви ставови према којима имунитети уопште немају дејство пред међународним кривичним судовима, односно да су изузеци постали правило, нису непознати у науци, а ослањају се на аргумент да након подршке великог броја субјеката међународног права ти судови „оперишу у вертикалном односу са државама“ а њихова суверена једнакост не постоји.³⁷

Када је судска пракса држава у питању занимљиво је да анализа истих предмета доводи до потпуно супротних закључака. Тако једна правац размишљања у науци каже да пресуде говоре у прилог закључка да су државе далеко од става да потпуно одустану од имунитета за тешка међународна кривична дела, како материјалног тако и процесног, а мали број оваквих предмета може да буде додатни аргумент јер показује да су државе резервисане када треба да гоне стране државнике.³⁸ Други правац је управо потпуно супротан овоме и држи да има елемената у пракси држава који подржавају став да се развија обичајноправно правило да имунитети не постоје у погледу међународних кривичних дела.³⁹ Речју, изузеци се уобличавају у правило. Ипак, и заступници овог научног става кажу да се ново правило није „кристалисано“ у потпуности.⁴⁰

2.1. Изузеци од имунитета *ratio materie*

У науци је доста раширен аргумент како су међународна кривична дела у скоро у свим случајевима акти који се врши у име државе, односно извршиоци су скоро увек носиоци овлашћења за поступање у име државе, па би

³⁶ Као ауторитативне носиоце ових ставова треба узети Институт за међународно право и Међународну правну комисију: Institut de Droit International, Third Commission, *Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes – Article III, para. 1*, Napoli Session – 2009, https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2009_naples_01_en.pdf, посећено: 12.11.2023. године; United Nations – General Assembly, International Law Commission, 73. Session, Geneva, 18. April – 3. Jun and 4. July – 5. August 2022, *Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Texts and Titles of the Draft Articles Adopted by the Drafting Committee on First Reading – Draft Article 7*, UN Doc. A/CN.4/L.969, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2022/702574/EXPO_IDA\(2022\)702574_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2022/702574/EXPO_IDA(2022)702574_EN.pdf), посећено: 12.11.2023. године.

³⁷ Zahar & Sluiter: p. 504.

³⁸ Bantekas, p. 129, footnote 33; Слично и: Zahar & Sluiter, p. 506.

³⁹ Cassese наводи случајеве Ајхман, Барби, Каплер, Прибке, Раутер, Албрехт, Бутерс, Кеселринг, вон Левински, Пиноче, Јамашита, Булер и Кавалџо: Cassese, p. 305, footnote 5. Ипак се чини да Cassese овде греши. Наиме, у већем броју ових случајева питање имунитета се уопште није расправљало (Јамашита, Каплер, Барби, Прибке, Бутерс, Албрехт и Кеселринг), или се није судило за међународна кривична дела (Каплер). Само у случајевима Булер, вон Левински, Пиноче и Кавалџо одбрана употребила аргумент имунитета *ratio materie*.

⁴⁰ Ibid., p. 307.

уважавање функционалног имунитета вршиоцима њихових радњи увек била препрека за суђење.⁴¹ Речју, злочини никад не могу да буду суверени акти државе које функционер врши у њено име, они представљају нарушавање тзв. *ius cogens* норме.⁴² Услед овог разлога претежно мишљење у науци међународног кривичног права јесте да нема имунитета код међународних кривичних дела.⁴³ На овај начин, изузетак од правила је, барем у науци међународног кривичног права, постао ново правило. Ти научни ставови се, међутим, разилазе већ када треба да саставе списак ових дела. Тако у списак ових кривичних дела *Инститиуи за међународно право* убрја „геноцид, злочини против човечности, мучење и ратни злочини како су одређени у одговарајућим уговорима односно статутима и јуриспруденцији међународних судова и трибунала“.⁴⁴ *Међународна правна комисија* шири овај списак за два дела: апартхејд и принудне нестанке.⁴⁵ Ово није занемарљиво неслагање ставова и симптоматична је чињеница да нити једна од ових институција не убрја дело агресије на списак кривичних дела која несумњиво јесу међународна⁴⁶ и за које постоји изузетак од имунитета. *Инститиуи за међународно*

⁴¹ Tom Dannenbaum, *Mechanisms for Criminal Prosecution of Russia's Aggression Against Ukraine*, Just Security, 10 March 2022, <https://www.justsecurity.org/80626/mechanisms-for-criminal-prosecution-of-russias-aggression-against-ukraine/>, посећено: 24. април 2023. године.

⁴² „Овај аргумент се развио у покушајима да се оспори имунитет државе у грађанско-правним стварима“: Akande, Shah, p. 828. footnote 58. Akande и Shah критикују овај став као погрешан:

⁴³ Овај став је развијену основу на члан 7. Статута МВС у Нирнбергу као узор који каже да службени положај неког лица не може искључити његову одговорност или водити ублажавању казне. Из овог члана се да извући закључак да службени положај није основ који води *искључењу постојања кривичног дела*, односно да имунитет *ratio materie*, у случајевима где је признат, има дејство у материјалном праву, а не у процесном праву. Пресуда понавља овај став и изричито каже да нема имунитета за онога ко ради по овлашћењу државе ако је држава дала то овлашћење мимо међународног права: International Military Tribunal (Nuremberg), *Judgment of 1 October 1946*, p. 56, https://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf, посећено: 3.6.2024. године.

⁴⁴ Institut de Droit International, *Article I, para. 1.*

⁴⁵ International Law Commission, *Draft Article 7, para. 1, sub-para. (a)*

⁴⁶ Око овог кривичног дела постоји дилема у науци да ли оно јесте или није међународно кривично дело која је делимично изазвана једнако нејасним ставом правне праксе. Пракса МСП око овог питања је разнородна. МСП у случају Конго против Уганде из 2005. године бави утврђивањем да ли се акти предвиђени тачком г) члана 3. Резолуције 3314 ГСУН могу приписати туженој држави, као да дефиниција акта агресије из овог акта јесте део важећег међународног обичајног права. Међутим, изричиту и недвосмислену тврдњу да је одредба акта агресије из Резолуције 3314 обичајног карактера у овом случају суд не даје: ICJ, Reports, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, 2005, p. 223. (para. 146); С друге стране старији случај Никарагва против САД из 1986. године има другачији став, истина само око појма забране употребе силе у начелу, а не око појма агресије у детаљима: ICJ, Reports, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, 1986, p. 90-91, (para. 190).

йраво дозвољава један начин да носилац овлашћења за деловање у име државе и поред искључења важења правила о материјалном имунитету, привремено не одговара за извршење међународног кривичног дела. Уколико се код њега преклапају обе врсте имунитета, он неће бити **јоњен** све док је на функцији.⁴⁷ Речју, процесни имунитет ће ипак бити на снази.

Колико су ова правила и изузеци од њих већинско мишљење у науци остаје под знаком питања.⁴⁸ У науци се да приметити и низ врло разумних аргумената против овог става. Тако Kreicker врло проницљиво истиче да су управо међународна кривична дела, као акти војника, полицајаца или других чиновника безбедносних служби, најбољи пример државног монопола силе и као такви најбољи пример суверених аката државе. Теза да извршиоци ових дела могу да их „приватизују“ и врше у своје лично име је „страна стварности“.⁴⁹ Akande и Shah такође критикују већински став као погрешан ослањајући се на оправдану примедбу да се приговор имунитета улаже у раним фазама кривичног поступка у којима још увек нема закључка о противправности неког понашања. Нелогично је на самом почетку поступка оспорити неком право да докаже да је акт који је учинио дозвољен.⁵⁰

Слично науци и правна пракса држава је разнолика и у сталном кретању када је у питању материјални имунитет државних службеника: она познаје како случајеве када се овај имунитет признаје, тако и оне када се оспорава.⁵¹ Ипак, више је оних који признају имунитет.⁵² Стога је оправдан став да се изузеци од правила о имунитету никада не подразумевају већ се морају из-

⁴⁷ Institut de Droit International, *Article III, para. 2*; Истоџ става је и Cassese: Antonio Cassese, *When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes?*, European Journal of International Law, 4/2002, p. 864.

⁴⁸ Olivier Corten, Vaios Koutroulis, European Parliament, Directorate-General for External Policies – Policy Department, *Tribunal for the Crime of Aggression against Ukraine – a Legal Assessment*, Bruxelles, 2022, p. 23.

⁴⁹ Kreicker се за овај став позива на мишљење Ambos-a, Werle-a и Böse-a: Kreicker, p. 118, подножна напомена 92; Zahar & Sluiter заступају овај став у ослонцу на Sassoli-ја: Zahar & Sluiter, p. 505, footnote 105.

⁵⁰ Akande, Shah, p. 830.

⁵¹ ECHR, *Jones and Others v. UK*, Judgement, 2014, para 213. Конкретна пресуда говори о случају парнице против државних службеника за штету нанету извршењем кривичног дела тортуре у вршењу службене дужности.

⁵² Ово је закључак Врховног суда Канаде у случају Каземи где суд у прилог своје тезе наводи случајеве *Jones v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia*; *Jones v. United Kingdom*; *Germany v. Italy*; *Democratic Republic of Congo v. Belgium*; *Al-Adsani v. United Kingdom*: Supreme Court of Canada, *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, para. 102. Глави јавни тужилац Ирана и заменик управника затвора Евин јесу државни службеници у смислу и акт тортуре може да се изврши у службеном својству: Ibid., para. 98, 109; Bantekas набраја случајеве Кастро и Гадафи као оне где је признат имунитет. У случају Норијега америчко правосуђе је прескочило ово непријатно питање констатацијом да је Норијега узурпирао власт па није поступао у име државе: Bantekas, p. 130, footnote 36, 37; Akande и

ричито нагласити. Из чињенице да је више држава основало неки међународни кривични суд не извлачи се аутоматски закључак да су се одрекле права на имунитет, већ о томе мора да постоји изричита сагласност оснивача.⁵³ Питање које је у пракси држава најчешће било спорно није да ли је неки акт забрањен или не, јер од тога не зависи да ли је он суверени акт државе, него да ли је исти акт извршен у име и за рачун државе или је приватан. То у правилу подразумева анализу природе акта и окружења у коме је извршен.⁵⁴

Сасвим је оправдано да се од правила о изузецима од имунитета очекује да буду створена на разумној равнотежи између заштите суверених права држава, с једне стране, и криминалнополитичке потребе да се кажњавају међународна кривична дела, с друге стране.⁵⁵ Нпр. правила која успостављају изузетак од имунитета (потреба кажњавања) морају да буду повезана са правилима која онемогућавају вођење злонамерних поступака (заштита суверенитета).⁵⁶ Заузимањем искључивог става којим се задовољава само један интерес нужно мора да се створи неравнотежа у заштити добара.⁵⁷⁵⁸

Стога не треба да чуди да је и једини несумњиво Међународни кривични суд у Римском статуту поред члана 27. који начелно укида све имунитете за

Shah такође извлаче овај закључак из анализе поменутих, али бројних и других случајева набројаних у подножним напоменама 68-71: Akande и Shah, p. 830-831, footnote 68-71.

⁵³ “International criminal courts are established by States acting together, whether directly or indirectly as in the case of the Tribunal, which was established by the Security Council on behalf of States members of the United Nations. There is no basis for suggesting that by merely acting together to establish such a court States signify an intention to waive their individual functional immunities. A presumption of continuance of their immunities as these exist under international law is only offset where some element in the decision to establish such a court shows that they agreed otherwise.”: ICTY, Appeals Chamber, Prosecutor v. Krstic, *Decision on Application for Subpoenas: Dissenting Opinion of Judge Schahabuddeen*, para 12. p. 3

⁵⁴ Akande и Shah наводе као примере три британска случаја, један амерички и један канадски: Akande, Shah, p. 830. footnote 69.

⁵⁵ Symposium on The Present and Future of Foreign Official Immunity, Mathias Forteau, *Immunities and International Crimes Before The ILC: Looking for innovative Solution*, AJIL Unbound, vol. 112, 2018, p. 22.

⁵⁶ Ibid., p. 23.

⁵⁷ Епик анализирајући пресуду немачког Савезног суда у случају авганистанског официра оптуженог за мучење код које суд одбио да му призна функционални имунитет, критикује став суда да одреди изузетак о непримењивању овог имунитета само за случајеве ратних злочина и само за ниже рангиране оптужене: Aziz Epik, *No Functional Immunity for Crimes under International Law before Foreign Domestic Courts: An Unequivocal Message from the German Federal Court of Justice*, Journal of International Criminal Justice, 2021, p. 1276-1277. Овде треба узети у обзир да изузетак који бу важио за све случајеве међународних кривичних дела и за оптужене свих чинова више не би био изузетак. Он би био правило.

⁵⁸ Као пример за такав једностран приступ може се навести став Zahar-a & Sluiter-a. Писци предлажу да се сва међународна кривична дела воде као изузеци од свих правила о имунитету за дела извршена у службеном својству: Zahar & Sluiter, p. 505.

све оптужене за дела у његовој надлежности (и тако од изузетака прави ново правило), увео и члан 98⁵⁹ око којег се ломе копља у науци.

С једне стране су мишљења Triffterer-а и Cassese-а да овај члан не уводи изузетке од правила из члана 27. Римског стаута према којем имунитети немају дејство пред Међународним кривичним судом. За Triffterer-а је неспорно да члан 98. не успоставља изузетак од правила да пред МКС институт имунитета не важи. Он држи да члан 98. не може спречити успостављање надлежности МКС на теоријском нивоу. У пракси може јер МКС не познаје суђење у одсуству које би била једина могућност уколико би се нека држава успротивила захтеву за предају оптуженог.⁶⁰ Cassese се у својој аргументацији ослања на пресуду Међународног суда правде у случају Конго против Белгије. Ипак, сматра он, пресуда ће имати негативно дејство у оним случајевима пред Међународним кривичним судом где ће оптужени бити држављанин државе нечланице. Будући да Међународни суд правде у поменутој пресуди не препознаје обичајноправно правило које уклања привилегију материјалног (функционалног) имунитета за државне службенике када напусте функцију, одредба члана 27. Римског статута која га има односиће се само на држављане државе чланице.⁶¹

Ипак су ближи истини аргументи да члан 98. Римског статута одређује изузетке од новог правила из члана 27. Римског статута, правила да нема имунитета, као важеће за оптужене држављане држава нечланица. Prost и Schlunck држе да су чак и државе које су се у току израде Римског статута залагале за јак суд биле су забринуте за овлашћења Међународног кривичног суда да предузима акције које би државе могле да ставе у положај да прекрше своје међународне обавезе. Стога је пронађено решење према којем Суд мора да тражи сарадњу од трећих држава када има захтеве према њима којима би оне нарушиле своје обавезе у погледу имунитета. То је сврха члана 98. који пружа заштиту међународним обавезама у вези са дипломатским или државним имунитетима или оним које произилазе из Споразума о статусу војних снага (тзв. SOFA споразума).⁶² Schabas има сличан став претходном према коме први став члана 98. одређује изузетке за држављане трећих држава, а други став члана 98. за припаднике оружаних снага трећих држава заштићене

⁵⁹ Art. 98, *Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender*, ICC, *Rome Statute of the ICC*, The Hague, 2021, p. 70.

⁶⁰ Triffterer, p. 513.

⁶¹ Cassese II, p. 874. Ипак се чини да је разлог овоме члан 98. Римског статута, а не поменута пресуда. На крају крајева пресуда у случају Конго против Белгије долази након усвајања Римског статута.

⁶² Kimberly Prost, Angelika Schlunck, *Art. 98, Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender*, published in: Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999, p. 1131.

тзв. SOFA споразумима.⁶³ Wardle има најјасније и најкраће објашњење. Он држи да члан 98. Римског статута користи израз „трећа држава“ који се у међународном праву несумњиво односи на државу која није уговорница.⁶⁴ Овакво решење не треба да чуди ако се зна да је Међународни кривични суд своју надлежност уредио као комплементарну са надлежношћу држава које су га створиле. То значи да он делује упоредо, а не изнад судова држава које су га створиле.⁶⁵

Што се тиче става судова унутрашњих правних поредака као добар пример за уравнотежен приступ овој истој дилеми терба навести немачки Савезни суд који у својој релативно скорој пресуди⁶⁶ изнео став да се у међународном кривичном праву сукобљавају неограничено право на имунитет са темељним начелом да су суштинска кривична дела ове гране права толико тешка да никакви дипломатски обзири не оправдавају искључење гоњења. Речју, материјални имунитет није препрека за гоњење пред домаћим судовима за међународна кривична дела. С друге стране, према истој пресуди, друго важи када је у питању функционални имунитет високоранжираних појединаца. Због њиховог високог положаја би кривични прогон био значајан захват у суверенитет друге државе и нанео би штету међународним односима. Њихов положај је процесна препрека и за међународна кривична дела.⁶⁷

2.2. Изузеци од имунитета *ratio persone*

И поред супротних тврдњи⁶⁸ међународно право не уређује изузетке⁶⁹ од овог имунитета. Чак ни *Бечка конвенција о дипломатским односима* из 1961. године⁷⁰ не предвиђа неки такав изузетак за случај да, на пример, ди-

⁶³ Schabas, p. 81.

⁶⁴ Phillip Wardle, *The Survival of Head of State Immunity at the International Criminal Court*, Australian International Law Journal, 2011, p. 188.

⁶⁵ Ibid., p. 186.

⁶⁶ BGH, 3 StR 564/19, 21.1.2021.

⁶⁷ Stefanie Bock, *Der Krieg in der Ukraine, Putin und das Völkerstrafrecht*, Verfassungsblog: on matters constitutional, <https://verfassungsblog.de/der-krieg-in-der-ukraine-putin-und-das-volkerstrafrecht/>, посећено: 4.12. 2023. године.

⁶⁸ Schabas тврди да међународнообичајно право утврђује постојање оваквих изузетака и да је најбоље сведочанство ове тврдње члан 27. Римског статута: Schabas II, p. 80-81. Ово ипак није тачно. Римски статут нема намеру да кодификује међународно кривично право о чему сведочи његов 10. члан који јасно каже да се ништа у овом статуту не треба тумачити тако као да он ограничава постојећа правила међународног права или она у настајању, а која имају сврху другачију од овог статута: Art. 10, *Rome Statute of the ICC*, The Hague, 2021, p. 11.

⁶⁹ Пресуда МСП у случају Конго против Белгије уређује такав изузетак, али пресуде МСП немају обавезну правну снагу осим за стране у спору: Art. 59, *ICJ, Statute of the ICJ*, <https://www.icj-cij.org/statute>, посећено: 5.6.2024. године.

⁷⁰ У конвенцији постоји само начелна дужност да „поштују законе и прописе државе пријема“ и да се не „мешају у унутрашње односе“ исте: Art. 41., *Vienna Convention on Diplo-*

пломата упусти у неку незакониту делатност на територији државе пријема.⁷¹ Слично важи и за праксу домаћих судова.⁷² Једна од ретких тема која није до краја добила одговор самом Конвенцијом је да ли може да се прошири круг функционера којима она гарантује имунитет? У пракси држава наилази се на позитиван одговор на ово питање.⁷³

Наука, с друге стране, заступа став да када је у питању други имунитет, тзв. процесни имунитет, изузетак представља врста суда која суди оптуженом. Ако је у питању међународни суд онда нема процесног имунитета. Ови научни ставови се у највећој мери ослањају на поменути случај МСП Конго против Белгије из 2006. године, и на већ поменути одлуку немачког Савезног суда из 2021. године која прилично детаљно анализира ставове високих судова других држава пре него што заузме свој став.⁷⁴ Конкретно, 2006. године МСП је у случају Конго против Белгије донео одлуку да изузетак од правила о уживању имунитета не постоји пред домаћим [кривичним] судовима⁷⁵ већ само пред „међународним“.⁷⁶

Захваљујући овој пресуди питање изузетака од овог имунитета је, на први поглед, релативно јасно решено. Ипак, питање који кривични суд је међународни, и поред пресуде није затворено. Од свих кривичних судова које Међународни суд правде у овој пресуди наводи као пример „међународних“ данас постоји само Међународни кривични суд. С друге стране, није немогуће да се у будућности оснују нови судови са „претензијом“ да се назову „међународним“. Како ово питање, питање које карактеристике мора да има један кривични суд да би могао да се назове „међународни“, превазилази задатак постављен у Уводу овог рада, оно ће бити обрађено у наредном раду аутора.

matic Relations. Done at Vienna on 18 April 1961, UN Treaty Series, Vol. 500, New York, 1965, p. 120.

⁷¹ Karl Doehring, *Statusverwirkung im Völkerrecht*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2007, p. 386.

⁷² Bantekas, p. 130.

⁷³ Akande и Shah наводе случај САД, Велике Британије и Немачке које су одбијале да признају постојање изузетака од имунитета министра трговине или шефа председничког протокола одбијајући да извршавају налоге за њихово лишавање слободе: Akande, Shah, p. 822.

⁷⁴ BGH, 3 StR 564/19 (28.1.2021.), p. 15-17, 22, para. 26-33, 40.

⁷⁵ “The Court has carefully examined State practice, including national legislation and those few decisions of national higher courts, such as the House of Lords or the French Court of Cassation. It has been unable to deduce from this practice that there exists under customary international law any form of exception to the rule according immunity from criminal jurisdiction and inviolability to incumbent Minister for Foreign Affairs, where they are suspected of having committed war crimes or crimes against humanity.”: ICJ, Reports, *Case Concerning Arrest Warrant of 11- April 2000* (DR of the Congo v. Belgium), Judgement, 2002, p. 25 (para. 58.)

⁷⁶ Ibid, para. 61.

ЗАКЉУЧАК

Оружани сукоб Русије и Украјине допринео је да се питање постојања изузетака од имунитета у међународном кривичном праву поново актуелизује.

Одговор на питање да ли они треба да постоје или не зависе од исхода сукоба два темељна криминално-политичка циља међународног кривичног права. То су, с једне стране неограничено право на имунитет појединих државних функционера високог положаја чији би кривични прогон био значајан захват у суверенитет друге државе и нанео би непоправљиву штету међународним односима, и, с друге стране, темељним начелом да су суштинска кривична дела ове гране права толико тешка да никакви дипломатски обзир не оправдавају искључење гоњења. Како је „источни грех“ међународног кривичног права његова изузетно висока повезаност са међународног политиком то су његови криминално-политички циљеви приликом опредељивања за поједина решења правних проблема који се пред њега постављају често јасније „чисто“ политички опредељени, него што је то случај са просечним унутрашњим кривичним правом.

Анализа је показала да постоји јасна граница између ставова правне науке око овог проблема и правне праксе држава. Већина припадника академске заједнице нема политичку одговорност коју носиоци судске гране власти у многим држава јасно и непосредно осећају као последицу својих одлука стога су далеко либералнији и неоптерећени у давању апсолутне предности начелу некажњивости за међународна кривична дела. Речју, они олако изводе закључке, не само да изузеци од имунитета постоје, већ и да су апсолутни. Тиме уствари, стварају ново правило међународног кривичног права које каже: имунитети не важе. Када је у питању имунитет *ratio materie* тада је разлог за њихово неважење врста кривичног дела (међународно кривично дело) за које се суди, а кад је у питању имунитет *ratio persone* тада је разлог врста суда (међународни кривични суд).

Ова схватања су основана на сада већ преживљеним и застарелим схватањима међународних односа у којима постоји наддржава и њен надсуверенитет којима одговара и надправо кажњавања. То су, у ствари, старе идеје о постојања супранационалног кривичног права, октроисаног унутрашњим кривичноправним системима. Оне нису само погрешне, већ поред тога представљају и опасност по устројство међународног права зато што наводе њене неспорне субјекте да размишљају има ли сврхе повиновати се поретку у чијем стварању учествују као пуки посматрачи.⁷⁷

⁷⁷ Стога не треба да чуди да се периодично појављају идеје према којима треба преиспитати целокупан статус ове гране права као такве и свести је на међународне односе. Једна од запаженијих монографија на ову тему у науци је новији рад Goldsmith-a и Posner-a. Изазвала је велику дебату у стручној јавности. Аутори узимају, између осталог, пример

И летимичан поглед на садашње стање међународних односа и стварање мултиполарног света, света у коме нема тог ексклузивног субјекта права чије ће име дати назив стално нарушаваном и варљивом миру који влада од Другог светског рата (Рах Америсана) и чији ће се интереси надмоћно задовољавати говори да преостали научни ставови и већина правне праксе држава, ипак, стоје на становишту пред којим је будућност.

Већ сама чињеница да је правна наука и данас подељена око списка међународних кривичних дела, а за која би према њеном већинском ставу требало да постоје изузеци од имунитета *ratio materie*, је индикативна у том смислу. Разнородност научних ставова око међународног статуса кривичног дела агресије, а које је окидач за расправу око постојања изузетака од имунитета, довољно говори сама за себе. Тим пре је јасна релативно висока стопа сагласности правне праксе у различитим државама, која углавном признаје имунитете и резервисана је око признавања апсолутних изузетака од њих.

При свему овоме уопште се не губи из вида да државе могу саме да створе изузетке на начин да потпуно одустану од постојања имунитета, као што случај Римског статута показује. Тиме оне у ствари стварају не обичан већ апсолутни изузетак од правила. А то је већ ново правило. Оно гласи: нема имунитета за међународна кривична дела, пред нашим заједничким међународним судом или пред нашим домаћим судовима. Овде би изузетак био, не укидање, већ установљаване имунитета. Оваква могућност није уопште спорна.

Оно што јест спорно јесте чињеница да се цела расправа око постојања имунитета односно изузетака од њих води због, како је већ истакнуто око једног потенцијалног случаја суђења за дело агресије, држављанима држава које сигурно неће пристати на надлежност неког будућег правосудног тела и самим тим неће својевољно пристати на стварање овако описаног новог правила. Штавише, члан 98. Римског статута говори у прилог схватања да су и оснивачи МКС предвидели као стварност постојање суверенитета ван круга држава чланица, уважили га кроз правило да за држављање држава које нису чланице Међународног кривичног суда нема изузетака осим ако сами не пристану на њега. Потпуно су некоректни сви други покушаји научног тумачења његовог текста „масирањем“ аргумената који сви скупа остављају утисак „Прокрустове постеље“.

бивше Југославије како би показали да међународно право није право него гола принуда. Милошевић не би био испоручен да није било војне и дипломатске моћи НАТО-а који га је користио не зато што се бави спречавање кршења људских права већ зато што је хтео да реши кризу споственог идентитета и сврхе: Jack L. Goldsmith, Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, New York, 2005, p. 116-117. За аргументовану критику ових ставова видети нпр. Cremer-а који, између осталог, сматра да су писци оспоравајући чак и моралну обавезност међународног права „стали близу Макијавелија“. „Њихов неомакијавелизам се мора одбаци“: Hans-Joachim Cremer, *Völkerrecht – Alles nur Rhetorik?*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2007, p. 268, 296.

Па ако је већ једини несумњиви „међународни“ кривични суд предвидео могућност постојања других правних правила, равноправних њему самом и суверених једнако као и воље које су уграђене у Римски статут, како је онда могуће да неки нови суд који тек треба да докаже да је дорастао претензији својих оснивача да буде назван „међународни“, и који треба да суди за кривично дело (агресија) за које није сигурно да је „међународно“, и који треба да буде основан без сагласности држава (Русија, Белорусија) на које има намеру да „протегне“ своју надлежност, може да крене од сасвим другачије претпоставке?

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Akande, Dapo; Shah, Sangheta, *Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts*, EJIL, 4/2011
- Andrassy, Juraj, *Međunarodno pravo*, Zagreb, 1976
- Бачић, Фрањо, *Кривично право – ошћу quo*, Загреб, 1980
- Bantekas, Ilias, *International Criminal Law*, Oxford, Portland, 2010
- Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford – New York, 2008
- Cassese, Antonio, *When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes?*, European Journal of International Law, 4/2002
- Corten, Olivier; Koutroulis, Vaio, European Parliament, Directorate-General for External Policies – Policy Department, *Tribunal for the Crime of Aggression against Ukraine – a Legal Assessment*, Bruxelles, 2022
- Cremer, Hans-Joachim, *Völkerrecht – Alles nur Rhetorik?*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2007
- Doehring, Karl, *Statusverwirkung im Völkerrecht*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2007
- Epik, Aziz, *No Functional Immunity for Crimes under International Law before Foreign Domestic Courts: An Unequivocal Message from the German Federal Court of Justice*, Journal of International Criminal Justice, 2021, p. 1276-1277.
- Forteau, Mathias, *Immunities and International Crimes Before The ILC: Looking for innovative Solution*, AJIL Unbound, vol. 112, 2018
- Goldsmith, Jack L; Posner, Eric A, *The Limits of International Law*, New York, 2005
- Issues of admissibility*, ICC, *Rome Statute of the ICC*, The Hague, 2021
- Камбовски, Владо, *Међународно казнено право*, Скопје, 1998
- Kreicker, Helmut, *Die Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs zur Staatenimmunität – Auswirkungen auf das (Völker-)Strafrecht?*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 4/2012
- Орловић, Слободан, *Усљавно право*, Нови Сад, 2019
- Prost, Kimberly; Schlunck, Angelika, *Art. 98, Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender*, published in: Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999

- Schabas, William A, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, 2004
- Spiropoulos, J. (Document A/CN.4/22, Report by) *Formulation of Nurnberg Principles, Part IV: The Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*;
- Стојановић, Зоран, *Међународно кривично право*, Београд, 2012
- Texts and Comments*, Principle III, Yearbook of The International Law Commission, 1950, Vol II: *Documents of the second session including the report of the Commission to the General Assembly*, New York, 1957
- Triffterer, Otto, *Article 27: Irrelevance of official capacity*, published in: Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999
- Vienna Convention on Diplomatic Relations, done at Vienna on 18 April 1961*, UN Treaty Series, Vol. 500, New York, 1965
- Wardle, Phillip, *The Survival of Head of State Immunity at the International Criminal Court*, Australian International Law Journal, 2011
- Zahar, Aleksandar; Sluiter, Göran, *International Criminal Law*, Oxford – New York, 2008

Судска пракса

- ECHR, *Jones and Others v. UK*, Judgement, 2014
- ICTY, Appeals Chamber, Prosecutor v. Krstic, *Decision on Application for Subpoenas: Dissenting Opinion of Judge Schahabuddeen*
- ICJ, Reports, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, 2005
- ICJ, Reports, *Case Concerning Arrest Warrant of 11- April 2000 (DR of the Congo v. Belgium)*, Judgement, 2002
- ICJ, Reports, *Jurisdictional Immunities of a State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgement, 2012
- ICJ, Reports, *Military and Puramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, 1986
- Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, Supreme Court of Canada, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176

Интернет извори

- Calling for the Creation of a Special Tribunal for the Punishment of the Crime of Aggression Against Ukraine*. <https://gordonandsarahbrown.com/wp-content/uploads/2022/03/Combined-Statement-and-Declaration.pdf>, 19. 3.2023.
- Dannenbaum, Tom, *Mechanisms for Criminal Prosecution of Russia's Aggression Against Ukraine*, Just Security, 10 March 2022, <https://www.justsecurity.org/80626/mechanisms-for-criminal-prosecution-of-russias-aggression-against-ukraine/>, 24.4.2023.

- Institut de Droit International, Third Commission, *Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes – Article III, para. 1*, Napoli Session – 2009, https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2009_naples_01_en.pdf, 12.11.2023.
- International Military Tribunal (Nuremberg), *Judgment of 1 October 1946*, p. 56, https://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf, 3.6.2024.
- International Peace institute, *High-Level Launch Meeting of the Group of Friends of Accountability Following the Aggression Against Ukraine*, 25 March 2022, <https://www.ipinst.org/2022/03/high-level-launch-meeting-of-group-of-friends-of-accountability-for-ukraine#8>, 8.12.2023.
- Ochab, Ewelina U., *Experts Call For The Creation Of A Special Tribunal For The Punishment Of The Crime Of Aggression Against Ukraine*, Forbes, 4. 3. 2022, <https://www.forbes.com/sites/ewelinaochab/2022/03/04/experts-call-for-the-creation-of-a-special-tribunal-for-the-punishment-of-the-crime-of-aggression-against-ukraine/?sh=4bb810631e22-ukraine/?sh=4bb810631e22>, 19.3.2023.
- Statute of the ICJ*, <https://www.icj-cij.org/statute>, 5.6.2024.
- Stefanie Bock, *Der Krieg in der Ukraine, Putin und das Völkerstrafrecht*, Verfassungsblog: on matters constitutional, <https://verfassungsblog.de/der-krieg-in-der-ukraine-putin-und-das-volkerstrafrecht/>, 4.12.2023.
- Ukraine Task Force of the Global Accountability Network (UKTF), *Considerations of the Setting up a of The Special Tribunal for Ukraine on the International Crime of Aggression*, Global Accountability Network (GAN), July 2022, https://www.jurist.org/news/wp-content/uploads/sites/4/2022/07/The_Special_Tribunal_for_Ukraine_on_the_Crime_of_Aggression.pdf, 31.10. 2023.
- United Nations – General Assembly, International Law Commission, 73. Session, Geneve, 18. April – 3. Jun and 4. July – 5. August 2022, *Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Texts and Titles of the Draft Articles Adopted by the Drafting Committee on First Reading – Draft Article 7*, UN Doc. A/CN.4/L.969, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2022/702574/EXPO_IDA\(2022\)702574_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2022/702574/EXPO_IDA(2022)702574_EN.pdf), 12.11.2023.
- Yale Club Roundtable: *A Special Tribunal for the Crime of Aggression Recommended by the UN General Assembly?*, Chair's Summary, 22 June 2023, <https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2022/09/UNSC-Letter-12-August-2022.pdf>, 23.3.2023.

Branislav R. Ristivojević
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Ristivojevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-2333-3521

Stefan S. Samardžić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Samardzic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-2870-5726

Exceptions to Immunity in International Criminal Law

Abstract: *The paper examines the exceptions to immunity in international criminal law. It begins with an overview of the structure of this institute, including its divisions and the effects of its various types, after which the paper delves into the exceptions themselves. After a thorough review of scholarly opinions on this topic, along with a comprehensive listing of the legal practices of states that have addressed these exceptions, the paper turns to a critique of each of these exceptions. One widely accepted exception to immunity, known as “ratione materiae”, relates to the types of criminal offenses that can be prosecuted. This exception is contentious because the nature of international criminal acts is such that they are rarely committed in a private capacity. The legal practices of states, which often contradict the prevailing scientific views on this issue, suggest that judges feel a greater burden of responsibility for their decisions than scholars do. The main exception to immunity, “ratione personae”, concerns the type of court that adjudicates certain acts. This exception is largely untestable in practice because, apart from the International Criminal Court (ICC), there are no other criminal courts of “international” character. Moreover, Article 98 of the Rome Statute indicates that the ICC does not view its position as absolute or superior, and that its establishment of absolute exceptions to immunity is contingent and contractual. In conclusion, the authors assess the future of the exceptions to immunity by connecting them to two fundamental principles of international criminal law: the principle of impunity for international crimes and the principle of sovereign equality among states in international relations. Since international criminal law is often more influenced by political interests than domestic legal systems are, it is plausible that the exceptions to immunity could diminish in importance. Conse-*

quently, immunities themselves may undergo a practical renaissance, followed by a resurgence in academic interest.

Keywords: *international criminal law, international criminal court, international court of justice, immunity ratione materiae; immunity.*

Датум пријема рада: 7. 2. 2025.

Датум прихватања рада: 1. 10. 2025.