

Vladimir-Đuro Degan*

DUALITET MEĐUNARODNE ODGOVORNOSTI DRŽAVE I POJEDINCA ZA ZLOČIN GENOCIDA – PITANJE TERETA DOKAZIVANJA

(Duality of International Responsibility of States and Individuals
for the Crime of Genocide – the question of burden proof)

Sažetak

Raspravlja se o korelaciji između pravila međunarodnoga prava koja se odnose na odgovornost država za međunarodno protupravna djela i pravila o kaznenoj odgovornosti pojedinaca izvršitelja istih međunarodnih zločina. U središtu se pozornosti ove rasprave problemi toga dualiteta glede zločina genocida s kojima se napose suočio Međunarodni sud u Haagu u presudi iz 2007. godine, a u povodu tužbe Bosne i Hercegovine protiv Srbije i Crne Gore.

Ključne riječi: odgovornost države – kaznena odgovornost – zločini međunarodni – genocid – *dolus specialis* – agresija – etničko čišćenje

Summary

Article represents debate on the correlation between rules on state liability for breaches of international law and rules on criminal responsibility of individuals for same acts. Focus of the debate considers problems of this duality regarding the crime of genocide with which International Court of Justice was faced while rendering the 2007 judgment in proceedings on the claim of Bosnia and Herzegovina against Serbia and Montenegro.

Key words: responsibility of States – criminal responsibility – international crime – genocide – *dolus specialis* – aggression – ethnic cleansing

1. Postavljanje problema

Dualitet međunarodne odgovornosti države i pojedinca u odnosu na međunarodne zločine općenito ispoljio se već u presudi Međunarodnoga vojnog tribunala u Nürnbergu izrečenoj u 1946. godini. Naime jedan od argumenata obrane optuženika

* Član Instituta za međunarodno pravo, profesor emeritus Sveučilišta u Rijeci/Full Member of the Institute of International Law, Emeritus Professor, University of Rijeka.

bio je da se “međunarodno pravo odnosi na akcije suverenih država i da ono ne predviđa kažnjavanje pojedinaca; te... kada je u pitanju neki akt države, oni koji ga provode nisu osobno odgovorni jer su zaštićeni doktrinom suverenosti države”.¹

Iako taj argument nije bio bez osnove u tadašnjem pozitivnom međunarodnom pravu, Tribunal ga je odbacio kasnije često citiranim navodom: “Zločine protiv međunarodnoga prava vrše ljudi a ne apstraktne jedinice, i samo kažnjavanjem pojedinaca koji vrše takve zločine mogu se provesti odredbe međunarodnoga prava”.²

Taj tvrdi zaključak mogao bi se protumačiti na način da bi kaznena odgovornost pojedinaca počinitelja mogla u najvećoj mjeri supstituirati odgovornost njihove države, makar kada su u pitanju općenito priznati međunarodni zločini.³

I zaista, strogo razdvajanje međunarodne kaznene odgovornosti pojedinca od odgovornosti države počiniteljice (koja nije kaznene naravi), našlo je odraza u međunarodnim kodifikacijskim instrumentima iz najnovijega vremena.

Tako Rimski statut stalnoga Međunarodnog kaznenog suda iz 1998., u stavku 4. članka 25., izričito predviđa: “Niti jedna odredba ovoga Statuta koja se odnosi na osobnu kaznenu odgovornost ne utječe na odgovornost država prema međunarodnom pravu”.

U naporima za kodifikacijom pravila o odgovornosti država za međunarodno protupravna djela Komisija za međunarodno pravo prošla je kroz zanimljiv razvoj. Na prijedlog njezina negdašnjeg izvjestitelja, poznatoga međunarodnog pravника iz Italije Roberta Agoa, Komisija je još u 1976. godini usvojila podjelu svih međunarodno protupravnih djela država na međunarodne zločine i na (obične) međunarodne delikte. Stavak 2. članka 19. toga nacрта predviđao je opću definiciju međunarodnih zločina, inspirirajući se pri tome iskazom Međunarodnoga suda iz presude Barcelona Traction iz 1970. godine. Taj je propis glasio: “Međunarodni zločin čini međunarodno protupravno djelo koje proizlazi iz povrede od strane neke države međunarodne obveze koja je toliko bitna za zaštitu temeljnih interesa međunarodne zajednice da je njezina povreda priznata zločinom od te zajednice u njezinoj cjelini”.

Mora se, dakle, raditi o povredi takve obveze koja je s jedne strane bitna za interese međunarodne zajednice u cjelini i da je, također, čitava ta zajednica priznala

¹ Vidi tekst presude objavljen u *American Journal of International Law* 1947, str. 220.

² “Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced”. *Ibid.*, str. 221.

³ Vidi pobliže o pojmu međunarodnih zločina (*crimina juris gentium*) u odnosu na ostala međunarodna kaznena djela (*delicta juris gentium*), V.Đ. Degan – B. Pavišić: *Međunarodno kazneno pravo*, Rijeka, 2005., str. 181-190.

takvu povredu međunarodnim zločinom. Prema stavku 4. članka 19. sva druga međunarodno protupravna djela čine (obične) “međunarodne delikte”.⁴

Sve do 2001. godine smatralo se gornju podjelu dijelom općega običajnog međunarodnog prava koju gotovo nitko nije dovodio u pitanje. Obrat je nastupio usvajanjem u Komisiji za međunarodno pravo konačnoga teksta Pravilâ o odgovornosti država. Pod izgovorom da odgovornost država nije kaznene naravi, ali pod utjecajem nekih velesila koje teže unilateralizmu, u konačnom tekstu tih Pravilâ briše se gornja distinkcija iz članka 19., kao i bilo kakav spomen na međunarodne zločine. Pravila o pravima “povrijeđenih država” i o obvezama svih drugih država u slučaju počinjenja međunarodnoga zločina zamijenjena su s novim manje jasnim odredbama o “teškim kršenjima obveza koje proizlaze iz imperativnih normi općega međunarodnog prava” (članci 40.-41.).

Tako je i članak 58. u konačnom tekstu tih Pravila druga strana medalje gore citiranoga članka 25. Rimskoga statuta: “Ovi članci ne diraju u bilo koje pitanje osobne odgovornosti svake osobe koja djeluje za račun neke države prema međunarodnom pravu.”⁵

Gornje dalekosežne izmjene usvojene su u Komisiji 9. kolovoza 2001. godine, dakle nešto više od mjesec dana uoči tragičnih događaja od 11. rujna iste godine u New Yorku, Washingtonu D.C. i u Pensilvaniji. Bezočni teroristički napadi Al Qaide doveli su do afirmacije nekih aspekata kaznene odgovornosti države koja pomaže transnacionalne terorističke skupine u poduzimanju terorističkih čina u nekoj stranoj zemlji.⁶ Sjedinjene Države i Britanija potom su poduzele oružanu akciju u kojoj su srušile režim Talibana u Afganistanu koji je pružao gostoprimstvo Al Qaidi, pozivajući se na prirodno pravo individualne ili kolektivne samoobrane iz Povelje UN.

⁴ Navod Međunarodnoga suda iz spomenute presude Barcelona Traction, koji izrijeком ne spominje “međunarodne zločine”, glasi: “...Treba povući bitnu razliku između obveza država prema međunarodnoj zajednici u njezinoj cjelini i onih koje nastaju prema nekoj drugoj državi u okviru diplomatske zaštite. One prve odnose se po njihovoj naravi na sve države. S obzirom na važnost prava o kojima se radi, to su obveze erga omnes.” Cf., I.C.J. Reports 1970, str. 33, paras 33, 34. Dakle, međunarodni zločini, osim obveze države počiniteljice na ispravljanje, stvaraju obvezu erga omnes i za sve treće države glede njihova sprječavanja i suzbijanja.

⁵ Opća je skupština UN-a rezolucijom od 12. prosinca iste godine primila na znanje ta konačna Pravila Komisije i preporučila ih je pozornosti vlada, ali uz ogradu da je to bez utjecaja na pitanje njihova budućeg usvajanja ili druge prikladne akcije. Ali ćemo dalje vidjeti da se Međunarodni sud u presudi o genocidu iz 2007. općenito pozivao na ta Pravila kao na iskaze općega običajnog prava na snazi. Naime, uz pravo ugovora, odgovornost država je najvažniji dio međunarodnoga prava koji ga čini pravnom disciplinom. Stoga, u nedostatku konvencije o kodifikaciji te oblasti, taj instrument ima mnogo veću važnost od doktrinarnoga iskaza pravilâ u pitanju.

⁶ Vijeće sigurnosti UN usvojilo je već 28. rujna iste godine dalekosežnu pravno obvezujuću rezoluciju 1373 (2001) o mjerama protiv međunarodnoga terorizma, a napose protiv financiranja terorističkih čina.

Ali čak da nije bilo toga razvoja glede zločina terorizma, kada su u pitanju isti međunarodni zločini pogrešno je kineskim zidom u svim aspektima odjeljivati odgovornost države i osobnu kaznenu odgovornost pojedinaca. Neki od njih, poput genocida i zločinâ protiv humanitarnoga prava, zabranjeni su općim konvencijama koje, uz njihovu definiciju, predviđaju oba oblika odgovornosti.

Pisac ovih redaka zastupao je i prije 2001. godine gledište da se te dvije vrste odgovornost ne mogu mehanički razdvajati.⁷ Potrebno je savjesno razmotriti njihove zajedničke osnove, ali i bitne razlike. Međunarodni sud u presudi od 26. veljače 2007. godine u parnici Bosne i Hercegovine protiv Srbije nije mogao izbjeći kompleksnost toga odnosa. Ali se Sud suočio s nekim drugim problemima koje ni ovaj pisac nije mogao unaprijed sagledati.

2. Određenje genocida u odnosu na druge međunarodne zločine

Predmet ove rasprave jest najodvratniji od svih, zločin genocida. Upravo zbog njegovih stravičnih posljedica po sve njegove nedužne žrtve, ali time i po čitavo čovječanstvo, ogroman broj država svijeta postao je strankama Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida, usvojene u Općoj skupštini UN-a 9. prosinca 1948. godine.

U preambuli i u članku 1., ta Konvencija izrijeком naglašava da je genocid zločin prema međunarodnom pravu bez obzira da li je izvršen u vrijeme mira ili u vrijeme rata. U člancima 1. do 3. podrazumijeva se međunarodna odgovornost države za počinjenje toga zločina, a članci 4. do 7. imaju u vidu kaznenu odgovornost osoba koje su ga počinile.

Najbitnije su odredbe koje definiraju sam taj međunarodni zločin. Članak 2. predviđa: “U ovoj Konvenciji genocid znači bilo koje od sljedećih djela počinjeno s namjerom da se u cijelosti ili djelomično uništi neka nacionalna, etnička, rasna ili vjerska skupina (kurziv naš): (a) ubojstvo pripadnika skupine; (b) nanošenje teške tjelesne ili duševne povrede pripadnicima skupine; (c) namjerno nametanje skupini takvih životnih uvjeta kojima je cilj njezino potpuno ili djelomično uništenje; (d) nametanje mjera s namjerom sprječavanja porođaja u okviru skupine; (e) prisilno premještanje djece iz skupine u neku drugu skupinu”⁸

⁷ Radi se o raspravi – “Responsibility of States and Individuals for International Crimes”, International Law in the Post-Cold War World, Essays in memory of Li Haopei, Edited by Sienho Yee and Wang Tieya, London, 2001., str. 202-223. U raspravi – “On International Crimes and on International Criminal Justice”, Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio -Ruiz, Napoli, 2004., II, str. 703-728, on se kritički osvrnuo na rješenja usvojena u Komisiji u 2001. godini.

⁸ U biti na isti način genocid je definiran i u članku 156. hrvatskoga Kaznenog zakona usvojenog u 1997. godini. Vidi iscrpan komentar toga propisa Degan – Pavišić, str. 230-233.

Članak 3. nadalje predviđa: “Kažnjiva su ova djela: (a) genocid; (b) urota kojoj je cilj genocid; (c) izravno i javno poticanje na genocid; (d) pokušaj počinjenja genocida; (e) sudioništvo u genocidu.”

U istomu tekstu, kao i u gornjim člancima 2. i 3. te Konvencije, genocid je kasnije definiran u članku 4. Statuta Međunarodnoga kaznenog tribunala za bivšu Jugoslaviju usvojenoga 1993. godine, te u članku 2. Statuta Tribunala za Ruandu iz 1994. godine. I napokon, članak 6. Rimskoga statuta stalnoga Međunarodnog kaznenog suda u Haagu iz 1998. godine sadrži definiciju genocida također istovjetnu s člankom 2. Konvencije iz 1948. godine.⁹

A kada su 2001. godine u nacrtu Pravila o odgovornosti država izbrisane sve odredbe o međunarodnom zločinima, bile su pred Međunarodnim sudom u Haagu u tijeku parnice pokrenute tužbama Bosne i Hercegovine i Hrvatske protiv Savezne Republike Jugoslavije, obje temeljene na članku 9. Konvencije o genocidu.¹⁰ A i SRJ pokrenula je tužbe protiv devet država članica NATO-a zbog akcije bombardiranja 1999. godine, koje je također, između ostaloga, zasnivala na članku 9.¹¹ Trebalo je dakle pričekati kako će Međunarodni sud pristupiti tome dualitetu odgovornosti.

Naime članak 9. predviđa mogućnost jednostrane tužbe Međunarodnom sudu u Haagu neke države stranke te Konvencije protiv druge države stranke za koju smatra da je počinila neko od gore zabranjenih djela, i to u sljedećoj odredbi: “Sporovi među strankama ugovornicama o tumačenju, primjeni i provedbi ove Konvencije, uključujući sporove što se odnose na odgovornost neke države za genocid ili bilo koje drugo djelo navedeno u članku 3., iznijet će se pred Međunarodni sud na zahtjev jedne od stranaka u sporu”.

Takva mogućnost jednostranih tužbi država Međunarodnom sudu ne postoji glede počinjenja bilo kojega drugog međunarodnog zločina, a napose ne agresije ili zločina protiv čovječnosti ili ratnih zločina. Iz političkih razloga nikada nije

⁹ U njegovu članku 25. definirana je osobna kaznena odgovornost počinitelja svih kaznenih djela u nadležnosti Međunarodnoga kaznenog suda, dakle i zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina. Ali je u točki 3(e) članka 25. izravno i javno poticanje drugih da počine genocid predviđeno kao posebno kazneno djelo, čak ako genocid nije ostvaren ili pokušan.

¹⁰ Presuda iz 2007. godine vodi računa o promjenama tužene države tijekom toga dugotrajnog postupka, koje su se zbivale u tijeku produljenoga procesa raspada bivše SFRJ. Bosna i Hercegovina podnijela je 20. ožujka 1993. tužbu protiv “Savezne Republike Jugoslavije”. Ta se država 4. veljače 2003. preoblikovala u “Srbiju i Crnu Goru”. A nakon što je 3. lipnja 2006. Crna Gora proglasila neovisnost, Srbija je preuzela odgovornost za sva prava i obveze bivše države prema Povelji UN. Unatoč prigovoru Bosne i Hercegovine, Sud je to očitovanje prihvatio, a Crnu Goru je tretirao kao novu državu koja je time izgubila status tužene strane u tome postupku. Tako je ta presuda u stvari izrečena protiv Srbije, iako se u njezinu naslovu i dalje spominje “Srbija i Crna Gora”. Cf., I.C.J. Reports 2007, paras. 67-79.

¹¹ Tužbe su bile podnesene redom protiv Kanade, Francuske, Njemačke, Italije, Nizozemske, Portugala, Španjolske, Britanije i Sjedinjenih Država.

bilo moguće sklopiti neku konvenciju o sprječavanju i kažnjavanju zločina agresije s klauzulom istovjetnom gornjemu članku 9. Iako četiri Ženevske konvencije o humanitarnom pravu iz 1949. godine definiraju njihova “teška kršenja”, koja također predstavljaju međunarodne zločine, ni te Konvencije ne predviđaju obveznu nadležnost Međunarodnoga suda u slučaju sporova njihovih stranaka o njihovu tumačenju i primjeni.

Svi oni koji se bave ovim pitanjem i o njemu donose odluke moraju dobro znati da je za nadležnost Međunarodnoga suda glede svih drugih zločina osim genocida potreban pristanak svih država u sporu, dakle i počinitelja zločina i njegove žrtve. To je u praksi nemoguće ostvariti.

Oni koji miješaju narav različitih međunarodnih sudišta ne mogu izbjeći krive zaključke. Naime, Međunarodni kazneni tribunal za bivšu Jugoslaviju nadležan je za kažnjavanje individualnih počinitelja zločina u njegovoj nadležnosti u osobnom svojstvu. Osim za genocid (članak 4.), Tribunalu u Haagu stavljeno je njegovim Statutom u nadležnost kažnjavanje počinitelja još triju drugih skupina međunarodnih zločina, i to: teških kršenja Ženevskih konvencija iz 1949. godine (članak 2.); kršenja zakonâ i običajâ rata (članak 3.); te za zločine protiv čovječnosti (članak 5.). Ali ni taj Tribunal nije nadležan za kažnjavanje zločina agresije.

Stalni Međunarodni kazneni sud ima u nadležnosti kažnjavanje, uz genocid iz članka 6. njegova Statuta, još i zločina protiv čovječnosti (članak 7.), te široke skupine ratnih zločina (članak 8.).

Dakle, ta međunarodna kaznena sudišta ovlaštena su da kažnjavaju pojedince počinitelje zločina u njihovoj nadležnosti, ali nisu nadležna da se upuštaju u procjenu odgovornosti država. Naprotiv, Međunarodni sud u Haagu, jedan od šest glavnih organa UN i glavni sudbeni organ te svjetske organizacije, temeljem gore citiranoga članka 9. nadležan je procjenjivati odgovornost država stranaka Konvencije iz 1948. godine, ali ne i odgovornost pojedinaca izvršitelja. Ipak se ni te dvije funkcije ne daju sasvim razdvojiti.

I dok kaznena sudišta nisu ovlaštena da dosuđuju odštetu žrtvama zločina, ukoliko bi Međunarodni sud utvrdio svojom presudom kršenje obveza iz te Konvencije od tužene stranke, on bi nakon toga u posebnom postupku mogao dosuditi odštetu povrijeđenoj državi.

Dualitet odgovornosti države i pojedinaca za zločin genocida nosi mnoge probleme. Uz to valja istaknuti da je genocid uvijek međunarodni zločin bilo kada je u pitanju odgovornost države počiniteljice ili kaznena odgovornost pojedinaca. Vidjeli smo da su materijalna pravna pravila koja ga definiraju sasvim ista u toj Konvenciji i u statutima međunarodnih kaznenih sudišta. Ali postoje i neke načelne razlike, koje kada je u pitanju genocid ipak nisu od presudne važnosti.

3. Osnova odgovornosti pojedinca i države počiniteljice

Pođimo od osobne kaznene odgovornosti pojedinca. Postoji maksima u općem kaznenom pravu koja ima svoje korijene u rimskom i srednjovjekovnom kanonskom pravu, a koja glasi: “actus non facit reum, nisi mens sit rea” (počinjeno djelo ne čini krivca ako svijest nije skrivljena). Stoga uz materijalni element zločina u pitanju (actus reus), zabranjeno djelo mora biti počinjeno uz određenu svijest (mens rea).

Jedna od značajnih praznina u statutima međunarodnih kaznenih tribunala za bivšu Jugoslaviju i za Ruandu jeste što nisu unaprijed predvidjeli cjeloviti skup općih načela kaznenoga prava, koje, naprotiv, sadrži opći dio kaznenih zakona u zemljama s kodificiranim pravom. Niti se Tribunal za bivšu Jugoslaviju nije potrudio da sva ta načela naknadno kodificira u svome Pravilniku o postupku i dokazima. O pitanjima krivnje optuženika odlučivalo se od slučaja do slučaja, a to je proizvodilo neujednačenu praksu ponekad sumnjive naravi.

Ta su pravila na uspješan način i cjelovito po prvi put kodificirana Rimskim statutom iz 1998. godine. Za svrhe ove rasprave najznačajniji je njegov članak 30. koji sadrži odredbu o psihološkom (mentalnom) elementu krivnje (mens rea). Taj propis glasi:

“Članak 30: Krivnja

1. Osim ako nije drukčije propisano, počinitelj je kazнено odgovoran i podliježe kažnjavanju za djelo iz nadležnosti Suda samo ako su ostvorena njegova posebna obilježja uz namjeru i saznanje.
2. Za potrebe ovoga članka, namjera 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 je svjestan da će ona nastupiti prema redovitom tijeku događaja.
3. Za potrebe ovoga članka, saznanje obuhvaća spoznaju osobe da postoji neka okolnost ili da će njezina posljedica nastupiti u redovitom tijeku događaja. Izrazi “znati” i “saznanje” tumačit će se na isti način.”

Namjera i saznanje (intent and knowledge; intention et connaissance) su glavni sastojci “umišljaja” u njegovu voljnom i spoznajnom (kognitivnom) smislu. Namjera osumnjičenog počinitelja postoji: (i) u odnosu na njegovo ponašanje, njegovo htijenje da se u zločinu angažira; (ii) a u odnosu na posljedicu, njegovo htijenje da ju prouzrokuje, ili njegovo saznanje da će ona nastupiti “u redovitom tijeku događaja”.

Ali ukupnost tih zahtjeva iz članka 30. posredno isključuje “objektivnu kaznenu odgovornost” (strict liability) počinitelja za posljedice počinjenoga djela u odsutnosti njegove krivnje. Stoga valja zaključiti da Rimski statut isključuje odgovornost te naravi, koja uostalom nije svojstvena općemu kaznenom pravu.¹²

¹² Vidi opširnije o krivnji optuženika – V.Đ. Degan – B. Pavišić, op. cit. str. 443-470, napose na str. 444-450. Vidi još opširnije – Albin Eser: “Mental elements – mistake of fact and mistake of law”,

Nehaj osumnjičenika, pa čak i njegovo propuštanje (nečinjenje), nisu predviđeni u samome članku 30., ali oni mogu biti napose propisani.¹³ Drukčije od članka 30. propisano je u članku 28. Rimskoga statuta. Vojni zapovjednik ili nadređena (politička) osoba bit će kazneno odgovorna za zločine koje su počinile snage pod njezinom vlašću ili zapovjedništvom, i to između ostaloga kao rezultat njezina propusta da poduzme sve nužne i razumne mjere u njezinoj moći da ih spriječi ili suzbije.¹⁴

Propisi o namjeri i saznanju nastali su napose u američkom kaznenom pravu. Oni se sasvim ne poklapaju s “umišljajem i nehajem” iz europskoga kontinentalnog kaznenog prava. Te suptilne razlike moraju dobro poznavati svi oni koji zastupaju optuženike pred međunarodnim kaznenim sudištima ukoliko žele biti uspješni.

Sada o elementima međunarodno protupravnoga djela države. Naglasili smo da, unatoč nekim tendencijama kada su u pitanju zločini međunarodnoga terorizma, odgovornost države nije kaznene naravi. Krivnja počinitelja nije osnova odgovornosti države. Kao takva, ta je odgovornost da tako kažemo “objektivne naravi”, ali to ne podrazumijeva objektivnu odgovornost (strict liability) za sve posljedice počinjenoga djela, osim ukoliko je predviđena specifičnim pravilima međunarodnoga prava na snazi ili ju države posebno ugovore.

Članak 2. Pravila o odgovornosti država Komisije za međunarodno pravo, s njegovim naslovom glasi:

“Elementi međunarodno protupravnoga djela države:

“Međunarodno protupravno djelo neke države postoji kada je ponašanje koje se sastoji u činjenju ili nečinjenju:

(a) pripisivo toj državi temeljem međunarodnoga prava; i

(b) predstavlja povredu neke međunarodne obveze te države.”

Dakle, međunarodno protupravno djelo (uključivši tu i sve priznate međunarodne zločine) može se sastojati kako u činjenju tako i u nečinjenju (propuštanju). Slučajevi u kojima je međunarodna odgovornost neke države bila prizivana na temelju propuštanja njezinih organa u najmanju su ruku jednako brojni onima uslijed djela činjenja.

u A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones: *The Rome Statute of the International Criminal Court*, A Commentary, Volume I, Oxford, 2002., str. 889-934.

¹³ Podrazumijeva se da je samome Sudu prepušteno da o svjesnom nehaju, kao blažemu obliku krivnje, odlučuje od slučaja do slučaja čak i izvan propisa Statuta. Ali se isto ne može zaključiti kada je u pitanju nesvesni nehaj počinitelja. Vidi – Degan – Pavišić: op. cit., str. 444-447. Međutim namjerno nevrštenje u Rimski statut opće odredbe da se samo kazneno djelo može počinuti uz činjenje i propuštanje (osim kada Statut to propiše), ima po našem mišljenju dalekosežnije posljedice. Vidi o tome u sljedećoj bilješci.

¹⁴ Ali nevrštavanje općega propisa o kaznenoj odgovornosti uslijed propuštanja zapravo isključuje takvu odgovornost vojnih zapovjednika mirovnih misija i njihovih politički nadređenih uslijed nesprječavanja čak i najstrašnijih i najmasovnijih zločina koje počinji neka strana u sukobu, poput onih u Bosni i Hercegovini i u Ruandi. Vidi – ibid., str. 471-472.

Ovdje se materijalni element sastoji od povrede neke međunarodne obveze ponašanjem bilo kojega organa države u pitanju, “bilo da taj organ vrši zakonodavnu, izvršnu, sudbenu ili druge funkcije, bez obzira na njegovu prirodu organa središnje vlasti ili teritorijalne cjeline u državi” (članak 4(1)). Povreda međunarodne obveze države postoji “kada djelo te države nije u skladu s onim što ta obveza od nje zahtijeva, bez obzir na njezino porijeklo ili prirodu” (članak 12.). Stoga je osnova tih obveza koje se mogu prekršiti postavljena veoma široko. Kada je u pitanju odgovornost država, u općemu međunarodnom pravu ne postoji ništa slično načelu *nullum crimen sine lege* iz kaznenoga prava.

Članci 4. do 11. predviđaju precizne i iscrpne odredbe o pripisivosti nekoga ponašanja državi,¹⁵ a članci 16. do 18. uređuju odgovornost države za djelo druge države.¹⁶ Ta mnogobrojna pravila glede pripisivosti u neku ruku nadomještaju ono što čini mentalni element počinitelja međunarodnoga kaznenoga djela u osobnom svojstvu. Kada je u pitanju međunarodno protupravno djelo neke države, ne postoji “zapovjedna odgovornost”. Država je odgovorna za čine i propuste pripisive svim njezinim organima u hijerarhiji, od glavarara države do najniže rangiranog vojnika, policajca ili drugog djelatnika.¹⁷

Ipak prema članku 55. tih Pravila, navedeni se propisi ne primjenjuju “u slučajevima i u mjeri u kojoj su uvjeti postojanja nekoga međunarodno protupravnog djela, ili sadržaj, ili izvršenje međunarodne odgovornosti neke države uređeni posebnim pravilima međunarodnoga prava” (*lex specialis*). Vidjeli smo da je sličan izuzetak izričito predviđen i na početku članka 30. Statuta Međunarodnoga kaznenog suda u Haagu. I odredbe o krivnji iz toga članka primjenjuju se “osim ako nije drukčije propisano”.

A drukčije je propisano u naprijed navedenom članku 2. Konvencije o genocidu koji izričito predviđa da sva tamo zabranjena djela moraju biti počinjena “s namjerom da se u cijelosti ili djelomično uništi neka nacionalna, etnička, rasna ili vjerska skupina”.

Ako država tužiteljica ne dokaže u postupku tu posebnu ili specifičnu namjeru, koju je Međunarodni sud nazvao “*dolus specialis*”, nije u pitanju genocid nego se može raditi o nekom drugom međunarodnom zločinu, najčešće o zločinu protiv čovječnosti ili o ratnom zločinu.

¹⁵ Vidi prikaz tih odredbi – V.Đ. Degan: *Međunarodno pravo*, drugo osuvremenjeno izdanje, Rijeka, 2006., str. 373-379

¹⁶ *Ibid.*, str. 380-381.

¹⁷ Vidi više pojedinosti o odgovornosti države – Degan: *op.cit.*, str.366-408, napose str. 369-371, 373-381. Također – James Crawford: *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, 2002., str. 81-85; 91-144.

Članak 4. Statuta Međunarodnoga kaznenog tribunala za bivšu Jugoslaviju sadrži istu odredbu, uključujući onu o “*dolus specialis*”. Ali dok je taj Tribunal nadležan za kažnjavanje triju drugih međunarodnih zločina, Međunarodni sud nije jer oni nisu predviđeni u Konvenciji o genocidu iz 1948. godine i stoga nisu pokriveni njezinim člankom 9.

I kažnjavanje djela iz članka 3. Konvencije iz 1948. godine (uz sam genocid, urotu, poticanje, pokušaj i sudioništvo u genocidu), predviđeno je u istom tekstu u članku 4. Statuta Tribunala za bivšu Jugoslaviju, kao i u članku 2. Statuta Tribunala za Ruandu. Vidjeli smo da je slično uređeno i u Rimskom statutu Međunarodnoga kaznenog suda.

Zbog toga bitnog obilježja “*dolus specialis*” genocid je teže dokazati negoli počinjenje bilo kojega drugog međunarodnog zločina. Tribunal za Ruandu bio je prvi koji je izrekao nekolicinu presuda za taj zločin. A Tribunal za bivšu Jugoslaviju do sada je izrekao samo jednu konačnu presudu za pomaganje i podupiranje genocida (slučaj Krstić). Neki optuženici iz Bosne i Hercegovine sa srpske strane bili su osuđeni za druge zločine, ali je Tribunal smatrao da Tužiteljstvo nije uspjelo dokazati njihovu krivnju za genocid.¹⁸

Sve su to bili problemi pri izricanju presude Međunarodnoga suda protiv Srbije i Crne Gore za kršenje Konvencije o genocidu. Ali je sama ta presuda ukazala na to da se o dualitetu odgovornosti država i kaznene odgovornosti pojedinaca počinitelja genocida mora razmatrati u njihovoj korelaciji. Stoga se naprijed citirane odredbe članka 25(4). Rimskoga statuta i članka 58. Pravila o odgovornosti država iz 2001. godine ne mogu u praksi doslovno primijeniti.

4. Tzv. “Test cjelovite kontrole”

U svjetlosti toga dualiteta valja nam pobliže razmotriti odnos Međunarodnoga suda u Haagu (glavnoga sudbenog organa UN), i različitih kaznenih tribunala i njihove prakse glede gornjih pitanja. Tu ponajprije imamo u vidu praksu Međunarodnoga kaznenog tribunala za bivšu Jugoslaviju koja nas s razlogom najviše zanima.

Mnogi aspekti prakse toga Tribunala, i napose njegova Tužiteljstva, zaslužuju ozbiljne kritičke primjedbe koje se, međutim, ne poklapaju s napadima na njega u Hrvatskoj i u nekim drugim državama slijednicama bivše Jugoslavije. Na drugom smo mjestu izložili koncizan kritički osvrt na njegov rad.¹⁹

¹⁸ Vidi spisak predmeta u kojima je i Tužiteljstvo odustajalo od prvotnih optužbi za genocid, I.C.J. Reports 2007, para. 374.

¹⁹ Cf., Degan – Pavišić: op. cit. str. 413-419.

U okviru svojih normalnih djelatnosti taj Tribunal ne može izbjeći pitanje primjenljivosti članka 2. njegova Statuta, tj. teških kršenja Ženevskih konvencija iz 1949. godine. S obzirom da je taj članak neprimjenljiv u nemeđunarodnim tj. unutarnjim sukobim, potrebno je utvrditi da li je na području odgovornosti nekoga optuženika, napose vojnoga zapovjednika, postojao ili nije istinski međunarodni sukob. Ali bi se razmatranje Tribunala na tome trebalo zaustaviti. U samome Statutu, propustom njegovih sastavljača, manjkavo su sročena pravila primjenljiva na unutarnje sukobe.

Tu je prazninu u svome Statutu iskoristio Tribunal da se izjašnjava o brojnim pitanjima općega međunarodnog prava, uključujući i o odgovornosti država, za što nije ni nadležan ni po svojoj naravi pogodan. To napose stoga što se njegova nadležnost ne proteže na kazneni progon počinitelja zločina agresije u osobnom svojstvu.

Tako je Tribunal “uletio” u pitanja odgovornosti susjednih država za djelatnosti različitih paravojnih formacija pod njihovom navodnom kontrolom, i to napose na području Bosne i Hercegovine. Članak 8. Pravilâ o odgovornosti država Komisije za međunarodno pravo predviđa odredbu glede “ponašanja pod nadzorom ili kontrolom države” u sljedećem sadržaju: “Ponašanje neke osobe ili skupine osoba smatra se prema međunarodnom pravu djelom države ako ta osoba ili ta skupina osoba, usvajajući to ponašanje, stvarno djeluje po nalogima ili pod nadzorom ili kontrolom te države.” Tu se može napose raditi o osobama regrutiranim u pomoćne oružane snage ili o “dragovoljcima” koji djeluju u drugoj državi.

U prije izrečenoj presudi Nikaragva iz 1986. godine Međunarodni je sud utvrdio odgovornost Sjedinjenih Država zbog toga što je njihova tajna služba C.I.A. sudjelovala u “pripremanju, upravljanju i u podršci” kontrasima u Nikaragvi. Ali je Sud odbio proglasiti Sjedinjene Države odgovornima i za pojedinačne protupravne djelatnosti tih kontrasa u nedostatku dokaza o “efektivnoj kontroli” nad njihovim vojnim i paravojnim operacijama.²⁰

Tribunal za bivšu Jugoslaviju nije se zadovoljio tim kriterijem “efektivne kontrole”, tvrdeći da je on u neskladu s međunarodnom sudskom praksom i praksom država (sic!). U presudi Žalbenoga vijeća Tadić iz 1999. godine, i u prvostupanjskoj presudi Blaškić iz 2000. godine, on je snizio taj prag glede dokazivanja odgovornosti država, uvodeći tzv. “test cjelovite kontrole” (test of overall control). Prema tome testu snabdjevanje, obuka i financiranje Vojske Republike Srpske i Hrvatskoga vijeća obrane u Bosni i Hercegovini podrazumijevaju ulogu SRJ, odnosno Hrvatske, u organiziranju, koordiniranju i planiranju vojnih akcija tih skupina čak i u nedostatku specifičnih instrukcija tih država glede poduzetih vojnih operacija. Stoga je Tribunal

²⁰ Cf., I.C.J. Reports 1986, str. 51, para. 86; str. 62 i 65-65, paras. 109. i 115.

te skupine i njihove članove olako proglasio de facto organima tih država koji navodno angažiraju odgovornost SRJ, odnosno Hrvatske i čine te sukobe "međunarodnima".

Ali je na tu "zakonodavnu djelatnost" odlučno reagirao Međunarodni sud u presudi o genocidu iz 2007. godine, naglašujući:

"Sud nalazi da on nije u mogućnosti podržati (to) gledište Vijeća (Tribunala). Najprije, Sud primjećuje da Međunarodni kazneni tribunal za bivšu Jugoslaviju nije u slučaju Tadić bio pozvan, niti je općenito pozvan, da odlučuje o pitanjima odgovornosti države, s obzirom da je njegova nadležnost kaznena i proteže se samo na (fizičke) osobe. Dakle u toj svojoj presudi Tribunal je odlučivao o pitanju koje nije nužno za vršenje njegovih nadležnosti... Sud pridaje najveći značaj činjeničnim i pravnim nalazima Tribunala za bivšu Jugoslaviju i odlučivanju o kaznenoj odgovornosti optuženika pred njime... Ali situacija nije ista glede stavova koje je usvojio taj Tribunal o pitanjima općega međunarodnog prava koja ne potpadaju pod njegovu specifičnu nadležnost, a povrh toga njihovo rješavanje nije uvijek nužno za odlučivanje o kaznenim predmetima pred njim".²¹

Sud je uz to ustanovio veliki nedostatak testa cjelovite kontrole jer on proširuje domašaj odgovornosti države preko temeljnih načela koja uređuju taj dio međunarodnoga prava. Država je odgovorna samo za svoje vlastito ponašanje, tj. za ponašanje osoba koje po nekoj osnovi djeluju u njezino ime. Ukoliko je država odgovorna i za čine osoba ili skupina osoba koje nisu njezini organi, to može biti slučaj ako im je izdavala naredbe da izvrše protupravna djela, ili je glede tih djela imala efektivnu kontrolu.²²

Ipak je korisnije sagledati implikacije toga testa u njegovoj praktičnoj primjeni. Njegovom primjenom bila je izrečena jedna od najčudovišnijih presuda u međunarodnom kaznenom pravosuđu. Radilo se o presudi Prvostupanjskoga vijeća Tribunala protiv generala Tihomira Blaškića od 3. ožujka 2000. godine, kojom je on prvotno bio osuđen na drastičnu kaznu od 45 godina zatvora.

Ne obazirući se na ograničenja svoje kaznene nadležnosti propisana Statutom, to je Vijeće ustanovilo Blaškićevu kaznenu odgovornost prema dvjema osnovama. Osim za djela i propuste u zoni njegove zapovjedne odgovornosti u Lašvanskoj dolini, Blaškić je bio proglašen agentom hrvatske države koji je djelovao kao njezin de facto organ. Tako su sva Blaškićeva djela bila pripisana hrvatskoj državi, i obrnuto, Blaškić je bio smatran odgovornim za sva djela Hrvatske u Bosni i Hercegovini čak i izvan područja njegove odgovornosti.

Slijedeći tu logiku Lašvanska je dolina, uključujući područje Kiseljaka, bila proglašena područjem okupiranim od Republike Hrvatske, iako Hrvatska vojska

²¹ I.C.J. Reports 2007, para. 403.

²² Ibid., para. 406.

tamo nije nikada mogla prodrijeti jer je ono bilo potpuno opkoljeno od Armije Bosne i Hercegovine. U dijelovima Bosne i Hercegovine u kojima je bila utvrđena prisutnost Hrvatske vojske, njezine su jedinice intervenirale u borbama s Armijom Bosne i Hercegovine da bi spriječile poraze Hrvatskoga vijeća obrane. Dakle ni tamo Hrvatska vojska nije mogla vršiti dužnosti ratnoga okupanta čak da joj je to bila namjera, jer su borbe tada još bile u tijeku.

Iz toga proizlazi da se Prvostupanjsko vijeće nije obaziralo ni na kakva pravila međunarodnoga prava na snazi o ratnoj okupaciji.²³ Tribunal je općenito smatrao da kao navodni organ međunarodne zajednice on ima vlast stvarati sasvim nova pravna pravila.

I tako je Blaškić kao navodni de facto organ hrvatske države bio tretiran odgovornim čak za prisutnost Hrvatske vojske u Bosni i Hercegovini i izvan Lašvanske doline. Kao lokalni komandant u opkoljenom Vitezu on nije mogao izdavati zapovijedi ni za dolazak Hrvatske vojske u ta druga područja, niti za njihovo povlačenje. Stoga on nije mogao biti osobno odgovoran za ukupnu politiku Hrvatske iz toga doba prema Bosni i Hercegovini.²⁴

Ipak je u međuvremenu novi sastav Tribunala šutke odustao od testa cjelovite kontrole u njegovu nakaradnom tumačenju. Prizivno vijeće Tribunala u svojoj presudi od 29. srpnja 2004. godine s pravom je snizilo kaznu Blaškiću s 45 na 9 godina zatvora, a predsjednik Tribunala ga je odmah potom pomilovao glede izdržavanja preostalih 8 mjeseci te kazne. Ono je u toj značajnoj presudi ustanovilo da Prvostupanjsko vijeće nije dokazalo njegovu krivnju izvan razborite sumnje za gotovo sve zločine koje nije osobno naredio, uključivši i onaj najstrašniji u Ahmićima.²⁵

Iz svega izloženoga valja zaključiti da, kada je u pitanju odgovornost države, test cjelovite kontrole ne predstavlja dio pozitivnoga međunarodnog prava. Kao takav on je a fortiori neprimjenljiv u kaznenim predmetima. U gore opisanom slučaju on je poslužio Tužiteljstvu i Tribunalu da olako pronalaze krivce za promašaje susjedne države izvan

²³ Ta su prava i dužnosti okupanta propisana člancima 42-56 Haškoga pravilnika o zakonima i običajima rata na kopnu iz 1907. Nadopunjena su člancima 47-58 Četvrte ženevske konvencije iz 1949. o zaštiti građanskih osoba u vrijeme rata, te potom u člancima 72-79 Dopunskog protokola I. iz 1977. Vidi objašnjenje toga instituta – Degan: op. cit. str. 916-922.

²⁴ Na drugom smo mjestu opširno raspravljali napose o pitanju je li Hrvatska izvršila agresiju na Bosnu i Hercegovinu. Vidi – V.Đ. Degan “Republika Hrvatska i sukob u Bosni i Hercegovini u 1993. godini, pravna analiza”, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2002, br. 2, str. 433-462.

²⁵ Tom konačnom presudom Blaškić je ipak bio proglašen odgovornim zbog toga što je znao da su osobe koje nisu sudjelovale u neprijateljstvima bile po naređenju njegovih podčinjenih zatočene, prisiljavane da kopaju rovove i jer su bile upotrijebljene kao živi štit. Kažnjen je s devet godina zatvora zbog propuštanja da te nezakonite naredbe svojih podčinjenih spriječi, dakle zbog nečinjenja u vezi s njegovom zapovjednom odgovornošću prema točki 1. članka 7. Statuta. Bila je, međutim, njegova sreća što pri tome niti jedan od tih civila nije poginuo ili bio ozlijeđen.

svih pravila o njihovoj osobnoj kaznenoj odgovornosti. Time su Tužiteljstvo i neki suci nastojali sebi olakšati posao i opravdati visoke troškove svojih djelatnosti.

A kada bi neko međunarodno kazneno sudište zaista bilo ovlašteno svojim statutom da se izjašnjava i o odgovornosti neke države, ta bi država imala pravo da sa svojim agentom i odvjetnicima intervenira u tome postupku. Imala bi i pravo da u sudbeno vijeće imenuje svoga suca ad hoc. Ništa od toga statuti tih kaznenih sudišta ne predviđaju, niti se to u praksi sprovodi.

5. Teret dokazivanja “*dolus specialis*” za zločin genocida

Presuda Međunarodnoga suda iz 2007. godine otkrila je odlučujuću važnost dokazivanja postojanja “*dolus specialis*”, toga psihološkog tj. mentalnog sastojka genocida. Da se podsjetimo, svako od zabranjenih djela iz članka 2. Konvencije iz 1948. godine mora biti počinjeno “s namjerom da se u cijelosti ili djelomično uništi neka nacionalna, etnička, rasna ili vjerska skupina”. Ako država tužiteljica ne uspije tijekom postupka dokazati tu posebnu namjeru počinitelja ne radi se o genocidu. Time je Međunarodni sud nenadležan da odlučuje, a podnesena tužba postaje uzaludna.²⁶

Glede fizičkih mogućnosti prikupljanja dokaza o postojanju toga mentalnog elementa postoji bitan raskorak između nadležnosti tužiteljstva nekoga kaznenog tribunala s jedne strane i države tužiteljice pred Međunarodnim sudom s druge.

U okviru svakoga kaznenog tribunala djeluje tužiteljstvo kao neovisno i zasebno tijelo. Ono je snabdjeveno ovlastima i sredstvima radi provođenja istrage i kaznenoga progona, uključujući prikupljanje dokaza.

Glede prikupljanja dokaza, Tribunal za bivšu Jugoslaviju napravio je korak dalje od propisâ svoga Statuta. Prema presudi njegova Žalbenog vijeća u slučaju Blaškić (subpoena), Tužitelj Tribunala ovlašten je neposredno provoditi te djelatnosti na području neke države u dva slučaja: (i) ako je država bila jedna od zaraćenih strana ili entitet bivše Jugoslavije; i (ii) (glede drugih država) kada za tu istražnu djelatnost postoji ovlaštenje u domaćem implementacijskom zakonodavstvu (para. 55).

Uz to, prema Žalbenom vijeću, Tribunal je ovlašten neposredno općiti s privatnim osobama nastanjenima na području neke države, kada je nužno da one svjedoče u postupku ili da predaju neki dokument, a odnosna je država odbila da izvrši neki nalog Tribunala. U tim situacijama Tribunal može neposredno izdati subpoena nalog svjedoku, ili može izdati takav nalog nekoj osobi da preda dokaze ili se pojavi pred Tribunalom (paras. 55-56).²⁷

²⁶ I u kaznenom postupku tužiteljstvo mora dokazati taj *dolus specialis* osumnjičenoga počinitelja zločina genocida. Ali, kako smo prije naveli, ukoliko ono u tome ne uspije, kazneni tribunal ga može osuditi za neki drugi zločin u njegovoj nadležnosti.

²⁷ Više pojedinosti o tome izlaže A. Cassese: *International Criminal Law*, Oxford, 2003., str. 410-412.

Rimski statut ne predviđa takva dalekosežna ograničenja u vršenju teritorijalne suverenosti svojih država stranaka. Stalni Međunarodni kazneni sud ne može ni jednoj osobi izdati subpoena nalog. Ukoliko, suprotno svojim obvezama iz toga Statuta, neka država stranka ne postupi u skladu sa zahtjevom Suda za suradnjom, “Sud može utvrditi tu činjenicu i o tome izvijestiti Skupštinu država stranaka ili Vijeće sigurnosti ako je ono predmet uputilo Sudu na postupanje” (članak 87(7)).

U postupku pred Međunarodnim sudom sve je to još različitije. Taj Sud ne poznaje tužiteljstvo kao zasebnu instituciju. Uz to, ne postoje razlike u položaju države tužiteljice i tužene države tijekom postupka. Ne može se ni zamisliti da bi država tužiteljica mogla na svoju ruku i nasilno prikupljati dokaze na području tužene države, ili neke treće zemlje. Također se ne daje zamisliti da bi se države slijednice bivše Jugoslavije tretirale različito od bilo koje druge države koja se pojavi pred Sudom.

S obzirom da je postupak pred Međunarodnim sudom strogo akuzatorni, taj se Sud može osloniti samo na dokaze u posjedu države tužiteljice koje mu ona predoči. Ipak, članak 62. Poslovnika Suda tumači članak 49. njegova Statuta na sljedeći način:

“1. Sud može u svakom trenutku pozvati strane da podnesu dokaze ili daju objašnjenja, ako smatra da je to potrebno radi razjašnjenja bilo kojega aspekta spornih pitanja, ili može samostalno pribaviti druge podatke u tu svrhu.

2. Sud može, ako je potrebno, urediti da određeni svjedoci ili vještaci svjedoče u postupku”.

Uz gornje, tijekom usmenoga postupka Sud i njegovi članovi mogu postavljati pitanja agentima, savjetnicima i odvjetnicima stranaka i mogu od njih tražiti objašnjenja (članak 61. Poslovnika). Ali ako neka stranka odbije da Sudu predoči neku ispravu ili daje objašnjenje, Sud to uzima na znanje,²⁸ ali o tome može povesti računa pri svome diskrecijskom odlučivanju.

Postoje i dvije odredbe u Poslovniku Suda o pribavljanju dokaza na licu mjesta. Prema članku 66: “Sud može u svakom trenutku odlučiti, proprio motu ili na zahtjev stranke, da svoje dužnosti u vezi s pribavljanjem dokaza obavlja na mjestu na koje se sporni predmet odnosi, u skladu s uvjetima koje Sud određuje nakon što utvrdi stajališta stranaka...”.

U članku 67(1). se dodaje: “Ako Sud smatra da je potrebno provesti istragu ili vještačenje, nakon saslušanja stranaka izdaje u tu svrhu nalog u kojemu točno naznačava predmet istrage ili vještačenja te propisuje postupak koji će se pritom slijediti...”.

Ali, kako je gore propisano, Sud je dužan prethodno utvrditi stajališta stranaka. Ako se teritorijalna država mjesta spornoga predmeta tome protivi, teško da će do

²⁸ Članak 49. Statuta glasi: “Sud može, čak i prije početka rasprave, tražiti od agenata da predlože svaku ispravu i da dadu svako objašnjenje. Svako odbijanje ustanovljuje se zapisnički”.

takvoga pribavljanja dokaza uopće doći i da će ono biti uspješno. O takvoj praksi Suda uopće nemamo podataka.

Pitanje je kako se Bosna i Hercegovina suočila s tim preteškim teretom dokazivanja “*dolus specialis*” za počinjene zločine u parnici protiv SRJ, odnosno Srbije i Crne Gore.

Već su u prethodnom postupku zastupnici Bosne i Hercegovine prizvali različite “dopunske osnove nadležnosti” koje bi Sudu omogućile “da se izjasni o nekim sredstvima kojima je Jugoslavija (SRJ) pribjegla pri izvršenju genocida za koji je optužena, napose njezino pribjegavanje agresivnom ratu u tijeku kojega je počinila teška kršenja Ženevskih konvencija iz 1949. godine i Dopunskih protokola I. i II. iz 1977. godine”. Ali je već u svojoj presudi o prethodnim prigovorima iz 1996. godine Sud odlučno odbacio to proširenje svoje nadležnosti na mala vrata.²⁹

Isti je stav potvrđen i u presudi iz 2007. godine sljedećim izričajem: “Nadležnost Suda u ovoj parnici zasnovana je jedino na članku 9. Konvencije. Sve druge osnove nadležnosti na koje se tužitelj pozvao odbačene su u presudi iz 1996. godine o nadležnosti (I.C.J. Reports 1996 (II), str. 617-621, paras 35-41)... On nema ovlasti da odlučuje o navodnim kršenjima drugih obveza prema međunarodnom pravu koje se ne sastoje u genocidu, napose ne o onima glede zaštite ljudskih prava u oružanom sukobu. To je tako čak kada se radi o navodnim kršenjima obveza iz imperativnih normi, ili obveza koje štite temeljne humanitarne vrijednosti s domašajem *erga omnes*”³⁰

I zaista, već nakon presude izrečene u 1996. godini, nije bilo nikakvoga uporišta da će se, osim za genocid, Sud htjeti izjašnjavati o odgovornosti tužene države za agresiju i za počinjenje drugih međunarodnih zločina, uključujući tu i čine etničkoga čišćenja koji nemaju obilježja genocida. Svakomu tko prati praksu toga Suda i njegova prethodnika Stalnoga suda međunarodne pravde još o 1924. godine, savršeno je jasno da on nikada neće pristati na proširenje svoje nadležnosti onako kako su zastupnici tužbe to predlagali. Protiv toga stava Suda ne mogu se iznaći uvjerljivi pravni razlozi kojima bi se on mogao osporiti.

U tijeku postupka pred Sudom zastupnici Bosne i Hercegovine nisu se posebno upuštali u dokazivanje genocidne namjere (*dolus specialis*) počinitelja svakoga od zločina čije su izvršenje (*actus reus*) inače uspjeli dokazati. Umjesto toga, oni su pokušali dokazati izvjestan model ponašanja srpskih vlasti u Bosni i Hercegovini, ali i na području Savezne Republike Jugoslavije, kao navodnu genocidnu politiku usmjerenu također protiv pripadnika manjina u toj zemlji. Očekivali su da će iz

²⁹ I.C.J. Reports 1996, str. 617-618, para. 35.

³⁰ Cf., I.C.J. Reports 2007, para. 147. Na drugom je mjestu te svoje presude Sud odbio s genocidom izjednačiti politiku etničkoga čišćenja, osim ukoliko počinjena djela odgovaraju nekoj od zabranjenih kategorija u članku 2. Konvencije iz 1948. godine, uključujući *dolus specialis*. Vidi *ibid.*, para. 190.

te zajedničke politike sam Sud izvesti genocidnu namjeru počinitelja. Ali Sud nije prihvatio ni taj skupni način dokazivanja *dolus specialis*.

“*Dolus specialis*, specifična namjera da se u cijelosti ili djelomično uništi skupina u pitanju, mora se uvjerljivo dokazati upućivanjem na posebne okolnosti, osim ukoliko se može uvjerljivo dokazati postojanje općega plana u tu svrhu; a da bi se neki model ponašanja prihvatio kao dokaz postojanja toga plana on mora biti takav da ukazuje na tu namjeru.”³¹

U toj presudi Sud je najprije ustanovio da zločin genocida uopće nije bio počinjen na području SRJ,³² ali ni nigdje drugdje u Bosni i Hercegovini osim u Srebrenici u srpnju 1995. godine.

Zastupnici tužbe imali su u tome postupku bez sumnje mnogo težu zadaću dokazivanja genocidne namjere od tužene strane kojoj je bilo dovoljno da ju osporava. Može se različito ocjenjivati koliko je njihov način zastupanja Bosne i Hercegovine pred Sudom imao izgleda na uspjeh. Ali im treba zamjeriti što su u javnosti u toj zemlji lansirali svoje tvrdnje kao od Suda već prihvaćene činjenice, a napose da će Sud prihvatiti svoju nadležnost za agresiju i za sve zločine počinjene u agresivnom ratu i u etničkom čišćenju, te da će svim žrtvama agresije u toj zemlji dosuditi visoku odštetu na teret vlasti u Beogradu. To svjesno obmanjivanje javnosti nije imalo nikakvoga uporišta u pravu, i to je svima trebalo biti jasno već nakon presude iz 1996. godine. Ista se priča ponovila u Hrvatskoj od 1999. godine kada je i ona podnijela tužbu tome Sudu o istom predmetu protiv SRJ.

Značajan dio te presude iz 2007. godine posvećen je utvrđivanju zločina počinjenih sa srpske strane na glavnim područjima Bosne i Hercegovine i u različitim zatočeničkim logorima, i to sve prema navodima tužbe. Nalazi samoga Suda o počinjenim zločinima zasnivali su se na konačnim presudama Međunarodnoga kaznenog tribunala za bivšu Jugoslaviju, na izvješćima Komisije Mazowiecki, izvješćima Glavnoga tajnika UN, i na drugim nepristranim izvorima. Činjenice koje je sam Sud utvrdio u toj presudi zaista su užasne.

Ali zaključci Suda bili su mnogo skromniji od očekivanih. Glede zabranjenih djela iz članka 2. Konvencije o genocidu, – i to: (a) ubojstva pripadnika skupine, (b) nanošenja teških tjelesnih i duševnih povreda pripadnicima skupine, i (c) namjernoga nametanja skupini životnih uvjeta kojima je cilj njezino potpuno ili djelomično uništenje, – Sud je ustanovio da je materijalni element tih djela bio dokazan. Ali prema mišljenju Suda tužitelj nije dokazao *dolus specialis* počinitelja u izvršenju svih tih mnogobrojnih zločina.³³

³¹ Ibid., para. 373.

³² Ibid., para. 368.

³³ Cf., I.C.J. Reports 2007, paras. 276-277, 319, 354.

Glede preostalih djela iz članka 2. Konvencije, Sud je ustanovio da mu dokazi koji su mu predočeni ne omogućuju da zaključi da su snage bosanskih Srba počinile: (d) “nametanje mjera s namjerom sprječavanja porođaja u okviru skupine”; te (e) “prisilno premještanje djece iz skupine u neku drugu skupinu”.³⁴

Različito od gornjega utvrđeno je samo u pogledu masakra u Srebrenici koji se zbio oko 13. srpnja 1995. godine i kasnije. Prema konstataciji Suda u izvršenju toga zločina više od 7000 Muslimana sposobnih za vojsku bilo je smaknuto. Ali se i nalaz Međunarodnoga suda glede toga zločina, koji ispunjava sve uvjete genocida iz članka 2. Konvencije iz 1948. godine, nije zasnivao na dokazima koje mu je podastrla Bosna i Hercegovina. Dakle argumenti zastupnika tužbe nisu mogli zadovoljiti visoke standarde za dokazivanje genocida na kojima je insistirao Sud.

Sud se u toj svojoj presudi u cijelosti oslonio na dokaze o postojanju dolus specialis iz presuda Međunarodnoga kaznenog tribunala za bivšu Jugoslaviju protiv oficira Vojske Republike Srpske Krstića i Blagojevića. Krstić je bio pravomoćno osuđen za pomaganje i podupiranje genocida u Srebrenici s genocidnom namjerom.³⁵

U tim je presudama konstatirano da je genocidna namjera da se pobiju svi muslimanski muškarci sposobni za vojsku bila donesena tek po padu te enklave 12. ili 13. srpnja 1995. godine, a da ta namjera nije ustanovljena za vrijeme do toga datuma. Ali se dalje navodi da gornja odluka nije bila priopćena vlastima u Beogradu. S obzirom da je glavni optuženik za taj strašni zločin general Ratko Mladić još uvijek u bijegu, da te presude nisu bile prije izrečene, Međunarodni sud ne bi bio u stanju da ustanovi genocid čak ni u Srebrenici.

I iz toga aspekta proizlazi da se odgovornost države i kaznena odgovornost pojedinaca izvršitelja ne može mehanički razdvajati, i to napose ne kada je u pitanju genocid.

³⁴ Ibid., paras. 355-367.

³⁵ S Blagojevićem je bio ponešto drukčiji slučaj. Žalbeno vijeće Tribunala izreklo je u njegovu slučaju konačnu presudu 9. svibnja 2007. godine, dakle nakon izricanja presude Međunarodnoga suda. U doba srebreničkoga masakra on je bio na nižem položaju komandanta Bratunačke brigade i navodno nije znao za masovna ubojstva izvan područja svoje odgovornosti. Stoga je Žalbeno vijeće ukinulo dio presude Prvostupanjskoga vijeća o njegovu sudioništvu (complicity, supočiniteljstvu) u genocidu, jer njegova genocidna namjera nije bila izvan razborite sumnje utvrđena. Ali ga Žalbeno vijeće nije oslobodilo krivnje glede pomaganja i podupiranja (aiding and abetting) samoga toga zločina jer su Drugi bataljon i Treća artiljerijska grupa pod njegovim zapovjedništvom imali udjela u napadima na civile na putu u Potočare, u patroliranju područja u i oko Potočara 12. i 13. srpnja 1995. godine, i u pomaganju transfera civila. Dakle actus reus se u ovom slučaju sastojao u genocidu i Žalbeno vijeće nije moglo prekvalificirati pomaganje i podupiranje njegova izvršenja u neki drugi, blaži međunarodni zločin. Da je to i moglo učiniti čitav ovaj slučaj izgubio bi autoritet presedana za Međunarodni sud koji je svoju presudu već bio izrekao. U toj situaciji tako je došlo do neobičnoga rješenja prema kojemu za pomaganje i podupiranje genocida nije neophodan dolus specialis. Po toj osnovi Blagojeviću je više simbolički umanjena kazna zatvora s 18 na 15 godina. Ipak sam opis i kvalifikacija događaja važnih za Međunarodni sud nisu s tom najnovijom presudom Žalbenoga vijeća uopće dovedeni u pitanje.

6. Pitanje pripisivosti genocida u Srebrenici i kritika nekih navoda iz dispozitiva presude iz 2007. godine

Dakle iz presude Haškoga suda proizlazi da za počinjeni zločin genocida u Srebrenici odgovornost snosi Vojska Republike Srpske s njezinim zapovjedništvom.

Na jednom se mjestu u toj presudi konstatira da Republika srpskoga naroda u Bosni i Hercegovini (u 1992. godini) i potom Republika Srpska, nije ni tada ni kasnije bila međunarodno priznata kao država, ali je uživala izvjesnu de facto neovisnost. Na drugom se mjestu još navodi da je ona imala de facto kontrolu nad značajnim područjem, i da je uživala lojalnost velikoga broja bosanskih Srba.³⁶

Bosna i Hercegovina je u ovoj parnici za kršenje Konvencije o genocidu iz 1948. godine tužila Saveznu Republiku Jugoslaviju (Srbiju i Crnu Goru). Ona nije mogla Sudu tužiti tu međunarodno nepriznatu tvorevinu koja uz to danas čini jedan od dvaju entiteta same Bosne i Hercegovine.

U približno isto to vrijeme vodio se postupak pred Međunarodnim kaznenim tribunalom za bivšu Jugoslaviju u Haagu protiv Slobodana Miloševića. On je u doba pada Srebrenice bio predsjednik Srbije. Prije njegove smrti koja je spriječila izricanje kaznene presude, Tužiteljstvo nije bilo u stanju predočiti Tribunalu nikakav dokument, ni iskaz nekoga vjerodostojnog svjedoka, koji bi Miloševića povezivao s masakrom u Srebrenici. To su još manje bili u stanju učiniti zastupnici Bosne i Hercegovine pred Međunarodnim sudom. Milošević je znalački prikrivao i uništavao dokumente koji bi ga povezivali sa zločinima u toj susjednoj državi. U ranoj fazi toga sukoba naređenja je izdavao pojedincima usmenim putem, i to nikada u prisutnosti drugih svjedoka.

A da je Milošević bio dočekao kraj svoga suđenja i da ga je Tribunal proglasio kazneno odgovornim i za srebrenički genocid, Međunarodni sud ne bi imao drugoga izbora nego bi taj zločin morao pripisati Saveznoj Republici Jugoslaviji. On je u njoj nesporno bio najjača politička osoba koja je donosila najvažnije odluke.³⁷

Ali je u ovoj parnici bilo drukčije. Samom je Sudu tako pripalo da u toj svojoj presudi odlučuje o pripisivosti genocida u Srebrenici tada Saveznoj Republici Jugoslaviji (SRJ). To pitanje pravnički je veoma intrigantno, ali ćemo se dalje morati ograničiti na glavne nalaze iz izrečene presude. Radilo se o pitanju je li SRJ prekršila neku od svojih obveza iz članka 3. Konvencije o genocidu. Sud je to pitanje procjenjivao u svjetlosti Pravilâ Komisije za međunarodno pravo o odgovornosti država koja je

³⁶ Cf., I.C.J. Reports 2007, paras. 233, 235.

³⁷ Ali čak da mu osobna krivnja za sam genocid u Srebrenici i nije bila dokazana, malo je vjerovatno da bi Milošević izbjegao najtežu kaznu zbog urote, poticanja, pomaganja i nesprečavanja zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina počinjenih u Hrvatskoj, Bosni i Hercegovini i na Kosovu. Za kaznenu odgovornost glede tih drugih zločina ne treba dolus specialis. Dovoljno je dokazati namjeru i saznanje okrivljenika, što je Tužiteljstvo pred Tribunalom već praktično bilo učinilo.

uzimao kao iskaze običajnog međunarodnog prava. Pri tome se koncentrirao samo na srebrenički masakr i vrijeme u kojemu je bio počinjen.

Na jednom je mjestu Sud u toj presudi istaknuo da on može formirati svoje mišljenje na temelju njemu dostavljenih informacija u vrijeme donošenja njegove odluke i koje proizlaze iz spisa i dokumenata strana, te njihovih argumenata u usmenom postupku.³⁸ Ako taj načelni stav Suda uzmemo ispravnim, on nam on daje osnove za kritiku nekih izričaja u dispozitivu te presude.

U presudi je bilo zaključeno da nije dokazano da je Vojska Jugoslavije sudjelovala u tome zločinu, ili da je političko vodstvo SRJ imalo udjela u njegovu pripremanju, planiranju ili izvršenju na drugi način. Navodi se da ima mnogo dokaza o neposrednom ili posrednom sudjelovanju oficira Vojske Jugoslavije, zajedno s Vojskom Republike Srpske, u vojnim operacijama u Bosni i Hercegovini, ali prije srebreničkih događaja. Ali ni Republika Srpska, ni njezina Vojska nisu bile organi SRJ.³⁹

Iako su general Ratko Mladić i neki drugi oficiri ostali pod vojnom administracijom SRJ, i otamo su primali plaće, oni nisu bili de jure organi te države. Bili su podčinjeni političkom vodstvu Republike Srpske koje ih je i imenovalo.⁴⁰ O tim činjenicama i o pravnom odnosu SRJ i Republike Srpske mogli bi se izvoditi i drukčiji zaključci, ali je to bio nalaz Suda.

U toj svjetlosti ne čini nam se primjerenim kategoričan zaključak u točki (2). dispozitiva presude, prema kojemu Sud nalazi "da Srbija nije počinila genocid putem svojih organa ili osoba, akti kojih angažiraju njezinu odgovornost prema običajnom međunarodnom pravu, u kršenju svojih obveza iz Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida". Precizniji bi bio nalaz da se to može zaključiti jedino temeljem dokumenata podnesenih Sudu.

Ista se naša primjedba odnosi na točku (3). dispozitiva presude, prema kojemu se Srbija nije urotila u počinjenju genocida, niti poticala na njega; te na točku (4). da nije bila njegovim sudionikom u kršenju svojih obveza iz Konvencije.

Možda je s tim isključivim zaključcima Sud nastojao otkloniti mogućnost da Bosna i Hercegovina u roku od sljedećih deset godina podnese zahtjev za reviziju te presude temeljem novih činjenica koje joj u 2007. godini nisu bile poznate. Ali ta namjera Suda, ukoliko je postojala, ne čini se primjerenom. U slučaju da Kazneni tribunal za bivšu Jugoslaviju naknadno pravomoćno osudi nekoga visokog oficira Vojske Jugoslavije, ili odgovornog zapovjednika Policije Srbije za genocid u Srebrenici, to će omogućiti Bosni i Hercegovini da Sudu podnese zahtjev za reviziju presude iz 2007. godine, u skladu s restriktivnim pravilima iz članka 61. njegova Statuta.

³⁸ Op.cit., para. 395.

³⁹ Ibid., para. 387.

⁴⁰ Ibid., paras. 387-388.

S druge strane nalazimo opravdanim nalaz Suda iz točke (5). dispozitiva presude da je Srbija prekršila svoju obvezu iz Konvencije iz 1948. godine da spriječi zločin u Srebrenici. Zaključci iz paragrafa 428. do 438. presude pravno su utemeljeni.⁴¹

Valja se složiti s time da se obveza na prevenciju (sprječavanje) sastoji u obvezi ponašanja, a ne rezultata. Država SRJ bila je svjesna, ili je morala biti svjesna, o ozbiljnoj opasnosti da se genocid može počinuti.⁴² Ali tužena strana nije pokazala da je preuzela bilo kakvu inicijativu da prevenira ono što se dogodilo, ili bilo kakvu akciju da počinitelje odvrati od okrutnosti. Pri tome je Sud istaknuo: “da bi država bila odgovorna za kršenje svoje obveze na prevenciju, ne mora se dokazati da je ona zaista imala moć da spriječi genocid; dovoljno je da je imala sredstva za to i da se očito suzdržala da ih upotrijebi”.⁴³

Ali najslabija strana čitave ove presude leži po našem mišljenju u zaključku u točki (9) njezina dispozitiva, da u pogledu kršenja obveze Srbije na prevenciju zločina, nalazi samoga Suda u točkama (5) i (7) predstavljaju primjerenu zadovoljštinu, “i da u ovom slučaju nalog za plaćanjem financijske kompenzacije ne bi bio primjeren”.⁴⁴

Sud je utvrdio neposrednu uzročnu vezu (causal nexus) između genocida u Srebrenici i odgovornosti Srbije samo u vrijeme kada se taj masakr dogodio. Glede davanja zadovoljštine tužitelju u samoj presudi, Sud je prizvao svoj vlastiti presedan iz presude o Krfskom tjesnacu iz 1949. godine. Ali su okolnosti tih dvaju događaja duboko različite.

Nakon što je utvrdio odgovornost Albanije zbog toga što su dva britanska razarača u listopadu 1946. godine naletjela na mine pri neškodljivom prolasku njezinim teritorijalnim morem,⁴⁵ Međunarodni je sud u presudi iz 1949. godine osudio i Britaniju zbog toga što je u tim vodama samovoljno poduzela akciju deminiranja i prikupljanja dokaza. U toj je presudi bilo istaknuto da Sud mora, “da bi osigurao integritet međunarodnoga prava čiji je on organ, konstatirati da je akcija britanske ratne mornarice predstavljala kršenje albanske suverenosti. Ova je konstatacija u skladu sa zahtjevom Albanije putem njezina odvjetnika, i predstavlja sama po sebi prikladnu zadovoljštinu”.⁴⁶

Tu se, dakle, radilo o kršenju suverenosti države koja je sama bila proglašena odgovornom za pogibiju i ranjavanje ljudi, dok se u srebreničkom slučaju radilo o

⁴¹ To se ipak ne odnosi na paragraf 437, gdje se kategorički tvrdi da Milošević nije znao za taj masakr u vrijeme njegova počinjenja. Novi bi dokazi mogli utvrditi drukčije.

⁴² Ibid., para. 432.

⁴³ Ibid., para. 438.

⁴⁴ U točki (7). dispozitiva još je ustanovljeno da je Srbija prekršila svoju obvezu da postupi po privremenim mjerama koje joj je Sud naložio 8. travnja i 13. rujna 1993. godine. Naravno, ni ta konstatacija ne predstavlja nikakvu zadovoljštinu žrtvama genocida u Srebrenici.

⁴⁵ Tom je prilikom 44 britanska časnika i mornara izgubilo život, a 42 ih je bilo ozlijeđeno.

⁴⁶ I.C.J. Reports 1949, str. 35, 36.

kršenju obveze na prevenciju strašnoga zločina nad oko osam tisuća ljudi. Analogije između ta dva slučaja zaista ne bi smjelo biti.

Još je mnogo važnija činjenica što je pri raspadu SFRJ režim u Beogradu bespravno prisvojio lavovski dio oružja i opreme bivše JNA. To oružje i oprema trebali su biti predmetom sukcesije svih država slijednica bivše SFRJ, uključujući i zakonitu vlast u Bosni i Hercegovini. Da je međunarodna zajednica bila odlučna u tome da se raspodjela te imovine obavi, žrtve agresije u Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini imale bi mnogo više sredstava za vlastitu obranu. Tada bi bilo mnogo manje počinjenih zločina, a možda ne bi ni došlo do napada na te zemlje.

Miloševićev je režim velikim dijelom te bespravno prisvojene vojne opreme snabdio Vojsku Republike Srpske u Bosni i Hercegovini i Miliciju tzv. Republike Srpske Krajine u Hrvatskoj. Time su srebreničke žrtve bile ubijane oružjem koje je trebalo biti njihovo.⁴⁷

U tim okolnostima isplata financijske kompenzacije žrtvama zločina i njihovim zakonitim nasljednicima od Srbije zbog toga što ga nije spriječila, i to možda ne u punom iznosu nego u primjerenom dijelu, nije smjela imati alternative. A zadovoljština tim žrtvama izražena u samoj toj presudi predstavlja svojevrсно izrugivanje pravdi od samoga Suda.

Napokon, unatoč željama nekih krugova u Beogradu, gotovo da nema izgleda da sadašnja Vlada u Srbiji postupi po nalazima, tj. naredbama Suda u paragrafima (6). i (8). dispozitiva te presude, i da bez odlaganja Haškom tribunalu izruči generala Ratka Mladića, te da s tim Tribunalom u potpunosti surađuje.

Današnja politika Srbije podsjeća nas na ponašanje rasističkoga režima u Južnoj Africi. I taj se režim oglašivao na savjetodavna mišljenja toga Suda još od 1950. godine, i na brojne rezolucije Opće skupštine i Vijeća sigurnosti UN od 1966. godine glede mandata te zemlje u Jugozapadnoj Africi (danas Namibiji). Ti autistički režimi dugoročno nanose veliku štetu svojim vlastitim građanima. Ali ničija svijea nije do zore dogorjela.

Uzimajući sve izloženo u obzir, Međunarodni je Sud protiv Srbije izrekao u cjelini samo deklaratornu presudu, što ju je ona od njega u svojim konačnim zaključcima u usmenom postupku sama zatražila.

Još nam valja dodati da iz te presude proizlazi odgovornost de facto vlasti Republike Srpske i njezine vojske i to, kako za srebrenički genocid, tako i za sve druge

⁴⁷ Pitanje materijalne pokretne imovine bivše SFRJ koja je činila dio njezine vojne imovine nije konačno riješeno bečkim Sporazumom o pitanjima sukcesije od 29. lipnja 2001. godine. Vidi njegov tekst, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br.2. od 17. ožujka 2004, str. 48-85. Prema članku 4. njegova Aneksa A, to pitanje podliježe posebnim aranžmanima o kojima se države slijednice (još) nisu dogovorile. Ali se ni ta obveza na pregovaranje ne odnosi na odgovornost za prijašnje zloupotrebe te vojne imovine.

međunarodne zločine utvrđene u njoj. Po našem mišljenju međunarodno protu-pravna djela tih de facto vlasti povlače de facto odgovornost toga današnjega entiteta u Bosni i Hercegovini. O tome Sud nije bio nadležan da se izrijekom izjasni.

7. Zaključna razmatranja

U svjetlosti svega izloženog najprije o izgledima Hrvatske u njezinoj tužbi Međunarodnom sudu protiv današnje Srbije zbog kršenja Konvencije o genocidu iz 1948. godine.

Ukoliko se taj postupak pred Sudom nastavi, možda ne bi bilo sasvim nemoguće dokazati pripisivost Srbiji i Crnoj Gori zločina počinjenih u Hrvatskoj, ponajprije onih u 1991. godini. Naime pri neuspjelom izboru Stjepana Mesića za rotirajućega predsjednika Predsjedništva SFRJ 17. svibnja 1991. godine, bio je izvršen tihi državni udar. Otada se JNA stavila pod stvarnu kontrolu tih dviju tadašnjih socijalističkih republika i njihovih političkih vodstava nad kojima je dominirao Slobodan Milošević.

Situacija se promijenila nakon što su 27. travnja 1992. godine Srbija i Crna Gora proglasile "Saveznu Republiku Jugoslaviju", a bivša se JNA preobrazila u "Vojsku Jugoslavije". Još prije toga JNA se formalno bila povukla iz Hrvatske i Bosne i Hercegovine. Stoga bi dokazivanje pripisivosti Srbiji i Crnoj Gori zločina počinjenih na području tzv. "Republike Srpske Krajine" nosilo iste teškoće kao i onih u "Republici Srpskoj" u Bosni i Hercegovini.

Ali uzimajući u obzir navode iz presude Međunarodnoga suda iz 2007. godine, čini se nemogućim dokazati da je genocid u Hrvatskoj, sa svim njegovim značajkama iz članka 2. Konvencije iz 1948. godine, uopće bio počinjen s bilo koje strane. U svakom slučaju trojicu odgovornih oficira bivše JNA pri padu Vukovara – Mrkšića, Šljivančanina i Radića – ni Tužiteljstvo Kaznenoga tribunala u Haagu nije optužilo za genocid, nego za zločine protiv čovječnosti i ratne zločine.⁴⁸ A bez neke pravo-

⁴⁸ Unatoč tomu što je Tužiteljstvo Tribunala za sve optuženike za strašni zločin na Ovčari zatražilo doživotne kazne zatvora, presudom njegova Prvostupanjskog vijeća od 27. rujna 2007. godine izrečene su neočekivano blage kazne. Mrkšić je osuđen na maksimalnu kaznu od 20 godina zatvora, Šljivančanin na samo 5 godina zatvora, a Radić je oslobođen od optužbe. Mrkšić je osuđen za ubojstva, mučenje i okrutno postupanje zarobljenika na Ovčari, tj. za kršenja zakonâ i običajâ rata iz članka 3. Statuta, ali samo za pomaganje i poticanje zločina koje su izvršili pripadnici Teritorijalne obrane i paravojnih snaga. Šljivančanin, koji je izvršavao zapovijedi Mrkšića, bio je osuđen samo za pomaganje i poticanje mučenja. Vijeće je, čini se s pravom, odbacilo optužbu za zajednički zločinački pothvat. Ali s obzirom da u toj presudi ima dosta dvojbi o činjenicama i pravnim kvalifikacijama, i u ovom slučaju treba pričekati konačnu presudu Žalbenoga vijeća Tribunala. Optužnica se nije odnosila na razaranje grada Vukovara pri njegovoj opsadi i na ubojstva i prisilno premještanje civila nakon njegova pada.

moćne presude toga Tribunala za počinjeni genocid na području Hrvatske, dolus specialis pred Međunarodnim sudom praktično se ne bi mogao dokazati.

Čini se da političarima koji su u 1999. godini donosili odluku o podnošenju te tužbe nisu bile sasvim jasne razlike u funkcijama i nadležnostima između Međunarodnoga kaznenog tribunala za bivšu Jugoslaviju i Međunarodnog suda u Haagu.⁴⁹ Oni su imenovali agente Hrvatske, od kojih je prvi bio američki odvjetnik, koji također nisu bili dovoljno obrazovani o svim pitanjima međunarodnoga prava, uključivši tu i upućenost u judikaturu Međunarodnoga suda.

A da su ti agenti savjesno proučili tekst i sve pravne posljedice presude toga Suda o prethodnim pitanjima iz 1996. godine, do te tužbe uopće nije trebalo doći. Ako su uopće pročitali tu presudu oni su valjda mislili da će taj Sud primjenjivati različita pravna pravila u parnicama pokrenutima tužbama Bosne i Hercegovine s jedne strane i Hrvatske s druge.

Gore izloženo pruža nam osnove i za šire zaključke. Naime pokazalo se nemogućim striktno odjeljivanje propisâ o kaznenoj odgovornosti pojedinca od onih o odgovornosti države u dvije zasebne cjeline. Kada se radi o međunarodnim zločinima, a napose o genocidu, ta dva aspekta odgovornosti valja uvijek razmatrati u njihovoj uzajamnoj korelaciji. Najčešće se radi o istim pravnim pravilima koja definiraju te zločine, a posljedice njihova počinjenja su za njihove žrtve iste.

Dolus specialis kao bitan sastojak genocida obuhvaća i “djelo” i “namjeru”.⁵⁰ Taj se zahtjev, dakle, procjenjuje prema kriterijima kaznenoga prava, ali za pripisivost genocida važe pravila svojstvena za odgovornost države. Međunarodna zajednica s razlogom insistira na tome veoma restriktivnom elementu genocida. Bez njega bi se taj najstrašniji međunarodni zločin banalizirao i razvodnio u njegovu poimanju.

Teret dokazivanja svih međunarodnih zločina u ispunjenju njihovih bitnih sastojaka uvijek je težak i iznimno zahtjevan.

Na početku djelatnosti Međunarodnoga kaznenog tribunala za bivšu Jugoslaviju njegovi su suci htjeli olakšati taj posao svom Tužiteljstvu i djelovali su u stvari u neoprostivom dosluhu. Uvođenjem “testa cjelovite kontrole” oni su sami sebe ovlastili da se izjašnjavaju i o odgovornosti država. A glede odgovornosti osumnjičenih počinitelja kao a priori “agenata” treće države, nisu se obazirali ni na kriterije glede njihove osobne odgovornosti za djela koja su stvarno počinili, niti na ograničenja toga Tribunala u nadležnostima propisana njegovim Statutom. Prema tome kriteriju presudan je bio položaj neke osobe u hijerarhiji. Tu se osobu moglo kazniti umjesto stvarnoga krivca za počinjeni zločin koji je nedostupan Tužiteljstvu ili

⁴⁹ Ta se konfuzija ni u budućnosti neće sasvim izbjeći sve dok se u nas ta dva sudišta, te uz njih i stalni Međunarodni kazneni sud u Haagu, budu nazivali zbirnim imenom “Haški sud”.

⁵⁰ To je potvrdio i sam Međunarodni sud u svojoj presudi. Cf. I.C.J. Reports 2007, para. 186.

ono protiv njega nije pokrenulo istragu pod političkim pritiscima izvan Tribunala. Ipak je Žalbeno vijeće Tribunala kasnije odustalo od toga testa jer je on mogao kompromitirati čitavo međunarodno kazneno pravosuđe.

U biti se o istome radi uvođenjem pojma "zajedničkoga zločinačkog pothvata" (joint criminal enterprise), koji također nije predviđen Statutom Tribunala. Tu se ne radi o namjeri kriminalizacije Domovinskoga rata u Hrvatskoj nego o nečemu mnogo prizemnijem. Naime, Tužiteljstvo može po toj osnovi optužiti svakoga vojnog zapovjednika na terenu kao supočinitelja stvarno počinjenih zločina kao navodnoga sudionika toga "zločinačkog pothvata".⁵¹ Ipak treba pričekati prve presude Prvostupanjskoga vijeća Tribunala. Ukoliko se ne postave visoki standardi u dokazivanju supočiniteljstva svakoga člana takve navodne skupine (actus reus, mens rea), tu će praksu Tribunala valjati kritizirati jednako kao i "test cjelovite kontrole".⁵²

Međunarodni je sud u presudi o genocidu iz 2007. godine iskazao tendencije sasvim suprotne navedenima. Nitko tome Sudu ne bi mogao prigovoriti što se strogo pridržavao svoje nadležnosti iz članka 9. Konvencije o genocidu iz 1948. godine, i što nije dopuštao da se taj zločin protegne na neka druga nedopuštena djela koja nisu obuhvaćena njezinim člankom 2. Tko je mislio da od toga Suda može ishoditi nešto više, sam je sebe zavaravao i zavaravao je druge.

Ali tu valja primijetiti da, u okviru svojih mogućnosti prikupljanja dokaza, država tužiteljica ne može zadovoljiti visoke kriterije za dokazivanje dolus specialis koje je utvrdio sam Sud. U tome se slučaju Sud morao osloniti na presude Kaznenoga tribunala za bivšu Jugoslaviju. Da one nisu bile izrečene, on sam ne bi bio u stanju obaviti svoje funkcije iz Konvencije o genocidu. To potiče na razmišljanje.

Napokon, u pitanjima pripisivosti genocida u Srebrenici Saveznoj Republici Jugoslaviji temeljem članka 3. te Konvencije, i u skladu s odgovarajućim odredbama Pravilâ Komisije za međunarodno pravo o odgovornosti država, Sud je u svom diskrecijskom odlučivanju ispoljio naklonost prema tuženoj državi, danas Srbiji. Prema našem mišljenju on je morao otvoriti mogućnost da se Srbija osudi na isplatu dijela odštete žrtvama iz Srebrenice zbog toga što je prekršila svoju pravnu obvezu prevencije toga zločina. Sumnjamo da će se ta naklonost Suda isplatiti.

Na kraju, ova će opširna rasprava ispuniti svoju svrhu ako ukaže na to da su zastupanje neke države pred Međunarodnim sudom i obrana optuženika pred

⁵¹ Tu se ne radi o obliku pomaganja kaznenoga djela u odnosu na njegova stvarnoga počinitelja, kako to predviđa članak 25(3)(d) Rimskoga statuta. Tu se radi o supočiniteljstvu svih navodnih članova skupine u zločinu.

⁵² To, međutim, pretpostavlja da hrvatsko pravosuđe procesuirá stvarne izvršitelje tih zločina, kao i njihove neposredne zapovjednike. S druge strane, ukoliko Tužiteljstvo i Tribunal pretjerano restriktivno tumače svoje ovlasti, to može izazvati opravdane proteste javnoga mnijenja, jer neki strašni zločini mogu ostati nekažnjeni ili krivci mogu dobiti simbolične kazne.

međunarodnim kaznenim sudištima iznimno zahtjevni zadaci. Da bi se ti poslovi uspješno obavljali, nije dovoljan završen studij prava i moguće položen pravosudni ispit uz praksu u domaćem pravosuđu. Potrebno je steći naobrazbu u složenim pitanjima koja su predmet ove rasprave i upoznati se s praksom međunarodnih sudišta. Naime, međunarodni odnosi postaju sve bogatiji i sve složeniji. To u pravnim studijima zahtijeva nov pristup, kako međunarodnom kaznenom pravu tako i međunarodnom javnom pravu, koje treba studirati kao sustavne cjeline.

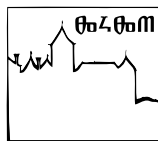
DECENNIUM *Možtanicense*

Zbornik radova

Collected papers

Deset godina rada Zavoda za kaznene znanosti Mošćenice
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

Urednik
Berislav Pavišić



Rijeka, 2008.