



# OKO Reporter o ratnim zločinima

**Broj 9**  
**Zima/proljeće 2009**



Одсек Кривичне Одбране  
*Odsjek Krivične Odbrane*  
CRIMINAL DEFENCE SECTION

# Sadržaj

## Novosti

Godišnji izvještajo radu OKO-a	3
Druga godišnja konferencija	5

## Članci i informacije

Zakonitost, autentičnost i upotreba dokaza	9
Objavljeni kriteriji	15
Element svjesne namjere za krivično djelo genocida	16
Udruženi zločinački poduhvat	22
Odgovornost države za krivično djelo prisilnog nestanka	27

## Izveštaji o predmetima

Sud BiH, predmet Todović i Rašević	34
Sud BiH, predmet Vrdoljak Ivica	34
Sud u Norveškoj, predmet Repak Mirsad	35
Sud BiH, predmet Lučić Krešo	35
Sud BiH, predmet Radić i dr.	36
Sud BiH, predmet Lelek Željko	



# Uvod

Poštovani čitaoci,

OKO Reporter je namjenjen advokatima angažovanim na predmetima posebnog Odjela I Suda BiH, kao i onima koji to trenutno nisu, a imaju interes da unaprijede svoje vještine u zastupanju u predmetima ratnih zločina te saznaju najnovije informacije iz zemlje i svijeta o razvoju međunarodnog prava primjenjivog na ove predmete. Reporter obrađuje pitanja međunarodnog humanitarnog prava, međunarodnog prava ljudskih prava, međunarodnog krivičnog prava, relevantne domaće i strane sudske prakse, te prakse međunarodnih sudova.

Ovaj broj donosi sažetke najnovijih odluka Suda BiH, godišnji izvještaj o radu Odsjeka krivične odbrane, izvještaj sa seminara kontinuirane edukacije u 2008. godini, te članke o zakonitosti, autentičnosti i upotrebi dokaza, udruženom zločinačkom poduhvatu, te odgovornosti države za krivično djelo prisilnog nestanka.

Nadamo se da će vam ovaj broj Reportera biti koristan i očekujemo vaše prijedloge i sugestije za naredna izdanja.

## Redakcija

**Jasmina Pjanić**, glavni i odgovorni urednik

**Džanela Mršević**, izvršni urednik

## OKO Reporter o ratnim zločinima

Odsjek krivične odbrane (OKO)

Skenderija 15

71000 Sarajevo

Bosna i Hercegovina

oko@okobih.ba

www.okobih.ba

+387 33 560 260

## Saradnici

Zahvaljujemo se pravnicima, pripravniciima i stažistima OKO-a koji su učestvovali u pripremi ovog broja. Zahvaljujemo se i autorima stručnih članaka, koji su dali saglasnost za objavljivanje članaka u OKO Reporteru.

## Prijava i objava članaka

Vaši članci o aktuelnim pitanjima i dešavanjima, kako u zemlji tako i u inostranstvu, od značaja za unaprijeđenje rada branilaca i odbrane predmeta ratnih zločina, su dobrodošli. Za detalje, molimo kontaktirajte urednika.

## Citiranje

OKO Reporter o ratnim zločinima može se citirati i to po godini, broju izdanja i stranici. Ova stranica u verziji na lokalnom jeziku je citirana kao (2009) 9 OKO RRZ 2, a ekvivalent na engleskom jeziku je (2009) 9 OKO WCR 2.

# Godišnji izvještaj

*O radu Odsjeka krivične odbrane u 2008. godini*

U toku prošle godine, OKO je uspješno realizirao svoj mandat kroz pružanje pravne i administrativne podrške braniteljima koji postupaju pred Sudom BiH, održavanje liste advokata ovlaštenih za postupanje pred posebnim Odjelima I i II Suda BiH, te organiziranje obaveznih stručnih edukacija za branitelje. OKO je također objavio i tri izdanja *OKO Reportera o ratnim zločinima*, a sve sa ciljem da se ovlaštenim braniteljima i drugim zainteresiranim stranama osigura deseminacija relevantnih informacija o ratnom pravu.

## Status OKO liste ovlaštenih advokata

Sa 31. decembrom 2008. godine, na OKO listi nalazilo se ukupno 208 advokata.

Od toga, 129 branitelja na listi Odjela I za ratne zločine, od kojih 110 ovlaštenih za postupanje u svojstvu glavnog branitelja i 19 u svojstvu dodatnog branitelja. Osim toga, ukupno 79 branitelja ovlašteno je da postupaju pred Odjelom II za organizirani kriminal, privredni kriminal i korupciju, od kojih 72 kao glavni, a 7 kao dodatni branitelji.

Ovi podaci, u usporedbi sa onima iz 2007. godine, predstavljaju smanjenje broja advokata ovlaštenih za postupanje pred Odjelom I za 9,2 % i povećanje broja advokata ovlaštenih za postupanje pred Odjelom II za 38,6%. Navedene izmjene u brojevima su većinom rezultat činjenice da određeni broj advokata ovlaštenih za postupanje pred Odjelom I, nisu ispunili kriterij kontinuirane stručne edukacije (CPT) zbog čega su skinuti sa liste Odjela I.

Nužno je napomenuti da kontinuirana stručna edukacija nije obavezan kriterij za branitelje koji postupaju pred Odjelom II, te da branitelji skinuti sa liste Odjela I nisu izgubili pravo da i dalje budu na listi Odjela II, te zastupaju u predmetima tog Odjela.

Prema statistikama, od 137 advokata ovlaštenih da postupaju pred Odjelom I Suda BiH koji su obavezni da pohađaju kontinuirano stručno usavršavanje do kraja perioda za koji se izvještava, 129 je ispunilo kriterij za 2008. godinu i pohađalo jedan dan kontinuirane stručne edukacije. Osim branitelja nisu ispunili kriterij, pa su skinuti sa liste ovlaštenih za zastupanje u predmetima ratnih zločina.

Kao što je i očekivano, u ovoj godini nije došlo do značajnije promjene u ukupnom broju ovlaštenih advokata. U ovom segmentu rada, OKO je bio usmjeren na održavanje liste, a ne na nove zahtjeve za prijem na listu. Ista situacija se očekuje i u narednoj godini.

## Timovi podrške odbrani

Tokom 2008. godine, OKO je nastavio svoje značajno uvećano učešće u sudskim postupcima i uzeo vrlo aktivnu ulogu u pružanju podrške braniteljima koji postupaju pred Odjelom I Suda BiH. Konkretna pravna podrška braniteljima pružena je kroz četiri internacionalizirane tima za podršku odbrani („TPO” koji se sastoje od domaćih pravnika potpomognutih jednim međunarodnim stažistom) koji pokrivaju četiri geografske regije u BiH. Imajući u vidu da većina međunarodnog prava i sudske prakse nije dostupna na BHS jezicima i da većina branitelja koji postupaju pred Odjelom I nisu specijalizirani u međunarodnom pravu, TPO-i svoju podršku braniteljima pružaju kroz pravno savjetovanje i pretrage međunarodnog prava i sudske prakse, komunikaciju i koordinaciju sa Međunarodnim krivičnim sudom za bivšu Jugoslaviju (MKSJ) i relevantnim domaćim i međunarodnim tijelima za pribavljanje i ovjeru dokaza i drugih materijala relevantnih za pripremanje uspješne odbrane, direktnu i indirektnu pomoć na glavnim pretresima, uključujući sačinjavanje pravnih podnesaka i pripremu svjedoka, pripremu sažetaka transkripata na BHS jezicima, izvještaja o aktuelnim pravnim diskusijama na forumima kao što su pravni časopisi i slično. TPO-i braniteljima u sudnici i van nje, također pružaju i druge vidove podrške, poput administrativne podrške i komunikacije sa različitim agencijama u interesu odbrane i organiziranja edukativnih programa.

Obzirom na ograničen ljudski potencijal, OKO je u prošlosti stavio prioritet na pružanje podrške braniteljima koji postupaju pred Odjelom I, pod pretpostavkom da predmeti Odjela II (organizirani kriminal, privredni kriminal i korupcija), za razliku od ratnih zločina, nisu toliko različiti od uobičajene pravne prakse. S početkom u 2008. godini, OKO je namjeravao uvećati svoju podršku braniteljima pred Odjelom II Suda, kroz pravnu podršku i stručno usavršavanje. Ipak, ova namjera nije realizirana zbog povećanog obima posla u predmetima ratnih zločina, te zbog prioriteta koje su stavili sami branitelji u postupcima pred Sudom BiH.

## OKO stručne edukacije

OKO pruža obuku za akreditiranje kao i kontinuiranu stručnu edukaciju advokatima koji već zastupaju ili koji žele da steknu ovlaštenje za zastupanje pred Sudom BiH. Tokom 2008. godine, OKO je organizovao dvadesetišest (26) stručnih edukacija što približno iznosi 300 sati nastave tj. obuke. Od ukupno 26 realiziranih,

sedam su bili dvodnevni, osnovni seminari za akreditiranje, gdje su ključne teme predavanja bile novo krivično zakonodavstvo i međunarodno humanitarno pravo, a održani su u Sarajevu i Banja Luci. Sa ciljem unaprijeđenja znanja o ratnom pravu, u 2008. godini OKO je također organizirao seminare kontinuirane stručne edukacije. Neki od 19 seminara kontinuirane stručne edukacije organizirani tokom godine su: „Napredne vještine odbrane“, „Teorija predmeta ratnog zločina, analiza predmeta i ispitivanje vještaka“, „Najbolji primjeri iz prakse: Direktno i unakrsno ispitivanje“, „Najbolji primjeri iz prakse: Uvodna i završna riječ“, „Uloga branilaca u promociji standarda pravičnog suđenja (Član 5. i 6. EKLJP)“, „Napredni seminar na temu Međunarodnog humanitarnog prava“, „Član 273. Zakona o krivičnom postupku BiH (Izuzeci od neposrednog izvođenja dokaza) i položaj stranaka u krivičnom postupku, „Korištenje dokaza pred Sudom BiH“, „Sudska praksa Ustavnog Suda BiH i redovnih sudova u krivičnim predmetima interesantnim za advokatsku praksu“, „Pozitivne državne obaveze: zaštita prava oštećenih stranaka u postupku sa aspekta EKLJP“, „Izmjene i dopune Zakona o krivičnom postupku i rasprava o mogućim izmjenama i dopunama Krivičnog zakona“, itd.

U 2008. godini, Odsjek krivične odbrane (OKO) potpisao je sporazum sa Istraživačkim institutom za međuregionalni kriminal i pravdu Ujedinjenih Nacija (UNICRI) a u vezi zajedničke organizacije četiri specijalizirana seminara. Od četiri planirana, tri seminara realizirana u saradnji sa UNICRI-jem, obradila su teme: „Sporazum o krivnji u predmetima ratnih zločina: Kako zaštititi prava vašeg branjenika i kako zaključiti dobar sporazum o krivnji“ i „Dokazi u predmetima ratnih zločina“.

Krajem godine, OKO je organizovao svoju drugu godišnju konferenciju pod nazivom „Međunarodno krivično pravo u praksi: Odbrana predmeta ratnih zločina“. Godišnja konferencija održana u Sarajevu, ugostila je više od 150 zvanica, predavača i učesnika, te je ocijenjena kao veoma uspješna. Učesnicima su predstavljene rezultati rada OKO-a, te su ujedno imali priliku da razmijene iskustva kao i da unaprijede svoje znanje iz oblasti međunarodnog humanitarnog prava.

U svim edukativnim programima organiziranim tokom godine, učešće su uzeli predavači, cijenjeni praktičari i eksperti iz BiH i inostranstva, uključujući MKSJ braniocima iz BiH i inostranstva, profesori prava iz SAD-a i BiH, iskusni branioci iz BiH i susjednih zemalja (Srbija, Crna Gora i Hrvatska) specijalizirani u krivičnom pravu, viši pravni savjetnici, registrari i sekretari sudova, te sudije Ustavnih i Vrhovnih sudova, visoki zvaničnici advokatskih komora, suci i tužioci MKSJ, visoki zvaničnici te predsjedavajući udruženja branilaca pred MKSJ i mnogi drugi. U skladu sa potrebama svih branilaca, u odnosu na prethodnu godinu, edukativni programi u 2008. godini bili su prvenstveno posvećeni kontinuiranom stručnom usavršavanju, a manje osnovnoj edukaciji. Ovaj trend nastaviti će se i u predstojećem periodu, obzirom da je lista ovlaštenih branilaca već formirana te se ozbiljnije izmjene ne očekuju. Obzirom na to, OKO namjerava i u budućnosti potencirati edukaciju već ovlaštenih advokata i njihovu specijalizaciju u oblasti međunarodnog humanitarnog prava i međunarodnog prava općenito.

U konačnici, ukupno 623 osobe su učestvovala u OKO programima edukacije tokom 2008. godine.

### **OKO Reporter o ratnim zločinima**

U 2008. godini, OKO je objavio i distribuirao tri izdanja OKO Reportera o ratnim zločinima, trenutno jedinu publikaciju na temu ratnog prava i prakse Suda BiH. Brojevi 6, 7 i 8 Reportera o ratnim zločinima objavljeni su samo na BHS jezicima (500 primjeraka svakog izdanja). Reporter na domaćim jezicima dostavljeni su svim advokatima sa OKO liste ovlaštenih, advokatskim komorama, bibliotekama (Sud BiH, Ustavni sud BiH), OKO predavačima, različitim vladinim i nevladinim agencijama i institucijama, kao i mnogim drugim zainteresiranim stranama. Reporter su korišteni kao promotivni materijal i kao takvi distribuirani i na OKO seminarima. OKO Reporter o ratnim zločinima je dostupan na internetu i može se besplatno preuzeti sa naše web stranice.

### **Pregovori o tranziciji**

Imajući u vidu predstojeću tranziciju planiranu za mjesec juli 2009. godine, tokom 2008. godine OKO je nastavio sa intenzivnim pregovorima sa predstavnicima advokatskih komora, Ministarstvom pravde BiH i drugim stranama zainteresovanim za budući mandat i pozicioniranje OKO-a u okvirima bosanskohercegovačke pravne zajednice. Zvaničnici i članovi advokatskih komora izrazili su veliku podršku OKO-u te istakli važnosti nastavka njegovog rada usmjernog na unaprijeđenje kvaliteta zastupanja pred Sudom BiH i šire.

OKO izražava zadovoljstvo što može naznačiti da je u ovoj godini napravio krupan korak u pogledu tranzicije kroz postizanje sporazuma između svih strana za prelazak pod ingerencije Ministarstva pravde BiH. U vezi s tim, kao što je i garantirano Sporazumom o tranziciji (potpisanim 26. septembra 2006. godine između Predsjedništva BiH i Ureda visokog predstavnika za BiH), OKO čvrsto zagovara tranzicioniranje svih svojih nadležnosti, a naročito sprovođenje edukativnih programa te pružanje pravne podrške braniocima koji zastupaju u predmetima ratnih zločina. Gubitak bilo koje od nadležnosti doveo bi do ozbiljne štete za rad branilaca i kvalitet zastupanja pred Sudom, te bi istovremeno ugrozio princip ravnopravnosti stranaka u postupku zagarantiran Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i temeljnim slobodama.

Detaljnije razmatranje tranzicije, njene održivosti kao i potencijalnih rizika, predmet je razgovora OKO-a i Ministarstva pravde BiH, i u prvoj polovini 2009. godine, a sa ciljem uspješne tranzicije sredinom godine.

## Druga godišnja konferencija

*Cjelodnevna godišnja konferencija u organizaciji Odsjeka krivične odbrane održana u Sarajevu, pripremila Sarah King, pripravnica u OKO-u*

13. decembra 2008. godine, u hotelu Radon Plaza otvorena je druga Godišnja konferencija Odsjeka krivične odbrane (OKO) obraćanjima Jasmine Pjanić-Njuhović, direktorice OKO-a, Fahrije Karkina, predsjednika Regionalne advokatske komore Sarajevo i Borislava Jamine, predstavnika Advokatske komore Republike Srpske.

Osvrnuvši se na napredak ostvaren u proteklih nekoliko godina i mogućnosti koje se u tom pravcu pružaju u narednom periodu, druga Godišnja konferencija OKO-a započela je obilježavanjem uspješne saradnje između Odsjeka krivične odbrane Ureda registrara Suda BiH i advokatskih udruženja u Bosni i Hercegovini.



Gđa. Pjanić-Njuhović izrazila je svoje zadovoljstvo nivoom saradnje ostvarenim u prethodnih nekoliko godina između njenog ureda i advokata koji postupaju pred Sudom BiH. Gospodin Karkin i gospodin Jamina naglasili su u kojoj je mjeri njihova saradnja sa OKO-om postala bitna u njihovom radu. Advokat Karkin je rekao da, iako je u početku imao određenih sumnji da mladi uposlenici OKO-a mogu pružiti dragocjenu pomoć u tako složenim predmetima, sada ima drugačije mišljenje. Takođe je dodao da se tokom godina saradnje sa ovim uredom uvjerio da je pomoć koju

pruža OKO visokokvalitetna, te da doprinosi njegovom uspješnom djelovanju u okviru pravnog sistema Bosne i Hercegovine. U duhu te saradnje, u toku dana imali smo priliku slušati predavače, vrhunске stručnjake u ovoj profesiji, od onih sa područja bivše Jugoslavije, do onih iz Haga. Oko 150 učesnika imalo je priliku uživati u informativnim izlaganjima svojih kolega o stanju međunarodnog prava u pogledu relevantnih pitanja, strategijama na suđenju i izazovima s kojima se suočava pravna profesija.

Među istaknutim uvodničarima bili su i: Vasvija Vidović, branilac u predmetima *Tužilac protiv Delića* i *Tužilac protiv Orića* pred MKSJ-om; Thomas Hannis, tužilac, Tužilaštvo, MKSJ; sudija Iain Bonomy QC /*Queens Counsel odnosno Kraljičin zastupnik, op. prev.*/, MKSJ; sudija Bakone J. Moloto, MKSJ; Tomislav Višnjčić, branilac u krivičnim predmetima iz Advokatske komore Srbije; Ljubiša Drageljević, branilac u krivičnim predmetima iz Hrvatske odvjetničke komore.

Izlaganja o temama započela su uvodnim izlaganjem gđe. Vidović koja je govorila o pravu iz oblasti komandne odgovornosti. Tom prilikom učesnicima je izložila sveobuhvatnu definiciju ovog principa, kao i niz načina na koje se ova teorija treba razmatrati u kontekstu odbrane u predmetima ratnih zločina. Pažljivo analizirajući odredbe relevantnih propisa koje se odnose na komandnu odgovornost, gđa. Vidović je navela sve elemente koje tužilac mora dokazati da bi se ispunili uslovi za ovaj stepen krivične odgovornosti, te je s tim u vezi pozvala sve prisutne advokate da u svojim strategijama odbrane uzmu u obzir sve ove elemente.

Gđa. Vidović naglasila je da se zakonske odredbe o komandnoj odgovornosti kojima se u svom radu koristi MKSJ<sup>1</sup> podudaraju sa odredbama koje koristi i Sud BiH<sup>2</sup>. U tom pravcu, predložila je da pravnici razmotre sudsku praksu sadržanu u nekoliko presuda MKSJ-a radi detaljnije analize primjene ovih odredbi u praksi. Među predmetima čije je proučavanje posebno preporučila su predmeti: *Čelebići*, *Blaškić*, *Hadžihasanović* i *Kubura*, *Kordić* i *Čerkez*<sup>3</sup>.



Nakon gđe. Vidović, g. Thomas Hannis dao je kratke uvodne podatke o MKSJ-u nakon čega je uslijedilo izlaganje o izazovima s kojima se suočavaju pravni zastupnici koji postupaju pred Tribunalom. G. Hannis grupisao je ove izazove u nekoliko kategorija, uz dodatnu grupu koja se odnosi na razna pitanja. Ove kategorije su: politički izazovi, izazovi u istrazi, krivičnom gonjenju i vođenju suđenja, te izazovi procesne prirode.

1 Statut Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, član 7.

2 Krivični zakon Bosne i Hercegovine, član 180.

3 *Mucić i dr.*, IT-96-21; *Blaškić*, IT-95-14; *Hadžihasanović i Kubura*, IT-01-47; *Kordić i Čerkez*, IT-95-14/2.

G. Hannis je naglasio da se politički izazovi ogledaju u podršci misiji Tribunala i saradnji u njegovom radu (ili izostanku takve saradnje). Takođe je dodao sa stanovišta vođenja istraga da se MKSJ suočava sa ogromnom količinom materijala, te da je od vremena svog osnivanja naovamo Tribunal raspolagao različitim obimom istražnih kapaciteta za rad na velikom broju predmeta i određivanje prioriteta u radu. Izazovi sa kojima se suočava Tužilaštvo u krivičnom gonjenju identični su nekim od izazova koji se pojavljuju u istrazi, s obzirom da se u saradnji s istražnim timovima nastoje sortirati prikupljeni dokazi i odrediti u kojim predmetima treba odmah podići optužnicu.

Što se tiče izazova u vođenju suđenja, g. Hannis je rekao da će veći dio te diskusije prepustiti uvažanim sudijama koji će se prisutnima obratiti kasnije u toku poslijepodneva, ali je ipak napomenuo da su neki od izazova identični onima s kojima se suočavaju Tužilaštvo i istražni timovi o kojima je ranije bilo više riječi. Konačno, g. Hannis je detaljno govorio o mnogim procesnim pitanjima kojima se MKSJ mora baviti u svom radu. Među njima su i poteškoće koje uzrokuje postupanje prema jednom potpuno jedinstvenom pravilniku, uz jedinstvenu brigu u pogledu zaštite svjedoka, jednakost strana u postupku i konzistentnost u rješavanju predmeta koji su ocjenjeni kao najsloženiji. G. Hannis je završio svoje izlaganje pozvavši prisutne advokate da budu oprezni, vjerodostojni i što je najvažnije – da ostanu vjerni sebi.

Sudija Bonomy je započeo svoje izlaganje sugestijom da advokati trebaju stvoriti poslovnu atmosferu u sudnici uz određenu dozu humora, nakon čega je izložio niz faktora koje je potrebno uzeti u obzir prilikom pripreme strategije za suđenje i praktičnog postupanja. On je pozvao advokate da se u svom radu vode principom zdravog razuma. Takođe je dodao da je treća bitna vještina advokata da zna kada treba šutjeti, iako to ponekad može biti teško.



U svojim komentarima o postupku, sudija Bonomy je naglasio tri važne teme. Što se tiče prve teme, odnosno zaštite svjedoka, rekao je da iako je ovo pitanje od izuzetne važnosti advokati takođe imaju obavezu da doprinesu da suđenje bude javno u onoj mjeri u kojoj je to moguće obezbijediti. S tim u vezi, sudija Bonomy je dao opštu napomenu naglasivši važnost obavezne pripreme strategije za suđenje, pri čemu je potrebno osigurati da svaka rezervna teorija bude usklađena sa pripremljenom strategijom, te da Vi kao pravni zastupnik, sve vrijeme imate kontrolu nad izvođenjem dokaza tako što ćete prethodno odrediti prioritete i biti ekonomični u tom procesu. On je zaključio jutarnju sesiju s još jednom sugestijom procesne prirode naglasivši veliku korist koju i optuženi i sâm postupak mogu imati od efikasnog pregovaranja o krivici. Pozvao je advokate da uvijek imaju to na umu kao jednu od mogućih opcija sve vrijeme tokom postupka.

Drugi dio konferencije započeo je žustrom debatom i aktivnim učešćem prisutnih, dok je sudija Moloto sa MKSJ-a uvodio temu efikasnih stilova i strategija unakrsnog ispitivanja. Naglasivši da će se strategija razlikovati od osobe do osobe, sudija Moloto je prisutnima ponudio savjete u pogledu onoga što je njemu najbolje odgovaralo tokom njegove prakse.

Na samom početku svog izlaganja rekao je da, iako se smatra da se na Sudu BiH primjenjuje hibridni pravni sistem, karakteristike ovog sistema su u velikoj mjeri preuzete iz tradicije anglosaksonskog prava. Imajući to u vidu, naglasio je da je način obavljanja unakrsnog ispitivanja u adversarnom sistemu nešto drugačiji s obzirom da je na zastupnicima optužbe i odbrane odgovornost da sudiji ili sudskom vijeću ukažu na sve bitne detalje.

Sudija Moloto je pozvao pravne zastupnike da prije početka glavnog pretresa analiziraju predmet kako bi uočili prednosti i slabosti obje strane u postupku. Po njegovim riječima, nakon što obave ovu analizu zastupnici će tačno znati na šta se žele fokusirati u okviru unakrsnog ispitivanja. On je rekao da ukoliko svjedok u svom iskazu ne može reći ništa što bi dodatno učvrstilo vjerodostojnost vaših argumenata, razotkrilo slabosti u argumentaciji suprotne strane ili diskreditovalo vjerodostojnost suprotne strane, on lično ne bi postavio nijedno jedino pitanje u unakrsnom ispitivanju.

Gospodin Moloto je naglasio da je kontrola nad svjedokom u svakom trenutku jedna od najvažnijih stvari koju advokat mora postići u toku unakrsnog ispitivanja. Svoju prezentaciju završio je nizom praktičnih i primjenjivih savjeta koji služe za ostvarenje ovog cilja:

- Postavljajte kratka pitanja
- Postavljajte pitanja koja u sebi sadrže samo jednu činjenicu – na ovaj način, kada svjedok potvrdi ono što je rečeno nema nikakvih nedoumica o tome šta je zapravo potvrdio
- Nikada ne postavljajte pitanja na koja se ne može odgovoriti sa da ili ne, odnosno davanjem konkretne informacije
- Iznesite konstataciju s kojom se svjedok može složiti ili ne složiti
- Nastojte od svjedoka dobiti odgovore sa da ili ne, a ne objašnjenja
- Svjedoku se obraćajte na način kako biste se obraćali prijatelju
- Nemojte unaprijed pisati pitanja i prestajati slušati svjedokove odgovore
- Gledajte svjedoka u oči sve vrijeme ispitivanja – razgovarajte sa svjedokom, ne sa sudijom

Nemojte biti pohlepni – kada ste od svjedoka dobili ono što ste željeli, sjedite na vaše mjesto.

Glavna tema izlaganja g. Višnjića bila je komunikacija između pravnika koji postupaju pred MKSJ-om i nadležnih državnih organa. Posebnu pažnju posvetio je situacijama kada je intervencija suda (sudsko rješenje ili nalog) potrebna, ili se podrazumijeva, za ostvarivanje takve komunikacije.

Član 29. Statuta MKSJ-a predviđa obavezu države da sarađuje sa Tribunalom u istrazi i krivičnom gonjenju optuženih osoba. U tijesnoj vezi s članom 29. je Pravilo 54 Pravilnika o postupku i dokazima MKSJ-a. Ovo



pravilo predviđa da na zahtjev bilo koje strane ili *proprio motu*, sudija ili pretresno vijeće mogu izdavati naloge, sudske pozive, naloge *subpoena*, naloge za hapšenje i dovođenje i druge naloge koji su potrebni za vršenje istrage ili pripremu i vođenje suđenja.

Gospodin Višnjić je naglasio da je nakon odluke u predmetu *Blaškić* prvobitno pravilo dopunjeno Pravilom 54*bis*. Pravilo 54*bis* sada propisuje uslove pod kojima strane mogu zatražiti od pretresnog vijeća izdavanje naloga.

Nadalje, g. Višnjić je diskutirao o stvarnom načinu komunikacije između pravnika i nadležnih državnih organa. Kada ove dvije strane sarađuju to čine slijedeći jedan od dva moguća modela saradnje. Prvo, postoje zemlje koje sarađuju na osnovu opštih pravila o pravnoj pomoći, i drugo, postoje zemlje koje svoju obavezu saradnje ispunjavaju na osnovu zakona ili drugih posebnih akata kojima se reguliše saradnja s Tribunalom. Primjer drugog modela je Nacionalni savet Srbije, posebno tijelo koje je osnovano u tu svrhu. Nacionalni savet sarađuje sa MKSJ-om u vezi sa statusom optuženih koji su državljani Srbije, ostvarivanjem njihovog prava na odbranu, te položajem svjedoka i pristupom arhivama. G. Višnjić je napomenuo da sva komunikacija između strana u toku takve saradnje mora biti u pismenoj formi.

Advokat Višnjić je zaključio svoje izlaganje opaskom da je u mnogim slučajevima cilj ove saradnje pribavljanje materijalnih dokaza. Imajući to na umu, advokati treba da znaju da se uspjeh u ovim nastojanjima često postiže samo uz veliku istrajnost.

Posljednji govornik tog dana bio je g. Drageljević iz Advokatske komore Hrvatske. G. Drageljević je izložio svoja zapažanja i zaključke u pogledu određenih aspekata odbrane u predmetima ratnih zločina. Govorio je o svojim ličnim iskustvima i iskustvima kolega koji postupaju pred sudovima u Hrvatskoj.

Advokat Drageljević je dao konkretne primjere iz prakse koji su postali sastavni dio pravosnažnih presuda u predmetima ratnih zločina. Takođe je spomenuo i nekoliko predmeta u kojima se trenutno vodi postupak pred različitim sudovima u Republici Hrvatskoj. Osim toga, pojasnio je geslo koje se sada provodi u praksi: prije 2002. godine, izjava "U obrambenom ratu nema mjesta ratnim zločinima" karakterizirala je sudsku praksu u Republici Hrvatskoj. Međutim, nakon 2002. godine, vlada je promijenila svoje stajalište i dozvolila mogućnost da su i odbrambene snage počinile ratne zločine.

On je spomenuo dva sudska postupka koji se trenutno vode u Hrvatskoj, a za koje smatra da adekvatno odražavaju cijelu njegovu diskusiju. Radi se o predmetima *Gospić* i *Medački džep*. Advokat je detaljnije govorio o ovim predmetima, kao i o problemima koji su se pojavljivali tokom postupka.

On je dao još nekoliko primjera iz prakse u svrhu demonstriranja sadašnjeg modela postupanja u predmetima ratnih zločina u Republici Hrvatskoj. U zaključku g. Drageljević je konstatovao da za uspješno vođenje ovih postupaka moraju postojati dva osnovna elementa. Prvo, svijest ljudi u društvenoj zajednici mora biti na tom nivou zrelosti da se prepozna potreba za krivičnim gonjenjem ovih osoba, i drugo, mora postojati politička volja da se osobe osumnjičene za ratne zločine izvedu pred sudove. G. Drageljević je konstatovao da u Hrvatskoj još nije dovoljno sazrela svijest da oni koji se sumnjiče za ratne zločine treba da budu izvedeni pred sud.

Godišnja konferencija OKO-a za 2008. godinu uspješno je privedena kraju prijemom za uvodničare i sve prisutne. Učesnici su uživali u prilici da razmijene mišljenja o temama o kojima je bilo govora u toku dana, kao i da uspostave veze sa kolegama iz cijele Evrope i sa područja Balkana. Cjelokupno osoblje Odsjeka krivične odbrane zahvaljuje se učesnicima na njihovom aktivnom učešću na konferenciji i raduje se budućim susretima i uspješnoj saradnji u ovoj oblasti.

# Zakornitost, autentičnost i upotreba dokaza<sup>1</sup>

*Pripremio Aldin Lejlić, advokat*

## I Uvodne napomene

Analizirajući način upotrebe dokaza pribavljenih protivno odredbama o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima u postupcima pred Sudom BiH, očigledna je zloupotreba i nezakornitost tih dokaza. Naime, Tužilaštvo BiH je sa Državnim odvjetništvom Republike Hrvatske (u daljem tekstu: RH) potpisalo Protokol o suglasnosti u ostvarivanju međusobne saradnje u borbi protiv svih oblika teškog kriminala (u daljem tekstu: Protokol). Na osnovu tog Protokola ta dva organa međusobno razmjenjuju dokaze koje Tužilaštvo BiH koristi u postupcima pred Sudom BiH, izbjegavajući na taj način postupanje shodno odredbama o pružanju međunarodne pravne pomoći, a što je regulisano Evropskom konvencijom o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima (u daljem tekstu: Konvencija), Drugim dodatnim protokolom uz Konvenciju (u daljem tekstu: Drugi dodatni protokol), Sporazumom između Bosne i Hercegovine i Republike Hrvatske o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima (u daljem tekstu: Sporazum), Zakonom o krivičnom postupku BiH (u daljem tekstu: ZKP BiH), kao i neizbježnim odredbama Evropske konvencije o ljudskim pravima (u daljem tekstu: EKLJP) i Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (u daljem tekstu: Međunarodni pakt).

Svi navedeni dokumenti se mogu smatrati izvorima Međunarodnog javnog prava u oblasti međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima, dok Evropska konvencija sa svojim dodatnim protokolima predstavlja određenu unifikaciju odredaba instituta međunarodne pravne pomoći. Dakle, ono što je bitno napomenuti je da u saradnji između dvije države prevagu i pravilo u postupanju, kada se radi o pomoći u krivičnim predmetima, preuzimaju naprijed navedene odredbe i to iz jednostavnog razloga. Prvi razlog je jedan od osnovnih postulata međunarodnog javnog prava kao samostalne grane prava, a to je da pravnu snagu višu od zakona imaju samo i jedino odredbe međunarodnih ugovora, sporazuma i konvencija ratifikovanih od strane nadležnog organa države, u postupku i na način predviđen za ratifikaciju takvih dokumenata. Na taj način tim odredbama se daje viša pravna snaga od zakona, jer one postaju integralni dio Ustava te države.

Ovo znači da je jedino ovakav postupak primjenljiv i u BiH. Dovoljno je pogledati Anex 1 uz Ustav BiH, pa se može primijetiti koji su to međunarodni dokumenti, samo iz oblasti ljudskih prava, priznati kao integralni dio Ustava.

Posmatran iz ove perspektive, dokument o saradnji između Tužilaštava BiH i RH, kao i informacije i dokumentacija pribavljena na osnovu tog dokumenta, može biti samo internog, informativnog i operativnog karaktera. Dakle, nikako se dokumenti pribavljeni na osnovu takve saradnje ne mogu koristiti kao dokazi u krivičnom postupku pred sudom BiH. Tim prije što je čak i normama ZKP- a BiH predviđeno da se u slučajevima internacionalizacije krivičnog djela, dokazi relevantni za dokazivanje određenih činjenica, a koji potiču iz druge države, mogu dobiti i koristiti u krivičnom postupku jedino ukoliko su pribavljeni u skladu sa odredbama instituta međunarodne pravne pomoći. Prateći prednje navode, evidentne su sljedeće manjkavosti Protokola i to:

- Formalna manjkavost takvog dokumenta, odnosno nije izvršena njegova ratifikacija od strane nadležnog organa BiH u postupku i na način predviđen za to.
- Zabrana korištenja dokumentacije pribavljene putem Protokola, koja zabrana je propisana ZKP- om BiH.

Ovo bi bili nedostaci koji su odmah uočljivi i lako se mogu argumentirati.

Iako će Protokol biti sastavni dio ovog teksta, kao i ostali naprijed navedeni dokumenti, ipak ćemo se ovom prilikom osvrnuti na njegove pojedine odredbe.

Krenut ćemo od početka pa ćemo citirati jednu odredbu koja kaže:

"Sudionici će surađivati u skladu s odredbama ovog Protokola, te će jedan drugome pomagati na zahtjev ili na vlastitu inicijativu, u skladu s odredbama ovog Protokola, a pridržavajući se kod toga zakona i propisa svojih država"<sup>2</sup>.

1 Puni naziv članka: "Zakornitost, autentičnost i upotreba dokaza u postupcima pred Sudom BiH, pribavljenih na teritoriji R Hrvatske i Srbije u skladu sa njihovim krivično-procesnim zakonodavstvom, a dostavljeni Tužilaštvo BiH u skladu sa odredbama Protokola o suglasnosti u ostvarivanju međusobne saradnje u borbi protiv svih oblika teškog kriminala"

2 Član 1 Protokola

Evidentno je da je članom 1. Protokola prihvaćen suverenitet ZKP-a BiH. Međutim da li se Tužilaštvo pridržavalo zakona i propisa svoje države vidjet ćemo u nastavku teksta.

"Međunarodna krivičnopravna pomoć pruža se po odredbama ovog zakona, ukoliko zakonom Bosne i Hercegovine ili međunarodnim ugovorom nije što drugo određeno"<sup>3</sup>.

Imajući u vidu član 407. ZKP- a BiH, a da bismo dokazali da po pitanju pružanja međunarodne pravne pomoći ništa drugo nije propisano zakonom BiH, citirat ćemo još jednu odredbu ZKP-a BiH, koja kaže:

"Molbe Suda, odnosno Tužitelja za pravnu pomoć u krivičnim predmetima dostavljaju se inozemnim organima diplomatskim putem, tako što Sud, odnosno Tužitelj molbe dostavlja nadležnom ministarstvu Bosne i Hercegovine"<sup>4</sup>.

Ovo znači, a u skladu sa opštim odredbama o međunarodnoj pravnoj pomoći iz člana 407. ZKP- a BiH, da domaćim krivičnim zakonodavstvom definitivno ništa nije propisano što bi isključivalo primjenu instituta međunarodne pravne pomoći, odnosno pribavljanja dokumentacije i dokaza putem nadležnog ministarstva BiH.

Alternativno što je propisano navedenim članom, kao mogući izuzetak od primjene odredaba ZKP- a, jeste međunarodni ugovor. Međunarodni ugovor između dvije države, BiH i RH, u ovom slučaju predstavlja Sporazum, pa ćemo se u nastavku teksta pozabaviti i odredbama Sporazuma, koje odredbe govore o načinu saobraćanja, po pitanju međunarodne pravne pomoći, između ove dvije države:

"Nadležni organi država ugovornica saobraćaju, postupajući po ovom Sporazumu, sa strane Bosne i Hercegovine putem Ministarstva civilnih poslova i komunikacija Bosne i Hercegovine, a sa strane Republike Hrvatske putem Ministarstva pravosuđa, uprave i lokalne samouprave Republike Hrvatske.

Odredba prvog stava ovog člana ne isključuje saobraćanje diplomatskim odnosno konzularnim putem.

U hitnim slučajevima nadležni organi države ugovornice mogu upućivati molbe i obavijesti predviđene ovim Sporazumom nadležnim organima druge države ugovornice putem Međunarodne organizacije kriminalističke policije (INTERPOL).<sup>5</sup>"

Dakle, niti međunarodnim ugovorom između dviju država, a u smislu odredaba člana 407. ZKP- a, ništa takvo nije propisano.

Logičan zaključak, na osnovu svega rečenog, koji se može izvući je da je Protokol, i to krenuvši od prvog člana, u suštij suprotnosti sa odredbama člana 407. ZKP- a BiH. ZKP je takođe propisao koji je to postupak po kojem će se postupati u slučajevima međunarodne pravne pomoći, a što je sadržano u odredbama člana 408. ZKP-a, sa kojim članom je Protokol kao dokumenat u cjelosti inkompatibilan.

Sljedećom odredbom Protokola kaže se:

"Pomoć može posebno uključivati;

- a) pribavljanje i razmjenu obavještenja, izvještaja i dokumenata kada za to nije potrebna prisila, uključujući i izjave osumnjičenika ili drugih osoba,
- b) izmjenjivanje informacija koje omogućuju ili doprinose istraživanju ili spriječavanju kriminalnih djelatnosti,
- c) razmjenjivanje zakona i drugih zakonskih propisa iz područja krivičnog prava i drugih područja kada je to potrebno za vođenje krivičnog postupka,
- d) po potrebi razmjenjivanje pravnih shvatanja iz krivično – pravnog područja,
- e) razmjenu ostalih podataka, poput brojeva telefona, faxova, e-mail adresa i sl"<sup>6</sup>.

Odredbe člana 2. Protokola su tako formulisane da neodoljivo podsjećaju na činjenicu da je ovaj Protokol zaista interno-informativno-operativnog karaktera i ništa više.

Sljedeća odredba Protokola, koja je veoma bitna kaže:

"Ovaj Protokol neće spriječavati sudionike da koriste i druge zajedničke prihvatljive oblike suradnje, pridržavajući se kod toga zakona, propisa i postupaka svojih država.

Ništa u ovom Protokolu neće utjecati na prednost primjene odredaba međunarodnih instrumenata o međunarodnoj sudskoj pomoći"<sup>7</sup>.

Postavlja se pitanje zašto bi se u Protokolu, koji treba da zamijeni institut međunarodne pravne pomoći i koji treba da predstavlja skraćenje puta i smanjenje gubitka vremena u odnosu na diplomatski put, ugrađivala jedna ovakva odredba, kao što je to učinjeno u stavu 2. navedenog člana Protokola?

3 Član 407. ZKP- a BiH

4 Član 408. ZKP- a BiH

5 Član 4. Sporazuma, koji je ratifikovan Odlukom Predsjedništva BiH br. 01-011-1482-9/05 na sjednici održanoj dana 26.10.2005 g., objavljene u Sl. gl. BiH br. 11 od 08.12.2005 g.

6 Član 2. Protokola

7 Član 3. Protokola

Po našem mišljenju iz čistog razloga jer je i Tužilaštvo svjesno da ne smije, ne može i da nije ovlašten organ koji može zaključivati pravno obavezujuće međudržavne sporazume, ugovore ili slične dokumente.

Ako smo vidjeli da je međunarodni sporazum između BiH i RH ratifikovan od strane Predsjedništva BiH, i to se radi o sporazumu koji je davne 1996 g. zaključen i koji je naknadno samo preuzet navedenom odlukom, onda je jasno da je ovakav Protokol trebao biti ratifikovan od strane Predsjedništva BiH, kako bi mu se dala pravna snaga, kojom bi njegove odredbe dobile primat pred ZKP- om BiH.

Umjesto ovog sasvim logičnog i zakonitog rješenja, na kraju teksta završnih odredaba Protokola stoji:

**"Gore izneseni zapis predstavlja suglasnost postignutu između državnih tužilaca"?????**

Ako uzmemo u obzir da je članom 1. Sporazuma rečeno da se isti ratificira po dobijenoj saglasnosti Parlamentarne skupštine BiH na osnovu Odluke broj 218/05 od 05.10.2005 g., da je Odluku o ratifikaciji donijelo predsjedništvo BiH na svojoj sjednici, kao i da su Sporazum potpisali najviši dužnosnici obiju zemalja, tadašnji ministar civilnih poslova BiH Svetozar Mihajlović i zamjenik ministra vanjskih poslova RH Vesna Cvjetković – Kurelec, onda je potpuno jasno da je Protokol, potpisan od strane državnih tužilaca BiH i RH, u međunarodnom pravnom prometu nevažeći dokument.

## II Odredbe Bečke konvencije o ugovornom pravu

Nije potrebno posebno napominjati da se vlast u jednoj državi dijeli na pravosudnu, izvršnu i zakonodavnu. Ta tripartitna podjela vlasti, upravo omogućuje svakoj od njih da se bave poslovima iz svog djelokruga. U skladu s tim, sasvim je jasno da je potpisivanje i obavezivanje međunarodnim ugovorima na određene činidbe, ustupke i povlastice, u isključivom djelokrugu izvršne vlasti. Dakle, pravosudna vlast nema i ne može imati nikakav uticaj, a kamoli ovlast na zaključivanje takvih ugovora. Pravosudna vlast eventualno može biti i jeste instrumenat izvršenja pojedinih ugovora ali na tome se završava sva uloga pravosudne vlasti.

Radi bolje ilustracije ovih navoda prezentirat ćemo sljedeće odredbe:

"1. Jedno lice se smatra predstavnikom države u cilju usvajanja ili overavanja teksta nekog ugovora ili izražavanja pristanka države da bude vezana ugovorom:

- a) ako podnese odgovarajuće punomoćje; ili
- b) ako proizilazi iz prakse zainteresovanih država ili drugih okolnosti da su imale nameru da ovo lice smatraju kao predstavnika države u tom cilju i da ne zahtevaju podnošenje punomoćja.

2. Na osnovu svojih funkcija i bez obaveze podnošenja punomoćja smatraju se kao predstavnici svoje države:

- a) šefovi država, šefovi vlada i ministri inostranih poslova, za sve akte koji se odnose na zaključenje ugovora;
- b) šefovi diplomatskih misija, za usvajanje teksta ugovora između države koja akredituje i države kod koje se akredituje;
- c) akreditovani predstavnici država na međunarodnoj konferenciji ili kod međunarodne organizacije ili nekog njenog organa, za usvajanje teksta ugovora na toj konferenciji, u toj organizaciji ili tom organu"<sup>8</sup>.

Da je državni tužilac bio ovlašten na zaključivanje Protokola od strane organa izvršne vlasti, a u skladu sa stavom 1. citiranog člana, onda bi se moralo u samom dokumentu konstatovati da je isti potpisan od strane opunomoćenog lica, te bi se generalije iz punomoći morale unijeti u dokument, kako bi se stekao uvid u iste. Državni tužilac nije imao punomoć, znači da je dokument, sa aspekta Međunarodnog javnog prava, neupotrebljiv u pravnom prometu.

Stav 2. govori sam za sebe i ne treba ga obrazlagati, znači da je i po toj odredbi Protokol neupotrebljiv u pravnom prometu.

"Akt koji u vezi sa zaključenjem ugovora izvrši lice koje se, na osnovu člana 7, ne može smatrati ovlašćenim da predstavlja državu u tom cilju, bez pravnog je dejstva, osim ako ga ta država docnije ne potvrdi"<sup>9</sup>.

Još jedna odredba koja nedvojbeno i nedvosmisleno ide u prilog tvrdnji da je Protokol zaista nevažeći pravni dokument u međunarodnom prometu, a samim tim, obzirom da mu je to bila i glavna svrha u koju je i zaključen, i u domaćem pravnom prometu. Protokol nikada nije potvrđen od strane BiH, čak naprotiv Protokol je zaključen dana 21.01.2005 g., a BiH je dana 26.10.2005 g. ratificirala Sporazum. Ovo znači da je BiH kao država izrazila želju za saradnjom sa RH u pogledu pružanja međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima ali samo i isključivo u skladu sa Sporazumom, a nikako u skladu sa Protokolom koji nigdje u Sporazumu nije ni spomenut.

Obzirom da smo naprijed u tekstu naveli da su odredbe međunarodnih ugovora imperativne i imaju višu pravnu snagu od domaćih zakona potvrdit ćemo i sljedećom odredbom koja kaže:

"Jedna članica ne može se pozvati na odredbe svog unutrašnjeg prava da bi opravdala neizvršavanje ugovora. Ovo pravilo ne ide na uštrb člana 46"<sup>10</sup>.

8 Član 7. Bečke konvencije o ugovornom pravu, potpisane 23. marta 1969. godine u Beču, u originalu na engleskom, kineskom, španskom, francuskom i ruskom jeziku

9 Član 8. Bečke konvencije o ugovornom pravu

10 Član 27. Bečke konvencije o ugovornom pravu

Potpuno jasna odredba, koja u potpunosti ide u prilog naprijed izrečenoj tvrdnji.

Da ne bi bilo nekih nejasnoća ili mogućih dvojbi oko člana Bečke konvencije koji se spominje u prethodnoj odredbi, isti ćemo ovdje citirati:

"Jedna država se ne može pozvati na činjenicu što je njen pristanak da bude vezana ugovorom izražen na taj način što se narušava odredba njenog unutrašnjeg prava u vezi sa nadležnošću za zaključenje ugovora, kao na slučaj manljivosti, osim ako ova povreda nije bila očigledna i ne odnosi se na neko pravilo unutrašnjeg prava od suštinskog značaja.

Povreda je očigledna ako je objektivno jasna za svaku državu koja u tom pogledu postupa prema uobičajenoj praksi ili dobronamerno"<sup>11</sup>.

Istražujući pravnu literaturu i propise kojima smo se služili u ovom tekstu, probali smo poći i od činjenice da je moguće da je normama međunarodnog prava negdje propisan i ovakav slučaj. Znači, nemogućnost opoziva jednom sklopljenog međudržavnog ugovora ukoliko ga je sklopilo neovlašteno lice, odnosno predstavnik države. Međutim, da bismo uopšte pristupili ozbiljnijem razmatranju ove odredbe i njenoj primjeni na konkretan problem na koji ukazujemo u ovom tekstu moramo poći od činjenice da se međudržavni ugovori sklapaju između država i da su države stranke, odnosno članice tog ugovora. U tom slučaju ako se pogleda preambula Protokola vidi se da se kao ugovorne strane pojavljuju dva tužilaštva, a ne dvije države, samim tim na takav dokumenat se ni u kom slučaju ne može primijeniti ova odredba.

Čak je i stav 2. izričit po tom pitanju, a uobičajena praksa između BiH i RH prilikom potpisivanja pravno valjanih i obavezujućih međudržavnih ugovora je da se ti ugovori potpisuju i ratifikuju na državnom nivou. Kao dokumenat koji bi mogao poslužiti kao dokaz koji ide u prilog ovoj tvrdnji navodimo Sporazum.

Međutim, da bismo konačno i u potpunosti otklonili svaku sumnju u pogledu pravne sposobnosti za zaključenje međunarodnog ugovora, citiramo sljedeću odredbu koja kaže:

"Svaka država ima sposobnost da zaključuje ugovore"<sup>12</sup>.

Prema ovome samo i isključivo država je suvereni nosilac, odnosno titular takvog prava.

Ovom prilikom ćemo još napomenuti i činjenicu da su međunarodne konvencije dokumenti, odnosno instrumenti kojima se obezbjeđuje poštivanje određenih međunarodnih i opšte priznatih normi. Međutim, obzirom da su odredbe konvencija uglavnom uopštene, data je mogućnost državama zasebno, da kao članice određene konvencije sklapaju detaljnije bilateralne ugovore, koji ugovori su iz domena konvencije i kojima će razraditi pojedine odredbe koje su od značaja u međusobnom pravnom prometu tih država. Opšte je pravilo Međunarodnog javnog prava da bilateralni ugovori između država i specifične i precizne odredbe tih ugovora imaju primat u primjeni u odnosu na uopštene odredbe konvencija ali samo između država potpisnica tog ugovora. Ovo je bitno istaći iz razloga što je saradnja između BiH i RH u krivičnim stvarima detaljno regulisana Sporazumom i nema mjesta za primjenu niti jednog drugog međunarodnog dokumenta, pa čak ni Konvencije, a kamoli odredaba Protokola sastavljenog i potpisanog od strane državnih tužilaštava ove dvije zemlje. Pravo prvenstva primjene Konvencije u odnosu na Sporazum može doći u obzir samo po onim pitanjima koja nisu regulisana Sporazumom ali u svim drugim aspektima Sporazum ima pravo prvenstva u primjeni nad Konvencijom.

### III Odredbe Konvencije

Kada već govorimo o Konvenciji, ovom prilikom ćemo se dotaći i nekih njenih odredaba kako bismo pokazali da ideja o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima i postupak za njeno ostvarivanje datiraju još od prije više od pola stoljeća.

**"Zahtjev za pružanje pravne pomoći, kao i za dostavljanje informacija bez prethodno upućenog zahtjeva, Ministarstvo pravde strane molilje uputiti će Ministarstvu pravde zamoljene strane i vratiti će se istim putem. Sudski organi strane molilje mogu ih takođe uputiti direktno sudskim organima zamoljene strane i u tom slučaju će se zahtjevi vratiti istim putem.**

.....

**U hitnim slučajevima, kada je direktno dostavljanje dopušteno ovom Konvencijom, ono će se moći obavljati posredstvom Međunarodne organizacije kriminalističke policije (INTERPOL)“.**

**Svaka država ugovornica može, u bilo koje vrijeme u izjavi upućenoj generalnom sekretaru Vijeća Evrope, navesti da zadržava pravo da udovoljavanje zahtjevima ili posebnim zahtjevima za pravnom pomoći podliježe ispunjenju nekih od sljedećih uvjeta:**

**a) da se prijepis zahtjeva dostavi centralnom organu, koji je naveden u izjavi;**

**b) da se svi zahtjevi, osim hitnih, dostave centralnom organu, koji je naveden u izjavi“ .....<sup>13</sup>**

Ovdje smo naveli samo relevantne stavove ovog člana, obzirom da ostali stavovi, kojih sve ukupno ima devet, govore o drugim i različitim situacijama od ove koja nas interesuje.

Stavom 1. je generalno odlučeno koji je to organ, Ministarstvo pravde BiH, koji je zadužen za komuniciranje u stvarima međunarodne pravne pomoći. Ovim stavom je takođe data mogućnost direktne komunikacije između

11 Član 46. Bečke konvencije o ugovornom pravu

12 Član 6. Bečke konvencije o ugovornom pravu

13 Stavovi 1. 7. i 8. člana 15. Konvencije

sudskih organa. Ova odredba vrlo lako može zbuniti i dovesti do konfuzije, jer se spominju sudski organi i direktna komunikacija između njih. Sasvim je normalno da se pod pojmom sudski organi smatraju redovni sudovi koji postupaju u krivičnim stvarima i koji mogu slobodno komunicirati između sebe. Međutim ova odredba, obzirom da se radi o materiji međunarodnog javnog prava, znači nešto sasvim suprotno, a da bismo to pokazali na primjeru napraviti ćemo malu digresiju i ovdje citirati jednu drugu odredbu Konvencije, koja kaže: **"Svaka država će u trenutku potpisivanja ili predaje svog instrumenta o ratifikaciji, prihvatanju, odobravanju ili pristupanju, navesti u izjavi upućenoj Generalnom sekretaru Vijeća Evrope, koje organe će smatrati sudskim organima u smislu ove Konvencije. Istim postupkom, u bilo koje vrijeme, može promijeniti uvjete navedene u svojoj izjavi"**.<sup>14</sup>

Član 24. Konvencije je otklonio svaku sumnju u to koji organ se smatra sudskim organom u smislu Konvencije, jer u izjavi upućenoj Generalnom sekretaru Vijeća Evrope, prilikom ratificiranja Konvencije, BiH je kao takav organ isključivo navela Ministarstvo pravde BiH.

Dakle Ministarstvo pravde BiH je jedini sudski organ koji može postupati u krivičnim stvarima kada se radi o međunarodnoj pravnoj pomoći i kada se radi o primjeni Konvencije. Ovo važi kako za stav 1., tako i za stav 8. člana 15. Konvencije, jer je Ministarstvo pravde BiH i centralni organ u smislu tačaka a) i b) stava 8. navedenog člana.

Hipotetički rečeno, sve i da Sporazum nije zaključen između BiH i RH, važeći međunarodni pravni dokumentat prema kojem se treba postupati u slučajevima pružanja pravne pomoći je Konvencija, a nadležni organ za postupanje u tim stvarima je onaj označen u Konvenciji.

Ovdje ćemo posebno proanalizirati stav 7. člana 15. Konvencije, jer je zaista zanimljiv i primjenljiv na konkretan slučaj.

Kada smo raščistili dilemu oko toga koji je to organ koji je jedini zadužen za pružanje međunarodne pravne pomoći, pa i kada se radi o direktnom dostavljanju, onda se logično možemo zapitati zašto se Tužilaštvo, ako je imalo namjeru da izbjegne dugotrajnost postupka međunarodne pravne pomoći, nije obratilo INTERPOL- u? Sasvim sigurno da područni uredi, ove policijske organizacije, imaju dobru međusobnu saradnju, kao i da je postupak razmjene dokaza i materijala među njima jednostavan i brz, jer se ipak radi o hitnim policijskim poslovima. U skladu s tim i Tužilaštvo je moglo uskladiti svoj rad sa INTERPOL- om BiH, te posredstvom njih tražiti materijale i dokaze iz Republike Hrvatske, čime bi se zasigurno ti dokazi ozakonili kako u smislu domaćih normi krivičnog prava, tako i u smislu međunarodnih, te na taj način dobili na vrijednosti i bili upotrebljivi u krivičnim postupcima pred sudom BiH.

Ovom prilikom ćemo ponovno navesti stav 3. člana 4. Sporazuma koji kaže:

**"U hitnim slučajevima nadležni organi države ugovornice mogu upućivati molbe i obavijesti predviđene ovim Sporazumom nadležnim organima druge države ugovornice putem Međunarodne organizacije kriminalističke policije (INTERPOL)."**

I Sporazumom, kao bilateralnim ugovorom između BiH i RH, je regulisano da se u hitnim slučajevima države ugovornice mogu koristiti uslugama INTERPOL- a, kako bi se što prije sakupili dokazi, te kako ne bi dolazilo do bespotrebnog odlaganja u slučaju diplomatske komunikacije.

Zaista je neobjašnjiva činjenica da se Tužilaštvo nije obratilo INTERPOL- u za pomoć u ovim stvarima. Takođe je veoma začuđujuće da se Tužilaštvo upustilo u jedan takav projekat, kao što je Protokol, znajući za odredbe ZKP- a BiH i za institut međunarodne pravne pomoći.

#### **IV Odredbe *lex specialis* propisa**

Na kraju ćemo napraviti još jedno veoma specifično i praktično poređenje. Uporedit ćemo jedan specijalan oblik međunarodne pravne pomoći sa redovnim institutom međunarodne pravne pomoći. U ovom slučaju se radi o *lex specialis* propisu koji je regulisao tu oblast, a za potrebe ovog teksta mi ćemo objasniti kako funkcioniše način i put pribavljanja dokaza po tom propisu. Radi se o Zakonu o ustupanju predmeta od strane Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju Tužilaštvu Bosne i Hercegovine i korištenju dokaza pribavljenih od Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju u postupcima pred sudovima u Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu: Zakon).

Prema Zakonu:

"Dokazi pribavljeni u skladu sa Statutom i Pravilnikom o postupku i dokazima MKSJ mogu se koristiti u postupcima pred sudovima u BiH"<sup>15</sup>

"Originalna dokumentacija, ovjerene kopije i forenzički dokazi pribavljeni od strane MKSJ koriste se u postupku pred Sudom i smatraju se kao da su pribavljeni od strane nadležnih domaćih organa"<sup>16</sup>.

Iz ovoga vidimo da je Zakonom određeno da se dokazi iz strane jurisdikcije prihvaćaju i mogu koristiti u postupcima pred sudovima BiH, te se takođe smatra kao da su pribavljeni od domaćih organa. Ovo je nešto što je riješeno materijalno, dakle materijalnim propisom je propisano da se ti dokumenti imaju smatrati takvim i da imaju takvu dokaznu snagu. Međutim, ono što je za nas relevantno je postupak dobijanja tih dokaza, njihova verifikacija i upotreba pred Sudom BiH.

14 Član 24. Konvencije

15 Stav 1. člana 3. Zakona

16 Član 8. Zakona

Ovdje ćemo opisati samo postupak koji vrijedi za odbranu:

*Advokat koji brani optuženog pred Odjelom I Suda BiH, treba sastaviti listu dokaza koje potražuje od Haškog tužilaštva ili suda uz uslov da su označeni odgovarajućim brojevima, pod kojim brojevima su zavedeni u navedenim institucijama. Nakon toga zahtjev dostavlja Odsjeku krivične odbrane (u daljem tekstu: OKO), koji taj zahtjev proslijeđuje relevantnoj instituciji. Haška institucija kojoj se OKO obratio kopira tražene dokaze i ovjerava ih posebnim pečatom. Znači svaki dokumenat je ovjeren tim pečatom, kako bi se znalo da odgovara originalu i uz to dopisom obavještavaju OKO koje su to dokaze poslali, tako da i taj dopis predstavlja svojevrsnu potvrdu autentičnosti. Po primitku tako ovjerenih dokaza, OKO ih proslijeđuje advokatu koji ih je tražio i samo tako i na taj način pribavljene i ovjerene dokaze advokat može koristiti u postupku pred sudom.*

Ovi dokazi se mogu pribaviti i na drugi način ali neće se moći koristiti u postupku i to iz sljedećih razloga:

*OKO ima pristup, putem interneta, bazama podataka Haškog tužilaštva i suda, u kojim bazama se nalaze svi dokazi koje tužilaštvo posjeduje, odnosno svi dokazi koji su prezentirani u svim pravosnažno okončanim predmetima pred sudom. Zaposlenici OKO-a imaju mogućnost da samoinicijativno snime određene dokumente sa tih baza i da ih prezentiraju advokatima, kako bi ih upoznali sa kojim dokazima mogu raspolagati ukoliko ispoštuju naprijed opisanu proceduru. Međutim advokati ne mogu odmah takve dokaze koristiti u postupku pred sudom, jer ti dokazi ne zadovoljavaju propisanu formu, i sud takve dokaze ne uzima u razmatranje. Ti dokazi niti su zvanično zatraženi, niti su ovjereni, niti iza njih stoji dopis sa pečatom i potpisom službenika Registrara Haškog tribunala, zaduženog za taj postupak. Jedina opcija da ih sud prihvati kao dokaze i uzme u razmatranje je ukoliko se strane u postupku slože i učine ih nespornim, što je vrlo rijetka procesna situacija i predstavlja svojevrsni kuriozitet krivičnog postupka.*

Analogno ovome možemo upoređivati i način pribavljanja dokaza u skladu sa Protokolom, kao i u skladu sa Sporazumom. Konvencijom ili međunarodnim ugovorom.

Način pribavljanja dokaza u skladu sa Zakonom, koji smo opisali kao prvi, je jedini ispravan i zakonit. Ovaj način pribavljanja dokaza je ekvivalent institutu međunarodne pravne pomoći. Dakle, pribavljanje dokaza i u jednom i u drugom slučaju je zakonito.

Način pribavljanja dokaza u skladu sa Zakonom, koji smo opisali kao drugi, je pogrešan, nezakonit i u suprotnosti sa pozitivnim odredbama krivičnog zakonodavstva, međutim nije i neispravan. On služi samo za internu upotrebu, kao i za obavještavanje i informisanje sa kakvim dokazima odbrana može raspolagati ukoliko se odluči za njih. Takav način pribavljanja dokaza i njihova dokazna snaga predstavljaju ekvivalent dokazima pribavljenim u skladu sa odredbama Protokola.

Dakle, postupak za pribavljanje dokaza je ono što je esencijalno i bitno kod dokaza pribavljenih na osnovu Zakona i što te dokaze čini zakonitim, autentičnim i upotrebljivim pred sudom BiH. Kod instituta međunarodne pravne pomoći takođe je veoma bitan način pribavljanja dokaza, ukoliko je taj način pogrešan, ti dokazi su nezakoniti i ne mogu se upotrebljavati pred sudom BiH. To je suština dosadašnjeg izlaganja i ovog praktičnog upoređivanja, čime smo ustvari htjeli pokazati kako se jedna te ista stvar može posmatrati sa dva aspekta i pri tome ukazati koji od njih je ispravan i logičan.

Imajući u vidu sve naprijed navedeno ponovno ističemo sljedeće zaključke:

***Ni ZKP-om, niti bilo kojom drugom odredbom Sporazuma, Konvencije, kao ni bilo kojim drugim međunarodnim ugovorom, čiji je BiH potpisnica, ni jednom organu osim Ministarstvu pravde BiH (u skladu sa Konvencijom) i Ministarstvu civilnih poslova (u skladu sa Sporazumom) nije data nadležnost za pružanje međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima. Dakle, ni u jednom od tih pravnih dokumenata se Tužilaštvo nigdje ne spominje kao mogući titular, odnosno nosilac prava na zaključivanje bilo kakvog međudržavnog sporazuma, koji bi i čije bi odredbe imale primat u primjeni nad ZKP-om. Ni u jednom od navedenih dokumenata Glavni državni tužitelj nije ovlašten da potpiše bilo kakav međudržavni sporazum o saradnji u krivičnim stvarima. Svakom odredbom Protokola koju smo naveli u ovom tekstu, kao i samim Protokolom u cjelini je izvršena bitna povreda ZKP- a BiH. Takođe je izvršena povreda kako odredaba Sporazuma, tako i odredaba Konvencije, jer nigdje u tim dokumentima ne stoji da je sudski organ ovlašten za saradnju u pružanju međunarodne pravne pomoći Tužilaštvo BiH. U skladu s tim svaki dokaz pribavljen na osnovu Protokola je potpuno nezakonit i neupotrebljiv u krivičnim postupcima pred Sudom BiH.***

**U narednom broju OKO Reportera čitajte nastavak ovog članka u odnosu na ZKP BiH i praksu Suda BiH**

# Objavljeni kriteriji za stavljanje na listu

*Najnoviji kriteriji za stavljanje na listu advokata ovlaštenih za postupanje pred Sudom BiH, važe do 30.06.2009. godine*

## Obrazac za prijavu

U skladu sa Pravilom 3.3 "Dodatnih pravila postupanja za advokate odbrane", advokati koji se žele prijaviti za stavljanje na listu ovlaštenih advokata dužni su ispuniti "OKO Obrazac za prijavu" iz januara 2009. godine.

## Kriterij stručnosti

Članom 3.2 Dodatnih pravila se od kandidata traži da mora biti trenutni i važeći član jedne od advokatskih komora, i da mora posjedovati najmanje 7 godina relevantnog radnog iskustva u pravnim stvarima, u svojstvu branioca, sudije ili tužioca, da bi bio dodijeljen kao jedini ili glavni branilac. Advokati sa manje od 7 godina radnog iskustva, ispunjavaju uslove za stavljanje na listu dodatnih branitelja.

## Kriterij znanja

Član 12. stav 3. Zakona o Sudu BiH dozvoljava sudu da odredi potrebne uslove za advokate koji postupaju pred Sudom. Član 3. stav 2. tačka 3. dodatnih pravila kao uslov postavlja da kandidati moraju posjedovati znanje i stručnost iz relevantnih oblasti prava u skladu sa kriterijima koje je objavio OKO. Kriterij znanja može biti zadovoljen iskustvom ili učešćem na alternativnim kursevima obuke.

Elementat	Kvalifikacija prema iskustvu	Alternativa-edukacija
Novo krivično zakonodavstvo u BiH	Okončano 1 krivično suđenje pred Sudom BiH u svojstvu advokata, <i>ili</i> Okončana 2 suđenja za teža krivična djela pred nižim sudovima u svojstvu advokata primjenjujući odredbe novog KZ/ZKP, <i>ili</i> Završen kurs obuke odobren od strane OKO-a.	2-dnevni seminar o ZKP-u i KZ-u, u organizaciji OKO-a
Pravo koje reguliše oblast ratnih zločina ( <i>neophodno samo za advokate koji žele postupati u predmetima ratnih zločina</i> )	Okončano 1 suđenje za ratne zločine pred Odjelom I Suda BiH <i>ili</i> Okončana 2 suđenja za ratne zločine pred bilo kojim domaćim sudom, <i>ili</i> Značajan udio u radu odbrane u fazi glavnog pretresa pred MKSJ, <i>ili</i> Postdiplomski studij iz međunarodnog humanitarnog prava, <i>ili</i> Završen kurs obuke iz oblasti međunarodnog humanitarnog prava koji je odobren od strane OKO-a.	2-dnevni kurs obuke o međunarodnom humanitarnom pravu, u organizaciji OKO-a

## Kriterij kontinuiranog profesionalnog usavršavanja

Kriterij kontinuiranog profesionalnog usavršavanja u 2009. godini iznosi 8 sati. U toku 2009. godine, kontinuirano profesionalno usavršavanje je obavezno samo za branioce pred Odjelom I.

## Period važenja

Ovi kriteriji odnose se na obrasce za prijavu koji pristignu u OKO prije 30.06.2009. godine.

# Element svjesne namjere za krivično djelo genocida

*Pripremile Debra Lefing i Anja Loga, pripravnice u OKO-u*

## I. Uvod

Iako se dosta pisalo i govorilo o definiciji genocida, mnogo manje pažnje je posvećeno tome kako postupati u predmetima optužbe za genocid, odnosno kako dokazati ili osporiti objektivni i subjektivni element tog krivičnog djela. Ovaj članak bavi se pitanjem umišljaja kod krivičnog djela genocida na osnovu analize sudske prakse Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju („MKSJ“)<sup>1</sup> i Suda BiH. Članak također ima za cilj da pomogne pravnicima koji postupaju u ovoj vrsti predmeta, te da pruži detaljniji uvid u ovo područje prava koje se razvija, kako u našem tako i u međunarodnom krivičnom pravu.

## II. Definicija genocida

Optuženi može biti oглаšen krivim za krivično djelo genocida ako se dokaže izvan svake razumne sumnje, da je „u cilju da potpuno ili djelimično istrijebi nacionalnu, etničku, rasnu ili vjersku skupinu ljudi naredi učinjenje ili učini koje od ovih djela:

- a. ubijanje pripadnika skupine ljudi;
- b. nanošenje teške tjelesne ozljede ili duševne povrede pripadnicima skupine ljudi;
- c. smišljeno nametanje skupini ljudi ili zajednici takvih životnih uvjeta koji bi mogli posljediti njenim potpunim ili djelomičnim istrebljenjem;
- d. uvođenje mjera kojima je cilj sprječavanje rađanja unutar skupine ljudi;
- e. prisilno preseljenje djece iz te u drugu skupinu ljudi”<sup>2</sup>

Član 4 Statuta MKSJ štiti nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe.<sup>3</sup>

1 Iako je optuženog moguće osuditi za genocid po pet oblika odgovornosti prema Krivičnom zakonu BiH (planirao, pokrenuo, naredio, počinio ili na drugi način podstrekavao ili pomagao u planiranju i izvršenju genocida) i Statutu MKSJ (genocid, udruživanje radi vršenja genocida, direktno i javno poticanje na vršenje genocida, pokušaj vršenja genocida i saučesništvo u genocidu) ovaj članak se prevashodno bavi dokazivanjem umišljaja za izvršenje genocida. Krivični zakon BiH, član 180. Statut MKSJ član 4.

2 Krivični zakon BiH, član 171; član 2. Konvencije o genocidu; Statut MKSJ, član 4; MKS član 6; Statut MKSR, član 2. Konvencija o genocidu, kao i običajno međunarodno pravo uopšte, zabranjuje samo fizičko ili biološko uništenje ljudske grupe. Pretresno vijeće je izričito prihvatilo ovo ograničenje i uzdržalo se od bilo kakve šire definicije. Pretresno vijeće je konstatiralo sljedeće: “Međunarodno običajno pravo definiciju genocida ograničava na djela kojima je cilj fizičko ili biološko uništenje cijele grupe ili njenog dijela. Dakle, pothvat usmjeren samo protiv kulturnih ili socioloških karakteristika ljudske grupe sa ciljem da se zatru ti elementi, koji toj grupi daju samosvojni identitet različit od ostatka zajednice, ne bi ulazili u definiciju genocida.”(Krstić, presuda Žalbenog vijeća, par.25)

3 Iako je objektivno utvrđivanje neke vjerske grupe i dalje moguće, pokušaj da se danas definiše neka nacionalna, etnička ili rasna grupa pomoću objektivnih i naučno besprijekornih kriterija bio bi opasan pohvat čiji rezultati ne bi nužno odgovarali percepciji osoba na koje se odnosi takva kategorizacija. Stoga je status neke nacionalne, etničke ili rasne grupe prikladnije evaluirati sa tačke gledišta onih osoba koje žele izdvojiti tu grupu od ostatka zajednice. Pretresno vijeće se stoga odlučuje da pripadnost nekoj nacionalnoj, etničkoj ili rasnoj grupi evaluira na osnovu jednog od subjektivnih kriterija: naime, ono što omogućava da se utvrdi da li ciljano stanovništvo predstavlja nacionalnu, etničku ili rasnu grupu u očima navodnih počinilaca jeste stigmatizacija neke grupe kao izdvojene nacionalne, etničke ili rasne skupine od strane zajednice. Ovakav pristup odgovora stavu Pretresnog vijeća iznijetom u Pregledu optužnice u skladu sa pravilom 61 u predmetu *Nikolić*. Takva stigmatizacija grupe može se izvesti na osnovu pozitivnih ili negativnih kriterija. "Pozitivan pristup" bi se sastojao od toga da počiniozi zločina razlikuju određenu grupu na osnovu karakteristika za koje smatraju da su svojstvene određenoj nacionalnoj, etničkoj, rasnoj ili vjerskoj grupi. "Negativan pristup" bi se sastojao od identifikovanja pojedinaca kao osoba koje ne pripadaju onoj grupi za koju počiniozi zločina smatraju da joj pripadaju i koja za njih ima određene nacionalne, etničke, rasne ili vjerske karakteristike. Stoga, svi na ovaj način odbačeni pojedinci bi, na osnovu isključenja, činili izdvojenu grupu. Pretresno vijeće se ovdje slaže sa već iskazanim mišljenjem Komisije eksperata i mišljenja je da se u skladu sa ciljem i namjerom Konvencije može smatrati da njene odredbe takođe pružaju zaštitu grupama koje se definiraju isključivanjem u slučajevima kada su na takav način stigmatizovane od strane počinilaca djela. (Jelisić, presuda Pretresnog vijeća, par 70-71)

Krivično djelo genocida je specifično po tome što se na strani počinitelja traži postojanje posebne namjere. Uslov za postojanje posebne ili specifične namjere je da počinitelj jednom od zabranjenih djela, koja su gore nabrojana, želi postići uništenje djelimično ili u cijelosti, nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe kao takve.<sup>4</sup>

### III. Svjesna namjera u praksi MKSJ

Žalbeno vijeće MKSJ u predmetu *Jelisić* utvrdilo je da sukladno odredbama Statuta MKSJ element svjesne namjere može biti definiran kao „namjera da se postignu određene konkretne vrste uništenja“. Žalbeno vijeće koristi termin specifična namjera kako bi opisalo takvu namjeru da se uništi u cijelosti ili djelimično, nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa kao takva.<sup>5</sup>

Za dokazivanje ovog elementa, nije dovoljno da počinitelj zna da će zločin neizbježno ili vjerovatno dovesti do djelimičnog ili cijelog uništenja određene grupe. Uništenje te zaštićene grupe mora biti glavni cilj počinitelja.<sup>6</sup> Žrtve su odabrane baš zbog te pripadnosti zaštićenoj grupi.<sup>7</sup> Nije dovoljno samo znanje počinitelja da žrtve pripadaju zaštićenoj grupi da bi se utvrdila posebna namjera, genocidna djela moraju biti počinjena zato što žrtva pripada zaštićenoj grupi.

Postojanje svjesne namjere mora biti potvrđeno činjenicama. Za izvršenje krivičnog djela genocida nije nužan dokaz da je optuženi izabrao najefikasniju metodu da bi ostvario svoj plan.<sup>8</sup> U nedostatku izravnih dokaza o svjesnoj namjeri može se „zaključivati na osnovu cijelog niza činjenica i okolnosti“<sup>9</sup>. Žalbeno vijeće MKSJ je u predmetu *Jelisić* nabrojalo činjenice i okolnosti koje dokazuju ove subjektivne elemente, kao što je opći kontekst, počinjenje drugih kažnjivih djela koja su sistematski usmjerena protiv iste grupe, opseg počinjenih zločina, sistematsko izvršenje djela nad žrtvama zbog toga što pripadaju određenoj grupi ili ponavljanje destruktivnih i diskriminatornih djela.<sup>10</sup>

Dokazi o razmjerama napada također mogu pružiti dokaze o želji za uništenje određene grupe. U odluci po zahtjevu za oslobađajuću presudu u predmetu *Slobodan Milošević*, Vijeće je izvelo zaključak o genocidnoj namjeri vođstva bosanskih Srba iz svih dokaza, uključujući i one o razmjerama i obrascu napada, njihovom intenzitetu, značajnom broju Muslimana ubijenih u sedam opština, okrutnom postupanju prema njima u zatočeničkim objektima kao i ciljani napadi na osobe koje su ključne za opstanak Muslimana kao grupe<sup>11</sup>.

Razmjere stvarnog uništenja također potkrepljuju dokaze o genocidnoj namjeri optuženog. Međutim, kao i kod korištenja karaktera genocidnih djela za dokazivanje namjere, dokazi o samom uništenju određene grupe nisu dovoljni za dokazivanje genocidne namjere optuženog. Potrebno ih je potkrijepiti i drugim faktorima.

Kao primjer možemo uzeti krivično djelo prisilnog preseljenja, iako prisilno preseljenje ne čini genocidno djelo, može se uzeti kao dokaz o namjeri počinjenja genocida, kao što se ta namjera može izvesti i iz drugih kažnjivih djela<sup>12</sup>.

Pretno vijeće u predmetu *Jelisić* primjećuje da je prihvaćeno da se genocid može počiniti na ograničenom geografskom području. Dalje, zaključuje da međunarodni uzus dozvoljava kvalifikaciju genocida čak i kada se namjera za istrijebljenjem proteže samo na ograničeno geografsko područje<sup>13</sup>.

Žalbeno vijeće MKSJ u predmetu *Jelisić* naglasilo je važnost i nužnost razlikovanja motiva i posebne namjere. Motiv za počinjenje genocida može biti na primjer ostvarivanje lične ili ekonomske dobiti ili političke moći: „Postojanje ličnog motiva ne sprečava počinitelja da ima i specifičnu namjeru da počinji genocid.“<sup>14</sup>

Isto tako predumišljaj, ne predstavlja pravni element zločina genocida obzirom za nužnost postojanja posebne namjere. Također se ne smatra da je postojanje neke organizacije ili sistema u službi ostvarivanja genocidnog cilja pravni element tog zločina. Pri tome, nije odbačena mogućnost da neki pojedinac, sam, želi uništiti neku grupu kao takvu<sup>15</sup>. Element posebne namjere također stavlja krivično djelo genocida izvan pokroviteljstva

4 *Jelisić*, presuda Žalbenog vijeća, paragraf 46.

5 *Jelisić*, presuda Žalbenog vijeća, paragraf 45.

6 *Krstić*, presuda Pretresnog vijeća, paragraf 571; *Blagojević i Jokić*, presuda Pretresnog vijeća, paragraf 656., Npr. Međunarodni sud za Ruandu u predmetu *Akayesu* je mišljenja da kod svake osobe optužene da je počinila, izvršila ili čak samo pomogla ili doprinijela izvršenju genocida mora da je postojala "konkretna namjera da se počinji genocid", definisana kao "namjera da se uništi, u cjelini ili djelimično, nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa kao takva"(Presuda u predmetu *Akayesu*, para. 485). Pretresno vijeće u predmetu *Akayesu* zaključilo je da se optuženi ne može proglasiti krivim za genocid ukoliko i njemu samom nije bio cilj da se grupa, djelimično ili u cjelini, uništi, čak iako je znao da doprinosi ili da bi svojim djelima mogao doprinijeti djelimičnom ili potpunom uništenju grupe. Vijeće je izjavilo da se takav pojedinac mora proglasiti krivim za saučesništvo u genocidu; (Presuda u predmetu *Akayesu*, para. 544-547)

7 *Krstić*, presuda Pretresnog vijeća, paragraf 561

8 *Krstić*, presuda Žalbenog vijeća, paragraf 32.

9 *Jelisić*, presuda Žalbenog vijeća, paragraf 47; *Krstić* presuda Žalbenog vijeća, paragraf 43.

10 *Jelisić*, Presuda Žalbenog vijeća, par. 47

11 *Milošević*, Odluka o zahtjevu za oslobađajuću presudu, paragraf 246.

12 *Krstić*, presuda Žalbenog vijeća, par. 33

13 *Jelisić*, presuda Pretresnog vijeća, par. 83

14 *Jelisić*, presuda Žalbenog vijeća, par.49

15 *Jelisić*, presuda Pretresnog vijeća, par. 100

države. Prema tome, sukladno praksi MKSJ za krivično djelo genocida se može suditi pojedincu. Takav slučaj je teorijski moguć. Pretresno vijeće, u predmetu *Jelisić* međutim, primjećuje da će u praksi biti veoma teško iznijeti dokaze o genocidnoj namjeri pojedinca ukoliko počinjena krivična djela nisu rasprostranjena i ukoliko djelo za koje se tereti nije podržavano od strane neke organizacije ili sistema<sup>16</sup>.

Prema praksi MKSJ-a, krivično djelo genocida, na način kako je trenutno utvrđeno u međunarodnom pravu, ne sadrži u sebi ni jedan kontekstualni element kao što je državni ili politički plan. Samim individualnim djelovanjem se može počiniti genocid. (...) Prof. W.A. Schabas je mišljenja da se problem genocidne namjere pojedinca ne bi trebao ticati međunarodnog krivičnog prava. Problem djelovanja pojedinca posebno sa genocidnom namjerom bi se trebao ticati psihijatrije<sup>17</sup>.

### **Svjesna namjera kao element krivičnog djela genocida u praksi Suda BiH**

Zaključak o genocidnoj namjeri optuženih izvodi se iz dokaznog materijala osnovnog krivičnog djela ubistva koji su počinili optuženi kao saučesnici i to ako se posmatra njihova uloga u širem kontekstu događaja u Srebrenici, kao i činjenica da su oni znali za genocidni plan.

Pretresno vijeće u predmetu *Miloš Stupar i ostali* nabraja faktore koji su relevantni za analizu genocidne namjere a koji se izvode iz čina ubijanja<sup>18</sup>. Tako se navodi: broj žrtava; fizički napad i pogrdne riječi; sistematsko i plansko ubijanje; naoružanje koje je korišteno; obim tjelesnih povreda; napadi bez obzira na tjelesnu dob; napad na preživjele; sistematsko planiranje; način i priroda učešća počinitelaca<sup>19</sup>.

Istaknuto je već prije da se genocidna namjera može javiti kako spontano tako i planirano. Vijeće zaključuje da su ubistva u Kravicama bila planirana: „plan je bio da skladište bude i sabirno mjesto i stratište, a namjera je bila da se likvidacije obave u momentu kada skladište bude puno, kako se i zaista desilo.“<sup>20</sup>

Vijeće je zaključilo da je Stupar krivično odgovoran za zločin genocida koji su počinili njegovi podređeni (petorica optuženih nad kojima je on imao stvarnu kontrolu) i to po načelu komandne odgovornosti. Namjera prema načelu komandne odgovornosti se utvrđuje dokazom da je nadređeni znao ili je mogao znati da se njegov podređeni sprema učiniti krivično djelo, odnosno da ga je već učinio<sup>21</sup>. Kako već navedeno za krivično djelo genocida se traži postojanje posebne namjere da se uništi neka zaštićena grupa u cijelosti ili djelimično, „onda se postavlja očigledno pitanje da li i komandant mora imati genocidnu namjeru da bi se smatrao odgovornim za zločin genocida prema teoriji komandne odgovornosti.“<sup>22</sup>

Dalje, Vijeće je zaključilo „da nije neophodno u ovom predmetu da se donese odluka o tome da li je konkretna genocidna namjera potreban element za odgovornost za genocidnu osnovu komandne odgovornosti u svakom predmetu. Dovoljno je što vijeće zaključuje u ovom predmetu van razumne sumnje da Stupar zapravo jeste imao konkretnu namjeru da istrijebi Bošnjake iz Srebrenice.“<sup>23</sup>

Namjeru za istrebljenjem Bošnjaka Srebrenice Vijeće nalazi u dokazima koji pokazuju da je optuženi Stupar tj. nadređeni, propustio da kazni u vremenskom periodu između 13. i 19.07. petoricu optuženih, tj. podređenih koji su počinili genocid. „Prilikom donošenja takvog zaključka, Vijeće je gledalo na čin optuženog, u ovom slučaju nečinjenje, i na kontekst u kojem je došlo do nečinjenja.“<sup>24</sup>

U odnosu na komandnu odgovornost za počinjeni genocid, pitanje oko kojeg postoji neslaganje u literaturi je da li takva odgovornost—tamo gdje nadređeno lice nije imalo genocidnu namjeru—može postojati kao djelo sa specifičnom (posebnom) genocidnom namjerom. Prema nekim autorima, odgovor na to pitanje je negativan, jer „logički je nemoguće osuditi osobu koja je samo nehatna u odnosu na zločin sa posebnom namjerom“<sup>25</sup>. Međutim, stanovište da se genocid i komandna odgovornost nadređenog koji nema genocidnu namjeru isključuju je u suprotnosti kako sa praksom MKSJ<sup>26</sup>, tako i sa stavovima drugih teoretičara (...) <sup>27</sup>

16 *Jelisić*, presuda Pretresnog vijeća, par. 100-101

17 <http://iccobservers.wordpress.com/2009/03/26/icc-observers-exclusive-interview-william-schabas-professor-of-human-rights-law-and-director-of-the-irish-centre-for-human-rights-at-the-national-university-of-ireland-galway/>

18 Presuda pretresnog vijeća *Miloš Stupar i ostali*, str.140

19 Presuda pretresnog vijeća *Miloš Stupar i ostali*, str.140-144

20 Presuda pretresnog vijeća *Miloš Stupar i ostali*, str.143

21 Presuda pretresnog vijeća *Miloš Stupar i ostali*, str.193

22 *Ibid*

23 Presuda pretresnog vijeća *Miloš Stupar i ostali*, str.195

24 *Ibid*.

25 William A. Schabas, „Canadian implementing legislation for the Rome statute“, *Yearbook of International Humanitarian Law*, tom 3 (2000), str.342

26 Odluka Žalbenog vijeća u predmetu *Brđanin* o interlokutornom zahtjevu (mart 2004), par. 7; presuda Žalbenog vijeća u predmetu *Krstić* (april 2004), par.143 (fusnota 250); odluka Pretresnog vijeća u predmetu *Milošević* po zahtjevu na osnovu pravila 98bis za donošenje oslobađajuće presude (juni 2004), par. 300 i 323.

27 Bogdan Ivanišević, Vodič kroz Haški Tribunal, propisi i praksa (2008), str.79-80