

**Akademija pravnih znanosti Hrvatske**

**TEORIJA ZAJEDNIČKOG  
ZLOČINAČKOG POTHVATA  
I MEĐUNARODNO KAZNENO  
PRAVO – IZAZOVI I  
KONTROVERZE**

**Zagreb, MMVII**



## **Autori**

**(članovi Akademije pravnih znanosti Hrvatske):**

**Prof.dr.sc. Igor Bojanić**

(profesor kaznenog materijalnog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku)

**Prof.dr.sc. Davor Derenčinović**

(profesor kaznenog materijalnog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu)

**Prof.emerit.dr.sc. Željko Horvatić**

(profesor kaznenog materijalnog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu)

**Prof.dr.sc. Davor Krapac**

(profesor kaznenog procesnog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu)

**Prof.dr.sc. Maja Seršić**

(profesor međunarodnog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu)

**“True peace is not merely the absence of tension: it is the presence of justice.”**  
Martin Luther King Jr.

# S A D R Ź A J

## **PRVO POGLAVLJE**

### **IZVEDENA OSOBNA KAZNENA ODGOVORNOST ZA KOLEKTIVNA MEĐUNARODNA KAZNENA DJELA PREMA ODREDBAMA STATUTA MEĐUNARODNOG KAZNENOG SUDA ZA BIVŠU SFRJ**

1. Rekonceptualizacija materijalnog kaznenog prava u praksi Međunarodnog kaznenog suda za bivšu SFRJ.....	6
1.1. Političko-ideološki razlozi.....	11
1.2. Pravni razlozi.....	15
2. Zapovjedna odgovornost.....	17
2.1. Utvrđivanje suvremenih pojmovnih sastavnica zapovjedne odgovornosti...20	
2.1.1. Funkcionalna sastavnica zapovjedne odgovornosti.....	24
2.1.2. Kognitivna sastavnica zapovjedne odgovornosti.....	30
2.1.3. Operativna sastavnica zapovjedne odgovornosti.....	33
2.2. Kritičke primjedbe na institut zapovjedne odgovornosti.....	35
2.2.1. Primjena standarda zapovjedne odgovornosti na nevojne zapovjednike...36	
2.2.2. Zapovjedna odgovornost i uzročnost nečinjenja.....	40
3. Zajednički zločinački pothvat.....	45
3.1. Dvojbe u vezi primjene teorije zajedničkog zločinačkog pothvata.....	53
4. Zaključak o međusobnom odnosu dvaju oblika izvedene kaznene odgovornosti po Statutu MKSJ.....	59

## **DRUGO POGLAVLJE**

### **ZAJEDNIČKI ZLOČINAČKI POTHVAT I NAČELO ZAKONITOSTI**

1. Nullum crimen nulla poena sine lege i međunarodno kazneno pravo.....	63
2. Zajednički zločinački pothvat u praksi sudova nakon II. svjetskog rata.....	70
3. Zajednički zločinački pothvat u međunarodnim ugovorima.....	75
4. Zajednički zločinački pothvat u poredbenom pravu.....	77
5. Rasprava.....	80
6. Zaključak.....	92

## **TREĆE POGLAVLJE**

### **OBJEKTIVNI ELEMENTI TEORIJE ZAJEDNIČKOG ZLOČINAČKOG POTHVATA**

1. Uvodne napomene.....	101
2. Pluralitet osoba.....	101
2.1. Da li glavni počinitelj mora sudjelovati u zajedničkom planu?.....	107
2.2. Je li primjena teorije zajedničkog zločinačkog pothvata ograničena na pothvate manjeg opsega?.....	111
3. Zajednički plan.....	114

3.1. Presuda Međunarodnog suda pravde u predmetu "Primjena Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida" .....	118
3.2. Sadržaj elementa „zajednički plan“ .....	130
4. Sudjelovanje optuženika u zajedničkom planu .....	133
5. Zaključak .....	136

**ČETVRTO POGLAVLJE**  
**SUBJEKTIVNI ELEMENTI TEORIJE ZAJEDNIČKOG ZLOČINAČKOG**  
**POTHVATA**

1. Nulla poena sine culpa i međunarodno kazneno pravo .....	137
2. Krivnja kod osnovnog oblika zajedničkog zločinačkog pothvata .....	139
2. Krivnja kod sistemskog oblika zajedničkog zločinačkog pothvata .....	141
4. Krivnja kod proširenog oblika zajedničkog zločinačkog pothvata .....	146
4.1. Prošireni oblik zajedničkog zločinačkog pothvata i dokazivanje posebne namjere (dolus specialis) .....	152
5. Rasprava i zaključak .....	162

**PETO POGLAVLJE**  
**QUID FACIT? POSREDNO POČINITELJSTVO KAO ALTERNATIVA**  
**TEORIJI ZAJEDNIČKOG ZLOČINAČKOG POTHVATA .....**

	169
--	-----

**ŠESTO POGLAVLJE**  
**UMJESTO ZAKLJUČKA – DESET TEZA O ZAJEDNIČKOM**  
**ZLOČINAČKOM POTHVATU .....**

	180
--	-----

<b>BIBLIOGRAFIJA .....</b>	181
----------------------------	-----

# **PRVO POGLAVLJE**

## **IZVEDENA OSOBNA KAZNENA ODGOVORNOST ZA KOLEKTIVNA MEĐUNARODNA KAZNENA DJELA PREMA ODREDBAMA STATUTA MEĐUNARODNOG KAZNENOG SUDA ZA BIVŠU SFRJ**

### **1. Rekonceptualizacija materijalnog kaznenog prava u praksi Međunarodnog kaznenog suda za bivšu SFRJ**

U međunarodnom kaznenom pravu kaznenoj odgovornosti podliježu samo fizičke osobe kao pojedinci. To je tradicija unutarnjeg kaznenog prava, na koju su se oslonili prvi pokušaji suđenja za ratne zločine nakon I. svjetskog rata, posebice njemačkoga cara Wilhelma II temeljem čl. 227. ugovora o miru iz Versaillesa od 28. VI. 1919., postupci pred njemačkim Vrhovnim sudom u Leipzigu te neki partikularni ugovori o miru sa poraženim državama. Premda je Statut Međunarodnog vojnog suda u Nürnbergu predviđao i odgovornost “kriminalnih organizacija”, pa su kao takve pred tim sudom bile i proglašene organizacije SS, Gestapa, tajne policije i vodstva nacističke stranke, ipak niti jednoj nije bila izrečena kazna, već je ta odgovornost samo deklarirana u presudi, ostavljajući vlastima država potpisnica pravo da temeljem te deklaracije izvedu pred svoje sudove pojedince koji su pripadali tim organizacijama. Nakon suđenja u Nürnbergu i Tokiju, Opća skupština UN je načelo individualne kaznene odgovornosti za međunarodne zločine proglasila kao prvo u nizu sedam tzv. “nürnbergskih načela”.<sup>1</sup> Ono glasi:

“Principle I: Any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible thereof and liable to punishment.”

Historija toga načela od Versaillesa do statuta međunarodnih kaznenih sudova za bivšu SFRJ i za Rwandu, zajedno s brojnim drugim ustanovama međunarodnog kaznenog prava, pokazuje u djelovanju pet ad hoc međunarodnih istražnih komisija, četiri ad hoc međunarodna kaznena suda te nekoliko međunarodnopravno osnaženih nacionalnih suđenja za međunarodne zločine, neprestano preplitanje prava i politike tijekom utvrđivanja materijalnopravnih i proceduralnih standarda, koje preplitanje - u sustavu pravnih normi iz različitih pravnih izvora te u jako fragmentiranom međunarodnom kaznenom pravosuđu - politici uvijek osigurava važni upliv.<sup>2</sup> To praktično znači da će primjena nekog pravnog načela, u krajnjoj liniji ovisiti o funkcionalnim metodama njegovog tumačenja. One, kao što je poznato, u utvrđivanju smisla sastavnica pravnog

---

<sup>1</sup> Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nuremberg Trial, G.A. Res. 95(I) od 11. XII. 1946, UN Doc. A/64/Add.1.

<sup>2</sup> BASSIOUNI 2003, 393-444

načela ili pravnih normi polaze od pitanja čemu takva pravna norma služi. Kako je to pitanje u upravljanju svakom razvijenom društvenom strukturom uvijek povezano s pitanjem legitimacije vodeće političke sile, to se i načela međunarodnog kaznenog prava u praksi primjenjuju tako da bi postala i ostala prihvatljiv alat održavanja međunarodnog političkog poretka. Statuti današnjih međunarodnih kaznenih sudova – uključujući i tzv. mješovite ili internacionalizirane kaznene sudove – u svojim uvodnim ili načelnim odredbama preuzimaju načelo individualne kaznene odgovornosti. U svojem izvješću uz Rezoluciju 808 Vijeća sigurnosti UN kojom je prihvaćen Statut MKSJ Glavni je tajnik UN naveo da su “gotovo svi komentari [nacrta Statuta] koje je primio tražili da Statut sadrži odredbe koje se odnose na individualnu kaznenu odgovornost šefova država, vladinih dužnosnika i te svih osoba koje su nastupale u okviru nekih službenih ovlasti” te da su se “ti zahtjevi pozivali na precedente nakon II. svjetskog rata.”<sup>3</sup> Time je međunarodno kazneno pravo, unatoč nekih nastojanja u pripremanju za donošenje Rimskog statuta stalnog Međunarodnog kaznenog suda (MKS) koja su išla za uvođenjem kaznene odgovornosti pravnih osoba u međunarodnom kaznenom pravu (doduše, uz isključenje države i drugih javnih i neprofitnih organizacija), prihvatilo tradicionalnu usmjerenost kaznenog prava na fizičku osobu kao neposrednog počinitelja kaznenog djela i njegove eventualne sudionike – poticatelje i pomagače.<sup>4</sup> Individualna kaznena odgovornost fizičke osobe za međunarodna kaznena djela prihvaćena je i u praksi ad hoc međunarodnih kaznenih sudova (Međunarodnog suda za teške povrede međunarodnog humanitarnog prava počinjene na području bivše Jugoslavije od 1991, MKSJ, ICTY te Međunarodnog suda za Rwandu, MKSR, ICTR). To npr. potvrđuje izreka drugostupanjske odluke u predmetu Tadić povodom interlokutorne žalbe na prvostupanjsko odbijanje prigovora jurisdikciji MKSJ koja određuje da se načelo individualne kaznene odgovornosti primjenjuje prema običajnom međunarodnom kaznenom pravu i na slučajeve unutarnjih oružanih sukoba.<sup>5</sup> Praksa MKSJ traži da se u optužnici precizira “oblik kaznene odgovornosti” iz čl. 7(1) Statuta koji se, prema ocjeni Tužitelja utemeljenoj na odredbama stavka 1. ili 3. toga članka, počinitelju međunarodnog zločina stavlja na teret, kako bi bilo udovoljeno postulatima načela pravičnog postupka koji traže da se tim preciziranjem odredi činjenična osnovica za presudu te optuženiku omogući pripremanje obrane.<sup>6</sup> MKSJ je utvrdio pet takvih oblika kaznene odgovornosti u čl. 7. svojega Statuta<sup>7</sup>: dva “glavna” (principal) i tri “akcesorna” (accessorial): glavni uključuju neposredno počiniteljstvo kaznenog djela (commission) te “planiranje” počinjenja kaznenog djela (samostalno ili zajedno s drugim osobama) pri čemu počinitelj mora imati namjeru počinjenja ili planiranja

---

<sup>3</sup> Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), UNSC, UN Doc. S/25704 (1993), §55

<sup>4</sup> NOVOSELEC 2004, 487

<sup>5</sup> Prosecutor v. Tadić, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction od 2. X. 1995, §128-129

<sup>6</sup> JONES/POWLES 2005, 6.2.28 u citiranju prvostupanjske presude u predmetu Furundžija od 10. XII. 1998, §189

<sup>7</sup> DANNER-MARTINEZ 2005, 103

djela odnosno barem “znanje o znatnoj vjerovatnoći (substantial likelihood) da će kao posljedica njegovog ponašanja nastupiti neki kriminalni čin ili propust”;<sup>8</sup> “akcesorni” oblici kaznene odgovornosti odnose se na slučajeve sudioništva u užem smislu (prema našem pravu) kao što su poticanje i pomaganje, ali i na ostale osobe koje su na bilo koji drugi način doprinijeli planiranju ili počinjenju zločina.<sup>9</sup> Time je, kao što je poznato, praksa toga suda, pod utjecajem angloameričkih pravnih konstrukcija, prihvatila tzv. jedinstveni pojam počinitelja kao bilo koje fizičke osobe koja je dala kauzalni doprinos nekom međunarodnom zločinu. Međutim, u okviru takvoga pojma “počinitelja” na dva su načina proširene granice individualne kaznene odgovornosti, “rekonceptualizacijom” tradicionalnih instituta općeg dijela kaznenog zakona kao što su sudioništvo i krivnja.<sup>10</sup> Prvo, na planu sudioništva, uz izbjegavanje utvrđivanja pojedinih oblika sudioništva u kaznenom djelu u širem smislu i prihvaćanjem tzv. monističkog modela “jedinstvenog pojma počinitelja” (prema kojem se počiniteljem smatra bilo koja osoba koja je dala neki kauzalni doprinos počinjenju kaznenog djela, bez obzira je li neposredno fizički počinila zločin ili je planirala, poticala, naredila, počinila ili na drugi način pomogla i sudjelovala u planiranju, pripremanju ili počinjenju zločina; čl. 7(1) Statuta MKSJ) koji stanovite razlike između njih čini samo pri odmjeri kazne, praksa je uvela i razradila dvije pravne teorije koje se ne temelje na neposrednoj, autonomnoj kaznenoj odgovornosti pojedinca za svoje vlastito ponašanje nego tu odgovornost izvode iz ponašanja nekih drugih osoba koje su postupale u okviru stanovite asocijacije u kojoj je neka djelatnost bila razdijeljena prema hijerarhijskim ili koordiniranim metodama ostvarivanja zajedničkog (kriminalnog) cilja. Kako se po tim teorijama kaznena odgovornost pojedinca utemeljuje odnosno izvodi iz postupaka (koji ne moraju uvijek predstavljati kažnjivo djelo) drugih osoba, može se o tim teorijama u širem smislu govoriti kao o vikarijskim ili teorijama izvedene (individualne) kaznene odgovornosti. To su teorije o zapovjednoj odgovornosti (utemeljenoj na odredbi čl. 7(3) Statuta) te o “zajedničkom zločinačkom pothvatu”, joint criminal enterprise (utemeljenoj na odredbi čl. 7(1) Statuta o oblicima kaznene odgovornosti za međunarodne zločine koja ju odredba doduše, izričito ne predviđa, ali su suci MKSJ interpretativno, analogijom iuris, utvrdili da spada u njezin pojmovni sadržaj). Teorije o vikarijskoj odgovornosti poznate su u angloameričkom pravu. Povijesno, one su nastale na području srednjovjekovne građanskopravne odgovornosti za štetu nekog principala koju su trećim osobama nanijeli njegovi službenici ili povjerenici prema maksimi respondeat superior<sup>11</sup>,

---

<sup>8</sup> Kvočka I, § 251

<sup>9</sup> Kordić I, § 373

<sup>10</sup> DRUMBL 2005, 540

<sup>11</sup> Respondeat superior (lat. neka gopodar odgovara). Radi se o privatnopravnom konceptu odgovornosti poslodavca za postupke i propuste zaposlenika u obavljanju njihovih radnih zadataka. Respondeat superior je u osnovi tzv. vikarijske odgovornosti kojoj je cilj: 1. sprječavanje budućih povreda; 2. osiguranje naknade štete oštećeniku i 3. pravično ispravljanje gubitaka prouzročenih u poduzetništvu. U k.p. ovaj je koncept suprotan načelu krivnje jer implicira odgovornost poslodavca bez obzira na njegovu krivnju za počinjeno djelo i bez obzira da li je zaposlenik postupao s namjerom ili iz nehaja. Unatoč načelno širokom konceptu respondeat superior, u onim pravnim sustavima u kojima je predviđena (npr. SAD, Nizozemska) vikarijska je



ali se zbog okvira odgovornosti za sudioništvo u kaznenom pravu, različitih od okvira suodgovornosti za štetu u građanskom pravu, nisu primjenjivale pred kaznenim sudovima.<sup>12</sup> No, kada su početkom XX. stoljeća ušle najprije u primjenu za prekršajnu odgovornost, a potom i u primjenu za utvrđivanje kaznene odgovornosti pravnih osoba, put je bio otvoren za njihov prelazak u međunarodno kazneno pravo - što se dogodilo zaslugom nürnberškog vojnog tribunala o zapovjednoj odgovornosti optuženih za ratne zločine<sup>13</sup>. Pravne konstrukcije zapovjedne odgovornosti i "zajedničkog zločinačkog pothvata" omogućavaju da se preko utvrđene krivnje drugih osoba za određena kaznena djela, utvrđeni oblik odgovornosti i prijekor koji je tim osobama upućen, uračunava, pripisuje optuženiku kojem se takva konstrukcija stavlja na teret i on se za njih kažnjava "kao" da ih je i sam počinio. Pravnodogmatski one leže u domeni tzv. formalnih kaznenih djela ili kaznenih djela čistog djelovanja u kaznenom pravu common lawa (tzv. inchoate offences) kod kojih se biće kaznenog djela iscrpljuje u samoj radnji počinitelja, bez obzira na učinak na objektu radnje, koji može biti prostorno i vremenski odvojen od radnje, kao što je kažnjiv pokušaj, poticanje ili "zločinačka urota" odnosno "zavjera"<sup>14</sup> (conspiracy). Potonja je slučaj sudioništva u kaznenom djelu, kod kojeg sudionici odgovaraju za sva kaznena djela počinjena u ostvarenju "zajedničkog cilja" (common purpose) pa i za ona koja nisu prvobitno predvidjeli, ukoliko su taj "eksces" trebali predvidjeti kao stvarno moguće (possible). Konstrukcija "zavjere" omogućava ne samo da se kažnjavanjem za rane stadije u činjenju kaznenih djela (dogovaranje, planiranje, pripremanje) postigne veći preventivni učinak u kaznenom pravu, nego i da se olakša kazneni progon: tužitelju koji ne uzmogne udovoljiti pravilima o teretu dokazivanja kaznenog djela kojeg su sudionici izvorno počinili, omogućuje "uzmak na rezervni položaj" tj. da optužbu izmijeni u "zločinačku zavjeru" sudionika da počine to kazneno djelo i tako dokaže stadij njegovog ostvarenja do kojeg su doprli (neki engleski autori to nazivaju "dvostrukim životom" u praksi ustanove conspiracy).<sup>15</sup> U pogledu oblika sudioništva treba pripomenuti da za razliku od Statuta MKSJ koji ne pozna "zavjeru" niti ZZP, Rimski statut MKS u čl. 25. st. 3.toč.d predviđa, uz ostalo, odgovornost i za ponašanje sudionika kojim on "...in any other way contributes to the commission or attempted commission of

---

odgovornost ograničena samo na neka kaznena djela u vezi gospodarstva i neke radnje koje nisu kažnjive, a i u sudskoj je praksi taj koncept tumačen restriktivno (tako je npr. Vrhovni sud Kalifornije u jednoj odluci zauzeo stajalište da bolnica ne može biti osuđena na osnovi vikarijske odgovornosti za seksualno maltretiranje pacijenta od strane liječnika). HORVATIĆ i dr. 2002.

<sup>12</sup> SAYRE 1930, 694-701

<sup>13</sup> Općenito o mukotrpnom popunjavanju praznina u podnormiranom općem dijelu međunarodnog kaznenog prava djelatnošću nürberškog i tokijskog vojnog tribunala usp.. BASSIOUNI 2003, 290-320

<sup>14</sup> U hrvatskoj jezičnoj praksi u uporabi su oba izričaja, "urota" i "zavjera". Ipak, u Hrvatskom enciklopedijskom rječniku iz 2004. godine (izd. Jutarnji list i Novi liber u Zagrebu) nalazimo malu razliku iz koje se može zaključiti da engleskoj conspiracy više odgovara izričaj "zavjera": urota je "tajni dogovor o zajedničkoj akciji protiv koga ili čega" (HER sv. 11, 226) a zavjera je "(1) tajni plan više osoba da se počini zločin ili napravi šteta" te (2) "sam čin organiziranja takvog plana" (HER sv. 12, 145 – koji međutim, uz to tumačenje ekviparira "urotu"). Za oznaku zločinačke naravi takve asocijacije, bolja je dakle, "zavjera".

<sup>15</sup> PADFIELD 2000, 137

such a crime by a group of persons acting with a common purpose", ali odmah nadodaje da "such contribution shall be intentional and shall either: (i) be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or (ii) be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime". Osim toga, on uspostavlja i razliku između počinitelja i sudionika (u užem smislu), prihvaćanjem tzv. dualističkog modela, bliskog njemačkom i našem pravu, premda ne dosljedno jer je za sve oblike sudjelovanja više osoba u zločinu predviđen isti kazneni okvir a ne graduirano blaži za one koje se smatraju manje opasnima, poput npr. pomagača). Drugo, u pogledu krivnje, objedinjavanjem razloga isključenja protupravnosti i razloga isključenja krivnje u „grounds for excluding criminal responsibility“, ad hoc sudovi u većoj i Rimski statut u ipak manjoj mjeri zabacili su razlikovanje između protupravnosti i krivnje, reducirali elemente namjere kao oblika krivnje, uveli posebni oblik “nepromišljenosti” (recklessness) te izvršili promjene u nekim drugim institutima protupravnosti (nužna obrana, krajnja nužda) i krivnje (koju npr. isključuje ne samo zabluda nego i zapovijed nadređenog).<sup>16</sup> To ima posljedice i za primjenu konstrukcija zapovjedne odgovornosti i zajedničkog zločinačkog pothvata. Ostavljajući na čas po strani opravdanost i pravnu utemeljenost ove “rekonceptualizacije” kaznenog prava, treba istaknuti da ima više razloga za tu promjenu elemenata tradicionalnog općeg dijela (unutarnjeg) kaznenog prava pred međunarodnim kaznenim sudovima. Možemo ih grubo podijeliti na političko-ideološke i pravne.

---

<sup>16</sup> NOVOSELEC 2004, 488 i 493

## 1.1. Političko-ideološki razlozi

Političko-ideološki razlozi proizlaze iz činjenice da se međunarodni zločini događaju u oružanim sukobima koji imaju masovni karakter. Suvremena zapadna civilizacija na masovno nasilje gleda kao na nešto što je uvijek “veće od sume dijelova” i što uvijek u izvanredno velikoj mjeri pogađa elementarne vrijednosti globalne zajednice kao što su genocid, ratni zločini, zločini protiv čovječnosti, terorizam. Takvi napadi na univerzalne vrijednosti mogu se međutim, kao i sva druga kaznena djela, danas suzbijati samo “klasičnim” ustanovama kaznenog pravosuđa. Da bi “normaliziralo” kažnjavanje tj. provelo ga kroz uobičajene (birokratske) procedure, kazneno pravosuđe mora javno kažnjavanje “ekonomizirati” (u smislu Foucaultove teorije o političkoj ekonomiji kazne), tj. podvrgi kazni samo selekcionirani – i ograničeni - broj počinitelja tih napada, k tome kazni izrečenoj u “pravičnom” kaznenom postupku sukladno tradicionalnim institutima individualne kaznene odgovornosti te izvršenoj u uređenom obliku zatvora u nekom nacionalnom penitencijarnom sustavu.<sup>17</sup> Stoga je jedan od prvih postulata te “ekonomizacije” zahtjev da se iz mase delinkvenata – neposrednih počinitelja, vojnih zapovjednika i upravnih dužnosnika te političkih i vojnih vođa izdvoje “najodgovorniji” za međunarodne zločine. Po kojem kriteriju? Ako se kao kriterij uzme “težina nedjela”, što je socijalnopsihološki najstariji kriterij razvrstavanja, na pitanje može li se na počinitelje najtežih međunarodnih zločina gledati kao na “obične kriminalce” - mnogi suvremeni teoretičari i praktičari daju negativni odgovor, implicirajući tako posljedice koje je srednjovjekovna pravna doktrina o crimina atrocissima nadovezivala na najteža kaznena djela. Tako je npr. još nedavno, Richard Goldstone, bivši Tužitelj pred MKSJ, tražio da se politički vođe te nadređeni na višim pozicijama u zapovjednom lancu koje impliciraju veće obveze na valjano obnašanje svojih dužnosti, selekcioniraju za kazneni progon i strože kažnjavaju za masovne međunarodne zločine.<sup>18</sup> Takvo stajalište preuzeli su ad hoc sudovi za bivšu Jugoslaviju i Rwandu - otvorivši time pitanja legitimiteta selekcije kaznenog progona i kaznene politike za delikte iz svoje jurisdikcije. Tako je prvostupanjsko vijeće MKSJ u predmetu Martić izreklo da se “pred lice pravde” izvode oni koji mogu “kriminalno utjecati” na događaje zbog većih ovlasti inherentnih njihovom položaju u društvenoj hijerarhiji prije onih koji samo “slijede naredbe” - zato što prvi u većoj mjeri mogu potkopati “international public order”<sup>19</sup>. Premda su MKSJ i MKSR u svojim presudama izricali da imaju jednaku jurisdikciju nad običnim počiniteljima međunarodnih zločina i nad onim “višeg ranga”<sup>20</sup> ipak je nekoliko godina nakon njihovog utemeljenja posve prihvaćeno političko stajalište da se pred tim sudovima u prvom redu moraju kazneno progoniti i kažnjavati “istaknute ličnosti” tj. one osobe koje su planirale, dogovarale i usklađivale međunarodne zločine “koji su izazvali zabrinutost međunarodne zajednice” a ne pojedinačne počinitelje koje,

---

<sup>17</sup> DRUMBL 2005, 542

<sup>18</sup> GOLDSTONE 1995, cit. kod DRUMBL 2005, 569

<sup>19</sup> Prosecutor v. Martić, Review of indictment pursuant to Rule 61 od 8. III. 1996, § 21

<sup>20</sup> Erdemović I, § 83

kao "sitne ribe" bolje mogu progoniti i kažnjavati nacionalni sudovi.<sup>21</sup> To je izraženo u rezoluciji Vijeća sigurnosti UN 1329 od 30. XI. 2000 godine koja navodi:

"...Noting the significant progress being made in improving the procedures of the International Tribunals, and convinced of the need for their organs to continue their efforts to further such progress, taking note of the position expressed by the International Tribunals that civilian, military and paramilitary leaders should be tried before them in preference to minor actors ..."

To je stajalište kasnije potvrđeno i u izjavi predsjednika Vijeća sigurnosti od 23. VII. 2001. koja navodi:

"The ICTY should concentrate its work on the prosecution and trial of the civilian, military, and paramilitary leaders suspected of being responsible for serious violation of international humanitarian law ... rather than on minor actors"<sup>22</sup>

Ono je preuzeto u tzv. "izlazne strategije" MKSJ i MKSR, označene prvi put u rezoluciji Vijeća sigurnosti UN 1503 od 28. VIII. 2003. (S/RES/1503(2003)) koja te sudove "poziva da poduzmu sve potrebne mjere kako bi se istrage okončale do kraja 2004., prvostupanjska suđenja do kraja 2008., a svekolika djelatnost završila u 2010. godini" (toč. 7.); na temelju tih strategija ono je formulirano u rezoluciji Vijeća sigurnosti UN 1534 od 26. IV. 2004. koja, uz ostalo u toč. 5., poziva MKSJ i MKSR da:

"... in reviewing and confirming any new indictments, to ensure that any such indictments concentrate on the most senior leaders suspected of being most responsible for crimes within the jurisdiction of the relevant Tribunal as set out in resolution 1503(2003);"

te od tih sudova traži da:

"... to provide to the Council, [by 31 May 2004 and] every six months [thereafter], assesments by its President and Prosecutor, setting out in detail the progress made towards implementation of the Completion Strategy of the Tribunal, explaining what measures have been taken to implement the Completion Strategy and what measures remain to be taken, including the transfer of cases involving intermediate and lower rank accused to competent national jurisdictions; ...".

Temeljem takvog shvaćanja u "izlaznim strategijama" MKSJ i MKSR poduzimaju se razne upravne mjere u tim sudovima, noveliranjem njihovog organizacijskog i funkcionalnog prava. Od početka svojeg djelovanja MKSJ je, na temelju ovlasti iz čl. 15. Statuta<sup>23</sup> da samostalno, vlastitim pravilnicima uređuje

---

<sup>21</sup> JONES/POWLES 2005, 6.2.13

<sup>22</sup> Statement of the President of the Security Council S/PRST/200221

<sup>23</sup> Statut MKSJ je do početka 2006. godine mijenjan rezolucijama VS UN 1166 Od 13. V. 1998, 1329 od 30. XI. 2000, 1411 od 17. V. 2002, 1431 od 14. VIII. 2002, 1481 od 19. V. 2003, 1597 od 20. IV. 2005 i 1660 od 28. II. 2006.

postupak i izvođenje dokaza, nakon donošenja Pravilnika o postupku i dokazima 11. II. 1994<sup>24</sup>, svoju proceduru mijenjao 37 puta do početka 2006. godine. Tako česte, kontinentalnom pravniku nenaviknutom na autonomni karakter pravnih izvora procesnog prava neobične izmjene, posljedica su specifičnog amalgama angloameričke kaznene procedure akuzatornog ili "stranačkog" tipa sa kontinentalnom, "inkvizitornog" tipa. Neki komentatori optimistički su pozdravili ovo "blending of procedures and traditions", smatrajući da je MKSJ, koji je u praksi učinio pomak od procedure pretežno "stranačkog" karaktera (osim kod pitanja dopustivosti dokaza koje je riješeno sukladno "inkvizitornom" modelu) prema proceduri "inkvizitornog" karaktera, predstavlja "emergence of common international procedures" koje može "..retain the unity of the international legal system" te stvoriti "globalnu pravnu kulturu" kao "set zajedničkih vrijednosti ako već ne i zajedničke prakse".<sup>25</sup> Više je međutim, bilo kritičkih glasova, koji upozoravaju na proceduralne probleme koji stoje na putu ekspeditivnom i pravičnom postupku pred MKSJ.<sup>26</sup> To su: prekomjerno trajanje postupka, uključujući stadij glavne rasprave te nedostatna sredstva sudske uprave koja su MKSJ stavljena na raspolaganje za otklanjanje tog nedostatka, jednostrana tužiteljska istraga na čijem završetku obrana teško stječe uvid u dokaze optužbe (čak i nakon uvođenja posebnog predraspravnog suca koji treba pospješiti uzajamno upoznavanje stranaka s dokazima te organizirati dokazni materijal za iznošenje na raspravi), pa se ne može valjano pripremiti za suđenje, različita praksa raspravnih vijeća u primjeni svojih ovlasti na oficijozno izvođenje dokaza, prethodno upoznavanje raspravnih sudaca s pisanim izjavama svjedoka optužbe, sve brojnije i šire iznimke od načela neposrednog izvođenja i ocjene dokaza (odnosno, zabrane izvođenja "dokaza iz druge ruke", hearsaya) itd., pri čemu se posebice spornim učinilo pribjegavanje MKSJ praksi plea bargaininga putem kojeg se nastojalo, nakon optuženikova priznanja optužbe, izbjeći suđenje u većem broju predmeta i tako ostvariti uštede na resursima, ne glede na opasnost kršenja pravednosti.<sup>27</sup> Stoga, ispitujući proceduru i praksu MKSJ na tri parametra načela "pravičnog postupka" - okrivljenikovim pravima na obranu, "jednakosti oružja" te pravu na neovisnog i nepristranog suca – pojedini autori primjećuju da kriterij ocjene valjanosti postupaka pred MKSJ nije pitanje da li je proces Miloševiću (kojeg su neki u MKSJ smatrali "procesom stoljeća") vođen sukladno tome načelu, nego pitanje da li je MKSJ u svojoj proceduri osigurao da svaki okrivljenik pred njegovim vijećima ima isti takav pravični postupak kao što ga je imao Milošević.<sup>28</sup> Međutim, ubrzo se vidjelo je da taj amalgam donio samo ograničene mogućnosti ispitivanja velikog broja svjedoka sukladno načelima kontradiktornosti, javnosti i neposrednosti te da ograničene mogućnosti rješavanja nekih drugih pitanja zaštite okrivljenikovih prava obrane. Ako zanemarimo želju

---

<sup>24</sup> Kritički prikazi sudske prakse i ažuriranog materijalnog i procesnog kaznenog prava MKSJ su česti u literaturi. Za recentnije v.: BOAS, 2001, 41-90; isti pisac: 2001, 167-183; MUNDIS-GAYNOR 2005, 1134-1160.

<sup>25</sup> BURKE-WHITE 2004, 975-6.

<sup>26</sup> BOURGNON 2004, 526 i sl.

<sup>27</sup> HENHAM-DRUMBL 2005, 49-87.

<sup>28</sup> COGAN 2002, 111-140.

da se normativno osigura procesna i izvanprocesna zaštita žrtava kaznenih djela i njihovo svjedočenje pred MKSJ<sup>29</sup>, brojnim novelama njegove procedure cilj je uvijek bio pojednostavljenje i skraćenje postupka. Novom odredbom Pravila 11bis omogućeno je MKSJ također i ustupanje započetog kaznenog postupka protiv počinitelja međunarodnih zločina "nižeg ranga" nacionalnim sudovima prema kriterijima "težine optuženih kaznenih djela" te "stupnja odgovornosti optuženika". MKSJ je tu mogućnost do početka rujna 2006. godine iskoristio tako da je u pet predmeta donio odluku o ustupanju kaznenog postupka za devet optuženika Bosni i Hercegovini a u jednom predmetu za dva optuženika Hrvatskoj. Kako su odredbe Pravila 11bis dale široke ovlasti MKSJ da težinu optuženih zločina, hijerarhijski rang optuženih te prikladnost domaćeg prava za vođenje ustupljenog kaznenog postupka procjenjuje ex officio, to su neke žalbe optuženika čiji su predmeti ustupljeni Bosni i Hercegovini, obrazlagane navodima da optuženike tamo očekuje kazneni progon pred nacionalno pristranim sudovima ili čak da ustupanje ne dopušta njihov hijerarhijski rang ili težina optuženih kaznenih djela, ostale bez uspjeha (MKSJ, Decision on Rule 11bis Referral u predmetu Gojko Janković (IT-96-23/2-AR11bis.2) od 15. XI. 2005. Za razliku od MKSJ, ustupanje postupka sudovima pred MKSR nije "zaživjelo" zbog neprikladnosti nacionalnog sustava u Rwandi, premda je tužiteljstvo toga suda već ranije uputilo tridesetak svojih spisa toj zemlji na odluku o preuzimanju kaznenog progona.<sup>30</sup> Da li je taj cilj i legitimno postignut, ostaje otvoreno pitanje<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> "Victim-witnesses are the soul of war crimes trials at the ICTY" piše bivša sutkinja toga suda, Patricia Wald (WALD 2001, 81 i sl.,108).

<sup>30</sup> Usp. MUNDIS-GAYNOR 2006.

<sup>31</sup> "Many legal scholars believe [that] the >institutional bias towards the prosecution that defense have reported at international prosecutions from Nuremberg to the ICTY and ICR< will remain". Usp. MCGONIGLE 2005, 10-14.

## 1.2. Pravni razlozi

Pravni razlozi zašto međunarodni kazneni sudovi nisu pobliže utvrđivali tipove sudionika niti rješavali teorijska pitanja njihovog razlikovanja leže u činjenici da se međunarodni zločini čine u pravilu kolektivno i sustavno, pri čemu individualni doprinos nije lako uočljiv. Tome je doprinijelo i shvaćanje da masovni ratni zločini predstavljaju oblik organiziranog kriminala, kod kojega je upitno dokazivanje individualnog doprinosa njihovih počinitelja već zbog toga što se pojedina kaznena djela po svojoj brojnosti, "spajaju" u tzv. međunarodni zločin, jedno jedinstveno kazneno djelo za koje odgovornost postoji prema međunarodnom kaznenom pravu a ne unutarnjem kaznenom pravu pojedinih država. Osim toga, uobičajeno se smatra da su u organiziranom kriminalu, kao najopasnijem obliku kolektivnog kriminala, najodgovornije osobe koje stoje iza neposrednih počinitelja i kontroliraju zločinačku organizaciju. Iskustvo pokazuje da je takvima praktički nemoguće dokazati da su oblikovali namjeru neposrednog počinitelja: s jedne strane zato što između njih i članova zločinačke organizacije koji su fizički počinili zločin, ima više posrednika, a s druge strane zato što im je u pravilu svejedno a često i nepoznato koji će njihov član fizički počiniti zločin. Stoga su se međunarodni kazneni sudovi, pod spomenutim političkim imperativom osude politički istaknutih počinitelja ratnih zločina, poslužili teorijama o odgovornosti "počinitelja iza počinitelja", putem kojih se uspostavlja kaznena odgovornost osoba od utjecaja u zločinačkoj organizaciji, a neposredni fizički počinitelji zločina gube na važnosti<sup>32</sup> te proširili pravne konstrukcije individualne kaznene odgovornosti za sudioništvo u međunarodnom zločinu. Zajedničko je tim teorijama da kaznenu odgovornost pojedinca izvode bilo iz njegova položaja ili funkcije u interakciji određene društvene organizacije (državne, vojne) bilo iz njegova doprinosa međunarodnom zločinu.<sup>33</sup> U prvom slučaju govori se o tzv. supervizijskom ili nadzornom modelu kaznene odgovornosti, utemeljenom bilo na shvaćanju da je "počinitelj iza počinitelja" osoba koja je nad nekim oblikom društvene organizacije imala vlast koju je razmjerno svojem položaju na hijerarhijskoj ljestvici koristila za upravljanje ponašanjem drugih članova sukladno svojoj volji (teorija o vlasti nad organizacijom), bilo na shvaćanju da je vojni zapovjednik, zbog svojih velikih ovlasti nad podređenima, mora odgovarati za njihovu kriminalnu djelatnost (teorija o zapovjednoj odgovornosti vojnih osoba, kasnije proširena u teoriju o odgovornosti nadređenog).<sup>34</sup> U drugom slučaju se odgovornost pojedinca izvodi iz "sistema" u kojem djeluje (sistemski model) i temelji se na tri ključna elementa: specifičnom ponašanju neke osobe u sustavu koje se sastoji u njezinom činu ili propustu određene dužnosti, stanovitoj interakciji njegovih članova koja se po svojim značajkama može okarakterizirati kao "zločinačka" te na kaznenom djelu ili djelima počinjenim u okviru sustava. Navedeni drugi element – interakcija između članova sustava - povezuje prvi i treći element, bez obzira na to je li čin ili propust neke osobe bio neposredni uzrok kaznenog djela, pa prema takvom

---

<sup>32</sup> DAMAŠKA 2005

<sup>33</sup> AMBOS 2006, § 7, rbr 12

<sup>34</sup> Ibid. rbr 29, 57

shvaćanju svaka osoba koja je s namjerom i znanjem doprinijela djelovanju sustava kazneno odgovara za svaki zločin u sustavu ako ga je mogla i trebala predvidjeti, bez obzira je li raspolagala specifičnim znanjem u pogledu mjesta, vremena i načina njegovog počinjenja.<sup>35</sup> Praksa MKSJ konstruirala je dva pravna instrumenta za uspostavljanje kaznene odgovornosti pojedinca prema ovim teorijama. “Nadzorni model” prihvatila je kroz tzv. neizravnu zapovjednu odgovornost (zapovjednu odgovornost u užem smislu, čl. 7(3) Statuta), a “sistemska model” kroz konstrukciju tzv. zajedničkog zločinačkog pothvata, instituciju koju je eruirala iz općih propisa o sudioništvu u kaznenom djelu u čl. 7(1). Poznavanje pojma, postanka i evolucije tih pravnih instrumenata u praksi odlučni su za analizu i kritiku optužnica koje je Tužiteljstvo MKSJ na njima često temeljilo a MKSJ (kao i MKSR prema odredbama čl. 6(3) svojega Statuta) prihvaćao u presudama. Stoga ćemo se najprije zadržati na njihovim glavnim značajkama, a zatim prijeći na problematiku pitanja koja postavljaju.

---

<sup>35</sup> VOGEL 2002, u cit. jednog članka Klaua Marxena



## 2. Zapovjedna odgovornost

Zapovjedna odgovornost je normativna konstrukcija međunarodnog kaznenog prava. Ona se u svojem užem smislu kao tzv. neizravna zapovjedna odgovornost izvodi iz propuštanja dužnosti vojnih zapovjednika da u oružanim sukobima, u kojima izdaju naloge podređenima, moraju također nadzirati izvršavanje naloga a u slučaju neposluha, primijene stegovne i druge potrebne i prikladne mjere. Propust te dužnosti, s jedne strane uspostavljene vojnom hijerarhijom a s druge, propisane međunarodnim humanitarnim pravom koje nalaže svakom vojnom zapovjedniku da vojne operacije poduzima sukladno njegovim pravilima, opravdava odgovornost vojnog zapovjednika: legitimacija te odgovornosti ne leži dakle, u povredi dužnosti zapovijedanja prema vojnim pravilima (za koju je zapovjednik odgovoran samo svojoj hijerarhiji a ne društvenoj ili međunarodnoj zajednici) nego u povredi njegove garantne dužnosti da učinkovito upravlja sa skupinom naoružanih ljudi koja predstavlja veliki potencijal opasnosti za živote i imovinu drugih<sup>36</sup>. Od zapovjedne odgovornosti nadređene osobe kao samostalnog počinitelja valja, prema praksi MKSJ, razlikovati situaciju kada namjera nadređene osobe obuhvati i činjenje kaznenih djela podređenih. Tada se zapovjednik pretvara u sudionika<sup>37</sup> i odgovara za najteži oblik zapovjedne odgovornosti nečinjenjem, premda to, po mišljenju nekih autora, neopravdano proširuje kažnjivost na svakog zapovjednika koji je znao da će neki njegov podređeni počiniti kazneno djelo samo zato što mu je možda i prešutno dao neki signal kako će mu to djelo ostaviti nekažnjanim.<sup>38</sup> Kao što je poznato, koncept zapovjedne odgovornosti postoji ne samo u vojnoj hijerarhiji već i u drugim oblicima društvene integracije utemeljenim na hijerarhiji kao načina podjele rada: da bi neki "piramidni" društveni organizacijski oblik djelovao učinkovito, nadređenost traži da hijerarhijski viši subjekt ne samo da raspolaže ovlašću da koordinira rad nižih nego i da svoju koordinaciju organizira i vodi prema racionalnim zahtjevima među kojima se ističe zahtjev za znanjem i informacijama potrebnim za tu koordinaciju te za odgovornošću za propuste u tom pogledu. Na tome se temelji shvaćanje o odgovornosti npr. direktora i raznih tijela uprava trgovačkih društava u gospodarskom poslovanju, ministara, članova vlade i drugih državnih dužnosnika pa čak i povijesno najstariji oblik odgovornosti roditelja za ponašanje svoje maloljetne djece koja još nisu pravno odgovorna. Oblici te odgovornosti mogu biti različiti, počam od građanskopravne preko stegovne i/ili kaznenopravne do političke odgovornosti. Pravila kojima se regulira institut koji je u suvremenom pravu poznat kao zapovjedna odgovornost nalazimo i u nekim vrlo starim izvorima. Tako je, primjerice, u kineskom Sun Tzu iz 500 godine pr.Kr. koji se smatra najstarijim vojni priručnikom u svijetu bilo je propisano da kolaps vojne stege ili konfuzija u vojnim jedinicama ne mogu biti opravdani prirodnim razlozima već se pripisuju odgovornosti vojnog zapovjednika. Na suđenju vojskovođi Peteru von Hagenbachu koje je 1474. održano pred vijećem sastavljenom od 28 sudaca Svetog rimskog carstva zbog

<sup>36</sup> WEIGEND 2004, 1004 u osloncu na JESCHECK-WEIGEND 1996, 628

<sup>37</sup> Naletilić i Martinović I, § 81, Stakić I, § 465

<sup>38</sup> WEIGEND 2004, 1007-8

ubojstva, silovanja, krivokletstva i ostalih zločina protiv božanskih i ljudskih zakona koje su počinili njegovi vojnici optuženik je svoju obranu temeljio na zapovijedi pretpostavljenog. To, međutim, sudsko vijeće nije uvažilo i Hagenbacha je osudilo zbog toga što nije spriječio zločine svojih podređenih što je, kao vitez, bio dužan učiniti. Švedski kralj Gustav Adolf je 1621. godine donio „Pravila ratnog prava“ prema kojima „zapovjednik ne smije zapovijediti svojim vojnicima da postupe suprotno zakonu“. zapovjednicima koji se ne pridržavaju te obveze suci mogu izreći kaznu „prema vlastitoj diskreciji“. Pravila rata koja je u travnju 1775. godine usvojio privremeni kongres države Massachusetts također su sadržavala odredbu o odgovornosti zapovjednika za ponašanja svojih podređenih.<sup>39</sup> U svojem se suvremenom obliku zapovjedna odgovornost u međunarodnom kaznenom pravu izvodi iz ugovornog prava Ženevskih konvencija iz 1949. te posebice dvaju njihovih protokola iz 1977. godine. Ženevske su konvencije iz 1949. godine izvorno propisale izravnu odgovornost zapovjednika za izdavanje zapovjedi da se počini međunarodni zločin koji bi se sastojao u nekoj „teškoj povredi“ (grave breach) njihovih odredbi te obvezale države članke da sude i kazne njihove počinitelje. U te povrede, određene kao konvencijski zabranjene radnje tijekom vojnih sukoba, ulazi i izdavanje zapovjedi da se one počine. Kaznena odgovornost za takvu zapovjed može se očitovati u nekom od oblika sudioništva u kaznenom djelu predviđenom u nacionalnom pravu države članke koja za takvu povredu sudi (supočiniteljstvo, poticanje ili pomaganje) i ovdje je nećemo pobliže razmatrati. Takvim je stajalištem okrunjena kodifikacija dotadašnjeg međunarodnih običajnih ratnih pravila (tzv. *iura in bello*), započeta koncem XIX. i početkom XX. stoljeća, posebice odredbama haških konvencija iz 1907. (ženevske konvencije ne predstavljaju međutim, cjelovitu kodifikaciju jer i izvan njih postoje određena običajna pravila o vođenju rata). Iz suđenja vojnim zapovjednicima pred nacionalnim vojnim sudovima do II. svjetskog rata proizlazio je i prvi naziv „zapovjedna“ odgovornost.<sup>40</sup> Međutim, u kaznenim postupcima vođenim za zločine počinjene u II. svjetskom ratu institucija je zapovjedne odgovornosti proširena u dva pravca. S jedne strane, pojavila se konstrukcija neizravne odgovornosti zapovjednika u gore opisanom smislu (koja je proizvela implikacije na oblike počiniteljstva i sudioništva u kaznenom djelu), a s druge strane, zapovjedna je odgovornost proširena na nevojne zapovjednike. Najpoznatiji, a i najsporniji njezin precedent je odluka vojne komisije SAD iz prosinca 1945. godine kojom je japanski general Tomoyuki Yamashita osuđen na smrt radi zločina koje su njemu podređeni vojnici počinili tijekom okupacije Filipina na štetu velikog broja ratnih zarobljenika i civilnog pučanstva. Premda stvarno nije znao za zločine niti je za njih mogao znati ili biti izviješten (nalazio se u udaljenoj središnjoj vojnoj bazi bez mogućnosti komunikacija koje je efektivno presjekla snažna saveznička protuofenziva), Yamashita je po stajalištu vojne komisije i Federalnog vrhovnog suda SAD u većinskoj instancijskoj odluci koja se oslanjala, uz ostalo, na odredbe haških konvencija iz 1907. godine, povrijedio dužnost svakog vojnog zapovjednika da osigura učinkovit nadzor nad

<sup>39</sup> Za vrlo iscrpan prikaz povijesnog razvitka instituta zapovjedne odgovornosti v. PARKS 1973, 1-105

<sup>40</sup> Koji se danas mijenja u „odgovornost nadređenog“. v. NOVOSELEC 2004, 495

svojim trupama “sukladno okolnostima” (as required by the circumstances) čime je postao odgovoran za zlodjela koja su nesporno činili japanski vojnici i lokalni časnici koji su ta zlodjela nadzirali: on je naime, “morao znati” (should have known) s obzirom na visoki hijerarhijski položaj (uz koji, po prirodi stvari, prema vrhu ide sve potpunije raspolaganje informacijama) te s obzirom na brojnost i raširenost zločina, da mu podređeni časnici i vojnici čine takva zlodjela. Takvo stajalište doživjelo je oštru doktrinarnu kritiku, koja se zadržala do danas. I Međunarodni vojni tribunal u Nürnbergu te njegovi sljednici, “mali” nürberški sudovi prema čl. 10. savezničkog Kontrolnog vijeća, kao i Tokijski sud za ratne zločine, svoje su osude temeljili na konstrukciji zapovjedne odgovornosti, premda u nešto užem opsegu od Yamashite jer su postavili više standarde utvrđivanja zapovjednikovoga znanja za počinjene zločine. U predmetu generala Lista utvrđeno je da je on također propustio pribaviti obavijesti o zlodjelima podređenih koje su mu bile dostupne, ali njegova odgovornost nije proizašla iz “raširenosti zločina” nego iz dostupnosti konkretnih obavijesti o njima. To je potvrđeno u predmetu generala von Leeba koji je oslobođen za ubojstva ruskih ratnih zarobljenika, počinjena od njemu podređenih, zato što je utvrđeno da nije bio operativni zapovjednik na terenu i nije znao za počinjena nedjela. Slično nastojanje da se (gotovo objektivna) odgovornost zapovjednika “subjektivizira” zahtjevom za utvrđivanjem elemenata njihove krivnje prema angloameričkim standardima mens rea koji su tražili da je vojni zapovjednik znao za zločine ili da bi kod uobičajene brige za valjano obnašanje dužnosti morao za njih znati ali ih je propustio spriječiti (tzv. "imputirana odgovornost", imputed responsibility)<sup>41</sup> pojavilo se i u nekim presudama tokijskoga suda; no, one je bilo manje povezano s ocjenama kognitivnih aspekata počiniteljeve krivnje, a više s operativnim aspektom, tj. pitanjem da li je zapovjednik propustio da predvidi, spriječi ili reagira na počinjena zlodjela) ili s funkcionalnim aspektom, tj. pitanjem da li je zapovjednik obnašao funkciju koja mu je zbog visokog hijerarhijskog položaja omogućavala da se suprotstavi zlodjelima.<sup>42</sup> No, zahtjevu za “subjektiviziranjem” odgovornosti zapovjednika međutim, presude tih sudova nisu u cijelosti udovoljile (ponajviše zbog poteškoća u indicijelnom dokazivanju pravno relevantnih činjenica zapovjednikova znanja o zločinima ili zanemarivanja obavijesti o zločinima i dužnosti da postupi drugačije), pa je on ostao sporan u pogledu pitanja u kojoj je mjeri neki vojni zapovjednik svjesno propustio dužne mjere kako bi doznao da su podređeni počinili kaznena djela ili da su ih spremali.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> DAMAŠKA 2001, 401 i sl.

<sup>42</sup> "Funkcionalnu", "kognitivnu" i "operativnu" sastavnicu zapovjedne odgovornosti spominje MKSJ u presudi Delalić I, § 346 što slijede i druge njegove odluke. Usp. i van SLIEDREGT 2003, 144.

<sup>43</sup> DANNER-MARTINEZ 2005, 123 i sl.

## 2.1. Utvrđivanje suvremenih pojmovnih sastavnica zapovjedne odgovornosti

Pitanje "subjektiviziranja" neizravne zapovjedne odgovornosti ostalo je međutim, otvoreno ne samo zbog dokaznih poteškoća, nego i zbog nejasnoća u pravnoj konstrukciji. U presudi Žalbenog vijeća u predmetu Delalić i dr. istaknuto je da zapovjedna odgovornost nije oblik stroge objektivne ("striktne") odgovornosti:

"Doktrina zapovjedne odgovornosti je u konačnici zasnovana na moći nadređenog da kontrolira postupke svojih podređenih. Nadređenom se nameće dužnost da tu svoju moć koristi kako bi spriječio i kaznio zločine koje čine njegovi podređeni, a ako to ne učini na pravi način, sankcionira se nametanjem pojedinačne kaznene odgovornosti u skladu sa tom doktrinom. Nadređeni se može smatrati odgovornim za djela podređenih samo ako se dokaže da je "znao ili je imao razloga znati" za njih. Žalbeno vijeće ne bi opisalo odgovornost nadređenog kao doktrinu o neizravnoj odgovornosti, utoliko što neizravna odgovornost može sugerirati pripisivanje striktne odgovornosti".<sup>44</sup>

Prema doktrini o zapovjednoj odgovornosti nadređeni se ne smatra odgovornim samo zato što se nalazi na nadređenom položaju:

"...jer da bi se neka osoba na nadređenom položaju smatrala odgovornom, potrebno je dokazati da je ona "znala ili je imala razloga znati" za kaznena djela i da je propustila poduzeti korake radi sprječavanja ili kažnjavanja nakon što je do njih došlo. Odgovornost nadređenog, koja predstavlja vrstu pripisane odgovornosti, stoga nije oblik striktne odgovornosti".<sup>45</sup>

Suprotno mišljenjima koja polaze od opće prihvaćene postavke da zapovjedna odgovornost nije sama po sebi objektivna odgovornost te izriču da krivnja kod garantnih djela nečinjenja nije upitna (s time da intelektualna komponenta namjere mora imati dodatni sadržaj koji obuhvaća činjenične okolnosti određene situacije u kojoj se nalazio zapovjednik a svjesna komponenta obuhvaća i svijest o garantnoj obvezi)<sup>46</sup>, u praksi se to se pitanje stalno ponavljalo: u slučajevima koji su se događali u vijetnamskom ratu, sukobima na Bliskom istoku i dr. Razlog zato leži u čestom kolebanju o smislu pravnog standarda znanja zapovjednika o činjenicama ponašanja podređenih koje su mu morale biti poznate. Tom kolebanju, s jedne strane, pridonosio je sam tekst relevantnih međunarodnih odredbi o zapovjednoj odgovornosti, a s druge strane precedentna praksa međunarodnih kaznenih tribunala nakon II. svjetskog rata. Prvi normativni instrument koji je u međunarodnom ugovornom pravu regulirao neizravnu zapovjednu odgovornost bile su odredbe čl. 86. i 87. Dopunskog protokola Ženevskim konvencijama od 12. VIII. 1949. o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (Protokol I) od 8. VI. 1977<sup>47</sup>. Kao što je poznato, prema odredbi čl. 86. st. 2. Protokola I, za tešku povredu ženevskih konvencija, pored podređenog koji ju je počinio (committed by the subordinate), odgovara i njegov

---

<sup>44</sup> Delalić II, § 197, 239

<sup>45</sup> Kordić i dr. I, §369

<sup>46</sup> BAČIĆ 2001, 145

<sup>47</sup> NN MU 5/1994; v. tekst u: LAPAŠ-ŠOŠIĆ 2005, 940-1009

zapovjednik ako nije poduzeo sve njemu moguće mjere da ju spriječi ili kazni, premda je: (a) "znao" ili (b) "je trebao znati" (has known or should have known) što se dogodilo. Ta odredba glasi:

"2. Činjenica da je povredu Konvencija ili ovoga Protokola počinio neki podčinjeni ne oslobađa njegove pretpostavljene kaznene, ili ovisno o slučaju, disciplinske odgovornosti ako su znali ili imali informacije koje su im u datim okolnostima omogućavale da zaključe da je taj podčinjeni počinio ili da će počinuti takvu povredu i ako nisu poduzeli sve moguće mjere u okviru svojih ovlasti kako bi spriječili ili suzbili tu povredu".

Pri donošenju Protokola, delegacije su se na konferenciji razišle u mišljenjima o tome što predstavlja normativni standard pod (b) da je zapovjednik "trebao znati" ("should have known") u smislu izričaja da je "imao informacije koje su mu u datim okolnostima omogućavale da zaključi.." <sup>48</sup>, pa je tek prihvatanjem narednog članka 87. Protokola, pitanje razjašnjeno tako što se tim člankom preciziraju obveze država tako da od zapovjednika moraju "zahtijevati" sprječavanje, suzbijanje i prijavljivanje povreda Konvencija i Protokola kao i pokretanje disciplinskog ili stegovnog postupka protiv prekršitelja. Dakle, ne samo poduzimanje preventivnih i represivnih mjera nego i prikupljanje svih važnih informacija o ponašanju podređenih koje su po prirodi stvari potrebne za poduzimanje tih mjera. Statuti međunarodnih kaznenih sudova za bivšu Jugoslaviju i Rwandu također su propisali da kazneno djelo iz njihove jurisdikcije "počinjeno od podređenog, ne oslobađa njegovog nadređenog kaznene odgovornosti ako je on znao ili imao razloga znati da će podređeni počinuti takvo djelo ili ga je počinio, a nadređeni je propustio poduzeti neophodne i razumne mjere za sprječavanje takvog djela ili za kažnjavanje počinitelja" (čl. 7(3) Statuta MKSJ, čl. 6(3) statuta ICTR). Međutim, njihova je praksa tek evolutivnim putem odredila sve današnje elemente pojma zapovjedne odgovornosti. Pri tome, komentatori uočavaju da su se najčešći prijepori javljali upravo oko pitanja zapovjednikove krivnje, čiji su oblik tih sudovi nastojali interpretativno ograničiti

---

<sup>48</sup> Usljed razlike u engleskom i francuskom tekstu Protokola (...information which should have enabled them to conclude... nasuprot ...des informations leur permettant de conclure...) otvorilo se interpretativno pitanje u pogledu krivnje zapovjednika: prema engleskom tekstu, zahtjev Protokola u pogledu oblika krivnje odnosio bi se na nehaj kod kojeg zapovjednik propušta subjektivnu dužnu pažnju tj. "zatvara oči" pred informacijama o zločinu koje odgovaraju njegovim subjektivnim mogućnostima predviđanja opasnosti i prilagođavanja svojeg ponašanja, a prema francuskom tekstu, na nehaj kod kojeg zapovjednik propušta objektivnu dužnu pažnju koja se zahtijeva od svakog savjesnog čovjeka u njegovoj poziciji. Komentar Protokola pripremljen od strane Međunarodnog odbora Crvenog križa konstatira tu proturječnost i sugerira da se tumačenja priklone francuskoj verziji jer je "sukladna cilju ugovora" (DANNER-MARTINEZ 2006, 126-127), ali autori Komentara nisu posve sigurni što dokazivanje zapovjednikove krivnje (mens rea) treba obuhvatiti jer na drugom mjestu ističu da svaki oblik nehaja (negligence) ne uspostavlja kaznenu odgovornost već samo onaj koji je blizak "... to malicious intent (pravni pojam koji je blizak našoj izravnoj namjeri) apart from any link between the conduct in question and the damage that took place." No pri tome viši oblik krivnje uopće ne znači viši zahtjev u pogledu dokazivanja subjektivne strane kaznenog djela jer kako su kod angloameričkog pojma namjere "intent" intelektualna i voljna sastavnica objedinjene u "mentalnom elementu" zločina nije potrebno njihovo istovremeno utvrđenje već utvrđenje bilo jedne, bilo druge.

na namjeru ili barem svjesni nehaj na granici sa neizravnom namjerom.<sup>49</sup> Najprije je prvostupanjsko vijeće ICTR u presudi u predmetu Akayesu istaklo da zapovjedna odgovornost proizlazi iz kaznenopravnog načela individualne krivnje te da mora biti utemeljena na izravnoj namjeri (malicious intent) ili nehaja koji je na granici s namjerom tj. koji je barem "tako težak" da se izjednačava sa prihvaćanjem djela tj. "zatvaranjem očiju" pred njegovim posljedicama (što bi zapravo odgovaralo našem pojmu neizravne namjere).<sup>50</sup> To je stajalište preuzela prvostupanjska presuda MKSJ u predmetu Delalić od 16. XI. 1998. u kojoj je sud izrekao da unatoč pojedinačnih presuda međunarodnih kaznenih sudova nakon II. svjetskog rata iz kojih bi na prvi pogled proizlazilo da zapovjednik odgovara za svaki voljni propust pribavljanja obavijesti o ponašanju podređenih, ipak običajno međunarodno kazneno pravo traži viši standard, tj. odgovornost zapovjednika samo ako je raspolagao sa specifičnim obavijestima koje su mu bile u stvarnosti dostupne i koje su govorile o kaznenim djelima podređenih na način koji doduše, ne predstavlja čvrsti dokaz o njihovim kaznenim djelima ali koji "dovoljno ukazuje na nužnost detaljne istrage ponašanja podređenih". Iz toga slijedi da zapovjednikova krivnja može imati dva oblika (a) namjerni, koji uključuje zapovjednikovo stvarno znanje o ponašanju podređenih, dokazano neposrednim ili posrednim dokazima, indicijima (jedan od njih je visoki rang u vojnoj hijerarhiji); (b) nehajni, koji proizlazi iz povrede zapovjednikove dužnosti da zna (odnosno da je imao razloga znati, had reason to know) da su podređeni počinili ili se spremaju počiniti kaznena djela (..a superior is not permitted to remain willfully blind to the acts of his subordinates).<sup>51</sup> Međutim, u vremenu između prvostupanjske i drugostupanjske presude u predmetu Delalić MKSJ je pitanje krivnje kod zapovjedne odgovornosti riješio na način koji je predstavljao "jednu od najkontroverznijih primjena teorije o zapovjednoj odgovornosti" i kojim je u međunarodnom kaznenom pravu ponovno uskrsnuo "duh objektivne odgovornosti iz slučaja Yamashita".<sup>52</sup> Radi se o poznatim konstatacijama prvostupanjske presude u predmetu Blaškić u kojima je taj sud, suočen s teškoćama u dokazivanju činjenice da je zapovjednik mogao znati za ponašanje svojih podređenih, formulirao stajalište po kojem je on "imao razloga da za to ponašanje zna u smislu Statuta Suda" te da se s obzirom na njegov položaj u zapovjednom lancu i "okolnosti događaja" ne može braniti neznanjem njihovog ponašanja koje je posljedica nehajnog obnašanja dužnosti ("this commander had reason to know within the meaning of the Statute").<sup>53</sup> Naznaku da će zauzeti takvo stajalište MKSJ je u ovome predmetu iznio već u odluci prvostupanjskog vijeća kojom je odbijen zahtjev obrane da se prije glavne rasprave specificiraju pravni elementi zapovjedne odgovornosti optuženika, navevši da se "prije izvođenja dokaza takva odluka ne može donijeti". Komentatori su takvo oklijevanje opravdano kritizirali, jer zahtjev za razjašnjenjem pravnih standarda koji se tek trebaju na suđenju

---

<sup>49</sup> DAMAŠKA 2001, 461 i sl.; DANNER-MARTINEZ 2005, 127-130.

<sup>50</sup> Akayesu I, § 489.

<sup>51</sup> Delalić I, § 393.

<sup>52</sup> DANNER-MARTINEZ 2005, 128.

<sup>53</sup> Blaškić I, § 332; detaljnije o razlikama prema presudi u predmetu Delalić kod: van SLIEDREGT 2003, 160-164.

utvrditi nema ništa zajedničko sa dokaznim pitanjima ili posebnim okolnostima slučaja već počiva na postulatu da materijalnopравни kaznenopravni standardi optuženikove odgovornosti moraju biti poznati ne samo prije suđenja nego i prije počinjenja djela, kako ne bi bilo povrijeđeno načelo zakonitosti (već je Glavni tajnik u svojem izvješću uz Statut MKSJ (§34) jasno istaknuo da načelo zakonitosti “traži da međunarodni tribunal primjenjuje pravila međunarodnog humanitarnog prava koja su nedvojbeno postala dio običajnog prava”).<sup>54</sup> Nakon što je Damaška takvu interpretaciju prvostupanjskog suda u predmetu Blaškić podvrgnuo oštroj kritici navodeći da ju je nemoguće potkrijepiti načelima krivnje u nacionalnom kaznenom pravu<sup>55</sup>, drugostupanjsko je vijeće u svojoj odluci od 29. VII. 2004. preinačilo stajalište prvostupanjskoga vijeća o nehaju zapovjednika, izrekavši da se moraju primijeniti kriteriji zapovjednikove krivnje formulirani u spomenutoj drugostupanjskoj odluci u predmetu Delalić.<sup>56</sup> Tomu se priklonio i ICTR u odluci drugostupanjskog vijeća u predmetu Bagilishema, pa suvremeni komentatori zaključuju da danas u praksi ta dva ad hoc međunarodna kaznena suda kriteriji zapovjednikove krivnje iz predmeta Delalić predstavljaju prihvaćene neupitne standarde.<sup>57</sup> Ako potvrđenu prvostupanjsku presudu u predmetu Delalić od 16. XI. 1998. uzmemo kao precedent, možemo, prema standardnim komentarima<sup>58</sup> razlikovati sljedeće današnje sastavnice pojma neizravne zapovjedne odgovornosti (odgovornosti nadređenog) u praksi MKSJ: a) funkcionalnu: položaj nadređene osobe i postojanje hijerarhijskog odnosa s podređenima; b) kognitivnu: znanje nadređenog da podređeni pripremaju ili čine zlodjela te c) operativnu: nadređeni je propustio poduzeti nužne i razumne mjere da spriječi zlodjela ili da se njihovi počinitelji kazne. Razmotrit ćemo pravni sadržaj tih sastavnica, kako bismo uočili njihovu kompleksnost. Ona je pred tužitelje MKSJ postavila teški teret dokazivanja. Suočeni k tome sa predmetima spektakularne političke težine kao što je bilo suđenje Miloševiću - koji uvijek traže pripisivanje “autorstva” neke politike određenom političkom vođi - tužitelji MKSJ su kod masovnih ratnih zločina, odgovornost njihovih inicijatora, počeli u optužnicama, a suci u presudama nastavili tu odgovornost utvrđivati uz pomoć druge normativne konstrukcije, zajedničkog zločinačkog pothvata (prema nekim izračunima od 2000. godine 81% optužnica temelji se na konstrukciji zajedničkog zločinačkog pothvata).<sup>59</sup> Kod njega, kao što ćemo niže vidjeti, otpada utvrđivanje kognitivne i funkcionalne sastavnice a neizravna namjera kao oblik krivnje formulira se tako da u intelektualnom dijelu (svijest o mogućnosti počinjenja djela) obuhvati i “kolateralna” nedjela, za koja nadređeni nije znao, ali ih je mogao predvidjeti zbog prirode zločinačkog “plana” ili cilja.

---

<sup>54</sup> POWLES-JONES 2003, 6.2.134-135

<sup>55</sup> DAMAŠKA 2001, 456

<sup>56</sup> Blaškić II, § 257-58

<sup>57</sup> DANNER-MARTINEZ 2005, 130

<sup>58</sup> van SLIEDREGT 2003, 144 i sl.; JONES-POWLES 2003, r.br. 6.2.112

<sup>59</sup> DANNER-MARTINEZ 2005, 107

### 2.1.1. Funkcionalna sastavnica zapovjedne odgovornosti

Funkcionalna sastavnica: odnos između nadređene i podređene osobe. Prema stajalištu MKSJ u predmetu Delalić, odnos između nadređene i podređene osobe može biti određen kako formalnim činom ili položajem u hijerarhiji tako i faktičnom ovlašću izdavanja zapovijedi podređenima (“individuals in positions of authority, whether civilian or within military structures, may incur criminal responsibility under the doctrine of command responsibility on the basis of their de facto as well as de jure positions as superiors”) a zapovjedna se odgovornost primjenjuje i na političke i civilne vođe te ne samo vojne zapovjednike (“..the applicability of the principle of superior responsibility in Art. 7(3) extends not only to military commanders but also to individuals in non-military positions of superior authority”, § 363). Pri tome je bitan de facto nadzor kojeg nadređeni ima nad podređenima (“..a position of command is a necessary precondition for the imposition of command responsibility. However, this statement must be qualified by the recognition that the existence of such a position cannot be determined by reference to formal status alone. Instead, the factor that determines liability for this type of criminal responsibility is the actual possession, or non-possession, of powers of control over the actions of subordinates. Accordingly, formal designation as a commander should not be considered to be a necessary prerequisite for command responsibility to attach, as such responsibility may be imposed by virtue of a person's de facto, as well as de jure, position as a commander”, § 370). U analizi prakse međunarodnih vojnih tribunala nakon II. svjetskog rata, prvostupanjka je presuda u predmetu Delalić utvrdila da se konstrukcija zapovjedne odgovornosti nije primjenjivala samo na vojne zapovjednike u pogledu postupaka izravno im podređenih osoba, nego i znatno šire: u pogledu postupaka osoba koje im nisu bile podređene ali su ih mogli nadzirati, u pogledu zapovjednika neke okupirane zone za djela počinjena od civila izvan njegovih zapovjednih ovlasti, na zapovjednike s operativnim a ne stožernim ovlastima kao i na civilne osobe koje su imale stvarnu, “efektivnu”, vlast i nadzor nad određenim krugom ljudi<sup>60</sup> (npr. direktor tvrtke koja je zapošljavala zatočenike u koncentracijskim logorima, šef stožera vojnog guvernera, pa čak ministar vanjskih poslova kao član vlade u pogledu nedjela vojnih osoba podložnih inače ministarstvu obrane (slučaj Hirota iz prakse tokijskog tribunala 1948. godine)<sup>61</sup>. No u pogledu civilnih osoba zapovjedna se odgovornost mora temeljiti na stvarnoj vlasti i nadzoru nad podređenima koja mora biti “slična” stvarnom zapovjedništvu i nadzoru vojnih zapovjednika nad vojnim osobama (“..it is the Trial Chamber's view that, in order for the principle of superior responsibility to be applicable, it is necessary that the superior have effective control over the persons committing the underlying violations of international humanitarian law, in the sense of having the material ability to prevent and punish the commission of these offences. With the caveat that such authority can have a de facto as well as a de jure character, the Trial Chamber

---

<sup>60</sup> Delalić I, § 370-376

<sup>61</sup> Za slučaj Hirota usp. VAN SLIEDREGT 2003, 129-130, 145.



accordingly shares the view expressed by the International Law Commission that the doctrine of superior responsibility extends to civilian superiors only to the extent that they exercise a degree of control over their subordinates which is similar to that of military commanders”, § 378). Ako jedna osoba ima formalnu i stvarnu ovlast zapovijedanja, moguće je da opseg stvarnih ovlasti bude veći od formalnih.<sup>62</sup> U predmetu *Aleksovski* optuženik je osuđen za kaznena djela koja su počinili čuvari logora pod njegovim zapovjedništvom ali je oslobođen za ona koja su počinili pripadnici pričuvnih jedinica HVO koji mu nisu bili podređeni pa stoga nad njima nije imao stvarnog nadzora<sup>63</sup>, ali su komentatori kritizirali to stajalište, smatrajući da zapovjednici logora moraju brinuti za sigurnost zatočenih te poduzeti sve u okviru svoje vlasti da budu obaviješteni o bilo kakvom zlostavljanju zatočenika i u cilju njegovog sprječavanja.<sup>64</sup> Izdavanje zapovijedi ili obavljanje ovlasti općenito pripisanih vojnom zapovjedništvu predstavljaju jaku indicaciju da je neka osoba doista zapovjednik. No to nisu jedini relevantni pokazatelji.<sup>65</sup> Kod utvrđivanja zapovjedne odgovornosti potrebno je utvrditi tzv. učinkoviti nadzor, "efektivnu kontrolu". Taj pojam, u smislu materijalne mogućnosti da se spriječi ili kazni kriminalno ponašanje, bez obzira na to kako se ta kontrola provodi - prag je koji valja doseći kako bi se pokazalo postojanje odnosa podređenosti i nadređenosti za potrebe članka 7(3) Statuta.<sup>66</sup> Zahtjev za utvrđivanjem efektivne kontrole postavilo je i Raspravno vijeće u predmetu *Blaškić*:

“Za primjenu načela odgovornosti nadređenog nužno je da nadređena osoba ima efektivnu kontrolu nad osobama koje su počinile prvobitna kršenja međunarodnog humanitarnog prava, u smislu da je imala stvarnu mogućnost da spriječi i kazni izvršenje tih kršenja. Nadređeni se može smatrati kazneno odgovornim za kaznena djela koja su počinile osobe koje nisu službeno njegovi (izravni) podređeni, u onoj mjeri u kojoj nad njima ima efektivnu kontrolu. Stoga... je "efektivna mogućnost" nadređenog pertinentan kriterij, nije nužno potrebno da je nadređeni bio pravno ovlašten spriječiti ili kazniti djela koja su počinili njegovi podređeni. Ovdje valja imati u vidu njegovu "stvarnu mogućnost" koja se umjesto izdavanja zapovijedi ili poduzimanja stegovnih mjera može npr. očitovati u slanju izvještaja nadležnim vlastima kako bi ove poduzele prikladne mjere”.<sup>67</sup>

Pokazatelji efektivne kontrole više su stvar dokaza nego materijalnog prava i ti pokazatelji su ograničeni na dokaze o tome da je optuženi imao moć da spriječi, kazni ili poduzme korake za pokretanje postupka protiv počinitelja kada je to primjereno.<sup>68</sup> Privremena narav neke vojne jedinice nije sama po sebi dovoljna da isključi odnos subordinacije između pripadnika jedinice i njenog zapovjednika. Da bi se nekog zapovjednika moglo držati odgovornim za djela ljudi koji su pod njim djelovali na ad hoc ili privremenoj osnovi, mora se pokazati da su, u vrijeme

---

<sup>62</sup> *Akayesu I*, § 76.

<sup>63</sup> *Aleksovski I*, § 106-111, 119.

<sup>64</sup> *van SLIEDEREGT 2003*, 148.

<sup>65</sup> *Kunarac i dr. I*, § 397.

<sup>66</sup> *Delalić i dr II*, §256.

<sup>67</sup> *Blaškić I*, §300-302.

<sup>68</sup> *Blaškić II*, §69.

kada su počinjena djela za koja se tereti u optužnici, ti ljudi bili "pod efektivnom kontrolom te konkretne osobe".<sup>69</sup> Zapovjednik ili nadređeni je osoba koja ima vlast ili ovlasti, bilo de iure bilo de facto, da spriječi zločin podređenog ili da kazni počinitelje zločina nakon što je zločin počinjen. Žalbeno vijeće u predmetu Delalić u tom je smislu istaknulo da:

“Ovlasti ili vlast da se spriječi ili kazni ne proizlaze samo iz vlasti de iure koja je nekom dana službenim imenovanjem. U današnje vrijeme u mnogim sukobima sudjeluju samo samoprogllašene vlade de facto, pa stoga i de facto vojske i njima podređene paravojne grupe. Na brzinu uređena zapovjedna struktura može biti primitivna i u rasulu. Da bi se u ovim okolnostima provodio zakon, nužno je utvrditi odgovornost ne samo pojedinačnih prekršitelja nego i njihovih zapovjednika ili drugih nadređenih koji su nad njima obavljali kontrolu a da nisu bili službeno imenovani ili postavljeni. Premda je formalno imenovanje važan aspekt zapovijedanja ili vlasti nadređenog, za pripisivanje kaznene odgovornosti u odsustvu formalnog imenovanja dovoljno je stvarno obavljanje vlasti. Shodno tome, ključni kriterij za obavljanje zapovjedne funkcije jest stvarno posjedovanje ovlaštenja da se kontroliraju postupci podređenih.”<sup>70</sup>

Kriterij efektivne kontrole nadređenog podrazumijeva da se za isto kazneno djelo koje je počinio podređeni može pozvati na odgovornost više osoba.<sup>71</sup> U predmetu Krnojelac Raspravno je vijeće zauzelo stajalište da se dva ili više nadređenih mogu smatrati odgovornim za isti zločin koji je počinio isti pojedinac, ako se pokaže da je glavni počinitelj u predmetno vrijeme bio pod zapovjedništvom obojice nadređenih.<sup>72</sup> Iz zahtjeva za postojanjem efektivne kontrole proizlazi da i civilne osobe mogu biti odgovorne po osnovi članka 7(3) Statuta MKSJ:

“Neku civilnu osobu može se smatrati nadređenom u smislu člana 7(3), ukoliko je de facto mogla izdati zapovijedi da spriječi zločin ili kazni počinitelje. Ovlasti koje imaju civilne osobe za kažnjavanje treba tumačiti u širem smislu riječi. Od civilnih vlasti ne može se očekivati da imaju ista stegovne ovlasti koje bi imale vojne vlasti na analognom zapovjednom položaju. Nije nužno da je nadređena osoba imala, de jure ili de facto, moć da sama kazni. I sama mogućnost slanja izvještaja organima vlasti dovoljna je ako civilni organ vlasti mora, s obzirom na svoj položaj unutar hijerarhije, tako postupati u slučaju kršenja i ako je, zahvaljujući tom položaju, velika vjerojatnost da ti izvještaji pokrenu istragu ili izricanje stegovnih, odnosno kaznenih mjera.”<sup>73</sup>

Element “učinkovitog nadzora”, “efektivne kontrole” ključan je:

a) za odgovornost nadređenoga de jure i de facto, jer, s jedne strane, u dvostrukom lancu zapovijedanja odgovornost pada na onoga tko faktički zapovijeda (u prvostupanjskoj presudi u predmetu Krstić, premda je obrana tvrdila da je nakon pada Srebrenice srpska vojska primala zapovijedi od generala Mladića – koji je naredio masovna smaknuća - a ne samo generala Krstića, utvrđeno je da

<sup>69</sup> Kunarac i dr. I, §399.

<sup>70</sup> Delalić i dr II, §192-194, Aleksovski I, §76.

<sup>71</sup> Blaškić I, §303.

<sup>72</sup> Krnojelac I, §9.

<sup>73</sup> Usp. Aleksovski I, §78.

Mladićevo izdavanje izravnih naredbi nije de facto suspendiralo zapovjedni lanac kojem je na čelu stajao general Krstić<sup>74</sup>, a s druge strane, vojni zapovjednik ne odgovara samo za djela svojih podređenih u okviru formalne vojne hijerarhije nego i za djela svih osoba nad kojima ima faktičnu vlast, kao što su osobe iz drugih vojnih postrojbi ili civili na okupiranom području<sup>75</sup>, dakako pod uvjetom da se ne snižava teret dokazivanja činjenica te vlasti. Pri tome nije bitno da ovlast zapovijedanja uključuje i mogućnost izricanja sankcija podređenima.

b) za određivanje opsega zapovjedne odgovornosti nevojnih osoba koji je određen hijerarhijskim a ne psihološkim odnosima: prema mišljenju komentatora, MKSJ je ispravno u drugostupanjskoj odluci predmetu Delalić otklonio ranije mišljenje MKSR izraženo 21. V. 1999. u predmetu Kayishema & Ruzindana da se stvarni nadzor nad podređenima temelji na psihičkoj “moći utjecaja”, navodeći da se nadzor kod zapovjedne odgovornosti ne sastoji u “suštinskom utjecaju” (substantial influence) na podređene već u hijerarhijskom odnosu obilježenom vlašću i pokoravanjem toj vlasti (element toga odnosa je i financiranje podređenih) dok se na psihološkom utjecaju mogu temeljiti drugi kaznenopravno relevantni odnosi sudionika u kaznenom djelu kao što je npr. poticanje ili pomaganje.<sup>76</sup> Kada bi se stvarni nadzor temeljio samo na psihološkom utjecaju onda bi bilo moguće, kao što je pokazao slučaj Musema pred MKSR, osuditi i nekog poslodavca za propust da spriječi kaznena djela njegovih zaposlenika zbog toga što je inače mogućnost uručenja otkaza ili uskrate plaće dovoljna mjera psihološkog utjecaja. To dakako, predstavlja neprihvatljivo širenje kriminalne zone. Njezine granice predstavljaju okolnost da je nadređeni preuzeo nadzor nad nekim “izvorom opasnosti” te da je u javnosti postojalo očekivanje da će mjere toga nadzora doista i koristiti u cilju sprečavanja kažnjivih djela.<sup>77</sup> Dokazivanje “učinkovitog” nadzora nad podređenima MKSJ je u praksi rješavao utvrđivanjem različitih indicija: tko se pred neposrednim izvršiteljima pojavljivao kao donositelj naredbi<sup>78</sup>, koga su zatočenici logora prokazali kao zapovjednika i opisali njegovo ponašanje prema čuvarima<sup>79</sup>, tko se, prema djelatnicima međunarodnih humanitarnih organizacija ponašao kao zapovjednik i donosio odluke.<sup>80</sup> Važan indicij do sada su predstavljale također činjenice financiranja podređenih koje omogućuju zaključak da je “platitelj” nad njima imao “sveukupni nadzor”, “overall control”: drugostupanjska presuda u predmetu Tadić, rješavajući pitanje je li je u Bosni i Hercegovini postojao međunarodni sukob zato što bi se vojne operacije snaga bosanskih Srba mogle pripisati vojnom vodstvu SRJ kao tijelu koje je reguliralo djelovanje inače funkcionalno diferenciranih srpskih vojnih

---

<sup>74</sup> Krstić I, § 625

<sup>75</sup> Blaškić I, § 445, 451, 464; DERENČINOVIĆ 2001, 35

<sup>76</sup> Delalić II, § 258-265; van SLIEDEREGT 2003, 151

<sup>77</sup> WEIGEND 2004, 1013

<sup>78</sup> Prosecutor v. Nikolić, odluka o kontroli optužnice od 20. X. 1995, § 24. Stožerni časnici koji nemaju neposredne ovlasti izdavanja zapovjedi, pa im se ne može “pripisati” odgovornost za kršenje vojne stege od strane podređenih, ne mogu se smatrati onima koji imaju učinkovit nadzor; Delalić II, § 266, 300

<sup>79</sup> Delalić I, § 763

<sup>80</sup> Prosecutor v. Mrkšić, Radić & Šljivančanin, odluka o kontroli optužnice od 3. IV. 1996, § 16

sustava, utvrdila je da ne samo što su visoki časnici bivše JNA zadržani na zapovjednim mjestima u vojsci Republike Srpske nakon preimenovanja JNA u Vojsku Jugoslavije 19. V. 1992. premda nisu u Republici Srpskoj imali podrijetlo ili prebivalište, nego je vlada SR Jugoslavije nastavila sa njihovim plaćama u vojsci RS čak bez obzira na to jesu li bili bosanski Srbi ili ne.<sup>81</sup> Međutim, nakon presude Međunarodnog suda pravde od 26. II. 2007. u sporu između Bosne i Hercegovine sa Srbijom i Crnom Gorom za povrede Konvencije za sprečavanje i kažnjavanje genocida, taj je kriterij doveden u pitanje kao preširok: otklonivši spomenuti "overall control" test<sup>82</sup>, Međunarodni je sud pravde, rješavajući pitanje može li se genocid u Srebrenici pripisati tuženoj Srbiji i Crnoj Gori na temelju ponašanja njezinih državnih tijela, izrekao da tužitelj u sporu "nije pokazao da bi vojska tužene ili njezini politički vođe, sudjelovali u pripremanju, planiranju ili izvođenju masakra" jer da se iz inače nesporne činjenice da je "mnogim dokazima utvrđeno kako je službena vojska (tadašnje) SRJ sudjelovala prije događaja u Srebrenici u vojnim operacijama u Bosni i Hercegovini zajedno sa vojskom bosanskih Srba, ne može pokazati da je bilo ikakvog takvog sudjelovanja u masakrima počinjenim u Srebrenici". Bez obzira na to što ova presuda pravno ne utječe na MKSJ kao sud različite sudbenosti od Međunarodnog suda pravde, ipak se može reći da njome Međunarodni sud pravde faktično povisuje standarde dokazivanja u utvrđivanju (kaznene) odgovornosti za kolektivna kaznena djela, zahtijevajući kako za same radnje kaznenog djela tako i za odgovornost počinitelja, "potpuni dokaz", slično kao što je to u povijesti kontinentalnog kaznenog postupka dugi niz stoljeća zahtijevala tzv. zakonska dokazna teorija<sup>83</sup>. Razlozi toga povišenja bit će predmetom budućih proučavanja; no, već na ovome mjestu možemo postaviti hipotezu da se ono, kao pravna posljedica, može povezati s konstrukcijom postupaka pred Međunarodnim sudom pravde kao stranačkih sporova oko primjene normi međunarodnog prava u kojima se utvrđenja pravno relevantnih činjenica temelje na suprotstavljanju dvije kontrarne hipoteze. Takva konstrukcija očito ne zadovoljava u slučajevima kao što je zločin genocida, u kojem bi spoznajnim potrebama sudaca moglo odgovoriti tek intenzivno rasvjetljavanje preduvjeta za primjenu visoko postulirane politike međunarodne zajednice (u Konvenciji za sprečavanje i kažnjavanje genocida), provedeno u obliku oficijelnih istraga kvalificiranih državnih tijela<sup>84</sup>, koje

---

<sup>81</sup> Tadić II, § 145, 150.

<sup>82</sup> Međunarodni sud pravde u svojoj presudi (§ 403, 404-406) navodi da je "pažljivo razmotrio argumente drugostupanjskog vijeća MKSJ (u Tadiću) ali ih nije mogao prihvatiti" jer MKSJ u predmetu Tadić nije mogao odlučivati o pitanjima odgovornosti država, pa je ulazeći u njih, rješavao nešto što "nije neophodno za vršenje njegove sudbenosti"; on se doduše, mogao poslužiti testom overall control za ocjenu subordiniranosti pojedinca nekoj nadređenoj vlasti u okviru normi međunarodnog kaznenog prava ali nije smio izreći da se taj test primjenjuje i za ocjenu odnosa između državnih tvorevina na temelju normi međunarodnog prava, budući da bi primjena overall control testa nedopustivo proširila odgovornost države izvan opsega temeljnog načela međunarodnog prava koje postulira da neka država može biti odgovorna samo za svoje vlastito ponašanje.

<sup>83</sup> Usp. BAYER 1995, 66, 95 i sl., 114, 135.

<sup>84</sup> Cit. sažetak presude od 26. II. 2007. prenosi §§ 202-230 presude koji navode da je Međunarodni sud pravde već u svojoj ranijoj odluci u pogledu oružanih aktivnosti na području Konga (u predmetu D.R. of Congo v. Uganda) izrekao da posebnu vrijednost ("..merit special attention")

povećavaju točnost dokaznog materijala sadržanog u pisanim ispravama, inače jedinog dokaznog materijala, neophodnog za pravilni ishod dugotrajnog i isprekidanog postupka pred Međunarodnim sudom pravde<sup>85</sup>, a kojeg Međunarodni sud pravde nije mogao dobiti "u punom tekstu izvjesnih isprava"<sup>86</sup> od tužene Srbije i Crne Gore i MKSJ.

---

imaju dokazi koji potječu iz ispitivanja osoba koje su izravno bile uključene u događaje, i koje su nakon toga bile podvrgnute unakrsnom ispitivanju sudaca (judges) koji su "..skilled in examination and experienced in assessing large amounts of information.."

<sup>85</sup> O odnosu konstrukcije postupaka tzv. stranačkog i istražnog tipa sa epistemologijom sudačkog odlučivanja usp. DAMAŠKA 2003, 122 i sl., 127 i sl.

<sup>86</sup> Ibid., str. 9 (Questions of proof, §§ 202-230).

## 2.1.2. Kognitivna sastavnica zapovjedne odgovornosti

Kognitivna sastavnica: krivnja kod zapovjedne odgovornosti. Spomenuli smo da je već odredba čl. 86. st. 2. Dopunskog protokola Ženevskim konvencijama iz 1977. godine propisala da za tešku povredu ženevskih konvencija, pored podređenog koji ju je počinio (committed by the subordinate), odgovara i njegov zapovjednik ako nije poduzeo sve njemu moguće mjere da ju spriječi ili kazni, premda je znao ili morao znati (has known or should have known) što se dogodilo. Taj zahtjev je središnje pitanje zapovjedne odgovornosti za nedjela podređenih jer će ovisno o tumačenju tog pitanja nadređeni odgovarati uže, derivirano iz njegovog stvarnog znanja o djelima podređenih (namjera) ili šire, bez toga znanja – ovisno o težini propuštanja svoje dužnosti da za ta nedjela zna – kao jedan od oblika nehaja ili čak objektivne odgovornosti. Praksa MKSJ je nakon presude MKSR u predmetu Akayesu, koja je izrekla da se zapovjedna odgovornost temelji na načelu individualne kaznene odgovornosti i utemeljena na namjeri kao obliku krivnje odnosno nehaju koji je “tako težak da je blizak pristanku na djelo” (po našem shvaćanju prelazi u neizravnu namjeru)<sup>87</sup> odredbu čl. 7(3) Statuta MKSJ koja propisuje odgovornost nadređenog “..ako je on znao ili imao razloga znati (had reason to know) da će podređeni počinuti takvo djelo ili da ga je počinio a nije poduzeo potrebne i razumne mjere za sprječavanje takvog djela ili za kažnjavanje počinitelja” protumačila tako da se potrebno znanje nadređenog, koji ne smije hotimice ostati slijep za nedjela podređenih, mora dokazati neposrednim ili posrednim dokazima. Kao takvi se spominju podaci koji su nadređenome od podređenih ili međunarodnih mirovnih promatrača dolazili o broju kaznenih djela, njihovoj vrsti i težini, vremenu i mjestu počinjenja, broju i vrsti vojnih jedinica, učestalosti i modusu operandi kriminalnog ponašanja, operativnim časnicima i lokaciji zapovjednika i dr.<sup>88</sup> Međutim, MKSJ nije odgovorio na pitanje kako daleko dopire dužnost nadređenog da nadzire podređene i koliko specifični moraju biti navedeni podaci za uspostavu njegove odgovornosti premda je ustanovio da je međunarodno običajno pravo tempore criminis u bivšoj Jugoslaviji dopuštalo osudu zapovjednika samo ako je raspolagao sa “specifičnim obavijestima o djelima podređenih”. Takve obavijesti ne moraju se izravno odnositi na nedjela ali moraju biti takve da zapovjedniku pokazuju potrebu “za dodatnom istragom, kako bi utvrdio da li su podređeni počinili kaznena djela ili ih se spremaju počinuti.”<sup>89</sup> To stajalište je potvrdilo Žalbena vijeće u istom predmetu, polazeći od načelnog zahtjeva da zapovjedna odgovornost ne smije predstavljati objektivnu odgovornost zapovjednika već da on može odgovarati samo prema načelu krivnje koja treba biti utvrđena barem na razini nesvjesnog nehaja tj. kada je na raspolaganju imao obavijesti o ponašanju podređenih koje bi ga “upozorile na njihova kaznena djela.”<sup>90</sup> Stoga je drugostupanjska presuda izrekla stajalište da zapovjedna odgovornost nije objektivna jer počiva na načelu krivnje ali se kao za nju mogući oblik krivnje ne

---

<sup>87</sup> Akayesu I, § 489

<sup>88</sup> Delalić I, § 386

<sup>89</sup> Ibid. § 393

<sup>90</sup> Delalić II, § 241

javlja samo namjera nego i nehaj ako je zapovjednik “imao razloga znati” (had reason to know) za ponašanje svojih podređenih tj. kada je raspolagao obavijestima po kojima je morao znati za njihova kaznena djela. Stoga se može zaključiti da danas kod zapovjedne odgovornosti od MKSJ prihvaćeni standard uspostavlja zapovjednikovu krivnju za sva kaznena djela podređenih za koja je zapovjednik znao te za ona koja nije znao uslijed propusta dužnog nadzora nad podređenima. Time je oblik krivnje utvrđen presudom MKSR u predmetu Akayesu snižen na nehaj. To je potpuno razumljivo iz pragmatičnih razloga, budući da je dokazivanje svijesti nadređenog o tome da je podređeni počinio ili se spremio počiniti kazneno djelo “vrlo otežano”.<sup>91</sup> Na to instruktivno upozoravaju komentatori, predbacujući k tome međunarodnim sudovima nesposobnost da kod zapovjedne odgovornosti preciziraju standardne oblike krivnje i tereta njihovog dokazivanja :

“Much of the controversy over Yamashita and modern-day command responsibility cases has stemmed from issues of evidence and proof. Because indirect or passive command responsibility cases are based mostly on circumstantial evidence, they involve difficult inferential judgements about what a commander should have known and should have done differently. These circumstantial judgements, like many other factual conclusions in such trials, are highly contestable for those inclined by political sympathy to view the evidence more charitably to the defendant. The failure of some courts and tribunals, beginning with Yamashita, to precisely articulate what legal standards they are applying in terms of mens rea and proof of effective control has generated an equal, if not greater, measure of controversy, inviting accusations that convictions are based on something akin to strict liability”.<sup>92</sup>

Sličnu kritiku iznosi i Weigend, koji<sup>93</sup> upozorava na razliku između opsega dužnosti nadređenoga da se svakodobno potpuno informira o svim aktivnostima podređenih pri čemu se sam mora pobrinuti da pribavi i informacije o eventualnih nedjelima koja planiraju, utvrđenoga u presudama MKSR i opsega dužnosti nadređenoga da poduzme potrebne mjere samo kada je imao informacije iz kojih je mogao i morao zaključiti o pripremanim nedjelima podređenih, utvrđenog u presudama MKSJ, te zaključuje da je pravna konstrukcija zapovjedne odgovornosti u međunarodnom kaznenom pravu bliska unutarnjem pravu one tradicije koja ne inzistira na jasnom pojmovnom razlikovanju između pripadnika neke grupe temeljem njihove krivnje već predviđaju široke mogućnosti njihovog kažnjavanja, poput common lawa (u tzv. felony murder rule koje za umorstvo kažnjava svakog sudionika usmrćenja neke osobe, bez obzira je li ono nastupilo slučajno ili zbog nečijeg ekscesa) ili francuskoga prava (u figuri responsabilité pour fait d'autrui) i time zapravo pogoduje težnjama da se pred međunarodnim kaznenim sudovima osude za masovne, najteže zločine, donose tako da “..those

---

<sup>91</sup> NOVOSELEC 2004, 497

<sup>92</sup> DANNER-MARTINEZ 2005,125

<sup>93</sup> WEIGEND 2004, 1022-25

who are cupable for the commisssion of a crime ... cannot escape responsibility through legalistic formalities.”<sup>94</sup>

---

<sup>94</sup> Kayishema&Ruzindana I, § 222



### 2.1.3. Operativna sastavnica zapovjedne odgovornosti

Operativna sastavnica: propust nadređenog da poduzme nužne i razumne mjere u cilju sprječavanja zločina ili kažnjavanja počinitelja. U prvostupanjskoj presudi u predmetu Delalić MKSJ je izrekao da su svi koji imaju nadređeni položaj u nekoj hijerarhiji, zbog naravi svoga položaja dužni poduzeti sve nužne i razumne mjere da spriječe kaznena djela svojih podređenih ili, ako su ona već počinjena, da se oni kazne.<sup>95</sup> Propust te dužnosti – koju nalaže međunarodno pravo - uspostavlja odgovornost nadređenoga. Ona ne ovisi, kako je rečeno, od formalnog položaja nadređenog u zapovjednom lancu, nego od njegove suštinske mogućnosti da “nužnim i razumnim mjerama” sprečava i kažnjava ponašanje podređenih: od nadređenoga se ne može očekivati da poduzme “nemoguće”, a koje su mjere “nužne i razumne” ovisi od okolnosti slučaja i ne može se unaprijed odrediti.<sup>96</sup> Ipak kako nadređeni treba poduzeti ne bilo koju radnju iz svog djelokruga nego onu koja je nužna u cilju sprječavanja zločina, očito je da se mora voditi mjerilima učinkovitosti.<sup>97</sup> Međutim, kako nadređeni ne mora imati samostalnu ovlast kažnjavanja podređenih, za uspostavu njegove odgovornosti dovoljno je da propusti prijavu ili odgovarajuću obavijest o kaznenim djelima podređenih koja može rezultirati u njihovom kažnjavanju.<sup>98</sup> To je sporno, kako u pogledu pravne osnove za ovu odgovornost u međunarodnom pravu, tako i u pogledu njezinih pravnih posljedica. U pogledu pravne osnove, komentatori upozoravaju da presude međunarodnih vojnih tribunala nakon II. svjetskog rata nisu propust kažnjavanja podređenih uzele kao samostalni temelj odgovornosti nadređenih<sup>99</sup> te da se ona prvi put javlja u odredbi čl. 86(2) (zajedno s obvezom pokretanja kaznenog ili stegovnog postupka u čl. 87(3) Dopunskog protokola Ženevskim konvencijama iz 1977. godine, što su kasnije preuzeli statuti MKSJ i MKSR pa su je neke presude MKSJ<sup>100</sup> proglasile međunarodnim običajnim pravom.<sup>101</sup> U pogledu pravnih posljedica, javlja se nekoliko pitanja. S jedne strane, ako je temelj odgovornosti nadređenog u zataškavanju kaznenih djela podređenih, onda se može smatrati da ona postoji samo u slučaju kada se podređeni tek spremao na kazneno djelo ili kada ga je započeo (jer bi ga kažnjavanje odvratilo od pokušaja ili dovršenja djela) ali ne i u slučaju kada je kazneno djelo materijalno dovršeno pa ga kažnjavanje više ne može spriječiti; takvim međutim, izjednačavanjem slučaja kad nadređeni nije spriječio počinjenje kaznenog djela i slučaja kada kažnjavanje više to ne može postići odredba čl. 7(3) Statuta MKSJ i njegova primjena pokazuje da MKSJ uzročnost nečinjenja potpuno eliminira kao sastavnicu zapovjedne odgovornosti.<sup>102</sup> S druge strane, odgovornost nadređenog uspostavlja se propustom svake prijave za kaznena djela podređenih, pa tako i za

---

<sup>95</sup> Delalić I, § 346

<sup>96</sup> Ibid. § 394-395

<sup>97</sup> WEIGEND 2004, 1014

<sup>98</sup> Aleksovski I, § 78

<sup>99</sup> DAMAŠKA 2001, 489-493

<sup>100</sup> Hadžihasanović II, § 18

<sup>101</sup> WEIGEND 2004, 1020

<sup>102</sup> Delalić I, § 398; za kritiku v. infra t. 57-61

ona koja su oni počinili pod drugom nadređenom osobom, tj. prije nego što je uopće nadređeni primio zapovjedništvo nad podređenima<sup>103</sup> što je u očitoj suprotnosti sa zahtjevom da je za odgovornost nadređenog potrebno da ima “učinkovit nadzor” nad podređenima koji pripremaju ili čine kaznena djela.<sup>104</sup> Međutim, suvremena praksa MKSJ prelazi preko ta dva prigovora, jednako kao i preko argumenta obrane u prigovoru protiv optužnice predmetu Blaškić da propust kažnjavanja podređenih ne predstavlja samostalnu osnovu za kaznenu odgovornost nadređenog prema međunarodnom običajnom pravu. Taj je prigovor već rano odbijen odlukom prvostupanjskoga vijeća od 4. IV. 1997., utemeljenom, uz ostalo, na stajalištu da je sam MKSJ, a ne Vijeće sigurnosti UN koje nije zakonodavno tijelo, ovlašten utvrđivati što čini norme međunarodnog prava i određivati svoju nadležnost.<sup>105</sup> Kada nadređeni propušta poduzimati potrebne i razumne mjere za sprječavanje kaznenog djela podređenih ili za kažnjavanje djela koja su oni počinili (čl. 7(3) Statuta MKSJ) on svojim takvim držanjem može podređenima pokazati ili pružiti moralnu podršku za nova kaznena djela koja će počinuti. Stoga može odgovarati – u idealnom stjecaju – za poticanje i pomaganje tih kaznenih djela prema odredbi čl. 7(1) Statuta MKSJ.<sup>106</sup> Pri tome valja upozoriti i na to da je moguće odgovornost nadređenoga kao poticatelja ili pomagača protegnuti na kaznena djela koja su podređeni počinili prije nego što je preuzeo zapovjedništvo nad njima, ukoliko se može dokazati da su oni znali za njegovu namjeru budućeg zataškavanja njihovih kaznenih djela i to je doprinijelo njihovoj odluci da ih počine.<sup>107</sup> Možemo dakle zaključiti da navedene sastavnice pojma zapovjedne odgovornosti pokazuju strukturu te pravne figure koja je utemeljena: a) na propustu dužnog ponašanja zapovjednika odnosno nadređene osobe kao obliku počinjenja kaznenog djela nečinjenje; b) na postojanju te dužnosti u okviru hijerarhije koja znači položaj autoriteta nadređene osobe nad trećim osobama, nad čijim ponašanjem, koje predstavlja opasnost, nadređena osoba mora obavljati nadzor te na c) krivnji usmjerenoj na propust dužnog nadzora (a ne na ponašanje podređenih). Oblici te krivnje, vidjeli smo, jesu namjera ili nehaj nadređenog, s time da u usporedbi s “klasičnim” kaznenim djelima činjenjem, elementi njegove svijesti moraju obuhvatiti ne samo situaciju u kojoj njegovi podređeni čine međunarodna kaznena djela kao i vlastitu mogućnost njihovog nadzora, nego i njegov pristanak na djela za koja je znao (namjera) ili je “imao razloga znati” (had reason to know) tj. kada je raspolagao obavijestima po kojima je morao za njih znati (nehaj).

---

<sup>103</sup> Prosecutor v. Hadžihasanović, odluka prvostupanjskog vijeća o prigovoru na nadležnost suda od 12. XI. 2002, § 201

<sup>104</sup> van SLIEDEREGT 2003, 168; JONES-POWLES, 6.2.137; WEIGEND 2004, 1020

<sup>105</sup> JONES-POWLES, 6.2.140

<sup>106</sup> Blaškić I, § 337; Kordić i Čerkez I, § 371

<sup>107</sup> van SLIEDEREGT 2003, 173

## 2.2. Kritičke primjedbe na institut zapovjedne odgovornosti

Najteže povrede međunarodnog prava kao što su ratni zločini, zločini protiv čovječnosti i genocid karakteristične su po tome što njihovi počinitelji redovito postupaju s namjerom (kod nekih je djela ta namjera posebno izražena kao npr. kod genocida) i što se obilježja bića tih kaznenih djela u najvećem broju slučajeva ostvaruju aktivnim postupanjem (činjenjem). Radi se o namjernim komisivnim deliktima. S druge strane, institut zapovjedne odgovornosti *stricto sensu*, kojim se najteži međunarodni zločini imputiraju osobama koje su imale "učinkoviti nadzor" nad podređenima, je kombinacija omisivnog delikta (kaznenog djela nečinjenjem) i minimalnog stupnja krivnje koji se nalazi na granici nehaja i objektivne odgovornosti. Ovakva, za međunarodno kazneno pravo, vrlo neobična kombinacija dovodi u pitanje svrhu kažnjavanja čiji "diktati pravednosti" sugeriraju "zasluženu" kaznu, tj. sankciju koja znači primjerenu reakciju na skrivljeno protupravno ponašanje tj. manifestaciju osobnog razilaženja sa zahtjevima pravnog poretka. Konstrukcija odgovornosti za nehaj i to kad se radi o najtežim povredama međunarodnog humanitarnog prava u međunarodnom kaznenom pravu u najmanju je ruku u raskoraku s većinom nacionalnih kaznenopravnih sustava. U većini kaznenih zakona nehaj se smatra lakšim oblikom krivnje. Tako je za nehaj predviđena i mogućnost blažeg kažnjavanja. Osim toga, da je kažnjavanje za nehaj izuzetak potvrđuje i činjenica da je prema većini nacionalnih kaznenih zakona odgovornost za namjeru pravilo, a za nehaj samo kad je to posebno zakonom propisano. Oblik krivnje osnova je i za podjelu kažnjivih radnji u poredbenim pravnim sustavima. Tako je, primjerice, u podjela na teže (*Verbrechen*) i lakše (*Vergehen*) kažnjive radnje u njemačkom pravu upravo namjera. Teže kažnjive radnje su isključivo namjerna djela (*vorsätzliche Handlungen*) kažnjiva doživotnim zatvorom ili zatvorom u trajanju duljem od tri godine. Sličan odnos nacionalni kaznenopravni sustavi imaju i prema omisivnim deliktima. Tako je u francuskom kaznenom pravu je propust da se izvrši neka obveza ili propuštanje dužne pažnje koju nameće zakon ili neka druga odredba, u situacijama u kojima je počinitelj propustio takvu dužnu pažnju, imajući u vidu gdje je primjereno i prirodu njegove uloge ili funkcija, može zasnovati kaznenu odgovornost za lakši oblik kažnjive radnje – prijestup (*delit*). Odgovornost za kaznena djela kao najteži oblik kažnjive radnje u francuskom pravu postoji samo ako je počinitelj djelovao s namjerom i, u pravilu, komisivno. Kombinacija nehaja i nečinjenja, premda se tim institutima ništa ne može prigovoriti kada ih se razmatra odvojeno, problematična je već zbog toga što pripisuje odgovornost bez snažnog elementa krivnje kao i elementa neovisnosti u izboru (*independent choice*) koji se obično manifestira u aktivnom postupanju. U nastavku slijedi prikaz nekoliko kritičnih točaka instituta zapovjedne odgovornosti koje su posljedica kombinacije nehaja i nečinjenja. Te su kritične točke pitanje primjenjivosti standarda zapovjedne odgovornosti na nevojne zapovjednike i utvrđivanje elementa uzročnosti kod zapovjedne odgovornosti.

### 2.2.1. Primjena standarda zapovjedne odgovornosti na nevojne zapovjednike

Kao što je već navedeno, prema dosadašnjoj praksi MKSJ za proglašenje optuženika krivim po osnovi čl. 7(1) Statuta MKSJ Tužiteljstvu je bilo dostatno dokazati da je zapovjednik imao de facto nadzor (kontrolu) nad postupcima svojih podređenih. To je otvorilo pitanje mogu li i ostale osobe, za koje je dokazano da su imale takvu kontrolu nad počiniteljima djela, a ne samo vojni zapovjednici, biti odgovorne u smislu koncepta zapovjedne odgovornosti? Sudska vijeća MKSJ su se o tom pitanju, kao što je ranije bilo govora, pozitivno izjasnila. Što nam u tom smislu sugerira analiza primjenjivog prava i ratio legis njegova nastaka. Analizirajući čl. 7(3) Statuta MKSJ može se zaključiti da se on ne odnosi samo na vojne zapovjednike, već ga je moguće primijeniti i na civilne osobe. To pogotovo ako se članak 7(3) tumači u vezi i u odnosu prema čl. 7(2) (koji se odnosi na odgovornost visokih državnih dužnosnika bez obzira na njihovu službenu poziciju). Takvo je stajalište izrazio i američki predstavnik u UN kod prihvaćanja Rezolucije 827, a i u optužnici protiv Milana Martića u kojoj je, između ostalog, navedeno: "Tribunal ima jurisdikciju nad osobama koje su, s obzirom na njihovu poziciju u političkoj ili vojnoj vlasti, u mogućnosti zapovjediti počinjenje zločina koji su u nadležnosti ratione materiae ovoga suda, kao i nad osobama koje znajući (svjesno) ne sprječavaju ili ne kažnjavaju počinitelje takvih zločina." Međutim iz čl. 87. Protokola I ne proizlazi da se radi o civilnim osobama. Naime, iz članka 86. koji je interpretativna norma u odnosu na čl. 87. u kojem se isključivo spominju vojni zapovjednici, može se zaključiti da Protokol I govori samo o zapovjednoj odgovornosti vojnih zapovjednika. Osim toga, u komentaru Protokola I navodi se da je odnos nadređenosti potrebno promatrati u sklopu hijerarhije koja obuhvaća pojam kontrole. Riječ je, dakako, o vojnoj hijerarhiji tj. odnosu podređenosti i nadređenosti u vojnim strukturama. Prema čl. 28. Rimskoga statuta, zapovjedna odgovornost proteže se na vojnog zapovjednika ili osobu koja stvarno djeluje kao vojni zapovjednik te na sve ostale nadređene (st. 2.), dakle osobe koje nisu vojni zapovjednici niti stvarno djeluju kao vojni zapovjednici. Odgovornost potonjih je formulirana uže u odnosu na odgovornost vojnih zapovjednika (st. 1.). U obrazloženju Nacrta kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva Komisije za međunarodno pravo stoji da je riječ "nadređeni" dovoljno široka da obuhvati i pokrije ne samo vojne zapovjednike već i predstavnike civilne vlasti koji su u sličnoj zapovjednoj poziciji i izvršavaju i imaju sličan stupanj kontrole prema svojim podređenima. Dosadašnja praksa MKSJ i MKSR pozitivno se izjasnila u pogledu zapovjedne odgovornosti civilnih osoba. U obrazloženjima presuda u predmetu Delalić i predmetu Aleksovski, vijeća su se pozvala na presude vojnih tribunala za Daleki istok koje su donesene nakon Drugog svjetskog rata. Nakon Drugog svjetskog rata pred vojnim tribunalom za Daleki istok osuđeni su i brojni pripadnici civilne vlasti na osnovi zapovjedne odgovornosti. Jedan od njih bio je i japanski ministar vanjskih poslova Koki Hirota koji je proglašen kazneno odgovornim na temelju koncepta napuštanja dužnosti (dereliction of duty). On je, naime, ubrzo nakon ulaska japanskih vojnih snaga u Nanking primio izvještaje o svim događanjima i zločinima koje je japanska vojska počinila nad tamošnjim civilima. Sud je oci-

jenio da je Hirota, unatoč tome što je prema izvještajima znao što se događa, jednostavno napustio dužnost propustivši inzistirati u vladi da se poduzmu sve potrebne i brze akcije sprječavanja takvoga stanja na terenu. Hirota je doduše računao s obećanjima Ministarstva rata da će zločini prestati, ali osobno nije poduzeo ništa što je bilo u njegovoj domeni u cilju prestanka zločina. U odnosu prema posljedici postupao je iz nehaja. Kazneno odgovornim na osnovi zapovjedne odgovornosti proglašen je i kasniji ministar vanjskih poslova Mamoru Shigemitsu koji je, kao ministar u Vladi, bio dužan provesti istragu o stanju u zatvorima i postupanju prema ratnim zarobljenicima, što nije učinio. U predmetu *United Nations v. Flick* i ostali sud je optužene Weissa i Flicka, vodeće njemačke industrijalce toga vremena, proglasio odgovornima zbog njihova dobrovoljnog sudjelovanja u ostvarivanju programa ropskoga rada u njemačkim tvornicama u njihovom vlasništvu tijekom Drugog svjetskog rata. Slično je i Visoki vojni sud u francuskoj okupacijskoj zoni u Njemačkoj u predmetu *Roechling* utvrdio da je direktor i vlasnik tvornice *Voelklin-geh* odgovoran ne zbog nečovječnog postupanja prema ratnim zarobljenicima i deportiranim osobama čiji je rad iskorištavan u proizvodnji, već zbog toga što je takva postupanja, za koja je znao, dopuštao, čak i podržavao, te što nije učinio ništa da zlostavljanja prestanu.<sup>108</sup> Mišljenje suda iz slučaja *High Command* potvrđeno je u presudi američkog vojnog suda u slučaju *Hostage* - premda takve osobe mogu biti odgovorne za vlastita ponašanja koja predstavljaju kaznena djela, one ne mogu biti odgovorne kao zapovjednici na osnovi zapovjedne odgovornosti. To stoga što su one dio lanca te zapovjedne odgovornosti i što nisu ovlaštene donositi odluke, već ih, donošenjem tzv. implementacijskih zapovijedi, izvršavati. Sve što taj podređeni zapovjednik može jest u takvim slučajevima stupiti u vezu sa svojim zapovjednikom i upozoriti ga, a na njemu je, in ultima linea, zapovjedna odgovornost. Drugačije je stajalište zauzeo Tokijski tribunal u slučaju *Muto*. General Akira Muto bio je šef osoblja generala Ivana Matsuija u vrijeme kada su se događali zločini u Nankingu, ali i šef osoblja generala Yamashite za vrijeme zločina koje je japanska vojska počinila na Filipinima. Osuđen je na osnovi zapovjedne odgovornosti jer je "bio u položaju utjecati na politiku", tj. na svoje nadređene, što nije učinio. Sud je odbio njegovu obranu da nije znao da se na terenu događaju zločini. Ono što je u tom slučaju problematično jest uopćena tvrdnja suda da je optuženi "bio u položaju utjecati na politiku". Ovdje, naime, nije dovoljno jasno određeno na koji je to način optuženi mogao ostvariti, a čak i da je to navedeno (npr. prosvjed kod zapovjednika, obavještanje nadređenih i konačno traženje razrješenja), nije jasno da bi time bio u poziciji "spriječiti djela ili kazniti njihove počinitelje."<sup>109</sup> U traženju odgovora na pitanje ne samo odnosi li

---

<sup>108</sup> U predmetu *Roechling* sud je utvrdio da je optuženikova dužnost bila "kao rukovoditelja (optuženi Hermann Roechling bio je rukovoditelj istoimenog poduzeća u kojem su zlostavljane osobe na prisilnom radu) bila informirati se o načinu na koji se postupa sa stranim radnicima i ratnim zarobljenicima, pri čemu je zapošljavanje potonjih u tvornicama oružja bilo i zabranjeno po ratnom pravu, što on nije mogao ne znati; ne može sa sebe skinuti odgovornost izjavom da ga to pitanje nije interesiralo." DERENČINOVIĆ 2000

<sup>109</sup> Ibid.

se odredba članka 7(3) na civilne osobe<sup>110</sup>, već, ako je odgovor pozitivan, ima li za takvo što smisla i opravdanja s obzirom ne samo na međunarodno humanitarno već i međunarodno ratno pravo, potrebno je prisjetiti se koji je bio ratio legis uvođenja zapovjedne odgovornosti u međunarodno kazneno pravo. Taj hibridni oblik izvedene kaznene odgovornosti koji predstavlja kombinaciju nehaja i nečinjenja nastao je kao izraz potrebe da se putem kažnjavanja vojnih zapovjednika uputi prijekor i onim formalnim strukturama koje ti vojni zapovjednici predstavljaju. Samim tim oni predstavljaju i stranu u sukobu kojoj je simbolički prijekor u konačnici i upućen. Ne treba zaboraviti da je međunarodno kazneno pravo još od nakon II. svjetskog rata ostalo u formalnom smislu fokusirano na fizičke osobe kao jedine subjekte kaznene odgovornosti. Kazniti, međutim, samo neposredne fizičke počinitelje (kad je uopće i moguće utvrditi o kome se radi) ne čini se primjerenom reakcijom na masovna kršenja humanitarnog prava u uvjetima oružanog sukoba. Zbog toga je u međunarodno kazneno pravo uvedena zapovjedna odgovornost *stricto sensu*. Ona je ostala jedini instrument kroz kojeg je prijekor upućivan čitavim strukturama, zajednicama i državama i to kroz osobe koje, s obzirom na svoju formalnu poziciju u hijerarhiji zapovjedne strukture, legitimiraju te strukture u odnosu prema trećima. Bilo bi možda presmiono tvrditi da je zapovjedna odgovornost ostala kao relikv kolektivne odgovornosti u međunarodnom kaznenom pravu, no nema nikakve sumnje da se upravo kroz taj institut nastoje pomiriti dvije krajnosti – individualna kaznena odgovornost i masovni zločini. Upravo zbog toga kazna kod zapovjedne odgovornosti ima i posebnu simboličku dimenziju koja u značajnoj mjeri nadilazi načelo da kazna mora biti razmjerna počiniteljevoj krivnji. U sustavu “pravde” orijentiranom na žrtvu (*victim-oriented*) kazna uz svoj stvarni učinak mora polučiti i tzv. pojavni učinak. To je moguće samo kažnjavanjem osoba koje su u formalnom smislu bile dijelom zapovjedne strukture i putem kojeg se prijekor upućuje tim strukturama u cjelini. U tome je osnova imputacije radnje druge osobe (*actus reus*) zapovjedniku kod zapovjedne odgovornosti. Institut zapovjedne odgovornosti je posljedica zapovjednog položaja kojeg vojni zapovjednici imaju u okviru strukture oružanih snaga, njihove svijesti o vlastitoj garantnoj poziciji kao i propisima i praksi na kojem se ta pozicija temelji. Ilustrirajmo to na jednom primjeru. U praksi MKSJ usvojeno je stajalište da se jednom od mjera nesprječavanja počinjenja zločina od strane podređenih smatra propust vojnog zapovjednika da ih poduči o relevantnim sadržajima međunarodnog humanitarnog prava i njihovim dužnostima poštivanja tih normi. Upitno je u kojoj se mjeri u uvjetima potpunog rasula formalnih vojnih struktura koji su bez sumnje postojali tijekom rata u BiH od ad hoc zapovjednika može zahtijevati znanje o tim sadržajima. U kolovozu 1992. godine Predsjedništvo BiH je izdalo naredbu o “Primjeni pravila međunarodnog ratnog prava u Oružanim snagama Bosne i Hercegovine” koja je stupila na snagu 5. rujna iste godine. Ta se zapovijed odnosi na zapovjednika jedinica i sve pripadnike oružanih snaga koji su pojedinačno odgovorni za njihovu primjenu. Vojni zapovjednici su dužni poduzeti sve mjere propisane tim pravilima protiv osoba koje ih krše. Također, pravilima je

---

<sup>110</sup> Usp. VETTER 2000.

propisano da svi pripadnici oružanih snaga podliježu obuci radi upoznavanja s tim pravilima. Razvidno je da se su ta pravila u potpunosti bila namijenjena samo osobama koje obnašaju različite funkcije u okviru formalne strukture oružanih snaga. Osim tih Pravila, još su iz bivše SFRJ naslijeđeni propisi koji se odnose na djelovanje oružanih snaga. Tako je u optužnici protiv Mrkšića istaknuto da je on kao časnik na zapovjednom položaju u JNA bio obvezan pridržavati se propisa JNA kao što su "Strategija oružane borbe" (1983), "Zakon o općenarodnoj obrani" (1982), "Zakon o službi u oružanim snagama" (1985), "Pravilo službe" (1985) i "Propisi o primjeni pravila međunarodnog ratnog prava u oružanim snagama SFRJ" (1988). Tim propisima bili su uređeni uloga i zadaci časnika JNA, njihov položaj u zapovjednom lancu, i oni su časnike i njihove podređene obavezivali da se pridržavaju ratnog prava. Naprosto je nerealno očekivati od osoba koje su, vrlo često, silom prilika morale preuzeti određene zapovjedne funkcije premda s vojnom strategijom, taktikom i tehnikom nisu imale nikakve veze, da znaju sadržaj svih tih propisa kao i odnosnih izvora koji reguliraju postupanje pripadnika oružanih snaga u uvjetima oružanog sukoba. Atribucija odgovornosti zapovjednika temelji se na dužnostima koje taj zapovjednik ima s obzirom na svoj položaj u vojnoj hijerarhiji. Stoga djela koja počine podređeni vojnici na terenu u izvjesnom smislu mogu generirati pravnu odgovornost organizacije u cjelini. Osim toga, primjereno je zahtijevati od časnika koji obnašaju važne funkcije unutar vojne strukture da osiguraju poštivanje međunarodnog ratnog prava od strane sustava (military enterprise) kojemu i sami pripadaju. Vojni zapovjednici prošli su sofisticiranu i zahtjevu obuku za djelovanje u uvjetima oružanog sukoba. Oni su educirani o sadržaju i primjeni pravila međunarodnog humanitarnog prava. Osim toga njima je na raspolaganju aparat vojne stege u provedbi toga sustava. Vojni zapovjednici provode obuku svojih jedinica od početka vojne službe. Upravo ta trajna zapovjedna veza omogućava trajnu i kumulativnu kontrolu vojnih zapovjednika nad podređenim pripadnicima oružanih snaga. Vojni zapovjednici smatraju se posljednjom linijom obrane međunarodnog humanitarnog prava i zbog toga je njihova odgovornost određena šire čak i u odnosu na neposredne, tj. fizičke počinitelje.<sup>111</sup> Svi navedeni razlozi ne podržavaju potpunu primjenu doktrine zapovjedne odgovornosti u uvjetima kad ne postoji jasan lanac odgovornosti i ovlasti između vojnih zapovjednika i njihovih podređenih. Nepostojanje takvog lanca negativno utječe i na stupanj nadzora koji je izvan vojnih struktura značajno manji. O svim tim razlozima rukovodili su se predstavnici država na diplomatskoj konferenciji u Rimu kada su za vojne zapovjednike uspostavili jedan, stroži standard zapovjedne odgovornosti no za ostale faktučne zapovjednike koji mogu biti i civilne osobe. U tom smislu MKSJ mora voditi računa o tome da, kada je riječ o civilnim osobama optuženim po osnovi čl. 7(3) Statuta, od Tužiteljstva zahtijeva dokazivanje dodatnih okolnosti vezanih uz krivnju i uzročnost.

---

<sup>111</sup> SHANY-MICHAELI 2001-2002

### 2.2.2. Zapovjedna odgovornost i uzročnost nečinjenja

Zasnivanje zapovjedne odgovornosti zbog propusta obveze na činidbu u smislu čl. 7(3) Statuta MKSJ posljedica je prihvaćanja koncepta "napuštanja dužnosti" (dereliction of duty)<sup>112</sup>. U obrazloženju presude u slučaju Delalić Raspravno je vijeće utvrdilo "da se mora raditi o onim mjerama odnosno aktivnostima koje su odgovornoj osobi u krugu njezinih materijalnih mogućnosti." To znači da od odgovorne nadređene osobe nije opravdano tražiti nemoguće, već poduzimanje onih mjera i aktivnosti koje je, u okolnostima slučaja, odgovorna osoba mogla i trebala poduzeti. Tako npr. petnaest minuta razrednih instrukcija teoretske naravi o zakonima i običajima vođenja rata niti izbliza nije dovoljno podređenima da znaju što je dopušteno, a što nije te što se od njih očekuje u situacijama koje ih čekaju na terenu. Zato je potrebno prigodom vojne obuke provesti simulacije npr. pravilne evakuacije civilnoga pučanstva, potom pravilnih reakcija na snajpersku vatru, zatim pravilno ispitivanje i uopće tretman nad zarobljenim vojnicima neprijateljske strane itd. Niti jedan vojni zapovjednik ne može imati potpunu kontrolu nad svim događanjima na terenu, ali njegovo propuštanje poduzimanja svih potrebnih preventivnih mjera u cilju sprječavanja kršenja zakona i običaja rata i povrede ostalih izvora međunarodnoga prava, s obzirom na okolnosti slučaja, čini valjanu osnovu njegove zapovjedne odgovornosti zbog napuštanja dužnosti. Konceptiju "napuštanja dužnosti" treba tumačiti povezano s povredama međunarodnog kaznenoga prava koje su počinile podređene osobe, a ne odvojeno od tih povreda. Drugim riječima, mora postojati kauzalitet između propusta nadređenog da poduzme potrebne i razumne mjere u cilju sprječavanja počinjenja kaznenih djela njegovih podređenih i kasnijih povreda koje su ti njegovi podređeni ostvarili. U predmetu Delalić Raspravno je vijeće konstatiralo da se element (načelo) uzročnosti ne primjenjuje kod utvrđivanja zapovjedne odgovornosti:

"Bez obzira na središnju ulogu koju u kaznenom pravu ima načelo uspostave kauzalnog odnosa, on nije tradicionalno postuliran kao *conditio sine qua non* za nametanje kaznene odgovornosti nadređenima za to što nisu spriječili ili kaznili kaznena djela koja su počinili njihovi podređeni. Shodno tome, Raspravno vijeće ne nalazi potkrepe postojanju uvjeta da se kao zasebni element odgovornosti nadređenog dokaže kauzalni odnos bilo u postojećem korpusu sudske prakse, formulaciji tog načela u postojećem pravu međunarodnih ugovora, ili, uz jednu iznimku, u pozamašnoj literaturi koja postoji o tom pitanju."<sup>113</sup>

Do takvog zaključka Raspravno je vijeće došlo uzimajući u obzir odgovornost nadređenog za propust kažnjavanja koja, prema članku 7(3) i običajnom pravu, pokazuje da "ne postoji uvjet kauzaliteta kao zasebni element doktrine odgovornosti nadređenog."<sup>114</sup> Raspravno vijeće u predmetu Delalić, a tu su praksu uglavnom slijedila i druga sudska vijeća, negativno se odredilo samo u odnosu na

---

<sup>112</sup> DERENČINOVIĆ 2000

<sup>113</sup> Delalić I, §398

<sup>114</sup> Ibid. §399



dokazivanje uzročnosti u situacijama u kojima je nadređeni propustio kazniti podređene počinitelje kaznenih djela. A contrario, kada je riječ o propustu da se poduzmu radnje i mjere kojima bi se spriječilo počinjenje kaznenog djela od strane podređenih, iz presude Raspravnog vijeća slijedi da je uzročnost element odgovornosti nadređenog po toj osnovi:

“Time ne želi reći da konceptualno gledano načelo kauzaliteta nema primjene kod doktrine zapovjedne odgovornosti u onoj mjeri u kojoj se tiče odgovornosti nadređenih za to što nisu spriječili zločine svojih podređenih. U stvari, može se smatrati da je prihvaćanje nužnog kauzalnog odnosa inherentno uvjetu za zločine koje su počinili podređeni i propustu nadređenog da poduzme mjere u okviru svojih ovlaštenja da ih spriječi. U ovoj situaciji, može se smatrati da je uspostavljena kauzalna veza između nadređenog i kaznenog djela, zbog toga što, da on nije propustio izvršiti svoju dužnost da poduzme mjere, njegovi podređeni ne bi počinili djela.”

Prema članku 7(3) Statuta MKSJ propust zapovjednika sastoji se u nepoduzimanju nužnih i razumnih mjera da spriječi kaznena djela svojih podređenih ili da kazni počinitelje. Kada je riječ o propustu da se počinitelji kazne, zapravo se radi o zataškavanju zločina koji su počinili njegovi podređeni.<sup>115</sup> S obzirom da optuženi zapovjednik po članku 7(3) Statuta MKSJ ne odgovara po osnovi osobne kaznene odgovornosti iz čl. 7(1) upravo stoga što ne sudjeluje, pa niti neizravno, u radnji počinjenja konkretnog kaznenog djela, potrebno je utvrditi iz čega se to izvodi njegova odgovornost. Jedini mogući odgovor bio bi da se kod te odredbe radi o odgovornosti koja je u sustavima civilnoga prava poznatija pod nazivom odgovornosti garanta za kaznena djela nečinjenjem. Garant (njem. Garant) je osoba koja garantira da do posljedice neće doći. Svojtvo garanta (ili garantni položaj, njem. Garantstellung) nužno je obilježje nepravih kaznenih djela nečinjenjem jer njih mogu počiniti samo osobe s tim svojtvom. Da bi postojala odgovornost garanta za nepravu kazneno djelo nečinjenjem moraju biti ispunjene četiri pretpostavke: garant mora biti sposoban za radnju, nečinjenje mora po djelovanju i značenju biti jednako počinjenju istog djela činjenjem, mora postojati uzročnost nečinjenja kao i isti oblik krivnje koji se glede odnosnog kaznenog djela traži za činjenje. Kod nepravih kaznenih djela nečinjenjem veza između nečinjenja i posljedice pretpostavka je odgovornosti za tu posljedicu. Budući da nečinjenje ne može ništa uzrokovati (lat. *ex nihilo nihil fit*: iz ničega ne nastaje ništa), u tom se slučaju govori i o pseudokauzalitetu. Taj kauzalitet moguć je samo kao hipotetički kauzalitet koji se utvrđuje u hipotetičkom postupku dodavanja propuštene radnje: u mislima se doda radnja koju je počinitelj bio dužan izvršiti i ako bi i uz tu pretpostavku nastupila posljedica, uzročnosti nema, a ako ne bi, uzročnost postoji (u slučaju majke koja je dijete usmrtila tako što ga nije hranila, uzročnost postoji ako dijete ne bi umrlo da ga je majka hranila). Pri tome je za utvrđivanje uzročnosti dovoljno utvrditi da posljedica ne bi nastupila s visokim stupnjem vjerojatnosti. Ako nema takve vjerojatnosti, ima se primijeniti načelo *in dubio pro reo* i uzeti da dužna radnja ne

---

<sup>115</sup> NOVOSELEC 2001, 108.

bi otklonila posljedicu.<sup>116</sup> Garant je, dakle, počinitelj koji je pravno obvezan spriječiti nastupanje zakonom opisane posljedice. Mora se raditi o pravnoj obvezi, što znači da moralne obveze nisu dovoljne. Kako je ta odredba općenita, zadatak je pravne teorije i sudske prakse da pobliže odrede garantne obveze. Prema formalnoj teoriji pravnih dužnosti ili teoriji izvora garantne obveze su one koje proizlaze iz zakona, ugovora i prethodne opasne radnje. Prema funkcionalnoj teoriji pravnih dužnosti odlučna je funkcija neke pravne dužnosti prema pravnom dobru. Prema tom kriteriju sve se garantne obveze dijele na dužnosti zaštite nekog pravnog dobra i dužnosti nadzora nad izvorima opasnosti. Dužnosti zaštite nekog pravnog dobra mogu se temeljiti na prirodnoj povezanosti (članovi uže obitelji dužni su otkloniti jedan od drugoga opasnost za život i tijelo i kad ne žive zajedno), na uskoj životnoj zajednici (npr. izvanbračnoj ili takvoj koja je nastala u okviru nekog opasnog pothvata pa su onda članovi ekspedicije garanti jedni drugima) i na dobrovoljnom preuzimanju neke obveze (najčešće iz nekog ugovora, kao što je ugovor o radu, pa je npr. noćni čuvar garant za imovinu koja mu je povjerena na čuvanje). Dužnosti nadzora nad izvorima opasnosti proizlaze iz načela da dužnost nadzora na izvorima opasnosti povlači i dužnost da se spriječe štetne posljedice koje iz tog izvora mogu proizaći. To može biti dužnost na temelju prethodne opasne radnje (tko izazove opasnost dužan je spriječiti štetne posljedice koje mogu iz nje proizaći), dužnost nadzora nad izvorima opasnosti koji su u vlasti počinitelja (vlasnik mora ugasiti požar na svojoj imovini kako bi spriječio njegovo širenje) i dužnost nadzora nad trećim osobama koje predstavljaju opasnost (npr. dužnost nadređenih da spriječe kaznena djela podređenih).<sup>117</sup> Kada je riječ o zapovjednoj odgovornosti *stricto sensu*, pod pretpostavkom da se prihvati funkcionalna teorija pravnih dužnosti, odgovornost zapovjednika temelji se na njegovoj dužnosti nadzora nad trećim osobama koje predstavljaju opasnost. Takva konstrukcija garantne odgovornosti, međutim, dolazi u obzir samo kada je riječ o odgovornosti zapovjednika koji nije poduzeo sve potrebne mjere da spriječi podređene da počine kazneno djelo. Tada, moglo bi se reći, on krši svoju garantnu dužnost koja proizlazi iz obveze nadzora nad trećim osobama koje predstavljaju opasnost. Upravo je taj njegov propust značio jednu, ali vrlo važnu, kariku u lancu uzročnosti koja je u konačnici dovela do ostvarenja svih obilježja odnosnog bića kaznenog djela (npr. genocida ostvarenog namjernim ubijanjem pripadnika neke etničke skupine). Sasvim je, međutim, drugačija situacija kad se radi o zapovjedniku koji je *post delictum* propustio kazniti počinitelje kaznenog djela. U tom slučaju njegov propust nije bio suuzročan nastupanju posljedice i njega se iz te pozicije ne može smatrati odgovornim u svojstvu garanta. Premda za to možda postoji moralna obveza koja implicira i neku vrstu moralne predbacivosti, prijekora, sasvim je sigurno da ne postoji pravna obveza koja bi od garanta zahtijevala da, *ex post facto*, poduzme određene radnje. Naime, nakon što je kazneno djelo (od strane fizičkog počinitelja) dovršeno u formalnom i materijalnom smislu, sve radnje osobe koja jest zadužena za nadzor ne mogu se, u kaznenopravnom smislu, smatrati garantnim radnjama

---

<sup>116</sup> NOVOSELEC 2004, 156-157.

<sup>117</sup> *Ibid.* 144.

koje proizlaze iz garantne obveze. S obzirom da u takvom slučaju nedvojbeno ne može biti govora o garantnom nepravom kaznenom djelu nečinjenjem nema niti osnove da se zapovjednika kazni za zločine koji su počinile njemu podređene osobe. Naime, nekažnjavanje počinitelja bi eventualno moglo biti posebno kazneno djelo pomaganja nakon dovršenog djela (*auxilium post delictum*) kao što je to slučaj u većini kaznenih zakonodavstava, i ni u kojem se slučaju ne može smatrati supočiniteljstvom u prethodnom kaznenom djelu. Valja se složiti s komentatorima koji smatraju da je unošenjem "propusta da se kazne neposredni počinitelji" u članak 7(3) Statuta MKSJ jedan oblik pomaganja nakon počinjenog djela "unaprijeđen" u supočiniteljstvo u prethodnom kaznenom djelu.<sup>118</sup> Zapovjednika se na taj način proglašava odgovornim u svojstvu supočinitelja bez da je utvrđen bilo kakav njegov doprinos počinjenju kaznenog djela. Još je u starijoj doktrini međunarodnoga prava isticano da "nitko nevin ne može biti kažnjen za zlo koje je počinio netko drugi", a to je potvrđeno i u predmetu Sjedinjene Države protiv Wilhelma von Leebe (u literaturi poznatiji pod nazivom "Visoko zapovjedništvo" – "High Command") u kojem je sudac Harding naveo, između ostalog, da zapovjedna odgovornost nije neograničena i da je određena:

"običajima rata, međunarodnim i međudržavnim sporazumima, temeljnim načelima čovječnosti i ovlaštenjima koja je na zapovjednika prenijela (delegirala) njegova vlada. S obzirom na to njegova je kaznena odgovornost osobna...ona se manifestira u osobnom napuštanju dužnosti kod kojeg propust nadzora nad podređenima indicira kaznenorelevantni nehaj..."<sup>119</sup>

Vratimo se još na trenutak na stajalište Raspravnog vijeća u predmetu Delalić prema kojem je element kauzaliteta inherentni uvjet za zločine koje su počinili podređeni i propustu nadređenog da poduzme mjere u okviru svojih ovlaštenja da ih spriječi. Ne negirajući načelno element uzročnosti u takvim situacijama čini se ipak da se vijeće zadovoljilo presumiranim kauzalitetom (može se smatrati da je uspostavljena kauzalna veza između nadređenog i kaznenog djela, zbog toga što, da on nije propustio izvršiti svoju dužnost da poduzme mjere, njegovi podređeni ne bi počinili djela). Stajalište prema kojem se uzročnost presumira nije osnovano. Naime, zapovjedna odgovornost po članku 7(3) Statuta je konstruirana na osnovi odgovornosti garanta za neprava kaznena djela nečinjenjem. U teoriji kaznenog prava je prihvaćeno da je uzročnost kod tih kaznenih djela hipotetičke naravi. Ona se sastoji u dodavanju propuštene radnje. Ako bi i uz poduzimanje te radnje nastupila posljedica tada nema uzročnosti, a ako posljedica ne bi nastupila onda nema uzročnosti. Ono što je *condicio sine qua non* za zasnivanje kaznene odgovornosti počinitelja za nepravo kazneno djelo nečinjenjem jest provođenje takvog postupka utvrđivanja hipotetičkog kauzaliteta. Naime, nije dovoljno pretpostaviti da je izostanak radnje garanta prouzročio posljedicu. Potrebno je, kroz hipotetički postupak dodavanja, utvrditi da posljedica ne bi nastupila i to s visokim stupnjem vjerojatnosti. Dakle, teret dokaza je uvijek na tužitelju. U skladu s učenjem o uzročnosti kod garantnih kaznenih djela, ako tužitelj takvu

---

<sup>118</sup> NOVOSELEC 2001.

<sup>119</sup> Predmet je iscrpno obrađen u presudi Raspravnog vijeća u predmetu Kvočka i dr.

vjerojatnost ne dokaže, primjenjuje se načelo in dubio pro reo te se uzima da dužna radnja ne bi otklonila posljedicu. Pojednostavljenim presumiranjem uzročnosti proširuje se zona kažnjivosti i olakšava pozicija tužiteljstva, a zapovjedna odgovornost postaje čistim oblikom odgovornosti za djela drugih. Radi otklanjanja toga prigovora sudska bi vijeća MKSJ morala inzistirati na dokazivanju uzročnosti između propusta nadređene osobe postuliranog člankom 7(3) Statuta MKSJ i kaznenih djela koja počinje njegovi podređeni.

### 3. Zajednički zločinački pothvat

Jasno je da elementi instituta zapovjedne odgovornosti traže od tužitelja u postupku pred međunarodnim sudovima povećane napore u pogledu dokazivanja pravno relevantnih činjenica počinjenja djela i krivnje zapovjednika odnosno nadređene osobe. Stoga ne začuđuje da se istovremeno sa primjenom instituta zapovjedne odgovornosti prema čl. 7(3) Statuta MKSJ kao “nadzornog modela” individualne kaznene odgovornosti za masovna međunarodna kaznena djela pojavila i druga pravna konstrukcija, tzv. zajedničkog zločinačkog pothvata kao “sistemskog modela” te odgovornosti. No, kako ju Statut MKSJ nije predvidio, učinilo se njegovim sucima i tužiteljima prikladno da ga eruiraju iz općih propisa o sudioništvu u kaznenom djelu u čl. 7. st. 1. Statuta. Ta pravna konstrukcija je, kao što ćemo niže vidjeti, utemeljena na drugačijoj normativnoj strukturi: ona kao oblik počinjenja kaznenog djela predviđa činjenje, ne implicira postojanje hijerarhije između sudionika zločinačkog pothvata, a pitanje krivnje povezuje s postojanjem njihovog prethodnog “zločinačkog plana” tako da svaki od njih odgovara ne samo za vlastito sudjelovanje u kaznenim djelima nego i za radnje drugih sudionika koje nisu bile obuhvaćene njegovom namjerom ili nehajem ali ih je na temelju tog plana mogao predvidjeti. Stoga je u teoriji međunarodnog kaznenog prava vrlo sporna. No, kako ćemo njezine sporne pravne aspekte kasnije opširnije razmotriti, na ovom mjestu ukratko ćemo prikazati glavna obilježja konstrukcije zajedničkog zločinačkog pothvata te slučajeve u kojima je MKSJ istovremeno primijenio ustanovu zapovjedne odgovornosti i zajedničkog zločinačkog pothvata, unatoč toga što je riječ o konstruktivno dva različita kaznenopravna instituta. U postupku protiv Tadića prvostupanjsko vijeće nije moglo utvrditi optuženikovo sudjelovanje u ubojstvima pet muslimanskih civila u selu Jaškići pored Prijedora, počinjeno od strane srpskih paravojnih postrojbi angažiranih na “etničkom čišćenju” Prijedora i okolice, unatoč toga što je dokazano optuženikovo maltretiranje nesrpskih stanovnika sela. Na žalbu Tužiteljstva na oslobađajući dio presude protiv optuženika, drugostupanjsko je vijeće, prihvativši tvrdnju u žalbi da je prvostupanjsko vijeće moglo jedino zaključiti kako je paravojna skupina kojoj je optuženik pripadao doista ubila petero ljudi, zaključilo da mu se za to ubojstvo ima pripisati krivnja premda ga osobno nije počinio - na “sistemskom” modelu individualne kaznene odgovornosti. Taj model drugostupanjsko je vijeće izvelo iz odredbe čl. 7(1) Statuta, koja predviđa različite oblike počinjenja kaznenog djela, pa tako, osim pojedinačnog počiniteljstva i supočiniteljstvo odnosno sudioništvo u ostvarenju zajedničkog (zločinačkog) cilja (common purpose) ili “nacrtu” (common design). Drugostupanjsko je vijeće potom, u svojoj odluci od 15. VII. 1999., analiziralo praksu nacionalnih i međunarodnih vojnih tribunala nakon II. svjetskog rata (§§ 188, 226, 194 i sl.) u kojoj su oni proglašavali optuženike krivim na temelju starih anglo-američkih konstrukcija kaznene odgovornosti poput common purpose i conspiracy.<sup>120</sup> Drugostupanjsko vijeće MKSJ je zaključilo da se iz tih slučajeva,

<sup>120</sup> O povijesnim korijenima teorije common purpose iz pravnih pojmova srednjovjekovnog engleskog prava kao što je bio tzv. common consent u XIV. stoljeću usp. SMITH 1991, 209; za njezine suvremene dosege u zemljama common law tradicije usp. instruktivno opisan proces

te iz dva međunarodna ugovora (Međunarodna konvencija za suzbijanje terorističkih napada eksplozivnim napravama iz 1997. godine u čl. 2. st. 3.toč.c govori o djelu počinjenom od strane skupine osoba koje djeluju u zajedničkom cilju (common purpose); Rimski statut stalnog MKSJ u čl. 25. st.3.toč.d. spominje pokušaj ili počinjenje kaznenog djela od strane skupine osoba koje djeluju u zajedničkom cilju, common purpose, ali vidjeli smo ranije da to određuje na precizniji način nego što to čini sam MKSJ u svojoj definiciji ZZP) može izvući dovoljno argumenata za stajalište po kojem se te konstrukcije mogu smatrati općeprihvaćenim pravilima međunarodnog prava (bez obzira na to što u poredbenom kaznenom pravu nema suglasnog nacionalnog prava i prakse o ZZP kao obliku sudioništva u kaznenom djelu po kojima bi se moglo zaključiti da je ona prerasla u običajno međunarodno pravo) te tako implicite ispunjavaju uvjete pravne određenosti takvog oblika kaznene odgovornosti.<sup>121</sup> Kritiku tog stajališta, ilustriranu analizom predmeta tzv. “malih nürnbergskih sudova” u kojima su bili osuđeni pripadnici njemačke vojske i civili za ubijanje zarobljenih savezničkih vojnika ili u kojima su bili osuđeni službenici nekih njemačkih koncentracijskih logora, iznose Danner i Martinez, Engvall i neki drugi autori.<sup>122</sup> Nakon presuda u predmetima Vasiljević (prvostupanjska presuda od 29. XI. 2002, § 63 i sl.), Kvočka (prvostupanjska presuda od 2. XI. 2001, § 265 i sl., 312) te Furundžija (drugostupanjska presuda od 21. VII. 2000, § 119 i sl.), u praksi toga suda ustalio se naziv “zajedničkog zločinačkog pothvata” (ZZP)<sup>123</sup>. Takvo stajalište, unatoč sporadičnim opravdanjima<sup>124</sup>, naišlo je na snažnu kritiku u literaturi<sup>125</sup>. To npr. čine Danner i Martinez, Bogdan<sup>126</sup>, Engvall<sup>127</sup> i drugi autori koji polaze od historijske analize predmeta koje je MKSJ uzeo kao precedente za svoju konstrukciju ZZP te ističu da je brzopleto prihvaćanje ustanova vikarijske kaznene odgovornosti od strane MKSJ štetno za razvoj kaznenog prava, posebice stoga što će široke i neodređene konstrukcije zapovjedne odgovornosti i ZZP loše utjecati na nacionalne pravne poretke i buduću praksu međunarodnih kaznenih sudova<sup>128</sup>.

---

dvadesetorici optuženika za ubojstvo policajca u Južnoj Africi 1988. godine kod DURBACH 1999.

<sup>121</sup> ENGVALL 2005, 19-28

<sup>122</sup> DANNER-MARTINEZ 2005, 111 i sl.; ENGVALL na cit. mjestu

<sup>123</sup> Usp. i odluku o prigovorima na nadležnost MKSJ u predmetu Ojdanić od 21. V. 2003. u kojoj je MKSJ potvrdio vlastitu ovlast na interpretativno utvrđivanje oblika kaznene odgovornosti prema Statutu.

<sup>124</sup> Bivši zamjenik Tužitelja pred MKSJ, Nicola Piacente, nakon konstatacije da je Tužiteljstvu, nakon odluke drugostupanjskog vijeća u predmetu Ojdanić, kojom je potvrđena konstrukcija da se ZZP može smatrati oblikom "počiniteljstva" iz čl. 7.st.1. Statuta MKSJ a ne kao oblik sudioništva, izražava oprezno zadovoljstvo što je time olakšan kazneni progon osoba na visokim pozicijama piramidalnih struktura moći. PIACENTE, 2004, 448 i sl.

<sup>125</sup> Najnoviji pokušaj sustavne kritičke obrade ZZP nalazimo u radovima sudionika (Ohlin, van der Wilt, Cassese, Gustafson, Ambos, van Sliedregt, Hamdorf, cit. niže u popisu literature) simpozija o ZZP kojeg je nedavno organizirao časopis Journal of International Criminal Justice i objavio u broju 1/2007 u redakciji G. Sluitera.

<sup>126</sup> BOGDAN 2006.

<sup>127</sup> DANNER-MARTINEZ 2005, 111 i sl.; ENGVALL 2005, na cit. mjestu

<sup>128</sup> DANNER-MARTINEZ 2005, 156 i sl., 167 i sl. Ove dvije autorice zaključuju da zahtjev za "pažljivom primjenom" ustanova ZZP i zapovjedne odgovornosti ne počiva samo na fundamentalnom načelu krivnje u kaznenom pravu, nego i na značaju kojeg za posttranzicijska

Unatoč toga, pojam ZZP danas je kod MKSJ čvrsto ukorijenjen<sup>129</sup>. Oslonivši se tako čvrsto na ZZP, MKSJ je utjecao i na MKSR a od nedavno i na internacionalizirane kaznene sudove za Sierra Leone i istočni Timor.<sup>130</sup> Werle<sup>131</sup> posebno upozorava na kazneni sud za Sierra Leone (ustanovljen sporazumom između UN i vlade Sierra Leonea od 16. II. 2002. temeljem rezolucije VS UN 1315 od 14. VIII. 2000., čiji statut u čl. 20.st.3. propisuje da se sucu toga suda moraju rukovoditi odlukama drugostupanjskog vijeća MKSJ) - ali primjećuje da je manje važan za MKSR, čiji statut u čl. 2(3) toč. b izrijekom predviđa odgovornost za zavjeru za genocid pa za njegovo kreiranje nije bilo potrebe.<sup>132</sup> Zašto se to dogodilo? Odgovor na to pitanje sličan je odgovoru na pitanje zašto je na nürnbergskom procesu nastala i razvijena teorija s jedne strane o "kolektivnom kriminalitetu" nacističkog aparata, čiji su pripadnici trebali pred savezničkim sudom odgovarati, doduše, individualno, ali kao reprezentanti kriminalnih asocijacija kao što su nacional-socijalistička stranka, Hitlerova vlada, Gestapo i druge nacističke organizacije, te s druge strane, teorija o "zločinačkim organizacijama" čiji su brojni članovi trebali odgovarati pred nižim, nacionalnim kaznenim sudovima - bez popratnih poteškoća u dokazivanju njihove krivnje.<sup>133</sup> Ideja za to pripisuje se pukovniku Murrayu C. Bernaysu, članu kadrovske uprave glavnog stožera armije SAD i pomoćniku glavnog tužitelja Jacksona, koji je u pripremanju za donošenje Londonskog sporazuma i statuta u jednome memorandumu, artikulirao da "iza svakog Osovinskog ratnog zločina stoji kriminalni motiv nacističke doktrine i politike, koji se mora utvrditi jer samo na taj način osuda pojedinaca može dobiti svoje moralno i pravno značenje".<sup>134</sup> Ostvarenje te ideje omogućile su pravne konstrukcije angloameričkoga prava, "zločinačka zavjera", conspiracy, koja je unatoč kontroverzi koje je izazivala kod kontinentalnih pravnika, unesena u odredbu čl. 6(2) Statuta te jedinstvenog pojma počinitelja kaznenog djela kao bilo koje fizičke osobe koja je dala neki kauzalni doprinos nekom međunarodnom zločinu i koji se samo za potrebe izbora

---

društva ima legitimno vršenje pravosuđa te zaštita temeljnih ljudskih prava. Posebice, "the truth-telling aspect of transitional justice adds special urgency to the production of an accurate and nuanced historical record from international prosecutions", zaključuju autorice, navodeći da su "...high-profile international trials shaped historical inquiry and collective memory – both for good and for ill" (168). I neki su suci MKSJ u svojim manjinskim, izdvojenim glasovima, odbacili teoriju ZZP kao "confusion and a waste of time" (P.J. Lindholm u Simić I, § 4).

<sup>129</sup> Raspravno vijeće u predmetu Milošević (IT-02-54-T) pozvalo je amicus curiae prof. Timothyja L.H.McCormacka da podnese mišljenje o optuženikovo odgovornosti na temelju konstrukcije ZZP iz optužnice (Prosecutor v. Slobodan Milošević, Order on amicus curiae observations proprio motu on the alternative bases of individual criminal responsibility alleged in the case ... of 1 July 2005) ali je to mišljenje izostalo uslijed obustave postupka nakon optuženikove smrti.

<sup>130</sup> DANNER-MARTINEZ 2005, 155-156.

<sup>131</sup> WERLE 2005, 121.

<sup>132</sup> premda usp. Ntakirutimana II, § 462. i 467. te Simba I, § 386-388.

<sup>133</sup> za povijest međunarodnog kaznenog progona i suđenja ratnih zločina usp. općenito BASSIOUNI 2003, 393 i sl.; 405 i sl. AMBOS 2006, 91 i sl., 101-104

<sup>134</sup> cit. kod van SLIEDREGT 2003, 16. Utjecaj Bernaysa na formiranje postavki nürnbergskoga procesa opisuje TAYLOR u svojoj knjizi "The Anatomy of the Nuremberg Trials" (Boston 1992, 35-36, 41, 42, 45, 75 i sl.).

i odmjere kazne razlikuje na “glavne” (principals) i “pridružene” (accomplices). Razlika utemeljena samo na nazivu, a ne i na stvarnom doprinosu pojedinih sudionika kaznenom djelu dovela je u praksi kaznenog postupka zemalja common law tradicije do nivelacije procesnih uloga sudionika u kaznenom djelu te do olakšanja tereta dokazivanja tijelima kaznenog progona<sup>135</sup>. U angloameričkom pravu conspiracy je kazneno djelo udruživanja dvije ili više osoba s ciljem poduzimanja nekog nezakonitog ponašanja i koje se preklapa s odgovornošću za sudioništvo u kaznenom djelu od strane osoba koje su nisu neposredno sudjelovale u ostvarenju kaznenog djela nego na drugi način njemu pridonijele. Zajedničko im je da uspostavljaju kaznenu odgovornost za svakog člana udruženja u pogledu svakog djela proisteklog iz zajedničkog plana, ne glede na stupanj objektivnog doprinosa kaznenom djelu, a povijesni korijen u načelu srednjovjekovnog kanonskog prava *versari in re illicita* utemeljenom u moralnom postulatu da sam čini nedjelo onaj tko zna za njega, sposoban je i obvezan ga spriječiti ali to ne čini.<sup>136</sup> Ustanovi conspiracy u angloameričkoj teoriji također se upućuju kritike<sup>137</sup>, kako sa stajališta načela određenosti kaznenog zakona, koje upozoravaju da se u praktičnoj primjeni conspiracy osude ne temelje na jasnim i preciznim kriterijima ove pravne konstrukcije (istraživanja prizivnih odluka koje su potvrdile osude za conspiracy pokazala su da su ishodi prvostupanjskih suđenja mogli biti dijametralno suprotni) tako i sa stajališta načela pravičnog postupka, čije se sastavnice ne mogu ostvariti u složenijim predmetima s većim brojem optuženika i kaznenih djela<sup>138</sup>. No, unatoč toga ona i dalje ima snažnih

---

<sup>135</sup> Informirani kontinentalni promatrači angloameričkoga prava o sudioništvu, nakon konstatacije da to pravo započinje svoje moderno razlikovanje sudionika kaznenog djela tek sredinom XIX. stoljeća, kada je engleski Accessories and Abettors Act iz 1861. godine proširio dotadašnju razliku između principals i accomplices kod felonies na sve kategorije kažnjivih radnji, upozoravaju da i danas progonitelj u kaznenom postupku nije dužan optužbu prilagoditi diferenciranim oblicima sudioništva, pa je moguće da sudionici, bez obzira na (minimalnu) akcesornost njihove odgovornosti (ovisnost od odgovornosti glavnog počinitelja), odgovaraju i sami za njegovo djelo te se jednako kao i on tretiraju u okvirima kazne za to djelo (guilty of the full offence). Pri tome se, kao u sustavima limitirane akcesornosti sudioništva (NOVOSELEC 2004, 299), ne traži da je glavni počinitelj kriv, već se *actus reus* i *mens rea* svakog sudionika samostalno ocjenjuje prema zahtjevima koji proizlaze iz bića kaznenog djela. To je za optužbu korisno u indicijskim procesima. Npr. ako je teško dokazati da li je ubojica sam usmrtio žrtvu ili je (kao poticatelj) naručio njezino ubojstvo, optužbi je lakše ishoditi osudu ako u svojim tvrdnjama ne diferencira činjenice koje bi teretile glavnog i pridruženog sudionika. Manji značaj procesnog razlikovanja između glavnog počinitelja i ostalih sudionika doveo je u SAD do daljnjeg “omekšavanja” akcesornosti odnosno do prijelaza u principalnost sudioništva upravo u slučaju conspiracy kod koje se djelatnost svih sudionika prosuđuje sa stajališta teorije ekvivalencije pa ako se utvrdi da je djelatnost svakoga od njih *sine qua non* za počinjeno djelo, nema opravdanja za razlikovanje na glavne i pridružene počinitelje i svi jednako odgovaraju, doduše, samostalno i nezavisno jedan od drugoga. Stoga su mogući i takvi neobični sudski konstrukti kao što je kaznena odgovornost osoba koje su proglašene supočiniteljima kaznenog djela iako su u času počinjenja bile u zatvoru (slučaj *Pinkerton v. U.S.* iz 1946. godine, 328 US 640). Usp.: MANSDÖRFER 2005, 136-161.

<sup>136</sup> KADISH 1997, 376 uz poziv u bilj. 19 na druge autore

<sup>137</sup> Jedan od prvih kritičara u novijoj američkoj praksi bio je Robert Jackson, federalni vrhovni sudac nakon II. svjetskog rata, u svojem izdvojenom mišljenju u predmetu *Krulwitch v. United States* (336 U.S. 440, 453, (1949)). Za novije kritike usp. FLETCHER 1978, 663

<sup>138</sup> Usp. ALLEN 1996, 86-87 uz navode literature.



proponenata<sup>139</sup> i "omiljena" je ustanova u angloameričkoj praksi<sup>140</sup>, posebice za javnog tužitelja<sup>141</sup> u okviru suzbijanja nezakonite trgovine drogama i pranja novca, nakon donošenja federalnih zakona u SAD kao što su Zakon o organizacijama pod utjecajem iznude i korupcije (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act /tzv. RICO/ iz 1970. godine) te neki kasniji zakoni o suzbijanju prijevara putem pošte i telekomunikacija. Oni su svojim neodređenim i "elastičnim" definicijama inkriminiranih ponašanja i kriminalnih grupa, inverzijama dokaznog tereta na štetu okrivljenika te brojnim iznimkama od načela neposrednog izvođenja i ocjene dokaza, povećali u sudskoj praksi opasnosti od sudskih pogrešaka i nepravednih odluka<sup>142</sup>. Primjena conspiracy je pred nürnberškim tribunalom, s jedne strane, u pogledu odgovornosti čelnika nacističkog aparata za zločine iz nadležnosti suda, predviđjela odgovornost "vođa, organizatora, poticatelja i sudionika koji su sudjelovali u formiranju ili izvršenju zajedničkog plana ili zavjere da se počini bilo koji od tih zločina za sve te zločine počinjene od strane bilo koje osobe u izvršenju takvoga plana". S druge strane, Bernaysova je ideja pred nižim sudovima omogućila osudu mnogobrojnih članova tri nacističke organizacije (Gestapo, SD i SS), proglašene zločinačkim organizacijama pred međunarodnim vojnim tribunalom u Nürnbergu, za svako djelo počinjeno od strane bilo kojeg člana samo na temelju činjenice njihove pripadnosti zločinačkoj organizaciji, pod uvjetom da je optužba dokazala kako mu se znanje za nj moglo "općenito pripisati" budući da je sudjelovao u asocijaciji koja je imala "kolektivni cilj", da se taj cilj mogao smatrati "kriminalnim" ako je bio "uvjerljiv" i prihvaćen od strane njezinih članova te da je na nj pristao.<sup>143</sup> Kažnjavanje organiziranja zločinačkog udruživanja inače je poznato u poredbenom kaznenom pravu, ali daleko od toga da bi moglo predstavljati neko «opće pravno načelo»<sup>144</sup> koje bi bilo "sveopće prihvaćeno" u nacionalnim

---

<sup>139</sup> Usp. KATYAL 2003, 1315 i sl. koji s polazišta ekonomske analize organizacijske i upravljačke odgovornosti u društvima kapitala, kombinirane sa psihološkim stajalištima o socijalnoj identifikaciji pojedinca u malim grupama, pobija kritiku upućenu svrsi kažnjavanja za conspiracy i dokazuje kako je, zbog povećane opasnosti društveno neprihvatljivih aktivnosti malih grupa, prihvatljivo "dopunsko" kažnjavanje za conspiracy tim više ako se fokus promatranja svrhe kažnjavanja sa moralnih postulata prebaci na utilitarističke.

<sup>140</sup> Engleski se Dom lordova, rješavajući priziv protiv odluke Suda kraljičinog stola (Queen's Bench) pozvao na conspiracy kao mogući temelj odgovornosti generala Pinocheta za kaznena djela čileanskih dužnosnika za vrijeme njegove vlasti (R v. Bow St. Metro. Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet (No. 3), 2000 A.C., 147, 190, 235-236 (H.L. 1999).

<sup>141</sup> Usp. MARCUS 2002, 67 i sl.

<sup>142</sup> ALLEN (cit. djelo, 86) izrijekom navodi: "The questions submitted to juries in large and complex conspiracy prosecutions, especially those pertaining to persons alleged to have acted on the fringes of a conspiratorial agreement, often cannot be resolved with reasonable prospects of justice to many of those place din jeopardy of severe criminal sanctions."

<sup>143</sup> van SLIEDREGT 2003, 21; DANNER-MARTINEZ 2005, 114

<sup>144</sup> Pitanje ukorijenjenosti zavjere (conspiracy) u međunarodnom običajnom pravu pojavilo se i u postupku protiv Salima Ahmeda Hamdana, bivšeg tjelesnog čuvara i osobnog vozača Osame bin Laden. U postupku pred vojnom komisijom on je optužen, između ostalog za zavjeru u napadu na civilno pučanstvo i terorizam. U optužnici se navode postupci koje je optuženik navodno počinio u razdoblju između 1996. i 2001. godine u ostvarivanju "pothvata i zavjere" (furtherance of the enterprise and conspiracy). S obzirom da tužiteljstvo nije raspolagalo dokazima o njegovu neposrednom sudjelovanju u počinjenju djela koja mu se stavljaju na teret, ono je posegnulo za

pravnim sustavima te tako moglo biti smatrano izvorom međunarodnog prava. Kao posebnu inkriminiranu pripremnu radnju prihvatilo ga je bivše jugoslavensko kazneno pravo: ono je u čl. 23. KZ iz 1951. predvidjelo posebno težak oblik sudioništva, organiziranje zločinačkog udruženja koji se sastojao u organiziranju udruženja za zločinačke svrhe ili u iskorištavanju postojećeg udruženja u takve svrhe i u planiranoj zločinačkoj djelatnosti članova udruženja u kojem je slučaju organizator odgovarao za sva kaznena djela izvršena u okviru zločinačkog plana kao da ih je sam počinio, bez obzira na znanje o svakom pojedinom kaznenom djelu. Hrvatsko pravo tu figuru nije preuzelo već je samo novelom KZ od 29. III. 1996. kod niza kaznenih djela predvidjelo kao kvalifikatornu okolnost “da je djelo počinjeno u sustavu udruženja organiziranog činjenja tog kaznenog djela”. Upravo je pojam “zločinačke zavjere”, conspiracy, angloameričkoga prava u točki 1. optužnice nürnberškoga procesa, optuženicima na teret stavio kako vlastite zločine tako i sudjelovanje s drugim u formuliranju ili izvršenju zajedničkog (zločinačkog) plana iz kojeg su proizašli zločini drugih kao osnovu individualne kaznene odgovornosti, pa je tako, slično doktrini formuliranoj u precedentu Federalnog vrhovnog suda SAD *Pinkerton v. US* iz 1946. godine, istovremeno postao samostalno kazneno djelo (zavjera za počinjenje zločina protiv mira) i kaznenopravni oblik sudioništva u kaznenim djelima drugih, počinjenih u izvršenju zavjere. No, za razliku od današnjeg MKSJ, suci međunarodnog vojnog tribunala u Nürnbergu bili su spremni prihvatiti pojam “zločinačke zavjere” samo ograničeno, prihativši tu pravnu osnovu kod zločina protiv mira samo u pogledu osam od ukupno 22 optuženika kojima je bila stavljena na teret<sup>145</sup> te primjenjujući restriktivno tumačenje toga pojma, uz zahtjev da se dokaže dragovoljno sudjelovanje optuženika u “zločinačkoj zavjeri” te njegovo znanje o njoj kao člana zločinačke organizacije. Za međunarodni vojni tribunal takvo restriktivno tumačenje bilo je izljev postulata individualne krivnje koji se kosi sa političkim zahtjevom neograničene proliferacije kažnjavanja za ratne zločine. Slično situaciji u Nürnbergu, suočeno s jedne strane, s aktima etničkog čišćenja kojima se također mogao pripisati “kriminalni motiv” te s druge strane sa pitanjima tereta dokazivanja individualnog doprinosa svakog sudionika u tim

---

zločinom zavjere. U podnesku prijatelja suda Danner i Martinez (Brief of amici curiae) ispravno su zaključile da ono što optužba Hamdanu stavlja na teret, dakle zavjera u napadima na civilno pučanstvo, ubojstvima i terorizmu, nije u jurisdikciji vojne komisije. To u prvom redu zbog toga što Kongres nije uvrstio zavjeru među kaznena djela nad kojima vojne komisije imaju nadležnost. Osim toga, s izuzetkom zavjere da se počinji genocid i zavjere da se počine zločini protiv mira (agresija), zavjera nije kazneno djelo po međunarodnom pravu. Nepostojanje izričite odredbe o kaznenom djelu zavjere u statutima MKSJ i MKSR, osim u dijelu u kojem se reproducira Konvencija o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida, indicira svjesno odbijanje proširenja koncepta zavjere izvan njegove ograničene uporabe u kontekstu optužbi za genocid. U podnesku prijatelja suda konstatiraju se sličnosti i razlike između zavjere i ZZP (zavjera je posebno kazneno djelo /substantive crime/ dok je ZZP oblik odgovornosti /mode of liability/) uz zaključak da u konkretnom slučaju na optuženika nije moguće primijeniti teoriju ZZP. To stoga što je njezina primjena u dosadašnjoj praksi MKSJ bila pridržana za visoke civilne dužnosnike i vojne zapovjednike (high-level perpetrators) distancirane od mjesta počinjenja konkretnih zločina ili pak za nisko rangirane optuženike (low-level perpetrators) fizički nazočne mjestu počinjenja tih zločina (npr. Tadić), a kod Hamdana nije ispunjen niti jedan od tih uvjeta.

<sup>145</sup> DANNER-MARTINEZ 2005, 117.

aktima koji nisu bili povezani vertikalnim hijerarhijskim odnosom već samo horizontalnim vezama koordinacije ili podjele rada pa se nije mogla dokazati optuženikova indirektna zapovjedna odgovornost prema čl. 7(3) Statuta, drugostupanjsko je vijeće MKSJ u predmetu Tadić utvrdilo da pojedini zločini etničkog čišćenja ne proizlazi iz kriminalne sklonosti pojedinaca već predstavljaju manifestacije kolektivnog kriminaliteta koje izvode grupe ili pojedinci koji nastupaju u ostvarenju “zajedničkog kriminalnog plana” (common criminal design).<sup>146</sup> Premda takav oblik počinjenja kaznenog djela u Statutu nije predviđen, drugostupanjsko vijeće je zaključilo da se on može izvesti iz odredbe čl. 7(1) Statuta o osobnoj kaznenoj odgovornosti koja predviđa oblike počinjenja kaznenog djela jer u opseg pojma “počinjenja” (commission) kaznenog djela ulazi i supočiniteljstvo u ostvarenju zajedničkog cilja ili svrhe. Prema tom mišljenju, odredba čl. 7(1) Statuta ne isključuje oblike sudioništva kod kojih nekoliko osoba sa zajedničkim ciljem započinju kriminalnu djelatnost koja se obavlja bilo zajedno ili od strane nekih “članova” te skupine osoba.<sup>147</sup> Ipak, osim sličnosti sa “zločinačkom zavjerom” nürnberškog procesa, kreacija ZZP od strane MKSJ pokazuje i značajne razlike. Komentatori<sup>148</sup> nabrajaju nekoliko: (a) ZZP se ne smatra samostalnim kaznenom djelom (jer to već ne dopušta tekst Statuta), dok se conspiracy u angloameričkom pravu može koristiti i kao samostalno kazneno djelo te kao oblik sudioništva (doduše, pretežno u federalnom pravu SAD); (b) premda “zločinačka zavjera” i ZZP pretpostavljaju sporazum pojedinaca o tome da se počine zločini, MKSJ za razliku od međunarodnog vojnog tribunala, ne određuje od čega se sporazum sastoji već traži dokaz namjere da se izvrši “zajednički kriminalni plan”<sup>149</sup>; (c) “zločinačka zavjera” obično ne traži dokazivanje da je zavjerenik igrao neku veću ulogu u njezinom izvršenju ili da je bio posebno upoznat s njezinim karakterom, ZZP traži dokaz djelatnosti njegovih članova u svrhu ostvarenja plana (“..whilst conspiracy requires a showing that several individuals have agreed to commit a certain crime or set or crimes, a joint criminal enterprise requires, in addition to such a showing, that the parties to that agreement took action in furtherance of that agreement”).<sup>150</sup> ZZP dakle, uspostavlja odgovornost za djela u provođenju zavjere ali ne i za djela pristupanja zavjeri. No, spomenute razlike nisu previše uočljive čak i za suce MKSJ, među kojima postoje i oni koji drže da je “zločinačka zavjera” samostalno kazneno djelo a ne i oblik sudioništva.<sup>151</sup> Komentatori uočavaju<sup>152</sup> da su prednosti primjene pravne konstrukcije ZZP u složenim predmetima za suce MKSJ višestruke: otklanjanje potrebe da se utvrđuje uzročna veza između optuženikova ponašanja sa posljedicama njegovih nedjela ili nedjela drugih,

---

<sup>146</sup> Tadić II, § 191

<sup>147</sup> Art. 7(1) „... does not exclude those modes of participating .. which occur where several persons having a common purpose embark on criminal activity that is then carried out either jointly or by some members of this plurality of persons“, Tadić II, § 190

<sup>148</sup> DANNER-MARTINEZ 2005, 120; BARETT-LITTLE 2003, 54-56

<sup>149</sup> Stakić I, § 435

<sup>150</sup> Prosecutor v. Ojdanić, odluka Žalbenog vijeća u vezi sa sudbenošću za ZZP, § 23

<sup>151</sup> Prosecutor v. Milutinović, odluka Žalbenog vijeća o prigovoru optuženika u vezi sa sudbenošću za ZZP od 21. V. 2003, § 23

<sup>152</sup> HAAN 2005, 173-75

posebice u slučajevima u kojima on u njima nije neposredno sudjelovao već je djelovao kao “počinitelj za pisaćim stolom” na nekom višem stupnju formalne ili čak neformalne strukture društvene moći; mogućnost da se doprinos sudionika u ZZP utvrđuje “šire” i uz manje preciznosti nego što to zahtijevaju postulati načela zakonitosti (dovoljno je utvrditi da je pripadnik ZZP bio članom grupe koja je kolektivno težila i/ili ostvarivala planirani rezultat); izbjegavanje potrebe da se utvrđuju sastavnice krivnje jednoga člana ZZP koje ga povezuju sa nedjelima ostalih članova (“..while a JCE may have a number of different criminal objects, it is not necessary for the prosecution to prove that every participant agreed to every one of the crimes being committed”).<sup>153</sup> Ipak, treba upozoriti da unatoč širine svoje pravne konstrukcije, ZZP ponekad može umanjiti izgled na osudu počinitelja kolektivnih kaznenih djela, posebice ako se optužba više usmjeri na dokazivanje počinjenog nedjela iz kojih se treba izvući zaključak o postojanju “zločinačkog plana” a manje na činjenice koje ukazuju na samo planiranje<sup>154</sup> za razliku od “zavjere” za čije se postojanje ne traži dokaz nekog počinjenog kaznenog djela; taj su nedostatak ZZP komentatori uočili poglavito kod oslobađajućih presuda za zločine iz nadležnosti MKSJ počinjene kolektivnim silovanjima.<sup>155</sup>

---

<sup>153</sup> Prosecutor v. Brđanin, odluka prvostupanjskog vijeća o zahtjevu za odbacivanjem optužnice prema Pravilu 98bis od 28. XI. 2003, § 17

<sup>154</sup> Prvostupanjska presuda u predmetu Krstić traži da se dokaže kako je optuženik „...shared with the person who personally perpetrated the crime the state of mind required for that crime“, Krstić I, § 613

<sup>155</sup> BARETT-LITTLE 2003, 54-55 objašnjavajući kako bi se u predmetu Kunarac izbjeglo da optuženik bude osuđen prema individualnoj odgovornosti „samo“ za nekoliko vlastitih silovanja zatočenica u logoru kojim je zapovijedao te pomaganje u brojnim silovanjima počinjenim od strane drugih čuvara logora za koja je inače oslobođen po zapovjednoj odgovornosti - ali bi bio osuđen primjenom konstrukcije „urote“; 65)

### 3.1. Dvojbe u vezi primjene teorije zajedničkog zločinačkog pothvata

Kreacija ZZP u drugostupanjskoj odluci u predmetu Tadić otvorila je brojna pitanja i kontroverze, od moralnih preko pravno-političkih do pravnodogmatskih, o kojima govorimo niže u našoj studiji<sup>156</sup>. Postulirajući da se na odabrane sastavnice pojma conspiracy primjenjuju neki kontinentalni standardi sudioništva i krivnje, MKSJ je stvorio “mješovite” oblike krivnje, posebice u pogledu dolusa eventualisa, koji nisu poznati niti u jednom od postojećih sustava kaznenog prava. Tako je jedan komentator ove konstrukcije podsjetio na izjavu Jamesa Rowea, člana tužiteljske ekipe za vrijeme nürnberškog suđenja, o tome da je “(američka) zavjera (conspiracy) jedna od onih stvari koje, što se o njima više govori, postaju sve manje jasne”<sup>157</sup>, a drugi kritizirao teoriju o ZZP konstatiravši da u MKSJ dovodi do “rasprodaje osuda što neizbježno umanjuje njihov didaktični značaj te kompromitira njegovo naslijeđe koje ostavlja povijesti”.<sup>158</sup> MKSJ je nakon presude u predmetu Tadić u više slučajeva istovremeno primjenjivao ustanovu zapovjedne odgovornosti i zajedničkog zločinačkog pothvata, da bi postupno težište prebacio na ZZP te dopustio da se upotrebljava i u situacijama pluraliteta sudionika u raznim aspektima pluraliteta njihovih kaznenih djela (tako npr. sudjelovanje jedne ili više osoba u više ZZP). No, to dovodi do proturječja između pojedinih optužnica, posebice onih koje se odnose na političke ili vojne lidere, čelnike, čija je djelatnost u optužnicama obuhvaćena konstrukcijom ZZP: tako npr. optužnica u predmetu Milošević, utemeljena na ZZP srpskog predsjednika sa brojnim članovima iz redova drugih čelnika bosanskih i hrvatskih Srba, u usporedbi s optužnicama tih istih čelnika (kao što je B. Plavšić, M. Martić i N. Stanišić) također utemeljenim na ZZP, pokazuje znatne razlike u pogledu opisanih kriminalnih radnji – što dakako, po riječima jednog komentatora, ilustrira “enormu elastičnost ZZP” te jasno ukazuje na poteškoće s kojima se suočava optuženik u poznavanju točnog predmeta optužbe s kojim se mora suočiti.<sup>159</sup> Ipak, nagovještaj da se barem sa kriminalnopolitičkog gledišta konstrukciji ZZP ne bi trebalo pripisivati veći značaj nego ostalim pravnim konstrukcijama supočiniteljstva, mogao se nedavno uočiti u prvostupanjskoj odluci u predmetu Stakić u kojoj je Raspravno vijeće izreklo da bi restriktivno tumačenje odredbi Statuta o počiniteljstvu, utemeljeno na nacionalnim interpretativnim metodama, bilo poželjnije kako bi se izbjegla opasnost da se ZZP kao novi oblik kaznenog djela koji nije predviđen u Statutu uvede na “stražnja vrata” u praksu MKSJ.<sup>160</sup> 6. Pravni pojam ZZP je široki oblik supočiniteljstva. On predstavlja pravnu fikciju<sup>161</sup> za uspostavu vrste supočiniteljstva kod (međunarodnih) kaznenih djela iz nadležnosti MKSJ i MKSR. Ona omogućava kazneni progon i osudu neke osobe

<sup>156</sup> Posebno ukazujemo na pitanja neusklađenosti ZZP s načelom zakonitosti u kaznenom pravu: v. drugo poglavlje

<sup>157</sup> METTRAUX 2005, 286

<sup>158</sup> SCHABAS 2003, 1015

<sup>159</sup> METTRAUX, 2005, 293

<sup>160</sup> Stakić I, § 441

<sup>161</sup> Koja se sastoji od „...an understanding or arrangement amounting to an agreement between two or more persons that they will commit a crime“, Krnojelac I, § 80

za kazneno djelo druge čak i kada prva nije imala namjeru doprinijeti nedjelu druge pa čak i kada niti ne zna za takvu djelatnost druge osobe: "teorija o ZZP je "pravo o zavjeri" odjeveno u terminologiju suvremenog gospodarstva koje se nekada služilo izrazom "zajedničkog poduzeća" za oznaku mješovitih trgovačkih društava kapitalističkog i nekadašnjeg socijalističkog sustava."<sup>162</sup> Uobičajeni pojam supočiniteljstva, koje se po određenim kriterijima diferencira od ostalih oblika sudionitstva u kaznenom djelu, u kontinentalnoj teoriji počiva na koncepciji vlasti nad djelom, prema kojoj svi supočinitelji, vladajući svojom funkcijom koja je bitna za ostvarenje zločinačkog plana, vladaju i nad djelom kao cjelinom<sup>163</sup>. Pri tome, zajednički plan je ne samo temelj za kaznenopravnu odgovornost svih članova, nego i osnova za ograničenje odgovornosti jer supočinitelj neće odgovarati za kaznena djela počinjena u ekscesu toga plana. Međutim, MKSJ, koji je doduše, u praksi prihvatio ranije spomenuti "dualistički" model podjele na počinitelje i ostale sudionike kaznenog djela pod utjecajem angloameričkoga prava<sup>164</sup> te razlikuje između počinitelja (authors, perpetrators) od drugih sudionika (accomplices) koji "na drugi način" prije ili nakon djela svojim "doprinosom" (contribution) drugima pomažu u ostvarenju kaznenog djela (sudionici u užem smislu, tzv. aiders and abettors), u supočinitelje (co-perpetrators) ubraja osobe koje su planirale, poticale i "naredile" počinjenje djela a ne samo one koje su imale funkcionalnu vlast nad djelom. Osim toga, pod utjecajem figure conspiracy, MKSJ smatra da svaki član plana odgovara i za kaznena djela u prekoračenju plana, ako je s obzirom na karakteristike plana, mogao predvidjeti takvo ekscesno kazneno djelo i svjesno na nj pristao. Za postojanje ZZP traže se elementi na objektivnoj i subjektivnoj strani supočinitelja. To je posljedica konstruktivne podjele kaznene odgovornosti u teoriji angloameričkoga prava na sastavnice objektivnog ljudskog ponašanja (conduct elements of a crime), subjektivne sastavnice ubrojivosti neke osobe i njezinog subjektivnog odnosa prema djelu (criminal states of mind) te "prigovore obrane" kaznenoj odgovornosti (general and special defences) koji u konkretnom slučaju ukidaju materijalnu protupravnost kažnjive radnje. Prema tom pravu, objektivni elementi, pod skupnim nazivom actus reus obuhvaćaju radnju, posljedicu, uzročnost te određene objektivne elemente odgovornosti za nečinjenje (postojanje garantne dužnosti) ili odgovornosti za nehaj (postojanje povrede objektivne dužne pažnje); subjektivni, pod nazivom mens rea obuhvaćaju "stanja svijesti i volje" koja uspostavljaju kaznenu odgovornost, kao što su intent (namjera), knowledge (znanje određene vrste činjenica koje doduše nije samostalna vrsta subjektivnog elementa ali se pored namjere posebno traži kod određenih kaznenih djela), recklessness (nepromišljenost) te negligence (nehaj koji može biti gross negligence i carelessness)<sup>165</sup>. MKSJ je te sastavnice ugradio u objektivnu i subjektivnu stranu svoje konstrukcije ZZP. Na objektivnoj strani traži se: postojanje "zajedničkog plana, nacrtu ili namjere" (common plan, design or

---

<sup>162</sup> FLETCHER-OHLIN 2005, 548

<sup>163</sup> Teorija o vlasti nad djelom (tatherrschaftslehre) nastala je u njemačkoj teoriji nakon II. svjetskog rata i preuzeta je npr. u čl. 35.st.3. hrvatskog KZ (NOVOSELEC 2004, 296-297).

<sup>164</sup> van SLIEDREGT 2003, 62

<sup>165</sup> Usp. opširnije PADFIELD 2000, 21 i sl. , 39 i sl.

purpose): drugostupanjska presuda u predmetu Kupreškić i dr. navodi da “co-perpetration requires a plurality of persons, the existence of a common plan, design or purpose which amounts to or involves the commission of a crime provided for in the Statute and participation of the accused in the common design” i postojanje pluraliteta osoba.<sup>166</sup> Zajednički plan ne mora prethoditi počinjenju kaznenog djela već može biti i simultan i spontan, pa se njegovo postojanje može već izvesti iz okolnosti; Osim toga traži se da je više osoba suglasno djelovalo u cilju ostvarenja kakvog kriminalnog pothvata - drugostupanjska odluka u predmetu Tadić navodi: “There is no necessity for this plan, design or purpose to have been previously arranged or formulated. The common plan or purpose may materialize extemporaneously and be inferred from the fact that a plurality of persons acts in unison to put into effect a joint criminal enterprise”.<sup>167</sup> To djelovanje ne mora biti samo počinjenje nekog konkretnog kaznenog djela već se može sastojati u pomoći i raznim drugim oblicima doprinosa izvršenju zajedničkog plana. Na subjektivnoj strani postoje tri varijante krivnje za ZZP te prema njima tri oblika kaznene odgovornosti. Prva kategorija, tzv. “temeljna” ili “osnovna” (basic) je ona u kojoj svi sudionici u ZZP dijele istu zločinačku namjeru (engl. intention). O toj kategoriji ZZP radit će se, primjerice, u primjeru sudionika ZZP koji dijele namjeru ubojstva neke osobe kao cilj ZZP i svaka od njih znatno doprinosi tom cilju. Tu se ZZP u najvećoj mjeri oslanja na doktrinu angloameričkoga prava o “zločinačkoj zavjeri”, conspiracy, i to u obliku prihvaćenom u američkoj praksi koja razlikuje zavjeru i odgovornost za djela u provođenju zavjere: premda tužitelj mora u pogledu zavjere dokazati postojanje kako “zločinačkog dogovora” tako i činjenicu da je optuženik dragovoljno postao članom zavjere, kao što smo gore već naveli, nije potrebno utvrditi još i to da je zavjerenik igrao neku veću ulogu u njezinom izvršenju ili da je bio posebno upoznat s njezinim karakterom.<sup>168</sup> Druga kategorija, tzv. “sustavna” (systemic) odnosi se na predmete koncentracijskih logora. Osnova odgovornosti sudionika ZZP je pripadanje organiziranom sustavu zlostavljanja kao što su radni, koncentracijski logori i sl.<sup>169</sup> Sudionik te kategorije ZZP koja se naziva još i “sistemskim” (engl. systemic) ZZP bit će kazneno odgovoran za počinjenje svih kaznenih djela od strane pripadnika logorskog vojnog ili upravnog osoblja koja su na temelju zajedničkog plana (common purpose) počinjena kao posljedica organiziranog sustava zlostavljanja. On mora posjedovati znanje o postojanju tog sustava. Treći, ujedno i najsporniji oblik ZZP je “prošireni” (engl. extended) ZZP. Radi se o kategoriji kod koje svi sudionici dijele zajedničku namjeru za počinjenjem određenih kaznenih djela (npr. prisilnog premještaja civilnog pučanstva), a u kojem neki od njih počini kazneno djelo koje predstavlja eksces tj. koje nije bilo obuhvaćeno zajedničkom namjerom – npr. ubijanje civila tijekom

---

<sup>166</sup> Kupreškić II, § 772

<sup>167</sup> Tadić II, § 227

<sup>168</sup> To je potvrđeno u nedavnoj odluci u postupku protiv Moussaoui za zračne napade na SAD 11. rujna; US v. Moussaoui, 282 F. Supp. 2d 480, 485; E.D. Va. 2003

<sup>169</sup> Drugostupanjska presuda u predmetu Krnojelac navodi da se ova kategorija, koja je inače karakteristična za slučajeve koncentracijskih i likvidacijskih logora iz II. svjetskog rata, može upotrijebiti i u predmetima iz nadležnosti MKSJ. Krnojelac II, § 89

prisilnog premještaja. U tom će slučaju svi sudionici ZZP biti smatrani kazneno odgovornima po osnovi članka 7(1) Statuta MKSJ ako je djelo bilo „prirodna i predvidiva posljedica“ (natural and foreseeable consequence) u realizaciji ciljeva dogovorenog ZZP. Razlika u subjektivnoj strani prema prve dvije kategorije je dakle, u tome što sudionici ne samo da dijele zajedničku namjeru (intent) sudjelovanja u ostvarivanju zajedničkog zločinačkog pothvata nego i voljno preuzimaju rizik odgovornosti i za ona nedjela koja nisu bila dio prvobitno dogovorenoga cilja ali su bila njegova “prirodna i predvidiva posljedica”.<sup>170</sup> Upravo ovaj element konstrukcije proširenog ZZP, koji omogućava da se bilo koja posljedica označi kao “prirodna i predvidiva” te stoga pripíše subjektivnom ponašanju svakog člana ZZP, predstavlja najčešći predmet kritike, koja drži da se prošireni ZZP zapravo svodi na objektivnu odgovornost sudionika za ekscesna kaznena djela koja nisu bila dio plana. To neprihvatljivo proširenje kriminalne zone leži “u srcu konfuzije između kolektivne i individualne odgovornosti: pojedinac treba odgovarati samo za svoje radnje a za sudjelovanje u kriminalnoj aktivnosti drugih samo kažnjivost koja proizlazi iz zajedničkog plana na koji su svi sudionici pristali.”<sup>171</sup> Iz rečenoga izlazi da su sastavnice ZZP na objektivnoj strani (u angloameričkoj terminologiji, actus reus), trojake i istovjetne kod sva tri oblika ZZP. Praksa MKSJ i komentatori<sup>172</sup> nalaze ih u: (a) postojanju “zločinačkog pothvata” i sudjelovanju optuženika u njemu<sup>173</sup> pri čemu se radi o pluralitetu osoba (koje ne moraju biti organizirane u neku formalnu vojnu, političku ili upravnu strukturu;<sup>174</sup> (b) u postojanju “zajedničkog kriminalnog cilja” koji predstavlja ili uključuje činjenje nekog kaznenog djela iz Statuta MKSJ (taj cilj ne mora, kako je već spomenuto, biti prethodno utvrđen ili formuliran već se može i naknadno “materijalizirati” te neizravno izvesti iz okolnosti slučaja;<sup>175</sup> te (c) u sudjelovanju optuženika (kako prema shvaćanju u drugostupanjskoj odluci u predmetu Vasiljević sudjelovanje optuženika ne traži njegovo neposredno sudjelovanje u radnjama kaznenih djela, u početnim fazama primjene ZZP bio je sporan oblik počiniteljevog sudioništva, ali je nakon presuda u predmetima Milutinović, Krstić i Kvočka prevladalo stajalište po kojem se oblik sudioništva određuje prema konkretnom doprinosu optuženika ZZP). Kada se objektivnoj strani pridodaju sastavnice na subjektivnoj strani (u angloameričkoj terminologiji, mens rea) koje, kako smo vidjeli, variraju prema obliku ZZP (u prvospomenutoj, tzv. “bazičnoj” kategoriji ZZP mora se utvrditi da je optuženik imao namjeru, intent da se počini neko kazneno djelo, koju su imali i svi drugi supočinitelji<sup>176</sup>; u drugospomenutoj, tzv. “sustavnoj” kategoriji ZZP mora se utvrditi da je optuženik imao osobno znanje o sustavu zlostavljanja te namjeru da ga podupire;<sup>177</sup> a u trećoj, “proširenoj” kategoriji ZZP mora se dokazati da je optuženik imao namjeru

---

<sup>170</sup> Tadić II, § 28, Vasiljević II, § 101

<sup>171</sup> FLETCHER-OHLIN, 2005, 550

<sup>172</sup> HAAN V., 2005, 179-183, 186-88, 191

<sup>173</sup> Tadić II, § 227, Krnojelac I, § 79

<sup>174</sup> Vasiljević II, § 100

<sup>175</sup> Ibid.

<sup>176</sup> Vasiljević II, § 101

<sup>177</sup> Ibid. § 101, 105



sudjelovanja i podupiranja kriminalne djelatnosti ili kriminalnog cilja neke grupe te doprinijeti u svakom slučaju počinjenju nekog kaznenog djela od strane bilo kojeg člana grupe, pa i onog koje nije bilo obuhvaćeno planom ali ga je sudionik mogao predvidjeti pa je preuzeo rizik da će biti počinjeno), dolazimo do sljedećih teorijskih konstelacija kaznene odgovornosti za ZZP<sup>178</sup>:

- Supočinitelji su svi koji su: (aa) sudjelovali u zajedničkom počinjenju kaznenog djela neposrednim ostvarenjem barem jednog obilježja kaznenog djela; (bb) poduzeli radnje u času počinjenja kaznenog djela koje doduše ne ostvaruju izravno obilježja kaznenog djela, ali koje, sukladno podjeli uloga, predstavljaju nužan doprinos drugim članovima zločinačkog plana u počinjenju nekog kaznenog djela iz dogovora (i koje se sastoje u “namjernom poticanju ili pomaganju” - spomenutom u čl. 7. st. 1. Statuta - drugoga člana da to djelo počini); (cc) poduzeli ili propustili radnje koje doduše ne ostvaruju izravno obilježja kaznenog djela ali koje su mogli poduzeti ili propustiti zbog svojeg položaja u sustavu vlasti, sa znanjem zločinačkog plana (koji može biti i prešutan) i voljom njegova podupiranja. Svi dakle, dijele subjektivni element kroz svijest o postojanju zajedničkoga cilja (common purpose) i volju da se on ostvari.

- Ostali sudionici kod ZZP mogu biti osobe koje nisu supočinitelji već ovima pomažu u ostvarenju ZZP tako da ga svojim “suštinskim doprinosom” (substantial contribution) olakšavaju, podupiru, ubrzavaju i sl. te za koje supočinitelji za njih niti ne moraju znati. Subjektivni element ostalih sudionika je u svijesti da (su)počinitelje iz ZZP podupiru u njihovim radnjama i u pristanku na kaznena djela iz njihovog plana.

Podjela na ove konstelacije utemeljena je na tradicionalnoj doktrini o podjeli sudioništva na sudioništvo (suučesništvo) u širem i užem smislu<sup>179</sup> prema kojoj se uloge više osoba pri počinjenju kaznenog djela ocjenjuju prema vrsti njihovog doprinosa i kaznena odgovornost jednih utvrđuje u ovisnosti od (glavnog) kaznenog djela drugih. No, na pitanje koju varijantu te doktrine MKSJ u svojoj praksi primjenjuje nije jednostavno odgovoriti jer je u njegovim presudama doprinos sudionika ZZP, kada je utvrđeno postojanje zajedničkog kriminalnog cilja, ocjenjivan prema faktično većem ili manjem stupnju njihovog “utjecaja” na događaje i ostale sudionike, bez detaljnijeg ulaženja u pitanje o kojem se obliku sudioništva radilo, pod utjecajem angloameričkoga prava koje, kao što je poznato, razlikuje između pojedinačnih doprinosa sudionika kaznenom djelu (perpetrators and accomplices, secondary parties) ali ih koristi samo kod izbora i odmjerne kazne.<sup>180</sup> Tek je prvostupanjaska presuda u predmetu Kvočka pokušala utvrditi razliku između supočiniteljstva i pomaganja prema subjektivnom elementu prema kojoj se samo oni s izravnom namjerom mogu smatrati supočiniteljima ZZP dok

---

<sup>178</sup> METTRAUX 2005, 290-291

<sup>179</sup> ZLATARIĆ-DAMAŠKA 1966, 298

<sup>180</sup> Npr. u prvostupanjaskoj presudi u predmetu Furundžija optuženik je proglašen krivim za silovanje kao kazneno djelo kršenja zakona i običaja ratovanja iz čl. 3. Statuta premda ga nije sam počinio nego pomagao trećoj osobi u počinjenju. Furundžija I, § 296

ostali predstavljaju samo sudionike u širem smislu, accomplices,<sup>181</sup> ali je to drugostupanjska odluka preinačila, konstatirajući da je i za jedne i za druge nužan samo “znatan doprinos” ZZP.<sup>182</sup>

---

<sup>181</sup> Kvočka I, § 273

<sup>182</sup> Kvočka II, § 90

#### 4. Zaključak o međusobnom odnosu dvaju oblika izvedene kaznene odgovornosti po Statutu MKSJ

Između instituta zapovjedne odgovornosti i teorije ZZP postoje brojne poveznice. Oba oblika odgovornosti u osnovi predstavljaju odgovornost za djela drugih osoba. Element imputacije odnosno uračunavanja (pripisivanja) odgovornosti zbog određenih djelovanja ili propusta prisutan je i kod zapovjedne odgovornosti i kod ZZP. Zajedničko obilježje zapovjedne odgovornosti i ZZP je također i u tome da oba oblika odgovornosti reduciraju stupanj krivnje koji je inače potrebno dokazati da bi se neka osoba proglasila krivom za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava. I zapovjedna odgovornost i ZZP imaju svoje korijene u anglosaksonskom pravu. Konceptijska osnova zapovjedne odgovornosti je institut privatnog prava *respondeat superior* dok je konstrukcija ZZP izgrađena na temeljima zakonodavstva dizajniranog za potrebe obračuna s organiziranim kriminalom (tzv. RICO zakon u SAD). Jedna od velikih prednosti zapovjedne odgovornosti i teorije ZZP zbog kojih se ti oblici odgovornosti preferiraju u postupcima pred ad hoc međunarodnim kaznenim tribunalima u odnosu na ostale oblike osobne kaznene odgovornosti (poticanje, pomaganje, podržavanje itd.) je u mogućnosti njihove primjene na vrlo širok krug subjekata. Premda naziv instituta sugerira drugačije, u praksi tribunala je prihvaćena koncepcija primjene zapovjedne odgovornosti na civilne osobe koje su de facto obnašale neke zapovjedne funkcije u uvjetima oružanog sukoba. Teoriju ZZP, osobito njezinu proširenu varijantu, moguće je primijeniti kako na vojne tako i na civilne strukture. Obje vrste odgovornosti u nekim su segmentima "dotjerane" u jurisprudenciji tribunala za bivšu SFRJ i za Rwandu kako bi se mogle "uklopiti" u kontekst činjeničnog stanja pa se postavlja pitanje njihove usklađenosti s međunarodnim običajnim pravom koje je bilo na snazi u vrijeme sukoba u tim državama.<sup>183</sup> Nametanje tih instituta kao gotovih rješenja i njihova primjena u odnosu na optuženike kojima takvi pravni standardi nisu bili poznati u vrijeme počinjenja djela (npr. zapovjedna odgovornost civilnih osoba ili prošireni ZZP) dovodi u pitanje jesu li ispunjeni zahtjevi vezani uz subjektivni sadržaj načela zakonitosti, a to su predvidivost (*foreseeability*) i dostupnost (*accessibility*). To su, dakako, samo neka obilježja po kojima su zapovjedna odgovornost i ZZP konceptijski i sadržajno dva vrlo slična oblika odgovornosti. Međutim, između njih postoje i vrlo značajne razlike. Razlog zbog kojeg je ZZP postao omiljeno oruđe tužiteljstva u postupcima pred MKSJ upravo su i bile teškoće u vezi dokazivanja nekih elemenata zapovjedne odgovornosti kao što su odnos nadređenosti i podređenosti te, osobito, učinkovite kontrole de facto ili de jure zapovjednika nad svojim podređenima.<sup>184</sup> Osim toga, što je nadređeni fizički

---

<sup>183</sup> O raskoraku između sadržaja međunarodnog i nacionalnog prava u pogledu zapovjedne odgovornosti v. DAMAŠKA 2001

<sup>184</sup> Osiel smatra da „pomak od zapovjedne odgovornosti prema ZZP treba tražiti u tome što potonje zvuči „ozbiljnije“ i implicira veću stigmatizaciju optuženika kojima je dokazano da su „počinitelji djela“, a ne tek akcesorni sudionici u njegovu počinjenju.“ Drugi razlog tom obratu treba tražiti u teškoćama u vezi dokazivanja „učinkovite kontrole“ kod zapovjedne odgovornosti. OSIEL 2005

udaljeniji, potrebno to više dodatnih indicija da se dokaže da je znao za zločine. Time se umanjuju mogućnosti dokazivanja zapovjedne odgovornosti osoba u civilnoj vlasti koje su visoko pozicionirane u sustavu vlasti, a redovito su fizički udaljene od mjesta na kojima su zločini počinjeni. Te okolnosti značajno otežavaju dokazivanje zapovjedne odgovornosti kada se radi o visokim dužnosnicima civilne vlasti koje je, u formalnom smislu moguće optužiti po osnovi zapovjedne odgovornosti, ali je takve optužbe zbog navedenih razloga vrlo teško dokazati. U praksi MKSJ dopušta preklapanje zapovjedne odgovornosti i ZZP. Prvostupanjska presuda u predmetu Krstić od 2. VIII. 2001. navodi u par. 605 da se zapovjedna odgovornost u slučaju u kojem je nadređeni sudjelovao u kriminalnoj djelatnosti podređenih tako što je planirao, poticao ili naredio kaznena djela, “podvodi” (is subsumed under) pod odgovornost nadređenog za sudjelovanje u ZZP. U tome predmetu prvostupanjsko je vijeće najprije zaključilo da je optuženik imao središnju ulogu u “genocidnom ZZP” da se svo civilno muslimansko pučanstvo prisilno iseli iz Srebrenice te da se pobiju svi Muslimani muškarci sposobni za vojsku (§§ 610, 612, 615, 619 i sl.) te da je u pogledu zločina obuhvaćenih ZZP s ostalim članovima ZZP dijelio istu namjeru a glede ekscenčnih kaznenih djela morao je biti svjestan njihovog počinjenja kao “naravnih i predvidivih posljedica kampanje etničkog čišćenja” (§ 615, 616, 620) pri čemu je sa svojim sudjelovanjem “izvanredno važne naravi i na liderskoj razini” postao odgovoran kao supočinitelj (co-perpetrator) ili glavni počinitelj (principal perpetrator) u ZZP genocida (§ 642, 644). Premda se prvostupanjsko vijeće nešto kasnije u presudi pozvalo i na zapovjednu odgovornost optuženog Krstića jer su zločine počinile jedinice pod njegovim zapovijedanjem ali ih je on propustio u tome spriječiti ili nakon toga kazniti (§ 624 i sl., 647 i sl.), osuda u ovom predmetu ipak nije utemeljena na odredbi čl. 7. st. 3. Statuta MKSJ jer je vijeće zauzelo stajalište da je optuženikova krivnja dovoljno određena primjenom konstrukcije ZZP (§ 652). Stoga je pitanje preklapanja zapovjedne odgovornosti sa ZZP ovdje riješeno “u korist” ZZP po uzoru na pravila o prividnom stjecaju konsumpcijom, po kojima bi šire pravilo o odgovornosti prema čl. 7(1) iscrpilo svo nepravo iz užeg pravila čl. 7(3) Statuta (§ 605). Osim u predmetu Krstić, MKSJ je konstrukciju ZZP primijenio istovremeno sa zapovjednom odgovornošću i u nekim drugim predmetima, u kojima komentatori<sup>185</sup> uočavaju da se ne radi o optuženicima visokoga ranga (koji bi već time ostvarili značajan doprinos u ZZP) nego o onima koji su na nižim, pa čak i najnižim stupnjevima hijerarhijskih ljestvica. Tako je u predmetu Kvočka prvostupanjsko vijeće u presudi od 2. XI. 2001. primijenilo konstrukciju “sistemske” ZZP na slučaj koncentracijskog logora Omarska u kojem su se zločini sastojali od “široke mješavine teških kaznenih djela počinjenih namjerno, selektivno, zlonamjerno pa čak i ponekad sadistički” (§ 319) “u cilju progona i ponižavanja zatočenika koji nisu bili Srbi” (§ 320) te svu petoricu optuženih logorskih čuvara proglasilo krivim za supočiniteljstvo (a ne neki drugi oblik sudioništva) u ZZP (§ 398, 459, 469, 497, 575, 682), pri čemu je kod jednog od njih (Radić) kod kojeg je postojalo dovoljno dokaza za činjenice hijerarhijskog odnosa sa podređenim pa tako i osnova za

---

<sup>185</sup> Ibid.

primjenu zapovjedne odgovornosti, izrekao da za tu primjenu nema potrebe budući da je njegova odgovornost već pokrivena konstrukcijom ZZP (§ 570). S time se složilo i Žalbeno vijeće u predmetu koje je izreklo da su ZZP i zapovjedna odgovornost različiti oblici individualne kaznene odgovornosti pa se u slučaju u kojem su ispunjeni uvjeti za njih oboje, osuda treba utemeljiti samo na odredbi čl. 7.st.1. dok se položaj nadređenog treba uzeti u obzir kao otegotna okolnost kod izricanja kazne.<sup>186</sup> Slično se dogodilo i u predmetima Obrenović te Blagojević&Jokić u kojim su optuženici bili časnici u činu pukovnika ili zamjenika zapovjednika brigade. No, najpoznatiji slučaj konkurencije ZZP i zapovjedne odgovornosti, koji se navodi u literaturi<sup>187</sup> bio je predmet Milošević u kojem je predraspravno vijeće, kontrolirajući stupanj osnovanosti sumnje da je optuženik počinio kaznena djela prema dokaznom standardu iz Pravila 98bis izreklo da je Milošević, zajedno sa srpskim čelnicima u bosanskom rukovodstvu, sudjelovao u ZZP sa ciljem uništenja dijela muslimanskog pučanstva u Bosni<sup>188</sup> te da mu je bilo razborito pretpostaviti da će drugi članovi ZZP činiti razna kaznena djela, uključujući i genocid (§ 289) s time da se u odnosu na namjeru genocida pozvalo na Odluku Žalbenog vijeća na interlokutornu žalbu u predmetu Brđanin u kojoj je na strani člana ZZP bila potrebna ne specifična genocidna namjera nego već okolnost da je optuženiku taj zločin bio “reasonable foreseeable” (§ 291, 292). Na taj način je potvrđena razlika između “temeljnog” i “proširenog” ZZP u kojem je Milošević sudjelovao: u “temeljnog” svi članovi ZZP moraju dijeliti istu namjeru a u “proširenog” dovoljna je već i “predvidivost” ekscesnog kaznenog djela nekog od članova za odgovornost svakoga od njih. Ujedno je navedena odluka izrekla da Milošević može odgovarati za zločin genocida i po zapovjednoj odgovornosti jer je bio nadređeni jednom broju osoba za koje je znao ili je imao razloga znati da će počiniti genocid ili su ga počinile te je propustio poduzeti potrebne mjere da to spriječi ili da se kazne počinitelji (§ 309), lapidarno odbacivši upozorenje *amicorum curiae* na problem specifične namjere kod genocida u usporedbi s nediferenciranom namjerom kod zapovjedne odgovornosti prema čl. 7. st. 3. Statuta kao “nevažno” (§ 300). Komentatori međutim, opravdano postavljaju pitanje može li se takvo stajalište MKSJ pomiriti s jedne strane, s tradicionalnim standardima kaznenog pravosuđa (kao što su načelo pravne određenosti kažnjivih djela i pravila o teretu dokazivanja) a s druge strane, sa pravno dogmatskim karakteristikama ZZP i zapovjedne odgovornosti. Šire analize daju pravo onima koji upozoravaju na “problematične aspekte” konstrukcije ZZP i predlažu njezino sužavanje i preciziranje.<sup>189</sup> S obzirom na to da MKSJ dopušta “preklapanje” ZZP i zapovjedne odgovornosti u optužnicama, u razmatranju odnosa tih dvaju instituta izvedene odgovornosti valja se osvrnuti i na pitanje jesu li opravdane kumulativne osude po osnovi čl. 7(1) i 7(3) Statuta MKSJ. U prvostupanjskoj presudi u predmetu Stakić istaknuto je da je u okviru

---

<sup>186</sup> Kvočka II, § 104

<sup>187</sup> AMBOS 2000, 965, 966

<sup>188</sup> Prosecutor v. Milosevic, Decision on Motion for Judgment of Acquittal od 16. VI. 2004. § 143

i sl.

<sup>189</sup> HAAN 2005, 194 i sl.

prakse tog suda u pravnom smislu dopustivo neku osobu proglasiti krivom za jedno kazneno djelo i po članku 7(1) i po članku 7(3). Međutim:

“Tako je bilo predmeta u kojima je osuđujuća presuda po istoj točki optužnice izrečena i na osnovi članka 7(1), i na osnovu članka 7(3), postoje i druge presude u kojima je Raspravno vijeće iskoristilo svoje diskrecijsko ovlaštenje izreći osudu po samo jednoj osnovi kaznene odgovornosti, čak i kada se uvjerilo da su pravni uvjeti za izricanje osude na temelju druge osnove odgovornosti ispunjeni. U takvim situacijama Raspravno vijeće je osudu izreklo po onoj osnovi odgovornosti koja najtočnije opisuje inkriminirano ponašanje optuženog.”<sup>190</sup>

I Raspravno vijeće u predmetu Blaškić zauzelo je stajalište da je nelogično nekog zapovjednika smatrati kazneno odgovornim zato što je „planirao poticao ili zapovjedio počinjenje kaznenih djela, a istovremeno ga teretiti zbog toga što ih nije spriječio ili kaznio.”<sup>191</sup> U presudi Raspravnog vijeća u predmetu Krnojelac istaknuto je da:

“Nije primjereno donositi osuđujuću presudu po osnovi obje odgovornosti za istu točku koja se zasniva na istim radnjama. Kada optužba u jednoj točki tereti po osnovi obje odgovornosti, a činjenice su takve da podupiru zaključak o postojanju obje odgovornosti, Raspravno vijeće ima diskrecijsko pravo odlučiti koja od tih osnova odgovornosti je najprimjerenija u kontekstu pripisivanja kaznene odgovornosti optuženom.”<sup>192</sup>

Članak 7(3) Statuta MKSJ služi prvenstveno kao okvirna klauzula u situacijama gdje se ne može primijeniti primarna osnova odgovornosti po čl. 7(1) Statuta. Raspravno vijeće u predmetu Stakić usvojilo je stajalište Raspravnog vijeća iz predmeta Krnojelac da “u predmetima gdje vijeće na temelju dokaza dođe do zaključka da konkretna djela ispunjavanju uvjete članka 7(1) i da je optuženi djelovao kao nadređeni osudu valja izreći samo po članku 7(1), a da nadređeni položaj optuženika treba uzeti u obzir kao otegotnu okolnost.”<sup>193</sup> Iz dosadašnje prakse MKSJ, kao i smisla i suštine članka 7(3) u kojem je sadržana odgovornost supsidijarna odgovornosti po osnovi članka 7(1) Statuta MKSJ jasno proizlazi da kumulativne osude po obje kvalifikacije, a na temelju istog činjeničnog stanja, ne dolaze u obzir.

---

<sup>190</sup> Stakić I, §463

<sup>191</sup> Blaškić I, §337

<sup>192</sup> Krnojelac I, §173

<sup>193</sup> Stakić I §465

# **DRUGO POGLAVLJE**

## **ZAJEDNIČKI ZLOČINAČKI POTHVAT I NAČELO ZAKONITOSTI**

### **1. Nullum crimen nulla poena sine lege i međunarodno kazneno pravo**

Međunarodni kazneni sud za bivšu SFRJ nadležan je za kazneni progon osoba odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na području bivše Jugoslavije od 1991. godine, u skladu s odredbama Statuta MKSJ. Teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava za koja je MKSJ nadležan suditi su: teške povrede Ženevskih konvencija iz 1949. (čl. 2. Statuta MKSJ), kršenja zakona ili običaja ratovanja (čl. 3.), genocid (čl. 4.) i zločini protiv čovječnosti (čl. 5.). U odredbama o stvarnoj nadležnosti tribunala Vijeće sigurnosti obuhvatilo je samo one norme međunarodnog prava koje su bez sumnje postale dijelom međunarodnog običajnog prava. Kako je istaknuto i u Izvješću Glavnog tajnika Ujedinjenih naroda sukladno paragrafu 2 Rezolucije 808 Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda “Ženevske konvencije čine pravila međunarodnog humanitarnog prava i jezgra su običajnog prava primjenjivog na međunarodne oružane sukobe.”<sup>194</sup> Isto se može reći i za četvrtu Hašku konvenciju o zakonima i običajima ratovanja na kopnu iz 1907. godine i pravila u dodatku toj konvenciji. Konvencija o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine također je postala dijelom međunarodnog običajnog prava što nedvojbeno proizlazi iz Savjetodavnog mišljenja Međunarodnog suda pravde o rezervama na tu konvenciju.<sup>195</sup> Zločini protiv čovječnosti također su potvrđeni kao dio međunarodnog običajnog prava u Načelima međunarodnog prava priznatim u Statutu Međunarodnog vojnog tribunala u Nürnbergu i Presudi koje je sastavila Komisija za međunarodno pravo na svojoj drugoj sjednici održanoj 1950. godine i podnijela na usvajanje Općoj skupštini Ujedinjenih naroda.<sup>196</sup> Niti u jednoj od odredaba iz čl. 2.-5. Statuta se ne spominje ZZP. Iz toga se može zaključiti da ZZP nije kazneno djelo koje je u nadležnosti MKSJ. Uz odredbe o kaznenim djelima koja su u stvarnoj nadležnosti tribunala, za ovo su razmatranje bitne i odredbe o osobnoj kaznenoj odgovornosti. Sukladno članku 7. stavak 1. “osoba koja je planirala, poticala, zapovjedila, počinila ili na drugi način pomogla i podržala planiranje, pripremu ili izvršenje kaznenog djela navedenog u članovima 2 do 5 Statuta osobno je odgovorna za to kazneno djelo.”. Tzv. neizravna zapovjedna odgovornost (zapovjedna odgovornost *stricto sensu*) sadržana je u odredbi članka 7. stavak 3. Statuta. Niti u navedenim odredbama Statuta ne nazire

---

<sup>194</sup> Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808(1993), 22. Feb. 1993., U.N. Doc. S/25704

<sup>195</sup> Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, International Court of Justice, Advisory Opinion of 28 May 1951.

<sup>196</sup> Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, International Law Commission, International Law Commission, 1950, Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II, para. 97.

se koncept ZZP. Do takvog zaključka koji je, rekli bismo, zapravo i jedino moguć, došlo je bez većih problema i Žalbeno vijeće u predmetu Tadić. Ono je također konstatalo da “Statut ne specificira (niti izričito niti implikacijom) objektivne i subjektivne elemente (actus reus i mens rea) te kategorije kolektivnog kriminaliteta” zbog čega je potrebno, radi identifikacije tih elemenata “okrenuti se međunarodnom običajnom pravu.”<sup>197</sup> U tom se pravu “običajna pravila o toj stvari mogu nazrijeti na osnovi raznih elemenata: uglavnom su to sudska praksa i nekoliko slučajeva međunarodnog zakonodavstva.”<sup>198</sup> Unatoč tome što je očito da ZZP nije ni u kojem obliku propisan Statutom MKSJ, što je uostalom Žalbeno vijeće u predmetu Tadić i potvrdilo, to je isto vijeće razmatrajući odgovornost optuženika za ubojstvo petorice osoba u selu Jaškići u lipnju 1992. godine, konstatalo da “međunarodna kaznena odgovornost obuhvaća akcije koje je počinila zajednica osoba provodeći zajednički kriminalni plan”, dodajući da su “pravila o zajedničkoj namjeri suštinski ukorijenjena i u velikoj mjeri odražavaju stav koji su zauzele mnoge države svijeta u svojim nacionalnim pravnim sustavima.”<sup>199</sup> Postupajući u skladu s Izvješćem Glavnog tajnika u kojem stoji da “primjena načela nullum crimen sine lege nalaže da Međunarodni sud primjenjuje pravila međunarodnog humanitarnog prava koja su van svake sumnje postala dio običajnog prava”, Žalbeno vijeće u predmetu Tadić pokušalo je dati odgovor na pitanje da li je ZZP van svake sumnje postao dijelom običajnog prava. Kao uporište za kasnije potvrđenu hipotezu da je ZZP suštinski ukorijenjen u međunarodnom običajnom pravu i da je implicitno sadržan u članku 7(1) statuta pod pojmom “počinjenja” kaznenog djela navedene su neke odluke sudova u postupcima za zločine počinjene tijekom II. svjetskog rata, spomenuto je nekoliko nacionalnih pravnih sustava u kojima je koncept ZZP dio pozitivnog prava te dva međunarodna ugovora – Rimski statut Međunarodnog kaznenog suda i Međunarodna konvencija o suzbijanju terorističkih napada eksplozivnim napravama. Na osnovi te analize Žalbeno je vijeće zaključilo:

“...da konzistentnost i uvjerljivost spomenute sudske prakse i ugovora, kao i njihova suglasnost s općim načelima kaznene odgovornosti ustanovljenim kako Statutom i općim međunarodnim kaznenim pravom tako i nacionalnim zakonodavstvima, opravdava zaključak da sudska praksa odražava običajna pravila međunarodnog kaznenog prava.”<sup>200</sup>

Takvo stajalište Žalbenog vijeća u predmetu Tadić usvojila su gotovo sva vijeća u postupcima koji su uslijedili. Tako je na osnovi zaključaka Žalbenog vijeća u predmetu Tadić u Odluci po prigovoru u predmetu Ojdanić u kojem je također razmatrano pitanje predviđenosti ZZP u međunarodnom običajnom pravu istaknuto da MKSJ ima *ratione personae* ovlast sam interpretativno utvrditi bilo koji oblik kaznene odgovornosti prema Statutu ako ispunjava četiri preduvjeta:

(i) mora biti predviđen Statutom, eksplicitno ili implicitno;

---

<sup>197</sup> Tadić II, § 194

<sup>198</sup> Ibid.

<sup>199</sup> Tadić II, § 193

<sup>200</sup> Ibid. § 226



(ii) morao je u relevantno vrijeme postojati u međunarodnom običajnom pravu;  
(iii) mjerodavno pravo koje predviđa takvu vrstu odgovornosti moralo je u relevantno vrijeme biti u dovoljnoj mjeri dostupno svakom ko je tako postupao; i  
(iv) takva osoba morala je biti u mogućnosti predvidjeti da bi mogla kazneno odgovarati za svoje postupke ako bude uhvaćena.<sup>201</sup>

Zanimljivo je da sudska vijeća MKSJ nisu preispitivala zaključke do kojih je u pogledu običajnog statusa ZZP došlo Žalbena vijeće u predmetu Tadić. Tako je rješavajući po spomenutom prigovoru na nenadležnost u predmetu Ojdanić Žalbena vijeće istaknulo da:

“nema namjeru preispitivati zaključak iz predmeta Tadić o običajnom statusu ovog oblika odgovornosti. Ono je uvjereno da su praksa država i opinio juris razmotrene u toj odluci bile dovoljne da se izvede zaključak da je godine 1992, kad je Tadić počinio kaznena djela za koja se teretio i za koja je na kraju osuđen, takva norma postojala u međunarodnom običajnom pravu.”<sup>202</sup>

Imajući u vidu slabašne argumente na kojima je Žalbena vijeće u predmetu Tadić utemeljilo tu svoju tezu, uistinu začuđuje pasivnost sudskih vijeća MKSJ i njihova nespremnost da, ukoliko podržavaju takvo stajalište, pokušaju ponuditi još neke argumente koji mu govore u prilog odnosno da, ukoliko ga smatraju neosnovanim, ponude razloge zbog kojih je ono neosnovano. Čak i u onim postupcima u kojima se pokušalo ukazati na neprimjerenost koncepta ZZP nije bilo dovoljno odlučnosti i argumenata da se ukaže na njegove suštinske slabosti već su zagovarana neka, nazovimo ih tako, eklektička rješenja, ali bez odgovarajućeg obrazloženja. Treba, međutim, priznati i da su obrane u svim dosadašnjim postupcima u kojima je odgovornost optuženika utemeljena na ZZP bile površne u svojoj kritici toga koncepta. Također nije bilo niti ozbiljnijeg pokušaja da se kroz institut prijatelja suda (*amicus curiae*) upute ozbiljniji prigovori toj teoriji. Sigurno je da su svi ti razlozi, neki više, a neki manje, doveli do toga da je teza o “čvrstoj ukorijenjenosti ZZP u međunarodnom običajnom pravu” gotovo neokrznuto preživjela sve ove godine. Kao što se može vidjeti, teorija ZZP je kao oblik odgovornosti “zaobilaznim” putem uvedena u praksu MKSJ. To je, razumije se, dovelo do široke znanstvene rasprave o tome je li time povrijeđeno načelo zakonitosti i to osobito aspekt toga načela koji zabranjuje *ex post facto* primjenu zakona.<sup>203</sup> Načelo zakonitosti, kao jedno od temeljnih načela suvremenog kaznenog prava, predstavlja utjelovljenje brojnih imperativa bez kojih bi bilo nezamislivo funkcioniranje pravnih sustava u demokratskim državama. To su, u prvom redu, načelo vladavine prava i pravne države. Načelo vladavine prava javlja se u liberalnoj građanskoj doktrini s kraja XVIII. stoljeća

---

<sup>201</sup> Odluka po prigovoru Dragoljuba Ojdanića na nenadležnost - udruženi zločinački poduhvat, 21.05 2003., §21

<sup>202</sup> Ibid. §29

<sup>203</sup> HAAN 2005; ENGVALL 2005.; DARCY 2004-2005; DANNER.-MARTINEZ 2005; POWLES 2004

kao opreka apsolutnoj vlasti pojedinca ili nekolicine.<sup>204</sup> Snažno prožeta idejom slobode kao mogućnošću da se živi u skladu sa zakonima, liberalna je misao toga vremena, prepoznatljiva u djelima Montesquiea, Rousseaua, enciklopedista, Beccarije i ostalih,<sup>205</sup> načelo zakonitosti sa gotovo svim premisama na kojima se ono i danas temelji, odredila kao garanciju protiv arbitrarnosti i nejednakosti kaznenog prava prošlih vremena.<sup>206</sup> Premise na kojima se i u suvremenom kaznenom pravu temelji načelo zakonitosti jesu: zabrana povratnog djelovanja zakona (*nullum crimen sine lege praevia*), zabrana analogije (*nullum crimen sine lege stricta*), zahtjev da zakon mora biti pisan (*nullum crimen sine lege scripta*), zahtjev za određenošću zakonskih opisa (*nullum crimen sine lege certa*) i načelo da nema kazne bez zakona (*nulla poena sine lege*). Obveza poštivanja načela zakonitosti propisana je i u temeljnim međunarodnopravnim dokumentima o pravima čovjeka – Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima (čl. 15), Općoj deklaraciji o pravima čovjeka (čl. 11. st. 2.) i Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe (čl. 7.).<sup>207</sup> *Ratio legis* članka 7. Konvencije je zaštita od samovoljnog odnosno arbitrarnog suđenja i kažnjavanja

---

<sup>204</sup> Još je u antičkoj Grčkoj nastao pojam *isonomia* kao opreka arbitrarnoj vlasti tirana. Izvorno pojam opisuje uvjete koje je solon uspostavio u Ateni kada je "narodu dao ne toliko kontrolu nad javnim poslovima koliko sigurnost da će vladati na osnovi zakona usklađenih s poznatim propisima". U tom je smislu pojam *isonimia*, preuzet u engleskom pravu potkraj XVIII. stoljeća kao sinonim "jedakosti zakona za sve građane". Načelo zakonitosti, kao utjelovljenje praizvora načela vladavine prava, u razdoblju rimske republike, bilo je ograničeno na zabranu povratnog djelovanja zakona. Međutim, niti ta zabrana nije bila apsolutna. O tome svjedoči Ciceronova apologija povratnog djelovanja kaznenog zakona na ponašanja koja *tempore criminis* nisu bila određena kao kažnjiva, a predstavljala su ponašanja "kažnjiva po sebi" ili *mala in se*.

<sup>205</sup> Načelo zakonitosti je po prvi puta normativno određeno u članku 8. Deklaracije o pravima čovjeka i građanina iz 1789. godine, a ponovljeno je u francuskom Ustavu iz 1791. godine te u Code Penalu koji je stupio na snagu iste godine. Nakon toga, načelo zakonitosti postalo je dijelom Bavarskog kaznenog zakonika iz 1813. godine, a smatra se da je Feuerbach, inače tvorac toga zakona i njemački profesor kaznenoga prava, autor latinske maksime *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* koja se i danas koristi kao sinonim za načelo zakonitosti.

<sup>206</sup> O tome Beccarija, između ostalog, piše: "Žalosno je, ali istinito, da i dandanas Carpozvljevo mišljenje, neki stari običaj na koji ukazuje Clarus i mučenje koje je sa zajedljivom nasladom preporučio Farinacius, predstavljaju pravo što ih bez oklijevanja primjenjuju oni koji ne bi bez strepnje smjeli upravljati životima ljudi i njihovim dobrima.", BECCARIA 1978

<sup>207</sup> Izvori međunarodnoga prava, bez obzira na to je li riječ o konvencijskom pravu, međunarodnom običajnom pravu ili općim načelima međunarodnoga prava, kao i unutarnji pravni poreci priznaju načelo zakonitosti kaznenoga djela i kazne. Ono podrazumijeva da nema kaznenoga djela bez zakona (*nullum crimen sine lege*), nema kazne bez zakona (*nulla poena sine lege*) i da nema *ex post facto* primjene zakona.<sup>18</sup> Time je načelo zakonitosti i u međunarodnom kaznenom pravu našlo svoju primjenu kao nesprikosnoveno načelo zaštite pravne sigurnosti. Načelo zakonitosti u međunarodnom kaznenom pravu osobito je zanimljivo i s obzirom na obvezu prema *lex certa*. Opisi kaznenih djela u izvorima međunarodnoga kaznenoga prava nisu, naime, tako precizno određeni kao u katalozima inkriminacija unutarnjih kaznenopravnih poredaka. Osim toga, samo rijetki izvori međunarodnog kaznenoga prava sadrže tzv. opći dio u kojem se definira načelo zakonitosti, kao i ostala načela na kojima se temelji primjena tzv. posebnog dijela međunarodnog kaznenoga prava. Analiza izvora međunarodnoga kaznenoga prava (ukupno 274 konvencije koje sadrže kaznene elemente) potvrđuje da norme toga prava uglavnom ne udovoljavaju zahtjevu za određenošću zakonskih opisa i da je to problem koji u budućnosti treba riješiti s obzirom na položaj međunarodnog kaznenoga prava i njegovu izravnu primjenu u nacionalnim pravnim sustavima. V. o tome BASSIOUNI 2003.

odnosno suđenja i kažnjavanja za postupke koji u času počinjenja nisu predstavljali kazneno djelo. Zabranjeno je i izricanje kazne koja bi za počinitelja bila stroža od kazne koja je bila predviđena u trenutku počinjenja kaznenoga djela. U osnovi stavka 2. sadržan je zahtjev da bez obzira predstavljala li neko ponašanje kazneno djelo po unutarnjem pravu, ono podliježe kažnjivosti ako je u času počinjenja predstavljalo kazneno djelo prema „općim načelima prava priznatim od civiliziranih naroda”. Ova je odredba, gotovo doslovno izvedena iz članka 38. Statuta Međunarodnog suda pravde<sup>208</sup>, bila naznačena i u tokijskim odnosno nürnberškim načelima kada se sudilo pripadnicima poraženih vojski u drugom svjetskom ratu i to za postupke koji u trenutku počinjenja nisu predstavljali kvalificirana kaznena djela (npr. ratni zločini ili zločini protiv mira).<sup>209</sup> Kada je riječ o retroaktivnoj primjeni prava u predmetima s međunarodnim elementom valja se podsjetiti i Zakona o kažnjavanju nacista i njihovih suradnika kojeg je izraelski Knesset donio 1950. godine, dakle nekoliko godina nakon Nürnberga i na kojem se temeljila optužnica u predmetu protiv Adolfa Eichmanna. Zakon je propisivao kažnjivost, primjerice, zločina protiv čovječnosti, zločina protiv židovskog naroda itd. počinjenih na „neprijateljskom području“ (Njemačka odnosno okupirana područja) u razdoblju od 30. siječnja 1933. do 8. svibnja 1945. godine. Zakon se u velikoj mjeri razlikovao od nürnberškog prava utemeljenog na Londonskom sporazumu. Osim što je vremenska nadležnost izraelskih sudova proširena u odnosu na onu Međunarodnog vojnog tribunala u Nürnbergu i na razdoblje prije izbijanja drugog svjetskog rata, definicija „neprijateljske organizacije“ u tom je zakonu bila značajno šira od definicije kriminalne organizacije prema nürnberškom pravu. Prema izraelskom zakonu bilo je dovoljno dokazati da je optuženik bio član određene organizacije koja je postojala na području neprijateljske države i čija je svrha bila izvršenje ili pomaganje u izvršenju neprijateljskih akcija prema progonjenom stanovništvu. S druge strane obična pripadnost kriminalnoj organizaciji bez utvrđivanja aktivnog optuženikova doprinosa njezinu djelovanju nije bila dostatna za zasnivanje njegove kaznene odgovornost u Nürnbergu. Vrhovni sud Izraela u predmetu *Honigman v. Attorney-General* bez ustezanja je zaključio da je razmatranim zakonom prekršena zabrana *ex post facto* djelovanja zakona, ali da je to opravdano izvanrednim okolnostima zbog kojih je on i donesen:

„Razmatrani zakon je fundamentalno različit po svojim obilježjima, pravnim i moralnim načelima te po duhu u kojem je nastao, od svih ostalih zakona koji sadrže kaznena djela. Zakon je retroaktivan i eksteritorijalan, a njegova je svrha utemeljiti odgovornost za

---

<sup>208</sup> Prema članku 38. Statuta Međunarodnog suda pravde izvori međunarodnog prava su:

- a. međunarodne konvencije, bilo da su uopćene ili konkretne, kojim se uspostavljaju pravila koja države članice u sporu eksplicitno priznaju;
- b. međunarodni običaji, kao dokaz opće prakse koja se prihvaća kao zakon;
- c. opća načela prava priznata od civiliziranih država;
- d. ovisno o članku 59., sudske odluke i predavanja najkvalificiranijih znanstvenika, kao pomoćno sredstvo za određivanje zakonskih pravila.

<sup>209</sup> SAUTENET Crimes Against Humanity And The Principles Of Legality: What Could the Potential Offender Expect? [http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v7n1/sautenet71\\_text.html](http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v7n1/sautenet71_text.html)

kaznena djela koja nisu inače predviđena u kaznenom zakonodavstvu države Izrael, a koja su posljedica politike progona civilnog stanovništva od strane nacističkom režima. On je, osim toga, i mnogo stroži od ostalih kaznenih zakona. Što je tome razlog? Samo je jedan odgovor moguć: okolnosti pod kojima su zločini počinjeni bile su izvanredne, pa je stoga bilo jedino pravedno i primjereno da i zakon, primjeni i svrsi koju je zakonodavac imao u vidu donoseći ga, bude istako tako izvanredan kao i okolnosti zbog kojih je nastao.<sup>210</sup>

Europski sud za ljudska prava<sup>211</sup> je još u predmetima S.W. protiv Ujedinjenog kraljevstva i C.R. protiv Ujedinjenog kraljevstva iz 1995. godine<sup>212</sup> utvrdio da garancija sadržana u članku 7. predstavlja značajan element vladavine prava i ima prominentno mjesto u sustavu konvencijske zaštite što proizlazi iz činjenice da nije dopuštena derogacija ovoga članka, prema čl. 15., niti u doba rata ili druge izvanredne situacije.<sup>213</sup> Ta je odredba osigurač od arbitrarnog postupka, osude i kazne. Sud se poziva i na mišljenje iz predmeta Kokkinakis protiv Grčke iz 1993. godine<sup>214</sup> prema kojem članak 7. predstavlja utjelovljenje načela zakonitosti (nullum crimen nulla poena sine lege). Iz tih načela proizlazi da su kriteriji čl. 7. zadovoljeni ako pojedinac iz izričaja određene odredbe i, ukoliko je potrebno, uz pomoć sudskog tumačenja, može zaključiti koje ga radnje odnosno propusti čine kazneno odgovornim. Riječ „zakon” u čl. 7., kao i u cijeloj konvenciji, predstavlja pisano i nepisano pravo i implicira subjektivne kriterije procjene, osobito one dostupnosti i predvidivosti kaznenog progona i kažnjavanja.<sup>215</sup> Premda u Statutu MKSJ ne postoji odredba o načelu zakonitosti u Izvješću Glavnog tajnika navedeno je da “primjena načela nullum crimen sine lege nalaže da Međunarodni sud primjenjuje pravila međunarodnog humanitarnog prava koja su izvan svake sumnje postala dio običajnog prava, kako se ne bi pojavio problem da se samo neke, a ne sve države pridržavaju pojedinih konvencija.” U praksi MKSJ je potvrđeno da određena pravna norma mora predstavljati mjerodavno pravo u vrijeme počinjenja kaznenih djela za koja se optuženik tereti jer bi u suprotnom moglo doći do kršenja fundamentalnog načela prema kojem se materijalno kazneno pravo ne može primjenjivati retroaktivno.<sup>216</sup> Time je potvrđen običajni

---

<sup>210</sup> GREEN 1962

<sup>211</sup> PAVIŠIĆ 2006

<sup>212</sup> S.W. v. United Kingdom, 20166/92 od 22.11.1995. i C.R. v. United Kingdom, 20190/92

<sup>213</sup> „(1) U vrijeme rata ili drugog izvanrednog stanja koje ugrožava opstanak naroda svaka visoka ugovorna stranka može, u opsegu koji je strogo određen potrebama tih izvanradnih prilika, poduzeti mjere koje derogiraju njezine obveze iz ove Konvencije, uz uvjet da te mjere nisu nespojive s njezinim ostalim obvezama po međunarodnom pravu.

(2) Na temelju ove odredbe ne može se derogirati članak 2., osim za slučajeve smrti rouzročene zakonitim ratnim činima, niti članci 3., 4. (stavak 1.) i 7.

(3) Svaka visokoga ugovorna stranka koja se posluži tim pravom ukidanja svojih obveza mora glavnog tajnika Vijeća Europe obavijestiti o svim mjerama koje je poduzela i o razlozima zbog kojih je to učinila. Ona će također obavijestiti glavnog tajnika Vijeća Europe o prestanku djelovanja tih mjera i o ponovnoj primjeni svih odredaba konvencije.“

<sup>214</sup> Kokkinakis v. Greece, 14307/88 od 25.05.1993.

<sup>215</sup> Miloslavsky v. United Kingdom, 18139/91 od 13.07.1995.

<sup>216</sup> Stakić I, §412

status načela zakonitosti.<sup>217</sup> U nastavku slijedi kratki prikaz razmatranja Žalbenog vijeća u predmetu Tadić na osnovi kojih je donesen zaključak da je ZZP „čvrsto ukorijenjen u međunarodnom običajnom pravu“.

---

<sup>217</sup> Izdvojeno i suprotno mišljenje suca Cassesea na presudu Žalbenog vijeća u predmetu Erdemović, §11: „...kada se u kaznenom pravu primjenjuje praktično motivirani pristup, to se kosi s temeljnim običajnim načelom nullum crimen sine lege.“

## 2. Zajednički zločinački pothvat u praksi sudova nakon II. svjetskog rata

Žalbeno vijeće u predmetu Tadić svoju je tezu o „ukorijenjenosti ZZZP u međunarodnom običajnom pravu“ temeljilo, između ostalog, na sudskim postupcima vođenim nakon II. svjetskog rata u kojima je ZZZP prihvaćen kao jedan od oblika kaznene odgovornosti:

“Mnogi predmeti iz razdoblja nakon Drugog svjetskog rata koji se bave ratnim zločinima zasnivaju se na načelu da kad dvije ili više osoba djeluju zajednički u provođenju zajedničke kriminalne namjere, kaznena djela koja počini bilo tko od njih povlače za sobom kaznenu odgovornost svih članova grupe. Pažljivo iščitavanje relevantne sudske prakse pokazuje da, generalno govoreći, koncept zajedničke namjere obuhvaća tri različite kategorije kolektivnog kriminaliteta.”<sup>218</sup>

U razdoblju od kraja 1945. pa do kraja 1949. u Nürnbergu se vodilo 13 postupaka<sup>219</sup>, jedan pred Međunarodnim vojnim sudom, a ostali pred nacionalnim sudovima, odnosno sudovima okupacijskih snaga u Njemačkoj. Pravna osnova bio je Londonski sporazum i njemu pridruženi Statut Međunarodnog vojnog suda, te Zakon br. 10 Kontrolnog vijeća za Njemačku. Međunarodni vojni sud sudio je najistaknutijim vojnim i političkim čelnicima nacističke Njemačke.<sup>220</sup> U 12 tzv. malih ili sporednih nürnberških postupaka sudilo se pojedinim grupama okrivljenika, ovisno o njihovoj ulozi u nacističkoj vlasti. Temeljni pravni akt u tim postupcima bio je Kontrolni zakon vijeća br. 10. od 20. prosinca 1945. godine koji je stavio u nadležnost okupacijskim vlastima da sude osumnjičene ratne zločince u okviru svog područja nadležnosti. Postupci pred Vojnom komisijom SAD sa sjedištem u Nürnbergu trajali su od 9. prosinca 1946. godine do 13. travnja 1949. godine i u njima je osuđeno 142 optuženika od čega 24 na smrtnu kaznu. U nastavku slijedi kratki prikaz historijskih predmeta koje je MKSJ razmatrao u žalbenoj presudi u predmetu Tadić i na osnovi kojih je njegovo Žalbeno vijeće zaključilo da u međunarodnom običajnom pravu postoje tri oblika ZZZP. Prva dva predmeta čije razmatranje slijedi Žalbeno je vijeće MKSJ navelo kao dokaz postojanja sistemskog ZZZP u međunarodnom običajnom pravu, dok se druga tri predmeta odnose na tzv. prošireni ZZZP. Cilj suđenja protiv Martina Gottfrieda Weissa i dr. koje je poznatije pod nazivom „predmet Dachau“ iz 1945. godine bio osuditi osobe koje su uspostavile i vodile Dachau, prvi koncentracijski logor u Njemačkoj u kojem je od ožujka 1933. do travnja 1945. godine na različite okrutne načine ubijen velik broj osoba, uglavnom ruskih, poljskih i čeških civila. Premda se točan broj ubijenih osoba ne može sa sigurnošću utvrditi, prema nekim

---

<sup>218</sup> Tadić II, §195

<sup>219</sup> Pitanje načela zakonitosti pojavilo se i u Nürnberškom procesu kada je optužba optuženicima stavila na teret zavjeru (conspiracy) ne samo u poduzimanju agresivnog rata već i ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti. S obzirom da to kazneno djelo nije bilo propisano Poveljom, Tribunal je odbacio točku 1. optužnice i posvetio se samo utvrđivanju zavjere u poduzimanju agresivnog rata.

<sup>220</sup> HORVATIĆ i dr. 2002

procjenama čak je 160.000 osoba prošlo kroz taj logor smrti.<sup>221</sup> Od 40 optuženika, njih je 9 bilo na položaju zapovjednika logora ili zamjenika zapovjednika, dok su ostali optuženici bili stražari, medicinsko osoblje, tzv. „vođe logorskih blokova“ itd. U optužnici ih se tereti da su djelujući u provedbi zajedničke namjere počinjenja zločina svjesno i voljno pomagali, podržavali i sudjelovali u podvrgavanju civila i uhićenih ratnih zarobljenika država s kojima je Njemačka bila u ratu, okrutnostima i postupcima koji uključuju ubojstva, premlaćivanja, mučenja, izgladnjivanja, zlouporabe časti i ugleda i sl. Svih četrdeset optuženika je osuđeno od čega čak njih 36 na smrtnu kaznu koja je, kod trojice osuđenika, zamijenjena doživotnim zatvorom uz prisilni rad. Da bi dokazala teze iz optužnice, optužba je morala dokazati tri činjenice: a) da je u logoru postojao sustav zlostavljanja s ciljem počinjenja zločina koji se navodi u optužnici, b) da je optuženi bio svjestan tog sustava i c) da je svaki od optuženika, svojim postupcima ohrabrivao, pomagao, podržavao ili na drugi način sudjelovao u provedbi toga sustava. Pritom, je od suštinske važnosti položaj koji je svaki od optuženika obnašao u okviru logorske hijerarhije. Tako bi, ako se radi o, primjerice, zamjeniku zapovjednika kampa ili SS liječnicima, sama činjenica pozicije koju su imali unutar logorske hijerarhije bila dovoljna da ih se proglasi krivima. Ako se pak radi o nekim drugim osobama koje su u toj logorskoj hijerarhiji niže pozicionirane, npr. stražar, tada tužiteljstvo mora dokazati da je optuženik, koristeći svoj položaj koji nije nezakonit per se, sudjelovao u zlostavljanju logoraša i, time, u održavanju sustava zlostavljanja. U primjedbama na optužnicu, obrana je iznijela da “zajednička namjera” nije posebno kazneno djelo te da je taj izričaj neodređen jer ostavlja dvojbu optuženiku da li se tereti za zavjeru (conspiracy) ili ne. U odgovoru na prvu primjedbnu, sud je konstatirao da se optuženicima ne stavlja na teret “zajednička namjera” kao posebno kazneno djelo već kršenja zakona i običaja ratovanja sudjelovanjem u zajedničkoj namjeri zlostavljanja i ubijanja logoraša. Stajalište suda u pogledu druge primjedbe obrane nije sasvim jasno. Premda se na jednom mjestu konstatira da se definicija zajedničke namjere ne razlikuje od definicije zavjere što bi samo po sebi značilo da tužiteljstvo kod mora dokazati sve ono što i inače mora dokazati kod zavjere (postojanje sporazuma između optuženika), očito je da se od takvog pristupa odustalo iz jednostavnog razloga što tužiteljstvo faktički ne bi bilo u mogućnosti dokazati takvu zavjeru i to iz više razloga. Naime, u postupku nisu ponuđeni nikakvi dokazi o postojanju sporazuma između optuženika, a to je *condicio sine qua non* kaznenog djela zavjere. Osim toga, neki od optuženika nisu se međusobno niti poznavali niti su svi u isto vrijeme obnašali funkcije u logoru. Stoga je očito da je teret dokazivanja, premda na tužiteljstvu, bio daleko manji no što bi bio da je tužiteljstvo moralo dokazati postojanje zavjere. U predmetu protiv Otta Ohlendorfa i dr. koji je poznatiji pod nazivom „Einsatzgruppen“ pred američkim vojnim sudom sudilo se pripadnicima paravojnih jedinica pod kontrolom SS jedinica prije i tijekom II. svjetskog rata i čija ja glavna zadaća bila

---

<sup>221</sup> Trial of Martin Gottfried Weiss and Thirty-Nine Others, Law-Reports of Trials of War Criminals, The United Nations War Crimes Commission, Volume XI, London, HMSO, 1949, izv. <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/dachau.htm>

uništavanje Židova, Roma i političkih oponenta trećeg Reicha.<sup>222</sup> Skupina A djelovala je na području središnje Latvije, Litve i Estonije, skupina B oko Moskve, a skupina C i D u Ukrajini i kasnije u području Kavkaza. Prema procjenama iz arhiva same skupine, ona je odgovorna za smrt više od milijun ljudi. Povjesničar Hilber procjenjuje da je u razdoblju od 1941. do 1945. godine pripadnici odreda smrti ubili oko milijun i pol Židova. Iz tzv. Jagerovog izvješća o operaciji Einsatzkommando 3 u Litvi je u pet mjeseci ubijeno gotovo 140.000 civila čime je, prema riječima zapovjednika jedinice Karla Jagera, riješeno pitanje Židova u Litvi. Kazneni postupak u predmetu Einsatzgruppen smatra se najvećim postupkom zbog masovnih ubijanja u novijoj svjetskoj povijesti. Ono što taj postupak čini različitim od ostalih postupaka u okviru tzv. malih nürnberških procesa je u tome da optuženici, prema riječima optužbe, „nisu optuženi zbog kabinetskog stvaranja planova o masovnom ubijanju već zbog njihova aktivnog sudjelovanja u provedbi tih planova izravno na terenu kroz nadzor, usmjeravanje i preuzimanje aktivne uloge u krvavoj žetvi.“ Optuženicima u predmetu Einsatzgruppen je stavljeno na teret sudjelovanje u zajedničkom planu:

...osnovno je načelo da niti prema Zakonu br. 10 Kontrolnog vijeća, niti prema bilo kojem poznatom sistemu kaznenog prava krivnja za ubojstvo nije ograničena na čovjeka koji povuče obarač ili zakopa leš. U skladu s priznatim principima koji su zajednički svim civiliziranim pravnim sustavima, stavak 2 članka II Zakona br. 10 Kontrolnog vijeća određuje više vrsta veza sa zločinom koje su dovoljne da se ustanovi krivnja. Prema tome, nisu krivi samo glavni počinitelji nego i sudionici, oni koji s pristankom sudjeluju u počinjenju zločina ili su povezani s planovima i poduhvatima povezanim sa počinjenjem, ili oni koji naredbe ili podrže zločin, i oni koji pripadaju organizaciji ili grupi uključenoj u počinjenje zločina. Ove odredbe ne otjelovljuju nikakva drakonska ili nova načela kaznene odgovornosti.”<sup>223</sup>

U predmetu protiv Ericha Heyera i dr. koji je u literaturi poznatiji pod nazivom Essenski linč ili Essen West<sup>224</sup>, britanski vojni sud sudio je kapetanu Heyeru, jednom njemačkom vojniku i petorici civila zbog ubojstva trojice britanskih ratnih zarobljenika. Suđenje je održano u njemačkom gradu Essenu u prosincu 1945. godine. Optuženi Heyer je 13. prosinca 1944. godine trojicu zarobljenih britanskih pilota predao u pratnju u kojoj je, između ostalih, bio i jedan od optuženih Koenen. Pratnja je zarobljenike trebala odvesti u Luftwaffe jedinicu na ispitivanje. Nakon što je predao vojnike u pratnju, Heyer je zapovjedio pratnji da se ne miješa ako civili eventualno napadnu ili počnu zlostavljati ratne zarobljenike. U postupku je dokazano da je ta zapovijed izdana vrlo glasno tako da su okupljeni civili koji su u konačnici i izvršili linč nad ratnim zarobljenicima to jasno mogli čuti. U presudi je izložen tijek događanja nakon izdavanja Heyerove zapovijedi:

---

<sup>222</sup> United States v. Otto Ohlendorf et al. izv.:

[http://www.ess.uwe.ac.uk/genocide/einsatzgruppen\\_case\\_index\\_page.htm](http://www.ess.uwe.ac.uk/genocide/einsatzgruppen_case_index_page.htm)

<sup>223</sup> Ibid.

<sup>224</sup> Trial of Erich Heyer and Six Others, Law-Reports of Trials of War Criminals, The United Nations War Crimes Commission, Volume I, London, HMSO, 1947, izv. <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/essen.htm>



“dok su ratni zarobljenici vođeni jednom od glavnih ulica u Essenu, svjetina oko njih postajala je sve veća i počela ih je udarati i bacati palice i kamenje na njih. Jedan neidentificirani njemački desetar čak je pucao iz revolvera na jednog zarobljenika i ranio ga u glavu. Kad su došli na most, piloti su na kraju bačeni preko ograde. Jedan od njih je poginuo prilikom pada. Drugi su ostali živi nakon pada ali ih je vatrenim oružjem ubila svjetina okupljena u blizini mosta.”<sup>225</sup>

Saveznički vojni sud je proglasio krivim Ericha Heyera i osudio ga na smrt vješanjem. Koenen je također proglašen krivim i osuđen na kaznu zatvora u trajanju od pet godina. Od petorice optuženih civila sud je trojicu proglasio krivima<sup>226</sup> dok je dvojicu oslobodio optužbe zbog nedostatka dokaza. Vrlo slično činjenično stanje bilo je u predmetu Kurt Goebell i dr. poznatije pod nazivom „otok Borkum“.<sup>227</sup> Postupak protiv Kurta Goebella i dr. proveden je pred američkim vojnim sudom (zapravo je bila riječ o vojnoj komisiji) u njemačkom gradu Ludwigsburgu od 6. veljače do 22. ožujka 1946. godine. Nekoliko viših časnika, vojnici, gradonačelnik Borkuma, policajci, jedan civil i vođa Radne službe Reicha optuženi su za „svjesno, namjerno i protupravno ohrabivanje, pomaganje, podržavanje i sudjelovanje u ubojstvu“ sedmorice američkih vojnih pilota koji su 4. kolovoza 1944. prisilno sletjeli na otok Borkum na sjeverozapadu Njemačke. Nakon zarobljavanja, piloti su bili prisiljeni proći kroz grad gdje su ih zlostavljali pripadnici Radne službe Reicha i civili. Vojnici iz pratnje ne samo da nisu zaštitili vojne zarobljenike već su vlastitim postupcima poticali civile na zlostavljanja u kojima su i samo djelomično sudjelovali. Kada su došli do gradske vijećnice, ratne su zarobljenike vojnici ubili iz vatrenog oružja. Tužitelj je u postupku konstatirao da su optuženici bili “zupčanici u kotaču zajedničkog plana, svaki od njih jednako važan, svaki zupčanik obavljao je njemu dodijeljenu ulogu, a kotač masovnog ubojstva nije se mogao okretati bez svih zupčanika”.<sup>228</sup> Od ukupno 16 optuženika samo je jedan oslobođen optužbe dok su svi ostali proglašeni krivima i osuđeni na smrt i dugotrajne zatvorske kazne. U tzv. talijanskim predmetima na koje se također poziva Žalbeno vijeće u predmetu Tadić sudilo se pripadnicima oružanih snaga tzv. Repubblica Sociale Italiana koju je Njemačka stavila pod svoju kontrolu nakon što je Italija objavila rat Njemačkoj u listopadu 1943. godine. U postupku D’Ottavio i dr. naoružani civili protupravno su progonili dvojicu ratnih zarobljenika koji su pobjegli iz koncentracijskog logora. Jedan pripadnik grupe pucao je na zarobljenike bez namjere da ih ubije, ali jedan je zarobljenik ranjen i kao rezultat toga je kasnije umro. Prvostupanjski sud je smatrao da su svi pripadnici grupe odgovorni ne samo za “protupravno oduzimanje slobode” (sequestro di persona) već i za prouzročenje smrti iz nehaja (omicidio preterintenzionale). Kasacijski sud je u ožujku 1947. godine to potvrdio navodeći kod te vrste kaznene odgovornosti mora postojati ne samo materijalno

---

<sup>225</sup> Ibid.

<sup>226</sup> Johann Braschoss je osuđen na smrt vješanjem, Karl Kaufer na doživotni zatvor, a Hugo Boddenberg na kaznu zatvora u trajanju od deset godina.

<sup>227</sup> KOESSLER 1956-1957

<sup>228</sup> Tadić II, §210

važni, nego i psihološki “uzročni neksus” između rezultata kojeg su svi pripadnici grupe namjeravali postići i različitih djela koja su počinili pojedini pripadnici grupe. Sud je zatim istaknuo da:

“...doista, odgovornost sudionika (concorrente) nije zasnovana na konceptu objektivne odgovornosti nego na fundamentalnom načelu stjecaja međuzavisnih uzroka; kao rezultat tog načela, svi sudionici odgovorni su za zločin i kada ga izravno uzrokuju i kada ga neizravno uzrokuju, u skladu s dobro poznatim kanonom *causa causae est cause causati*.”<sup>229</sup>

Sud je nadalje utvrdio kako je u konkretnom slučaju postojala:

“psihološka uzročnost, budući da su svi sudionici imali namjeru počinuti i znanje o stvarnom počinjenju pokušaja protupravnog ograničavanja slobode, i predvidjeli su moguće počinjenje različitog kaznenog djela. To predviđanje (*previsione*) nužno slijedi iz upotrebe oružja: predvidivo je (*dovendo prevedersi*) da bi jedan od sudionika mogao pucati na bjegunce kako bi ostvario zajedničku namjeru (*lo scopo comune*) njihovog hvatanja.”<sup>230</sup>

---

<sup>229</sup> Ibid. §215

<sup>230</sup> Ibid.

### 3. Zajednički zločinački pothvat u međunarodnim ugovorima

Žalbeno vijeće u predmetu Tadić je istaknulo da, osim spomenute sudske prakse, koncept zajedničkog plana potvrđuju i barem dva međunarodna ugovora - Međunarodna konvencija o suzbijanju terorističkih napada eksplozivnim napravama iz 1997. godine i Rimski statut Međunarodnog kaznenog suda iz 1998. godine. Prema članku 2(3)c Međunarodne konvencije o suzbijanju terorističkih napada eksplozivnim napravama počiniteljem kaznenog djela iz konvencijskog kataloga smatrat će se osoba koja „na bilo koji drugi način pridonese počinjenju jednog ili više kaznenih djela navedenih u stavku 1. ili 2., od skupine osoba koje djeluju iz zajedničkih interesa; takav doprinos će biti namjeran, pružen u cilju nastavljanja opće kriminalne aktivnosti skupine i postizanja njezinih ciljeva ili uz poznavanje namjere skupine da počini kazneno djelo ili kaznena djela o kojima je riječ.“<sup>231</sup> Premda je u žalbenoj presudi istaknuto da „pregovarački proces ne baca nikakvo svjetlo na razloge u pozadini usvajanja ovog teksta“ vijeće je zaključilo kako je konvencija značajna jer „potvrđuje koncept zajedničke zločinačke namjere kao nešto različito od pomaganja i podržavanja“. Premda konvencija u to vrijeme nije bila na snazi<sup>232</sup> Žalbeno vijeće je istaknulo da se „ne smije podcijeniti činjenica da su je sve članice Opće skupštine usvojile konsenzusom te se stoga može smatrati da predstavlja značajan dokaz o pravnim pogledima velikog broja država.“<sup>233</sup> Drugi međunarodni ugovor kojeg je Žalbeno vijeće navelo u prilog tezi o ukorijenjenosti ZZZP u međunarodnom običajnom pravu je Statut Međunarodnog kaznenog suda usvojen na diplomatskoj konferenciji u Rimu 1998. godine. Prema članku 25. stavku 3(d) Statuta osobno je kazneno odgovoran za kaznena djela iz nadležnosti Tribunala svatko „tko na bilo koji drugi način doprinosi počinjenju ili pokušaju takvog kaznenog djela od strane skupine osoba koje djeluju sa zajedničkim ciljem.“ Takav doprinos mora biti namjeran i mora biti:

- (i) učinjen u cilju promicanja kažnjive djelatnosti ili kažnjivog plana skupine koji uključuje počinjenje kaznenih djela iz nadležnosti Suda ili
- (ii) učinjen uz poznavanje plana grupe da počini takvo kazneno djelo.“<sup>234</sup>

Žalbeno vijeće MKSJ u predmetu Tadić prihvatilo je ocjenu o „pravnoj težini“ Rimskog statuta premda on u to vrijeme još nije stupio na snagu:

---

<sup>231</sup> International Convention for Suppression of Terrorist Bombings, New York, 12 January 1998, izv. [http://www.unodc.org/unodc/terrorism\\_convention\\_terrorist\\_bombing.html](http://www.unodc.org/unodc/terrorism_convention_terrorist_bombing.html), Zakon o potvrđivanju Međunarodne konvencije za suzbijanje terorističkih napada eksplozivnim napravama, Narodne novine, Međunarodni ugovori br. 3/2005. od 20.04.2005.

<sup>232</sup> WIDELL 2005, izv. <http://www.serbianna.com/columns/widell/003.html>

<sup>233</sup> Tadić II, §221

<sup>234</sup> Rome Statute of the International Criminal Court, izv. <http://www.un.org/law/icc/statute/rome.htm>, Zakon o potvrđivanju Rimskog statuta Međunarodnoga kaznenog suda, Narodne novine, Međunarodni ugovori br. 5/2001. od 27.04.2001.

“Tamo je raspravno vijeće istaknulo da je Statut još uvijek neobavezujući međunarodni ugovor jer još nije stupio na snagu. No on ipak posjeduje značajnu pravnu vrijednost. Statut je usvojila golema većina država koje su prisustvovala Rimskoj diplomatskoj konferenciji i u značajnoj mjeri ga je potvrdio Šesti odbor Opće skupštine Ujedinjenih naroda. To pokazuje da tekst podržava veliki broj država i može se uzeti da on predstavlja pravno stajalište, to jest opinio juris tih država.”<sup>235</sup>

---

<sup>235</sup> Tadić II, §223

#### 4. Zajednički zločinački pothvat u poredbenom pravu

Žalbena vijeće u predmetu Tadić konstatiralo je da je “doktrina djelovanja u provođenju zajedničke namjere ukorijenjena u nacionalnom pravu mnogih država”:

“Neke države drže se načela da, kad više osoba sudjeluje u zajedničkoj namjeri ili zajedničkom planu, sve su one odgovorne za zločinačko postupanje koje iz toga proistekne, bez obzira na stupanj ili oblik njihovog sudjelovanja uz uvjet da su sve imale namjeru počinuti kazneno djelo predviđeno zajedničkom namjerom. Ako jedan o sudionika počinu kazneno djelo koje nije predviđeno zajedničkom namjerom, samo će on biti kazneno odgovoran za to kazneno djelo“.<sup>236</sup>

Kao primjer država u kojima supočinitelj ne odgovara za eksces drugih supočinitelja u presudi se navode Njemačka i Nizozemska. S druge strane postoje i one države koje se „također drže načela da, kada više osoba sudjeluje u zajedničkoj zamisli ili zajedničkom planu da se počinu kazneno djelo, sve kazneno dogovaraju za to kazneno djelo bez obzira na ulogu koju je svaka od njih odigrala“. Međutim, u tim državama ako jedna od osoba:

„koja sudjeluje u zajedničkom zločinačkom planu ili poduhvatu počinu neko drugo kazneno djelo koje je izvan zajedničkog plana, ali ipak predvidivo, te osobe su u potpunosti odgovorne i za to kazneno djelo.“<sup>237</sup>

Države u kojima je koncept zajedničke zločinačke namjere prihvaćen u najširem obliku su Francuska, Italija te common law sustavi kao što su Engleska, Wales, Kanada, SAD, Australija i Zambija. Listi koju je utvrdilo Žalbena vijeće mogli bismo uputiti barem dva prigovora. Prvo, na nju nisu uvrštene neke države u kojima je ZZP dio pozitivnoga prava kao što su, primjerice, Južna Afrika, Nigerija i Indija. U tim državama elementi ZZP su ugrađeni u institut „zajedničkog cilja“ (common purpose) odnosno „zajedničke namjere (common intention). Vjerojatan razlog izostavljanju tih država, u prvom redu Južne Afrike, s liste jest rasprava koja se već niz godina, a osobito nakon ukidanja režima apartheida, u toj državi vodi u vezi osnovanosti zadržavanja instituta u nacionalnom pravu. Razlog debatama koje indiciraju dvojbenu ustavnost toga instituta su neke presude u kojima je došlo do neprimjerene ekstenzije instituta koja je suprotna načelu krivnje.<sup>238</sup> Te su presude potaknule živu raspravu o tome je li pravilo „zajedničkog cilja“ (common purpose) kojim se postupci jedne osobe uračunavaju

<sup>236</sup> Ibid. §224

<sup>237</sup> Ibid.

<sup>238</sup> Presudom u predmetu S v. Mgedezi iz 1989. godine doktrina „zajedničke svrhe“ proširena je i na osobe koje nisu zaključile preddeliktni sporazum (prior agreement) o njegovu počinjenju ali su se aktivno i s namjerom uključile (active association) u kriminalni događaj. Da bi optuženik bio proglašen krivim po osnovi proširene doktrine „zajedničke svrhe“ tužiteljstvo mora dokazati: a) da je optuženik bio nazočan na mjestu počinjenja djela; b) da je bio svjestan napada; c) da je postupao s namjerom doprinijeti zajedničkom cilju zajedno s onima koji sudjeluju u napadu i d) da je svojim postupcima iz kojih proizlazi da je imao namjeru aktivno se uključiti u napad pokazao da dijeli zajednički cilj s napadačima.

(imputiraju) drugoj osobi bez utvrđivanja je li i ta druga osoba svojim postupcima prouzročila zabranjenu posljedicu u skladu s ustavno zajamčenim načelom presumpcije okrivljenikove nevinosti.<sup>239</sup> Drugi prigovor listi koju je sastavilo Žalbena vijeće u predmetu Tadić odnosi se na konstataciju da se radi o državama u kojima je „koncept zajedničke zločinačke namjere prihvaćen u najširem obliku“. Sasvim suprotno, u tim državama traje živa rasprava oko pitanja u kojoj je mjeri koncept ZZP usklađen s načelom krivnje. U tom je smislu apsolutno neutemeljena tvrdnja da u jednom pravnom sustavu koji se navodi na listi, a to je kanadski u kojem je Vrhovni sud odlukom u predmetu R. v. Logan iz 1990. godine oblik doktrine ZZP proglasio neustavnim<sup>240</sup>, „koncept zajedničke zločinačke namjere prihvaćen u najširem obliku“. Također i u drugim državama na koje se sud poziva sudska praksa nije jedinstvena oko primjene koncepta koji sadržajno odgovaraju proširenom ZZP.<sup>241</sup> To je, međutim, samo jedan od prečaca (shortcut) kojim se Žalbena vijeće u predmetu Tadić poslužilo kako bi proglasilo krivim optuženika za kojeg nije bilo dokaza da je osobno počinio kazneno djelo koje mu se stavlja na teret. Bez obzira na razlike u sadržaju instituta poredbenog prava koji se u većoj ili manjoj mjeri podudaraju s teorijom ZZP, iz presude Raspravnog vijeća u predmetu Tadić dalo bi se zaključiti da nacionalna zakonodavstva u kojima je detektiran neki od oblika ZZP nisu uzeta u obzir kod razmatranja ukorijenjenosti toga instituta u međunarodnom običajnom pravu. Naime, vijeće je *expressis verbis* relativiziralo činjenicu da je ZZP pozitivnopravni institut u nekim kaznenim zakonodavstvima:

“Trebalo naglasiti da spominjanje nacionalnog zakonodavstva i sudske prakse služi samo da bi se pokazalo da koncept zajedničke namjere prihvaćen u međunarodnom kaznenom pravu ima temelja u mnogim nacionalnim sustavima. Upravo suprotno, u području o kojem raspravljamo, nacionalno zakonodavstvo i sudska praksa ne mogu prema doktrini o općim pravnim načelima priznatim od strane civiliziranih naroda poslužiti kao izvor međunarodnih načela i pravila: da bi se time smjeli poslužiti, bilo bi nužno pokazati da je većina, ako ne i sve, država usvojila isti koncept zajedničke namjere. Konkretno, trebalo bi pokazati da, u svakom slučaju, glavni pravni sistemi svijeta ovom konceptu prilaze na isti način. Navedeni kratki pregled pokazuje da to nije slučaj. Osim toga, pozivanje na nacionalno pravo u ovom slučaju ne može imati doseg i značaj koji je u općim crtama naznačio Glavni tajnik u svom Izvještaju, gdje se ističe da “je bilo sugestija da Međunarodni sud mora primjenjivati domaće pravo u onoj mjeri u kojoj ono inkorporira međunarodno običajno humanitarno pravo.” U području koje razmatramo, domaće pravo ne izvire iz provedbe međunarodnog prava već teče paralelno, i s njim prethodi međunarodnoj regulativi.”<sup>242</sup>

Unatoč toj rezervi, čini se da je nacionalno zakonodavstvo u daleko većoj mjeri utjecalo na uvođenje teorije ZZP u praksu MKSJ no što je to Žalbena vijeće u

<sup>239</sup> BURCHELL 1997

<sup>240</sup> U drugostupanjskoj presudi u predmetu Tadić taj se podatak spominje u fusnoti i ne pridaje mu se veće značenje. Za kritiku v. SCHABAS 2002-2003

<sup>241</sup> Npr. u SAD sudovi su uglavnom odbacili primjenu prijeporne Pinkertonove doktrine kod utvrđivanja odgovornosti zavjerenika (conspirators) zbog njezine neusklađenosti s načelom krivnje.

<sup>242</sup> Tadić II, §225

predmetu Tadić bilo spremno priznati. Premda je vrlo mali broj država u svijetu čija zakonodavstva predviđaju neki od oblika odgovornosti koji su suštinski slični teoriji ZZP, njihov je utjecaj na globalna svjetska zbivanja obrnuto razmjern njihovom broju. Uostalom radi se o državama (SAD, Velika Britanija) koje su kroz suđenja nakon II. svjetskog rata značajno utjecale na to da se međunarodno kazneno pravo u značajnoj mjeri modelira po obrascu common law sustava. Naposljetku, u Žalbenom vijeću u predmetu Tadić dvoje od pet članova vijeća bili su suci koji dolaze iz država u kojima je ZZP u određenom obliku dijelom pozitivnog prava. Njima je, u većoj mjeri no ostalim članovima vijeća, bilo lakše shvatiti i prihvatiti koncept koji, u sličnom obliku, postoji i u pravnim kulturama iz kojih dolaze. S obzirom na to da je nacionalno pravo imalo mnogo veću ulogu u prihvaćanju teorije ZZP no što se to iz presude Žalbenog vijeća u predmetu Tadić može zaključiti, a imajući u vidu da nacionalna zakonodavstva koja su u presudi spomenuta ne čine koherentni pravni sustav koji implicira i koherentnu sudsku praksu, u pravu su autori koji smatraju da je pravno nekorektno (legally incorrect) bilo dopustiti njihov utjecaj u formuliranju teorije ZZP, osobito njezine proširene varijante.<sup>243</sup>

---

<sup>243</sup> ENGVALL 2005, 28

## 5. Rasprava

Za razliku od ocjene Žalbenog vijeća u predmetu Tadić da je predmet Essenski linč primjer za prošireni ZZP, analiza svih činjenica i okolnosti toga slučaja upućuje na zaključak da je malo dokaza za takvu tvrdnju. Naime, optuženici su djelovali u skladu sa zajedničkom namjerom koja je bila upravljena zlostavljanju ratnih zarobljenika koje je uključivalo i barem neizravnu namjeru na njihovo usmrćivanje. Ratni su zarobljenici ubijeni nakon što je zapovjednik na to potaknuo svoje podređene. Nema apsolutno nikakvih dokaza da bi se u tom slučaju radilo o posljedici koja izlazi izvan okvira zajedničke namjere svih supočinitelja. Sasvim suprotno, smrt ratnih zarobljenika je posljedica djelovanja skupine u realizaciji zajedničke namjere<sup>244</sup> i sasvim je u okvirima supočiniteljskog sporazuma. Osim toga, argument tužiteljstva da u konkretnom slučaju nije potrebno dokazati namjeru optuženika za ubojstvo već za lakše kazneno djelo ubojstva iz nehaja ne može biti presedan za snižavanje kriterija krivnje kod sudjelovanja u ZZP i počinjenja teških kaznenih djela kod kojih je taj element vrlo složen (npr. genocid, v. razmatranje pod ZZP i načelo krivnje). Konačno, s obzirom da u tom predmetu nije imenovan pravni savjetnik suda, nema dokaza da je sud odluku o krivnji optuženika utemeljio na teoriji ZZP.<sup>245</sup> Kada je riječ o predmetu otok Borkum, iz presude se jasno može nazrijeti da je sud, vodeći računa o stvarnom doprinosu svakog od optuženika zbog čega je neke od njih osudio za ubojstvo i napad, a neke samo za napad, zapravo odbacio konstrukciju ZZP koju je tužiteljstvo, premda koristeći drugačiju terminologiju, očito neuspješno pokušalo dokazati. Da je sud uvažio teze tužiteljstva tada bi svi optuženici, kao sudionici ZZP, bili jednako kazneno odgovorni za kaznena djela koja su “prirodne i predvidive posljedice ZZP.”<sup>246</sup> U tome se i ogleda kontradikcija u pravnom rezoniranju Žalbenog vijeća u predmetu Tadić u kojem se konstatira kako je “opravdano pretpostaviti da je sud potvrdio doktrinu zajedničkog plana, ali u različitom obliku, jer je neke branjenike proglasio krivim i po optužbama za lišavanje života i po optužbama za napad dok su drugi

---

<sup>244</sup> Predmeti Essenski linč i otok Borkum čisti su primjeri osnovnog ZZP kod kojeg kod svih sudionika postoji zajednička namjera na počinjenje konkretnog kaznenog djela. Na formiranje te namjere odlučujuće je djelovala službena politika nacističke stranke koja je kroz svoja službena glasila javno pozivala na linč zarobljenih savezničkih vojnika u znak odmazde zbog savezničkog bombardiranja njemačkih gradova. U tim se porukama govori o “barbarskom i ciničnom karakteru terorističkih napada čije počinitelje od njemačkog naroda ne smije štiti njemačka vojska niti policija.” Stoga se u predmetima u kojima je “narod uzeo pravdu u svoje ruke” ne može govoriti o ubojstvima ratnih zarobljenika kao predvidivim ekscesima već o zločinima počinjenim u okviru realizacije zajedničke namjere. Tako i ENGVALL 2005.; DANNER-MARTINEZ 2005; HAAN 2005

<sup>245</sup> ENGVALL 2005, 21

<sup>246</sup> Osim toga nije jasno na čemu je Žalbena vijeće u predmetu Tadić utemeljilo svoju odluku da predmet otok Borkum svrsta u treću kategoriju ZZP kada je i samo priznalo da je tužitelj u tom predmetu „čvrsto iznio prijedlog doktrine zajedničke namjere koja pretpostavlja da su svi sudionici u zajedničkoj namjeri imali istu zločinačku namjeru, to jest, da počine ubojstvo. Drugim riječima, tužitelj se se priklonio doktrini zajedničke nakane spomenutoj gore u vezi sa prvom kategorijom predmeta.” Tadić II §211



proglašeni krivim samo za napad.”<sup>247</sup> Niti u ovom slučaju Žalbeno vijeće nije ponudilo jasne dokaze da je vojni sud presudu utemeljio na konstrukciji ZZP. Umjesto pravih dokaza ono je ponudilo pretpostavke i čistu hipotetiku:

“Iz ovog predmeta može se izvući zaključak da su svi oni optuženi koji su proglašeni krivim smatrani odgovornim za provođenje zajedničkog zločinačkog plana, a namjera je bila da se napadnu ratni zarobljenici. Međutim, neki od njih su također proglašeni krivim za ubojstvo čak i kad nije bilo dokaza da su oni doista ubili zarobljenike. Može se pretpostaviti da je to učinjeno na osnovi toga što su optuženi bili u položaju, bilo zbog svog statusa, uloge ili ponašanja, predvidjeti da će taj napad dovesti do ubijanja žrtava od strane nekih od sudionika u napadu.”<sup>248</sup>

Razmatrani slučaj D’Ottavio zapravo je jedini postupak u kojem je sud (i to nacionalni) optuženike proglasio krivima zbog kaznenog djela počinjenog u okviru proširenog ZZP.<sup>249</sup> Međutim, i ovdje valja napomenuti da sudska praksa talijanskog Kasacijskog suda nakon II. svjetskog rata nije bila konzistentna. Tako je, primjerice, taj sud u kasnijem predmetu Aratano i dr. ukinuo presudu prvostupanjskog suda kojom su svi optuženici, inače pripadnici milicije RSI proglašeni krivim za ubojstvo. Naime, radilo se o tome da je prilikom pokušaja uhićenja nekolicine partizana jedan od optuženika, kako bi ih zaplašio, ispalio nekoliko hitaca u zrak nakon čega je došlo do otvaranja uzajamne vatre u kojoj je ubijen jedan od partizana. Prema stajalištu Kasacijskog suda, budući da je i prvostupanjski sud zaključio da pripadnici milicije nisu namjeravali ubiti partizane:

“...bilo je jasno da je ubojstvo jednog od partizana bilo nenamjeravani događaj (evento non voluto) i da se prema tome ne može pripisati svim sudionicima: kazneno djelo koje je počinjeno bilo je teže od onoga koje je namjeravano i potrebno je pribjeći drugim kategorijama od kategorije namjernog ubojstva. Ovaj Vrhovni sud već je imao priliku izreći taj isti princip, i primijetio je da je, da bi se neka osoba mogla smatrati odgovornom za ubojstvo počinjeno tijekom operacije čišćenja koju provodi više osoba, nužno ustanoviti da je, sudjelovanjem u toj operaciji, došlo i do namjerne aktivnosti vezane za lišavanje života (fosse stata spiegata un’attività volontaria in relazione anche all’omicidio).”<sup>250</sup>

A contrario, bez poduzimanja namjerne aktivnosti vezane za ubojstvo, nije moguće zasnovati kaznenu odgovornost optuženika za to kazneno djelo. To je sasvim suprotno od mentalnog elementa proširenog ZZP koji se sastoji u objektivnoj kategoriji predvidivosti (forseeability) posljedice kao prirodne i razumne. Na kraju ovih razmatranja mogli bismo zaključiti da je neuvjerljiva teza Žalbenog vijeća u predmetu Tadić da je ZZP (uključujući i njegovu proširenu varijantu) nedvojbeno dijelom međunarodnog običajnog prava zbog njegova korištenja u jurisprudenciji sudova nakon II. svjetskog rata. Niti u jednom od

---

<sup>247</sup> Ibid. §212

<sup>248</sup> Ibid. §213

<sup>249</sup> Tako i ENGVALL L., 2005.; DANNER-MARTINEZ, 2005; HAAN V., 196 (2005)

<sup>250</sup> Tadić II, §216

predmeta koji su, prema shvaćanju Žalbenog vijeća, primjeri za prošireni ZZP, nema dokaza da je sud utemeljio presudu na toj pravnoj konstrukciji. Fragmentarno citiranje optužnica u kojima se, istina, spominje zajednički plan i formuliranje pretpostavki o tome da li je i na koji način sud uvažio te teze optužbe ni u kojem slučaju nisu dostatni da bi se, kao što je to naveo Glavni tajnik UN u Izvješću sukladno paragrafu 2 rezolucije 808 Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda, utvrdilo da je teorija ZZP u vrijeme počinjenja kaznenih djela koja se optuženicima pred MKSJ stavljaju na teret "izvan svake sumnje bila dijelom običajnog prava". Ukratko, samo jedna presuda nacionalnog suda (!?) u razdoblju nakon II. svjetskog rata u kojoj je sud krivnju optuženika utemeljio na nečemu što je slično konceptu proširenog ZZP nije i ne može biti nedvojben dokaz "ukorijenjenosti ZZP u međunarodnom običajnom pravu". Valja se u tom smislu složiti s brojnim autorima koji smatraju da čvrsta pravna osnova proširenog ZZP u međunarodnom kaznenom pravu koju je MKSJ našao u sudskoj praksi nakon II. svjetskog rata ne postoji.<sup>251</sup> U predmetu Tadić MKSJ je u prilog tezi o "čvrstoj ukorijenjenosti teorije ZZP u međunarodnom običajnom pravu" naveo i dvije međunarodne konvencije – Međunarodnu konvenciju o suzbijanju terorističkih napada eksplozivnim napravama i Rimski Statut MKS. Međunarodna konvencija o suzbijanju terorističkih napada eksplozivnim napravama donesena neposredno nakon terorističkih napada na veleposlanstva SAD u Keniji i Tanzaniji. U izvješću iz rujna 1996. godine Glavni tajnik Ujedinjenih naroda istaknuo je nužnost razmatranja onih područja koja nisu pokrivena sektorskim antiterorističkim konvencijama. Ta su područja: terorističko bombardiranje, financiranje terorizma, trgovina oružjem, pranje novca, razmjena informacija o osobama i organizacijama osumnjičenim za terorizam, krivotvorenje putnih dokumenata, tehnička suradnja u provedbi protuterorističkih mjera itd. Prema navodima glavnog tajnika, pozornost zaslužuje i razrada mjera za sprječavanje uporabe oružja za masovno uništenje te uporabe suvremene informatičke tehnologije od strane terorista. Na osnovi toga izvješća Opća skupština Ujedinjenih naroda rezolucijom 51/210 osnovala je Ad hoc odbor za izradu nacrtu međunarodne konvencije za suzbijanje terorističkih napada eksplozivnim napravama i naknadno međunarodne konvencije za suzbijanje akata nuklearnog terorizma. Prvi nacrt o kojem je u odboru provedena rasprava podnijela je, u ime Grupe sedmorice i Rusije, Francuska. Pregovori u vezi konačnog teksta konvencije okončani su u prosincu 1997. godine njezinim usvajanjem od strane Opće skupštine Ujedinjenih naroda. Glavne novosti sadržane u konvenciji koje su, između ostalog, olakšale kasnije pregovore u vezi teksta Međunarodne konvencije o sprječavanju financiranja terorizma i Međunarodne konvencije za suzbijanje akata nuklearnog terorizma odnose se na ekstenzivnu definiciju „eksplozivne ili druge smrtonosne naprave“ kojom nisu obuhvaćene samo bombe već i različite vrste nekonvencionalnih eksplozivnih naprava ručne izrade kojima se uglavnom služe terorističke skupine u izvođenju napada. Za razliku od prethodnih sektorskih konvencija, Međunarodna konvencija za suzbijanje terorističkih napada eksplozivnim napravama proširila je i kažnjivost u pogledu kruga potencijalnih meta terorističkih napada na sve vladine

---

<sup>251</sup> Tako i ENGVALL 2005.; DANNER-MARTINEZ 2005; HAAN 2005; DARCY 2004-2005

infrastrukturne objekte, sustav javnog prijevoza i javna mjesta. Značajna novost je i izostavljanje odredbe o iznimci političkog kaznenog djela, kao i tzv. uvjetna ekstradicija, dok se problematičnom može smatrati odredba članka 19. prema kojoj je isključena njezina primjena na aktivnosti oružanih snaga za vrijeme vojnoga sukoba, onako kako su ti izrazi shvaćeni u međunarodnom humanitarnom pravu koje ih regulira, te na aktivnosti koje poduzimaju vojne snage jedne države u sklopu svojih službenih dužnosti, u mjeri u kojoj su određene drugim normama međunarodnoga prava. Zbog povećane opasnosti od terorističkog udruživanja konvencija u čl. 2. izdvaja poseban oblik počinjenja kaznenog djela iz konvencijskog kataloga. Prema toj odredbi kao počinitelj djela odgovara tko na “bilo koji drugi način pridonese počinjenju jednog ili više kaznenih djela navedenih u stavku 1. ili 2., od skupine osoba koje djeluju iz zajedničkih interesa; takav doprinos će biti namjeran, pružen u cilju nastavljanja opće kriminalne aktivnosti skupine i postizanja njezinih ciljeva ili uz poznavanje namjere skupine da poćini kazneno djelo ili kaznena djela o kojima je rijeć.”<sup>252</sup> Ova je odredba, koja je po svom sadržaju vrlo bliska pojmu “zloćinaćke urote” odnosno “zavjere” (conspiracy) u konvenciju ugraćena po uzoru na pravne dokumente Europske unije koji reguliraju međunarodnu suradnju u suzbijanju međunarodnog terorizma i to radi toga da se širokom jezićnom formulacijom omogući kazneni progon osoba osumnjićenih za terorizam. Premda se i kod te odredbe i kod proširenog ZZP radi o tzv. kolektivnom kriminalitetu, u sadržajnom se smislu ćlanak 2c konvencije znaćajno razlikuje od proširenog ZZP formuliranog u predmetu Tadić. Naime dok je kod proširenog ZZP za zasnivanje kaznene odgovornosti sudionika ZZP dovoljno njegovo predvićdanje kaznenog djela koje je poćinjeno izvan okvira zajednićkog plana kao “prirodne i predvićdive” posljedice ZZP, poćinitelj kaznenog djela prema ćl. 2c konvencije mora postupati s namjerom (subjektivni element) i svojim postupcima pridonijeti poćinjenju kaznenih djela od strane skupine (objektivni element koji se traći i za utvrćivanje odgovornosti supoćinitelja u većini kontinentalnih pravnih poredaka). Nije potrebno naglašavati da je državama koje dolaze iz common law i civil law sustava bilo vrlo teško postići sporazum i oko ovakve modificirane varijante zavjere kod koje je standard krivnje postavljen vrlo visoko. Sasvim je sigurno da bi konsenzus u pogledu daleko ekstenzivnije i neodrećenije formule proširenog ZZP bilo nemoguće postići, tim više što se radi o terorizmu koji je za većinu država posebno osjetljivo pitanje na što upućuje i nemogućnost postizanja konsenzusa oko definicije toga pojma. Nadalje, upitno je u kojoj mjeri međunarodni ugovor koji još nije stupio na snagu<sup>253</sup> moće biti, kako navodi Źalbeno vijeće u predmetu Tadić, „znaćajan

---

<sup>252</sup> Slićan toj odredbi je ćlanak 2. Mećunarodne konvencije o sprjećavanju financiranja terorizma iz 1999. godine koji odrećuje da je, izmeću ostalog, osoba poćinila kazneno djelo ako organizira ili upravlja drugima u poćinjenju kaznenog djela iz konvencijskog kataloga odnosno ako “doprinese poćinjenju takvih djela od strane grupe osoba koje djeluju iz zajednićkih interesa.” Takav doprinos namjeran je i ostvaren ili u cilju nastavljanja kriminalne aktivnosti ili kriminalnih interesa grupe, u kojem slućaju takva aktivnost ili interes ukljućuje poćinjenje kaznenog djela iz konvencijskog kataloga ili sa sa sviješću o namjeri grupe da poćini takvo kazneno djelo. Dakle kriminalna aktivnost ili kriminalni interes grupe nije općenite naravi već mora uljućivati “poćinjenje kaznenog djela iz konvencijskog kataloga” .

<sup>253</sup> WIDELL 2005, izv. <http://www.serbianna.com/columns/widell/003.html>

dokaz o pravnim pogledima velikog broja država“. Osim toga sadržaje normativnog okvira stvorenog za potrebe suzbijanja terorizma, upravo zbog njihove specifičnosti, nije osnovano po analogiji primjenjivati u situacijama kada se radi o teškim kršenjima međunarodnog humanitarnog prava i to zbog toga što se radi o suštinski različitim kategorijama. Odredba iz članka 2c Međunarodne konvencije o suzbijanju terorističkih napada eksplozivnim napravama doslovno je preuzeta u čl. 25. Statuta MKS. Nakon što se države civilnog i common law pravnog sustava nikako nisu mogle dogovoriti oko odredbe o zavjeri (conspiracy) koja je bila predviđena u ranijim verzijama nacrtu, usvojeno je rješenje prihvatljivo za obje strane – u članak 25. Statuta ugrađena je doslovno preuzeta odredba iz članka 2c Međunarodne konvencije o suzbijanju terorističkih napada eksplozivnim napravama. Za razliku od statuta ad hoc međunarodnih kaznenih sudova za bivšu SFRJ i za Ruandu, Statut MKSJ je međunarodni ugovor koji je nastao ugovornom voljom država stranaka. Premda ne sadrži kriminalizirajuće već samo odredbe o kaznenim djelima koja su u stvarnoj nadležnosti tribunala, Statut ima značajan utjecaj na nacionalne kaznenopravne sustave. Naime, sukladno načelu komplementarnosti prema kojem načelni prioritet ima domaće kazneno pravosuđe (koje i nakon ratifikacije Statuta MKS postupa po nacionalnom pravu), MKS može preuzeti postupak od nacionalnih sudova ako se uvjeri da kod njih nema volje za kazneni progon (čl. 17) odnosno da ponovno sudi ako nije zadovoljan odlukom nacionalnog suda (čl. 20.). Stoga je u nacionalnom pravu važno anticipirati sve praznine kako u materijalnom tako i u procesnom pravu i sadržaj unutarnjeg prava uskladiti sa Statutom MKS kako bi se osigurala sudbenost domaćih sudova i zadržao njihov prioritet u odnosu na MKS i to osobito u onim situacijama u kojima države imaju konkretan interes za kažnjavanjem (djelo je počinjeno na teritoriju te države, žrtve su njezini državljani i sl.). Kako se «nedostatak volje ili sposobnosti za kazneni progon» može tumačiti vrlo široko i još je neizvjesno koje će kriterije MKS u tom smislu usvojiti, vrlo je važno u unutarnjem pravu, materijalnom i procesnom, na normativnoj razini osigurati sve potrebne mehanizme kako bi se u praksi načelni prioritet domaćeg kaznenog pravosuđa uistinu i realizirao. Da bi mogla osigurati prioritet nacionalnog kaznenog pravosuđa koji proizlazi iz komplementarnosti, svaka država stranka mora svoje materijalno kazneno pravo tako urediti da međunarodne zločine predviđene u Rimskom statutu može kazneno progoniti i prema vlastitom pravu. Za odredbu članka 25. Statuta MKS može se ponoviti sve što je rečeno i za članak 2c. Međunarodne konvencije o suzbijanju terorističkih napada eksplozivnim napravama. U literaturi također postoji suglasnost da se u toj odredbi radi o jednoj varijanti zavjere (conspiracy) odnosno udruživanja zbog počinjenja određenog kaznenog djela. Bitno odstupanje u odnosu na zavjeru je u tome što Statut traži kauzalni doprinos sudionika u počinjenju zločina koji nadilazi puko sudjelovanje u dogovoru za njegovo počinjenje. Sudionik u skupini mora postupati sa zajedničkim ciljem s posebnom namjerom (dolus specialis), tj. mora postupati u cilju promicanja kažnjive djelatnosti ili kažnjivog plana skupine koji uključuje počinjenje kaznenih djela iz nadležnosti suda ili uz poznavanje plana skupine da počini takvo kazneno djelo. Osim toga, ne treba zaboraviti niti odredbu članka 22. stavak 2. koji zabranjuje analogiju i nalaže primjenu načela in

dubio pro reo. Iz navedenog je sasvim očito da, suprotno tvrdnji Žalbenog vijeća u predmetu Tadić, niti jedan od navedenih međunarodnih ugovora ne sadrži, izričito kao niti implicitno, kategoriju proširenog ZZP. U Odluci po prigovoru u predmetu Ojdanić Žalbena vijeće je konstatalo da Međunarodni sud ima ovlasti *ratione personae* ako svaki oblik odgovornosti ispunjava četiri preduvjeta od kojih su dva vrlo važna u kontekstu ovog razmatranja, a odnose se na dostupnost mjerodavnog prava u relevantno vrijeme i predvidivost da će postupanje koje je suprotno tome pravu implicirati osobnu kaznenu odgovornost.<sup>254</sup> U toj je odluci istaknuto da će “značenje i doseg pojmova "predvidivosti" i "dostupnosti" norme zavisi, kako je zaključio Europski sud za ljudska prava, u značajnoj mjeri od "sadržaja instrumenta o kojem je riječ, polja koje bi trebalo pokrivati te broja i statusa onih kojima je upućen".<sup>255</sup> Ukazano je i na to da postoji razlika između značenja načela zakonitosti u unutarnjem i međunarodnom pravu što potvrđuje i shvaćanje američkog vojnog suda u predmetu *Pravosuđe*:

Na osnovi pisanih ustava, pravilo *ex post facto* zabranjuje donošenje zakona koji djela počinjena prije donošenja zakona definiraju kao kaznena dela, no pravilo *ex post facto* nema isto važenje u međunarodnom okruženju kakvo ima unutar ustavnog uređenja država. [...] Međunarodno pravo nije produkt zakona iz jednostavnog razloga što još ne postoji svjetski organ koji bio ovlašten donositi zakone univerzalne mjerodavnosti. Međunarodno pravo je produkt višestranih ugovora, konvencija, sudskih odluka i običaja koji su dobili međunarodni pristanak ili suglasnost. Bilo bi potpuno apsurdno tvrditi da se pravilo *ex post facto*, u onom obliku u kojem ga poznaju ustavne države, može primijeniti na ugovor, običaj ili odluku međunarodnog suda koja se temelji na običajnom pravu, ili pak na međunarodni pristanak koji uslijedi nakon događaja. Pokušaj da se načelo *ex post facto* primijeni na sudske odluke koje se temelje na međunarodnom običajnom pravu značilo bi sasjeci to pravo u korijenu.<sup>256</sup>

Slijedeći razliku između značenja načela zakonitosti u unutarnjem i međunarodnom pravu proizlazi da će kriterij dostupnosti biti ispunjen čak i ako u nacionalnom zakonu nije postojala izričita odredba o kažnjivosti nekog ponašanja no postoji “dugi i dosljedni niz sudskih odluka, međunarodnih instrumenata i nacionalnih zakona koje omogućuju svakoj osobi da s njima uskladi svoje ponašanje i predstavljaju razumno upozorenje da bi, ako bude prekršen, taj standard mogao povlačiti kaznenu odgovornost.”<sup>257</sup> Žalbena vijeće u predmetu Ojdanić također ističe kako su se:

“...u nedostatku pisanih normi ili standarda, sudovi za ratne zločine često su se oslanjali na stravičan karakter djela iz optužbe kako bi donijeli zaključak da je počinitelj takvog djela morao znati da je ono što čini zločin. U drugostupanjskoj presudi u predmetu Tadić, primjerice, Žalbena vijeće je istaknulo da "moralna težina" djela sekundarnih sudionika u udruženom zločinačkom poduhvatu za činjenje teških kršenja međunarodnog prava

<sup>254</sup> Odluka po prigovoru Dragoljuba Ojdanića na nenadležnost - udruženi zločinački poduhvat, 21.05 2003., §21

<sup>255</sup> *Gropper Radio AG and Others v. Switzerland*, 10890/84 [1990] ECHR 7 (28.03.1990), §68

<sup>256</sup> Odluka po prigovoru Dragoljuba Ojdanića na nenadležnost - udruženi zločinački poduhvat, 21.05 2003., §39

<sup>257</sup> *Ibid.* §41

opravdava kriminaliziranje njihovih radnji. Iako nemoralnost ili stravičan karakter nekog djela nije dovoljan čimbenik da bi opravdao njegovo kriminaliziranje po međunarodnom običajnom pravu, on može odigrati određenu ulogu u tom pogledu, utoliko što može poslužiti kod pobijanja eventualne tvrdnje odbrane da optuženom nije bila poznata kaznena priroda djela.”<sup>258</sup>

Za razliku od ovog vrlo ekstenzivnog tumačenja kriterija “dostupnosti” i “predvidivosti”, Europski sud za ljudska prava kroz svoju je bogatu praksu jasno odredio pretpostavke koje moraju biti ispunjene da bi se određeni izvor prava smatrao dostupnim i predvidivim. Sukladno jurisprudenciji toga suda “dostupnost” znači da zakon (može se raditi o pisanom i nepisanom pravu što znači da se i običajno pravo smatra “zakonom” u smislu članka 7. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe) mora biti dostupan svim adresatima kako bi se upoznali s njegovim sadržajem. Predvidivost, pak, prema starijoj sudskoj praksi znači “jasnoću i preciznost zakona”. To znači da konkretna zakonska odredba mora biti formulirana jasno i precizno kako bi adresati pravne norme mogli pretpostaviti kakve će posljedice implicirati njihovi određeni postupci.<sup>259</sup> Objektivni standard utvrđivanja predvidivosti je u predmetu *Streletz, Kessler i Krenz protiv Njemačke* konvertiran u subjektivni.<sup>260</sup> Prema subjektivnom standardu nije dovoljno utvrditi objektivnu sposobnost optuženika da prepozna imperativnu ili prohibitivnu normu kaznenoga prava koja implicira kažnjivost već subjektivnu sposobnost konkretnog optuženika da anticipira i prepozna vlastitu kaznenu odgovornost kao posljedicu kršenja takve pravne norme. Dakle, težište nije na utvrđivanju jasnoće i preciznosti određene pravne norme već se pitanje da li je počinitelj trebao i mogao znati da čini kazneno djelo procjenjuje prema subjektivnom standardu odnosno iz pozicije optuženika.<sup>261</sup> Imajući u vidu kriterije dostupnosti (accessibility) i predvidivosti (foreseeability) jasno je da unutarne pravo koje je bilo na snazi na području bivše SFRJ u vrijeme kada su se dogodili zločini dobiva posebnu dimenziju i da se pomalo neshvatljiva ignorancija tribunala prema sadržaju i primjeni toga prava. Naime, dok se za neke od visokih vojnih zapovjednika i državnih dužnosnika možda i može tvrditi da im je, po prirodi funkcije koju su obnašali, bilo dostupno relevantno mjerodavno pravo, u prvom redu propisi međunarodnog humanitarnog prava, to ne dolazi u obzir kod optuženika koji su “djelovali na terenu” i koji zbog svog de facto i/ili de jure položaja nisu znali ili nisu mogli znati sadržaj normi i standarda teorije ZZP pretočene u osobnu kaznenu odgovornost. Od njih se, ni u kojem slučaju ne može tražiti da znaju da će kao pripadnici određenih skupina unutar oružanih snaga odgovarati za ubojstvo civila koje je počinio netko drugi, i kojeg oni nisu niti namjeravali počinuti, premda su, moguće je, predvidjeli da je takvo što moguće. Ono što se od njih, u okviru utvrđivanja kriterija dostupnosti i predvidivosti i koji

---

<sup>258</sup> Ibid. §42

<sup>259</sup> ARNOLD et al. 2002

<sup>260</sup> Za kritiku v. izdvojeno mišljenje suca Zupančića koji smatra da objektivno značenje pravamora ostati neovisno i strogo odvojeno od bilo koje subjektivne i arbitrarne interpretacije. Zadržavanje odvojenosti objektivnog i subjektivnog u pravu je jedini način za osiguranje načela da nitko nije iznad prava. DERENČINOVIĆ 2001

<sup>261</sup> ARNOLD et. al. 2002, 25

su *condicio sine qua non* jurisdikcije tribunala može tražiti jest barem osnovno poznavanje, mogli bismo reći svijest, o temeljnim pravnim institutima na području bivše SFRJ iz kojih proizlazi kažnjivost određenih ponašanja i postupaka. Zbog toga je vrlo važno, a tribunal niti u jednom od postupaka nije krenuo tim putem, utvrditi sadržaj relevantnih kaznenopravnih normi bivše SFRJ koje reguliraju materijalnopravnu materiju počinjenja kaznenog djela od strane većeg broja osoba. Uz izuzetak Žalbenog vijeća u predmetu Ojdanić u praksi MKSJ nije bilo ozbiljnijih pokušaja utvrditi kakvo je u tom smislu bilo kazneno pravo i praksa u državama bivše SFRJ te da li je ona slijedila američko-talijanski ili pak njemačko-nizozemski pristup.<sup>262</sup> Prema članku 24. Statuta MKSJ “prilikom određivanja kazne zatvora Raspravno vijeće imaće u vidu opću praksu izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije.” U Statutu ne postoji nikakva odredba o tome da su vijeća dužna uzeti u obzir sudsku praksu koja se tiče materijalnog i postupovnog kaznenog prava. U već spomenutoj Odluci po prigovoru na nenadležnost u predmetu Ojdanić stoji da “ovaj Međunarodni sud ne primjenjuje zakone bivše Jugoslavije u odnosu na definiciju kaznenih djela i oblika odgovornosti u okviru njegove nadležnosti.”<sup>263</sup> Kao što je ranije istaknuto, Međunarodni sud u pogledu svoje stvarne nadležnosti primjenjuje međunarodno običajno pravo. No, on može posegnuti za nacionalnim pravom kako bi utvrdio da postoji razumna mogućnost da je optuženi znao da je “kazneno djelo počinjeno na način kako se tereti u optužnici, zabranjeno i kažnjivo.” Na tom je tragu i izdvojeno i suprotno mišljenje suca Cassesea na presudu u predmetu Erdemović u kojem je istaknuta potreba analize prava država iz kojih optuženici dolaze. Naime, državljanin neke od tih država “koji je sudjelovao u oružanim sukobima bio je dužan poznavati nacionalne kaznene odredbe i na njima zasnivati svoja očekivanja.”<sup>264</sup> Stoga bi bilo “umjesno i razborito, u krajnjem slučaju, posegnuti za nacionalnim zakonodavstvom optuženog, a ne za moralnim obzirima ili praktičnim načelima jer u prilog takvom pristupu ide i opće pravilo in dubio pro reo.”<sup>265</sup> Uvidom u zakone koji su u relevantno vrijeme bili na snazi na području bivše Jugoslavije sudsko je vijeće u predmetu Ojdanić utvrdilo da su ti zakoni “predviđali kaznenu odgovornost za predvidiva djela drugih i to na način koji je zapanjujuće sličan formulaciji kojom se definira ZKP.”<sup>266</sup> U tom je smislu naveden članak 26. Krivičnog zakona SFRJ koji inkriminira odgovornost organizatora tzv. zločinačkog udruženja. Prema toj odredbi “tko radi vršenja krivičnih djela stvori ili iskoristi organizaciju, bandu, zavjeru, skupinu ili drugo udruženje krivično je odgovoran za sva krivična djela što proizađu iz zločinačkoga plana tih udruženja i kaznit će se kao da ih je sam počinio, bez obzira na to je li i u kojemu je svojstvu izravno sudjelovao u izvršenju pojedinoga

---

<sup>262</sup> SASSOLI-OLSON 2000.

<sup>263</sup> Odluka po prigovoru Dragoljuba Ojdanića na nenadležnost - udruženi zločinački poduhvat, 21.05 2003., §40

<sup>264</sup> Izdvojeno i suprotno mišljenje suca Cassesea na presudu Žalbenog vijeća u predmetu Erdemović, §49

<sup>265</sup> Ibid.

<sup>266</sup> Odluka po prigovoru Dragoljuba Ojdanića na nenadležnost - udruženi zločinački poduhvat, 21.05 2003., §40

od tih djela.”<sup>267</sup> Nakon raspada bivše SFRJ Krivični zakon SFRJ iz 1976. godine bivše republike su preuzele uz neznatne izmjene. Tako je u Bosni i Hercegovini nakon proglašenja nezavisnosti 1992. godine donesena Uredba sa zakonskom snagom kojom je taj zakon, uz nekoliko amandmana usvojen. I u Republici Hrvatskoj taj je zakon preuzet 1993. godine gdje je primjenjivan sve do stupanja na snagu novog Kaznenog zakona 1.1.1998. godine. Nedvojbeno je, dakle, da je odredba članka 26. preuzetog Krivičnog zakona SFRJ bila na snazi u Bosni i Hercegovini (i u Hrvatskoj) u vrijeme kada su počinjena kaznena djela koja se optuženicima u oba predmeta pred MKSJ stavljaju na teret. Odgovornost organizatora zločinačkog udruženja koja je u pravo bivše Jugoslavije uvedena po uzoru na pravo bivšeg SSSR-a radi strožeg kažnjavanja tzv. kontrarevolucionarnih kaznenih djela<sup>268</sup>, zapravo poseban oblik odgovornosti sudionika.<sup>269</sup> Tri pretpostavke moraju biti ispunjene da bi se radilo o tom obliku kaznene odgovornosti:

- prije svega potrebno je da je neka osoba, radi činjenja kaznenih djela stvorila neko udruženje bilo kojeg oblika ili da je u istu svrha iskoristila neko već postojeće udruženje.
- drugo, mora postojati plan zločinačkog udruženja
- i treće, u ostvarivanju djelatnosti zločinačkog udruženja mora biti počinjeno jedno ili više kaznenih djela.<sup>270</sup>

Da li je kazneno djelo proizašlo iz zločinačkog plana udruženja trebalo je utvrditi na osnovi svih okolnosti. Tako je Vrhovni sud Hrvatske u jednoj presudi iz 1953. godine zauzeo stajalište da organizator zločinačkog udruženja ne odgovara za ubojstvo, koje je član grupe izvršio na svoju ruku, bez naloga i naknadnog odobrenja organizatora, koji je dapače, počinitelja zbog tog djela dao razoružati i djelo najodlučnije osudio.<sup>271</sup> Odredba o odgovornosti organizatora zločinačkog udruženja vrlo je rijetko korištena u sudskoj praksi koja se u većini vrlo negativno odredila prema tom obliku odgovornosti sudionika. Tako je u jednoj presudi Vrhovnog suda Hrvatske iz 1974. godine jasno istaknuta restriktivna primjena odredbe o odgovornosti organizatora zločinačkog udruženja:

“Nije osnovano stajalište da se radi o prekoračenju optužbe u primjeru kad su optuženici osuđeni po članku 100. KZ (kontrarevolucionarno ugrožavanje društvenog uređenja) kao

---

<sup>267</sup> Krivični zakon SFRJ ("Službeni list SFRJ", br. 44/76, 36/77, 56/77, 34/84, 74/87, 3/90 i 38/90) Krivični zakon SFRJ - Usvojen na sjednici Saveznog vijeća Skupštine SFRJ 28.09.1976; proglašen dekretom predsjednika Republike 28.09.1976; objavljen u Službenom listu SFRJ br. 44 od 8.10.1976; ispravak objavljen u Službenom listu SFRJ br. 36 od 15.07.1977; stupio na snagu 01.07.1977.

<sup>268</sup> SRZENTIĆ-STAJIĆ 1954, 383-387. To, uostalom potvrđuje i činjenica da je ova odredba primjenjivana uglavnom u postupcima neposredno nakon II. svjetskog rata radi „obračuna s neprijateljima novog režima“ i u pogledu tzv. ideoloških kaznenih djela kontrarevolucionarnog ugrožavanja državnog (i društvenog!?) poretka.

<sup>269</sup> BAČIĆ 1995, 304-306

<sup>270</sup> SRZENTIĆ-STAJIĆ 1954, 383-387

<sup>271</sup> Vs NRH u odluci Kž 685/53 od 4.6.1953., cit. po ZLATARIĆ 1956, 124



supočinitelji, a ne kao organizatori zločinačkog udruženja po čl. 100. KZ u vezi s čl. 23. Optuženici nisu organizirali kontrarevolucionarni pokret, već su samo u okviru takvog pokreta počinili kazneno djelo koje ima elemente kontrarevolucionarnog napada na državno i društveno uređenje po čl. 100 KZ. Zbog toga ne odgovaraju kao organizatori, već samo kao supočinitelji kaznenog djela. S obzirom da se ne radi o težoj već o pravnoj kvalifikaciji koja je povoljnija za optuženika prvostupanjski sud nije prekoračio granice optužbe.”<sup>272</sup>

I u znanosti kaznenog prava odredba o odgovornosti organizatora zločinačkog udruženja doživjela je oštre kritike zbog neusklađenosti s načelom krivnje. Tako se jedan od najistaknutijih pripadnika kaznenopravne dogmatike tadašnjeg jugoslavenskog prava Bačić otvoreno zalagao za ukidanje tog oblika sudioničke odgovornosti:

“...najbolje bi bilo brisati odgovornost organizatora zločinačkog udruženja, napustiti ovu instituciju, i ovu problematiku rješavati na način ustaljen u europskom kontinentalnom krivičnom zakonodavstvu. Jer nije nedostatak ovog rješenja samo u području krivnje; ostaje otvoreno pitanje u čemu je objektivni doprinos organizatora izvršenju svakog pojedinog djela u kojem on ne sudjeluje. Nije opravdano da činjenica što je on stvorio zločinačku organizaciju bude osnova i za njegovu odgovornost za posebno krivično djelo stvaranja zločinačkog udruženja i za njegovu odgovornost za svako pojedino izvršeno krivično djelo; drugim riječima, da za isti čin dva puta odgovara.”<sup>273</sup>

Ocjena Žalbenog vijeća o “zapanjujućoj sličnosti” između ZZP i odredbe o odgovornosti organizatora zločinačkog udruženja, ma koliko se na prvi pogled može činiti ispravnom, zapravo je paušalna jer je donesena bez suštinske analize te odredbe unutarnjeg prava. Pažljiva analiza, naprotiv, jasno pokazuje da je odgovornost organizatora zločinačkog udruženja zapravo bitno različita od odgovornosti po osnovi proširenog ZZP. Tri su bitne razlike između odgovornosti organizatora zločinačkog udruženja kako je ono formulirano u Krivičnom zakonu SFRJ i preuzetim zakona i odgovornosti po osnovi ZZP (proširena varijanta) formuliranoj u predmetu Tadić:

(i) Po članku 26. odgovarao je samo organizator zločinačkog udruženja. Organizator je ključna osoba koja je okupila više osoba, stvorila zločinački kolektiv i koordinirala zločinačke aktivnosti njegovih članova. Vodeći stručnjaci kaznenopravne dogmatike opisuju organizatora kao “vođu, dirigenta, najvažniju osobu u zločinačkoj organizaciji.”<sup>274</sup> Upravo je organizator ključna kriminalna figura koja određuje ciljeve zločinačkog udruženja, zločinački plan, program i aktivnosti. U tome se i sastoji njegov doprinos ostvarenju svakog pojedinog djela izvršenog od strane organizacije u okviru njezinog zločinačkog plana, u čijem izvršenju on sam uopće ne mora sudjelovati.<sup>275</sup> Članovi takvog udruženja izuzeti su od odgovornosti po toj odredbi. Oni odgovaraju ili za kazneno djelo članstva u

---

<sup>272</sup> Pregled SRH, 1974. br. 4., str. 38, po BAVCON i dr. 1984, 86

<sup>273</sup> BAČIĆ 1995, 304-306

<sup>274</sup> Ibid.

<sup>275</sup> Ibid.

zločinačkoj organizaciji ili prema općim pravilima o odgovornosti sudionika i/ili supočinitelja. Člankom 26. Krivičnog zakonika FNRJ u značajnoj je mjeri izmijenjen dotadašnji članak 27. ranijeg OKZ. Potpuno je izostavljena odredba o kaznenog odgovornosti pripadnika organizacija, bandi, zavjera i drugih zločinačkih udruživanja. Po OKZ njihova je odgovornost bila proširena i na sva ona kaznena djela koja su proizašla iz zločinačkog plana odnosno kolektiva, a ako oni nisu sudjelovali u izvršenju tih djela. Tražilo se samo, da su se oni suglasili s takvim djelima i da su to svojim djelom i ponašanjem izrazili, a ta suglasnost proizlazila je već iz njihova suglasnosti sa zločinačkim planom udruženja. Tok je kod običnih sudionika veza s učinjenim djelom neposredna, ovdje je ona posredna preko zločinačkog plana udruženja. U objašnjenjima uz nacrt se, između ostalog, navode razlozi zbog kojih je takva široka koncepcija napuštena:

„Nacrt je napustio ovo proširivanje kaznene odgovornosti pripadnika zločinačkih udruženja, i to ih ovih razloga. U prvom redu, sada je samo pripadništvo određenim zločinačkim organizacijama inkriminirano u Posebnom dijelu kao kazneno djelo. Za izvršena pak kaznena djela u okviru kakvog zločinačkog udruženja odgovaraju samo oni pripadnici, koji su neposredno sudjelovali kao počinitelji, poticatelji ili pomagatelji. To proizlazi već i iz općih odredaba o sudioništvu i zato nisu potrebne još neke posebne odredbe. Nema razloga ni potrebe, da se odgovornost pripadnika zločinačkih udruživanja proširi i na djela, kod kojih oni nisu sudjelovali. To dovodi o izvještačenih konstrukcija o uzročnosti i vinost, a protivno je osnovnim načelima Nacrta o kaznenoj odgovornosti. Osim toga, takvo je rješenje u suštini i nepravilno.“<sup>276</sup>

Kod ZZP, s druge strane, ne odgovara samo organizator ili čelnik pothvata, već potencijalno sve osobe koje su takav plan prihvatile. To u konačnici dovodi do toga da tužiteljstvo za počinjenje djela u sastavu ZZP može optužiti svakoga za koga smatra da je prihvatio zločinački plan, a to mogu biti, kao što proizlazi iz većine optužnica pred MKSJ, “razne poznate i nepoznate osobe”.

(ii) Organizator zločinačkog udruženja odgovara samo za ona djela koja su počinjena u okviru plana zločinačkog udruženja, a ne i za ekscese članova. Prema pretežnom stajalištu sudske prakse i doktrine organizator nije kazneno odgovoran za kaznena djela koja je počinio član organizacije i koja nisu i u posrednoj vezi s djelovanjem udruženja i njegovom svhom. Tako se u literaturi navodi primjer da “organizator terorističke grupe neće biti odgovoran za počinjenje kaznenog djela silovanja od strane člana udruženja, ukoliko se ne utvrdi da pri tome konkretnom djelu nije sudjelovao na drugi način”<sup>277</sup> (npr. kao poticatelj ili počinitelj). Za razliku od toga, kod proširenog ZZP odgovara svaki sudionik (ne samo organizator) i za ona kaznena djela koja su počinjena izvan okvira zajedničkog plana ako su ona bila njegova “prirodna i predvidiva posljedica”.

(iii) Organizator zločinačkog udruženja koji ni na koji način nije neposredno sudjelovao u počinjenju konkretnog kaznenog djela može biti odgovoran za to

---

<sup>276</sup> Objašnjenja uz Nacrt krivičnog zakonika FNRJ, Izdanje službenog lista FNRJ, 1951., str. 108.

<sup>277</sup> SRZENTIĆ-STAJIĆ 1954, 383-387

djelo samo ako je ono bilo konkretno određeno u zločinačkom planu u čijem je kreiranju sudjelovao i organizator, odnosno ako je bilo dogovoreno počinjenje baš tog djela, tj. ako je on znao za to određeno djelo. To u suštini odgovara osnovnom ZZP kod kojeg postoji zajednička namjera između optuženika i fizičkog počinitelja (shared intent). Međutim, odgovornost po osnovi ZZP tu ne prestaje. Po proširenom ZZP sudionik odgovara i kad nije namjeravao pa i nije znao da će određeno djelo biti počinjeno, ali je to djelo mogao predvidjeti kao “prirodnu i predvidivu posljedicu djelovanja ZZP.” Organizatora zločinačkog udruženja bilo je moguće kazniti samo ako se iz svih okolnosti slučaja mogla izvesti njegova namjera dok se sudionik ZZP kažnjava i za nepromišljenost (recklessness) koji je u suštini oblik svjesnog nehaja (v. o tome ZZP i načelo krivnje).

Na osnovi svega što je ovdje navedeno može se zaključiti da se odredba o odgovornosti organizatora zločinačkog udruženja zapravo značajno razlikuje od odgovornosti po osnovi ZZP (proširena varijanta) i da je imala vrlo usko područje primjene. Različiti aspekti tzv. kolektivnog kriminaliteta kaznenopravno su tretirani ili kroz posebne inkriminacije zločinačkog udruživanja ili kroz opće odredbe o sudjelovanju većeg broja osoba u počinjenju kaznenog djela (sudioništvo, supočiniteljstvo). Iz sljedećih nekoliko presuda sudova s područja bivše SFRJ može se zaključiti su standardi tzv. kolektivnog kriminaliteta bili značajno uži od standarda ZZP koji primjenjuju sudska vijeća MKSJ:

- Za postojanje supočiniteljstva kod kaznenog djela razbojništva, po načelu diobe rada, nije nužno da svaki od optuženika uzme udjela u samoj radnji počinjenja, nego je odlučno da djelo hoće kao svoje i zajedničko. Stoga je neodlučno što jedan optuženik nije neposredno sudjelovao u fizičkom napadu na oštećenika, nego je dovoljno i samo njegovo prisustvo radi zastrašivanja oštećenika.

- Supočinitelji kaznenog djela ubojstva su otac i kći koji su na temelju prethodnog dogovora zajedno čekali oštećenika noću u kuhinji s pripremljenim vilama i sjekirom, i kad je oštećenik noću izašao iz svoje sobe, optuženik ga je ubo vilama i oborio na pod, nakon čega mu je optuženica dodala sjekiru kojom je optuženik lišio života oštećenika.

- Za razliku od pomagača koji s umišljajem pomaže drugome u počinjenju djela i djelo ne želi kao svoje, supočinitelj sudjeluje u samoj radnji počinjenja djela koje, dakle, želi kao svoje, pri čemu nije potrebno da svaki od dva ili više počinitelja sam neposredno ostvari sva bitna obilježja određenog kaznenog djela, već je potrebno da njegovo neposredno sudjelovanje zajedno s djelatnošću drugoga dovede do zabranjene posljedice.

- Kod supočinitelja kaznenog djela ubojstva neodlučno je tko je pucao, ako je čin lišenja života nastao kao rezultat niza zajednički poduzetih radnji u ostvarenju zajedničkoga dogovora da drugoga liše života i ako su se oni s tim ciljem zajedno našli na mjestu događaja.”

## 6. Zaključak

Statut MKSJ usvojen je kao prilog rezoluciji Vijeća sigurnosti 827 od 25. svibnja 1993., preciznije, kao prilog izvješću Glavnog tajnika UN od 3. svibnja 1993. koje je Vijeće sigurnosti usvojilo navedenom rezolucijom. Stoga se to izvješće može smatrati komentarom i autentičnim tumačenjem odredaba Statuta. U Izvješću Glavnog tajnika od 3. svibnja 1993. ističe se da primjena načela zakonitosti zahtijeva da međunarodni sud primijeni pravila međunarodnog humanitarnog prava koja su „izvan svake sumnje dio običajnog prava“ tako da ne bude problem što su samo neke, a ne i sve države, stranke određenih konvencija. To je osobito važno, ističe Glavni tajnik, kad je riječ o međunarodnom sudu koji je nadležan za suđenje osobama odgovornim za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava. Od konvencijskih odredaba kao nesporni dijelovi međunarodnog običajnog prava nabrajaju se u Izvješću: Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata iz 1949., IV haška konvencija o zakonima i običajima rata na kopnu, s Pravilnikom, iz 1907., Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. i Statut Međunarodnog vojnog suda iz 1945. Poštujući načelo zakonitosti sudac MKSJ morao bi i bez navedene upute Glavnog tajnika kažnjavati pojedince isključivo za one međunarodne zločine koji su mu Statutom povjereni u nadležnost te za one međunarodne zločine koji su nedvojbeno bili dio običajnog međunarodnog prava u vrijeme počinjenja djela. Ne treba posebno isticati da je isključena ovlast suca da sam ustanovljuje običajna pravila, ne ispitujući praksu država i opinio juris, te tako „ustanovljena“ pravila primjenjuje. Čini se, međutim, da se suci MKSJ nisu toga uvijek držali te su, suprotno načelu zakonitosti, znali preuzimati ulogu zakonodavca, stvarajući putem svojih presuda nove institute i pravila ili primjenjujući konvencijska rješenja koja nisu prerasla u opće običajno pravo u vrijeme počinjenja kaznenog djela. Te institute i pravila proglašavali su običajnim pravilima i pozivali se kasnije na vlastite presude kao presedane koji dokazuju postojanje općeg običajnog pravila. Zajednički zločinački pothvat, posebno njegov „prošireni“ oblik, izgleda nam tipičnim primjerom takve prakse suda. Mogućnost slične samovoljne sudačke prakse predviđao je dio međunarodnopravnih komentatora u vezi čl. 19. st. 3. Nacrta članaka o odgovornosti država Komisije UN za međunarodno pravo, koji je do 2000. god. sadržavao koncept međunarodnih zločina država, ali ih nije taksativno nabrajao, nego samo primjerice, time da se navedena lista mogla nadopuniti protupravnim činima koji bi zadovoljavali definiciju međunarodnog zločina država iz st.2. čl.19. navedenog nacrta. Većina međunarodnopravnih autora takvo je rješenje (kao i sam koncept međunarodnih zločina država) kritizirala, a najžešći su ga kritičari uspoređivali s onim u Trećem Reichu, gdje je bilo ukinuto načelo zakonitosti, dopuštena analogija i uveden kriterij „zdravog narodnog osjećaja“ („gesundes Volksempfinden“) kao kriterij kojim se dopunjavala lista zakonom predviđenih kaznenih djela.<sup>278</sup> Za očekivati je da slučajevi u kojima se sucima MKSJ može pripisati pretjerana kreativnost u utvrđivanju običajnog međunarodnog prava, kao što je zajednički zločinački pothvat, izazovu slične reakcije u doktrini. Iako

---

<sup>278</sup> V. npr. GREEN 1981, 29-30 i MAREK 1978-1979, 465,471,474 i sl.

ugledni članovi MKSJ tvrde sasvim suprotno,<sup>279</sup> analiza prakse suda navodi nas na ocjenu da se suci MKSJ često ne trude dokazati postojanje običajnih međunarodnih pravila na način kako to nalaže međunarodno pravo. Koji je to način, vidi se iz same odredbe čl. 38, st.1, toč. b, Statuta Međunarodnog suda koja navodi međunarodni običaj kao jedan od izvora međunarodnog prava te iz državne i sudske prakse, od koje posebno treba istaći presudu u sporu o razgraničenju u Sjevernom moru u kojoj je Međunarodni sud još 1969. pregledno ustvrdio metode utvrđivanja postojanja i sadržaja međunarodnog običajnog prava.<sup>280</sup> Prema čl. 38. Statuta Međunarodnog suda međunarodni običaj je „dokaz opće prakse, prihvaćene kao pravo.“ Iako je običajno pravo nepisano, subjekti međunarodnog prava (nas ovdje prvenstveno zanimaju države) u praksi se ponašaju u skladu s tim pravilom, time da tu praksu prati pravno uvjerenje da je upravo takva praksa pravno obvezna. Zato se kaže da postoje dva elementa običajnog prava tj. da ono nastaje spajanjem dvaju elemenata: objektivnog (praksa država) i subjektivnog (pravna svijest, opinio juris). Kako bi praksa subjekata međunarodnog prava bila relevantna za stvaranje običajnog prava, ona mora biti stalna, jednoobrazna i kontinuirana. Ne postoji pravilo međunarodnog prava glede vremenskog razdoblja potrebnog da bi se određena praksa pretvorila u običajno međunarodnopravno pravilo. No, može se općenito reći da je na područjima koje ne karakterizira brzi tehnološki razvoj (kao što su npr. prava čovjeka ili međunarodno kazneno pravo) redovito potrebno duže vremensko razdoblje za pretvaranje prakse u običajno pravo.<sup>281</sup> Za nastajanje općeg običajnog pravila ne traži se univerzalna praksa; dovoljna je „opća praksa“, dakle, praksa većeg broja država, a među njima moraju biti, uz one koje su posebno zainteresirane i značajne za neko područje međunarodnog prava (npr. obalne države za običajno pravilo iz prava mora) i najutjecajnije države svijeta. Važno je i da takva praksa ne naiđe na otpor znatnijeg broja država. Kad nastane pravno uvjerenje o pravnoj obvezatnosti neke prakse (opinio juris) stvara se novo običajnopravno pravilo koje obvezuje sve države, dakle i one koje nisu sudjelovale u odnosnoj praksi i nisu joj se učinkovito suprotstavile. Ako se praksi subjekata međunarodnog prava ne priključi opinio juris, ta praksa – makar bila stalna, jednoobrazna i kontinuirana – nikad ne prelazi u običajno pravo nego ostaje u kategoriji pravno neobvezatnih pukih običaja i pravila učtivosti.<sup>282</sup> Običajno pravo je ponekad dosta komplicirano ustanoviti jer ono nastaje kao nepisano pravo. Kao dokaz prakse i pravnog uvjerenja uzimaju se mjere državnih organa, izjave, diplomatske note, državni zakoni, akti međunarodnih organizacija ili oni usvojeni na međunarodnim konferencijama, međunarodni ugovori, međunarodna sudska i arbitražna praksa, unutrašnja sudska praksa, naučavanja najuglednijih publicista. Onaj tko tvrdi da postoji neko običajnopravno pravilo mora, u pravilu, dokazati stalnu, jednoobraznu i kontinuiranu praksu, tj. navesti što veći broj primjera iz prakse u kojima su subjekti međunarodnog prava

---

<sup>279</sup> MERON 2005, 817 i sl.

<sup>280</sup> V. International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders (dalje: ICJ Reports), 1969, §73-81.

<sup>281</sup> DEGAN 2000, 79

<sup>282</sup> ANDRASSY-BAKOTIĆ-VUKAS 1995, 2, 14-17; V. i ICJ Reports, 1969, §77

postupali u skladu s određenim pravilom. Na temelju dokazane prakse ustanovljuje se *opinio juris*.<sup>283</sup> I nakon što se usvoji ugovor kojim se kodificira određeno područje međunarodnog prava, običajno pravo u tom području i dalje postoji i obvezuje države i druge subjekte međunarodnog prava koji nisu stranke kodifikacijskog ugovora, kao i stranke tog ugovora u njihovim odnosima s nestrankama.<sup>284</sup> Kad je riječ o konvencijskim odredbama može se tvrditi da su odredbe tih konvencija postale opće običajno međunarodno pravo jedino ako je pretežna većina država postala strankama tih konvencija. Ako su neke značajne države odbile obvezati se tim konvencijama ne može se smatrati da su odredbe tih konvencija prerasle u običajno pravo. Tipičan primjer su Protokoli iz 1977. uz Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata, za koje se ne može tvrditi da su u cjelini dio općeg običajnog međunarodnog prava jer se njima nisu obvezale npr. SAD, Izrael, Indija, Pakistan. To su uzeli u obzir i sastavljači Statuta MKSJ, koji u čl.2. navodi samo teška kršenja Ženevskih konvencija o zaštiti žrtava rata iz 1949., a ne i odredbe Protokola I. uz te konvencije koji također normira „teška kršenja“ svojih odredaba. Dakle, iako je SFRJ bila stranka Protokola I. iz 1977. a to su poslije 1991, dakle i 1993. u vrijeme donošenja Statuta, bile i sve njene slijednice, sastavljači Statuta MKSJ upravo iz gore navedenih razloga tj. činjenice da se ne radi o općem običajnom međunarodnom pravu, nisu uzeli u obzir teška kršenja Protokola I. iz 1977. To je obrazloženo i u navedenom dijelu izvješća Glavnog tajnika od 3. svibnja 1993. Osim iz načelnih, to bi moglo biti važno i iz praktičnih razloga. Primjerice, ako bi se pred MKSJ – čiji Statut ne određuje da samo državljani država slijednica bivše SFRJ mogu biti optuženici - kao optuženik pojavio državljanin neke od država koja nije stranka Protokola I. na njega se ne bi mogle primijeniti odredbe o teškim kršenjima iz Protokola I., budući se ne radi o općem običajnom pravu. A bilo bi nedopustivo da se za ista djela kažnjava ili odbacuje optužba, ovisno o nacionalnosti optuženika. Upravo suprotno gore navedenom, MKSJ je u nekim slučajevima kao moguću osnovu za primjenu određenih odredaba Protokola I. naveo da su stranke u sukobu kao slijednice bivše Jugoslavije njegove stranke.<sup>285</sup> Ako bi se radilo o istim okolnostima, a riječ bi npr. bila o pripadniku snaga NATO američkog državljanstva ili državljanstva druge države koja nije stranka Protokola I, navedena pravila ne bi se mogla primijeniti te bi se, dakle, stvorili dvostruki standardi. Iz istih je razloga nedopustivo i da se suci pozivaju npr. na Statut MKS (Rimski statut) kao na ugovor čije odredbe odražavaju opće običajno međunarodno pravo.<sup>286</sup> Kao što SAD izjavljuje da neće primjenjivati odredbe Protokola I., čija nije stranka, opće je poznat i otpor SAD-a prema Rimskom statutu. Naime, nakon što su 2000.

---

<sup>283</sup> DEGAN 2000, 103

<sup>284</sup> ANDRASSY-BAKOTIĆ-VUKAS 1995, 36. To je izričito ustvrdio i Međunarodni sud u slučaju Nicaragua, v. ICJ Reports 1986, §177

<sup>285</sup> Npr. u presudama u slučajevima Blaškić (IT-95-14 od 3. ožujka 2000, v. § 172-173) i Galić (IT-98-29 od 5. prosinca 2003., v. § 21) prvostupanjsko je vijeće smatralo da je za primjenu određenih odredaba Protokola I. dovoljno da taj protokol obvezuje stranke po konvencijskoj osnovi, budući da je bivša SFRJ bila stranka tog ugovora, a sukcesijom su ga preuzele slijednice. Obje presude ipak spominju i dvostrani bošnjačko-hrvatski sporazum od 22. svibnja 1992., u kojem su se stranke obvezale na poštivanje određenih odredaba Protokola I. tj. čl. 51. i 52.

<sup>286</sup> Tadić II, §222

godine SAD potpisale tekst Statuta, god. 2002. je, imajući u vidu čl.18. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora iz 1969. koji predviđa određene posljedice već i iz samog potpisivanja međunarodnog ugovora,<sup>287</sup> obavijestila depozitara da ne namjerava postati strankom Statuta te da stoga njezin potpis nema pravnih posljedica. Stoga se Rimski statut, kao ni za Protokol I. ne mogu navoditi kao dokaz da je neko u njima sadržano pravilo dio općeg običajnog prava. Nepristupanje SAD tom Statutu i njezin otvoreni otpor njegovim odredbama priječi da odredbe Rimskog statuta postanu običajno pravo. Pozivanje na Rimski statut nedopustivo je i iz još jednog načelnog razloga - on nije postojao u vrijeme sukoba u bivšoj Jugoslaviji ni usvajanja Statuta MKSJ i ne može služiti kao dokaz da je neko pravilo ili institut bio dio općeg običajnog međunarodnog prava u vrijeme počinjenja djela za koja se sudi pred MKSJ. Ako se za neku odredbu Statuta smatra da odražava postojeće običajno pravo i da je bila primjenjiva u vrijeme počinjenja kaznenog djela, to treba i dokazati, na prije navedeni način. S tim u vezi važno je naglasiti da MKSJ ni drugi međunarodni sud ne smije retroaktivno primjenjivati detaljnija pravila o nekom zločinu koji je doduše postojao u vrijeme počinjenja djela, ali su navedena detaljnija pravila nastala ugovorom ili praksom država nakon počinjenja djela. Isto tako, MKSJ, kao ni drugi međunarodni sud, ne smije stvarati novo pravilo ili djelo u okviru zločina koji su mu povjereni Statutom, ako ne dokaže da za to postoje potrebni elementi običajnog prava tj. praksa država i opinio juris.<sup>288</sup> U ispitivanje postojanja običajnog pravila treba krenuti bez unaprijed stvorenih zaključaka, strogo se držeći pravila o potrebi pažljive analize prakse država i motiva te prakse. Takav objektivni pristup ispitivanju postojanja opinio juris Međunarodni sud je dosta puta doveo do, nazovimo to tako, „negativnog dokazivanja“. Naime pomna analiza Suda je nerijetko dovela do zaključka da određena stalna praksa nije još dovela do stvaranja običajnog pravila zbog nepostojanja opinio juris. Jedan od primjera takvog „negativnog dokazivanja“ koji je široko odjeknuo je Savjetodavno mišljenje o dopustivosti prijetnje ili upotrebe nuklearnog oružja iz 1996. Sud je detaljno razmatrao različite aspekte ovog pitanja i na temelju analize državne prakse zaključio je da stvaranje običajnog pravila o zabrani uporabe nuklearnog oružja zapriječeno stalnim sukobom između opinio juris u fazi zametka i još uvijek jakog ustrajavanja na praksi zastrašivanja nuklearnim oružjem.<sup>289</sup> Međunarodni sud sigurno nije bio zadovoljan što mora izreći takvo mišljenje - kako zbog njegova sadržaja, tako i reakcija za koje je bilo jasno da će slijediti - ali pomna, lege artis, analiza prakse država ukazivala je na takav zaključak. Dakle, iz ovog i sličnih primjera iz prakse Međunarodnog suda možemo zaključiti da utvrđivanje postojanja opinio juris zahtijeva pažljivu

---

<sup>287</sup> Čl. 18. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora glasi: „Država se mora suzdržati od čina koji bi osujetili predmet i svrhu ugovora: (a) ako je potpisala ugovor ili razmijenila isprave koje čine ugovor uz rezervu ratifikacije, prihvata ili odobrenja, sve dok jasno ne očituje namjeru da ne postane stranka tog ugovora; ili (b) ako je izrazila svoj pristanak da bude vezana ugovorom, u razdoblju prije stupanja ugovora na snagu i pod uvjetom da se to stupanje na snagu neopravdano ne odgodi.“

<sup>288</sup> DEGAN 1991, 448

<sup>289</sup> Savjetodavno mišljenje o dopustivosti prijetnje ili upotrebe nuklearnog oružja, ICJ Reports 1996, §73.

analizu prakse država i pravnog uvjerenja koje prati tu praksu tj. motiva vršenja te prakse, bez unaprijed stvorenog zaključka ili zadanog zadatka. Opinio juris nije pravno mišljenje međunarodnog suca niti međunarodnog suda, ako nema odgovarajuće prakse država koju valja pažljivo analizirati. „Dokazivanje“ opinio juris bez navođenja prakse država koja ga podupire ne znači puno. To je prije želja za pravnim uređenjem nekog pitanja de lege ferenda ili što je opasnije, stvaranje pravnih pravila pod plaštem običajnog prava zbog bojazni suca da bi moglo doći do situacije „non liquet“.<sup>290</sup> Čini se da je upravo takva bojazan sudaca MKSJ dovela do proglašavanja običajnim pravom pravila koja nemaju uporište u praksi država. MKSJ je i na druge načine izlazio iz okvira svoje nadležnosti i davao mišljenja o pitanjima koja nikako ne spadaju u njegovu nadležnost. Tako je, iako u Statutu MKSJ nije naveden zločin agresije, npr. u presudi u slučaju Blaškić neizravno (ne uporabljajući riječ agresija, ali navevši njenu definiciju) proglasio Republiku Hrvatsku agresorom na Republiku Bosnu i Hercegovinu. Opće je poznato da se takve ocjene mogu dati samo pred sudom (Međunarodni sud) ili arbitražom kojima su države sporazumno povjerile nadležnost da odlučuje o nekom sporu. MKSJ o tome ne može davati mišljenje ni izražavati usputne stavove jer time krši načelo zakonitosti, tim više što se u svojim razmatranjima nije mogao pozvati ni na odluku Vijeća sigurnosti o tome, jer ona ne postoji. Vijeće sigurnosti u okviru svojih ovlasti detaljno ispituje situaciju u svjetlu odredaba rezolucije Opće skupštine 3314 (XXIX) od 14. prosinca 1974. i uzima u obzir sve okolnosti slučaja pri odlučivanju radi li se o agresiji. Pri tome ima u vidu i čl. 2. navedene definicije koji, između ostalog, određuje da Vijeće može zaključiti, imajući u vidu sve relevantne okolnosti, da određeni čin ili njegove posljedice nisu dovoljne težine da bi se radilo o agresiji. A prema stavovima nekih naših autora „...u kontekstu svih zbivanja... teško bi bilo sa sigurnošću tvrditi da je povremena prisutnost Hrvatske vojske.../u Bosni i Hercegovini/ bila takve ozbiljnosti i takvoga intenziteta da bi predstavljala čin agresije“.<sup>291</sup> Iako je teško spekulirati o odlukama Vijeća sigurnosti, čini se da je navedeni zaključak najbliži realnosti. Naime, da se radilo o činu agresije Vijeće sigurnosti bi reagiralo. Zaključci MKSJ o agresiji Republike Hrvatske na susjednu državu, dani izvan ovlasti Suda i bez uporišta u međunarodnopravnim pravilima ne mogu nikoga obvezivati i mogu se smatrati pravno nepostojećima. Zapravo se Sud upustio u proizvoljne ocjene o agresiji najvjerojatnije zato jer je želio utvrditi postojanje međunarodnog sukoba radi primjene određenih pravila. No, u tom je slučaju MKSJ trebao krenuti od zajedničkog čl. 2. Ženevskih konvencija o zaštiti žrtava rata iz 1949. koji daje definiciju međunarodnog oružanog sukoba. Čl. 2. st. 1. navodi da će se konvencije primjenjivati „u slučaju objavljenog rata i svakog drugog oružanog sukoba koji izbije između dviju ili više visokih strana ugovornica, čak i ako jedna od njih nije priznala ratno stanje“. Zašto MKSJ u ocjenjivanju značaja sukoba nije krenuo od te odredbe, pa ispitivao postojanje animus belligerendi, putem analize međunarodnih ugovora sklopljenih između

---

<sup>290</sup> Takvu bojazan dosta je izravno priznao sudac Shahabuddeen u svom odvojenom mišljenju u slučaju Gacumbitsi (ICTR-2001-64-A od 7.srpnja 2006) pred Međunarodnim kaznenim sudom za Rwanđu, v. §51

<sup>291</sup> DEGAN 1991, 460



dvije države prije i poslije unutrašnjeg sukoba između bošnjačkih i hrvatskih snaga, značaja potpore od strane Republike Hrvatske snagama u Bosni i Hercegovini i ostalih relevantnih činjenica, ostaje otvoreno pitanje. Takva gruba omaška, daje nam pravo spekulacije da je takav put bio prezahtjevan ili da je izbjegnuto jer ne bi doveo do željenog rezultata. Loše svjetlo na kompetentnost MKSJ – barem u očima pravnika iz kontinentalnog kruga - baca i odlučivanje prizivnog vijeća u slučaju Hadžihasanović o tome može li jedan od suoptuženika (Amir Kubura) biti odgovoran po osnovi zapovjedne odgovornosti za zločine koji su uglavnom počinjeni dva mjeseca prije no što je on stupio na dužnost zapovjednika.<sup>292</sup> Sama činjenica da je vijeće istraživalo običajno pravo radi odgovora na to pitanje kontinentalnom pravniku izgleda pomalo nevjerojatno. A odahne li takav, ustanovivši da je vijeće ipak zaključilo da Kubura ne može biti odgovoran po načelu zapovjedne odgovornosti za djela počinjena prije njegova preuzimanja dužnosti jer ne postoji takvo međunarodnopravno pravilo i pretpostavivši da je navedeno ispitivanje Suda rezultat njegove prevelike pedantnosti, čeka ga još iznenađenja. Naime, dva suca dala su o tome odvojena mišljenja. Jedan od njih, sudac Hunt tvrdio je da treba početi od toga da je zapovjedna odgovornost dio običajnog prava. Nakon toga treba istražiti zahtijeva li svrha i logika tog načela njegovu primjenu u slučaju Kubure. Drugi, sudac Shahabuddeen, tvrdio je da je novi zapovjednik još uvijek mogao kazniti odgovorne osobe za djela počinjena nedugo prije njegova preuzimanja dužnosti, stojeći na stanovištu da je drukčije stajalište protivno predmetu i svrsi odgovarajućih odredbi Protokola I.<sup>293</sup> Jesu li ovakva rezoniranja, potpuno strana kontinentalnom pravniku koji neće ići u daljnja razmatranja ako je nepobitno da optuženik nije bio zapovjednik u vrijeme počinjenja djela, posljedica obrazovanja nekih sudaca u common law sustavu koje je, pogotovo u ranijoj fazi razvitka, bilo u osnovi pravo koje su stvarali suci? Ili je ta pretjerana „kreativnost“ u iznalaženju primjenjivih pravila rezultat, kako smo već naveli, straha od situacija „non liquet“? Ma koji razlog bio, navedeni slučaj dobro ilustrira u kojoj mjeri stajališta MKSJ mogu odstupati od onog što je kontinentalnom pravniku uobičajeno, pa i neprikosnoveno. Postavlja se načelno pitanje dovodi li se u pitanje načelo zakonitosti već samom činjenicom uvođenja u praksu MKSJ načela, pravila i instituta common law-a koji su bitno različiti od onih u kontinentalnom pravu. Naime, optuženici su isključivo iz zemalja kontinentalnog kruga kojem je strano gore navedeno rezoniranje. Ne dolaze li u takvim situacijama optuženici u poziciju da odgovaraju za djela za koja nisu mogli očekivati da su kažnjiva u doba njihovog počinjenja. Jedna od takvih situacija je i uvođenje instituta zajedničkog zločinačkog pothvata. Na ovom mjestu čini nam se umjesnim citirati izreku vijeća Europskog suda za ljudska prava iz već spominjane presude u predmetu *Kokkinakis v. Greece* iz 1993., koje je istaklo da kazneno djelo „...mora biti u času počinjenja jasno pravno definirano. Taj uvjet je ispunjen ako osoba može iz formulacije relevantne odredbe i, ako je potrebno, uz

---

<sup>292</sup> V. *Prosecutor v. Hadžihasanović*, Decision on Interlocutory Appeal challenging Jurisdiction in relation to Command Responsibility, IT-01-47-AR72, od 16. srpnja 2003, §45; v. i §46-48. i 50.

<sup>293</sup> *Ibid.*, Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge David Hunt i Partial Dissenting opinion of Judge Shahabuddeen, §14. i 15.

pomoć sudskog tumačenja te odredbe, znati zbog kojeg djela i propusta će odgovarati“<sup>294</sup> Ova notorna pravila, koja vrijede i za nacionalno i za međunarodno kazneno pravo, čini se treba stalno ponavljati. Navedena razmatranja treba dopuniti stavovima suca Shahabuddeena o tome da načelo nullum crimen sine lege ne zabranjuje međunarodnim kaznenim sudovima da sudjeluju u progresivnom razvoju prava, pod uvjetom da pravo stvoreno takvim progresivnim razvojem od strane sudova zadrži samu bit izvornog zločina, iako mu možda ne odgovara u svim pojedinostima.<sup>295</sup> Iako učeno i oprezno napisano, to drugim riječima znači da sudac Shahabuddeen smatra da suci imaju ovlast da stvaraju nova, detaljnija pravila o nekom zločinu koji je postojao u vrijeme počinjenja djela, ako ta detaljnija pravila zadržavaju samu bit tog zločina. Već smo istaknuli da bi to značilo retroaktivnu primjenu detaljnijih pravila koja nisu postojala u vrijeme počinjenja djela te bi time bilo povrijeđeno načelo zakonitosti. Začuđuje benevolentni odnos suca Merona prema takvim stavovima,<sup>296</sup> ali nam nakon ovakvih stajališta sudaca MKSJ postaje jasnije kako se moglo desiti da dubiozni institut zajedničkog zločinačkog pothvata s vremenom prevlada u optužnicama i presudama, potiskujući institute koji su za tužitelje i suce pravno zahtjevniji. Je li vijeće MKSJ u drugostupanjskoj presudi u slučaju Tadić opravdalo tvrdnju o institutu zajedničkog zločinačkog pothvata kao „čvrsto utemeljenom u međunarodnom običajnom pravu“ i „...implicitno potvrđenom u Statutu MKSJ“<sup>297</sup>? Polazeći od drugo navedene tvrdnje, treba istaći da ne vidimo osnove za tvrdnju da se Statutom implicitno potvrđuje institut zajedničkog zločinačkog pothvata. Ni st.1. ni st.3. čl.7. Statuta ni izravno ni neizravno ne odnose se na odgovornost za zločine koji bi bili rezultat sudjelovanja u zajedničkom zločinačkom pothvatu. „Objašnjenje“ zašto bi Statut implicate sadržavao i institut zajedničkog zločinačkog pothvata nalazimo jedino u drugostupanjskoj odluci u predmetu Ojdanić, gdje se navodi da nabranjanje "oblika odgovornosti" u čl.7. st.1 Statuta nije konačno jer to proizlazi iz izraza „ili na drugi način pomogla i sudjelovala“.<sup>298</sup> Teško je dokučiti kako je vijeće došlo do ovog zaključka. Da je to doista tako sastavljači Statuta bi sucima MKSJ dali ovlast da nadopunjuju listu "oblika odgovornosti", o čemu nema ni govora. Iz svega što smo dosad naveli proizlazi upravo obrnut zaključak. Upravo zato da ne bi bilo ovakvih tumačenja, u Izvješću Glavnog tajnika od 3. svibnja 1993. ističe se da primjena načela zakonitosti zahtijeva da međunarodni sud primijeni pravila međunarodnog humanitarnog prava koja su „izvan svake sumnje dio običajnog prava“. Da su tvorci Statuta imali u vidu primjenu instituta ZZP, uključili bi ga u Statut. MKSJ ni u drugostupanjskoj presudi u predmetu Tadić, a ni u kasnijim presudama nije jasno definirao taj novi oblik odgovornosti, a suvišno je opetovano isticati da

<sup>294</sup> Kokkinakis v. Greece, 14307/88 od 25.05.1993.

<sup>295</sup> „Principle of nullum crimen sine lege does not bar progressive development of the law, provided that the developed law retains the very essence of the original crime even though not corresponding to every detail of it.“, v. SHAHABUDDEEN 2004, 1007

<sup>296</sup> MERON 2005, 825-826

<sup>297</sup> Tadić II, §220

<sup>298</sup> Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise (IT-99-37-AR72, od 21. svibnja 2003), §19.

kazneno pravo uopće, pa i međunarodno kazneno pravo zahtijeva jasne i precizne definicije. Tvrdnja drugostupanjskog vijeća u slučaju Tadić da ZZP nije posebni oblik kaznenog djela nego „oblik počinjenja“ kojim neka osoba ostvaruje kazneno djelo predviđeno Statutom<sup>299</sup> nimalo ne pridonosi jasnijem definiranju tog instituta. Naprotiv, moglo bi se reći da čak i dodatno zamućuje uvjete njegove primjene te omogućuje još veću arbitrarnost Tužiteljstva i Suda u njegovoj primjeni. I tvrdnja o čvrstoj utemeljenosti instituta zajedničkog zločinačkog pothvata u međunarodnom običajnom pravu nije osnovana, pogotovo glede trećeg, „proširenog“ oblika zajedničkog zločinačkog pothvata. Analiza slučajeva koji se u drugostupanjskoj presudi u slučaju Tadić navode u prilog tvrdnji o čvrstoj utemeljenosti instituta ZZP u međunarodnom običajnom pravu pokazuje da je u sudskoj praksi prihvaćanje tog oblika odgovornosti bilo vrlo ograničeno. I samo drugostupanjsko vijeće ističe da je u nekim državama (npr. Nizozemskoj i Njemačkoj) optuženi odgovoran za zločine koji proizađu iz zajedničkog zločinačkog pothvata ako je dijelio istu zločinačku namjeru s ostalim sudionicima pothvata. Međutim, ako jedan od sudionika počinio zločin koji nije bio predviđen zajedničkim zločinačkim pothvatom, on sam će kazneno odgovarati za taj zločin.<sup>300</sup> Praksa država nije, dakle, tako jednoobrazna, priznaje i samo vijeće. Ni kapitalni slučajevi koje vijeće navodi kao dokaz o običajnom pravnom značaju „proširenog“ oblika zajedničkog zločinačkog pothvata: Essenski linč pred britanskim vojnim sudom i Kurt Goebel et al (poznat i kao slučaj Borkum Island koji je predstavljen gore u tekstu) pred američkim vojnim sudom<sup>301</sup> ne pružaju jasnu i nedvosmisleni potporu tvrdnjama drugostupanjskog vijeća u slučaju Tadić. Naime, ni u jednom od tih slučajeva sud nije izričito rekao da su neki od sudionika pothvata kažnjeni već na temelju toga što je postojao predvidiv rizik da će u realizaciji zajedničkog zločinačkog pothvata doći do određenog zločina. Drugostupanjsko vijeće u slučaju Tadić je, dakle, samo pretpostavilo da su pojedini sudionici pothvata kažnjeni, a da nije ustanovljena namjera počinjenja djela.<sup>302</sup> Jedini od slučajeva koje drugostupanjsko vijeće navodi kao potporu tvrdnjama o običajnom pravnom karakteru „proširenog“ zajedničkog zločinačkog pothvata, a koji udovoljava svim zahtjevima, je presuda talijanskog Kasacijskog suda iz 1947. u predmetu D'Ottavio et al.<sup>303</sup> Stoga se s punim pravom može postaviti pitanje na temelju čega je drugostupanjsko vijeće u predmetu Tadić donijelo zaključak o čvrstoj utemeljenosti „proširenog“ oblika ZZP u međunarodnom običajnom pravu. Uz slučajeve iz sudske prakse, drugostupanjsko vijeće u slučaju Tadić kao dokaz o tome da je ZZP dio međunarodnog običajnog prava navodi i odredbe dvaju međunarodnih ugovora: čl. 25. st. 3. d) Rimskog statuta Međunarodnog kaznenog suda iz 1998. i čl. 2. st. 3. c) Međunarodne konvencije o suzbijanju terorističkih napada eksplozivnim napravama, usvojenu rezolucijom Opće skupštine 52/164 od 15. prosinca 1997.<sup>304</sup> O snazi takvog

---

<sup>299</sup> Tadić II, §188

<sup>300</sup> Ibid., §224.

<sup>301</sup> Ibid., §205-213; Supra t. 116-117,

<sup>302</sup> Usp. POWLES 2004, 606 i sl.; Supra t. 127

<sup>303</sup> Tadić II, §215; Supra t. 118

<sup>304</sup> Ibid., §221-224

dokaza već smo se izjasnili: ugovori zaključeni petnaest i više godina nakon počinjenja djela ne mogu biti dokazom da je neko kazneno djelo bilo dijelom općeg običajnog međunarodnog prava u vrijeme počinjenja djela. Za Rimski statut naveli smo i dodatni razlog koji to priječi: činjenica da neke od najvažnijih država odbijaju postati njegovom strankom zapreka je da njegov sadržaj postane dijelom međunarodnog običajnog prava. Sustavna analiza ukazuje na zaključak da u drugostupanjskoj presudi u predmetu Tadić, kao niti u ostalim presudama MKSJ, nisu ponuđeni uvjerljivi dokazi da je ZZP "čvrsto utemeljen u međunarodnom običajnom pravu" i "implicitno potvrđen u Statutu MKSJ". "Stvaranjem" tog "oblika odgovornosti" u praksi MKSJ prekršeno je načelo zakonitosti kao jedno od temeljnih načela suvremenog međunarodnog kaznenog prava.

# TREĆE POGLAVLJE

## OBJEKTIVNI ELEMENTI TEORIJE ZAJEDNIČKOG ZLOČINAČKOG POTHVATA

### 1. Uvodne napomene

Žalbeno vijeće u predmetu Tadić odredilo je tri sastavnice objektivnog elementa koje su zajedničke svim oblicima ZZP. Sastavnice koje moraju biti utvrđene kumulativno jesu:

- i. Više osoba koje ne moraju biti organizirane u političku, vojnu ili upravnu strukturu (pluralitet osoba);
- ii. Postojanje zajedničkog plana, zamisli ili nakane koja predstavlja ili uključuje počinjenje kaznenog djela predviđenog Statutom;
- iii. Sudjelovanje optuženika u zajedničkom planu koji uključuje počinjenje jednog od kaznenih djela predviđenih Statutom.<sup>305</sup>

### 2. Pluralitet osoba

U predmetu Kvočka Raspravno je vijeće istaknulo da “udruženi zločinački poduhvat može postojati ako dvoje ili više ljudi sudjeluje u nekom zajedničkom zločinačkom poslu. Taj zločinački posao seže od udruživanja „dviiju osoba u cilju pljačkanja banke, pa do sistematskog pokolja više milijuna ljudi u okviru nekog ogromnog zločinačkog režima u koji je uključeno na tisuće sudionika.“<sup>306</sup> Takva neodređenost u pogledu broja pripadnika ZZP rezultirala je neujednačenom praksom u sastavljanju optužnica. Dok je u nekim optužnicama ZZP postavljen vrlo ambiciozno i uključuje gotovo sve poznate i nepoznate osobe koje se nalaze na području sukoba ili su s njim na bilo koji način povezane, u drugima je pak ZZP ograničen samo na nekoliko osoba koje su zajednički sudjelovale u izvođenju pojedinih oružanih napada i/ili uspostavljanju i održavanju određenog sustava u okviru kojeg su počinjeni zločini. Prvi način konstrukcije ZZP nalazimo u predmetu Prlić i dr. kod kojeg Tužiteljstvo u § 16. navodi:

„Brojne osobe su sudjelovanje u tom udruženom zločinačkom poduhvatu. Svaki sudionik je svojim činjenjem, nečinjenjem, postupcima ili ponašanjem, kako individualnim, tako i onim izvršenim u dosluhu s drugim osobama ili preko drugih osoba, bitno doprinio provođenju tog poduhvata i ostvarenju njegovog cilja. Među tim brojnim osobama koje su, pored ostalih, sudjelovale u ZZP, jesu:

- Franjo Tuđman (preminuo 10. prosinca 1999.), predsjednik Republike Hrvatske;

---

<sup>305</sup> Tadić II, §227

<sup>306</sup> Kvočka I, §307

- Gojko Šušak (preminuo 3. svibnja 1998.), ministar obrane Republike Hrvatske;
- Janko Bobetko (preminuo 29. travnja 2003.), general u vojsci republike Hrvatske;
- Mate Boban (preminuo 8. srpnja 1997.), predsjednik Hrvatske Zajednice (i Republike) Herceg-Bosne;
- Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić, Berislav Pušić;
- razni drugi dužnosnici i članovi vlade i političkih struktura Herceg Bosne/HVO-a na svim razinama (uključujući općinske organe vlasti i mjesne organizacije);
- razni čelnici i članovi Hrvatske demokratske zajednice i Hrvatske demokratske zajednice Bosne i Hercegovine na svim razinama;
- razni pripadnici oružanih snaga Herceg Bosne /HVO-a, specijalnih jedinica, vojne i civilne policije, sigurnosnih i obavještajnih službi, paravojnih formacija, lokalnih obrambenih snaga, te druge osobe koje su djelovale pod nadzorom ili zajedno ili u suradnji s tim oružanim snagama, policijom i drugim elementima;
- razni pripadnici oružanih snaga, policije, sigurnosnih i obavještajnih službi Republike Hrvatske;
- te druge osobe, poznate i nepoznate.“

Krug sudionika ZZZP široko je određen i u spojenoj optužnici protiv Čermaka, Markača i Gotovine gdje se navodi da je uz optuženike:

„...mnogo osoba sudjelovalo u ovom udruženom zločinačkom poduhvatu. To su bili: Franjo Tuđman (pokojni), predsjednik Republike Hrvatske; Gojko Šušak (pokojni), ministar obrane Republike Hrvatske; Janko Bobetko (pokojni), načelnik Glavnog stožera HV-a do 17. srpnja 1995., kada je umirovljen; Zvonimir Červenko (pokojni) načelnik Glavnog stožera HV-a (imenovan 17. srpnja 1995.),“<sup>307</sup>

Osim imenovanih u optužnici se spominju i „razni časnici, dužnosnici i članovi hrvatske vlade i političkih struktura na svim razinama (uključujući i one u općinskim vlastima i lokalnim organizacijama); razni vođe i članovi HDZ-a; razni časnici i članovi HV, Specijalne policije, civilne policije i drugih službi za sigurnost i/ili obavještavanje kao i druge znane i neznanе osobe.“<sup>308</sup> Široko određenje kruga sudionika ZZZP nalazimo i u optužnici u predmetu Brđanin:

“Osim optuženika u tom poduhvatu sudjelovao je vrlo velik broj pojedinaca, uključujući i Momira Talića, druge članove Kriznog štaba AR Krajina, rukovodstvo srpske republike i SDS-a, uključujući Radovana Karadžića, Momčila Krajišnika i Biljanu Plavšić, članove Skupštine Autonomne Regije Krajina i Izvršnog vijeća Skupštine, srpske krizne štabove općina AR Krajine, vojsku Republike Srpske, srpske paravojne snage i druge.”<sup>309</sup>

Široko koncipirani ZZZP nedvojbeno je u funkciji lakšeg dokazivanja subjektivnog elementa ZZZP od strane tužiteljstva. Naime, takva konstrukcija omogućava da se brojna kaznena djela uvrste u „predvidive posljedice zločinačkog plana“. S druge strane, što je broj osoba koje sudjeluju u ZZZP manji, to je manji i broj kaznenih

<sup>307</sup> Tužitelj protiv Gotovine, Čermaka i Markača, Spojena optužnica od 17. veljače 2006. godine, § 16

<sup>308</sup> Ibid., § 17

<sup>309</sup> Tužitelj protiv Radoslava Brđanina, 09.12.2003., §27.4.

djela koja se potencijalno mogu uvrstiti u predvidive posljedice zločinačkog plana. Iz konstrukcije optužnice u predmetu Prlić i dr. također je razvidno da Tužiteljstvo razlikuje „čelnike“ od „drugih članova“ udruženog zločinačkog pothvata. Tako, primjerice, u § 23. stoji da su „tijekom i u sklopu udruženog zločinačkog poduhvata, čelnici i drugi članovi tog poduhvata, među kojima su bili Franjo Tuđman, Mate Boban i Jadranko Prlić, često u javnosti tvrdili da podržavaju vladu Bosne i Hercegovine i nezavisnu i suverenu Bosnu i Hercegovinu, a na drugoj su strani, manje javno ali konkretnije radili na ostvarenju svog cilja, Velike Hrvatske, unutar granica Hrvatske banovine.“ Ono što, međutim, nije moguće nedvojbeno zaključiti jest tko su, izvan kruga optuženih osoba, zapravo „čelnici“, a tko „drugi članovi“ tog pothvata. Bez tog razlikovanja nije moguće u potpunosti precizno odrediti konkretni doprinos svake od tih kategorija sudionika. Nadalje, u § 25. optužnice se navodi da „premda nije svaki pripadnik HVO-a ili HDZ BiH bio dio udruženog zločinačkog poduhvata, Herceg-Bosna, HVO i HDZ-BiH su bili ključne strukture i instrumenti udruženog zločinačkog poduhvata.“ Iz ovoga je razvidno da u optužnici nedostaju se samo pozitivni kriteriji za utvrđivanje kruga osoba koje se imaju smatrati dijelom ZZP, već i negativna selekcija tj. kriteriji prema kojima bi bilo moguće odrediti pojedince koji su pripadali tim „kriminalnim strukturama“, a koji ipak nisu bili dijelom ZZP. U tome se ogleda i kontradikcija navoda iz optužnice koji se odnose na ZZP i na kojima se na jednom mjestu konstatira „zločinački“ karakter Herceg-Bosne, HVO-a i HDZ-BiH, uz istovremeni proturječni zaključak da „nisu svi pripadnici“ tih struktura bili dijelom ZZP.“ Ovakav način etiketiranja upućuje na zaključak o „kriminalnom karakteru“ određenih političkih organizacija (npr. HDZ BiH), teritorijalno-ustrojstvenih jedinica (Herceg Bosna) i vojno-obrambenih struktura (HVO) iz čega proizlazi i „inkriminiranost“ članstva u tim strukturama što ni u kojem slučaju nije u skladu s odredbama o osobnoj kaznenoj odgovornosti Statuta MKSJ.<sup>310</sup> Praksa preširokog određenja kruga sudionika ZZP naišla je na kritiku u prvostupanjskoj presudi u predmetu Brđanin. Optužnicom od 9. prosinca 2003. godine Radoslav Brđanin, član Srpske demokratske stranke (SDS) i predsjednik Kriznog štaba "Autonomne regije Krajina", optužen je za planiranje i provedbu kampanje etničkog čišćenja nesrpskog stanovništva na području Prijedora.<sup>311</sup> U nedostatku dokaza da je optuženi osobno sudjelovao u počinjenju kaznenih djela za koja je optužen, tužiteljstvo je posegnulo za već ustanovljenom teorijom ZZP formuliranom u presudi Žalbenog vijeća u predmetu Tadić. Prema § 27.1 optužnice protiv Brđanina:

„...svrha tog udruženog zločinačkog pothvata bila je trajno prisilno odstranjivanje većine stanovnika bosanskih Muslimana i bosanskih Hrvata s teritorija planirane srpske države činjenjem kaznenih djela navedenih u točkama od 1 do 12.“ Predmetni ZZP započeo je „najkasnije osnivanjem Skupštine srpskog naroda u Bosni i Hercegovini 24. listopada 1991. godine i postojao tijekom čitavog razdoblja sukoba u Bosni i Hercegovini, sve do potpisivanja Daytonskog sporazuma 1995. godine.“

---

<sup>310</sup> U optužnici se i ne navodi da su konkretne zločine izvršavali pojedinci već HVO, HDZ BiH i Herceg-Bosna

<sup>311</sup> Tužitelj protiv Radoslava Brđanina, 9. prosinca 2003.

Polazeći od toga da optuženik nije osobno počinio niti jedno od kaznenih djela koja mu se stavljaju na teret, Raspravno je vijeće zauzelo, po našem mišljenju, ispravno stajalište da Tužiteljstvo mora dokazati postojanje sporazuma kojega je on zaključio s neposrednim počiniteljem kaznenog djela. Uvjet za odgovornost optuženika za prošireni ZZP je, dakle, prema stajalištu Raspravnog vijeća, dokazivanje toga sporazuma kao i okolnosti da je počinjeno kazneno djelo prirodna i predvidiva posljedica tog sporazuma. To je u prvostupanjskoj presudi ovako obrazloženo:

„U svrhu utvrđivanja osobne kaznene odgovornosti prema teoriji o zajedničkom zločinačkom pothvatu nije dovoljno dokazati postojanje sporazuma ili dogovora o počinjenju kaznenog djela između optuženika i osobe koja zapovijeda ili ima kontrolu nad vojnom ili paravojnom jedinicom koja čini kazneno djelo. Optuženik se može smatrati kazneno odgovornim po osnovi zajedničkog zločinačkog poduhvata samo ako Tužiteljstvo dokaže izvan razumne sumnje da je sklopio sporazum ili dogovor s relevantnim fizičkim počiniteljima o počinjenju konkretnog kaznenog djela koje je na kraju i počinjeno, ili ako je kazneno djelo koje su počinili relevantni fizički počinitelji prirodna i predvidiva posljedica kaznenog djela o kojem su se optuženik i relevantni fizički počinitelji sporazumjeli ili dogovorili.“<sup>312</sup>

Da bi optuženik bio proglašen odgovornim po osnovi ZZP, Tužiteljstvo mora dokazati ne samo njegov objektivni doprinos uspostavi i/ili održavanju ZZP već i postojanje sporazuma s neposrednim počiniteljem, što je Raspravno vijeće ovako obrazložilo:

„činjenica da su radnje ili ponašanje optuženika olakšali ili doprinijeli počinjenju kaznenog djela od strane druge osobe i/ili da su pomogli u stvaranju kažnjive namjere kod te osobe nije dovoljna da bi se izvan svake razumne sumnje utvrdilo da je među njima postojao sporazum ili dogovor o počinjenju tog konkretnog kaznenog djela. Sporazum između dvije osobe o počinjenju kaznenog djela zahtijeva međusobnu pogodbu ili dogovor da se počini kazneno djelo.“<sup>313</sup>

Nakon što je utvrdilo da nema neposrednih dokaza na osnovi kojih bi se utvrdilo da je takav sporazum ili dogovor između optuženika i fizičkih počinitelja kaznenog djela postojao, a da se iz činjenice složne provedbe Strateškog plana mogu izvesti i drugi razumni zaključci (npr. da su relevantni fizički počinitelji odnosna kaznena djela počinili po zapovijedi pretpostavljenih) osim onoga da je između njih postojao sporazum i/ili dogovor, Raspravno je vijeće odbilo primijeniti ZZP kao oblik osobne kaznene odgovornosti optuženika u ovom predmetu po osnovi članka 7(1) Statuta MKSJ. Protiv prvostupanjske presude Tužiteljstvo je podnijelo žalbu u kojoj je, između ostalog, istaknulo kako je Raspravno vijeće pogrešno postupilo zahtijevajući:

a/ da neposredni počinitelj bude član ZZP;

---

<sup>312</sup> Brđanin I, §347

<sup>313</sup> Ibid., §352



- b/ da je potrebno dokazati izravni sporazum između optuženog člana ZZP i neposrednog počinitelja kaznenog djela;
- c/ da je primjena teorije ZZP ograničena na pothvate manjeg opsega.

U nastojanju da iznesene žalbene navode učini vjerodostojnim i uvjerljivim, ali i pravno opravdanim, Tužiteljstvo se pozvalo na odluku Žalbenog vijeća MKSR u predmetu Rwamakumba. U tom je predmet, naime, uzeta u obzir praksa sudova nakon II. svjetskog rata u predmetima RuSHA i Pravosuđe prema kojoj se, po shvaćanju Tužiteljstva, ne traži da neposredni počinitelji kaznenih djela budu članovi ZZP. Iz interpretacije tih predmeta od strane Žalbenog vijeća MKSR u predmetu Rwamakumba, a kojeg je spremno preuzelo Tužiteljstvo MKSJ u predmetu Brđanin, za krivnju optuženika dovoljno je dokazati “njegovo svjesno sudjelovanje u državnom organiziranom sustavu okrutnosti i nepravde”<sup>314</sup>. Prema takvom shvaćanju Tužiteljstva, standardi prihvaćeni u predmetu Pravosuđe upućuju na zaključak da je, prema teoriji ZZP, za krivnju odgovornosti optuženika dovoljno dokazati da je optuženi znao za kazneno djelo koje mu se stavlja na teret i da je bio povezan s njegovim počinjenjem.<sup>315</sup> Naime, kako ističe Tužiteljstvo, nije potrebno inzistirati na tome da neposredni počinitelj bude član ZZP jer uvijek postoji način da se počinjeno kazneno djelo poveže s postojanjem i djelovanjem ZZP. Po tom stajalištu Tužiteljstva imputacija odgovornosti optuženiku je pravno osnovana ako se dokaže da je neposredni počinitelj bio obično sredstvo u njegovim rukama. U odgovoru na navode Tužiteljstva, obrana opt. Brđanina smatra da je usporedba s dva citirana predmeta nakon II. svjetskog rata promašena s obzirom da u predmetu RuSHA presuda nije donesena po osnovi ZZP, dok su optuženici u predmetu Pravosuđe bili osobno aktivno uključeni u radnju izvršenja kaznenih djela koja im se stavljaju na teret.<sup>316</sup> Komentirajući ovu prvu žalbenu osnovu smatramo da je važno upozoriti i na podnesak koji je u svojstvu prijatelja suda Tribunals Association of Defence Counsel (dalje u tekstu: ADC) podnio Žalbenom vijeću.<sup>317</sup> Premda se *amicus curiae* u svom podnesku ogradio od tvrdnje da doktrina ZZP ne postoji u međunarodnom običajnom pravu, upozorio je da su elementi te doktrine definirani u presudi Žalbenog vijeća u predmetu Tadić te da ti elementi predstavljaju obvezujući presedan za sva vijeća MKSJ. U tom smislu ADC je podržao zaključak Raspravnog vijeća prema kojem i optuženik i neposredni počinitelj moraju biti članovi ZZP jer je to u suglasju s postojećim međunarodnim običajnim pravom, presedanima Žalbenog vijeća te predmetom i svrhom međunarodnog kaznenog pravosuđa. U zaključku ADC ističe da bi, ukoliko bi Žalbeno vijeće prihvatilo argumente Tužiteljstva, to značilo podrivanje legitimiteta Tribunala i međunarodnog kaznenog prava. Naime, osuditi Brđanina za kaznena djela počinjena od strane osoba koje nisu bile članovi ZZP dovelo bi u pitanje svrhu MKSJ, a to je afirmacija ideje pomirenja među nekad

---

<sup>314</sup> Brđanin II, §368

<sup>315</sup> Ibid.

<sup>316</sup> Ibid., §371

<sup>317</sup> Decision on Association of Defence Counsel Request to Participate in Oral Argument, 7 November 2005. Amicus Brief of Association of Defence Counsel – ICTY (“Amicus Brief”), 5 July 2005.

zaraćenim stranama na području bivše SFRJ. Kod razmatranja pitanja da li osoba koja je izvršila radnju počinjenja kaznenog djela (actus reus) mora biti pripadnik ZZP, Žalbeno je vijeće istaknulo da za zasnivanje odgovornosti optuženika po osnovi ZZP nije od utjecaja tko je počinio konkretno kazneno djelo već je li to djelo u okviru zajedničkog plana (common purpose). Ono je istaknulo kako niti Žalbeno vijeće u predmetima Tadić, Vasiljević i Krnojelac nije sasvim jasno odgovorilo na pitanje mora li neposredni počinitelj biti članom ZZP. S obzirom da je u dosadašnjoj praksi Tribunala neposredni počinitelj označavan na različite načine (materijalni počinitelj, fizički počinitelj, relevantni fizički počinitelj), Žalbeno je vijeće odlučilo nazvati ga – principal perpetrator. Time je, međutim, ono pogriješilo jer je, kada je o ZZP riječ, neposrednog počinitelja koji je zapravo u drugom planu terminološki i sadržajno pretvorilo u središnju kriminalnu figuru. Takvim se izričajem sugerira da su upravo neposredni počinitelji središnje kriminalne figure što nije u skladu sa suštinom konstrukcije ZZP kao izvedene kaznene odgovornosti. Takva terminologija, uostalom, odstupa od dotad ustaljene u praksi MKSJ (v. presudu Žalbenog vijeća u predmetu Krnojelac u kojoj se ističe kako termin principal offender znači više od običnog fizičkog počinitelja).

## 2.1. Da li glavni počinitelj mora sudjelovati u zajedničkom planu?

U presudi Žalbenog vijeća u predmetu Brđanin istaknuto je da u predmetu Tadić nije jasno ponuđen odgovor na pitanje mora li neposredni počinitelj sudjelovati u ZZP (whether the principal perpetrator must have participated in the common purpose).<sup>318</sup> Međutim, analiza presude Žalbenog vijeća u tom predmetu, upućuje na sasvim drugačiji zaključak. U tom se predmetu stav Žalbenog vijeća u odnosu na pitanje mora li neposredni počinitelj biti pripadnik ZZP nazire već na mjestu na kojem sud određuje da kod davanja odgovora na pitanje može li se prema međunarodnom kaznenom pravu žalitelja smatrati kazeno odgovornim za ubojstvo petorice muškaraca iako nema dokaza da je on osobno ubio bilo kojeg od njih treba utvrditi da li djelo jedne osobe može dovesti do kaznene odgovornosti druge osobe kada obje osobe sudjeluju u izvršenju zajedničkog zločinačkog plana.<sup>319</sup> Već iz toga proizlazi da obje osobe, dakle i optuženi i neposredni počinitelj čija se radnja (actus reus) uračunava optuženiku, moraju zajednički sudjelovati u izvršenju zajedničkog zločinačkog plana. Upravo to zajedničko sudjelovanje u zločinačkom planu da se počini konkretno kazneno djelo predstavlja osnovu uračunavanja radnje fizičkog počinitelja okrivljeniku za kojeg nema dokaza da je osobno sudjelovao u radnji izvršenja kaznenog djela koje mu se stavlja na teret. Dijelovi obrazloženja presude Žalbenog vijeća u predmetu Tadić koji se u nastavku citiraju omogućuju jasni i pregledni uvid u stajališta tog vijeća o ovom pitanju:

- „Mnogi predmeti iz razdoblja nakon Drugog svjetskog rata koji se bave ratnim zločinima zasnivaju se na načelu da kad dvije ili više osoba djeluju zajednički u provođenju zajedničke kriminalne nakane, kaznena djela koja počini bilo tko od njih povlače za sobom kaznenu odgovornost svih članova grupe.“<sup>320</sup>
- „Treća kategorija obuhvaća predmete u kojima je postojao zajednički plan da se slijedi jedan način ponašanja gdje jedan od počinitelja počini djelo koje je, iako izvan zajedničkog plana, ipak prirodna i predvidiva posljedica izvršenja te zajedničke nakane.“<sup>321</sup>
- „Kaznena odgovornost može se pripisati svim sudionicima zajedničkog pothvata kada je rizik da bi moglo doći do smrti bio predvidiva posljedica izvršenja zajedničkog plana i kada se istovremeno optuženi prema tom riziku odnosio bilo bezobzirno bilo indiferentno. Drugi primjer je zajednički plan da se civili određene etničke grupe prisilno istjeraju paljenjem njihovih kuća; ako neki od sudionika u tom planu prilikom njegovog izvršavanja ubiju civile tako što zapale njihove kuće, svi drugi sudionici u planu su kazneno odgovorni za ubojstva ako su smrti bile predvidive.“<sup>322</sup>
- „Kao što je detaljnije izloženo u nastavku, uvjeti uspostavljeni u ta dva pravna izvora su dvojake prirode: kriminalna namjera da se sudjeluje u zajedničkom

---

<sup>318</sup> Ibid., §406

<sup>319</sup> Tadić II, §185

<sup>320</sup> Ibid., §195

<sup>321</sup> Tadić II, §204

<sup>322</sup> Ibid.

zločinačkom pothvatu i predvidivost da će sudionici u zajedničkom planu vjerojatno počinuti i druga kaznena djela osim onih predviđenih zajedničkim zločinačkim planom.<sup>323</sup>

- “Kad je riječ o objektivnim i subjektivnim elementima kaznenog djela, sudska praksa pokazuje da se taj koncept primjenjuje na tri različite kategorije slučajeva. Prvo, za slučajeve supočiniteljstva, kada svi sudionici u zajedničkom planu posjeduju istu zločinačku namjeru da počine kazneno djelo (a jedan ili više njih doista i počine kazneno djelo, s namjerom).<sup>324</sup>

- „Što se tiče treće kategorije slučajeva, primjena koncepta “zajedničke nakane” umjesna je samo kad su ispunjeni sljedeći uvjeti u vezi mens rea: (i) namjera da se sudjeluje u zajedničkom zločinačkom poduhvatu i da se – individualno i zajednički – provede zločinačka nakana tog poduhvata; i (ii) predvidivost mogućeg počinjenja, od strane drugih pripadnika grupe, kaznenih djela koja ne predstavljaju cilj zajedničke zločinačke nakane. Znači, sudionici moraju imati na umu namjeru, na primjer da se zlostavlja ratne zarobljenike (čak i ako je takva namjera improvizovirana na licu mjesta) i jedan ili neki pripadnici grupe su ih doista i ubili.”<sup>325</sup>

Žalbeno vijeće zaključilo je da niti u predmetima Vasiljević i Krnojelac nije jasno odgovoreno na pitanje moraju li neposredni počinitelji biti članovi ZZP.<sup>326</sup> Podsjetimo, da je u predmetu Vasiljević pozadina inkriminiranog događaja bila vrlo slična onome u predmetu Tadić. Radilo se o manjoj grupi naoružanih osoba, a u nedostatku dokaza da je bilo koja od njih neposredno počinila kazneno djelo (radilo se o ubojstvima nenaoružanih civila), Raspravno je vijeće odgovornost optuženika zasnovalo na teoriji ZZP. Ono je zaključilo da je između “...Milana Lukića, optuženog i dvojice neidentificiranih muškaraca postojala suglasnost, koja se može smatrati sporazumom, da se sedmorica Muslimana, uključujući dvojicu preživjelih, ubiju.”<sup>327</sup> S obzirom na taj sporazum, optuženiku se stavlja na teret da je sudjelovao u “udruženom zločinačkom pothvatu da se počini ubojstvo tako što je sedmoricu Muslimana pritvorenih u hotelu “Vilina vlas” spriječio da pobjegnu držeći ih na nišanu, tako što ih je proveo do obale Drine držeći ih na nišanu i time ih sprečavajući da pobjegnu, te tako što je neposredno prije strijeljanja zajedno s ostalim počiniteljima stajao iza ovih Muslimana s puškom u ruci.”<sup>328</sup> Premda nije eksplicirano da su ti neidentificirani muškarci članovi ZZP, iz okolnosti da je potrebno utvrditi postojanje sporazuma optuženika s neposrednim počiniteljima, proizlazi da i oni moraju biti pripadnici ZZP. Raspravno je vijeće također zaključilo i da su, u slučaju da kazneno djelo počini jedan ili više sudionika udruženog zločinačkog pothvata, svi sudionici jednako krivi za to kazneno djelo bez obzira na ulogu koju su imali u počinjenju tog djela.” U istom je predmetu Žalbeno vijeće utvrdilo i da se za “...prošireni oblik udruženog zločinačkog

---

<sup>323</sup> Ibid., § 206

<sup>324</sup> Ibid., § 220

<sup>325</sup> Ibid.

<sup>326</sup> Brđanin II, §407

<sup>327</sup> Vasiljević I, §208

<sup>328</sup> Ibid.

pothvata traži namjera da se sudjeluje u zajedničkoj nakani grupe i ostvaruje ta nakana, te da se doprinese udruženom zločinačkom poduhvatu ili barem počinjenju kaznenog djela od strane grupe.”<sup>329</sup> Iz toga također proizlazi da kazneno djelo mora biti počinjeno od strane grupe odnosno od strane barem nekog pojedinca koji pripada toj grupi u kojoj je formulirana zajednička namjera. Nadalje, Žalbeno vijeće utvrdilo da optuženi snosi odgovornost za kazneno djelo koje izlazi iz okvira zajedničkog plana “samo ako je u uvjetima tog slučaja, bilo predvidivo da će neki od pripadnika grupe počinuti takvo kazneno djelo...”<sup>330</sup> Žalbeno vijeće je prihvatilo i standard iz predmeta Tadić da “zajednički plan ili nakana može biti improvizirana na licu mjesta, a izvodi se iz činjenice da više osoba djeluje zajedno kako bi proveli u djelo zajednički zločinački pothvat.”<sup>331</sup> Tvrdnja da namjera može biti improvizirana na licu mjesta jasno upućuje na zaključak da neposredni počinitelj kaznenog djela može biti samo osoba koja je i sama član ZZZP i koja na taj način takav plan provodi u djelo. I u drugim predmetima vođenim pred MKSJ, a kojima se Žalbeno vijeće nije bavilo u ovoj presudi, nalazimo na više mjesta potporu u prilog tezi da neposredni počinitelj kaznenog djela mora biti član ZZZP. Tako, primjerice, u predmetu Kvočka:

- “Raspravno vijeće je zauzelo stav da supočinitelj u udruženom zločinačkom pothvatu dijeli namjeru izvršenja tog udruženog zločinačkog poduhvata i aktivno radi na njegovom ostvarivanju. S druge strane, pomagatelj i podržavatelj ne mora nužno dijeliti namjeru drugih sudionika; on samo treba biti svjestan toga da svojim doprinosom pomaže ili omogućava zločin koji čine drugi sudionici.”<sup>332</sup>

- “U slučajevima kada neki pomagatelj i podržavatelj zna samo to da njegova pomoć koristi jednoj osobi u počinjenju jednog kaznenog djela, on će se smatrati odgovornim samo za pomaganje i podržavanje tog kaznenog djela. To vrijedi i u slučajevima kada glavni počinitelj sudjeluje u udruženom zločinačkom poduhvatu skopčanom s počinjenjem daljnjih zločina. Međutim, u slučajevima kada optuženi zna da svojom pomoći daje podršku zločinima grupe osoba koje sudjeluju u udruženom zločinačkom poduhvatu i kada on dijeli njihovu namjeru, on se može proglasiti kazneno odgovornim kao supočinitelj u kaznenim djelima počinjenim u sklopu ostvarivanja zajedničkog cilja.”<sup>333</sup>

- “Žalitelj Kvočka, kako se čini, tvrdi da supočinitelj u udruženom zločinačkom poduhvatu mora barem djelomično fizički počinuti actus reus kaznenog djela da bi mogao biti kazneno odgovoran. Žalbeno vijeće se s tim ne slaže. Sudionik u udruženom zločinačkom pothvatu ne mora fizički sudjelovati ni u jednom elementu nekog kaznenog djela, ako su svi uvjeti za odgovornost po osnovi sudjelovanja u udruženom zločinačkom pothvatu ispunjeni. Kako je razjasnilo Žalbeno vijeće u predmetu Tadić: “Iako samo neki od članova grupe mogu fizički počinuti kazneno djelo (ubojstvo, istrebljenje, bezobzirno razaranje gradova, naselja i sela, itd.), sudjelovanje i doprinos drugih članova grupe često je ključno

---

<sup>329</sup> Vasiljević II, §101

<sup>330</sup> Ibid.

<sup>331</sup> Tadić II, § 227; Vasiljević II, §109

<sup>332</sup> Kvočka II, §88

<sup>333</sup> Ibid., §90

u omogućavanju počinjenja tog kaznenog djela.”<sup>334</sup> Nadalje, i u predmetu Simić, Raspravno je vijeće, premda neizravno odnosno kroz element sporazuma/dogovora da se poćini konkretno kazneno djelo, prihvatilo da neposredni poćinitelji moraju biti ćlanovi ZZP:

- “Raspravno vijeće je mišljenja da se izrićaj “djelujući zajedno s drugima” odnosi na sudjelovanje nekoliko osoba u kolektivnom poćinjenju kaznenog djela.”<sup>335</sup>

- “Osoba moće biti odgovorna za kaznena djela koja su poćinile druge osobe bez da je osobno nazoćna mjestu poćinjenja – potrebno je samo da ona s ostalima sklopi sporazum da će ta djela biti poćinjena.”<sup>336</sup>

- “Udrućeni zloćinaćki pothvat zahtijeva, uz to da se nekoliko pojedinaca sporazumjelo/dogovorilo da će poćiniti kazneno djelo, da stranke tog sporazuma poduzmu aktivnosti u njegovu ostvarivanju.”<sup>337</sup>

---

<sup>334</sup> Ibid., §99

<sup>335</sup> Simić I, §149

<sup>336</sup> Simić I, §158; Krnojelac II, § 81

<sup>337</sup> Simić I, §158

## 2.2. Je li primjena teorije zajedničkog zločinačkog pothvata ograničena na pothvate manjeg opsega?

Žalbeno vijeće u predmetu Brđanin otklonilo je stajalište i objašnjenje Raspravnog vijeća da je praksa Tribunala u odnosu na primjenu teorije ZZP bila ograničena na manja područja kao što su Srebrenica, Prijedor i Bosanski Šamac. Navodeći kako je točno da je u nekoliko predmeta pred MKSJ ZZP kao oblik odgovornosti primjenjivan na optuženika koji nisu zauzimali visoke položaje u hijerarhiji vlasti, Žalbeno je vijeće zaključilo da su razlog tome bile okolnosti tih predmeta, a ne elementi teorije koji bi ograničavali njezinu primjenu samo na takve predmete. Stoga je, prema stajalištu Žalbenog vijeća, Raspravno vijeće pogriješilo u zaključku da ZZP kao oblik odgovornosti nije primjeren za visoko rangirane optuženike predmetima poput Brđanina. U kritici navedenog stajališta Žalbenog vijeća valja upozoriti da pothvatima manjeg opsega ne treba isključivo smatrati pothvate u kojima je sudjelovao relativno mali broj osoba ili je stradalo relativno malo ljudi, već kao zajednička djelovanja određenih skupina ljudi koji nisu pozicionirani u samom vrhu hijerarhije civilne i/ili vojne vlasti i koja su usmjerena na konkretne vojne operacije ili ograničeno područje djelovanja. „Pothvati manjeg opsega“ su i oni koji obuhvaćaju zločine počinjene u okviru organiziranog sustava zlostavljanja ograničenog na jedan logor te malu skupinu naoružanih osoba koje su zajednički djelovale u vezi počinjenja određenog kaznenog djela. To pokazuje i praksa tribunala koji su sudili za zločine počinjene nakon II. svjetskog rata napr. u predmetu protiv Ericha Heyera i dr. koji je u literaturi poznatiji pod nazivom Essenski linč (Essen West) a kojeg je i Žalbeno vijeće u predmetu Tadić citiralo u potporu svoje teze da je teorija ZZP čvrsto ukorijenjena u međunarodnom običajnom pravu. Radi se o slučaju pred britanskim vojnim sudom koji je sudio kapetanu Heyeru, jednom njemačkom vojniku i petorici civila zbog ubojstva trojice britanskih ratnih zarobljenika. Sličan profil predmeta bio je i onaj protiv Kurta Goebella i dr. poznatiji pod nazivom Otok Borkum.<sup>338</sup> U predmetu Almelo optužena su tri Nijemca koji su ubili jednog britanskog ratnog zarobljenika. Slično, u predmetu Hoelzer kanadski je vojni sud osudio trojicu Nijemaca zbog ubojstva kanadskog ratnog zarobljenika. U predmetu Jepsen britanski je sud odlučivao o odgovornosti Jepsena (jednog od nekoliko optuženika) za smrt interniraca iz koncentracijskog logora koji su nekoliko tjedana prije kapitulacije Njemačke 1945. godine bili u tranzitu u drugi koncentracijski logor.<sup>339</sup> U tzv. predmetima koncentracijskih logora također se radilo o pothvatima ograničenog opsega. Tako je cilj suđenja protiv Martina Gottfrieda Weissa i dr. koje je poznatije pod nazivom Dachau iz 1945. godine bio osuditi osobe koje su uspostavile i vodile Dachau, prvi koncentracijski logor u Njemačkoj u kojem je od ožujka 1933. do travnja 1945. godine na različite okrutne načine ubijen velik broj osoba, uglavnom ruskih, poljskih i čeških

---

<sup>338</sup> KOESSLER M., Borkum Island Tragedy and Trial, 47 J. Crim. L. Criminology & Police Sci. 183 (1956-1957)

<sup>339</sup> Trial of Gustav Alfred Jepsen and others, Proceedings of a War Crimes Trial held at Luneberg, Germany, (13 – 23. kolovoza 1946), presuda od 24. kolovoza 1946.

civila.<sup>340</sup> I u postupcima pred MKSJ, konstrukcija ZZP primjenjivana je isključivo na pothvate koji su bili manjeg opsega. Tako su, primjerice, Vidoje Blagojević i Dragan Jokić proglašeni krivima za, između ostalog, pomaganje i podržavanje genocida i progona bosanskih Muslimana u srebreničkoj enklavi. Zamjenik zapovjednika Drinskog korpusa VRS Radoslav Krstić također je osuđen za pomaganje u genocidu koji je počinjen na tom dijelu BiH. Upravitelj KP doma u Foči Milorad Krnojelac osuđen je zbog toga što je od travnja 1992. do kolovoza 1993. godine podvrgavao Muslimane i ostale nesrbe dugotrajnom i rutinskom zatvaranju, višekratnom mučenju i batinanju, ubojstvima, dugom i učestalom prisilnom radu i nečovječnim životnim uvjetima te zbog toga što je pomagao pri deportaciji ili protjerivanju većine muškaraca bosanskih Muslimana i nesrba iz općine Foča. Kunarac, Kovač i Vuković proglašeni su krivima za sudjelovanje u kampanji snaga bosanskih Srba u širem području općine Foča koja je trajala od početka 1992. do sredine 1993. godine s ciljem etničkog čišćenja toga područja od bosanskih Muslimana. U predmetu Kvočka i dr. radilo se o odgovornosti optuženika za upravljanje logorom Omarska u kojem su logoraši, uglavnom bosanski Muslimani, podvrgavani nečovječnim postupcima, mučenju, ubojstvima. Milomir Stakić proglašen je krivim za zločine koji su počinjeni kao rezultat kampanje progona protiv nesrba u općini Prijedor tijekom 1992. godine. U predmetu Tadić u kojem su i formulirani elementi teorije ZZP, radilo se o manjoj skupini naoružanih osoba odgovornih za ubojstva civila u selu Jaškići. Vrlo je slično bilo i predmetu Vasiljević i dr. u kojima je optuženicima stavljeno na teret sudjelovanje u paravojnoj grupi koja je u razdoblju od 1992. do 1994. godine terorizirala lokalno muslimansko stanovništvo u okolici Višegrada. U onim državama u kojima se primjenjuju oblici odgovornosti slični ZZP također nalazimo potvrdu teze da je taj oblik odgovornosti ograničen na pothvate manjeg opsega U predmetu S v. Safatsa (poznatiji kao “Shaperville six”) koji je citiran i u presudi Raspravnog vijeća u predmetu Kvočka i dr.,<sup>341</sup> pred Vrhovnim sudom Južnoafričke republike osuđeno je šest od osam optuženih za ubojstvo jer su sudjelovali u napadu razularene svjetine (mob violence) koji je doveo do smrti gradskog vijećnika. Sud je utvrdio da je ponašanje optuženih bilo u rasponu od pripremanja zapaljivih materijala, držanja žrtve za druge napadače, poticanja razularene svjetine da ubije žrtvu, gadanja kamenjem i pripadanja dijelu grupe koja je napala žrtvu. U predmetu sa sličnom činjeničnom pozadinom, S V. Motaung i dr. nekoliko pripadnika skupine osuđeno je po osnovi teorije zajedničke svrhe (common purpose) zbog ubojstva navodnog policijskog informatora. Potvrdu da se teorija zajedničke svrhe u praksi sudova Južne Afrike primjenjuje samo na pothvate manjeg opsega nalazimo i u predmetima S v. Mitchell i dr. S v. Thabetha i dr.<sup>342</sup> itd. Iz analizirane prakse tribunala nakon II. svjetskog rata, prakse MKSJ i nacionalnih sudova u onim državama u kojima se primjenjuju oblici odgovornosti slični ZZP, proizlazi zaključak da je ZZP konstruiran kao oblik odgovornosti koji se može primjeniti samo na pothvate

<sup>340</sup> V. o tome v. Kvočka I, §276-278

<sup>341</sup> Kvočka I, v. fusnotu br. 513

<sup>342</sup> BOISTER N., Common purpose: association and mandate, 5 South African Journal of Criminal Justice, 167(1992)



manjeg opsega koji su bili ograničeni na konkretne vojne operacije, ograničeno područje djelovanja, jedan logor ili malu skupinu naoružanih osoba koje su zajednički djelovale u vezi počinjenja određenog kaznenog djela, pa je u tom smislu zaključak Žalbenog vijeća u predmetu Brđanin pravno neutemeljen.

### 3. Zajednički plan

U praksi MKSJ usvojeno je stajalište da „korištenje pojma udruženog zločinačkog poduhvata da bi se definirala odgovornost neke osobe za kaznena djela koja su fizički počinile druge osobe pretpostavlja strogu definiciju zajedničkog cilja.“<sup>343</sup> Zajednički plan u predmetu Tadić definiran je kao "politika počinjenja nečovječnih djela nad nesrpskim civilnim pučanstvom tog područja u BiH u okviru pokušaja stvaranja Velike Srbije."<sup>344</sup> U tom je kontekstu nečovječnih djela počinjenih nad brojnim žrtvama u skladu s prepoznatljivim planom bio i napad na Sivce i Jaškiće koji se optuženom Tadiću stavlja na teret. Zajednički plan u predmetu Stakić definiran je u šest strateških ciljeva vodstva bosanskih Srba u Bosni i Hercegovini koje je formulirao Radovan Karadžić, a među kojima je prvi cilj bilo odvajanje Srba od "druge dvije nacionalne zajednice".<sup>345</sup> Konsolidacija srpske vlasti u općini kao cilj odnosno zajednički plan djelovanja realiziran je kroz stvaranje atmosfere prisile za stanovnike općine nesrpske nacionalnosti, propagandne kampanje koja je pridonijela polarizaciji stanovništva i stvaranju atmosfere straha i formiranje logora Omarska, Keraterm i Trnopolje.<sup>346</sup> U predmetu Krstić Raspravno vijeće je utvrdilo da je optuženik sudjelovao u "planu vojnog vodstva Vojske Republike Srpske da se bosansko-muslimansko stanovništvo trajno ukloni iz Srebrenice. Taj plan, koji se u razgovornom jeziku naziva "etničko čišćenje" ostvaren je uglavnom putem nasilnog premještanja glavnine civilnog pučanstva iz Potočara nakon što su vojno sposobni muškarci odvojeni od ostatka stanovništva."<sup>347</sup> U predmetu Milutinović i dr. optuženici, visoki vojni i državni dužnosnici SRJ, terete se kao supočinitelji u ZZP koji je, između ostalog, imao za cilj "protjerivanje znatnog dijela albanskog pučanstva Kosova sa teritorija pokrajine Kosovo u nastojanju da se osigura trajna srpska kontrola nad ovom pokrajinom."<sup>348</sup> Prema optužnici protiv Milana Martića, svrha ZZP koji se njemu stavlja na teret bilo je „prisilno uklanjanje većeg dijela hrvatskog, muslimanskog i drugog nesrpskog stanovništva približno s jedne trećine teritorija Republike Hrvatske te velikog dijela Republike Bosne i Hercegovine, s ciljem da taj teritorij postane dijelom nove države pod srpskom dominacijom, činjenjem zločina kojima se krše odredbe članova 3. i 5. Statuta Međunarodnog suda.“<sup>349</sup> Na teoriji ZZP temelji se i optužnica u predmetu Prlić i dr. Prema tvrdnjama optužbe u tom predmetu cilj zajedničkog plana optuženika bio je „političko i vojno podjarmljivanje, trajno uklanjanje i etničko čišćenje bosanskih Muslimana i drugih ne-Hrvata koji su živjeli na onim dijelovima teritorija Republike Bosne i Hercegovine za koje se tvrdilo da pripadaju Hrvatskoj Zajednici (a kasnije Republici) Herceg-Bosni, te pripajanje tih teritorija kao dijela

---

<sup>343</sup> Krnojelac II, §116

<sup>344</sup> Tadić II, §230

<sup>345</sup> Stakić I, §471

<sup>346</sup> Ibid. §475-477

<sup>347</sup> Krstić I, §612

<sup>348</sup> Odluka po prigovoru Dragoljuba Ojdanića na nenadležnost - udruženi zločinački poduhvat, 21.05.2003., §17

<sup>349</sup> Tužitelj protiv Milana Martića, 14.07.2003., §4

"Velike Hrvatske", u kratkom roku ili tokom dužeg razdoblja, kako bi one postale dio Republike Hrvatske ili bile blisko povezane s njom. Teritorijalni cilj udruženog zločinačkog poduhvata bio je uspostavljanje hrvatske teritorije u granicama Hrvatske banovine, teritorijalnog entiteta koji je postojao od 1939. do 1941. godine. Udruženi zločinački poduhvat obuhvaćao je i kreiranje političke i nacionalne mape tih područja tako da njima dominiraju Hrvati, kako u političkom tako i u demografskom smislu.<sup>350</sup> U objedinjenoj optužnici protiv Gotovine, Čermaka i Markača navodi se da je cilj ZZP koji je postojao „barem od srpnja do 15. studenog 1995.“ bio „prisilno i trajno uklanjanje srpskog stanovništva iz regije Krajina, silom, zastrašivanjem ili prijetnjama silom, progonima, prisilnim raseljavanjem, premještanjem i deportacijom, oduzimanjem i razaranjem imovine ili drugih sredstava.“<sup>351</sup> U Predraspravnom podnesku Tužiteljstva<sup>352</sup> kao datum donošenja zajedničkog plana navodi se sastanak od 31. srpnja 2005. godine na Brijunima na kojem su uz tadašnjeg Predsjednika Republike Hrvatske i vrhovnog zapovjednika oružanih snaga Republike Hrvatske nazočili i „Gotovina, Markač i ostali politički i vojni vođe radi rasprave o skorašnjem napadu na Krajinu“.<sup>353</sup> Prema transkriptima s toga sastanka predsjednik Tuđman je navodno izjavio kako je najvažnije pokrenuti masovni odlazak civila koje će slijediti vojska.<sup>354</sup> U transkriptima navodno stoji i da je optuženi general Gotovina na sastanku izvijestio predsjednika Tuđmana o konstatiranim masovnim evakuacijama civila u pravcu Beograda i Banja Luke koje bi, u slučaju da se nastavi pritisak, mogle dovesti do masovnog iseljavanja i ostanka samo onih Srba koji ne bi mogli ili imali gdje otići.<sup>355</sup> Iz podneska Tužiteljstva proizlazi da su formiranju zajedničkog plana na brijunskom sastanku prethodili politički pregovori između hrvatske i srpske strane vođeni još 1992. godine s ciljem realizacije tzv. „humanog preseljenja“ radi stvaranja „čistih“ etničkih područja u Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini. Očito je, dakle, da Tužiteljstvo smatra da je ZZP koji je konačno formuliran donošenjem zajedničkog plana na Brijunima 31. srpnja 2005. godine zapravo samo nastavak kontinuiteta politike stvaranja etnički čistih područja i to u smislu njezine konačne realizacije. Ovdje se postavlja pitanje jesu li ovi zaključci Tužiteljstva u suprotnosti s utvrđenim činjenicama u postupcima protiv Martića, Šešelja, Stanišića i Simatovića. Drugim riječima, da li postojanje jednog ZZP isključuje postojanje drugog na suprotstavljenoj strani ako su oba u istom vremenskom, prostornom i kontekstualnom okviru? U optužnici protiv Martića se navodi da je ovaj „udruženi zločinački pothvat postojao od prije 1. kolovoza 1991. godine i trajao najmanje do kolovoza 1995. godine.“ U optužnici protiv Stanišića i

---

<sup>350</sup> Tužitelj protiv Jadranka Prlića i dr., 16.11.2005., §15

<sup>351</sup> Tužitelj protiv Gotovine, Čermaka i Markača, Spojena optužnica od 17. veljače 2006. godine, § 12

<sup>352</sup> Prosecutor v. Ante Gotovina, Ivan Čermak i Mladen Markač, Confidential and Partially Ex Parte Prosecution's Submission Pursuant to Rule 65ter(E), Prosecution's Pretrial Brief, 16 March 2007

<sup>353</sup> Ibid. §16

<sup>354</sup> „...it is important that those civilians set out, and than the army will follow them, and when the columns set out, they will have a psychological impact on each other...we have to inflict such blows that the Serbs will to all practical purposes disappear.“ Ibid.

<sup>355</sup> Ibid.

Simatovića precizira se da je ZZP (koji se doduše odnosi i na Hrvatsku i na BiH) trajao od prije 1. kolovoza 1991. godine do barem 31. prosinca 1995. godine.<sup>356</sup> Zanimljivo je da se u spojenoj optužnici protiv Gotovine, Čermaka i Markača navodi da je ZZP koji je „formiran s ciljem trajnog uklanjanja srpskog stanovništva s područja Krajine silom, zastrašivanjem i prijetnjama silom, progonoma, prisilnim raseljavanjem, premještanjem i deportacijom, oduzimanjem i uništavanjem imovine ili drugim sredstvima“, postojao najkasnije od srpnja pa do 30. rujna 1995. godine. Iz toga proizlazi da na području Hrvatske u razdoblju od srpnja pa do kolovoza 1995. godine koincidiraju dva ZZP, jedan na srpskoj strani koji djeluje s ciljem stvaranja etnički homogenih srpskih područja u Hrvatskoj i BiH, i drugi na Hrvatskoj strani kojem je cilj trajno uklanjanje srpskog stanovništva s područja Krajine. U predraspravnom podnesku tužiteljstva od 23.3.2007. godine navodi se da su vojni planovi za izvođenje operacije oluja finalizirani 31. srpnja 2005. godine, dakle u trenutku kad je u okupiranim područjima Hrvatske još uvijek funkcionirao ZZP kojem je na čelu bio Milan Martić. Premda načelno postojanje jednog ZZP ne mora isključiti funkcioniranje drugog ZZP, ovdje se ipak teško oteti dojmu da vremenski, prostorni i povijesni kontekst sugerira da je odgovor hrvatskih vlasti na srpski ZZP bio posve u okvirima međunarodnog prava. Osim toga, ako se prihvati teza o zatvorenom krugu u kojem neprekinuto funkcioniraju suprotstavljeni ZZP stvoreni po etničkom ključu i prema kojem je srpski ZZP bio odgovor na stradanja Srba u Hrvatskoj u II. svjetskom ratu, a hrvatski ZZP formaliziran u operaciji Oluja odgovor na srpski ZZP koji je dokazan u predmetu Martić, postavlja se pitanje kako to da je ZZP koji se stavlja na teret Čermaku, Gotovini i Markaču trajao svega dva mjeseca. Sljedeće pitanje glasi: Je li moguće ostvariti maksimalistički cilj (trajno uklanjanje srpskog stanovništva s područja RSK) u tako kratkom vremenu? Konačno, ako je je taj cilj bio trajno uklanjanje čitavog jednog naroda, postavlja se pitanje zašto je do pokušaja njegove provedbe došlo tek na ograničenom zemljopisnom području koje obuhvaća prostor južnog dijela tzv. RSK i na kojem su jedino i počinjena kaznena djela koja se optuženicima Čermaku, Gotovini i Markaču stavlja na teret. Nadalje, ako se zločinački karakter neke vojne operacije procjenjuje s obzirom na posljedice, u konkretnom slučaju broj osoba srpske nacionalnosti koje su tijekom i nakon Oluje napustile Hrvatsku, tada nije jasno zbog čega je Oluja zločinačka akcija, a primjerice operacija Bljesak nije, premda se i za nju može zaključiti da su osobe koje su sudjelovale u njezinom planiranju i provedbi (a radi se uglavnom o istim osobama koje se spominju kao sudionici ZZP u optužnici protiv Čermaka, Gotovine i Markača) barem mogli predvidjeti iseljavanje stanovništva kao prirodnu i predvidivu posljedicu njezine realizacije. Naprotiv, iz više mjesta u presudi nazire se pozitivan stav Raspravnog vijeća prema toj vojnoj operaciji unatoč nekim svjedočenjima prema kojima su u toj akciji stradali i civili.<sup>357</sup> Zanimljivo je da se i u optužnici protiv Martića „Oluji“ ne daje negativan predznak. Naprotiv,

---

<sup>356</sup> Tužitelj protiv Stanišića i Simatovića, 20. prosinca 2005., §11

<sup>357</sup> Martić I, §302, §464

Tužiteljstvo u §78 konstatira da je masovnom hrvatskom ofenzivom poznatijom kao „operacija Oluja“ uspješno vraćena kontrola Republike Hrvatske nad RSK:

„Područja u RSK koja su držali Srbi ostala su pod kontrolom SVK-a do početka kolovoza 1995. Otprilike u to vrijeme Milan Martić, zajedno s političkim i vojnim rukovodstvom RSK-a, pobjegao je s hrvatskog teritorija tijekom masovne hrvatske ofenzive. Tom operacijom, poznatom pod nazivom „Operacija Oluja“, uspješno je ponovno uspostavljena hrvatska kontrola nad RSK-om. Preostalo područje pod srpskom kontrolom u istočnoj Slavoniji mirnim je putem reintegrirano u Hrvatsku 1998. godine.“<sup>358</sup>

S obzirom na navedeno valja zaključiti da jedan ZZP isključuje postojanje drugog na suprotstavljenoj strani ako su oba unutar istog vremenskog, prostornog i kontekstualnog okvira. Pored činjenice da argumenti Tužiteljstva o artikuliranju državne politike kroz zajednički plan i kriminalni karakter operacije „Oluja“ proturječi dokazima utvrđenima u postupku protiv Milana Martića i Slobodana Miloševića, oni nisu osnovani niti iz aspekta viših dokaznih standarda za utvrđivanje odgovornosti kod tzv. „kolektivnih“ zločina, kao što je utvrđeno presudom Međunarodnog suda pravde iz veljače 2007. godine u predmetu „Primjena Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida“.

---

<sup>358</sup> Tužitelj protiv Milana Martića, 14. srpnja 2003., §78

### 3.1. Presuda Međunarodnog suda pravde u predmetu "Primjena Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida"

U dugo očekivanoj presudi u predmetu "Primjena Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida" (Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore) od 26. veljače 2007. godine<sup>359</sup> Međunarodni sud pravde (dalje u tekstu: MSP) presudio je da Srbija, putem svojih organa ili osoba čiji postupci impliciraju odgovornost države po međunarodnom običajnom pravu, nije počinila genocid.<sup>360</sup> Također je utvrđeno da Srbija nije odgovorna niti za udruživanje radi počinjenja kaznenog djela genocida (conspiracy) kao niti za sudioništvo u genocidu (complicity) sukladno čl. 3. Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida.<sup>361</sup> Međutim, MSP je ocijenio da je Srbija prekršila obvezu sprječiti genocid koji se dogodio u Srebrenici u srpnju 1995. godine.<sup>362</sup> Ona je također, prema odluci Suda, prekršila odredbe Konvencije zbog toga što MKSJ-u nije predala Ratka Mladića, optuženog za genocid i udruživanje radi počinjenja genocida čime je prekršila i obvezu pune suradnje s tim Tribunalom.<sup>363</sup> MSP je Srbiju proglasio odgovornom i za kršenje obveza u vezi provedbe privremenih mjera koje je sud naložio 8. travnja i 13. rujna 1993. godine, a koje su mogle spriječiti genocid u Srebrenici.<sup>364</sup> S obzirom na konstatirane povrede Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida MSP je naložio Srbiji da bez odlaganja poduzme učinkovite mjere radi osiguranja potpunog poštivanja svojih obveza koje proizlaze iz Konvencije, a koje se odnose na kažnjavanje genocida kako je definiran člankom 2. te drugih kaznenih djela definiranih člankom 3. te da MKSJ-u preda pojedince optužene za genocid i s genocidom povezana kaznena

---

<sup>359</sup> International Court of Justice, Case concerning the application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide, (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), 26 February 2007, izv. <http://www.icj-cij.org/>

<sup>360</sup> "(2) by thirteen votes to two, Finds that Serbia has not committed genocide, through its organs or persons whose acts engage its responsibility under customary international law, in violation of its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide." Ibid. §471

<sup>361</sup> "(3) by thirteen votes to two, Finds that Serbia has not conspired to commit genocide, nor incited the commission of genocide, in violation of its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide."; "(4) by eleven votes to four, Finds that Serbia has not been complicit in genocide, in violation of its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.", Ibid.

<sup>362</sup> "(5) by twelve votes to three, Finds that Serbia has violated the obligation to prevent genocide, under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, in respect of the genocide that occurred in Srebrenica in July 1995.", Ibid.

<sup>363</sup> "(6) by fourteen votes to one, Finds that Serbia has violated its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide by having failed to transfer Ratko Mladić, indicted for genocide and complicity in genocide, for trial by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and thus having failed fully to cooperate with that Tribunal.", Ibid.

<sup>364</sup> "(7) by thirteen votes to two, Finds that Serbia has violated its obligation to comply with the provisional measures ordered by the Court on 8 April and 13 September 1993 in this case, inasmuch as it failed to take all measures within its power to prevent genocide in Srebrenica in July 1995.", Ibid.

djela.<sup>365</sup> Navodeći da je proglašenje Srbije odgovornom za neprječavanje genocida i nekažnjavanje počinitelja dovoljna satisfakcija žrtvama zločina genocida kao i podnositelju tužbe, MSP je konstatirao da tužena strana nije obvezna platiti naknadu štete za neizvršavanje odnosno povredu obveza po Konvenciji.<sup>366</sup> U predmetu BiH protiv Srbije i Crne Gore MSP je po prvi puta od svog osnivanja odlučivao o tome može li država i pod kojim uvjetima odgovarati za kršenje odredaba Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine.<sup>367</sup> U političkom smislu presudu je moguće promatrati kao jednu vrstu kompromisa koji je kod svih strana u sporu, ali i ostalih zainteresiranih strana u regiji prouzročio podjednako nezadovoljstvo. Žrtve srpskih zločina u Bosni i Hercegovini ostale su bez valjane i barem odgovarajuće moralne satisfakcije. Premda su se vrlo teški zločini događali na većem području BiH od kojih barem neki, po mom uvjerenju, ispunjavaju sva obilježja zločina genocida<sup>368</sup>, MSP je utvrdio da je genocid počinjen samo na području Srebrenice u srpnju 1995. godine. Međutim, premda je konstatirano da je genocid počinjen, MSP nije ponudio odgovor na pitanje tko ga je počinio već samo na pitanje tko ga nije počinio i tko u tom smislu ne može biti odgovoran, a to je tužena strana. Ovakvom je presudom MSP propuštena još jedna prilika da međunarodno pravosuđe napokon utvrdi tko je odgovoran za zločin genocida koji je nesumnjivo počinjen u Srebrenici 1995. godine. Naime, ne treba zaboraviti da niti pred MKSJ još niti jedan od optuženika nije osuđen zbog počinjenja kaznenog djela genocida. Krstić, Blagojević i Jokić (od kojih posljednja dvojica nepravomoćno) nisu osuđeni kao počinitelji genocida već kao sudionici odnosno pomagatelji i podržavatelji u genocidu. Nakon smrti Miloševića, a imajući u vidu okolnost Karadžić i Mladić kojima se također stavlja na teret počinjenje genocida u Srebrenici nisu dostupni Tribunalu, sve je manje izgleda da žrtve i međunarodna javnost saznaju tko je, zapravo, počinio najteži zločin u Europi nakon II. svjetskog rata. S druge strane nesporna je činjenica da je Srbija, ma koliko mnogi u toj državi glorificirali odluku MSP, prva država u povijesti koja je proglašena odgovornom za kršenje odredaba Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida. Njome je, osim toga, ozbiljno dovedena u pitanje legitimnost nastanka

---

<sup>365</sup> “(8) by fourteen votes to one, Decides that Serbia shall immediately take effective steps to ensure full compliance with its obligation under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide to punish acts of genocide as defined by Article II of the Convention, or any of the other acts proscribed by Article III of the Convention, and to transfer individuals accused of genocide or any of those other acts for trial by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and to co-operate fully with that Tribunal.”, Ibid.

<sup>366</sup> “(9) by thirteen votes to two, Finds that, as regards the breaches by Serbia of the obligations referred to in subparagraphs (5) and (7) above, the Court’s findings in those paragraphs constitute appropriate satisfaction, and that the case is not one in which an order for payment of compensation, or, in respect of the violation referred to in subparagraph (5), a direction to provide assurances and guarantees of non-repetition, would be appropriate.”, Ibid.

<sup>367</sup> v. Application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Croatia v. Serbia and Montenegro), izv. <http://www.icj-cij.org/>

<sup>368</sup> Koncentracijski logori Omarska, Keraterm i Trnopolje gotovo su školski primjer jednog od modaliteta radnje počinjenja zločina genocida. O razlozima osnivanja logora, uvjetima koji su u njima vladali i postupcima prema logorašima v. Tužitelj protiv Miroslava Kvočke i dr., izmijenjena optužnica, 21.8.2000., §3-12

Republike Srpske i Daytonskog sporazuma u cjelini što su bošnjački političari ubrzo po njezinu donošenju nastojali kapitalizirati potrebom oživaljavanja procesa ustavnih promjena u Bosni i Hercegovini. U pravnom smislu presuda MSP je otvorila nekoliko vrlo zanimljivih pitanja koja će, vjerujem, vrlo brzo postati predmetom znanstvenog interesa međunarodnih pravnika. Ja ću ovom prilikom spomenuti samo dva, po mom mišljenju, najvažnija pitanja. Pitanje svih pitanja jest može li država, koja jest subjekt međunarodnog, ali ne i međunarodnog kaznenog prava, počiniti genocid ili koje od djela iz članka 3. Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida i u tom smislu biti proglašena odgovornom za počinjenje tih kaznenih djela ili se odgovornost za ta djela državi može pripisati ako i kad su ona počinjena od strane fizičkih osoba koje su postupale pod njezinim nadzorom (kontrolom). Genocid je zločin odnosno teško kazneno djelo. Osim iz naziva Konvencije,<sup>369</sup> to nedvojbeno proizlazi i iz činjenice da je kazneno djelo genocida propisano u kaznenim zakonima država stranaka, a na njega se proteže i stvarna nadležnost (*rationae materiae*) ad hoc međunarodnih kaznenih tribunala<sup>370</sup> kao i Stalnog Međunarodnog kaznenog suda.<sup>371</sup> Subjekti kaznenog prava, dakle osobe koje mogu odgovarati za kaznena djela, su fizičke i pravne osobe. Pravne osobe ne mogu odgovarati za kaznena djela u svim sustavima već samo u nekima. Unatoč tome što država ima pravnu osobnost, pretežno je shvaćanje izraženo u literaturi da država ne može odgovarati za kaznena djela.<sup>372</sup> U nekim je pravnim sustavima to i izričito propisano u tekstu zakona.<sup>373</sup> Osim toga, valja imati u vidu i odredbu čl. 4. Konvencije kojom je propisano da će osobe (*persons*) koje su počinile genocid ili neko drugo djelo iz članka 3. Konvencije biti kažnjene i to bez obzira radi li se o "vladarima, javnim službenicima ili privatnim osobama."<sup>374</sup> Iz takve konstrukcije također proizlazi da su donositelji Konvencije pošli od toga da država ne može počiniti kazneno djelo genocida niti povezana kaznena djela iz čl. 3. Konvencije. Međutim, to još uvijek ne znači da država ne može biti proglašena odgovornom za genocid i povezana djela i to po osnovi tzv. izvedene (*derivirane*) odgovornosti. Naime, čl. 9. Konvencije u kojem se govori o „odgovornosti države za genocid ili druga djela propisana čl. 3.” sugerira da države mogu biti odgovorne zbog počinjenja genocida ili nekog drugog s genocidom povezanog kaznenog djela.<sup>375</sup>

---

<sup>369</sup> "Tumačenje mora iznad svega biti utemeljeno na tekstu ugovora" v. *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 22. §41)

<sup>370</sup> V. čl. 4. Statuta MKSJ i čl. 2. Međunarodnog kaznenog tribunala za Ruandu

<sup>371</sup> V. čl. 6. Statuta Međunarodnog kaznenog suda

<sup>372</sup> V. predmet *Volkel* o kojem je odlučivao Vrhovni sud Nizozemske. DERENČINOVIĆ 2003, 56

<sup>373</sup> V. čl. 6. Zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela (Narodne novine 171/03 od 24.09.2003.), v. čl. 121-2 francuskog Kaznenog zakona (*Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 art. 8 Journal Officiel du 11 juillet 2000*, izv. <http://admi.net/code/CPENALLL-121-2.html>)

<sup>374</sup> "Persons committing genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be punished, whether they are constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals.", v. također i čl. 6. koji spominje "osobe optužene za genocide", *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Adopted by Resolution 260 (III) A of the U.N. General Assembly on 9 December 1948.

<sup>375</sup> *Za drugačije stajalište v. International Court of Justice, Case concerning the application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide*, (Bosnia and Herzegovina



Iz okolnosti da se u članku 9. ne govori o „odgovornosti država za nesprječavanje i/ili nekažnjavanje genocida” već o „odgovornosti za genocid”, jedini logičan zaključak koji se daje izvesti da države, premda ne mogu "počiniti" genocid niti druga s genocidom povezana djela iz propisana člankom 3. Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida, mogu biti proglašene odgovornima za ta djela. To, uostalom, proizlazi i iz suštine Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida koja je upravo i donesena kao neposredna reakcija na koncentracijske logore i druge mjere nacističkih vlasti kojima je cilj bio uništenje određenih bioloških skupina, a koje su bile dijelom službene državne politike. Osnova izvedene (derivirane) odgovornosti država je u funkciji "nadzora" nad osobama i skupinama koje su fizički počinile ta kaznena djela. Država može biti proglašena odgovornom za navedena djela ako se utvrdi da je imala "učinkoviti nadzor" (effective control) nad fizičkim počiniteljima tih djela. Ako je, pak, taj nadzor bio samo "sveukupni" (overall control), tada se djela fizičkih počinitelja ne mogu pripisati (imputirati) državi, ali ona može odgovarati za nesprječavanje počinjenja tih djela odnosno za nekažnjavanje njihovih počinitelja. Sada dolazimo do drugog pitanja koje je posebno važno u kontekstu promišljanja o mogućem utjecaju presude MSP na daljnju primjenu teorije ZZP pred MKSJ. Pitanje glasi: pod kojim se uvjetima protupravni postupci pojedinaca (fizičkih osoba) i skupina mogu uračunati odnosno pripisati državama? U praksi međunarodnih sudova u tom smislu postoje različita stajališta.<sup>376</sup> Kod procjene mogu li se postupci pojedinaca (fizičkih osoba) uračunati odnosno pripisati tuženoj strani, MSP je odbacio primjenu testa sveukupne kontrole (overall control) kojeg je usvojilo Žalbeno vijeće MKSJ u predmetu Tadić i na kojem je inzistirao podnositelj tužbe<sup>377</sup> i priklonio se starom testu učinkovite kontrole (effective control) kojeg je sam formulirao u predmetu Nikaragva.<sup>378</sup> S obzirom da je genocid kazneno djelo kod kojeg je potrebno dokazati da je počinitelj

---

v. Serbia and Montenegro), 26 February 2007, Joint declaration of judges Shi and Koroma, izv. <http://www.icj-cij.org/>

<sup>376</sup> Dok je u predmetu Nikaragva MSP usvojio test "učinkovitog nadzora", Žalbeno vijeće MKSJ u predmetu Tadić priklonilo se blažem testu "sveukupnog nadzora".

<sup>377</sup> "The Applicant relies on the alleged existence of an overall plan to commit genocide throughout the territory, against persons identified everywhere and in each case on the basis of their belonging to a specified group." International Court of Justice, Case concerning the application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide, (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), 26 February 2007, §370, izv. <http://www.icj-cij.org/>

<sup>378</sup> U tom je predmetu MSP rješavao o pitanju da li je strana država, Sjedinjene Američke Države, zbog činjenice da je financirala, organizirala, obučavala, opremala i planirala operacije organiziranih vojnih i paravojnih skupina pobunjenika u Nikaragvi (tzv. kontraša), bila odgovorna za kršenja međunarodnog humanitarnog prava koja su počinili ti pobunjenici. Sud je zaključio da je za to potreban visok stupanj kontrole. Zahtijeva se ne samo (i) da strana efektivno kontrolira vojnu ili paravojnu grupu, nego i (ii) da je imala kontrolu u odnosu na konkretnu operaciju tijekom koje je eventualno došlo do kršenja. Sud je čak konstatirao da je, kako bi se utvrdilo da su Sjedinjene Države odgovorne za "djela u suprotnosti s odredbama o ljudskim pravima i humanitarnim pravom" za koja se tvrdi da su ih počinili nikaragvanski kontraši, potrebno dokazati da su SAD konkretno "dale uputstva ili osigurale provođenje" tih djela. Cit. po, Tadić II §100, za izv. v. International Court of Justice, Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), 27.6.1986., izv. <http://www.icj-cij.org/>

tempore criminis postupao s posebnom namjerom (*dolus specialis*) koja je upravljena potpunom ili djelomičnom uništenju određene skupine, inzistiranjem na primjeni testa sveukupne kontrole podnositelj tužbe je nastojao dokazati da posebna namjera tužene strane proizlazi iz Odluke o strateškim ciljevima koje je u svibnju 1992. godine izdao Momčilo Krajišnik, tadašnji predsjednik skupštine Republike Srpske i posljedičnom općem obrascu zločina koje su bosanski Srbi, a u okviru realizacije te Odluke, sustavno činili prema bosanskim Muslimanima i Hrvatima.<sup>379</sup> MSP nije prihvatio tako ekstenzivnu interpretaciju sadržaja posebne namjere te je otklonio tvrdnje podnositelja tužbe da se o njezinu postojanju može donijeti zaključak na temelju Odluke o strateškim ciljevima (inferencija). Prema shvaćanju suda posebna namjera (*dolus specialis*), kao specifična namjera da se u cijelosti ili djelomično uništi određena skupina, mora biti uvjerljivo dokazana (prikazana) s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja, osim ukoliko u tom smislu ne može biti uvjerljivo dokazano postojanje općeg plana u kojem je takva namjera eksplicitno sadržana. Da bi određeni obrazac ponašanja bio prihvaćen kao dokaz posebne namjere on mora biti takav da nedvojbeno upućuje na njezino postojanje.<sup>380</sup> MSP je ocijenio da su strateški ciljevi iz spomenute Odluke mogli biti ostvareni raseljavanjem stanovništva i osvajanjem teritorija, a da motiv stvaranja Velike Srbije nije nužno podrazumijevao/zahtijevao/ uništenje bosanskih Muslimana i ostalih zajednica, već njihov progon (iseljavanje).<sup>381</sup> Podnositelj tužbe, prema ocjeni MSP, nije ponudio konkretne dokaze o postojanju takve namjere kod tužene strane i to zbog toga jer nije uspio dokazati da je postojao usklađeni plan (*concerted plan*) u kojem je takva namjera bila sadržana niti da su događaji koji su izneseni u tužbi ukazivali na ustrajni obrazac ponašanja koji nedvojbeno upućuje na postojanje takve namjere.<sup>382</sup> Presuda MSP mogla bi imati značajan utjecaj na ograničavanje primjene teorije ZZZP u praksi MKSJ i to kako u pogledu opsega njezine primjene tako i u smislu preciznijeg određenja njezinih objektivnih i subjektivnih elemenata. U kritici presude Žalbenog vijeća iz predmeta Tadić, MSP je istaknuo da MKSJ nije bio pozvan u tom predmetu, niti

---

<sup>379</sup> "Decision on Strategic Goals issued in May 1992 by Momčilo Krajišnik as the President of the National Assembly of Republika Srpska. 19The Strategic Goals were as follows: (1) Separation as a state from the other two ethnic communities; (2) a corridor between Semberija and Krajina; (3) the establishment of a corridor in the Drina River valley, i.e., the elimination of the border between Serbian states; (4) the establishment of a border on the Una and Neretva rivers; and (5) the division of the city of Sarajevo into a Serbian part and a Muslim part, and the establishment of effective State authorities within each part." International Court of Justice, Case concerning the application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide, (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), 26 February 2007, §371, izv. <http://www.icj-cij.org/>

<sup>380</sup> "The *dolus specialis*, the specific intent to destroy the group in whole or in part, has to be convincingly shown by reference to particular circumstances, unless a general plan to that end can be convincingly demonstrated to exist; and for a pattern of conduct to be accepted as evidence of its existence, it would have to be such that it could only point to the existence of such intent.", *Ibid.* §373

<sup>381</sup> *Ibid.* §372

<sup>382</sup> "The Court finds that the Applicant has not established the existence of that intent on the part of the Respondent, either on the basis of a concerted plan, or on the basis that the events reviewed above reveal a consistent pattern of conduct which could only point to the existence of such intent.", *Ibid.* §376

je generalno pozvan, suditi o pitanjima odgovornosti države (v. §403). To je, bez sumnje, otvorena i argumentirana kritika Tribunala koji je pogrešno protumačio svoje historijsko poslanje. U apologiji primjene teorije ZZP često se ističe kako se njome ne uspostavlja kolektivna odgovornost, a još manje odgovornost države i njezinih organa za počinjena kaznena djela. Takva tvrdnja nema uporište u stvarnosti. Naime, premda su pred Tribunalom formalno optužene samo fizičke osobe, praksom široko koncipiranih optužnica koje u nekim predmetima obuhvaćaju čitav državni i vojni vrh te sve znane i neznane osobe, MKSJ je de facto kroz pripisivanje djela fizičkih počinitelja visoko pozicioniranim osobama u strukturi državne i vojne vlasti ta djela na neizravan način pripisivao ne samo onim državnim strukturama kojima su ti optuženici formalno pripadali već i svim osobama koje, premda nisu formalno optužene, su s zajedno s optuženicima sudjelovale u stvaranju i provedbi zajedničkog plana. Svaka osuđujuća presuda po osnovi teorije ZZP u tom smislu nije samo moralni prijekor upućen osobi koja je od strane Tribunala proglašena krivom već i svim osobama koje se, pleno titulo ili neodredivim pojmom "drugih znanih i neznanih osoba", u takvoj presudi kojom se potvrđuje literarna optužnica mogu prepoznati. To je dakako suprotno temeljnom načelu suvremenog kaznenog prava da je kazna moralni prijekor upućen isključivo osobi koja je proglašena krivom zbog počinjenog kaznenog djela i da kao takva mora biti osobna i ne smije pogađati ostale osobe u većoj mjeri no što je to nužno. U tom je smislu neporecivo da osude visokih državnih i vojnih dužnosnika na temelju teorije ZZP impliciraju ne samo neku vrstu moralne kolektivne odgovornosti već i moralne odgovornosti države u cjelini. Ako MKSJ prihvati pravorijek MSP i vrlo visoko postavljene uvjete za pripisivanje (imputaciju) djela fizičkih počinitelja kaznenih djela kod kojih je potrebno dokazati posebnu namjeru (*dolus specialis*) optuženicima, tada će konstrukcija ZZP, osobito njezin prošireni oblik, ozbiljno doći u pitanje. Naime, presuda MSP prema kojoj se zaključak o postojanju namjere izvodi iz zajedničkog plana u kojem je ona eksplicitno formulirana dovodi u pitanje dopustivost konstrukcije prema kojoj se odgovornost za počinjena kaznena djela optuženicima može pripisati u situacijama u kojima ta djela nisu bila obuhvaćena planom već su bila njegova "prirodna i predvidiva posljedica". Iz dijela presude MSP u kojem se navodi da se zaključak o postojanju namjere može izvesti samo iz činjenice da je ona nesporno sadržana u zajedničkom planu proizlazi da ozbiljno dolazi u pitanje primjena standarda iz predmeta Tadić prema kojem je dovoljno da su kaznena djela "razumna i prirodna posljedica" stvaranja i realizacije zajedničkog plana koji per se ne mora biti kriminalan. Eventualna eliminacija objektivnog standarda predvidivosti (*forseeability*) koja bi značila suštinsku rekonceptualizaciju teorije ZZP i ukidanje Tužiteljstvu dosad najomiljenijeg - proširenog oblika te odgovornosti, pozitivno će utjecati i na dosadašnji nejednaki tretman objektivnih elemenata teorije ZZP od strane sudskih vijeća. Kao što je već konstatirano, u postupcima pred Tribunalom težište je dosad bilo na elementu „zajedničkog plana“ dok su ostala dva elementa (pluralitet osoba i stupanj doprinosa sudionika ZZP počinjenju kaznenog djela) sustavno zanemarivana. Pod pretpostavkom da sudska vijeća MKSJ prihvate pravne standarde sadržane u presudi MSP, Tužiteljstvo bi bilo prisiljeno, u nemogućnosti dokazati da je namjera ugrađena u

zajednički plan, više pozornosti posvetiti dokazivanju drugih dvaju objektivnih elemenata, točnije pluraliteta osoba i njihova doprinosa u počinjenju kaznenih djela koja im se stavljaju na teret. Naime, kada se posebna namjera već neće moći, u većini slučajeva, dokazati postojanjem zajedničkih planova koji su bilo per se, bilo implicitno kriminalni, Tužiteljstvo će morati tu namjeru dokazati iz elementa suštinskog doprinosa optuženika počinjenju konkretnih kaznenih djela koja im se stavljaju na teret. To će značiti radikalna zaokret od dosadašnje prakse izvođenja dokaza (inferencija) iz objektivne okolnosti pozicije optuženika u hijerarhiji vlasti. Umjesto takve prakse koja je, ignorirajući zahtjev suvremenog kaznenog prava da se kazna kao prijekor može uputiti počinitelju kaznenog djela isključivo zbog njegovog ponašanja kojim se krši prohibitivna ili imperativna norma kaznenoga prava, u izravnoj suprotnosti s načelom *nulla poena sine culpa*<sup>383</sup>, Tužiteljstvo će biti limitirano na inferenciju subjektivnog elementa (namjere) upravo iz konkretnog ponašanja optuženika. To bi, nadalje, moglo dovesti do toga da se, kao što je sugerirano od strane Raspravnog vijeća u predmetu Brđanin, teorija ograničeno primjenjuje samo na tzv. horizontalni ZPP tj. male skupine osoba nisko pozicioniranih u hijerarhiji vlasti koje, djelujući izravno na terenu, čine kaznena djela iz nadležnosti Tribunala. To stoga što će kod tih skupina biti moguće izvesti zaključak o postojanju kriminalne namjere optuženika iz njegova ponašanja. S druge strane, s obzirom na strukturnu udaljenost od *loci delicti commissi*, biti će vrlo teško ako ne i nemoguće izvesti zaključak o postojanju zločinačke namjere iz ponašanja osoba koje su visoko pozicionirane u hijerarhiji vlasti. Stoga je za očekivati da, pod utjecajem presude MSP i odluke Raspravnog vijeća MKSJ u predmetu Brđanin, sudska vijeća toga tribunala primjenu teorije ograniče eventualno na slučajeve grupnog kriminaliteta (*group crime*) počinjenog u okviru tzv. horizontalnih ZPP kao što je bio onaj u predmetima Tadić i/ili Vasiljević, a odgovornost optuženika visoko pozicioniranih u sustavu civilne i/ili vojne hijerarhije za sistemski kriminalitet (*systemic crime*) pokušaju uspostaviti kroz alternativne koncepte kao što je, primjerice, već etablirana zapovjedna odgovornost ili pak odgovornost za kaznena djela počinjena putem organiziranog aparata moći (*Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate* odnosno *Organisationsherrschaft*) kao oblik posrednog počiniteljstva.<sup>384</sup> Nedvojbeno je, dakle, da bi presuda MSP mogla utjecati na daljnje postupke pred MKSJ i primjenu teorije ZPP od strane toga Tribunala. Naznačeno je i u kojem bi pravcu ona mogla utjecati. Međutim, za davanje odgovora na pitanje hoće li se to uistinu i dogoditi potrebno je pokušati dati odgovore i na ova pitanja: koja su opća pravila o funkcioniranju i nadležnosti ovih dvaju sudova globalne svjetske organizacije, jesu li odluke i pravni standardi prihvaćeni od strane jednog suda pravno obvezujući za drugi sud, te kakav je u tom smislu bio njihov dosadašnji odnos? Odgovor na prvo pitanje moguće je dati bez neke dubinske analize. MKSJ je osnovalo Vijeće sigurnosti Ujedinjenih naroda<sup>385</sup> i to na temelju ovlasti koje to tijelo ima sukladno poglavlju VII Povelje Ujedinjenih naroda. Premda nigdje u

<sup>383</sup> Tako i AMBOS 2007, 173

<sup>384</sup> Više o toj pravnoj figuri v. HAMDORF 2007, AMBOS 2007; u domaćoj literaturi v. BOJANIĆ 2003.

<sup>385</sup> Rezolucija 827 usvojena na 3217 sjednici Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda 25.5.1993.

Povelji nije eksplicitirano da Vijeće sigurnosti može osnivati sudove, utemeljenje MKSJ smatra se mjerom na koju je Vijeće sigurnosti ovlašteno po čl. 41. Povelje u slučaju prijetnje međunarodnom miru i sigurnosti. U tom smislu MKSJ predstavlja pomoćni organ Vijeća sigurnosti putem kojeg to tijelo izvršava svoje ovlasti sukladno Povelji.<sup>386</sup> Međunarodni sud je ovlašten za kazneni progon osoba odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjenih na području bivše SFRJ od 1991. MKSJ je nadležan suditi za teške povrede ženevskih konvencija iz 1949. godine, kršenja zakona i običaja ratovanja, genocid i zločine protiv čovječnosti. Osobna nadležnost MKSJ odnosi se samo na fizičke osobe kojima se stavlja na teret kršenje međunarodnog humanitarnog prava. Za razliku od MKSJ, MSP je sukladno čl. 92. Povelje Ujedinjenih naroda određen glavnim sudskim organom te organizacije. MSP je stvarno nadležan rješavati sporove između država članica UN koje mu to povjere. Osim toga, a sukladno čl. 96. Povelje, Generalna skupština ili Vijeće sigurnosti mogu tražiti od Međunarodnog suda savjetodavno mišljenje o svakom pravnom pitanju. Drugi organi Ujedinjenih naroda i specijalizirane ustanove kojima Generalna skupština može u svako doba dodijeliti takve ovlasti, mogu tražiti od Suda savjet o pravnim pitanjima koja nastaju u okviru njihovih djelatnosti i nadležnosti.<sup>387</sup> Na pitanje jesu li odluke i pravni standardi prihvaćeni od strane jednog suda pravno obvezujući (legally binding) za drugi sud, te u tom smislu je li odluka MSP pravno obvezujuća za MKSJ, valja odgovoriti negativno. Naime sukladno članku 59. Statuta MSP, presude toga suda obvezujuće su samo za stranke u sporu i samo u pogledu predmeta spora (res judicata facit jus inter partes). Pitanjem jesu li presude MSP pravno obvezujuće za MKSJ bavilo se Žalbeno vijeće u predmetu Delalić i dr. (predmet Čelebići) u presudi iz 2001. godine. Prema navodima žalbe obrane, Raspravno vijeće je pogriješilo kada je prihvatilo nalaz drugostupanjskog vijeća u predmetu Tadić kojim je odbačen ispravan pravni test iz predmeta Nikaragva. U tom je predmetu obrana tvrdila da presuda MSP obvezuje MKSJ kao presedan. U tom smislu obrana je isticala da međunarodni sud mora poštivati odluku kojom je MSP presudio o nekom pitanju i to zbog dva razloga: 1) zbog pozicije koju Međunarodni sud pravde ima prema Povelji Ujedinjenih naroda, i 2) zbog vrijednosti presedana.<sup>388</sup> U nastavku je obrana istaknula da čak i ako odluke MSP-a nisu obavezujuće za Međunarodni sud, nije "poželjno imati dva suda koji o istom pitanju imaju proturječne odluke".<sup>389</sup> Optužba je to pobijala navodeći da se nadležnost ovih dvaju sudova razlikuje, a uz to, u Statutu MSP nema riječi o presedanu. Iz toga Tužiteljstvo izvodi zaključak kako bi bilo zaista čudno da prethodne odluke MSP koje nisu strogo obvezujuće za sam sud budu obvezujuće za MKSJ koji je sud drugačije nadležnosti.<sup>390</sup> Uzimajući u obzir argumente obrane i Tužiteljstva, Žalbeno vijeće je istaknulo da "barem u odnosu na međunarodno pravo, ideali konsistentnosti, stabilnosti i predvidivosti ne prestaju vrijediti van

---

<sup>386</sup> Izvještaj Glavnog tajnika Ujedinjenih naroda u skladu s paragrafom 2 rezolucije 808 Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda, §28.

<sup>387</sup> Charter of the United Nations, izv. <http://www.un.org/aboutun/charter/>

<sup>388</sup> Delalić II, §21

<sup>389</sup> Ibid.

<sup>390</sup> Ibid. §22

granica Međunarodnog suda..." te da se stoga ono ne može ponašati kao da ga uopće ne zanima opća situacija prava u međunarodnoj zajednici čijim interesima ono služi".<sup>391</sup> Međutim, u zaključku Žalbeno vijeće je konstatairalo da je MKSJ "neovisno međunarodno sudsko tijelo, i mada je MSP "glavni pravosudni organ" (Povelja Ujedinjenih naroda, članak 92.) u sistemu Ujedinjenih naroda kojem pripada i Međunarodni sud, ta dva suda nisu u hijerarhijskom odnosu."<sup>392</sup> Premda je, dakle, nesporno, da odluke, pravni standardi i pravna shvaćanja MSP nisu pravno obvezujući za MKSJ i vice versa, postavlja se pitanje u kojoj je mjeri svaki od ovih sudova koji, nota bene, djeluju u okviru istog sustava i usmjereni su realizaciji ciljeva iz Povelje UN, dosada uvažavao presedane drugoga. Naime, u okviru decentralizirane strukture međunarodnog pravosuđa, a u interesu "ideala konzistentnosti, stabilnosti i predvidivosti" međunarodnog /kaznenog/ prava koje će još dugo biti in statu nascendi potvrđivanja svog krhkog legitimiteta, međunarodni sudovi morali bi uzajamno uvažavati presedane, te pravna shvaćanja i standarde. U tom se smislu presuda MSP, ma koliko u određenim segmentima zaslužuje kritiku, može smatrati značajnim korakom unaprijed u afirmaciji gorenavedenih načela međunarodnog pravosuđa. Uistinu, premda se to možda ne vidi na prvi pogled, MSP je svoju presudu većim dijelom utemeljio upravo na jurisprudenciji MKSJ. Navedimo samo dva argumenta u prilog toj tvrdnji. U razmatranju pitanja može li se Srbija proglasiti odgovornom za sudioništvo (complicity) u genocidu, MSP se u velikoj mjeri pozivao na judikaturu MKSJ, u prvom redu presudu Žalbenog vijeća u predmetu Krstić i presudu Raspravnog vijeća u predmetu Blagojević. Prema stajalištu MSP da bi se tužena država mogla smatrati odgovornom za sudioništvo u genocidu (complicity in genocide), sud mora ispitati da li su organi te države, ili osobe koje su djelovanje na temelju uputa ili pod efektivnom kontrolom te države, pružale pomoć u počinjenju genocida u Srebrenici u smislu koji nije bitno različit od tih koncepata u općem pravu o međunarodnoj odgovornosti.<sup>393</sup> Pitanje pred MSP je glasilo: da li sudioništvo pretpostavlja da sudionik dijeli posebnu namjeru s glavnim počiniteljem (purpose-based approach) ili je dovoljno da on zna za posebnu namjeru glavnog počinitelja (knowledge-based approach)? Premda je u teoriji i praksi međunarodnog kaznenog prava dominantan konzervativni tzv. purpose-based approach, vijeće MSP se priklonilo standardu kojeg je uspostavilo Žalbeno vijeće MKSJ u predmetu Krstić navodeći kako "nije dokazano izvan svake razumne sumnje da su vlasti u Beogradu bile svjesne odnosno da su znale da na strani glavnih počinitelja, koje su istina pomagali kroz financiranje, logistički i na druge načine, postoji posebna genocidna namjera i da će pomoć koja je pružena biti korištena upravo za počinjenje genocida."<sup>394</sup> Ne ulazeći ovom prilikom u

---

<sup>391</sup> Izdvojeno mišljenje suca Shahabuddeena, priloženo Odluci, Tužitelj protiv Laurenta Semanze, predmet br. ICTR-97-20-A, Žalbeno vijeće, 31.05.2000., § 25

<sup>392</sup> v. također i 25 May 2001 Appeals Chamber Decision on Interlocutory appeal by the accused Zoran Žigić against the decision of Trial chamber I dated 5 December 2000

<sup>393</sup> International Court of Justice, Case concerning the application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide, (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), 26 February 2007, §418-424, izv. <http://www.icj-cij.org/>

<sup>394</sup> Ibid. §423

raspravu o utemeljenosti pristupa Žalbenog vijeća u predmetu Krstić<sup>395</sup>, valja reći da je MSP reducirao standard krivnje kod sudioništva u genocidu upravo polazeći od recentne jurisprudencije MKSJ. Osim činjenice da je MSP dao prednost judikaturi MKSJ koja značajno reducira subjektivni element kod sudioništva u genocidu u odnosu na postojeće međunarodno običajno pravo, ali i na ratio legis genocida jasno istaknuto prilikom donošenja Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine<sup>396</sup>, poseban utjecaj kojeg je presuda MKSJ u predmetu Krstić imala na MSP povodom donošenja presude o tužbi BIH razvidan je i iz sljedeće činjenice. Naime, u presudi MSP pojavilo se pitanje može li sud utvrditi da je država odgovorna za genocid ako ne postoji prethodna osuda pojedinca za genocid od strane kompetentnog suda?<sup>397</sup> U tom je smislu MSP utvrdio da ako je država odgovorna zbog toga što je prekršila obvezu ne počinuti genocid mora biti dokazano da je genocid, u smislu kako je definiran u Konvenciji, bio počinjen. To se odnosi na udruživanje, sudioništvo i na obvezu da se genocid spriječi. Srbija je kao argument isticala tezu da je *condicio sine qua non* ustanovljenja državne odgovornosti prethodno ustanovljenje odgovornosti, sukladno pravilima kaznenog prava, pojedinca za počinjenje kaznenog djela genocida. Sud je taj prigovor otklonio navodeći da, polazeći od različitih postupaka i ovlasti suda i ostalih tribunala koji sude osobama optuženim da su počinili kaznena djela, ne predstavlja pravnu zapreku da ti sudovi sami za sebe, i bez postojanja prethodne odluke, utvrde da jesu li genocid ili druga djela iz čl. 3. bila počinjena. MSP ima na to pravo i ovlast imajući u vidu odredbe Statuta, ali i čl. 9. Konvencije prema kojoj država može biti proglašena odgovornom za genocid ili druga djela navedena u čl. 3. počinjena od strane njezinih organa odnosno osoba i grupa čije se radnje mogu pripisati državi pripisati. Prema ispravnom shvaćanju suda, svako drugo tumačenje moglo bi dovesti do toga da zbog političke nespremnosti da se sudi za genocid pojedinačnim počiniteljima u određenoj državi, MSP ne bi mogao odlučiti o odgovornosti države za povredu Konvencije prema čl. 9. Stoga je sud zaključio da odgovornost države prema Konvenciji za genocid i sudioništvo u njemu može biti utvrđeno (*can arise*) i bez da je pojedinac pred drugim nacionalnim ili međunarodnim sudom osuđen za ta kaznena djela. Unatoč takvom stajalištu kojemu se, naravno, u pravnom smislu ne može prigovoriti, ostaje dojam da bi MSP vrlo teško odlučio kvalificirati zločine iz Srebrenice kao genocid da o tome ne postoji pravomoćna sudska odluka MKSJ u predmetu Krstić.<sup>398</sup> To, dakako ukazuje na to da su MKSJ i MSP zapravo

---

<sup>395</sup> I samo je Žalbeno vijeće u predmetu Krstić konstatiralo da se kao najprirodnije tumačenje člana 4 Statuta nameće zaključak da se zahtjev iz članka 4(2), da počinitelj genocida posjeduje zahtijevanu "namjeru da uništi" zaštićenu grupu, odnosi na sva zabranjena djela navedena u članu 4(3), uključujući i sudioništvo u genocidu. v. Krstić II, §142

<sup>396</sup> Ibid.

<sup>397</sup> „Question whether the Court may make a finding of genocide by a State in the absence of a prior conviction of an individual for genocide by a competent court?“, International Court of Justice, Case concerning the application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide, (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), 26 February 2007, §180-182, izv. <http://www.icj-cij.org/>

<sup>398</sup> "The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), where Mr. Milosevic is on trial, has already ruled that genocide did occur in Bosnia. Although the ICJ is not bound by

mного povezaniji i međuzavisniji u svom djelovanju no što bi se to na prvi pogled dalo zaključiti.<sup>399</sup> S druge strane, mogli bismo konstatirati da je i MKSJ uglavnom uvažavao presedane MSP<sup>400</sup> s izuzetkom tzv. Nikaragva testa oko kojeg se nisu mogli složiti niti Raspravno i Žalbeno vijeće u predmetu Tadić. Dok je prvostupanjsko vijeće zaključilo da se u konkretnom slučaju mora primjeniti tzv. Nikaragva test prema kojem je za pripisivanje djela pojedinaca državi potrebno dokazati da je država imala učinkoviti nadzor (effective control) nad pojedincima koji su na području druge države počinili konkretna kaznena djela, Žalbeno je vijeće od toga odstupilo s obrazloženjem da taj test pred Tužiteljstvo stavlja nerazumno težak zahtjev vezan uz dokazivanje i da bi ga trebalo zamijeniti testom opće odnosno sveukupne kontrole (overall control). U literaturi postoji visok stupanj suglasnosti oko toga da je, unatoč neprihvataju pravnog shvaćanja MSP iz predmeta Nikaragva, MKSJ uglavnom uzimao u obzir ne samo jurisprudenciju<sup>401</sup> već i odredbe Statuta toga suda. To se u prvom redu odnosi na članak 38. Statuta MSP koji definira primjenjivo pravo pred tim sudom, a na temelju kojeg su formulirani neki koncepti koji se primjenjuju i pred MKSJ (npr. zajednički zločinački pothvat je neizravno izveden iz čl. 38. Statuta MSP zbog njegove navodno čvrste ukorijenjenosti u međunarodnom običajnom pravu). Očito je, dakle, da su sudovi UN dosad uglavnom uzajamno uvažavali presedane<sup>402</sup> te

---

that precedent, it would be very troubling, and troublesome for the coherence of international justice if the ICJ judges find otherwise.” A Nation on Trial for its Past, By Peter Ford & Beth Kampshor, Christian Science Monitor, March 6, 2006, izv. <http://www.globalpolicy.org/intljustice/icj/2006/0306past.htm>

<sup>399</sup> To potvrđuje i okolnost da je MSP propuštanjem obveze države da kazni odgovorne za genocid (failure to punish the perpetrators) kvalificirao nesuradnju Srbije s MKSJ u vezi predaje optuženog generala VRS Ratka Mladića tome Tribunalu.

<sup>400</sup> Tako i DRUMBL 2003

<sup>401</sup> V. International Court of Justice, Reservations to the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide, Advisory Opinion of 28 May 1951, izv. <http://www.icj-cij.org/>

<sup>402</sup> Oni su to, međutim, činili više na osnovi osjećaja i teleološkog tumačenja svrhe vlastitog postojanja i djelovanja no na osnovi jasno određenih kriterija formuliranih s ciljem harmonizacije izrazito decentralizirane strukture međunarodnog pravosuđa. Upravo ta decentralizirana struktura stvara nekonzistentnost ne samo međunarodnog pravosuđa već i međunarodnog prava u cjelini. Opća atmosfera pravne nesigurnosti pogoduje nečemu što se u literaturi slikovito naziva forum shopping. Radi se o sintagmi koja označava podrievanje legalizma međunarodnog prava u kojem države mogu birati između različitih pravnih standarda, instituta i koncepata već ovisno o tome koji od njih najbolje odgovaraju njihovim trenutnim političkim ili strateškim potrebama. U kontekstu izbjegavanja takvih negativnih posljedica decentralizirane strukture međunarodnog pravosuđa zanimljivim se čini Drumblov prijedlog stvaranja svojevrsnih smjernica razumijevanja između sudova Ujedinjenih naroda koji bi mogli ublažiti fragmentacijske učinke djelovanja tih institucija nudeći im neku vrstu kriterija uzajamne evaluacije pravnih standarda. Same po sebi, međutim, te smjernice ne bi dovele do vertikalne hijerarhije već do svojevrsnog foruma za raspravu. Istodobno one bi ostavile dovoljno prostora svakoj od tih institucija da spomenute kriterije primjenjuje s obzirom na sve posebnosti konkretnog predmeta o kojem se odlučuje. Te smjernice bile bi dijelom šireg procesa stvaranja međunarodnog pravnog poretka pa bi svaka institucija koja od njih odstupa morala obrazložiti zašto je tako postupila. V. o tome DRUMBL 2003



pravna shvaćanja i standarde.<sup>403</sup> Na tom je tragu i mišljenje suca Shahabuddeena iz jedne odluke MKSR, da "međusobne razlike nisu prepreka ni Međunarodnom sudu ni MSP-u da u relevantnim pitanjima uzmu u obzir jurisprudenciju drugog suda, te da se Međunarodni sud može pozivati na uvjerljive i valjane zaključke u odlukama MSP-a, a da ga one pritom ne obavezuju."<sup>404</sup> Predsjednica MSP Higgins je također, prethodno se ogrativši od modela tzv. vertikalne hijerarhije, u više navrata isticala kako je "sasvim prirodno da MKSJ uzme uz obzir presedane MSP kao višeg suda kada je o općim pitanjima međunarodnog prava riječ."<sup>405</sup> Nema sumnje da presuda Međunarodnog suda pravde zadržava iznimno visoke standarde za imputaciju odgovornosti koji su ustanovljeni presudom u predmetu Nikaragva. Stoga bi, u interesu sprječavanja procesa fragmentacije i daljnje divergencije međunarodnog kaznenog prava i pravosuđa, sudska vijeća MKSJ trebala bi uzeti u obzir ovu presudu.

---

<sup>403</sup> O odnosu između tih dvaju sudova na zanimljiv način promišlja Drumbl: "This triggers broader questions regarding the role of consistency and stability in international criminal law. Can the ICTY view what happened as genocide while the ICJ does not? Is that a desirable result? Should one judicial body trump the other; or can international institutions – assuredly, young institutions in a youthful area of law – remain viable by floating about heavily yet haphazardly, like Zeppelins?, Ibid., 1047

<sup>404</sup> V. Delalić II, §22

<sup>405</sup> Interview: ICJ Chief on Bosnia Genocide Case, izv. [http /www.iwpr.net/](http://www.iwpr.net/)

### 3.2. Sadržaj elementa „zajednički plan“

Jedno od najvažnijih pitanja vezano uz sastavnicu zajedničkog plana jest na koji način otkloniti negativne posljedice kontradiktorne žalbene presude u predmetu Tadić u kojoj je istaknuto da "zajednički plan, zamisao ili nakana mora predstavljati ili uključivati počinjenje kaznenog djela predviđenog Statutom"<sup>406</sup>, ali je istodobno formulirana i treća kategorija ZZP kod koje počinjeno kazneno djelo doduše izlazi izvan okvira plana, ali se kao "razumna i predvidiva posljedica njegove realizacije" može pripisati optuženicima. U prvoj situaciji se radi o tome da zajednički plan per se jest kazneno djelo iz nadležnosti MKSJ. Takve situacije nisu sporne. Ako je, primjerice, zajednički plan da se ubijaju pripadnici određene nacionalne skupine radi njihova potpunog ili djelomičnog uništenja tada je taj plan per se kazneno djelo genocida.<sup>407</sup> Kao primjer za situaciju u kojoj je kazneno djelo "uključeno" u zajednički plan u literaturi se navodi plan "stvaranja čiste arijske rase."<sup>408</sup> Taj plan, istina, ne mora nužno predstavljati počinjenje kaznenog djela, ali se vrlo visokim stupnjem vjerojatnosti može pretpostaviti da realizacija takvog plana implicira počinjenje kaznenih djela. Drugim riječima, počinjenje kaznenih djela kao nužna sporedna posljedica je *condicio sine qua non* realizacije takvog plana koji *prima facie* ne mora nužno sadržavati obiježja kriminalnog plana. Problematične su, međutim, situacije u kojima kazneno djelo niti predstavlja niti je uključeno u zajednički plan, već je ono razumna i predvidiva posljedica njegove realizacije. Upravo u tim situacijama do punog izražaja dolazi fleksibilnost koncepta ZZP koji kroz sintagmu "razumnih i predvidivih posljedica" treće kategorije potencijalno kriminalizira svaki plan, akciju, inicijativu i strategiju koji mogu, ovisno o okolnostima slučaja, implicirati počinjenje kaznenih djela, pa i teških povreda međunarodnog humanitarnog prava. U takvim bi situacijama svi koji su na bilo koji način, izravno ili neizravno, sudjelovali u formuliranju i provedbi takvog plana bili odgovorni po osnovi teorije ZZP zbog toga što su mogli predvidjeti da takav plan može dovesti do počinjenja zločina. Pokušajmo na nekoliko primjera ilustrirati o kakvom se problemu ovdje radi. U kontekstu rata protiv terorizma država Izrael izvela je 2006. godine više napada na području Libanona. Politika izraelske vlade je osigurati da Hezbollah više ne bude u stanju izvoditi kopnene i raketne napade i da se ta radikalna militantna organizacija razoruža u skladu s rezolucijom Ujedinjenih naroda. Casus belli bio je, podsjetimo, Hezbollahova otmica dvojice izraelskih vojnika 12. srpnja 2006. godine. Očito je, dakle, da je uništenje Hezbollaha, odnosno neutralizacija njegova djelovanja prema izraelskom teritoriju, cilj zajedničkog plana izraelske vlade koja u njegovoj realizaciji djeluje, to je sasvim sigurno, s još nekim svjetskim vladama od kojih je na prvom mjestu vlada SAD. Ne ulazeći sada u pitanje je li napad na teritorij druge države opravdan u smislu Povelje Ujedinjenih naroda i utemeljen na međunarodnom pravu, postavlja se pitanje kako i čime opravdati ono što se vojnim rječnikom bešćutno naziva „kolateralnom štetom“. Ako se primijene elementi proširenog

---

<sup>406</sup> Tadić II, §227

<sup>407</sup> v. DAMAŠKA 2005

<sup>408</sup> Ibid.

ZZP malo bi tko mogao prigovoriti da je izraelsko vodstvo moglo predvidjeti da će, kao posljedica opsežne vojne kampanje protiv Hezbollaha, stradati i civilno pučanstvo. U zračnom napadu na selu Qana u južnom Libanonu poginulo je više 60 libanonskih civila, među kojima i 37 djece.<sup>409</sup> Sve i da je taj napad per se bio zakoniti odgovor na akcije Hezbolahha koji je, navodno iz tog mjesta ispalio nekoliko raketa na Izrael, sasvim je nedvojbeno da je kolateralna šteta koja predstavlja zločin po međunarodnom pravu, bila ne samo predvidiva visokim izraelskim dužnosnicima već su oni tu štetu već na neki način uračunali i s njezinim se posljedicama pomirili. To jasno proizlazi iz izjave izraelskog premijera Ehuda Olmerta koji je rekao da je “Izrael upozorio stanovnike Qane da napuste grad prije zračnog napada”.<sup>410</sup> Drugi primjer u kojem bi hipotetski mogli primjeniti teoriju ZZP je napad SAD na Afganistan. Kao odgovor na terorističke napade al-Qaide od 11. rujna 2001. godine taj je napad u međunarodnoj zajednici protumačen kao de facto napad na tu terorističku organizaciju. Američki saveznici u Afganistanu bile su, između ostalih, i snage tzv. Sjevernog saveza za koje se opravdano moglo pretpostaviti da se neće pridržavati pravila međunarodnog humanitarnog prava jer to nisu činile niti u ranijim sukobima. Stoga bi svi oni koji su stvarali tu alijansu i koji su, sasvim sigurno, objektivno i subjektivno mogli predvidjeti da će snage Sjevernog saveza kršiti međunarodno humanitarno pravo, mogli biti smatrani odgovornima po osnovi proširenog ZZP. Međutim, nisu samo pripadnici Sjevernog saveza kršili međunarodno humanitarno pravo u Afganistanu. Prema nekim procjenama tijekom intervencije uporabljeno je više od 1,2 milijuna tona bombi čime je do kraja uništena već ionako prethodnim događanjima i sovjetskom okupacijom devastirana planinska država. Glavni razlog tako opsežnim zračnim napadima bilo je nastojanje da se spriječi borba na zemlji i velik broj žrtava na američkoj strani. Naime, Bushova administracija imala je svježja sjećanja na intervenciju Somaliji gdje je osamnaest žrtava na američkoj strani okrenulo domaću javnost protiv vojnog angažmana u toj zemlji. Stoga i ne čudi smjernica koju je uredništvo CNN-a dalo izvjestiteljima iz Afganistana da u svojim izvješćima ne navode stvarni broj ljudskih žrtava i opseg materijalne štete kako se teško zadobivena potpora javnosti u “ratu protiv terorizma” ne bi okrenula u neželjenom pravcu. Stoga se nerazmjernost u intenzitetu napada koji su rezultirali ne samo velikom štetom na civilnoj infrastrukturi već i velikom broju civilnih žrtava može protumačiti kao posljedica političke fobije od angažiranja sukoba na zemlji. Otkrića masovnih grobnica u Dasht-e-Leili u kojima se nalaze tijela više od 1000 pripadnika talibanskih oružanih snaga kojima su saveznici bili dužni priznati status ratnih zarobljenika, samo su jedan od dokaza u prilog tvrdnji da vojna intervencija u Afganistanu nije bila poduzeta u skladu sa kriterijima i standardima međunarodnog prava kojim je regulirano pravo država na individualnu ili kolektivnu samoobranu. To međutim, potvrđuje našu tezu da je ekstenzivna konstrukcija zajedničkog plana moguća

---

<sup>409</sup> Qana Attack Stirs Worldwide Outcry, U.S. Resists Calls for Immediate Israel-Hezbollah Cease-Fire, CNN, Sunday, July 30, 2006

<sup>410</sup> Israel 'regrets' civilian deaths in Qana, blames Hezbollah, DNA World, Sunday, July 30, 2006

kada je o bilo kojoj oružanoj intervenciji riječ.<sup>411</sup> Sljedeći primjer u kojem je formulacija zajedničkog plana, koji per se nije predstavljao kazneno djelo iz nadležnosti tribunala niti je činjenje zločina bilo nužno sredstvo za njegovu realizaciju, jest intervencija zračnih snaga NATO saveza na području SR Jugoslavije. Premda je cilj napada bio uništiti vojnu infrastrukturu napadnute države i time je onemogućiti od daljnje agresivne politike prema Kosovu i susjednim državama, tijekom napada stradali su i mnogi civili, a prouzročena je i znatna materijalna šteta na objektima koji nisu bili dijelom infrastrukture oružanih snaga. Premda se radi o ekscesima koji nisu bili formulirani zajedničkim planom, niti su na njih donositelji takvog plana pristali, činjenica je da su o njihovom mogućem nastupanju oni trebali voditi računa jer su ti ekscesi bili objektivno i subjektivno predvidivi. Uostalom, može li se uopće planirati izvođenje bilo kakve vojne operacije bez da se njome ukalkulira i potencijalna, a na terenu gotovo neizbježna, kolateralna šteta. Ako se prihvati ekstenzivna konstrukcija zajedničkog plana iz optužnica pred MKSJ, ona će, kao model, biti hipotetski primjenjiva ne samo na situacije u kojima je zajednički plan obuhvaćao neki oružani napad, već svaki plan koji je bio usmjeren na promjenu određenog političkog stanja.<sup>412</sup> Ne treba niti spominjati kakvu bi opasnost takav in extenso pristup imao na koncept tek uspostavljene i na krhkom sporazumu utemeljene međunarodne kaznene sudbenosti i međunarodnog kaznenog prava u cjelini. Stoga je ekstenzivnu, zapravo "neograničeno elastičnu", konstrukciju elementa zajedničkog plana kod kojeg u sebi sadržava objektivno i subjektivno predvidivi „rizik“ od mogućih zločina koji izlaze izvan njegovih okvira, a koja je sadržana u optužnici u predmetu Prlić i dr. te optužnici protiv Gotovine, Čermaka i Markača potrebno odbaciti. U suprotnom, daljnja primjena takve konstrukcije imala bi dalekosežne negativne posljedice.

---

<sup>411</sup> HERSH 2004

<sup>412</sup> DAMAŠKA 2005

#### 4. Sudjelovanje optuženika u zajedničkom planu

Treća sastavnica objektivnog elementa ZZP definirana u žalbenoj presudi u predmetu Tadić je “sudjelovanje optuženika u zajedničkom planu”. U toj odluci nije precizirano što se ima smatrati “sudjelovanjem” i da li ono traži i određeni doprinos optuženika bilo u održavanju ZZP ili u počinjenju konkretnog kaznenog djela. Prema standardu iz žalbene presude u predmetu Tadić proizlazi da sudjelovanje u ZZP koji uključuje počinjenje jednog od kaznenih djela predviđenih statutom „ne mora uključivati počinjenje nekog konkretnog kaznenog djela iz jedne od tih odredbi (na primjer ubojstvo, istrebljenje, mučenje, silovanje itd.) nego se može sastojati u pomoći ili doprinosu izvršenju zajedničkog plana ili namjere.”<sup>413</sup> U predmetu Kvočka Raspravno vijeće je istaknulo da je:

“U praksi Međunarodnog suda, doprinos osoba koje su do sada osuđene za sudjelovanje u udruženom zločinačkom poduhvatu bio je izravan i značajan: oni koji su osuđeni ili su počinili zločine ili su aktivno sudjelovali u pomaganju ili omogućavanju zločina.”<sup>414</sup>

U nastavku je istaknuto da se značajnim sudjelovanjem može smatrati:

“...djelo ili propust koji poduhvat čine efikasnim i djelotvornim; na primjer, sudjelovanje koje omogućava da sistem funkcionira lakše ili bez ometanja. Fizičko ili izravno počinjenje nekog teškog zločina kojim se doprinosi cilju zločinačkog poduhvata predstavljalo bi značajan doprinos.”<sup>415</sup>

Sadržaj i opseg doprinosa, prema dosadašnjoj praksi MKSJ, nemoguće je unaprijed odrediti već ga treba procjenjivati s obzirom na okolnosti slučaja, i to osobito kad se radi o sudionicima ZZP niskog ili srednjeg ranga koji nisu fizički počinitelji zločina;

“Može se dogoditi da neka osoba sa značajnom nadležnošću ili utjecajem koja se svjesno ne žali ili ne protestira automatski pruža značajnu pomoć ili podršku nekoj zločinačkoj aktivnosti samim svojim prešutnim odobravanjem, pogotovo ako je nazočna na mjestu izvršenja te zločinačke aktivnosti. U većini situacija pomagatelj, podržavatelj ili supočinitelj nisu osobe koje je moguće lako zamijeniti tako da bilo tko dođe na njihovo mjesto. Obično su to osobe na višem položaju u hijerarhiji ili osobe koje su posebno obučene ili posjeduju posebne vještine ili talente. Raspravno vijeće, međutim, primjećuje da je u većini predmeta vođenih poslije Drugog svjetskog rata spomenutih u dosadašnjem tekstu kaznena odgovornost pripisivana i običnim vozačima ili vojnicima kojima je zapovjedbno da drže stražu dok su drugi obavljali pogubljenje. Uz to, mnogi predmeti vođeni u to doba nisu se bavili ponavljanim sudjelovanjem u zločinačkom sustavu, jer su optuženi obično sudjelovali u samo po jednoj odvojenoj situaciji. I prema nacionalnim zakonima pojedinci se smatraju odgovornima za izravno ili neizravno sudjelovanje u jednom udruženom zločinačkom poslu.”<sup>416</sup>

<sup>413</sup> Tadić II, §227

<sup>414</sup> Kvočka I, §275

<sup>415</sup> Ibid. §309

<sup>416</sup> Ibid. §309

Doprinos optuženika održavanju ZZP, uz njegov položaj u organizacijskoj hijerarhiji, odlučujući je kriterij za razgraničenje sudjelovanja u ZZP “počinjenjem” od sudjelovanja “pomaganjem i podržavanjem”:

“Svatko tko svjesno na bilo koji značajan način sudjeluje u operaciji tog objekta (sistemska ZZP), ili pomaže ili olakšava njegov rad, osobno snosi kaznenu odgovornost zbog sudjelovanja u zločinačkom poduhvatu, bilo kao supočinitelj, bilo kao pomagatelj i podržavatelj, ovisno o svom položaju u organizacijskoj hijerarhiji i stupnju svog sudjelovanja. Razina sudjelovanja koja se pripisuje optuženom, kao i kvalifikacija u smislu važnosti tog sudjelovanja, ovisi o raznim čimbenicima, uključujući opseg zločinačkog poduhvata, funkcije koje je optuženi obavljao i njegov položaj, vrijeme koje je optuženi proveo sudjelujući u tom poduhvatu nakon što je saznao za zločinačku prirodu sistema, napore koje je uložio da spriječi zločinačke aktivnosti ili da ometa efikasno funkcioniranje sustava, težinu i opseg počinjenih zločina, te djelotvornost ili samovoljna okrutnost koju je sudionik pokazao prilikom obavljanja svoje funkcije.”<sup>417</sup>

U istom je predmetu vijeće zauzelo stajalište da je “razina sudjelovanja koja je potrebna da bi se netko smatrao sudionikom u udruženom zločinačkom poduhvatu niža od razine sudjelovanja koja je potrebna da bi netko prerastao iz pomagatelja ili podržavatelja u supočinitelja tog poduhvata.”<sup>418</sup> Iz dosadašnje prakse MKSJ može se zaključiti da postoji nekoliko relevantnih oblika sudjelovanja u ZZP:

a) Počinjenje kaznenog djela

b) Sudjelovanje u oružanom napadu. Žalbeno vijeće u predmetu Tadić zaključilo je da je optuženik "aktivno sudjelovao u zajedničkoj zločinačkoj nakani da se iz regije Prijedora ukloni nesrpsko stanovništvo time što je činio nečovječna djela" i, konkretnije, da je "bio naoružani pripadnik naoružane grupe koja je, u kontekstu sukoba u regiji Prijedora, napala Jaškiće...žalitelj je aktivno sudjelovao u tom napadu time što je sakupljao i pretukao neke od muškaraca iz Jaškića".<sup>419</sup> I u predmetu Kupreškić i dr. za četvoricu optuženih utvrđeno je da su bili izravno umiješani u napade na jedan ili više domova bosanskih Muslimana koji su rezultirali lišavanjem života i protjerivanjem. To je sudjelovanje kod dvojice optuženih eksplicitno doseglo razinu supočiniteljstva kod zločinačkog pothvata. Peti optuženik je proglašen krivim za pomaganje i podržavanje jer je bio prisutan, spreman pružiti pomoć, ali nije izravno sudjelovao u napadu.<sup>420</sup> Sudjelovanjem u ZZP po ovoj osnovi smatra se i sprječavanje bijega zarobljenika. Tako je u predmetu Vasiljević utvrđeno da je optuženik sudjelovao u “udruženom zločinačkom poduhvatu da se počini ubojstvo tako što je sedmoricu Muslimana pritvorenih u hotelu "Vilina vlas" spriječio da pobjegnu držeći ih na nišanu, tako što ih je proveo do obale Drine držeći ih na nišanu i time ih sprečavajući da

---

<sup>417</sup> Ibid. §306, 311

<sup>418</sup> Ibid. §287

<sup>419</sup> Tadić II, §231, 232

<sup>420</sup> Kupreškić I, §782

pobjegnu, te tako što je neposredno prije strijeljanja zajedno s ostalim počiniteljima stajao iza ovih Muslimana s puškom u ruci”<sup>421</sup>

c) Sudjelovanje na razini koordinacije. U predmetu Krstić Raspravno vijeće je optuženika proglasilo krivim kao supočinitelja u ZZP zbog toga što je njegovo "sudjelovanje bilo izuzetno bitno i odvijalo se na razini rukovođenja." U toj presudi je naglašeno da "general Krstić nije smislio plan za ubijanje tih muškaraca, niti ih je osobno ubio. Međutim, on je odigrao ključnu ulogu kao koordinator provođenja kampanje ubijanja."<sup>422</sup>

d) Izvršavanje nadzora. Žalbena vijeća u predmetu Krnojelac potvrdilo je stajalište Raspravnog vijeća da se položaj upravitelja KP doma i s njim povezana nadzorna funkcija može smatrati značajnim doprinosom ZZP.<sup>423</sup>

Iz dosadašnje prakse MKSJ proizlazi da je prag odgovornosti sudionika ZZP s obzirom na objektivni element (radnja) niži ne samo u odnosu na fizičkog počinitelja, već i odnosu na pomagatelja i podržavatelja!? Naime, dok se kod pomaganja i podržavanja traži da sudionička podrška ima "značajnog učinka na počinjenje kaznenog djela" (substantial contribution) kod djelovanja u provedbi zajedničke namjere ili plana dovoljno je da sudionik ZZP učini djela koja su "na neki način usmjerena provedbi zajedničkog plana ili namjere."<sup>424</sup>

---

<sup>421</sup> Vasiljević II, §89

<sup>422</sup> Krstić I, §642

<sup>423</sup> Krnojelac II, §39

<sup>424</sup> Tadić II, §229

## 5. Zaključak

"Zajednički plan" kao druga objektivna sastavnica teorije ZZP, u dosadašnjoj je praksi Tribunala nedvojbeno bila tretirana kao središnji segment ove teorije izvedene kaznene odgovornosti. Nakon što bi u postupku bilo utvrđeno postojanje zajedničkog plana, vrlo je malo pozornosti pridavano utvrđivanju ostalih dvaju sastavnica objektivnog elementa ZZP - pluraliteta osoba i suštinskog doprinosa optuženika stvaranju i/ili održavanju ZZP. Potcijenjenost prve sastavnice i nepostojanje bilo kakvih kriterija za njezino određivanje proizlazi iz činjenice da je teorijom ZZP odgovornost pripisivana skupinama u rasponu od nekoliko naoružanih osoba koje su djelovale na terenu<sup>425</sup>, pripadnicima lokalnih vlasti koji su djelovali u provođenju strateških planova<sup>426</sup>, te visokim vojnim zapovjednicima i državnim dužnosnicima koji su djelovali u provođenju državne politike<sup>427</sup>. Tako je, ovisno o okolnostima slučaja prva sastavnica obuhvaćala skupine od svega nekoliko osoba do svih "znanih i neznanih osoba" i cjelokupnih struktura na lokalnoj i središnjoj državnoj razini. Sadržaj prve sastavnice uglavnom je ovisio o konkretnim dokazima kojima je Tužiteljstvo s obzirom na inkriminirani događaj raspolagalo i to po obrascu - što manje dokaza to širi krug sudionika ZZP (naime, što je širi krug sudionika ZZP to je i potencijalno veći broj kaznenih djela koja se kao "razumne i predvidive posljedice" mogu "pripisati" optuženicima). O zanemarivanju treće sastavnice objektivnog elementa ZZP može se zaključiti iz toga što niti danas zapravo nije jasno na koji to način optuženik mora doprinosti ZZP da bi bio odgovoran za kazneno djelo koje mu se stavlja na teret. I u tom je smislu praksa Tribunala bila nekonzistentna. Dok je u nekoliko postupaka istaknuto da taj doprinos mora biti suštinski, u drugima je pak on u kvalitativnom i kvantitativnom smislu bio podređen "suštinskom" odnosno "bitnom" doprinosu pomagatelja i podržavatelja. To je u konačnici dovelo do nelogične situacije da je Tužiteljstvu bilo lakše dokazati počiniteljstvo kroz teoriju ZZP no pomaganje i podržavanje kao oblike sudioništva koji su tradicionalno akcesorni počiniteljstvu. Osim toga, nepostojanje bilo kakvih pouzdanih kriterija za razgraničenje "bitnog" od "nebitnog" doprinosa dovelo je do stvaranja pogrešnih zaključaka o tome da se formalni položaj optuženika u hijerarhiji zapovijedanja odnosno odlučivanja sam po sebi ima smatrati "bitnim" doprinosom. Takvo je pogrešno pravno rezoniranje kao rezultat neobuzdane diskrecije Tužiteljstva u sastavljanju optužnica dovelo do raširene primjene ne samo sistemskog ZZP čija je samostalnost u okviru teorije u više navrata dovedena u pitanje<sup>428</sup>, već i najspornijeg, proširenog ZZP.

---

<sup>425</sup> Npr. predmeti Tadić i Vasiljević

<sup>426</sup> Npr. predmet Stakić

<sup>427</sup> Npr. predmet Milutinović i dr.

<sup>428</sup> Krnojelac I, §78; Izdvojeno mišljenje suca Davida Hunta o Ojdanićevom prigovoru na nenadležnost – udruženi zločinački poduhvat, 21.05.2003., §30



# ČETVRTO POGLAVLJE

## SUBJEKTIVNI ELEMENTI TEORIJE ZAJEDNIČKOG ZLOČINAČKOG POTHVATA

### 1. Nulla poena sine culpa i međunarodno kazneno pravo

Načelo krivnje jedno je od temeljnih načela suvremenog kaznenog prava. Ono se izražava kroz maksimu nulla poena sine culpa što znači da nema kazne bez krivnje. Krivnja (*mens rea*) je opće načelo prava u smislu članka 38. Statuta Međunarodnog suda pravde.<sup>429</sup> U nekim je sustavima načelo krivnje ustavna kategorija, a u brojnim državama ono je izričito formulirano i u tekstu kaznenog zakona. I u onim državama u kojima načelo krivnje nije eksplicirano kroz ustavne i zakonske tekstove, krivnja je konstitutivni element kaznenog djela i osnova za odmjeravanje kazne. Objektivna odgovornost, dakle kažnjavanje zbog prouzročenja posljedice u suvremenom je pravu napušteno.<sup>430</sup> Odgovornost zbog prouzročenja posljedice ograničeno je na lakše kažnjive radnje (npr. *strict liability offences* u anglosaksonskom pravu). Suvremeno kazneno pravo distancira se i od tzv. odgovornosti za drugoga. Ostaci te odgovornosti, međutim, zadržani su u anglosaksonskom pravu u formi vikarijske odgovornosti. Najteža kaznena djela se u nacionalnim pravnim sustavima nerijetko nazivaju i „zločinima“ (npr. u hrvatskom kaznenom pravu „ratni zločin“ ili „zločin protiv čovječnosti“). Težina genocida koji je i u praksi Međunarodnog kaznenog tribunala za bivšu SFRJ proglašen „zločinom svih zločina“ temelji se upravo na subjektivnom elementu kaznenog djela tj. na posebnoj namjeri koja ide za tim da se pripadnici određene vjerske, rasne, nacionalne ili etničke skupine djelomično ili u potpunosti unište. Kroz praksu MKSJ i Međunarodnog kaznenog tribunala za Ruandu utvrđeno je da je moguće zasnovati kaznenu odgovornost za genocid i u slučaju kad je samo jedna osoba usmrćena ako je počinitelj postupao s posebnom namjerom (*dolus specialis*). Razlika između „običnog“ ubojstva i ubojstva kao modaliteta radnje počinjenja genocida upravo i jest u toj posebnoj namjeri koja implicira i strože kažnjavanje. Ista razlika postoji i kad se radi o ubojstvu kao obliku radnje počinjenja zločina protiv čovječnosti. Koliko je krivnja važan element za postizanje ciljeva zbog kojih je MKSJ osnovan proizlazi iz preambule Rezolucije 827 Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda u kojoj je na više mjesta naglašena osobna odgovornost počinitelja zločina kojima se ugrožavaju međunarodni mir i sigurnost.<sup>431</sup> U Izvješću Glavnog tajnika Ujedinjenih naroda podnesenom

<sup>429</sup> V. o tome SCHABAS 2002-2003

<sup>430</sup> Zbog izravne suprotnosti s načelom krivnje suvremeno kazneno pravo odbacilo je srednjovjekovnu teoriju *versari in re illicita* prema kojoj se „onome tko se kreće u sferi zabranjenog uračunava sve što proizađe iz kaznenog djela (lat. *versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*). HORVATIĆ i dr. 2002

<sup>431</sup> UN Security Council Resolution 827 (1993) on the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 25 May 1993, S/Res/827 (1993)

sukladno paragrafu 2 rezolucije 808 Vijeća sigurnosti<sup>432</sup> navodi se da je načelo osobne kaznene odgovornosti važan element s obzirom na nadležnost nad osobama. U Izvješću se podsjeća da je Vijeće sigurnosti „u više rezolucija potvrdio da su osobe koje su počinile teška kršenja međunarodnog prava u bivšoj Jugoslaviji individualno odgovorne za ta kršenja.“<sup>433</sup> Načelo krivnje važno je ne samo kod utvrđivanja je li optuženik počinio kazneno djelo koje mu se stavlja na teret već i u postupku odmjeravanja kazne.<sup>434</sup> To je potvrđeno i kroz praksu međunarodnih kaznenih sudova. Osim odvratanja kroz zastrašivanje (deterrence), praksa MKSJ istaknula je i retribuciju<sup>435</sup> kao jedan od važnih ciljeva kažnjavanja. Tako je Raspravno vijeće u predmetu Todorović opravdalo retribuciju kao načelo koje uključuje pravičnost i zahtjev da kazna mora biti razmjerna težini počinjenog kaznenog djela.<sup>436</sup> Također je i u predmetu Kupreškić, premda bez dodatnog obrazloženja, spomenuta kao primarna svrha kažnjavanja bez obzira na njezin „primitivni i negativni“ prizvuk.<sup>437</sup> Važnost retribucije koja se temelji na krivnji počinitelja naglašena je i presudi Žalbenog vijeća u predmetu Krnojelac dok su manje važnim označeni ciljevi poput „zatvaranja opasnih počinitelja i njihove rehabilitacije.“<sup>438</sup> Krivnja kao subjektivni element kaznenog djela, bez obzira što nije izričito propisana Statutom MKSJ kao niti Pravilnikom o postupku i dokazima implicitno je sadržana u opisima kaznenih djela iz nadležnosti Tribunala. Niti za jedno od tih kaznenih djela optuženik ne može biti kažnjen ukoliko u postupku nije dokazano da je kriv za kazneno djelo(a) koja mu se stavljaju na teret. Krivnja kao subjektivni element (*mens rea*) razlikuje se ovisno o kategoriji ZZP o kojoj je riječ. Za osnovni oblik ZZP traži se namjera da se počini određeno kazneno djelo. Tu namjeru moraju dijeliti svi supočinitelji odnosno sudionici ZZP. Kod sistemskog oblika ZZP traži se osobna svijest o sustavu zlostavljanja i namjera da se doprinese tom sustavu. Za prošireni oblik ZZP počinitelj mora postupati s namjerom sudjelovanja u zajedničkom planu skupine te aktivno doprinijeti ZZP ili počinjenju kaznenog djela od strane grupe. Kod proširenog ZZP optuženik snosi odgovornost i za kazneno djelo koje izlazi iz okvira zajedničkog plana ako je, prema okolnostima slučaja, bilo predvidivo da će netko od pripadnika skupine počinuti takvo kazneno djelo i ako je on na taj rizik svjesno pristao.<sup>439</sup> U nastavku slijedi analiza sadržaja krivnje kod svakog od navedenih oblika ZZP.

---

<sup>432</sup> Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808(1993), 22. Feb. 1993., U.N. Doc. S/25704

<sup>433</sup> Ibid.

<sup>434</sup> DERENČINOVIĆ 2005.; KELLER 2001-2002; DANNER 2001

<sup>435</sup> Retribucija (lat. *rê-tribuo*: natrag dati, vratiti; retro dare: dati komu ono, što ga ide) je filozofski i etički smjer (retributivizam) odnosno sadržaj tzv. retributivnih ili represivnih kaznenih sankcija (lat. *repressio*: potiskivanje, suzbijanje; reprimere: potiskivati, suzbijati) kojima je primarna svrha uzvratiti i prisilom suzbiti zlo počinjeno ili naneseo kaznenim djelom. (HORVATIĆ i dr 2002) O retribuciji u domaćoj literaturi v. NOVOSELEC 2004.; CVITANOVIĆ 1999.; HORVATIĆ 1980. Od inozemne literature v. HUSAK 2000; KELLOGG 1977-1978; BRADLEY 1999; ALLEN 1975-1976

<sup>436</sup> Todorović I, §30; Supra t. 80-86

<sup>437</sup> Kupreškić i dr. I, §848

<sup>438</sup> Krnojelac II, §508

<sup>439</sup> Tadić II, §228

## 2. Krivnja kod osnovnog oblika zajedničkog zločinačkog pothvata

Kod osnovnog ZZP osnova odgovornosti sudionika je namjera počinjenja djela koju taj sudionik dijeli s drugim sudionicima ZZP. Primjer za to je plan da se ubije kojeg formuliraju sudionici ZZP i u kojem svaki od njih, makar izvršavao različitu ulogu u okviru plana, ima namjeru ubiti. Osim što mora postojati zajednička namjera (shared intent) između sudionika ZZP, tužitelj mora dokazati postojanje zajedničke namjere osobe optužene za sudjelovanje u ZZP i osobe koja je neposredno počinila kazneno djelo (fizički počinitelj).<sup>440</sup> Postupanje na temelju zajedničke namjere ima jednu razumljivu posljedicu: ako tužitelj ne uspije dokazati da su optuženik i fizički počinitelj djelovali s istom namjerom u vrijeme počinjenja kaznenog djela optuženik se mora osloboditi optužbe. Postojanje zajedničke namjere kod osnovnog ZZP iscrpno je obrađeno u žalbenoj presudi u predmetu Vasiljević. U prvostupanjskoj presudi u tom predmetu Raspravno je vijeće zaključak o optuženikovo namjeri da ubije sedam osoba izvelo iz njegovih postupaka:

“Raspravno vijeće je zaključilo da je optuženi osobno sudjelovao u udruženom zločinačkom poduhvatu tako što je sedam muškaraca Muslimana pritvorenih u hotelu “Vilina vlas” spriječio da pobjegnu držeći ih na nišanu, tako što ih je proveo do obale rijeke Drine držeći ih na nišanu i time ih sprečavajući da pobjegnu, te tako što je neposredno prije strijeljanja zajedno s ostalim počiniteljima stajao iza ovih Muslimana s puškom u ruci.”<sup>441</sup>

U žalbi obrane navodi se da je Raspravno vijeće pogriješilo kada je zaključilo da je optuženik dijelio namjeru da se ubiju sedmorica Muslimana. Žalbeno vijeće konstatiralo je da, budući da optuženik nije znao da se sprema strijeljanje žrtava, činjenica da je on u hotelu spriječio te Muslimane da pobjegnu nije presudna za pitanje da li je dijelio namjeru da se oni ubiju. Stoga, nijedan razumni presuditelj o činjenicama ne bi na osnovu žaliteljevih postupaka u hotelu mogao donijeti zaključak da je on tada imao namjeru ubiti sedmoricu Muslimana.<sup>442</sup> U presudi Žalbenog vijeća navodi se da je zbog greške Raspravnog vijeća u utvrđivanju krivnje optuženika došlo do „neostvarenja pravde jer se bez dokaza o žaliteljevoj namjeri da se počini ubojstvo, on ne može smatrati odgovornim kao sudionik u udruženom zločinačkom poduhvatu.” Žalbeno vijeće je zaključilo da je jedini razumni zaključak koji se može izvesti na temelju ukupnih dokaza (optuženik nije osobno pucao u žrtve, nije imao kontrolu nad strijeljanjem, a njegov stupanj sudjelovanja u djelu daleko je manji od stupnja sudjelovanja ostalih) taj da je žalitelj „znao da će njegova djela pomoći počinjenju ubojstava. Žalbeno vijeće utvrdilo je da su radnje optuženog, kojima je spriječio te ljude da pobjegnu na putu do obale rijeke i za vrijeme pucnjave, imale "značajnog učinka na počinjenje kaznenog djela".<sup>443</sup> Kategorija osnovnog ZZP primijenjena je i u presudi

---

<sup>440</sup> Krstić I, §613; Krnojelac II, §84; Vasiljević I, §68; Vasiljević II §97

<sup>441</sup> Vasiljević I, §209

<sup>442</sup> Vasiljević II, §126

<sup>443</sup> Vasiljević II, §134

Žalbenog vijeća u predmetu Stakić. U toj je odluci utvrđeno da je optuženik sudjelovao u ZZZP, dao bitan doprinos (substantial contribution) provedbi zajedničkog plana i dijelio namjeru za njegovim ostvarivanjem. U presudi se navodi kako “dokazi potvrđuju činjenicu da su civilne vlasti, policija i vojska surađivali na istoj razini u općini Prijedor u cilju ostvarivanja ciljeva zajedničkog plana pod svaku cijenu” iz čega slijedi da su svi sudionici ZZZP dijelili zajedničku namjeru. Iz ovakve konstrukcije je razvidno da u predmetu Stakić zaključak o odgovornosti optuženika za kaznena djela počinjena u okviru osnovnog ZZZP vijeće nije izvelo na osnovi dokazane zajedničke namjere (shared intent) optuženika i fizičkog počinitelja da se počini konkretno kazneno djelo. Štoviše, namjera fizičkog počinitelja nije niti utvrđivana u tom predmetu pa tako niti okolnost Jesu li fizički počinitelj i optuženik dijelili istu namjeru. Time su značajno sniženi standardi dokazivanja zajedničke namjere kod osnovnog ZZZP. Valja, međutim, naglasiti da kada se radi o snižavanju standarda potrebnih za dokazivanje zajedničke namjere kod osnovnog ZZZP, predmet Stakić nije iznimka nego, nažalost, pravilo. Tako niti general Krstić niti lokalni dužnosnik Blagoje Simić nisu osuđeni pred MKSJ zbog toga što su dijelili zajedničku namjeru s fizičkim počiniteljima kaznenih djela koja im se stavljaju na teret da se ta djela počine, već na temelju njihovog de iure i/ili de facto položaja u sustavu vlasti koji je fizičkim počiniteljima na neki način omogućio da djeluju u uvjetima apsolutne ili relativne nekažnjivosti.<sup>444</sup> Razlozi za takav pristup razvidni su iz presude Raspravnog vijeća u predmetu Stakić:

“Kad bi se, u ovakvom kontekstu, zahtijevao dokaz diskriminatorne namjere i optuženog i pojedinačnih aktera u vezi sa svakim pojedinim počinjenim djelom, posljedica bi bila neopravdana zaštita nadređenih, što bi bilo u suprotnosti sa značenjem, duhom i svrhom Statuta ovog Međunarodnog suda.”<sup>445</sup>

Ma koliko se takvo pragmatično rezoniranje suda može shvatiti kao izraz potrebe za učinkovitim kaznenim progonom tzv. masovnih zločina kod kojih je vrlo teško utvrditi fizičkog počinitelja, sadržaj njegove svijesti u vrijeme počinjenja djela te zajedničku namjeru sa sudionikom ZZZP, ono je pravno neprihvatljivo jer dovodi do revizije subjektivnih elemenata kaznenih djela iz nadležnosti MKSJ što je, dakako, u suprotnosti sa značenjem, duhom i svrhom Statuta MKSJ. To, između ostalog, jasno proizlazi i iz zaključka Raspravnog vijeća u predmetu Stakić da oblici odgovornosti iz članka 7(1) “ne mogu promijeniti ili zamijeniti elemente kaznenih djela definiranih u Statutu, a osobito se ne može mijenjati element mens rea koji predstavlja uvjet za određeno kazneno djelo u Statutu.”<sup>446</sup> Očito je, dakle, da je u pogledu dokazivanja krivnje pred MKSJ došlo do raskoraka između teorijskog koncepta osnovnog ZZZP određenog u presudi Žalbenog vijeća u predmetu Tadić i kasnije sudske prakse u kojima su te teorijske zasade značajno reducirane i objektivizirane.

---

<sup>444</sup> HAAN 2005

<sup>445</sup> Stakić I, §742

<sup>446</sup> Ibid. §437

## 2. Krivnja kod sistemskog oblika zajedničkog zločinačkog pothvata

Kod sistemskog ZZP počinitelj je svjestan svoje uključenosti u organizirani sustav zlostavljanja i mogućnosti da se u okviru toga sustava čine određena kaznena djela (npr. ubojstva, silovanja i sl.). Radi se o tzv. predmetima „koncentracijskih logora“ gdje se krivnja sastoji od znanja o prirodi sustava zlostavljanja i namjere da se provede zajednički plan zlostavljanja. Prema dosadašnjoj sudskoj praksi MKSJ, ta se namjera može dokazati izravno ili izvođenjem (inferencijom) zaključka iz karaktera ovlasti optuženog unutar logora ili organizacijske hijerarhije. Vjerojatno najbolji primjer kaznenog postupka u kojem je optuženicima stavljeno na teret sudjelovanje u sistemskom ZZP je predmet Kvočka i dr. Optuženicima koji su obnašali funkcije zapovjednika logora, zamjenika zapovjednika i vođa smjene stražara u logoru optužba teretila da su u „razdoblju od svibnja do kolovoza 1992. vlasti bosanskih Srba u općini Prijedor nezakonito odvojile, zatočile i zatvorile u logore Omarska, Trnopolje i Keraterm više od 6.000 bosanskih Muslimana, bosanskih Hrvata i drugih ne-Srba iz prijedorskog kraja na sjeverozapadu Bosne i Hercegovine.“<sup>447</sup> Žalbeno vijeće u tom predmetu konstatiralo je da:

„položaj vlasti, iako ne predstavlja pravni uvjet kaznene odgovornosti za udruženi zločinački poduhvat, ipak predstavlja faktor prilikom utvrđivanja odgovornosti. Naime, položaj vlasti može predstavljati relevantan dokaz za utvrđivanje svijesti optuženog o tom sistemu, njegovo sudjelovanje u ostvarivanju ili održavanju zajedničkog zločinačkog cilja tog sistema, te konačno za ocjenu razine njegovog sudjelovanja za svrhe odmjeravanja kazne.“<sup>448</sup>

Tom je odlukom potvrđena prvostupanjska presuda u kojoj je, između ostalog, utvrđeno sljedeće:

“U predmetima vezanim za koncentracijske logore naizgled se afirmira oboriva pretpostavka prema kojoj obavljanje neke izvršne, administrativne ili sigurnosne uloge u logoru predstavlja opće sudjelovanje u zločinima koji su u njemu počinjeni. Namjera da se pomogne naporima udruženog zločinačkog poduhvata u tolikoj mjeri da se dosegne razina supočiniteljstva može se izvesti i iz svijesti o zločinima koji se vrše u logoru i nastavljanja sudjelovanja, kojim se omogućava funkcioniranje logora.“<sup>449</sup>

Najveća primjedba koja se može uputiti teorijskoj konstrukciji subjektivnog elementa sistemskog ZZP i njezine primjene u praksi je u tome što se, za razliku od osnovnog ZZP kod kojeg je to moguće samo nakon pažljive i iscrpne analize svih okolnosti konkretnog slučaja, optuženikova namjera može izvesti automatski iz njegova položaja u organizacijskoj strukturi hijerarhije vlasti i činjenice da je sudjelovao u održavanju sistemskog ZZP:

---

<sup>447</sup> Tužitelj protiv Miroslava Kvočke i dr., 21.08.2000., §6

<sup>448</sup> Kvočka II, §101

<sup>449</sup> Kvočka I §278

“Važno je primijetiti da se u tim predmetima (koncentracijskih logora, op.a.) potrebna namjera također može zaključiti iz položaja vlasti na kojima je bilo osoblje logora. Doista, gotovo da i nije bilo potrebno (scarcely necessary) dokazati namjeru tamo gdje su visoki čin ili položaj vlasti nekog pojedinca sami po sebi sugerirali svijest o zajedničkom planu i namjeri da se u njemu sudjeluje.”<sup>450</sup>

U predmetu Delalić i dr. koji je bio prvi predmet pred MKSJ u kojem je razmatrana odgovornost zapovjednika logora za protupravno zatvaranje kao ratni zločin, Žalbeno je vijeće konstatairalo da je potrebno dokazati:

“...više od pukog svjesnog ‘učesća’ u općem sustavu ili operaciji na osnovi koje se zatvaraju civili da bi se utvrdilo da je neki pojedinac počinio kazneno djelo protupravnog zatvaranja. Prema mišljenju Žalbenog vijeća, sama činjenica da je neko imao neku ulogu u nekom svojstvu, koliko god neznatnu, u radu zatvora u kojem su civili protupravno zatočeni, nedovoljna je osnova za nalaz o primarnoj kaznenoj odgovornosti takve vrste kakvu podrazumijeva nalaz da je netko počinio zločin. Takvu je odgovornost primjerenije pripisati onima koji su za zatvaranje odgovorni na izravni i potpuniji način, na primjer onome tko optuženika stvarno smjesti u pritvor bez razumnih osnova za vjerovanje da on predstavlja sigurnosni rizik, ili onome tko prihvati civila u pritvor, pošto ima određenih ovlasti nad objektom za pritvaranje, a ne zna da osnove za to postoje; ili onome tko ima ovlasti i moć da zatvorenike oslobodi, a to ne učini iako zna da nema razumnog razloga za njihovo zatočenje, ili da takvi razlozi više ne postoje.”<sup>451</sup>

Suprotno tome, i oslanjajući se na presudu Žalbenog vijeća u predmetu Tadić, Raspravno vijeće u predmetu Kvočka utvrdilo je da je osnova za prijekor po sistemskom ZZP optuženikov položaj u organizaciji logora i njegova svijest da su u kontekstu sustava zlostavljanja mogla biti počinjena kaznena djela. Osnovu za takvo rezoniranje Žalbeno je vijeće pronašlo u presudi Vojnog suda SAD u predmetu Einsatzgruppen u kojem je razmatrana odgovornost optuženika koji su bili na niskim položajima u logoru. Optužba je tvrdila da je dovoljan samo niski prag učesća. U vezi s četvoricom optuženika koji su bili na niskim položajima, optužba je tvrdila da

“...iako ti ljudi nisu bili na zapovjednim položajima, ne mogu opovrgnuti činjenicu da su bili pripadnici Einsatz jedinica koje su imale izričit zadatak, poznat svim njihovim pripadnicima, da provedu opsežan program ubijanja. Svaki pripadnik koji je pomagao u omogućavanju funkcioniranja ovih jedinica, a koji je znao što se sprema, kriv je za zločine koje je ta jedinica počinila. Kuhar na gusarskom brodu neće izbjeći [vješanje o] križ jarbola samo zato što nije osobno mahao mačem.”<sup>452</sup>

Vojni sud nije prihvatio tvrdnju optužbe da je dovoljno bilo kakvo učesće, koliko god bio nizak položaj optuženog u hijerarhiji poduhvata. Tako su dvojica od četvorice po položaju najnižih pripadnika te jedinice koji nisu fizički počinili

---

<sup>450</sup> Tadić II, §203

<sup>451</sup> Delalić i dr. II, §342

<sup>452</sup> The United States of America v. Otto Ohlenforf et al., Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, sv. IV, str. 373, cit. po Kvočka I, §279

zločine, oslobođeni optužbi za zločine počinjene od strane Einsatz jedinice. Iz toga je Raspravno vijeće u predmetu Kvočka zaključilo da:

“...u jurisprudenciji vezanoj za predmete koji se odnose na koncentracijske logore moguće je pratiti teoriju prema kojoj se kaznena odgovornost pripisuje onom osoblju logora koje je bilo svjesno zločina koji se u njima čine, osim kad njihova uloga nije bila "upravna" ili nadzorna" ili "protkana protuzakornim elementima" ili ako je njihov stvarni doprinos poduhvatu bio beznačajan, usprkos tome što su imali značajan status.”<sup>453</sup>

Drugim riječima, to znači da će svijest o zločinima (intelektualna komponenta) biti dostatna osnova za kažnjavanje optuženika koji su imali visok položaj unutar organizacijskog sustava logora osim ukoliko je njihov doprinos pothvatu (a ne počinjenom konkretnom kaznenom djelu) bio beznačajan. Osim što ova tvrdnja u sebi sadrži proturječnost (neživotno je tvrditi da je položaj, primjerice, upravitelja logora beznačajan doprinos funkcioniranju sustava kojeg vodi) ona ozbiljno ugrožava temelje osobne kaznene odgovornosti po članku 7(1) Statuta i, čini se, na mala vrata uvodi odgovornost zbog udruživanja (guilt by association) koje taj Statut ne predviđa. To je razvidno iz predmeta Kvočka u kojem je Raspravno vijeće, baveći se definicijom sistemskog ZZP, usvojilo pravno shvaćanje iz predmeta koncentracijskog logora Dachau prema kojem uloga osoblja koncentracijskog logora znači pretpostavku da je optuženik počinio ratni zločin i ta presumpcija može, između ostalog, biti oborena dokazom da je optuženik takvu dužnost obnašao kratko vrijeme ili da je njegov položaj bio u tolikoj mjeri beznačajan da se za njega ne može reći da je sudjelovao u zajedničkom planu. To je, dakako, u izravnoj suprotnosti s tumačenjem da se ZZP smatra oblikom “počinjenja” kaznenog djela iz članka 7(1) Statuta i da se “udruženim zločinačkim poduhvatom ne može smatrati članstvo u nekoj organizaciji jer bi to bilo novo kazneno djelo koje nije predviđeno Statutom, što bi stoga predstavljalo flagrantno narušavanje načela nullum crimen sine lege.”<sup>454</sup> Vratimo se, međutim, još malo na problematičnu praksu izvođenja zaključaka o postojanju optuženikove namjere na temelju objektivnih okolnosti kod sistemskog ZZP. Osim u predmetima tzv. koncentracijskih logora takva je inferencija često korištena u praksi MKSJ pa i kod onih kaznenih djela kod kojih je posebna namjera konstitutivno obilježje bića kaznenog djela (npr. diskriminatorna namjera kod progona kao zločina protiv čovječnosti). U predmetu Kordić i dr. Raspravno je vijeće u više navrata izvodilo diskriminatornu namjeru optuženika za zločin progona iz namjernog ili svjesnog sudjelovanja optuženika u kampanji sustavnog zlostavljanja neke specifične etničke, vjerske ili političke grupe. U prvostupanjskoj presudi u predmetu Jelisić vijeće je zaključilo da se diskriminatorna namjera optuženog može izvesti iz činjenice da je optuženi "svjesno djelovao u okviru rasprostranjenog i sustavnog nasilja koje se provodi[lo] protiv samo jedne određene grupe". Objektiviziranje inače subjektivnih kriterija kod dokazivanja namjere upitno je s aspekta načela presumpcije okrivljenikove nevinosti koja je, između ostalog, eksplicirana u čl. 21. t. 3. Statuta MKSJ prema kojem se optuženik smatra nevinim dok mu se ne dokaže krivnja u skladu s odredbama Statuta. Načelo presumpcije nevinosti ozbiljno je dovedeno u pitanje i u predmetu Kvočka u kojem je istaknuto da će

---

<sup>453</sup> Kvočka I, §282

<sup>454</sup> Stakić I, §433

samo u slučaju kad netko od optuženih pokrene pitanje da li je neko djelo počinjeno iz diskriminatornih razloga vijeće razmotriti da li je optužba dokazala da se radilo o diskriminatornim osnovama:

“Raspravno vijeće primjećuje da možda postoje neki incidenti za koje se terete optuženi, a za koje još nije utvrđeno da li su ta djela imala karakter progona. Na primjer, iako je Raspravno vijeće potpuno uvjerenom da su batinanja u logoru Omarska vršena s namjerom diskriminacije protiv ne-Srba, moguće je da batinanje nekih žrtava nije počinjeno iz diskriminatornih, nego iz čisto osobnih razloga. U slučajevima gdje je neki od optuženih pokrenuo pitanje da li je neko djelo počinjeno iz razloga diskriminacije ili bez svjesnog i hotimičnog učešća optuženog, Raspravno vijeće će razmotriti da li je optužba dokazala da se radilo o diskriminatornim osnovama.”<sup>455</sup>

Iz toga proizlazi da kada su jednom utvrđene činjenice koje predstavljaju objektivni element kaznenog djela, subjektivni elementi se mogu pretpostavljati sve dok nisu oboreni (presumptio iuris). Stoga je dovoljno tužitelju dokazati da je optuženikovo ponašanje objektivno doprinijelo održavanju i nastavku sustava zlostavljanja. On ne mora dokazati da je optuženik namjeravao nastaviti ZZP i to čak i u slučaju kaznenih djela kod kojih se traži posebna namjera kao što su genocid i/ili zločin protiv čovječnosti progonom. Umjesto toga, obrana mora dokazati zbog čega takva pretpostavka nije točna.<sup>456</sup> Ovakav pristup nedvojbeno je suprotan članku 21. t. 3. Statuta MKSJ ali i općim odredbama o presumpciji nevinosti.<sup>457</sup> Kod razmatranja subjektivnog elementa sistemskog ZZP valja imati u vidu stajalište vijeća u predmetu Krnojelac<sup>458</sup> prema kojem u međunarodnom kaznenom pravu nema pravne osnove za odvajanje sistemskog ZZP u zasebnu kategoriju i snižavanje dokaznih standarda:

„Raspravno vijeće smatra da je jedina osnova za razlikovanje između tih dviju kategorija ZZP (osnovnog i sistemskog, op.a.) u tome da se kod druge kategorije radi o koncentracijskim logorima. U mnogim predmetima koji su spomenuti u toj presudi u prilog drugoj kategoriji ZZP, organizacije koje su bile odgovorne za vođenje koncentracijskih logora i same su bile proglašene zločinačkim organizacijama pa se zaključak o sudjelovanju optuženika u zajedničkom zločinačkom poduhvatu mogao izvesti iz njegova pripadanja tim organizacijama. U tom smislu ti predmeti ne mogu poslužiti kao osnova za posebnu kategoriju sistemskog ZZP kada se radi o koncentracijskim logorima. Raspravno vijeće smatra da i kod prve i kod druge kategorije koju je utvrdilo Žalbeno vijeće u predmetu Tadić potrebno dokazati da je optuženikova namjera bila počinjenje zločina koji je počinjen od strane ZZP. Stoga je primjereno obje kategorije smatrati osnovnim oblikom ZZP.”<sup>459</sup>

---

<sup>455</sup> Kvočka I, §203

<sup>456</sup> HAAN 2005

<sup>457</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, izv. [http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/a\\_ccpr.htm](http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm); Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No.: 005, Rome, 4. XI. 1950.

<sup>458</sup> v. Vasiljević I, §64

<sup>459</sup> Krnojelac I, §78



I sudac Hunt je u izdvojenom mišljenju u Odluci po prigovoru na nenadležnost tribunala u predmetu Ojdanić i dr. doveo u pitanje kategoriju sistemskog ZZP:

„Čini se da su mnogi od predmeta koji se razmatraju u toj presudi (Tadić, op.a.), a tiču se ove druge kategorije, počivali na činjenici da su koncentracijskim logorima upravljale određene organizacije, poput Die Schutzstaffeln der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei (SS), koje je Nürnberški sud proglasio za zločinačke organizacije, tako da je učešće optuženika u udruženom zločinačkom poduhvatu koji se tereti proizlazilo već i iz samog njegovog pripadništva toj zločinačkoj organizaciji. Nisam se uvjerio da je Žalbeno vijeće u presudi po žalbi na osuđujuću presudu u predmetu Tadić pokazalo dovoljno čvrstu osnovu da se ovi predmeti proglašaju odvojenom kategorijom udruženog zločinačkog poduhvata.“<sup>460</sup>

Takvo je stajalište ispravno. Uistinu nema nikakve suštinske razlike između ubijanja ljudi u okviru organiziranog sustava zlostavljanja (logor) i njihova ubijanja u nekim drugim okolnostima, primjerice, ubijanja civila prilikom napada na selo. S obzirom na to, razlikovanje prve (osnovni) i druge (sistemski) kategorije ZZP posve je artificijelno i očigledno poduzeto radi olakšavanja pozicije tužitelja kojem je mnogo lakše dokazati da je optuženik svojim položajem u organiziranom sustavu (logor) imao svijest da se u okviru toga sustava čine kaznena djela no da je on dijelio zajedničku namjeru (shared intent) počinjenja konkretnog kaznenog djela s fizičkim počiniteljem.

---

<sup>460</sup> Izdvojeno mišljenje suca Davida Hunta o Ojdanićevom prigovoru na nenadležnost – udruženi zločinački poduhvat, 21.05.2003., §30

#### 4. Krivnja kod proširenog oblika zajedničkog zločinačkog pothvata

U praksi MKSJ prihvaćeno je stajalište da oblici odgovornosti ne mogu „promijeniti niti zamijeniti elemente kaznenih djela definiranih u Statutu što se osobito odnosi na element mens rea koji predstavlja uvjet za određeno kazneno djelo.“<sup>461</sup> Ipak, uvođenjem proširenog ZZP kao oblika odgovornosti kod kojeg je dovoljno utvrditi da je optuženik posljedicu mogao predvidjeti kao moguću odnosno vjerojatnu izmijenjeni su elementi krivnje kod kaznenih djela iz nadležnosti Tribunala. U predmetu Tadić su određeni elementi treće kategorije ZZP koji se s aspekta načela krivnje može smatrati najproblematičnijim.<sup>462</sup> Subjektivni element kod proširenog ZZP Žalbeno vijeće u predmetu Tadić opisalo je na tri različita načina. Prema prvoj konstataciji:

„...kaznena odgovornost može se pripisati svim sudionicima zajedničkog poduhvata kada je rizik da bi moglo doći do smrti bio predvidiva posljedica izvršenja zajedničkog plana (podv.a.) i kada se istovremeno optuženi prema tom riziku odnosio bilo bezobzirno bilo indiferentno.“<sup>463</sup>

U istoj odluci Žalbeno vijeće navodi da se krivnja kod proširenog ZZP sastoji u sljedećem:

„Ono što se traži je stanje svijesti u kome je neka osoba, iako nije namjeravala prouzročiti izvjesni rezultat, bila svjesna da će akcije grupe najvjerojatnije dovesti do tog rezultata (podv.a.), a ipak je svojom voljom pristala na taj rizik. Drugim riječima, traži se takozvani dolus eventualis.“<sup>464</sup>

Još većoj konfuziji u vezi određenja krivnje kod proširenog ZZP doprinosi i treći pristup prema kojem

„...do odgovornosti za kazneno djelo različito od onog koje je dogovoreno zajedničkim planom dolazi samo ako je, u uvjetima tog slučaja, bilo predvidivo da će jedan ili drugi pripadnici grupe počiniti takvo kazneno djelo (podv.a.) i (ii) optuženi je svjesno pristao na taj rizik.“<sup>465</sup>

Nejasnoće koje su očite u presudi Žalbenog vijeća u predmetu Tadić kada je o određenju elemenata krivnje kod treće kategorije ZZP riječ, utjecale su na daljnje postupke pred tribunalom u kojima su vijeća bila suočena s nekoliko dvojbi. Prva se odnosi na to mora li kazneno djelo počinjeno izvan okvira ZZP biti „vjerojatno“ ili samo „moguće“. Druga je dvojba jesu li dolus eventualis i nepromišljenost (recklessness) sinonimi ili se radi o različitim oblicima odnosno stupnjevima krivnje. Naposljetku, dvojbeno je i na kojoj se pravnoj osnovi temelji uvođenje tog oblika krivnje u praksu tribunala i koji, sasvim sigurno, nije

---

<sup>461</sup> Stakić I, §437

<sup>462</sup> DANNER-MARTINEZ 2005

<sup>463</sup> Tadić II, §204

<sup>464</sup> Tadić II, §220

<sup>465</sup> Tadić II, §228

kategorija međunarodnog humanitarnog prava u kojem je odgovornost optuženika uvijek posljedica njegova postupanja s namjerom. Posvetimo se najprije tome na što je vijeće u predmetu Tadić zapravo podrazumijevalo pod pojmom “predvidivosti” posljedice. Već na prvi pogled je jasno da se u tri navedene formulacije radi o različitim kategorijama “predvidivosti”. Naime, dok se u prvoj i trećoj formulaciji govori o „predvidivosti“ posljedice čije je nastupanje samo „moguće“, u drugoj se navodi da ta posljedica mora biti vjerojatna odnosno izgledna. Valja se složiti sa sucem Huntom koji je u izdvojenom mišljenju u Odluci po prigovoru u predmetu Ojdanić zaključio da, što se tiče subjektivnog stanja svijesti, postoji „jasna razlika između percipiranja nekog događaja kao mogućeg i percipiranja tog događaja kao vjerojatnog, jer je za optužbu ovo drugo već izazov od prvog.“<sup>466</sup> Hunt ispravno primjećuje da:

„Riječ “rizik” nije jednosmisljena, već joj značenje zavisi od konteksta. Čini se da je u prvoj od tri navedene formulacije (“rizik da bi moglo doći do smrti”) upotrijebljena u značenju mogućnosti. U drugoj formulaciji, riječ “najvjerojatnije” u najmanju ruku znači “izgledno” (ako ne i više od toga), ali njenim izjednačavanjem sa pojmom *dolus eventualis* iz kontinentalnog prava u tom navodu, izgleda da se ona opet svodi na značenje mogućnosti. Izraz “predvidivo da će” u trećoj formulaciji još jednom ukazuje na mogućnost.“<sup>467</sup>

Druga dvojba koja proizlazi iz te odluke odnosi se na pitanje jesu li *dolus eventualis* i nepromišljenost (*recklessness*)<sup>468</sup> sinonimi ili se radi o različitim oblicima i stupnjevima krivnje. Raspravno vijeće u predmetu Stakić dalo je tehničku definiciju pojma *dolus eventualis*:

“Ako subjekt svojim ponašanjem ugrožava život neke osobe, lišavanje te osobe života od strane subjekta postaje namjerno ukoliko je subjekt “pristao” ili se “pomirio s tim” da to njegovo ponašanje može dovesti do smrti. *Dolus eventualis* stoga obuhvaća koncept svjesnog propusta, a ne nehaja ili grubog nehaja. Da bi se zadovoljio uvjet *mens rea* za ubojstvo mora se dokazati da je optuženi imao namjeru da ubije ili nanese teške tjelesne ozljede ili tešku ozljedu za koje je razumno mogao znati da bi mogle prouzročiti smrt.“<sup>469</sup>

S druge strane subjektivni element nepromišljenosti je predviđanje (prognoza) opasnosti i/ili rizika dok je objektivni element (na kojem se i temelji odgovornost) u ponašanju optuženika koje značajno odstupa od ponašanja koje se u sličnim okolnostima moglo očekivati od razumnog čovjeka. Nepromišljenost nije poseban oblik krivnje u sustavima civilnog prava. U engleskom pravu, s druge strane, nepromišljenost je definirana u jednom predmetu iz 1957. godine kada su

---

<sup>466</sup> Izdvojeno mišljenje suca Davida Hunta o Ojdanićevom prigovoru na nenadležnost – udruženi zločinački poduhvat, 21.05.2003., §10

<sup>467</sup> Ibid.

<sup>468</sup> *Recklessness* se u nekim radovima prevodi i kao „bezobzirnost“ no kako je sadržaj koji se pod tim pojmom shvaća u anglosaksonskom pravu bliži pojmu nehaja no neizravne namjere kod koje je prisutan taj element bezobzirnosti, ovdje se priklanjamo pojmu „nepromišljenost“ koji jasnije odražava voljnu sastavnicu pojma i njegovu bliskost nehaju kako se taj oblik krivnje definira u europskom kontinentalnom pravu.

<sup>469</sup> Stakić I, §587, 747

određeni i pretežno subjektivni kriteriji za njezino utvrđivanje.<sup>470</sup> Prema statutarnoj definiciji nepromišljenost je maliciozno predviđanje mogućnosti nastupanja posljedice i preuzimanje rizika da takva posljedica nastupi. Do objektiviziranja kriterija nepromišljenosti u engleskom pravu i uvođenja testa razvidnosti (obviousness) došlo je u jednom predmetu iz 1981. godine. Prema stajalištu suda u tom predmetu optuženik postupa nepromišljeno kad:

- ostvari djelo koji stvara očiti rizik da će imovina biti uništena ili oštećena i
- pri ostvarenju djela za koje uopće nije smatrao da može prouzročiti takav rizik ili je pretpostavio da takav rizik postoji, ali je svejedno nastavio s postupanjem.<sup>471</sup>

Testom razvidnosti koji je u englesko pravo uveden 1981. godine objektivizirani su kriteriji nepromišljenosti kao oblika krivnje. Naime, ukoliko bi posljedica bila očita razumnom (prosječnom) čovjeku, smatrat će se da ju je optuženik morao predvidjeti. Objektiviziranje kriterija dokazivanja nepromišljenosti kritizirano je u nekim kasnijim postupcima, tako da je u predmetu *R v. Gemmel and Richards* iz 2002. godine ponovno u englesko pravo vraćen subjektivni test za utvrđivanje tog oblika krivnje. Prema tom testu optuženik postupa nepromišljeno u odnosu na okolnost da je optuženik svjestan rizika koji postoji ili će postojati kao i na posljedicu kada je optuženik svjestan rizika da se ona dogodi i kada je, u okolnostima koje su mu poznate, nerazumno preuzeo taj rizik.<sup>472</sup> Vijeća MKSJ u svojoj su dosadašnjoj praksi koristila termine *dolus eventualis* i nepromišljenost kao istoznačnice. Također i Cassese u svojoj knjizi “*International Criminal Law*” govori o tim terminima kao o istoznačnicama.<sup>473</sup> Takvo stajalište, međutim, nije ispravno. Dok je s jedne strane nepromišljenost fokusirana na rizik kojeg je počinitelj voljan preuzeti, *dolus eventualis* je povezan s njegovim stavom o mogućoj posljedici, bez obzira na rizik od njezina nastupanja. On je u odnosu na tu posljedicu ravnodušan. Taj kažnjivi stav je odobravanje i identifikacija sa štetnom posljedicom. Ako je cilj djelovanja naoružane bande da se riješe određenih oponenta na svom području djelovanja i njezini članovi predviđaju da će neke osobe umrijeti kao posljedica toga plana, one ne postupaju nužno s oblikom krivnje koji se naziva *dolus eventualis*. Njihovo ubijanje je *dolus eventualis* samo ako oni shvate da će određene osobe umrijeti, te odobravaju i žele tu posljedicu u svom srcu, te odlučuju nastaviti s djelovanjem. S druge strane, kada se radi o nepromišljenosti, težište je na težini rizika (gravity of the risk) i vojnim dobicima operacije.<sup>474</sup> Premda je, dakle, nesporno da oblik krivnje koji je u anglosaksonskom pravu poznat pod nazivom nepromišljenost a koji se, kao što smo vidjeli, razlikuje od pojma *dolus eventualis* nije nepoznat u poredbenom pravu, upitno je na kojoj se pravnoj osnovi temelji njihova uporaba u postupcima pred MKSJ. Naime, takav oblik krivnje nije propisan Statutom niti se može smatrati obilježjem bića niti jednog od kaznenih djela iz nadležnosti tribunala.

---

<sup>470</sup> *R v Cunningham* (1957)

<sup>471</sup> *R v Caldwell* (1982)

<sup>472</sup> *R v. Gemmel and Richards* (2002)

<sup>473</sup> CASSESE 2003

<sup>474</sup> FLETCHER-OHLIN 2005

Veliki broj suvremenih autora slaže se u tvrdnji da je pojam nepromišljenosti (recklessness) kao oblik krivnje sasvim nepoznat u suvremenom međunarodnom kaznenom pravu.<sup>475</sup> Svi izvori međunarodnog kaznenog prava kojim su propisana najteža kaznena djela kao što su zločini protiv međunarodnog humanitarnog prava, genocid i zločini protiv čovječnosti operiraju isključivo namjerom kao oblikom odnosno stupnjem krivnje kojim ta kaznena djela mogu biti počinjena. Članak 2. §3 (a) Nacrta Kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva koji regulira osobnu odgovornost (individual responsibility) propisuje da je fizička osoba odgovorna za kazneno djelo propisano kodeksom ako je, između ostalog, s namjerom počinila takvo kazneno djelo (intentionally commits such a crime). Iz obrazloženja uz tu odredbu je razvidno da je Komisija odlučila koristiti frazu "namjernog počinjenja" kako bi naglasila posebni subjektivni element zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva.<sup>476</sup> Statut MKS također među oblicima krivnje u članku 30. ne spominje nepromišljenost:

(1) Osim ako nije drugačije propisano, počinitelj je kazneno odgovoran i podliježe kažnjavanju za djelo iz nadležnosti Suda samo ako je voljno i svjesno ostvario posebna obilježja kaznenog djela

(2) Za potrebe ovoga članka volja počinitelja obuhvaća

(i) u odnosu na ponašanje, htijenje počinitelja da se u njemu angažira;

(ii) u odnosu na posljedicu, htijenje počinitelja da ju prouzroči svojim ponašanjem ili njegovo predviđanje da će ona nastupiti prema redovnom tijeku događaja.

(3) Za potrebe ovoga članka, svijest počinitelja obuhvaća spoznaju svih posebnih obilježja kaznenog djela ili mogućnost nastupanja posljedice prema redovnom tijeku događaja. Izrazi "znati" i "znajući" tumačit će se na isti način.

Međutim, taj oblik krivnje bio je predviđen člankom 29. st. 4. nacrta u kojem je bilo određeno da je osoba nepromišljena u pogledu okolnosti ili posljedice ako je svjesna da rizika da postoji određena okolnost ili da će nastupiti posljedica ili je ravnodušna prema mogućnosti da postoji određena okolnost ili da će nastupiti posljedica. Radilo se o uvjetnoj odredbi čiji su konačan sadržaj i sudbina ovisili o definicijama kaznenih djela iz nadležnosti MKS. Nakon što su se države članice suglasile da niti za jedno od kaznenih djela iz nadležnosti tribunala ne treba predvidjeti odgovornost za nepromišljenost, ta je odredba, sasvim razumljivo, ispuštena iz konačne verzije članka 30. MKS. Zanimljivo je da, unatoč tome što je iz konačne verzije Statuta MKS ispušten taj oblik krivnje u Izvješću međunarodne komisije o genocidu u Darfuru stoji da je mens rea za ubojstva kao zločin protiv čovječnosti „namjera ili nepromišljenost zahtijevana za odnosno kazneno djelo“<sup>477</sup> Takvo, mogli bismo reći, zanemarivanje teksta Statuta MKS i oslanjanje na praksu MKSJ i MKSR u pogledu snižavanja standarda krivnje i kod najtežih povreda međunarodnog humanitarnog prava, naišlo je na raširenu kritiku u znanstvenim krugovima. Tako, primjerice, Fletcher smatra da postoje barem tri

<sup>475</sup> V. ENGVALL 2005; FLETCHER-OHLIN 2005

<sup>476</sup> Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind, UN International Law Commission, izv. <http://www.un.org/law/ilc/>

<sup>477</sup> Report of the the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004., §180

uvjerljiva razloga zbog kojih je to pogrešno. U prvom redu zbog članka 30. Statuta MKS koji ograničava oblike krivnje na izravnu namjeru prvog i drugog stupnja (intention and knowledge)<sup>478</sup> ukoliko nije drugačije propisano što znači da su nepromišljenost i nehaj isključeni. Također u čl. 7. i 8. Statuta MKS u kojima su definirani ratni zločini i zločini protiv čovječnosti nije predviđena mogućnost kažnjavanja tih oblika krivnje. Jedina iznimka od ovih pravila je članak 28. Statuta MKS odnosno odredba o neizravnoj zapovjednoj odgovornosti koja ni na koji način ne daje pravnu osnovu za tvrdnju da je kod ostalih oblika osobne kaznene odgovornosti dovoljno postupati iz nepromišljenosti.<sup>479</sup> Ostale iznimke od tog pravila su čl. 8. st. 2(1) gdje se spominje namjerno ubojstvo (wilfull killing), čl. 8. st. 2. (iv) postupanje koje se označava kao nezakonito i samovoljno (unlawfully and wantonly), čl. 8. st. 2. (xi) kao podmuklo (treacherously). Svi ti specifični oblici krivnje smatraju se vrstama posebne namjere (dolus specialis), a njihovo pobliže značenje treba utvrditi prilikom tumačenja odgovarajućih odredaba posebnog dijela.<sup>480</sup> Osim toga, ističe nadalje Fletcher, u anglosaksonskom i kontinentalnom pravu postoje razlike u shvaćanjima sadržaja nepromišljenosti kao oblika krivnje:

“Naime kontinentalno pravo nema točan ekvivalent nepromišljenosti jer ono dijeli oblike krivnje na namjeru (dolus) i nehaj (culpa). Doslovni prijevod definicije nepromišljenosti iz MPC na njemački jezik odgovarao bi obliku krivnje koji je poznati kao „svjesni nehaj“ - bewusste Fahrlassigkeit (conscious negligence).”<sup>481</sup>

Statut u čl. 30. samu namjeru (intent) definira odvojeno u odnosu na radnju (conduct) i u odnosu na posljedicu (consequence) pa propisuje da namjera u odnosu na ponašanje obuhvaća htijenje počinitelja da se u njemu angažira, a u odnosu na posljedicu htijenje počinitelja da ju prouzroči svojim ponašanjem ili njegovo predviđanje da će ona nastupiti prema redovnom tijeku događaja. Piragoff smatra da namjera u odnosu na radnju odgovara izravnoj namjeri (dolus directus), dok namjera u odnosu na posljedicu obuhvaća i neizravnu namjeru (dolus eventualis) kako su ti pojmovi shvaćeni u europskom kontinentalnom pravu (civil law). Međutim, to nije ispravno stajalište.<sup>482</sup> Navedena formula Statuta koja se poziva na “redovni tijek događaja” više upućuje na slučaj kada počinitelj s visokim stupnjem vjerojatnosti računa s nastupom posljedice jer budući se događaji ionako ne mogu predvidjeti sa stopostotnom sigurnošću, a takva je svijest svojstvena izravnoj namjeri drugog stupnja. Prema tome, uvjerljiviji je zaključak da čl. 30. Statuta, ima u vidu isključivo izravnu namjeru (dolus directus) i to kako u odnosu na radnju, tako i u odnosu na posljedicu.<sup>483</sup>

---

<sup>478</sup> Ovdje valja primjetiti da Statut nepotrebno razdvaja namjeru (intent) i znanje (knowledge) jer je znanje nužno sadržano u namjeri. Tako i NOVOSELEC 2001, 114

<sup>479</sup> FLETCHER-OHLIN 2005

<sup>480</sup> TRIFFTERER O. (ed) 1999, 531

<sup>481</sup> FLETCHER-OHLIN 2005

<sup>482</sup> van DER VYVER 2004

<sup>483</sup> NOVOSELEC 2001, 114

Jezična, gramatička i teleološka interpretacija članka 30. Statuta MKS jasno upućuje na zaključak da u toj odredbi nije sadržana, pa niti kroz generalnu klauzulu koja ima sasvim drugo specifično značenje, pravna osnova za primjenu bilo kojeg oblika krivnje koji je manji od namjere. Oblik krivnje propisan u toj odredbi naziva se „sigurno znanje“ (knowledge). Kod tog oblika krivnje svijest počinitelja obuhvaća spoznaju svih posebnih obilježja kaznenog djela ili mogućnost nastupanja posljedice prema redovnom tijeku događaja. Razvidno je da se radi o obliku krivnje koji se, primjerice u njemačkom pravu, naziva izravnom namjerom drugog stupnja i da nema nikakve veze s nepromišljenosti koja je kao oblik krivnje, a suprotno važećem međunarodnom običajnom pravu, ustanovljena u praksi MKSJ.

#### 4.1. Prošireni oblik zajedničkog zločinačkog pothvata i dokazivanje posebne namjere (dolus specialis)

Objektiviziranje standarda krivnje kod proširenog ZZP u izravnoj je suprotnosti s potrebom dokazivanja tzv. posebne namjere (dolus specialis) kod kaznenog djela genocida i zločina protiv čovječnosti progonom (persecution). Posljednja kvalifikacija je osobito značajna jer se u optuženicima u predmetima Prlić i dr. i Gotovina, Čermak i Markač, između ostalog, stavlja na teret progon kao zločin protiv čovječnosti. Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. potvrđuje da je genocid, neovisno od toga da li je počinjen u vrijeme rata ili mira, po međunarodnom pravu zločin zbog kojeg se pojedinci izvode pred sud i kažnjavaju. Ova konvencija se danas smatra dijelom međunarodnog običajnog prava, kako pokazuje Međunarodni sud pravde u svom Savjetodavnom mišljenju o rezervama u pogledu Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1951. godine.<sup>484</sup> Namjera kod genocida je djelomično ili potpuno uništenje neke nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe. Radnja počinjenja djela (actus reus) može biti ubijanje pripadnika grupe; nanošenje teške tjelesne ili duševne povrede pripadnicima grupe; smišljeno nametanje pripadnicima grupe životnih uvjeta sračunatih da dovedu do njenog potpunog ili djelomičnog fizičkog uništenja; uvođenje mjera kojima je cilj sprečavanje rađanja unutar grupe; prisilno premještanje djece te grupe u drugu grupu. U Elementima kaznenih djela MKS čija je svrha pomoć sudu u tumačenju obilježja bića kaznenih djela iz njegove nadležnosti uz sve oblike radnje počinjenja genocida eksplicirana je posebna namjera.<sup>485</sup> Iz Konvencije jasno proizlazi da je jedini oblik namjere kod genocida tzv. dolus specialis.<sup>486</sup> Ta namjera obuhvaća, u odnosu na ponašanje htijenje počinitelja da se u njemu angažira, a u odnosu na posljedicu htijenje počinitelja da ju prouzroči svojim ponašanjem. Posebna težina koja implicira i univerzalnu osudu genocida kao “zločina nad zločinima” upravo i proizlazi iz tog posebnog psihičkog stanja počinitelja koji ide za tim da uništi, u cijelosti ili djelomično, određene skupine homogenizirane po nacionalnoj, vjerskoj ili etničkoj osnovi. Reducirati odrednice tog subjektivnog elementa, i to samo zbog pragmatičnih razloga koji se odnose na teškoće u dokazivanju psihičkog odnosa počinitelja prema djelu, značilo bi relativizirati prijekor koji kod tog zločina jest i mora biti univerzalan. Na tom su tragu i odluke MKSJ i MKSR u predmetima Akayesu, Musema i Jelisić u kojima je istaknuto da kod genocida nije dovoljno dokazati da je počinitelj postupao sa sigurnim znanjem (knowledge) već se mora dokazati postupanje s izravnom namjerom (intent). U predmetu Stakić optuženik je oslobođen od optužbe za sudjelovanje u ZZP radi počinjenja genocida:

“Da bi se dokazalo da je dr. Stakić bio upleten u počinjenje ovih djela kao supočinitelj genocida, Raspravno vijeće se mora uvjeriti da je on imao traženu namjeru. Stoga je

---

<sup>484</sup> Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, International Court of Justice, Advisory Opinion of 28 May 1951.

<sup>485</sup> International Criminal Court, Elements of Crimes, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000), izv. <http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/icelementsofcrimes.html>

<sup>486</sup> GREENWALT 1999



ključno i prvenstveno pitanje koje Raspravno vijeće mora razmotriti pitanje da li je dr. Stakić posjedovao dolus specialis za genocid, pri čemu je upravo dolus specialis temeljno obilježje tog kaznenog djela. Što se tiče "ubijanja pripadnika grupe", Raspravno vijeće nije uvjeren da je dr. Stakić posjedovao traženi dolus specialis za genocid, no otvoreno ostavlja pitanje da li je on imao dolus eventualis za ubijanja koji bi bio dovoljan za subjektivne elemente drugih djela navedenih u Optužnici."<sup>487</sup>

U nastavku je istaknuto da „u skladu s mjerodavnim pravom u odnosu na genocid, koncept genocida kao prirodne i predvidive posljedice nekog poduhvata koji nije usmjeren konkretno na genocid nije dostatan.”<sup>488</sup> U predmetu Blagojević, Raspravno je vijeće zauzelo stajalište da je “uvjet za posebnu namjeru to što počinitelj želi postići uništenje, djelomično ili u cijelosti, nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe kao takve.”<sup>489</sup> Nije dovoljno da počinitelj naprosto zna da će zločin u osnovi neizbježno ili vjerojatno dovesti do uništenja te grupe. Uništenje, u cijelosti ili djelomično, mora predstavljati cilj djela (jednog ili više) u osnovi.<sup>490</sup> U predmetu Kvočka i dr. gdje se razmatralo pitanje posebne namjere kod zločina progona, Raspravno je vijeće konstatiralo da “kad se za zločin traži posebna namjera...optuženik mora zadovoljiti i dodatne zahtjeve koje taj zločin postavlja, kao što je namjera da se čini diskriminacija na političkoj, rasnoj ili vjerskoj osnovi.”<sup>491</sup> U Odluci po prijedlogu za donošenje oslobađajuće presude na osnovi pravila 98 bis Raspravnog vijeća u predmetu Brđanin od 28.11.2003. godine vijeće je prihvatilo prijedlog obrane i optuženika oslobodilo po točki 1 optužnice zbog genocida u kontekstu treće kategorije ZZZP sa sljedećim obrazloženjem:

„za izricanje osude za genocid prema članu 4(3)(a) Statuta mora postojati specifična namjera počinjenja genocida. Kako je objašnjeno u paragrafima 55-57 dolje, ova specifična namjera nespojiva je sa pojmom genocida kao prirodne i predvidive posljedice zločina koji nisu genocid, u skladu sa dogovorom sudionika u udruženom zločinačkom poduhvatu. Zbog toga, Raspravno vijeće zaključuje da nema osnova za optužbe u vezi sa točkom 1 u kontekstu treće kategorije udruženog zločinačkog poduhvata.”<sup>492</sup>

Povodom interlokutorne žalbe Tužiteljstva, Žalbeno je vijeće u svojoj odluci od 19.3.2004. godine usvojilo tu žalbu i navedenu točku 1 ponovno uvrstilo u optužnicu. Navodeći da je „Raspravno vijeće pogriješilo pomiješavši element krivnje kod genocida s elementom svijesti oblika kažnjivosti za koji se kaznena odgovornost pripisuje optuženiku“, Žalbeno je vijeće u obrazloženju svoje odluke, između ostalog, konstatiralo i sljedeće:

---

<sup>487</sup> Stakić I, §546, 553

<sup>488</sup> Stakić I, §558

<sup>489</sup> Blagojević I, §656

<sup>490</sup> Ibid.

<sup>491</sup> Kvočka I, §288

<sup>492</sup> Odluka po prijedlogu za donošenje oslobađajuće presude na osnovi pravila 98bis od 28.11.2003., §30

„Elementi zločina jesu one činjenice koje optužba mora dokazati kako bi se utvrdilo da je ponašanje počinitelja predstavljalo kazneno djelo kojim se tereti. Treća kategorija odgovornosti za udruženi zločinački poduhvat, kao i druge vrste kaznene odgovornosti, kao što je zapovjedna odgovornost za pomaganje i podržavanje, nije element konkretnog zločina. To je oblik odgovornosti putem kojeg optuženi može biti individualno kazneno odgovoran bez obzira na to što nije neposredni počinitelj kaznenog djela. Da bi se optuženik osudio za kazneno djelo na osnovi treće kategorije udruženog zločinačkog poduhvata nije potrebno pokazati da je on namjeravao počiniti zločin ili čak da je sa sigurnošću znao da će zločin biti počinjen. Dovoljno je samo da se optuženi upustio u udruženi zločinački poduhvat radi počinjenja drugačijeg zločina sa sviješću da mu njegovo počinjenje čini razumno predvidivim da će drugi sudionici u udruženom zločinačkom poduhvatu počiniti zločin koji mu se stavlja na teret, i da je taj zločin počinjen.“<sup>493</sup>

Kao primjer takve konstrukcije Žalbeno je vijeće navelo situaciju u kojoj:

„se optuženik uključio u udruženi zločinački poduhvat kako bi počinio zločin prisilnog premještanja i koji dijeli namjeru neposrednih počinitelja da počine taj zločin. Međutim, ukoliko optužba može pokazati da je neposredni počinitelj u stvari počinio neki drugačiji zločin, i da je optuženi bio svjestan da je taj drugačiji zločin bio prirodna i predvidiva posljedica dogovora o prisilnom premještanju, tada optuženi može biti osuđen za to različito kazneno djelo. Kada je taj drugačiji zločin genocid, od optužbe se traži da pokaže da je optuženi razumno mogao predvidjeti da će biti počinjeno djelo navedeno u členu 4(2) i da će ono biti počinjeno s genocidnom namjerom.“<sup>494</sup>

Sasvim je pogrešno, a moglo bi se reći i opasno liberalno<sup>495</sup> stajalište da kod treće kategorije ZZP nije potrebno dokazati da je optuženik „namjeravao počiniti zločin ili čak da je sa sigurnošću znao da će zločin biti počinjen.“ Takva formulacija sugerira da iz elemenata treće kategorije ZZP definiranih u odluci Raspravnog vijeća u predmetu Tadić proizlazi da je i u predmetu u kojem nije dokazano postojanje namjere da se počinu kazneno djelo ipak može donijeti osuđujuća presuda. Takvog je mišljenja bio u sudac Shahabuddeen koji se ogradio od takvog obrazloženja odluke Žalbenog vijeća.<sup>496</sup> Međutim i on je u krivu kada smatra da postojanje „namjere da se počinu prvobitan zločin automatski uključuje konkretnu namjeru da počinu genocid također ako i kada uopće dođe do tog genocida“. Iz toga proizlazi da je za genocid dovoljno da on bude prihvaćen kao „prirodna i predvidiva posljedica“ djelovanja u ZZP. Naime, samo znanje odnosno svijest da može doći do počinjenja genocida nije dovoljno. Svođenje subjektivnog elementa kod genocida na tu intelektualnu sastavnicu s pridruživanjem voljne sastavnice koja se sastoji u običnom prihvaćanju posljedice u izravnoj je suprotnosti s potrebom dokazivanja posebne tj. specifične namjere kod genocida (dolis specialis) koja to kazneno djelo i čini tako teškim. Kada bi se prihvatilo takvo stajalište u potpunosti bi nestala razlika u težini ostalih povreda međunarodnog

<sup>493</sup> Odluka po interlokutornoj žalbi u predmetu Brđanin od 19.3.2004., §5

<sup>494</sup> Ibid. §6

<sup>495</sup> OSIEL 2005

<sup>496</sup> Izdvojeno mišljenje suca Shahabuddeena u Odluci po interlokutornoj žalbi u predmetu Brđanin od 19.3.2004., §1

humanitarnog prava i genocida kod kojeg je specifična razlika upravo postupanje s tom posebnom namjerom. Kritiku zaslužuje i pomalo nes(p)retna i svakako pogrešna analogija kojom se krivnja kod proširenog ZZP izjednačava s krivnjom kod pomaganja i podržavanja odnosno zapovjedne odgovornosti:

„Kao oblik odgovornosti, treća kategorija udruženog zločinačkog poduhvata ne razlikuje se od drugih oblika kaznene odgovornosti za koje se ne traži dokaz o namjeri optuženog da počini zločin prije nego što mu se može pripisati kaznena odgovornost. Pomaganje i podržavanje, za koje se traži znanje optuženog i suštinski doprinos tim znanjem, samo je jedan primjer. Kažnjivost na osnovi zapovjedne odgovornosti, kod koje optužba mora pokazati da je zapovjednik znao ili je imao razloga znati za kažnjivost svojih podređenih je drugi primjer.“

Ovdje se radi o sasvim pogrešnoj analogiji. Naime pomaganje i podržavanje kao i neizravna zapovjedna odgovornost propisani su kao oblici osobne kaznene odgovornosti u članku 7. Statuta MKSJ. S druge strane, ZZP pa tako niti prošireni ZZP nije propisan Statutom. Međutim, ono što Žalbeno vijeće očito gubi iz vida, a što je vrlo jasno istaknuto u presudi Žalbenog vijeća u predmetu Tadić, jest okolnost da je, prema tumačenju iz te presude, ZZP obuhvaćen pojmom „počinjenja“ djela iz članka 7 stavak 1. Statuta. Žalbeno vijeće u predmetu Tadić je uspostavilo standard da osoba koja je optužena po osnovi ZZP odgovara za „počinjenje“ kaznenog djela premda nije osobno sudjelovala u radnji počinjenja konkretnog (kolateralnog) kaznenog djela. S obzirom na tu vrlo važnu okolnost, tužiteljstvo mora dokazati sve elemente kaznenog djela koje se optuženiku stavlja na teret, pa tako upravo i onaj oblik krivnje koji mora postojati kod „počinjenja“ (podv.a.) odnosno kaznenog djela. Ako u tome ne uspije, optuženik se oslobađa optužbe. Treća vrlo značajna primjedba koja se može uputiti odluci Žalbenog vijeća odnosi se na dio teksta iz kojeg je razvidno da se kaznena odgovornost optuženika po osnovi proširenog ZZP ne „utvrđuje“ već „pripisuje“ (za koje se ne traži dokaz o namjeri optuženog da počini zločin prije nego što mu se može pripisati kaznena odgovornost). Svako imputiranje odgovornosti suprotno je odredbi članka 7. Statuta MKSJ koji stipulira osobnu kaznenu odgovornost. U tom je smislu sasvim neosnovano govoriti o „pripisivanju“ odgovornosti jer to asocira na tzv. vikarijsku odgovornost, odnosno odgovornost za djela i propuste drugih osoba koja je, uz izuzetak tzv. neizravne zapovjedne odgovornosti, u izravnoj suprotnosti s odredbama o osobnoj kaznenoj odgovornosti. Epilog rasprave o genocidu i ZZP u predmetu Brđanin uslijedio je u presudi Raspravnog vijeća u kojoj je konstatirano da „zločinački poduhvat nije adekvatan oblik odgovornosti kojim bi se opisala individualna kaznena odgovornost optuženika“ zbog čega je vijeće tu konstrukciju odbacilo. U prosincu 2005. godine okružni je sud u Haagu u predmetu van Anraat oslobodio optuženika krivnje za sudioništvo u genocidu jer nije van razumne sumnje dokazano da je on znao za posebnu namjeru Saddama Husseina da uništi dio kurdskog stanovništva u Iraku. Frans van Anraat je nizozemski biznismen koji je tijekom 80-ih godina prošlog stoljeća prodao velike količine kemijskog thiodiglycola (TDG) režimu Sadama Husseina. Ta supstanca služi kao sirovina za proizvodnju otrovnog plina kojeg je Husseinov režim koristio tijekom rata protiv Irana i u napadu na kurdsko selo Halabia na

sjeveru Iraka. Nakon što se iz SAD, gdje je korišten kao informator, van Anraat vratio u Nizozemsku protiv njega je u prosincu 2004. godine podignuta optužnica zbog sudioništva u ratnim zločinima i genocidu. U tom je postupku istaknuto da se „krivnja počinitelja i sudionika ne smije previše razlikovati jer bi to vodilo trivijalizaciji čitavog koncepta zločina genocida.“<sup>497</sup> Sve što je navedeno u vezi dokazivanja posebne namjere kod genocida vrijedi i za zločin protiv čovječnosti progonom. Izraz „zločin protiv čovječnosti“ po prvi su puta uporabile vlade Francuske, Velike Britanije i Rusije 1915. godine u deklaraciji kojom osuđuju pokolj nad armenskim pučanstvom u Turskoj. Taj su događaj nazvali „zločinom protiv čovječnosti i civilizacije za koje će se svi članovi turske vlade smatrati odgovornima zajedno sa njihovim agentima umiješanim u masakre.“<sup>498</sup> Tzv. Martensova klauzula u IV. haškoj konvenciji o zakonima i običajima ratovanja na kopnu iz 1907. godine (Haška konvencija IV) govori o „praksi ustanovljenoj među civiliziranim narodima, zakonima čovječnosti i diktatima javne savjesti.“ Izvješće komisije o odgovornosti autora rata i izvršenju kazni iz koje je prezentirano na mirovnoj konferenciji u Parizu 1919. godine također spominje „...djela protiv...zakona čovječnosti (čovječanstva)...“<sup>499</sup> Zločini protiv čovječnosti kao nezavisni pojam i pripisivanje individualne kaznene odgovornosti za njihovo izvršenje prvi su put priznati u članku 6 (c) Statuta Međunarodnog vojnog tribunala<sup>500</sup> donesenog na temelju Londonskog sporazuma od 8. kolovoza 1945,<sup>501</sup> i u članku 2 (1) (c) Zakona br. 10. Kontrolnog vijeća za Njemačku.<sup>502</sup> Prema članku 6 (c) Statuta MVT zločini protiv čovječnosti definirani su kao „ubojstvo, istrebljenje, porobljavanje, deportacija i ostali nečovječni akti počinjeni protiv bilo kojeg civilnog pučanstva, prije ili tijekom rata, ili progoni na političkoj, rasnoj ili vjerskoj osnovi u izvršenju ili u vezi s bilo kojim zločinom iz nadležnosti vijeća bez obzira da li je to istodobno i kršenje zakona države gdje su ta djela počinjena“.<sup>503</sup> Prema članku 2. Zakona br. 10. Kontrolnog vijeća za Njemačku zločini protiv čovječnosti su „djela koji uključuju, no nisu ograničena na, ubojstvo, istrebljenje, porobljavanje, deportaciju, zatvaranje, torturu, silovanje ili ostale nečovječne akte počinjene protiv bilo kojeg civilnog pučanstva ili progoni na političkoj, rasnoj ili vjerskoj osnovi, bez obzira da li je to istodobno i kršenje zakona države gdje su ta djela počinjena“.<sup>504</sup> Uz zločine protiv mira i ratne zločine, zločini protiv čovječnosti potvrđeni su kao dio međunarodnog običajnog prava u Načelima međunarodnog prava priznatim u Statutu MVT i Presudi Suda

---

<sup>497</sup> van DER WILT 2006

<sup>498</sup> SCHWELB 1946, 178, 181

<sup>499</sup> The Report of the Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties established at the Peace conference in Paris on 25 Jan 1919, Oxford, Clarendon Press, 1919.

<sup>500</sup> Charter of the International Military Tribunal, izv.:

<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/imtconst.htm>

<sup>501</sup> London Agreement of August 8th 1945., izv.:

<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/imtchart.htm>

<sup>502</sup> Control Council Law No. 10., izv.: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/imt10.htm>

<sup>503</sup> Charter of the International Military Tribunal, izv.:

<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/imtconst.htm>

<sup>504</sup> Control Council Law No. 10., izv.: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/imt10.htm>

koje je sastavila Komisija za međunarodno pravo na svojoj drugoj sjednici održanoj 1950. godine i podnijela na usvajanje Općoj skupštini Ujedinjenih naroda.<sup>505</sup> U razdoblju nakon II. svjetskog rata do osnivanja ad hoc međunarodnih kaznenih tribunala za bivšu SFRJ i Ruandu za zločine protiv čovječnosti pred nacionalnim sudovima osuđeni su brojni pripadnici i suradnici nacističkog režima poput Eichmanna, Barbiea, Touviera i Finte. Nakon što su agenti izraelskog Mossada u svibnju 1960. godine u Argentini oteli bivšeg visokog dužnosnika nacističkog režima Adolfa Eichmanna, on je pred sudom u Jeruzalemu 1961. godine zbog zločina protiv čovječnosti osuđen na smrtnu kaznu temeljem Zakona o kažnjavanju nacista i njihovih suradnika iz 1950. godine za kaznena djela sudjelovanja u stvaranju i implementaciji tzv. „konačnog rješenja“ (Endlösung) židovskog problema u Njemačkoj. Predmet Eichmann je značajan, između ostalog, jer je po prvi puta jedan nacionalni sud svoju jurisdikciju utemeljio na načelu univerzalnosti. U obrazloženju takvog postupka sud je istaknuo da se u predmetu Eichmann radi o najtežim kaznenim djelima kojima se ozbiljno vrijeđa savjest čovječanstva, i nad kojima sve države, a u konkretnom slučaju Izrael, imaju jurisdikciju i to bez obzira na mjesto počinjenja te nacionalnost počinitelja i žrtava.<sup>506</sup> Za razliku od predmeta Eichmann u kojem se definicija zločina protiv čovječnosti nije bitno razlikovala od definicije toga pojma iz Statuta MVT, u presudi za zločin protiv čovječnosti Klause Barbiea iz 1987. godine francuski je Kasacijski sud u svojoj odluci jasno istaknuo razliku između ratnog zločina i zločina protiv čovječnosti. Specifična razlika definicije zločina protiv čovječnosti je „sustavnost počinjenja kaznenih djela u okviru državne politike ideološke nadmoći (supremacije)“.<sup>507</sup> Prema Nacrtu Kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva koji je 1996. godine sastavila Komisija za međunarodno pravo Ujedinjenih naroda, radnja počinjenja zločina protiv čovječnosti sastoji se od: ubojstva, istrebljenja, torture, porobljavanja, progona na političkoj, rasnoj, vjerskoj ili etničkoj osnovi, institucionalizirane diskriminacije na rasnoj, etničkoj ili vjerskoj osnovi uključujući i kršenje temeljnih ljudskih prava i sloboda koje ima za posljedicu ozbiljna uskraćivanja prava dijelu populacije, arbitrarne deportaciju i prisilnog premještanja pučanstva, arbitrarnog zatvaranja, prisilnog nestajanja osoba, silovanja, prisiljavanja na prostituciju i ostale oblike seksualnih zloporaba te drugih nečovječnih djela koja ozbiljno oštećuju tjelesni i mentalni integritet, zdravlje ili ljudsko dostojanstvo kao što su mutilacije i teško tjelesno ozljeđivanje.<sup>508</sup> Zločin protiv čovječnosti je kazneno djelo nad kojim imaju jurisdikciju i MKSJ i MKSR. Prema članku 5. Statuta MKSJ zločin protiv čovječnosti vezan je uz oružani sukob (međunarodni ili unutarnji) i usmjeren je protiv bilo kojeg civilnog pučanstva. Djela koja ulaze u sastav zločina protiv

---

<sup>505</sup> Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, International Law Commission, International Law Commission, 1950, Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II, para. 97.

<sup>506</sup> BAADE 1961; GREEN 1962; GREEN 1962-1963; LIPPMAN 1982-1983. Za cjeloviti tekst presude u predmetu Eichmann v.: <http://www.nizkor.org/hweb/people/e/eichmann-adolf/transcripts/Judgment/Judgment-001.html>

<sup>507</sup> FINKIELKRAUT 1992; također i SADAT 1994

<sup>508</sup> Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind, UN International Law Commission, izv. <http://www.un.org/law/ilc/>

čovječnosti su: ubojstvo, istrebljenje, porobljavanje, deportacija, zatvaranje, mučenje, silovanje, progoni na političkoj, rasnoj i vjerskoj osnovi i druga nečovječna djela. Prema članku 3. Statuta MKSR zločin protiv čovječnosti moguće je počinuti i izvan oružanog sukoba. Kaznena djela koja ulaze u sastav zločina protiv čovječnosti su ubojstvo, istrebljenje, porobljavanje, deportacija, zatvaranje, tortura, silovanje, progon na političkoj, rasnoj i vjerskoj osnovi te druga nečovječna djela.<sup>509</sup> Zločin protiv čovječnosti mora biti počinjen protiv bilo kojeg civilnog pučanstva i biti dijelom raširene i sustavne politike države, organizacije ili skupine. Uz izuzetak kaznenog djela progona, diskriminatorna namjera nije element zločina protiv čovječnosti. Zločini protiv čovječnosti moraju biti počinjeni u okviru sustavnog ili rasprostranjenog napada usmjerenog protiv civilnog pučanstva. Elementi „sustavnosti“ i „rasprostranjenosti“ ne moraju biti ispunjeni kumulativno pa će se o zločinu protiv čovječnosti raditi i kad je napad bio samo „sustavan“ ili samo „rasprostranjen“. Element sustavnosti zahtijeva da nečovječna djela budu počinjena na sustavan način, što znači u skladu s unaprijed zamišljenim planom ili politikom. Ostvarivanje ovog plana ili politike moglo bi dovesti do ponovljenog ili dugotrajnog činjenja nečovječnih djela. Suština ovog zahtjeva je da se isključe pojedinačna i izolirana djela koja nisu počinjena u okviru šireg plana ili politike. U praksi savezničkih sudova nakon II. svjetskog rata djela koja su bila počinjena u okviru politike terora smatrana su kao organizirana i sustavna. „Rasprostranjenost“ znači da su nečovječna djela počinjena u širokim razmjerima, što znači da su usmjerena protiv većeg broja žrtava. Ovaj zahtjev isključuje izolirano nečovječno djelo počinitelja koji djeluje na osnovi vlastite inicijative i koje je usmjereno protiv jedne žrtve. Zločini protiv čovječnosti moraju biti rasprostranjeni ili pokazivati sistematski karakter. Drugi element pojma zločina protiv čovječnosti je da on mora biti „usmjeren protiv civilnog pučanstva“. Izrazom "usmjeren protiv" točno se navodi da je u kontekstu zločina protiv čovječnosti civilno pučanstvo primarni objekt napada. Spominjanje civilnog pučanstva upućuje na kolektivni karakter zločina protiv čovječnosti. Izraz "pučanstvo" ne znači da cjelokupno pučanstvo geografske cjeline u okviru koje se napad odigrava (države, općine ili nekog drugog definiranog područja) mora biti podvrgnuto napadu. Izraz "civilno pučanstvo" obuhvaća sve osobe koje su civili, za razliku od pripadnika oružanih snaga i drugih legitimnih boraca. Populacija na koju je napad usmjeren mora po svojoj prirodi biti pretežito civilna. Međutim, nazočnost određenih ne-civila u toj populaciji ne mijenja njezin karakter. Spomenuti element „sustavnosti“ zločina protiv čovječnosti isključuje sva pojedinačna i izolirana djelovanja koja nemaju veze s određenim planom ili politikom. Upravo taj politički element daje na težini zločinu protiv čovječnosti. Razlog što zločini protiv čovječnosti toliko potresaju savjest čovječanstva i opravdavaju intervenciju međunarodne zajednice je to što oni nisu izolirana djela pojedinaca već proizlaze iz namjernog nastojanja usmjerenog protiv civilnog pučanstva. Zločini protiv čovječnosti čine „dio sustava zasnovanog na teroru ili predstavljaju kariku u svjesno vođenoj politici usmjerenoj protiv konkretnih

---

<sup>509</sup> Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, Security Council Resolution 955 (1994), Adopted by the Security Council at its 3453rd meeting, on 8 November 1994, izv.: <http://www.ictt.org/ENGLISH/Resolutions/955e.htm>

skupina ljudi.“ Politika ne mora biti formalizirana i njezino se postojanje može ustanoviti na osnovi načina na koji se djela događaju. Prema tradicionalnoj koncepciji zločina protiv čovječnosti to je uvijek morala biti državna politika, kao što je bio slučaj u nacističkoj Njemačkoj. Prema Komentaru Nacrta kodeksa zločina protiv mira i sigurnosti čovječanstva djela moraju biti potaknuta ili upravljena od strane neke vlade ili bilo koje organizacije ili skupine:

„Ova alternativa ima za cilj isključiti situaciju u kojoj pojedinac počini nečovječno djelo kad djeluje na vlastitu inicijativu i na osnovi vlastitog zločinačkog plana, u odsustvu bilo kakvog poticaja ili upravljanja bilo od neke vlade ili od neke grupe ili organizacije. Ova vrsta izoliranog zločinačkog ponašanja od strane jednog jedinog pojedinca ne bi predstavljala zločin protiv čovječnosti...Poticanje ili upravljanje od strane vlade ili bilo koje organizacije ili grupe, koja može ali ne mora biti povezana sa vladom, čini djelo posebno teškim i čini ga zločinom protiv čovječnosti koji se može pripisati privatnim osobama ili agentima države.“

Subjektivni element zločina protiv čovječnosti je namjera počinitelja koja mora obuhvatiti svijest o tome da je djelo koje čini dio rasprostranjenog ili sustavnog napada. Uz namjeru da se izvrši relevantno kazneno djelo, počinitelj mora znati da je došlo do napada na civilno pučanstvo i da njegova djela predstavljaju dio tog napada, ili mora barem riskirati da njegovo djelo postane dio takvog napada. To, međutim, ne povlači za sobom nužno i poznavanje pojedinosti napada. Motiv sudjelovanja u napadu nije obilježje subjektivnog elementa zločina protiv čovječnosti.

"Zabranjeno djelo počinjeno kao dio zločina protiv čovječnosti, to jest sa sviješću da se djelo vrši u sklopu rasprostranjenog i sustavnog napada na civilno stanovništvo je, ukoliko su sve druge okolnosti jednake, teže kazneno djelo nego obični ratni zločin. To proizlazi iz uvjeta da zločini protiv čovječnosti moraju biti počinjeni na rasprostranjenoj i sustavnoj razini budući da kvantiteta zločina kvalitativno utječe na prirodu kaznenog djela koje se smatra zločinom ne samo protiv samih žrtava već protiv čovječanstva u cjelini."<sup>510</sup>

Jedan od oblika počinjenja zločina protiv čovječnosti je zločin progona. Obilježja zločina progona (proganjanje bilo koje odredive skupine ili zajednice na političkoj, rasnoj, nacionalnoj, etničkoj, kulturnoj, vjerskoj, spolnoj ili drugoj osnovi koja se općenito prema međunarodnom pravu smatra nedopustivom, počinjeno u vezi s bilo kojom radnjom opisanom u ovome stavku ili s bilo kojim kaznenim djelom u nadležnosti Suda) su sljedeća:

1. počinitelj je na grub način i suprotno međunarodnom pravu jednoj ili više osoba oduzeo temeljna ljudska prava;
2. počinitelj je odabrao takvu osobu ili osobe na osnovi identiteta skupine ili kolektiviteta, ili je baš ciljao na tu skupinu ili kolektivitet;
3. takav odabir se temelji na političkim, rasnim, nacionalnim, etničkim, kulturološkim, vjerskim, spolnim – opisanim u članku 7. stavak 3. Statuta ili

---

<sup>510</sup> Presuda o kazni u predmetu Tadić od 14.07.1997., §73

drugim razlozima koji se općenito smatraju nedopustivima prema međunarodnom pravu;

4. djelo je počinjeno u vezi s bilo kojim činom iz članka 7., stavak 1., Statuta, ili bilo kojim kaznenim djelom koje spada pod jurisdikciju suda;

5. djelo je počinjeno u sklopu širokog ili sustavnog napada usmjerenog protiv civilnog pučanstva;

6. počinitelj je znao da je to ponašanje dio ili je imao namjeru da bude dio širokog ili sustavnog napada protiv civilnog pučanstva.

Zločin progona obuhvaća sve radnje (činjenje i nečinjenje) kojima se druge osobe (ili samo i jedna osoba) progone na diskriminatornoj osnovi i s namjerom diskriminacije. Radnja ne mora nužno predstavljati napad na tjelesni ili duševni integritet žrtve već to može biti i napad na imovinu žrtve poduzet upravo zbog toga što žrtva pripada određenoj skupini odnosno zajednici (selektivni element progona). Subjektivni element progona kao modalitet radnje počinjenja zločina protiv čovječnosti prema težini izdvaja progon od ostalih oblika zločina protiv čovječnosti i sasvim ga približava genocidu kao najtežem međunarodnom zločinu. U judikaturi MKSJ genocid je kvalificiran kao „krajnji i najnečovječiji oblik progona“. Ipak, razlika između zločina protiv čovječnosti progonom i genocida postoji. Dok počinitelj kod genocida ide za potpunim ili djelomičnim uništenjem neke skupine, namjera kod progona kao zločina protiv čovječnosti sastoji se u nasilnoj diskriminaciji pripadnika određene skupine teškim i sustavnim kršenjem njihovih ljudskih prava. Da bi se uvjet diskriminacijske namjere optuženog smatrao ispunjenim, nije nužno da postoji politički program diskriminacije. Namjera diskriminacije mora se odnositi na konkretan napad za koji se tereti kao za progon. Nije dovoljno da se djelo dogodilo samo u okviru napada koji ima aspekt diskriminacije.<sup>511</sup> Opseg i sadržaj dokazivanja krivnje za to kazneno djelo zločina protiv čovječnosti progonom ovisi o tome na koju se kategoriju ZZP tužiteljstvo poziva. Ako se radi o osnovnom ZZP tada, s obzirom da se radi o kaznenom djelu kod kojeg postoji posebna namjera (*dolus specialis*), tužiteljstvo mora dokazati da je sudionik ZZP postupao upravo s takvom diskriminatornom namjerom i da je dao znatan doprinos njezinoj realizaciji (kroz počinjenje djela, poticanje ili pomaganje). Ako se, pak, radi o proširenom ZZP kod kojeg je osnova odgovornosti sudionika ZZP kazneno djelo glavnog počinitelja koje je bilo „prirodna i predvidiva posljedica ZZP“ tada, ponovno s obzirom da se radi o posebnoj namjeri, tužiteljstvo mora u postupku identificirati glavnog počinitelja i utvrditi sadržaj njegove svijesti *tempore criminis*. Sve i da se prihvati imputacija odgovornosti fizičkog počinitelja optuženiku, potrebno je identificirati tog fizičkog počinitelja i sadržaj njegove namjere *tempore criminis*. Bez toga bio bi doveden u pitanje smisao inkriminacije progona čija težina upravo i proizlazi iz diskriminatorne namjere počinitelja kaznenog djela. Ranije smo naveli da oblici odgovornosti ne mogu promijeniti niti zamijeniti elemente kaznenih djela definiranih u Statutu. To se osobito odnosi na sastavnice krivnje koja predstavlja uvjet za određeno kazneno djelo propisano u Statutu. Međutim, unatoč tome,

---

<sup>511</sup> Vasiljević I, §248, 249



sudska su vijeća tribunala, po uzoru na odluku Žalbenog vijeća u predmetu Tadić, u više navrata promijenila odnosno zamijenila elemente kaznenih djela definiranih u Statutu. To je osobito došlo do izražaja kod "stvaranja" treće kategorije ZZP kod koje je dovoljno dokazati da je kazneno djelo koje se optuženiku (koji nije i fizički počinitelj djela) stavlja na teret bilo "prirodna i predvidiva posljedica ZZP." Za takvo snižavanje standarda krivnje u odnosu na najteža kaznena djela u katalogu kršenja međunarodnog humanitarnog prava apsolutno nema pravne osnove u međunarodnom kaznenom pravu. Čak se i u poredbenom pravu iz kojeg je izveden oblik krivnje pod nazivom "nepromišljenost" optuženika ne može proglasiti krivim za najteža kaznena djela. I u common law sustavima taj oblik krivnje nije dostatan da bi se nekog osudilo zbog umorstva (murder). Naime uz nepromišljenost moraju postojati „okolnosti koji odražavaju krajnju ravnodušnost prema vrijednosti ljudskog života“. Common law izričaj za tako visok stupanj ravnodušnosti sadržan je u metafori „abandoned and malignant heart“.<sup>512</sup> I kad se ne radi o genocidu i zločinu protiv čovječnosti progonom, terminologija kaznenih djela iz nadležnosti tribunala upućuje da se radi o najtežim povredama međunarodnog humanitarnog prava kod kojih snižavanje standarda krivnje nije dopušteno. Uvođenjem teorije proširenog ZZP, tribunal je, nema sumnje, postupio ne samo izvan okvira postojećeg međunarodnog prava, već i izvan mandata kojeg mu je Vijeće sigurnosti Ujedinjenih naroda povjerilo. Naime, funkcija tribunala razvidno proizlazi iz Izvješća Glavnog tajnika. Ustanovljenje suda značilo je primjenu prisilne mjere Vijeća sigurnosti u smislu poglavlja VII Povelje Ujedinjenih naroda. Krhku legitimnost te prisilne mjere sudbenog karaktera, nastojalo se ublažiti u Izvješću u kojem je mandat Tribunala određen vrlo striktno:

„Potrebno je istaknuti da dodjeljujući Međunarodnom sudu zadatak kaznenog progona osoba odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava Vijeće sigurnosti ne stvara i nema namjeru stvarati legislativu za međunarodno humanitarno pravo. Zadatak Međunarodnog suda bio bi da primjenjuje postojeće međunarodno humanitarno pravo.“<sup>513</sup>

---

<sup>512</sup> FLETCHER-OHLIN 2005

<sup>513</sup> Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808(1993), 22. Feb. 1993., U.N. Doc. S/25704, §29

## 5. Rasprava i zaključak

Oblici krivnje se u postupcima pred MKSJ pretežito utvrđuju po pravilima anglosaksonskog prava, a ne kontinentalnog prava koje je u tom pogledu sofisticiranije i sadrži kriterije za razlikovanje većeg broja oblika i stupnjeva krivnje. Većina europskih kontinentalnih pravnih poredaka razlikuje namjeru i nehaj kao dva temeljna oblika krivnje koji se sastoje od intelektualne (spoznajne) i voluntativne (voljne) komponente. Intelektualna sastavnica je svijest o djelu dok se voljna razlikuje ovisno o tome da li počinitelj želi počiniti djelo (izravna namjera), da li na njega pristaje (neizravna namjera) ili pak smatra da ono neće nastupiti ili da će ga moći spriječiti (svjesni nehaj). Kod nesvjesnog nehaja kao najlakšeg oblika krivnje nedostaje svijest o djelu (intelektualna sastavnica) i osnova za prijekor je normativno uračunavanje – okolnost da je osoba mogla i morala biti svjesna te okolnosti. S druge strane, u državama anglosaksonskog pravnog kruga krivnja je obuhvaćena širokim pojmom *mens rea* (*guilty mind*, skrivljena misao) koja se može temeljiti na subjektivnom, objektivnom i mješovitom kriteriju. Kod subjektivnog kriterija tužitelj mora dokazati postojanje psihičkog odnosa počinitelja prema djelu *tempore criminis* dok se kod objektivnog počinitelju koje *tempore criminis* nije imao psihički odnos prema djelu krivnja uračunava s obzirom na tzv. test razumne osobe (*reasonable person test*). Pomoću tog testa sud mora procijeniti da li bi neka druga razumna osoba u tim okolnostima imala potreban psihički odnos prema djelu. Oblici krivnje u *common law* sustavu su *intention* (namjera), *recklessness* (u američkom pravu – *willful blindness*, oblik krivnje koji u kontinentalnom pravu nalazi između neizravne namjere i svjesnog nehaja) i *criminal negligence* (nehaj). Tužitelj u postupku mora dokazati da je počinitelj *tempore criminis* postupao sa skrivljenim stanjem svijesti i da je poduzeo radnju koja znači kršenje imperativne ili prohibitivne pravne norme (zapravo se radi o protupravnoj radnji koja su u anglosaksonskom pravu naziva *actus reus*). Izuzetak od pravila da je potrebno kumulativno dokazati elemente *mens rea* i *actus reus* su tzv. *strict liability offenses* kod kojih je odgovara na osnovi tzv. objektivne odgovornosti (za prouzročenje posljedice). Radi se o lakšim povredama građanske discipline koji sadržajno odgovaraju prekršajima (npr. nedopuštena ponašanja u prometu i sl.). Za razliku od Statuta MKS koji u članku 30. propisuje elemente i sadržaj krivnje kao psihičkog odnosa počinitelja prema djelu (*mental element*), Statut MKSJ ne sadrži izričitu odredbu o tome koji se oblici krivnje i standardi u njezinu dokazivanju imaju primijeniti u postupku. S obzirom da značajan broj sudaca MKSJ dolazi iz država u kojima se primjenjuje *common law*, ne čudi pretežita praksa uporaba onih oblika krivnje koji postoje u tom pravnom sustavu, a koji se, kao što je navedeno, značajno razlikuju po svom sadržaju od oblika krivnje u europskom kontinentalnom pravu. Ono što, međutim, dovodi do konfuzije koja, između ostalog, otežava obranu optuženika jest nekonzistentna uporaba tih standarda od strane MKSJ. Ta nekonzistentnost razvidna je i iz stvaranja sasvim novih „mješovitih“ oblika krivnje koji nisu poznati niti u jednom od postojećih sustava (tako, primjerice, nije jasno da li je *dolus eventualis* na kojeg se sud poziva u većem broju predmeta zapravo oblik neizravne namjere iz

kontinentalnog prava, oblik krivnje koji je u anglosaksonskom pravu poznat pod nazivom *recklessness* ili pak nešto treće). Ona, konačno, dovodi i do najvažnije negativne posljedice, a to je redukcija kriterija za dokazivanje krivnje i čime se značajno pogoduje procesnoj ulozi tužiteljstva. Taj je trend najzamjetniji upravo kada je riječ o primjeni teorije ZZP. Stoga su potpuno opravdane brojne kritike odluka tribunala u dijelu koji se odnosi na utvrđivanje krivnje kao psihičkog odnosa optuženika prema djelu. Krivnja optuženika kod proširenog ZZP sastoji se od dva dijela. Optuženik mora s namjerom sudjelovati u ZZP i mora biti svjestan mogućnosti da će neki član grupe počiniti kazneno djelo koje izlazi iz okvira ZZP te preuzeti rizik da njegovo daljnje sudjelovanje u ZZP može doprinijeti počinjenju zločina.<sup>514</sup> Za razliku od osnovnog ZZP ovdje se ne traži zajednička namjera počinjenja konkretnog kaznenog djela sudionika ZZP i fizičkog počinitelja (*shared intent*) već mnogo manje – predvidivost nastupanja posljedice (intelektualna sastavnica) i dragovoljno preuzimanje rizika nastupanja takve posljedice (voljna sastavnica). Kod proširenog ZZP već i s čisto teorijskog aspekta problematične su obje sastavnice, kako intelektualna tako i voljna. Kada je riječ o svijesti o mogućnosti nastupanja posljedice (rizik) tada treba imati u vidu stajalište Žalbenog vijeća u predmetu Blaškić prema kojem „svijest o bilo kakvom riziku, ma koliko da je nizak, nije dovoljna za proglašenje kaznene odgovornosti za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava.“<sup>515</sup> Vijeće je u toj presudi negativno odgovorilo na pitanje da li je *dolus eventualis* dovoljan stupanj krivnje za zasnivanje odgovornosti optuženika za zapovijedanje po čl. 7(1) Statuta (osobna kaznena odgovornost):

“Nijedan od načina na koji je Raspravno vijeće formuliralo *mens rea* za zapovijedanje po članku 7 (1), u pogledu kriminalnog stanja svijesti koje je niže od izravne namjere, nije točan. Svijest o bilo kakvom riziku, ma koliko da je nizak, nije dovoljna za proglašenje kaznene odgovornosti za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava. Raspravno vijeće ne specificira koji stupanj rizika se mora dokazati. Štoviše, čini se da bi po standardu Raspravnog vijeća bilo koji zapovjednik koji izda zapovijed bio kazneno odgovoran jer uvijek postoji mogućnost da dođe do kršenja. Žalbeno vijeće smatra da pravni standard mora uključivati svijest o većoj vjerojatnosti rizika i element htijenja. Žalbeno vijeće stoga smatra da osoba koja zapovijedi neko činjenje ili nečinjenje sa sviješću o znatnoj vjerojatnosti da će prilikom izvršenja te zapovijedi biti počinjeno kazneno djelo ima *mens reu* koja se zahtijeva za utvrđivanje odgovornosti po članu 7(1) na osnovi zapovijedanja. Zapovijedanje s takvom sviješću mora se smatrati prihvaćanjem tog kaznenog djela.“<sup>516</sup>

Ta se analogija može primijeniti i na odgovornost počinjenje kaznenog djela u sastavu proširenog ZZP. Naime, nema razloga zbog kojeg bi elementi i standardi krivnje kod zapovijedanja i počinjenja kaznenog djela bili različiti. Žalbeno vijeće u predmetu Blaškić sasvim je u pravu kad tvrdi da svijest o bilo kakvom riziku, ma koliko da je nizak, nije dovoljna za proglašenje kaznene odgovornosti za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava. Naime, kada bi se prihvatilo da je

---

<sup>514</sup> Kvočka II, §83

<sup>515</sup> Blaškić II, §41, 42

<sup>516</sup> Ibid.

dovoljan bilo kakav stupanj rizika, tada bi svaki zapovjednik koji izda zapovijed bio kazneno odgovoran jer se primjenom objektivnih standarda jednostavno može utvrditi da uvijek postoji mogućnost da dođe do kršenja. Važnost te odluke je u tome što konstatira da “pravni standard mora uključivati svijest o većoj vjerojatnosti rizika i, što je osobito značajno, element htijenja.” Time se slabašna voljna sastavnica dragovoljnog preuzimanja rizika nastupanja posljedice za koju se, suprotno načelu presumpcije nevinosti, redovito uzima da postoji, supstituira elementom htijenja što nedvojbeno sugerira da počinitelj u odnosu na posljedicu nije indiferentan već da je hoće premda ona možda i nije u njegovoj svijesti konkretizirana do najsitnijih detalja. No nije samo kod zapovijedanja kao primarnog oblika osobne kaznene odgovornosti standard krivnje viši no kod počinjenja u sastavu proširenog ZZP. Analiza sudske prakse MKSJ pokazuje da je taj standard kod proširenog ZZP određen niže čak i u odnosu na sekundarne oblike osobne kaznene odgovornosti po čl. 7(1) Statuta MKSJ. Naime, kod tog oblika imputirane odgovornosti traži se svijest o „običnom riziku“ nastupanja posljedice dok se kod, primjerice, poticanja neizravnom namjerom radi o tome da poticatelj mora biti “svjestan značajne mogućnosti da će vjerojatna posljedica njegovih postupaka biti počinjenje zločina”.<sup>517</sup> Dakle, kod poticanja kao oblika sekundarne ili akcesorne osobne odgovornosti (akcesorne u odnosu na počinjenje) dokazivanje u pogledu subjektivnog elementa je zahtjevnije jer tužitelj mora dokazati da je počinitelj bio svjestan značajne mogućnosti nastupanja vjerojatne posljedice dok kod počinjenja kroz prošireni ZZP ima daleko lakši zadatak dokazati da je optuženik bio “bio svjestan činjenice da je i taj zločin moguća posljedica provođenja toga poduhvata i da je sa takvom sviješću u njemu sudjelovao”.<sup>518</sup> Već je na prvi pogled uočljivo da je bitna razlika između dokazivanja da je posljedica bila samo “moguća” i dokazivanja da je ona bila “značajno moguća odnosno vjerojatna”. Sljedeća nelogičnost koja ukazuje na suštinske probleme teorijskog koncepta proširenog ZZP je u tome da kod dokazivanja subjektivnog elementa proširenog ZZP tužitelj ima lakši zadatak no kad se radi o dokazivanju krivnje (*mens rea*) pomagatelja i podržavatelja. Naime, u slučaju pomaganja i podržavanja, traženi element svijesti je znanje da djela koja čini pomagatelj i podržavatelj pomažu počinjenju konkretnog kaznenog djela od strane glavnog počinitelja. S druge strane, kod proširenog ZZP mora postojati namjera provedbe ZZP uz predviđanje počinjenja kaznenih djela koja su izvan okvira ZZP. Očito je, dakle, da kod proširenog ZZP ne postoji apsolutno nikakva subjektivna povezanost (u smislu psihičkog odnosa počinitelja prema konkretnom kaznenom djelu) između sudjelovanja u ZZP i počinjenog konkretnog kaznenog djela tj. između sadržaja svijesti sudionika u proširenom ZZP i fizičkog počinitelja konkretnog kaznenog djela. Nije u literaturi međunarodnog kaznenog prava bez razloga konstatirano da je teorija ZZP, osobito njezina proširena varijanta, čarobni metak (*magic bullet*) tužiteljstva. Arbitrano konstruirani teorijski koncept proširenog ZZP (v. ZZP i načelo zakonitosti) koji, sasvim nedvojbeno, ne ispunjava subjektivne kao niti objektivne elemente „počiniteljstva“ iz članka 7(1)

---

<sup>517</sup> Naletilić i Martinović I, §60

<sup>518</sup> Krstić I, §613

Stauta MKSJ značajno olakšava posao tužitelja. On, naime, mora dokazati samo da je sudionik ZKP znao ili bio svjestan mogućnosti počinjenja konkretnog kaznenog djela (predvidivost kaznenog djela). Pritom se ne traži da se njegova namjera u pogledu tog kaznenog djela sadržajno poklapa s namjerom počinitelja konkretnog kaznenog djela koje je počinjeno izvan granica zajedničkog plana (eksces). Kod te kategorije ZKP dokazivanje krivnje se izvrće u presumiranje objektivne odgovornosti jer je dovoljno dokazati spremnost optuženika da bude dijelom originalnog koncepta i da je počinjeno kazneno djelo bila "prirodna i predvidiva posljedica takvog koncepta". Zanimljivo je da se za najteže oblike povreda međunarodnog humanitarnog prava, a radi praktičnih razloga vezanih uz dokazivanje, namjera kao konstitutivni element inkriminacije supstituira hibridnim oblikom krivnje (nes/p/retna kombinacija anglosaksonskog i europskog kontinentalnog prava) koji u većini europskih kaznenih zakonodavstava sadržajno odgovara svjesnom nehaju. Time se krivnja za ta kaznena djela (koja i jest njihovo konstitutivno obilježje) od subjektivnog odnosa prema djelu i posljedici zapravo konvertira u objektiviziranu povredu dužne pažnje. Analiza oblika odgovornosti po čl. 7(1) Statuta ukazuje na to da nepromišljenost (recklessness) nije zadovoljavajući ili dostatan stupanj krivnje niti za jedan od tih oblika odgovornosti.<sup>519</sup> Naime svi ti oblici odgovornosti traže postupanje s namjerom, a neki i sa posebnom namjerom (genocid, zavjera da se počini genocid, pokušaj genocida itd.). U literaturi je istaknuto da se u međunarodnom kaznenom pravu samo kod dva oblika kaznene odgovornosti traži manje od namjere – zapovjedna odgovornost i prošireni ZKP, s tim da je kod proširenog ZKP kriterij za utvrđivanje krivnje još niži no kod zapovjedne odgovornosti kod koje tužitelj mora dokazati da je, između ostalog, nadređeni morao znati za zločin (ought to know). Kod rasprave o dokazivanju kaznenih djela iz nadležnosti tribunala valja imati u vidu vremenski i prostorni kontekst u kojima su ta djela počinjena. Radi se o situacijama oružanog sukoba u kojima se, za razliku od klasičnog mirnodopskog kriminaliteta, zločini čine rašireno (on a large scale) i učestalo (frequently). Dakako, rijetko preživjeli svjedoci često nisu voljni iskazivati zbog straha ili nekih drugih razloga (prisjećanje traumatičnih događaja), a dostupnost ostalih materijalnih dokaza svedena je na najmanju moguću mjeru. Također, djela koja su počinjena predstavljaju teške zločine po međunarodnom pravu počinitelji kojih, u interesu pravde i osiguranja trajnog mira, moraju biti kazneno procesuirani. Sve to dovodi tužiteljstvo u situaciju da u preambiciozno postavljenim optužnicama osobama koje su optužene na teret stavljaju i ona kaznena djela kod kojih krivnju, s obzirom na navedene razloge, nisu u stanju dokazati. Pritisak je, treba iskreno priznati, i na sudskim vijećima od kojih se očekuju „rezultati“ – presude za najteže oblike zločina po međunarodnom pravu. Sve to dovodi do stvaranja tzv. „prečaca do pravde“ (shortcut to justice) u kojima se postojeći instituti međunarodnog kaznenog prava od kojih neki nedvojbeno imaju pravni karakter međunarodnog običajnog prava modeliraju na način i u mjeri nužnoj za prilagođavanje okolnostima konkretnog predmeta. Jedan od takvih prečaca je teorija ZKP. Prijeporni teorijski koncept ZKP (osobito treće kategorije) u praksi se

---

<sup>519</sup> ENGVALL 2005, 43

kroz postupak dokazivanja dodatno proširuje. Racionalizacija takve fleksibilnosti posve je razumljiva. Teorija ZZP dovoljno je rastezljiva mreža u koju se mogu uhvatiti svi sudionici oružanog sukoba – vojni zapovjednici, vojnici, pripadnici paravojnih postrojbi, naoružani civili, visoki državni dužnosnici, obnašatelji civilne vlasti na lokalnoj razini itd. Međutim, premda je ta fleksibilnost razumljiva jer omogućava „učinkovitost“ u postupanju, ona je istodobno i neopravdana i opasna jer znači rizik od osude po svaku cijenu, odstupanje od načela krivnje i rizik od kažnjavanja nevinih. U praksi MKSJ u više je navrata dokazano kako je namjeru teško dokazati:

“Namjeru je općenito teško dokazati, bez obzira da li se radi o obliku posebne namjere koji se traži za zločin genocida ili nekom od više uobičajenih oblika koji se traže za druga kaznena djela iz nadležnosti Međunarodnog suda, te je neophodno pribjeći zbiru svih utvrđenih činjenica i okolnosti.”<sup>520</sup>

ZZP kao oblik odgovornosti polazi od pretpostavke da je počinitelj postupao kao prosječan „razumni“ čovjek. Dakle, kriteriji za utvrđivanje krivnje kod tog oblika odgovornosti nisu subjektivni već objektivni. Sud ne utvrđuje što je u vrijeme počinjenja djela mislio i namjeravao optuženik, već što bi u slični okolnostima mislio i namjeravao i kako bi reagirao, „razumni čovjek“. Objektivni standardi kod dokazivanja krivnje prihvatljivi su i u nacionalnim sustavima kod nehajnih delikata, ali nikako kod namjernih koji se upravo zbog subjektivnog psihičkog odnosa počinitelja prema djelu s pravom smatraju teškim kaznenim djelima. Kod utvrđivanja proširenog ZZP težište kod intelektualne sastavnice je predvidivost (forseeability) kaznenog djela. U poredbenom pravu i sudskoj praksi taj termin se isključivo veže uz nehajni oblik krivnje. Naime, suština nehaja je u povredi dužne pažnje. Pritom se razlikuje povreda objektivne dužne pažnje, tj. pažnje koja se zahtijeva od svakog savjesnog čovjeka iz kruga kome pripada počinitelj, a zatim i povreda subjektivne dužne pažnje, tj. pažnje koja se može zahtijevati od konkretnog počinitelja kojem se sudi. Da bi se počinitelja moglo osuditi zbog nehajnog delikta, potrebno je, prema tome, najprije udovoljiti objektivnom, a onda i subjektivnom kriteriju. Objektivna dužna pažnja sastoji se, najprije, u dužnosti da se predvidi opasnost za zaštićeno pravno dobro. Taj vid dužne pažnje naziva se i unutarnja pažnja. Ona nameće svakome dužnost da razmotri uvjete pod kojima poduzima neku radnju i predvidi njen tijek. O povredi objektivne dužne pažnje može se raditi samo kad se prekoračuju granice dopuštenog rizika. Iz predvidivosti opasnosti slijedi dužnost na primjereno ponašanje, tj. na takvo ponašanje kojim će se izbjeći počinjenje djela. To je tzv. vanjska pažnja.<sup>521</sup> Rukovodeći se standardima objektivne dužne pažnje MKSJ je generalu Krstiću kojem nije dokazana posebna genocidna namjera izrekao dugotrajnu zatvorsku kaznu. On je na tu iznimno tešku kaznu osuđen kao sudionik ZZP kojem je cilj bilo etničko čišćenje Srebrenice i to stoga što bi „razumna osoba“ u takvim okolnostima mogla zaključiti da je genocid „prirodna i predvidiva“ posljedica

---

<sup>520</sup> Stakić I, §686

<sup>521</sup> NOVOSELEC 2004, 240

realizacije zajedničkog cilja. Posebice je kršenje načela krivnje izraženo kod proširenog ZZP, kod kojeg je dovoljno dokazati spremnost optuženika da bude dijelom originalnog dogovora (koji ne mora uvijek biti i kriminalni dogovor) i da je počinjeno kazneno djelo bila “prirodna i predvidiva posljedica takvog dogovora”. Time se ukida načelo neovisnosti krivnje pojedinih sudionika na temelju novog pravnog standarda „predvidivosti“ - za koji se ne može reći da je precizan i pouzdan. Naime, predvidivost zločina razlikuje se u situaciji oružanog sukoba od njegove predvidivosti u mirnodopskim uvjetima. U uvjetima kaosa oružanog sukoba pojedinci se najčešće pridružuju skupini definiranoj, u primjeru sukoba u bivšoj SFRJ i Ruandi, po nacionalnom i etničkom ključu ne zbog toga što žele činiti zločine u sastavu te grupe, pa niti zbog toga što su u odnosu na te zločine indiferentni, već zbog toga što im pripadnost grupi jamči kakvu takvu sigurnost. Dakle, oni ne postupaju s ciljem održavanja i produljenja ZZP, već kako bi spasili svoj život i, eventualno, živote svojih bližnjih. Jednostavno, mogli bismo reći, radi se o osobama koje su se u krivo vrijeme našle na krivom mjestu. Radi se o prosječnim ljudima kojima je, u takvim uvjetima, predvidivo gotovo sve. Naime, u uvjetima oružanog sukoba može se predvidjeti počinjenje čitavog niza različitih, a vrlo teških kaznenih djela. Prema objektivnom kriteriju njima se može imputirati odgovornost za sva kaznena djela koja su počinili drugi pripadnici njihove grupe zbog toga što su sva ta djela, u kontekstu kaosa oružanog sukoba, bila objektivno predvidiva. S obzirom da se kod proširenog ZZP i kriterij „bitnog doprinosa“ kao objektivni element djela u sudskoj praksi tumači vrlo široko i u konačnici se svodi na pripadnost grupi (osobito ako se radi o osobama na visokim položajima u okviru civilne i/ili vojne vlasti) objektivno uračunavanje „predvidivosti“ počinjenja kaznenih djela od strane drugih članova grupe dovodi optuženike u vrlo tešku poziciju u kojoj zapravo oni mogu izbjeći odgovornost samo ako napuste grupu ili se otvoreno suprotstave njezinim aktivnostima. Međutim, nerealno je očekivati da se u uvjetima etničkog i/ili međunacionalnog sukoba pripadnici grupe izlože riziku da budu ubijeni ako napuste grupu ili se suprotstave njezinim aktivnostima. Teorija ZZP nije u skladu s načelom krivnje koje u većini pravnih sustava ima položaj ustavne kategorije. Tom se pravnom konstrukcijom povrjeđuju suštinska procesna prava okrivljenika kao što su pravo na pošteno suđenje (fair trial) i pretpostavka okrivljenikove nedužnosti (presumption of innocence). Važno je naglasiti da u dosadašnjim postupcima nitko, pa ni sud proprio motu, nije vodio računa o iznimno važnoj odluci Vrhovnog suda Kanade u predmetu R. v. Logan iz 1990. godine<sup>522</sup> koja ozbiljno dovodi u pitanje ustavnost teorije ZZP i njezinu održivost u kontekstu nacionalnog, ali i međunarodnog kaznenog prava.<sup>523</sup> U tom je predmetu sud morao utvrditi da li je odredba članka 21(2) Kaznenog zakona Kanade kojim je inkriminiran prošireni ZZP u suprotnosti s načelom poštenog suđenja, fundamentalne pravičnosti i pretpostavke okrivljenikove nedužnosti zajamčeni kanadskom Poveljom o pravima i temeljnim slobodama te, ako jest, radi li se o ograničenju koje je „nužno u demokratskom društvu“ (načelo razmjernosti). Sud

---

<sup>522</sup> R v. Logan, 2 S.C.R., 1990.

<sup>523</sup> DARCY 2004-2005

je konstatirao da je člankom 21(2) kaznenog zakona povrijeđeno ustavno načelo razmjernosti i da kod kaznenog djela koje se optuženima stavljaju na teret (u konkretnom slučaju pokušaj ubojstva) tužitelj mora dokazati posebnu namjeru usmrćenja. A contrario, snižavanje kriterija kod utvrđivanja krivnje (mens rea) nije u skladu niti s načelom krivnje niti s ustavnim odredbama o fundamentalnoj pravičnosti, poštenom suđenju i pretpostavci okrivljenikove nedužnosti. U izreci presude sud je nedvojbeno utvrdio sljedeće (tekst je radi autentičnosti u izvorniku na engleskom jeziku):

1.Does s. 21(2) of the Criminal Code contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms?

Yes, on charges where subjective foresight is a constitutional requirement, to the extent that a party may be convicted if that person objectively "ought to have known" that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose.

2.If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 21(2) of the Criminal Code justified under s. 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, and therefore not inconsistent with the Constitution Act, 1982?

No.

Sušтина ove odluke koja je potvrđena i u predmetu R. v. Sit iz 1991. godine<sup>524</sup> jasan je argument protiv teorije ZZP kojom se na pravno neprihvatljiv način nastoje reducirati sadržaji vezani uz krivnju čime se izravno krši načelo nulla poena sine culpa koje je nedvojbeno dijelom međunarodnog običajnog prava. Sigurno je da navedeni argumenti daju široku osnovu kritike teorije i s aspekta temeljnih međunarodnopravnih dokumenata o pravima čovjeka koji, između ostalog, jamče pravo na pošteno suđenje i poštivanje pretpostavke okrivljenikove nedužnosti (Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Konvencija Vijeća Europe za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda).

---

<sup>524</sup> v. R. v. Sit, 2 S.C.R., 1991.



## **PETO POGLAVLJE**

### **QUID FACIT? POSREDNO POČINITELJSTVO KAO ALTERNATIVA TEORIJI ZAJEDNIČKOG ZLOČINAČKOG POTHVATA**

Za suvremeno međunarodno kazneno pravo karakteristično je pojmovno razlikovanje različitih pojavnih oblika sudjelovanja više osoba u počinjenju kaznenog djela. Ono je najjasnije došlo do izražaja u Rimskom statutu koji u okviru čl. 25. sadrži odredbe o neposrednom počiniteljstvu, supočiniteljstvu, posrednom počiniteljstvu, poticanju i pomaganju te o drugom mogućem doprinosu kolektivnom djelu. To znači i postupno napuštanje pojma jedinstvenog počinitelja i prijelaz na dualistički, počiniteljsko-sudionički model, iako se ta razlika ne očituje i na razini mogućnosti odmjeravanja kazne (npr. mogućnost blažeg kažnjavanja za pomaganje), jer za sve oblike sudjelovanja važe isti kazneni okviri. Diferenciranje počiniteljstva i sudioništva pokazuje i praksa MKSJ pa je potrebno ponoviti i pobliže razjasniti ono što je već ranije izloženo o supočiniteljstvu i posrednom počiniteljstvu kao oblicima počiniteljstva koje Statut MKSJ izričito ne spominje, ali koji zbog fenomenologije počinjenja kaznenih djela o kojima se pred tim sudom raspravlja zaslužuju posebnu pozornost. Za razliku od čl. 25. st. 3. (a) Rimskog statuta koji supočiniteljstvo određuje kao zajedničko počinjenje djela ("jointly with another"), Statut MKSJ u okviru čl. 7. st. 1. spominje samo počinjenje djela i različite oblike sudioništva. Supočiniteljska odgovornost na temelju zajedničkog plana s posljedicom uzajamnog uračunavanja ostvarenih doprinosa prihvaćena je u međunarodnom kaznenom pravu još u okviru nurnberških procesa,<sup>525</sup> a praksa MKSJ oblikovala je za takve slučajeve pravnu figuru zajedničkog zločinačkog pothvata koja se od spomenutog slučaja Tadić, javlja u tri kategorije slučajeva. Supočiniteljstvo je, dakle, pred MKSJ prihvaćeno u vrlo širokom opsegu, osobito kad je riječ o trećoj kategoriji zajedničkog zločinačkog pothvata. Dok se prve dvije kategorije mogu bez većih problema podvesti pod pojam supočiniteljstva koji je uobičajen u većini pravnih sustava koji prihvaćaju počiniteljsko-sudionički model (slučajevi kad dvije ili više osoba počine kazneno djelo na temelju zajedničke odluke i uz doprinos djelu određene težine), treća kategorija, kod koje se zapravo radi o objektivnom uračunavanju objektivno predvidive posljedice, je krajnje dvojbeno s aspekta načela krivnje. Jedno od mogućih rješenja problema nastalih u vezi s praktičnom primjenom zajedničkog zločinačkog pothvata moglo bi biti i prihvaćanje teorije o funkcionalnoj vlasti nad djelom koje u njemačkoj kaznenopravnoj dogmatici zagovara Roxin i koje je ostvarilo značajan utjecaj i izvan njemačkih granica.<sup>526</sup> Njegovo shvaćanje supočiniteljstva može se sažeti u sljedećim bitnim crtama: Supočiniteljstvo je zajednička funkcionalna vlast nad djelom koja se strukturalno razlikuje od vlasti nad djelom kod neposrednog i posrednog počiniteljstva. Ona podrazumijeva zajedničko aktivno namjerno sudjelovanje u stadiju izvršenja na temelju podjelu rada. Svaki supočinitelj mora ostvarivati funkciju koja je bitna za

<sup>525</sup> Usp. AMBOS 2002, 548-549

<sup>526</sup> Usp. ROXIN 2000, 275-305, 684-695

uspjeh plana. Uspjeh djela jamči samo zajedničko postupanje, a izostanak funkcionalno bitnog doprinosa onemogućuje ostvarivanje djela u planiranom obliku. Tu vrijedi načelo funkcionalne uzajamne ovisnosti gdje svatko ispunjavanjem vlastite zadaće zajedno s drugima vlada djelom kao cjelinom (zajednička vlast nad djelom). Funkcionalna vlast nad djelom otvoreni je pojam čiji se sadržaj kod osvarivanja doprinosa izvan bića kaznenog djela u svakom konkretnom slučaju mora ispunjavati na temelju vrijednosnog ocjenjivanja.<sup>527</sup> Prednost Roxinova učenja jest u tome što za supočiniteljstvo nije dostatan bilo kakav doprinos na temelju zajedničke odluke. Taj doprinos mora biti funkcionalno bitan i nadilaziti puko pomaganje kojim se počinjenje djela samo olakšava, ubrzava ili intenzivira.<sup>528</sup> Sa stajališta međunarodnog kaznenog prava nije, međutim, dostatno da se funkcionalno bitni doprinosi ograničavaju samo na stadij izvršenja, jer upravo kod sustavno počinjenih i široko rasprostranjenih zločina i doprinosi u pripremnom stadiju (planiranje i organiziranje) imaju ogromno značenje i njihovo označavanje kao pomaganja ili poticanja ne bi na prikladan način odražavalo sadržaj ostvarenog neprava.<sup>529</sup> Ostvarivanje bitnog doprinosa djelu ne može se odvajati od zajedničke odluke o počinjenju djela. Jednostrano naglašavanje zajedničke odluke (uz minimiziranje objektivnog doprinosa) i izolirano promatranje namjere, osobito kad je riječ o predvidivosti eskcesa supočinitelja, nužno vodi do neprihvatljivih rješenja po uzoru na englesku doktrinu o "common design/purpose", prema kojoj ekscsesno djelo mora biti predviđeno kao "realna, stvarno postojeća ili ozbiljna mogućnost"<sup>530</sup> ili na koncept zavjere koji proširuje odgovornost supočinitelja na sve "razborito predvidive" radnje ostalih počinitelja.<sup>531</sup> Supočinitelj koji je ostao u okvirima zajedničkog plana ne može vladati (imati kontrolu nad) zbivanjem u kojem nije sudjelovao, pa čak i kad je ono za njega bilo predvidivo.<sup>532</sup> Posredno počiniteljstvo priznato je kao pojavni oblik počiniteljstva u svim pravnim sustavima. I tamo gdje ono nije izričito propisano u kaznenom zakonu, implicitno je sadržano u pojmu počiniteljstva.<sup>533</sup> Rimski statut u čl. 25. st. 3. (a) prihvaća posredno počiniteljstvo kao počinjenje djela putem drugoga, neovisno o tome je li taj drugi kazneno odgovoran ("through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible"). Pitanje do koje mjere treba razvijati pravnu figuru posrednog počiniteljstva desetljećima se već intenzivno raspravlja u njemačkoj kaznenopravnoj dogmatici u okviru koje najuvjerljivije objašnjenje počiniteljstva osobe iz pozadine daje Roxinovo učenje o vlasti nad djelom. Za potrebe međunarodnog kaznenog prava najzanimljiviji je pojavni oblik posrednog počiniteljstva na temelju organiziranog aparata moći ili tzv. organizacijske vlasti

---

<sup>527</sup> Zahvaljujući njemačkom sucu Schomburgu učenje o vlasti nad djelom ušlo je i u praksu MKSJ. Usp. Stakić I, §440 i sl.; o toj presudi iscrpno OLÁSULO/PÉREZ 2004, 475-526

<sup>528</sup> Bitan doprinos počinjenju djela u primjeni zajedničkog zločinačkog pothvata zagovaraju DANNER-MARTINEZ 2005, 62-63

<sup>529</sup> Tako AMBOS 2006, 134

<sup>530</sup> Usp. ASHWORTH 1996, 431-432

<sup>531</sup> Usp. FLETCHER 2000, 659 i sl.

<sup>532</sup> Supočiniteljstvo kao prikladniji pojam od zajedničkog zločinačkog pothvata, ali bez primjene teorije o vlasti nad djelom, zagovara HAAN 2005, 201

<sup>533</sup> Usp. FLETCHER 2000, 639

koji je Roxin oblikovao prije nešto više od četrdeset godina.<sup>534</sup> Ta koncepcija kasnije je postupno dopunjavana<sup>535</sup> i usklađivana sa suvremenim pojavnim oblicima kriminaliteta<sup>536</sup> i danas predstavlja vladajuće mišljenje u njemačkoj teoriji.<sup>537</sup> Stoga u nastavku valja pobliže prikazati i analizirati Roxinova shvaćanja, kao i stajališta ostalih autora koji su se bavili problemom posrednog počiniteljstva u slučajevima u kojima je neposredni počinitelj posve odgovorna osoba, ali istodobno i sredstvo u rukama osobe iz pozadine. Roxin inače razlikuje tri temeljna oblika vlasti nad djelom: vlast nad radnjom (Handlungsherrschaft), vlast nad voljom (Willensherrschaft) i funkcionalnu vlast nad djelom (funktionelle Tatherrschaft). Vlast nad radnjom je ekvivalent za pojedinačno ili neposredno počiniteljstvo, a funkcionalna vlast nad djelom predstavlja ideju vodilju za određivanje supočiniteljstva. Vlast nad voljom odnosi se na slučajeve posrednog počiniteljstva i može se ostvariti na tri načina: osoba iz pozadine može upravljati zbivanjem na temelju prisile (Willensherrschaft kraft Nötigung) ili na temelju obmane neposrednog počinitelja koji njezin deliktni plan ostvaruje u zabludi (Willensherrschaft kraft Irrtums), ali i tako da se kao naredbodavac u organiziranom aparatu moći može poslužiti zamjenjivim neposrednim počiniteljima. Taj oblik posrednog počiniteljstva Roxin označava kao organizacijsku vlast (Organisationsherrschaft) ili vlast nad voljom na temelju organizatorskog aparata moći (Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate). Osoba iz pozadine može vladati aparatom moći koji mu svojim besprijekornim funkcioniranjem jamči izvršenje zapovijedi i bez prisile ili obmane neposrednih počinitelja. U slučaju pojedinačnog odbijanja ili suzdržavanja od izvršenja zapovijedi takav aparat ima na raspolaganju dostatan broj drugih koji će preuzeti funkciju neposrednog počinitelja. Karakteristično je za ovaj oblik posrednog počiniteljstva da osoba iz pozadine u pravilu uopće ne zna tko je neposredni počinitelj. Neograničena zamjenjivost ili fungibilitet neposrednih počinitelja garantira osobi iz pozadine izvršenje djela i omogućuje joj da vlada zbivanjem. Neposredni počinitelj samo je zamjenjivi "kotačić" u stroju aparata moći. Kažnjivost neposrednog počinitelja koji je vlastoručno počinio kazneno djelo ne utječe na ocjenu naredbodavca kao posrednog počinitelja, jer provedba djela za razliku od poticanja ne ovisi od odluke neposrednog počinitelja. Neposredno i posredno počiniteljstvo u takvim se situacijama međusobno ne isključuju, iako se temelje na različitim pretpostavkama: neposredno počiniteljstvo na osobnom ispunjenju bića kaznenog djela, a posredno na upravljanju aparatom moći. Organizacijska vlast kao javni oblik posrednog počiniteljstva pravnički je prikladan izričaj (naziv) za fenomen "počinitelja za pisaćim stolom" koji ima vlast nad djelom neovisno o neposrednom počinitelju. Središnji argument za prihvaćanje organizacijske vlasti jest u tome da organizirani aparat moći razvija život koji je neovisan o promjenjivom stanju njegovih članova. On funkcionira gotovo automatski i nije ovisan o individualnosti neposrednog počinitelja. Sukladno tome, posredni počinitelj na temelju

---

<sup>534</sup> Usp. ROXIN 1963, 193 i sl.

<sup>535</sup> Ibid. 242-252, 677-683

<sup>536</sup> Usp. ROXIN 1999, 549-561

<sup>537</sup> Usp. ROXIN 2003, bilješka 134, str. 47.

organizacijske vlasti može biti svaka osoba koja na bilo kojem stupnju hijerarhije u okviru aparata moći podređenim osobama može izdavati naredbe i koja takvu ovlast iskorištava za ostvarivanje kriminalnih ciljeva. Organizirani aparat moći koji stoji na raspolaganju osobi iz pozadine mora u počinjenju kaznenog djela u cijelosti djelovati izvan pravnog poretka. Kriterij djelovanja aparata moći izvan pravnog poretka odnosi se samo na kaznena djela na koja se primjenjuje konstrukcija posrednog počiniteljstva, a ne na ukupno područje djelovanja organizacije. Na Roxinova shvaćanja o organizacijskoj vlasti utjecao je i povijesni primjer djelovanja nacionalsocijalističke vlasti, a osobito slučaj Eichmann. Sve vodeće osobe takve vlasti mogle su biti sigurne u ostvarivanje svojih kriminalnih ciljeva zahvaljujući funkcioniranju aparata moći u kojem individualnost neposrednih počinitelja uopće nije bila bitna. Iako nije pripadao najužem vrhu zapovjedne hijerarhije nacionalsocijalističkog režima, Eichmann je bio nadležan i odgovoran za mnogobrojna ubojstva Židova u okviru tzv. "konačnog rješenja". Premda osobno nije sudjelovao u usmrćenjima, Okružni sud u Jeruzalemu proglasio ga je krivim kao supočinitelja počinjenih ubojstava. Prema stajalištu tog suda udaljenost od neposrednih počinitelja ne može utjecati na opseg odgovornosti; štoviše, takva odgovornost raste što je veća njegova udaljenost od neposrednih počinitelja i što je viši stupanj zapovjedne razine; u tako masovnim zločinima u kojima na različitim zapovjednim razinama sudjeluje mnogo osoba za stvaratelje planova, organizatore i izvršne organe različitog ranga nisu prikladni uobičajeni pojmovi poticatelja i pomagatelja.<sup>538</sup> Iako u tom slučaju nije bilo riječi o posrednom počiniteljstvu, Roxin u Eichmannu vidi tipičan primjer "počinitelja za pisačim stolom" (Schreibtischtäter), a u stajalištima suda jasno označene elemente organizacijske vlasti: dok se sudionik što je udaljeniji od žrtve i neposredne radnje izvršenja više potiskuje na rubno područje zbivanja i isključuje od vlasti nad djelom, ovdje je situacija upravo obrnuta, tako da se nedostatak glede blizine djela kompenzira mjerom organizacijske vlasti koja je tim viša što je viši stupanj upravljačke pozicije u okviru aparata moći. Stoga je prema Roxinovu mišljenju posve ispravna ocjena suda da se odnos osoba iz pozadine prema neposrednim izvršiteljima strukturalno više ne može promatrati kao poticanje. Pravna figura organizacijske vlasti primjenjiva je prije svega na kriminalitet koji organizira državna vlast ili kriminalitet države (Staatskriminalität), na što jasno upućuju svi povijesni primjeri ponašanja vlasti totalitarnih država, ali i na suvremene pojavne oblike organiziranog kriminala. Zločinačko postupanje državnog aparata prema Roxinu je upravo "prototip organiziranog kriminala", jer je organizacija države u području kojim taj aparat vlada u pravilu najopsežnija i najefikasnija. Organizacijska vlast moguća je i kad je riječ o organiziranom kriminalitetu koji nema veze s državom, iako još nema egzaktnog pojma organiziranog kriminaliteta o kojemu postoji opća suglasnost. Potrebno je samo u svakom konkretnom slučaju ispitati postoje li temeljne pretpostavke organizacijske vlasti: zamjenjivost neposrednih počinitelja i kroz to izvedeno upravljanje organiziranim aparatom moći.<sup>539</sup> Zanimljivo je, međutim, da

---

<sup>538</sup> Usp. AMBOS 2006, 185

<sup>539</sup> ROXIN 2000, 556, 561

je Roxinova konstrukcija organizacijske vlasti najprije praktično primijenjena izvan njemačkih granica i to u procesu protiv bivših zapovjednika argentinske vojne hunte sredinom osamdesetih godina prošlog stoljeća. U obrazloženju presude prvostupanskog suda istaknuto je da su optuženici imali vlast nad djelom "jer su kontrolirali organizaciju koja je oblikovala kaznena djela ... U takvim su odnosima neposredni izvršitelji izgubili na značenju. Vlast onih koji su kontrolirali sustav nad dovršenjem kaznenih djela koja su naredili bila je potpuna, jer ako bi se netko od podređenih i usprotivio bio bi automatski nadomješten drugim, iz čega proizlazi da zacrtani plan nije mogao propasti zbog volje neposrednih počinitelja koji su imali samo ulogu zupčanika u gigantskoj mašineriji. Ovdje se nije radilo o vlasti nad voljom koja je uobičajena kod posrednog počiniteljstva. Sredstvo kojim su se poslužile osobe iz pozadine bio je sam sustav koji se sastojao od zamjenjivih neposrednih počinitelja ... Onaj tko je vladao sustavom, vladao je anonimnim voljama svih koji su mu pripadali".<sup>540</sup> Njemačka sudska praksa prvi puta se očitovala o Roxinovom samostalnom obliku posrednog počiniteljstva tek 1988. u tzv. "Katzenkönig-Fall" (BGHSt 35, 353), ali samo u obliku obiter dictum, primjenjujući organizacijsku vlast kao argument za mogućnost konstrukcije "počinitelja iza odgovornog neposrednog počinitelja". U tom je slučaju, naime, u prvom planu bio problem posrednog počiniteljstva u situaciji kad je neposredni počinitelj postupao u otklonjivoj zabludi o protupravnosti. Pravna figura organizacijske vlasti izričito je prihvaćena tek u glasovitoj presudi Saveznog suda (BGHSt. 40, 218) kojom su članovi Nacionalnog vijeća obrane bivšeg DDR-a osuđeni kao posredni počinitelji ubojstva bjegunaca koja su na berlinskoj unutarnjemačkoj granici počinili graničari. Odlučujući dio iz obrazloženja presude glasi: "Osoba iz pozadine u slučajevima kad netko postupa bez zablude i s neograničenom sposobnošću za krivnju u pravilu nije posredni počinitelj ... Postoje ipak skupine slučajeva kod kojih unatoč neograničeno odgovornom neposrednom počinitelju doprinos osobe iz pozadine gotovo automatski vodi do ostvarenja bića djela kojem ona teži. Takvi slučajevi mogu postojati ako osoba iz pozadine iskorištava okvirne uvjete koji su određeni strukturom organizacije i unutar kojih njegov doprinos djelu pokreće redoviti tijek zbivanja ... Postupa li osoba iz pozadine u takvom slučaju svjesna takvih okolnosti i iskorištava bezuvjetnu spremnost neposrednih počinitelja za ispunjenje bića kaznenog djela, te ako želi posljedicu kao rezultat njezina vlastitog postupanja, ona je počinitelj u obliku posrednog počinitelja. Ona ima vlast nad djelom i vlada zbivanjem više nego što je to nužno kod ostalih slučajeva kod kojih se posredno počiniteljstvo prihvaća bez razmišljanja, kao npr. kod korištenja sredstva koje ne može biti počinitelj jer nema traženo posebno svojstvo ili ne postupa s posebnom namjerom. I kod uporabe sredstva koje postupa u zabludi ili je nesposobno za krivnju česte su situacije da posredni počinitelj u puno manjoj mjeri vlada nastupom posljedice nego što je to ovdje slučaj. Osoba iz pozadine i ovdje ima volju za vlasti nad djelom jer ona zna da odluka neposrednog počinitelja ne predstavlja zapreku za ostvarivanje rezultata koji ona želi. Kada se u takvim slučajevima osoba iz pozadine ne bi tretirala kao počinitelj, to ne bi

---

<sup>540</sup> Usp. AMBOS 2002, 236

odgovaralo objektivnoj težini njezina doprinosa, tim više što se odgovornost s većom udaljenosti od mjesta počinjenja djela često ne smanjuje nego povećava. Tako shvaćeno posredno počiniteljstvo ne dolazi u obzir samo kod zlouporabe državne moći, nego i u slučajevima zločina koji su organizirani na način sličan mafijaškom, kod kojih prostorna, vremenska i hijerarhijska udaljenost između vrha organizacije koji je odgovoran za naredbe i neposrednih počinitelja govori protiv supočiniteljstva na temelju podjele rada. Tako shvaćeno posredno počiniteljstvo dolazi u obzir i u slučaju kad počinitelj za ostvarivanje vlastitih ciljeva svjesno iskorištava državni aparat koji djeluje protupravno".<sup>541</sup> Zajedničko obilježje svih stajališta koja ulogu osobe iz pozadine prema Roxinovom shvaćanju organizacijske vlasti ne ocjenjuju kao posredno počiniteljstvo jest ideja da neposredni počinitelj ne može istodobno biti posve odgovorna osoba i sredstvo u rukama drugoga. Stoga u takvim situacijama valja prihvatiti poticanje, supočiniteljstvo ili paralelno počiniteljstvo. Budući da je fungibilitet neposrednih počinitelja središnje obilježje Roxinove koncepcije o organizacijskoj vlasti glavni prigovori odnose se upravo na to obilježje. Prije svega osporava se stajalište da osoba iz pozadine može biti sigurnija u ispunjenje bića kaznenog djela od poticatelja koji odluku o počinjenju kaznenog djela mora prepustiti počinitelju. Tako, primjerice, Herzberg ističe da odluka neposrednog počinitelja da ne počini kazneno djelo vrlo vjerojatno sprječava poticatelja na putu k ostvarenju kriminalnog cilja, što se jasno pokazuje u slučajevima graničara bivšeg DDR-a koji su namjerno pucali pored bjegunaca ili su ih pustili da pobjegnu. Stoga naredbodavac ne može biti siguran u ispunjenje bića kaznenog djela.<sup>542</sup> Takvu argumentaciju Roxin drži nedostatnom jer se time samo dokazuje da i posredno počiniteljstvo (uključujući sve njegove pojavne oblike) u pojedinačnom slučaju može ostati u pokušaju. Roxin se poziva i na stajalište Saveznog suda (BGHSt 40, 236) prema kojemu posredni počinitelj u slučajevima kad sredstvo postupa u zabludi ili je nesposobno za krivnju u punoj manjoj mjeri upravlja zbivanjem nego u slučaju organizacijske vlasti. Ne radi se, dakle, o pitanju je li funkcioniranje automatizma djelovanja aparata moći postojalo u svakom pojedinačnom slučaju, nego o tome da on funkcionira u pravilu, što se ne može reći za poticanje.<sup>543</sup> Protiv organizacijske vlasti osobe iz pozadine ističe se i prigovor da u slučaju kad je izvršenje zapovijedi osigurano zamjenom neposrednog izvršitelja koji se usprotivio počinjenju djela ne postoji više isto kazneno djelo. Osim toga, zamjenjivost neposrednih počinitelja povećava vjerojatnost izvršenja zapovijedi, ali vlast nad djelom ne znači vlast prije izvršenja djela nego vlast za vrijeme počinjenja djela. Tako se vlast nad djelom osobe iz pozadine može potvrditi samo ako je zamjenjivost moguća u času počinjenja kaznenog djela. Zato je u većini slučajeva najprikladnije rješenje poticanje.<sup>544</sup> Zagovornik poticanja je i Renzikowski koji smatra da prihvaćanje organizacijske vlasti nije spojivo s načelom osobne odgovornosti ili autonomije neposrednog počinitelja. On, doduše, priznaje da osoba iz pozadine, zahvaljujući

---

<sup>541</sup> Usp. ROXIN 1998, 124

<sup>542</sup> Usp. HERZBERG 2000, 39

<sup>543</sup> Usp. ROXIN 2003, 50

<sup>544</sup> Usp. ROTSCH 2000, 518, 528 i 560

funkcioniranju aparata moći, može ostvarivati njezine planove neovisno o osobi neposrednog počinitelja, ali da to ipak "ne može nadomjestiti nedostajuću stvarnu vlast u pojedinom slučaju". Mogućnost da će neposredni počinitelj u slučaju protivljenja biti zamijenjen samo je hipotetičke naravi, a hipotetička razmatranja ne mogu utemeljiti stvarnu vlast nad djelom.<sup>545</sup> Prema Roxinu, osoba iz pozadine kod organizacijske vlasti vlada upravo tim jednim djelom neovisno o broju neposrednih počinitelja kojima se poslužila, a na prigovor da se u kaznenom pravu ne trebaju uzimati u obzir hipotetičke radnje trećih osoba odgovara da funkcioniranje aparata koji jamči zamjenjivost neposrednih počinitelja nije hipoteza nego realnost. Vlast nad djelom osobe iz pozadine upravo izvire iz "vlasti nad rezervnim uzrocima" koja garantira ispunjenje bića kaznenog djela. Odgovorno postupanje neposrednog počinitelja ovdje za razliku od poticanja ne odlučuje o tome hoće li nalog osobe iz pozadine biti izvršen ili će djelo izostati.<sup>546</sup> Konačno, protiv organizacijske vlasti i njenog središnjeg obilježja ističe se prigovor da ona zakazuje u slučaju korištenja nezamjenjivih neposrednih počinitelja sa specijalističkim znanjima bez kojih uspjeh zločinačkog plana nije moguć.<sup>547</sup> Roxin prihvaća taj prigovor i dopušta da u takvim slučajevima umjesto posrednog počiniteljstva postoji samo poticanje, sve dok osoba iz pozadine ne primjenjuje prisilu u smislu uvjeta ispričavajuće krajnje nužde. Pravna figura organizacijske vlasti nije oblikovana za takve iznimne slučajeve nego na temelju situacija u kojima zamjenjivost neposrednih počinitelja nije upitna, kao što je to bio slučaj kod masovnih ubojstava koja su počinjena za vrijeme nacionalsocijalističkog režima ili ubojstava bjegunaca iz bivšeg DDR-a. Naspram mogućeg stajališta da se opći zahtjev za valjanošću kriterija fungibiliteta može opovrgnuti već s jednim suprotnim slučajem, Roxin s pravom ističe da organizacijska vlast nije patentirani recept koji se mora primijeniti u svim zamislivim slučajevima, neovisno o konkretnim pretpostavkama. Konstitutivni elementi organizacijske vlasti izvire iz realnosti i njihovo se postojanje mora ispitati u svakom konkretnom slučaju. Takva pravna figura samo u pravilu isključuje mogućnost supočiniteljstva i poticanja u okvirima organizatorskog aparata moći.<sup>548</sup> Zagovornici stajališta da u slučajevima organizacijske vlasti nije riječ o posrednom počiniteljstvu nego o supočiniteljstvu također polaze od postavke da posredno počiniteljstvo nije moguće ako je neposredni počinitelj potpuno odgovoran, ali osobi koja naređuje počinjenje kaznenog djela ipak ne nijeću vlast nad djelom. Tako Jescheck/Weigend smatraju da je "osoba u središnjici supočinitelj upravo zato što vlada organizacijom" i da se "zajedništvo odluke o počinjenju djela uspostavlja kroz svijest vodstva i izvršitelja da određeno djelo ili više istovrsnih djela treba provesti sukladno uputama".<sup>549</sup> Ideja o supočiniteljstvu svakako je manje uvjerljiva od poticanja. Roxinova kritika takvog stajališta je vrlo iscrpna i temelji se na stavu da kod organizacijske vlasti nema ni zajedničke odluke niti zajedničkog počinjenja djela. Supočiniteljstvo nije

---

<sup>545</sup> Usp. RENZIKOWSKI 1997, 89 i sl.

<sup>546</sup> Usp. ROXIN 2003, 51

<sup>547</sup> Usp. SCHROEDER 1995, 178

<sup>548</sup> Usp. ROXIN 2003, 51-52

<sup>549</sup> Usp. JESCHECK-WEIGEND 1996, 670

prikladno rješenje jer tu prije svega nedostaje zajednička odluka. Osoba iz pozadine i neposredni počinitelj većinom se uopće ne poznaju, ne donose zajedničku odluku niti se smatraju jednako rangiranim nositeljima odluke. Izvršenje naredbe počiva na zapovijedi a ne na zajedničkoj odluci. Svijest o tome da je netko adresat naloga još ne predstavlja zajedničku odluku. Za postojanje zajedničke odluke a time i za supočiniteljstvo nije dostatno ni da neposredni počinitelj zločinački plan konkludentno prihvata kao svoj vlastiti plan. Prema takvim bi kriterijima svako uspješno poticanje moglo biti supočiniteljstvo, jer bi se dostatnom smatrala prešutno uspostavljena suglasnost. To bi ipak bilo nedopustivo proširenje supočiniteljstva. U slučajevima koji se označavaju kao organizacijska vlast nedostaje i zajedničko počinjenje djela. "Počinitelj za pisanim stolom" osobno ne ispunjava biće djela, on "ne prlja ruke", nego se služi "sredstvom" koje ostvaruje njegovu volju. Ako se za supočiniteljstvo zahtijeva bitno sudjelovanje u stadiju izvršenja, supočiniteljstvo je od početka isključeno, jer naredbodavac ne sudjeluje u tom stadiju i većinom uopće ne zna za vrijeme i mjesto izvršenja djela. Ako se za supočiniteljstvo drži dostatnim sudjelovanje u pripremnom stadiju, ono i u tom slučaju nedostaje jer se jedini doprinos osobe iz pozadine sastoji u tome da ona planira i naređuje počinjenje djela. To nije zajedničko počinjenje djela, jer inače bi odluka o djelu morala predstavljati počinjenje a poticanje supočiniteljstvo, što je teško spojivo sa zakonskom koncepcijom. Ne može biti riječi ni o "podjeli rada" koja se smatra središnjim obilježjem supočiniteljstva ako onaj tko posjeduje moć cjelokupno ostvarivanje njegovih naredbi prepušta izvršnim organima. Prihvatanjem supočiniteljstva izjednačile bi se i strukturne razlike između posrednog počiniteljstva (počinjenje djela posredstvom drugoga) i supočiniteljstva (zajedničko počinjenje djela), čime bi se zamutila crta razdvajanja na pravnodržavno dvojben način. Za posredno počiniteljstvo karakteristična je vertikalna struktura (tijek zbivanja ide od gore prema dolje, od naredbodavca prema izvršitelju), dok je supočiniteljstvo struktuirano horizontalno (u smislu da supočinitelji istodobno djeluju jedan pored drugoga).<sup>550</sup> Otklanjanje posrednog počiniteljstva u slučajevima kad se kao neposredni počinitelj pojavljuje posve odgovorna osoba nije prihvatljivo sa stajališta teorije o vlasti nad djelom, jer vlast nad radnjom neposrednog počinitelja i vlast nad voljom osobe iz pozadine počivaju na različitim pretpostavkama: neposredni počinitelj vlada konkretnim djelom na temelju njegova vlastoručnog počinjenja, a osoba iz pozadine na temelju njezina upravljanja organiziranim aparatom moći koje je neovisno o individualnosti neposrednog počinitelja. Neposredni počinitelj samo je anonimna figura u nizu zamjenjivih potencijalnih izvršitelja naloga osobe iz pozadine. Njegova uloga u usporedbi s ulogom posrednog počinitelja neprijeporno je manje značajna, jer on u pravilu ne može zapriječiti put prema ostvarenju kriminalnog cilja osobe iz pozadine. U tom smislu organizacijska vlast predstavlja viši stupanj vlasti nad djelom u odnosu na vlast nad djelom koju posjeduje neposredni počinitelj. Roxinova koncepcija organizacijske vlasti, koja se temelji na zamjenjivosti neposrednih počinitelja i besprijekornom funkcioniranju hijerarhijski strogo struktuiranog aparata moći koji

---

<sup>550</sup> Usp. ROXIN 2003, 52-53



stoji na raspolaganju osobi iz pozadine prihvatljiva je i za međunarodno kazneno pravo, jer i Rimski statut dopušta mogućnost posrednog počiniteljstva kad je neposredni počinitelj posve odgovorna osoba (pravna figura "počinitelja iza počinitelja"). Objektivna pozicija osobe iz pozadine koja na vrhu aparata moći izdaje naredbe bitno je različita od poticateljske ili supočiniteljske. Za razliku od poticatelja, naredbodavac je u slučajevima organizacijske vlasti pošteđen svih napora u vezi s traženjem, pridobivanjem ili svladavanjem eventualnog protivljenja neposrednog počinitelja, a zamjenjivost neposrednog počinitelja govori o tome da je upravo njegova uloga u odnosu na naredbodavca sporedna. Naravno, ona nije sporna u tom smislu da bismo je mogli smatrati pomagateljskom, jer ostvarenje bića kaznenog djela uvijek znači vlast na radnjom i utemeljuje neposredno počiniteljstvo. Shvaćanje da je osoba iz pozadine koja upravlja organiziranim aparatom moći samo poticatelj bilo bi, najkraće rečeno, suprotno zbilji. Prihvatanje supočiniteljstva također nije prihvatljivo. Uloga osobe iz pozadine možda bi se mogla protumačiti kao bitan doprinos počinjenju kaznenog djela u pripremnom stadiju, ali ostvarenje objektivne komponente supočiniteljstva pretpostavlja i zajedničku odluku o djelu, koja se među osobama koje su samo svjesne uzajamnog postojanja (naredbodavac zna da će netko počinuti zamišljeno djelo, a neposredni počinitelj zna da treba izvršiti tuđu naredbu) doista teško može zamisliti. Posredno počiniteljstvo je najprihvatljivije rješenje jer naredbodavca jasno označava kao središnju figuru zbivanja. On nije samo rubna figura u djelu koje ostvaruje netko drugi kao (glavni) počinitelj, a nije ni ravnopravni (jednako rangirani) partner ostalim (su)počiniteljima.<sup>551</sup> Kao što je

---

<sup>551</sup> Roxinovu koncepciju organizacijske vlasti uz određene modifikacije u osnovi prihvaća i Ambos, (2006, 140-142). Prigodni nedostatak konkretne zamjenjivosti neposrednog počinitelja načelno ne predstavlja zapreku počiniteljstvu osobe iz pozadine jer ona u pravilu iskorištava bezuvjetnu spremnost sredstva za počinjenje kaznenog djela. Ispravnije je umjesto od konkretne početi od apstraktne zamjenjivosti sredstva i načelo osobne odgovornosti shvatiti u normativnom smislu, te vlast na djelom osobe iz pozadine s kombinacijom stvarnih i normativnih komponenti koje se isprepliću. Moć upravljanja zbivanjem postoji i kod sredstva koje je najbliže ispunjenju bića kaznenog djela, a kod osobe iz pozadine ona proizlazi iz njezina utjecaja na organizaciju kojoj pripada neposredni počinitelj. Budući da osoba iz pozadine ima u ruci organizaciju (aparat moći) ona posredno upravlja sredstvom. Vlast nad organizacijom stoga čini neposrednog počinitelja zamjenjivom i beznačajnom figurom. Odgovornost za pojedino djelo u organizaciji raste s udaljenosti od razine neposrednog izvršenja; odgovornost je veća što je viši stupanj naređivanja. Posredno počiniteljstvo ipak treba priznati samo sudionicima koji pripadaju organizacijskom vrhu aparata moći, a hijerarhijski niže rangirane, koji vladaju samo dijelom zbivanja unutar aparata, treba smatrati supočiniteljima. S obzirom na praktičnu relevantnost problema posrednog počiniteljstva u međunarodnom kaznenom pravu, Ambos upućuje na osamostaljivanje učenja o organizacijskoj vlasti u odnosu na tradicionalnu dogmatiku o sudjelovanju više osoba u počinjenju kaznenog djela. S tim u vezi valja istaknuti stajalište prema kojemu se sam organizirani aparat moći promatra kao središnja figura čija se vlast na djelom smatra zbirom pojedinačnih vlasti nad djelom uključenih sudionika. Pojedinačni doprinosi djelu moraju se ocjenjivati u svjetlu njihova djelovanja na cjelokupni zločinački plan i ostvarivanje svrhe kriminalne organizacije. Organizacijska vlast može se stupnjevati. Tako Vest, *Humanitätsverbrechen*, 113 ZStW (2001), str. 236 i dalje, umjesto tradicionalne podjele na počinitelje i sudionike, govori o tome da su na najvišoj razini počinitelji koji planiraju i organiziraju kriminalne aktivnosti i koji kao vodeći počinitelji pripadaju uskom krugu vodstva organizacije; na drugoj su razini organizacijski počinitelji koji su u hijerarhiji srednje rangirani i koji imaju kontrolu nad određenim dijelom organizacije; trećoj i najnižoj razini pripadaju neposredni počinitelji koji se pojavljuju samo kao

već spomenuto, pojam vlasti nad djelom pojavljuje se u praksi MKSJ u slučaju Stakić. Prvostupanjski sud osudio ga je kao supočinitelja za kaznena djela istrebljenja, ubojstva i protjerivanje, koje je uključivalo ubojstvo i deportaciju. U vrijeme počinjenja djela u Prijedoru su postojale tri organizirane strukture vlasti: civilna administracija, civilna policija i vojska. Vođe svake od njih imale su potpunu kontrolu; bili su svjesni da će njihovi podređeni izvršavati naredbe i bili su u poziciji u svako doba zaustaviti počinjenja kaznenih djela. Niže rangirani pojedinci u svakoj od struktura vlasti, kao i neposredni počitelji bili su zamjenjivi, tako da su osobe na vrhu imale vlast nad njihovom voljom a time i nad počinjenim djelima.<sup>552</sup> Središnje kazneno djelo bila je kampanja protjerivanja, koja je mogla biti ostvarena samo zajedničkim funkcioniranjem svih triju organiziranih struktura moći. Stakić je bio na čelu civilne administracije koja je upravljala logistikom i financijskom potporom, a on je osobno još i koordinirao suradnju između pojedinih struktura vlasti.<sup>553</sup> Između vođa tih struktura postojala je podjela bitnih funkcija bez kojih plan protjerivanja ne bi mogao biti ostvaren na zamišljeni način. Neposredni počinitelji nisu pripadali strukturi vlasti koju je kontrolirao Stakić tako da njegova odgovornost nije mogla biti utemeljena samo na konstrukciji posrednog počiniteljstva. S druge strane, uz supočiniteljstvo vođa triju struktura moći, utemeljeno na funkcionalnoj vlasti nad djelom, nije se mogla zanemariti ni činjenica njihove kontrole nad podređenima. Stoga je Raspravno vijeće odlučilo zajednički primijeniti pojmove posrednog počiniteljstva i supočiniteljstva. Stakić nije osobno počinio niti jedno kazneno djelo, ali je bio supočinitelj iza neposrednih počinitelja.<sup>554</sup> Navedeni primjer pokazuje da je primjena teorije o vlasti nad djelom moguća i opravdana kada se kao optuženici pojavljuju više rangirane osobe koje planiraju, kontroliraju i upravljaju počinjenjem kaznenih djela iako aktivno ne sudjeluju u njihovom fizičkom izvršenju. Za jurisprudenciju MKSJ to je važan iskorak u pravcu otklanjanja nepoželjnih učinaka primjene konstrukcije zajedničkog zločinačkog pothvata.<sup>555</sup> Za očekivati je da navedeni primjer neće ostati i jedini u praksi MKSJ u kojem se supočiniteljstvo i posredno počiniteljstvo povezuje s teorijom o vlasti nad djelom.<sup>556</sup> S obzirom na prethodna izlaganja o supočiniteljstvu i posrednom počiniteljstvu, valja zaključiti da primjena teorije o vlasti nad djelom u obliku funkcionalne vlasti nad djelom i organizacijske vlasti (koje su moguće samo kod

---

pomagatelji u cjelokupnom kriminalnom pothvatu. Konceptiju sličnu organizacijskoj vlasti (funkcionalno počiniteljstvo) kao alternativu zajedničkom zločinačkom pothvatu zagovara VAN DER WILT 2006, 12-17

<sup>552</sup> Stakić I, §86-101, 469-498

<sup>553</sup> Ibid. §482

<sup>554</sup> Ibid. §741 i 818

<sup>555</sup> Ovdje valja istaknuti činjenicu da je pravna figura zajedničkog zločinačkog pothvata u praksi MKSJ oblikovana u primjeru nisko rangiranog optuženika kojemu se nije moglo dokazati neposredno počinjenje kaznenog djela. U slučaju Tadić zapravo i nije bilo podloge za ozbiljniju raspravu o funkcionalnoj ili organizacijskoj vlasti nad djelom.

<sup>556</sup> Sudac Schomburg ostao je dosljedan u svojim stajalištima. Tako, primjerice, on u izdvojenom mišljenju povodom presude Žalbenog vijeća u predmetu Simić navodi zakonske odredbe o supočiniteljstvu sadržane u kaznenim zakonima niza država (uključujući i bivše federalne jedinice SFRJ) te ponavlja argumentaciju u vezi s primjenom teorije o vlasti nad djelom. Usp. Prosecutor v. Simić, App. Chamber, Judgment, 28. 11. 2006., Dissenting Opinion of Judge Schomburg, §13-23

namjernih kaznenih djela) uvjerljivo otklanja nedostatke dosadašnje prakse MKSJ u vezi sa pravnom figurom zajedničkog zločinačkog pothvata. To osobito vrijedi za treću kategoriju zajedničkog zločinačkog pothvata koja znatno proširuje odgovornost za eksces supočinitelja i time dovodi u pitanje načelo da svaki sudionik odgovara u granicama svoje krivnje (zajedničke odluke o počinjenju djela). Za funkcionalnu vlast nad djelom važno je istaknuti da ona kod supočiniteljstva zahtijeva bitan doprinos počinjenju djelu, što se kod prve dvije kategorije zajedničkog zločinačkog pothvata ne traži, a kod treće kategorije ne postoji. Prednost organizacijske vlasti jest u tome što ona na najprikladniji način rješava pitanje odgovornosti hijerarhijski visoko pozicioniranih počinitelja koji putem aparata moći upravljaju počinjenjem kaznenih djela koja ostvaruju zamjenjivi neposredni počinitelji. Funkcionalna vlast nad djelom kod supočiniteljstva i organizacijska vlast kod posrednog počiniteljstva jasno određuju tko se ima smatrati ključnim figurama u zbivanju koje se ocjenjuje kao počinjenje kaznenog djela, pa sukladno tome treba i tumačiti pojam počinjenja iz čl. 7. st. 1. MKSJ.

## **ŠESTO POGLAVLJE**

### **UMJESTO ZAKLJUČKA – DESET TEZA O ZAJEDNIČKOM ZLOČINAČKOM POTHVATU**

- 1) Zajednički zločinački pothvat nije bio dijelom međunarodnog običajnog prava u vrijeme kada su počinjena kaznena djela koja se optuženicima stavljaju na teret.
- 2) Zajednički zločinački pothvat je suprotan načelu krivnje kao jednom od temeljnih načela suvremenog kaznenog prava.
- 3) Opasnim proširenjem elemenata odgovornosti zajednički zločinački pothvat je sasvim blizu krivnji zbog udruživanja (guilt by association) što nije predviđeno Statutom MKSJ.
- 4) Izvođenje zaključka o postojanju optuženikove namjere iz objektivnih okolnosti (inferencija) kod druge i treće kategorije zajedničkog zločinačkog pothvata upitno je s aspekta poštivanja načela presumpcije okrivljenikove nedužnosti koje je, između ostalog, propisano člankom 21/3 Statuta MKSJ.
- 5) Sudska praksa MKSJ u vezi primjene teorije zajedničkog zločinačkog pothvata i odredaba Statuta u kojima je ta teorija navodno sadržana nije jedinstvena i u suprotnosti je s načelima pravne sigurnosti i pravednosti.
- 6) Raširena primjena teorije zajedničkog zločinačkog pothvata na cjelokupne političke i vojne strukture države i druge “poznate i nepoznate” osobe ne ispunjava uvjet preciznog optuženja i može stvoriti dojam o “političkom utjecaju” na međunarodno kazneno pravosuđe.
- 7) Široko koncipirane optužnice utemeljene na teoriji zajedničkog zločinačkog pothvata koje sadrže “kolektivno” optuživanje ne samo osoba protiv kojih je pokrenut kazneni postupak već cjelokupnih državnih i vojnih struktura kao i “znanih i nezvanih osoba” ugrožava temelje i djelovanje MKSJ.
- 8) Davanje kredibiliteta teoriji zajedničkog zločinačkog pothvata u postupcima pred međunarodnim kaznenim sudovima stvara rizik od još raširenije i po temeljna ljudska prava intruzivnije primjene te teorije u postupcima pred nacionalnim sudovima. Primjena te teorije podriva suvremeno kazneno pravo utemeljeno na tradicionalnim načelima i pravnoj dogmatici.
- 9) Raširena primjena teorije zajedničkog zločinačkog pothvata imati će negativne posljedice na proces afirmacije međunarodnog kaznenog prava i pravosuđa.
- 10) U praksi međunarodnih kaznenih tribunala teorija zajedničkog zločinačkog pothvata treba biti zamijenjena ostalim uvriježenim institutima osobne kaznene odgovornosti kao što su supočiniteljstvo i posredno počiniteljstvo.

## **BIBLIOGRAFIJA**

ALLEN F.A., *The Habits of Legality. Criminal justice and the Rule of law*, Oxford university press, 1996.

ALLEN R.J., *Retribution in a Modern Penal Law: The Principle of Aggravated Harm*, 25 *Buff. L. Rev.* 1 (1975-1976)

AMBOS K., *Internationales Strafrecht*, München, 2006

AMBOS K., *Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility*, *Journal of International Criminal Justice* 5(2007), 159-183

AMBOS K., *Remarks on the General Part of International Criminal Law*, *Journal of International Criminal Justice* 1 (2006)

AMBOS K., *Zwischenbilanz im Milošević-Verfahren*, 59 *Juristen Zeitung* 2000.

AMBOS, K., *Der Allgemeiner Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer Dogmatisierung*, Berlin , 2002.

ANDRASSY-BAKOTIĆ-VUKAS, *Međunarodno pravo I*, Zagreb, 1995.

ARNOLD et. al., *The German Border Guard Cases Before the European Court of Human Rights*, Freiburg, 2002.

ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 2. Edition, Oxford, 1996.

BAADE H.W., *Eichmann Trial: Some Legal Aspects*, 1961 *Duke L. J.* 400 (1961)

BAČIĆ F., *Zapovjedna odgovornost*, HLJKPP 2/2001, 139-146

BAČIĆ F., *Krivično pravo – opći dio*, Zagreb, 1995.

BARRETT, R.P./LITTLE, L.E. *Lessons of Yugoslav Rape Trials: A Role for Conspiracy Law in International Tribunals*, 88 *Minnesota Law Review*, Nov. 2003, 30-85

BASSIOUNI C., *Introduction to International Criminal Law*, Transnational Publishers, 2003.

BAVCON i dr., *Kazenski zakon SFR Jugoslavije, s pojasnili, sodno prakso in literaturo*, Ljubljana 1984.

BAYER V., Kazнено procesno pravo – odabrana poglavlja, knjiga II: Povijesni razvoj kaznenog procesnog prava, MUP RH Zagreb 1995.

BECCARIA C., O zločinima i kaznama, Split, 1978.

BOAS G., Creating Laws of Evidence for International Criminal Law: The ICTY and the Principle of Flexibility, Criminal Law Forum 12: 41-90, 2001.

BOAS G., Developments in the Law of Procedure and Evidence at the ICTY and the International Criminal Court, Criminal Law Forum 12: 167-183, 2001.

BOISTER N., Common purpose: Association and Mandate, 5 South African Journal of Criminal Justice, 167(1992)

BOGDAN A., Individual Criminal Responsibility in the Execution of a "Joint Criminal Enterprise" in the Jurisprudence of the ad hoc International Tribunal for the Former Yugoslavia, 6 International Criminal Law Review (2006), str. 63-120.

BOURGNON S., Procedural Problems Hindering Expedious and Fair Justice, JICJ 2 (2004), 526-532

BRADLEY G.V., Retribution and the Secondary Aims of Punishment, 44 Am. J. Juris. 105 (1999)

BURCHELL J., Joint Enterprise and Common Purpose: Perspectives in English and South African Criminal Law, 10 Afr. J. Crim. Just. 12 (1997)

BURKE-WHITE, Diversity or Cacophony?: New Sources of Norms in International Law: International Legal Pluralism, 25 Michigan Journal of International Law, 2004, 963-980

CASSESE A., International Criminal Law, Oxford University Press, 2003.

COGAN J.K., International Criminal Courts and Fair Trials: Difficulties and Prospects, 27 Yale Journal of Int'l L. 2002, 111-140

CVITANOVIĆ L., Svrha kažnjavanja u suvremenom kaznenom pravu, Zagreb, 1999.

DAMAŠKA M., Shadow Side of Command Responsibility, 49 Am. J. Comp. L. 457 (2001)

DAMAŠKA M., Epistemology and Legal Regulation of Proof, 2 Law, Probability and Risk (2003), 117-130

DAMAŠKA M., Boljke zajedničkog zločinačkog pothvata, 1 HLJKPP 7(2005)

DANNER A.M., Constructing a Hierarchy of Crimes in International Criminal Law Sentencing, 87 Va. L. Rev. 415 (2001)

DANNER A.M.-MARTINEZ J.S., Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law, 93 California Law Review (2005), 75-168

DARCY S., The Joint Criminal Enterprise Doctrine of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 20 Am U. Intl L. Rev. 187 (2004-2005)

DEGAN V.Đ., Međunarodno pravo, Rijeka, 2000.

DEGAN V.Đ., Republika Hrvatska i sukob u Bosni i Hercegovini, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 1991, sv.23, br.2.

DERENČINOVIĆ D., A Critical Review of the Sentencing Regime of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, in JOSIPOVIĆ et al., Responsibility for War Crimes, Croatian Perspective – Selected Issues, Zagreb, 2005.

DERENČINOVIĆ D., Kritički o institutu zapovjedne odgovornosti u međunarodnom kaznenom pravu, 51 Zbornik PFZ 23-44 (2000)

DERENČINOVIĆ D., U povodu presude Europskog suda za ljudska prava u predmetu Streletz, Kessler i Krenz protiv Njemačke, 8 HLJKPP 147-170 (2001)

DERENČINOVIĆ D., Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela, s uvodnim napomenama, komentarskim bilješkama, pojmovnim kazalom i prilogima, Zagreb, 2003.

DRUMBL M.A., Looking Up, Down, and Across: The ICTY's Place in the International Legal Order, New England Law Review 4(2003)

DRUMBL, M. Collective Violence and Individual Punishment: The Criminality of Mass Atrocity, 99 Northwestern University Law Review Winter 2005, 539-610

DURBACH, A. A Common Purpose: The Story of the Upington 25, Continuum, New York, 1999.

ENGVALL L., Extended Joint Criminal Enterprise in International Criminal Law, Master thesis, Faculty of Law, University of Lund, 2005.

FINKIELKRAUT A., Remembering in Vain: The Klaus Barbie Trial and Crimes Against Humanity, New York, Columbia University Press, 1992.

- FLETCHER G.P., Rethinking Criminal Law, 1978.
- FLETCHER G.P.-OHLIN J.D., Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case, 3 J. Intl. Crim. Just. 539 (2005)
- FLETCHER, Rethinking Criminal Law, 2. Edition, 2000.
- GREEN L. C., Maxim Nullum Crimen Sine Lege and the Eichmann Trial, 38 Brit. Y.B. Int'l L. 457 (1962)
- GREEN L.C., Legal Issues of the Eichmann Trial, 37 Tul. L. Rev. 641 (1962-1963)
- GREEN L.C., New Trends in International Criminal Law, Israel Yearbook on Human Rights 1981, sv.11.
- GREENWALT A., Rethinking Genocidal Intent – The Case for the Knowledge Base Interpretation, 99 Colum. L. Rev. 2259 (1999)
- HAAN V., The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 5 Intl. Crim. L. Rev. 196 (2005)
- HENHAM-DRUMBL, Plea Bargaining at the ICTY; Criminal Law Forum (2005) 16: 49-87
- HERSH S., Chain of Command – The Road from 9/11 to Abu Ghraib, New York, 2004.
- HERZBERG, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, u knjizi: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftätern in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000.
- HORVATIĆ i dr., Rječnik kaznenog prava, Zagreb, 2002.
- HORVATIĆ Ž., Izbor kazne u jugoslavenskom krivičnom pravu i sudskoj praksi, Zagreb, 1980.
- HUSAK D.N., Retribution in Criminal Theory, 37 San Diego L. Rev. 959 (2000)
- JESCHECK-WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin, 1996.
- JONES-POWLES, International Criminal Practice, 3rd. Edition, Transnational Publishers & Oxford university press, 2003.



KADISH S., Criminal Law: Reckless Complicity, 87 Journal of Criminal Law & Criminology, Winter 1997, 369-395

KATYAL N.K., Conspiracy Theory, 112 Yale Law Journal, 2003, 1307-1398

KELLER A.N., Punishment for Violations of International Criminal Law: An Analysis of Sentencing at the ICTY and ICTR, 12 Ind. Int'l & Comp. L. Rev. 53 (2001-2002)

KELLOGG F.R., From Retribution to Desert - The Evolution of Criminal Punishment, 15 Criminology 179 (1977-1978)

KOESSLER M., Borkum Island Tragedy and Trial, 47 J. Crim. L. Criminology & Police Sci. 183 (1956-1957)

LAPAŠ-ŠOŠIĆ (ur.) Međunarodno javno pravo – izbor dokumenata, Pravni fakultet u Zagrebu 2005, 940-1009.

LIPPMAN M., Trial of Adolf Eichmann and the Protection of Universal Human Rights under International Law, 5 Hous. J. Int'l L. 1 (1982-1983)

MANSDÖRFER M., Die allgemeine Straftatlehre des common law. C.F. Müller, Heidelberg, 2005.

MARCUS P., Prosecuting White-Collar Crime: Re-evaluating Large Multiple-Defendant Criminal Prosecutions, 11 William & Mary Bill of Rights Journal, Dec. 2002

MAREK K., Criminalizing State Responsibility, Revue belge de droit international 1978-1979, sv.14, br.1.

McGONIGLE B., De Facto v. De Jure Equality in the ICTY, 13 Human Rights Brief, 2005, 10-14.

MERON T., Revival of Customary Humanitarian Law, American Journal of International Law 2005, sv.99, br.4.

METTRAUX, G., International Crimes and the Ad Hoc Tribunals, Oxford University Press 2005.

MUNDIS-GAYNOR, Current Developments at the Ad Hoc International Criminal Tribunals, JICJ, 2006 4 (3): 623-658

MUNDIS-GAYNOR, Current Developments at the Ad Hoc International Criminal Tribunals, JICJ 3 (2005) 1134-1160

NOVOSELEC P., Materijalnopravne odredbe Rimskog statuta i njihova implementacija u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu obj. u JOSIPOVIĆ-KRAPAC-NOVOSELEC, Stalni međunarodni kazneni sud, Zagreb, 2001.

NOVOSELEC P., Opći dio kaznenog prava, Zagreb, 2004.

OLÁSOLO/PÉREZ 2004, 475-526

OSIEL M., The Banality of Good: Aligning Incentives Against Mass Atrocity, 105 Colum. L. Rev. 1751(2005)

PADFIELD N., Criminal law, 2nd edition, Butterworths, London, 2000.

PARKS W. H., Command Responsibility for War Crimes, 62 Military Law Review 1-105 (1973)

PAVIŠIĆ B., Kazneno pravo Vijeća Europe, Zagreb, 2006.

PIACENTE N., Importance of the Joint Criminal Enterprise Doctrine for the ICTY Prosecutorial Policy, JICJ 2 (2004), 446-454.

POWLES S., Joint Criminal Enterprise – Criminal Liability by Prosecutorial Ingenuity and Judicial Creativity, 2 J. Intl. C. Just. 606-619 (2004)

RENZIKOWSKI, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Tübingen, 1997.

ROTSCH, Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?, 112 ZStW (2000)

ROXIN C. Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, 100 Entscheidungen für Studium und Examen, München, 1998.

ROXIN C., Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität, Grünwald-Festschrift, 1999., str. 549-561

ROXIN C., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München, 2003.

ROXIN C., Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1963.

ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Auflage, 2000.

SADAT L. N., The Interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and Back Again, 32 Columbia J. Transnat'l L. 289 (1994)

SASSOLI M.-OLSON L., The Judgement of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadic Case, New Horizons for International Humanitarian and Criminal Law? International Review of the Red Cross No. 839, p. 733-769, 9/2000

SAUTENET V., Crimes Against Humanity And The Principles Of Legality: What Could the Potential Offender Expect?  
[http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v7n1/sautenet71\\_text.html](http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v7n1/sautenet71_text.html)

SAYRE, F.B., Criminal Responsibility for the Acts of Another, 49 Harvard Law Review, March 1930, No.5, 689-723

SCHABAS W., Mens Rea and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 37 New Eng. L. Rev. 1015 (2002-2003)

SCHROEDER, Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis, Juristische Rundschau 1995.

SCHWELB E., Crimes Against Humanity, 23 Brit. Ybk. Int'l L. (1946)

SHAHABUDDEEN M., Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?, Journal of International Criminal Justice, 2004, sv.2.

SHANYY.-MICHAELI K.R., Case against Ariel Sharon: Revisiting the Doctrine of Command Responsibility, 34 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 834 (2001-2002)

SLUITER G. (ed.), Symposium on Joint Criminal Enterprise, J Int Criminal Justice 5 (2007) 1

SMITH K.J.M., A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity, Oxford University Press, 1991.

SRZENTIĆ-STAJIĆ, Krivično pravo FNRJ, Beograd, 1954.

TAYLOR T., The Anatomy of the Nuremberg Trials, Boston, 1992.

TRIFFTERER O. (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Baden-Baden, 1999.

- VAN DER VYVER J.D., International Criminal Court and the Concept of Mens Rea in International Criminal Law, *The*; 12 U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. 65 (2004)
- VAN DER WILT H.G., Genocide, Complicity in Genocide and International v. Domestic Jurisdiction: Reflections on the van Anraat Case, 2 J. Intl. Crim. Just. 239 (2006)
- VAN DER WILT H.G., Joint Criminal Enterprise, Possibilities and Limitations, *Journal of International Criminal Justice* (2006)
- VAN SLIEDREGT, E. The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law, T.M.C. Asser Press, the Hague 2003.
- VETTER G., Command Responsibility of Non-Military Superiors in the International Criminal Court (ICC), 25 Yale J. Int'l L. 89 (2000)
- VOGEL J., Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, 114 ZStW (2002)
- WALD P., The UN and the Protection of Human Rights: The ICTY Comes of Age; 5 Washington University Journal of Law & Policy, 2001, 87-118
- WEIGEND, T. Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, ZStW 116 (2004) H. 4, 999-1027
- WERLE, G. Principles of International Criminal Law, T.M.C. Asser Press, the Hague 2005.
- WIDELL J., Joint Criminal Enterprise in the International Tribunal for Yugoslavia, September 16 2005, izv.  
<http://www.serbianna.com/columns/widell/003.html>
- ZLATARIĆ B., Krivični zakonik u praktičnoj primjeni, I svezak, Zagreb, 1956.
- ZLATARIĆ, B./DAMAŠKA, M. Rječnik krivičnog prava i postupka, Zagreb 1966.