



# OKO Reporter o ratnim zločinima

**Broj 8**  
**Jesen/zima 2008**



Одсек Кривичне Одбране  
*Odsjek Krivične Odbrane*  
CRIMINAL DEFENCE SECTION

## Sadržaj

### Novosti

Seminar "Uvodna i završna riječ"	3
Seminar "Upotreba dokaza"	3

### Članci i informacije

Obrana u predmetima ratnih zločina	7
Grupa kao element genocida	14
Primjena odredaba III Ženevske konvencije	17
Objavljeni kriteriji	23
Odluka Ustavnog suda BiH	24
Princip nepristrasnosti u postupanju suda	26

### Izveštaji o predmetima

Sud BiH, predmet Vuković, Samardžija	30
Sud BiH, predmet Todorović	31
Sud BiH, predmet Škrobić	32
Sud BiH, predmet Lazarević i dr.	33
Sud BiH, predmet Božić i dr.	34

## 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, izvještaje sa seminara kontinuirane edukacije održanih u drugoj polovini 2008. godine, te članke o odbranama u predmetima ratnog zločina, primjeni odredaba Ženevske konvencije, principu nepristrasnosti u postupanju suda i druge.

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, pripravnicima 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 (2008) 8 OKO RRZ 2, a ekvivalent na engleskom jeziku je (2008) 8 OKO WCR 2.

## Kontinuirano stručno usavršavanje

*Jednodnevni seminar na temu „Vještine zastupanja”, pripremila Nina Kafedžić, pripravnica u OKO-u*

U sklopu serije od tri seminara iz oblasti kontinuiranog stručnog usavršavanja za advokate iz Bosne i Hercegovine, dana 22.09.2008 godine održan je jednodnevni seminar na temu vještine zastupanja „Uvodna i završna riječ“. Seminar je održan u konferencijskoj sali hotela „Bosnia“ u organizaciji Odsjeka krivične odbrane.

Predavač je bio renomirani advokat krivičar i ovlaštenu instruktor vještina zastupanja is SAD-a, g-din. James Gailey koji je od ranije poznat našim advokatima budući da je bio predavač na mnogim dosadašnjim seminarima koje je također organizovao Odsjek krivične odbrane.

Prijepodnevni dio seminara odnosio se na temu „Uvodna riječ“. Predavač, g-din. James Gailey u svom uvodnom izlaganju je istakao važnost uvodne riječi za advokate iz razloga što je to prva prilika advokata da se direktno obrate sudu u konkretnom krivičnom predmetu u kojem oni imaju ulogu branioca.

Upoznao je advokate sa pojedinostima na koje bi trebali da obrate pažnju kod izlaganja uvodne riječi kao što su odabir riječi, slijed činjenica koje izlažu, jasnoća opisa slučaja, struktura same uvodne riječi te njena hronološka organizacija. Osim toga, g-din. Gailey je dao par korisnih savjeta advokatima kod izlaganja uvodnih riječi pred sudskim vijećem, između ostalog važnost održavanja direktnog kontakta sa sudom, upotrebu jednostavnih riječi i tema te da nipošto ne čitaju njihovu uvodnu riječ. Također je naglasio važnost ponavljanja i naglašavanja značajnih činjenica po nekoliko puta.

Po završetku ovog izlaganja, svaki od učesnika seminara je dobio priliku da primjeni u praksi sve ono o čemu je do tada bilo riječi tj. da u praktičnom dijelu seminara izloži svoju uvodnu riječ u krivičnom predmetu koji je OKO pripremio za njih u sklopu ovog seminara.

Nakon pauze za ručak nastavljeno je sa drugim dijelom ovog izuzetno interesantnog radnog dana. G-din Gailey je nastavio sa predavanjem na temu „Završna riječ“ te izložio osnovne tehnike izlaganja završnih riječi pred sudom. Istakao je kako je od izuzetne važnosti usklađenost uvodne i završne riječi u određenom postupku. „Završna riječ mora obuhvatati vašu teoriju i temu i mora biti u skladu sa vašom uvodnom riječ“ napomenuo je g-din. Gailey.

Da bi bila uspješna, teorija završne riječi, prema mišljenju gosp Gaileya, mora biti *“logična, vjerovatna i pravno valjana”*.

**Logična** - u smislu da činjenice od kojih se ona sastoji vode ka željenom zaključku. **Vjerovatna** - u smislu da se teorija slučaja zasniva na činjenicama koje će se vjerovatno prihvatiti. **Pravno valjana** - u smislu da završna riječ mora voditi prema željenom pravnom ishodu, dakle, mora obuhvatiti zakon i činjenice.

*„Jako je važno početi energično i završiti energično“* naglasio je g-din Gailey.

Gosp. Gailey je nakon teorijskog izlaganja pristupio praktičnom dijelu seminara u kojem je svaki advokat pojedinačno imao priliku da iznese svoju završnu riječ u već naprijed spomenutom krivičnom predmetu, pri čemu je predavač svakom od njih ukazao na šta treba da obrati pažnju pri iznošenju svojeg izlaganja.

Svi učesnici su ocijenili seminar izuzetno uspješnim i korisnim što će poslužiti kao osnova za planiranje narednih edukativnih aktivnosti Odsjeka krivične odbrane.

## Kontinuirano stručno usavršavanje

*Jednodnevni seminar na temu „Upotreba dokaza pred Sudom BiH”, pripremila Belma Deljić, pripravnica u OKO-u*

U Banja Luci je 31.10.2008. godine Odsjek krivične odbrane (OKO) organizirao seminar pod nazivom „**Upotreba dokaza pred Sudom BiH**“ na kome je, pored Aleksandre Martinović, sutkinje Ustavnog suda Federacije BiH, svoje iskustvo i znanje sa učesnicima podijelio i advokat Miodrag Stojanović.

Njegovo predavanje, pod nazivom „**Izuzeci od neposrednog izvođenja dokaza odnosno izuzeci od pravila neposrednog saslušanja svjedoka, član 273. ZKP BiH**“ nije bilo klasično predavanje svedeno na teorijska

osnove, nego se zasnivalo na primjerima iz prakse MKSJ i Suda Bosne i Hercegovine te davanju praktičnih savjeta koji se odnose na situacije u kojima se advokati koji zastupaju pred Sudom BiH često nađu.

#### Član 273. ZKP BiH

##### *Izuzeci od neposrednog sprovođenja dokaza*

*Iskazi dati u istrazi dopušteni su kao dokaz na glavnom pretresu i mogu biti korišteni prilikom unakrsnog ispitivanja ili pobijanja iznesenih navoda ili u odgovoru na pobijanje. U ovom slučaju, osobi se može dati mogućnost da objasni ili pobije svoj prethodni iskaz.*

*Izuzetno od stava 1. ovog člana, zapisnici o iskazima datim u istrazi mogu se, po odluci sudije, odnosno vijeća pročitati i koristiti kao dokaz na glavnom pretresu samo u slučaju ako su ispitane osobe umrle, duševno oboljele, ili se ne mogu pronaći, ili je njihov dolazak pred sud nemoguć, ili je znatno otežan iz važnih uzroka.*

Kao jedan od mogućih problema na koje branioci mogu naići jesu situacije u kojima tužiocu ulažu izjave optuženih date u jednoj od faza postupka. Jedna od dilema sadržana je u praktičnoj primjeni člana 273.

Da li takve izjave date u jednoj od faza krivičnog postupka, naročito u istrazi, mogu biti uvrštene u dokaze, ukoliko se klijent odluči na odbranu šutnjom?

Kao primjer jedne takve nezavidne situacije u kojoj se mogu i branilac i njegov klijent naći, gospodin Stojanović je naveo predmet „Kravice“, u kojem su dvojica optuženih dali izjave u fazi istrage, nakon čega su se branili šutnjom, što je izazvalo prilično konfuznu situaciju.

Jedan od optuženih je dao izjavu bez branioca a drugi u prisustvu branioca. Tužilac je tražio da se njihove izjave uvrste u dokazni materijal, što prema tadašnjem zakonskom rješenju nije bilo moguće. Sud je zatim donio odluku da razdvoji predmet i da onda koristi pomenute izjave, te je formalno predmet razdvojio a poslije ponovno spojio.

Citirajući stav 2. pomenutog člana, može se konstatovati da se u tu skupinu mogu svrstati i osumnjičeni međutim, tom prilikom odredba ne pominje da li su ti iskazi dati u prisustvu ili bez prisustva branioca.

Kada su u pitanju iskazi osumnjičenog, tu se javlja jedna specifična situacija. Naime, njegova prava su zagarantovana zakonom i međunarodnim konvencijama te ako optuženi ne želi iznijeti svoju odbranu, odnosno ukoliko se brani šutnjom u tom slučaju se njegov iskaz iz istrage nikad ne može koristiti kao dokaz. Pravo na iznošenje odnosno neiznošenje odbrane predstavlja najvažnije pravo i ovo pravo se ne može oduzeti bilo kome a da mu se istovremeno ne nanese šteta i ugrozi ravnopravnost strana u postupku.

Gospodin Stojanović naveo je, kao primjer, predmet procesuiran pred MKSJ, tačnije, predmet Popović i dr.

Naime, jedan od optuženih, Ljubomir Borovčanin, tokom prepretresne faze bio je pozvan od strane istražitelja da, u prisustvu svoga branioca, da izjavu. Izjavu je dao 2001. godine a 2007. godine odlučio je da se brani šutnjom. U julu 2007. Tužilaštvo je tražilo od Suda uvrštavanje izjave koju je dao, nakon čega se, naravno, odbrana usprotivila takvom zahtjevu, podsjećajući Vijeće da se optuženi brani šutnjom. Tužilaštvo je reagovalo na prigovor odbrane na način da je pozvalo istražitelja koji je u prepretresnom postupku uzeo izjavu od optuženog i kroz njega pokušalo je da uvede sporni iskaz; odbrana se tome i dalje protivila te se otvorila rasprava koja je trajala četiri dana o tome može li se takva izjava uvrstiti ukoliko se optuženi brani šutnjom. Da situacija bude komplikovanija, radi se o predmetu u kome ima sedam optuženih, gdje sporna izjava optuženog Ljubomira Borovčanina dovodi u pitanje ostale optužene u predmetu, jer se, na primjer, jedan od optuženih brani alibijem a Borovčanin u iskazu pominje da ga je vidio u Potočarima, tako da pored branioca Ljubomira Borovčanina, uvođenju njegovog iskaza usprotivili su se i ostali branioci u predmetu, što je bilo i sasvim očekivano, uzevši u obzir da pomenuti iskaz tereti druge optuženike a Borovčanin se brani šutnjom što onemogućava njegovo unakrsno ispitivanje.

Sud donosi odluku 2:1, da se izjava može uvrstiti ali tako da ide na teret Borovčanina ali ne i protiv ostalih optuženih u predmetu. Na takvu odluku se žale se i optužba i odbrana, nakon čega Apelaciono vijeće uvažava žalbu Tužilaštva.

Jedno od spornih pitanja kada je u pitanju član 273. ZKP BiH jeste i stav 2. koji se tiče zapisnika o iskazima svjedoka, odnosno zahtjev da se uvrste izjave svjedoka koje su dali prethodno a u ovom momentu su nedostupni.

*(2 Izuzetno od stava 1. ovog člana, zapisnici o iskazima datim u istrazi mogu se, po odluci sudije, odnosno vijeća pročitati i koristiti kao dokaz na glavnom pretresu samo u slučaju ako su ispitane osobe umrle, duševno oboljele, ili se ne mogu pronaći, ili je njihov dolazak pred sud nemoguć, ili je znatno otežan iz važnih uzroka*

Praksa Suda BiH prilikom primjene prethodno navedenog stava koji se odnosi na nemogućnost odnosno znatnu otežanost dolaska pred Sud postaje pomalo zabrinjavajuća. Naime, iz prakse proizilazi da sama činjenica da se neko nalazi u Srbiji ili Hrvatskoj predstavlja dovoljan razlog da se pomenuti uslov ispuni i da se njegova izjava u odsustvu pročita, jer sud smatra da je takva osoba nedostupna, tako da je čak došlo i do

zasnivanja osuđujućih presuda na takvim dokazima. Međutim, Ustavni sud BiH je odlučio da presuda ne može biti opredjeljuće zasnovana na takvim dokazima, jer bi u suprotnom takvi potezi predstavljali povrede odredaba krivičnog postupka, zbog toga što omogućava korištenje iskaza istovremeno spriječavajući mogućnost korištenja unakrsnog ispitivanja, te se time protivi odredbama člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima.

MKSJ je ovu situaciju vezanu za „nedostupne svjedoke“ uredio pravilom 92<sup>quater</sup> u kome je detaljno razrađena ova problematika:

*Pravilo 92<sup>quater</sup>  
Osobe koje nisu dostupne*

(A) *Svjedočenje u obliku pismene izjave ili transkripta koje je dala osoba koja je u međuvremenu umrla, ili osoba kojoj se više ne može uz razumnu revnost ući u trag, ili osoba koja zbog tjelesnog ili duševnog stanja ne može svjedočiti usmeno, može se prihvatiti bez obzira na to da li je ta pismena izjava u obliku utvrđenom pravilom 92<sup>bis</sup>, ako pretresno vijeće:*

- (i) *se primjenom gornjih kriterijuma uvjeri da ta osoba nije na raspolaganju; i*
- (ii) *na osnovu okolnosti u kojima je izjava data i zabilježena zaključi da je to svjedočenje pouzdano.*

(B) *Ukoliko se svjedočenjem dokazuju djela i ponašanje optuženog za koje se on tereti u optužnici, to može biti jedan od faktora za neprihvatanje takvog svjedočenja ili tog njegovog dijela.*

Kao što se može iz prethodnog vidjeti, MKSJ je jasno razradio kriterije i situacije u kojima se svjedok treba naći da bi bio smatran nedostupnim a istovremeno je takvim detaljnim uređivanjem ovog pitanja zaštićen i optuženi.

Pored svjedoka, postavlja se pitanje i da li se stav 2. člana 273. ZKP BiH odnosi i na vještake?

Kako postupiti u situaciji kada, na primjer, balističar da svoje mišljenje i nakon toga se vrati u USA gdje živi, i kada bi njegov dolazak podrazumijevao značajne troškove a tužilac istovremeno želi uvrstiti njegov nalaz i mišljenje?

Da li je moguće njegov nalaz koristiti u skladu sa stavom 2. člana 273. ZKP BiH, odnosno da li se navedeni stav odnosi također i na vještake?

Prema sudskoj praksi, takva mogućnost više nije moguća, te odredbe se ne mogu odnositi na vještake, već se uvijek može angažovati novi vještak i branilac može izvršiti njegovo unakrsno ispitivanje, a sve u interesa zaštite i odbrane optuženog..

Jedna od dilema koje proizvodi član 273. jeste i ta koja se odnosi na **osobe koje su uzele izjave**. Tako na primjer, gospodin Stojanović je naveo primjer u predmetu Lazarević i dr. gdje je odbrana uzela izjavu od svjedoka, ovjerila je u sudu, međutim do početka suđenja taj svjedok je izvršio samoubistvo što je onemogućilo njegovo svjedočenje u predmetu Lazarević i dr. Kada je odbrana predložila da se izjava pomenutog svjedoka uvrsti kao dokaz, tužilac se usprotivio, tvrdeći da se odredba stava 273. odnosi samo na iskaze date tužiocu jer u odredbi člana 273. stoji: „*zapisnici o iskazima datim u istrazi*“ a da istragu vodi niko drugi do tužilac, međutim sud je donio odluku da se prihvata ulaganje ove izjave u dokaze.

Na seminaru je jedna od zanimljivosti, bila, naravno, i nedavna izmjena ZKP BiH, gdje je, između ostalog, došlo i do izmjene člana 273. odnosno, dodat je 3.stav u kome stoji:

*“Ako se u toku glavnog pretresa optuženi koristi pravom da nije dužan iznijeti svoju odbranu ili odgovarati na postavljena pitanja, zapisnik o iskazu optuženog koji je dat u istrazi može se po odluci sudije ili predsjednika vijeća pročitati i koristiti kao dokaz na glavnom pretresu samo ako je optuženi prilikom saslušanja u istrazi bio upozoren u skladu s članom 78. stav (2) tačka c) ovog zakona”.*

Navedena izmjena otklanja prethodne dileme međutim, rađa nove. Šta ukoliko optuženi da izjavu u trenutku kada izmjena zakona još nije bila na snazi a sad je u toku suđenje kada se ta izjava može uvrstiti?

Miodrag Stojanović je načinio još jednu komparaciju prakse Suda BiH i MKSJ, navodeći pravilo 92<sup>ter</sup>, u kome se navodi slijedeće:

*Pravilo 92<sup>ter</sup>  
Drugi slučajevi prihvatanja pismenih izjava i transkripta*

(A) *Pretresno vijeće može prihvatiti, djelimično ili u cijelosti, svjedočenje u obliku pismene izjave ili transkripta svjedočenja tog svjedoka datog u postupku pred Međunarodnim sudom, pod sljedećim uslovima:*

- (i) *da je svjedok prisutan u sudnici;*

- (ii) da je svjedok na raspolaganju za unakrsno ispitivanje i eventualno ispitivanje od strane sudija; i
- (iii) da svjedok potvrdi da pismena izjava ili transkript tačno održava ono što je on rekao u izjavi i što bi izjavio u slučaju ispitivanja.
- (B) Svjedočenje prihvaćeno u skladu s paragrafom (A) može uključiti dokaze kojima se dokazuju djela i ponašanje optuženog za koje se on tereti u optužnici.

U prethodnom pravilu vrlo jasno je određeno u kojim slučajevima može pretresno vijeće MKSJ prihvatiti svjedočenje u obliku pismene izjave ili transkripta.

Gospodin Stojanović je dao vrlo interesantan prijedlog braniocima ukoliko se nađu u situacijama u kojima tužilac ulaže izjave „nedostupnih“ svjedoka. Naime, u takvoj situaciji gospodin Stojanović predlaže slijedeće: ukoliko je svjedok dao izjavu i, na primjer, otišao u Crnu Goru gdje radi i čije državljanstvo ima i sud ga smatra nedostupnim, u tom slučaju, da bismo pokazali da ta izjava nema dovoljnu snagu, potrebno je Vijeću dostaviti pitanja za tog svjedoka, bez obzira što ga nema. Iako smo onemogućeni da takvom svjedoku postavimo unakrsna pitanja, u obavezi smo da predočimo ta pitanja i da tim pitanjima pokažemo da kvalitet te izjave nije dobar.

I na kraju, gospodin Stojanović je napomenuo prisutne da jedan od najvećih problema svakog branioca jeste „kontrolisanje“ klijenta u toj prvoj fazi, jer, što je vidljivo iz svega prethodno navedenog, može braniocima prirediti dosta neugodnosti i teškoća u nastavku postupka, te da iz toga razloga, odbrani u svakom pojedinom predmetu treba prići vrlo pažljivo, pripremljeno i odgovorno.

Predavanje gospodina Stojanovića bilo je vrlo dragocjeno i teško je u jedan članak sažeti sve ono što je rečeno na seminaru u Banjoj Luci. Međutim, kao što sam već prethodno naglasila, prava vrijednost njegovog predavanja ogledala se u načinu njegove komunikacije sa učesnicima seminara u kome se obraćao kao kolega kolegama, dijeleći s njima iskustvo stečeno radom na predmetima procesuiranim pred MKSJ i Sudom BiH, i savjete koji će im pomoći u daljnjem radu bez obzira na poteškoće koje izviru iz, kako samog ZKP BiH, tako i iz prakse Suda BiH.

## Odbrana pozivanjem na naređenja pretpostavljenih

*Pripremila Sarah King, stažistica u Odsjeku krivične odbrane i Nina Kisić, pravnica u Odsjeku krivične odbrane*

Kada dođe do suđenja za teška kršenja pravila ratovanja, optuženi navodni počinitelji moraju posegnuti za teorijama odbrane koje im stoje na raspolaganju. Ove teorije odbrane se koriste u svrhu odbrane protiv optužbi za krivičnu odgovornost ili barem da bi se umanjila krivično-pravna odgovornost a samim tim i sankcija.

Odbrana je odgovor na krivičnu optužbu. U sklopu instrumenata međunarodnog krivičnog prava korištenih u ranijem periodu nije se pokušalo, čak niti djelimično, kodificirati ove odbrane; umjesto toga, njihova diskusija fokusirala se na prilično ograničena pitanja kao što je neprihvatljivost odbrane pozivanjem na naređenja pretpostavljenih.

Sudska praksa ukazuje na to da se optuženi, pored naredbi pretpostavljenih i zakonskih naredbi, u svoju odbranu najčešće pozivaju na: djelovanje u službenom svojstvu, prinudu, vojnu nuždu, samoodbranu, odmazdu, pravnu ili stvarnu zabludu i neuračunljivost<sup>1</sup>.

Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda (u daljem tekstu "Rimski statut")<sup>2</sup> djelimično kodificira raspoložive odbrane za isključenje krivične odgovornosti u članovima 31.<sup>3</sup>, 32.<sup>4</sup> i 33. Ovaj članak će se fokusirati posebno na član 33. Rimskog statuta i njegove odredbe u pogledu mogućnosti korištenja odbrane pozivanjem na naređenja pretpostavljenih.

U ovom članku nastoje se istražiti mogućnosti korištenja odbrane pozivanjem na naređenja pretpostavljenih u predmetima ratnih zločina<sup>5</sup> i primjenjivost ove odbrane u pravnom sistemu BiH, te je s tim u vezi potrebno prvo definisati šta su zapravo naređenja pretpostavljenih.

<sup>1</sup>William A. Schabas, An Introduction to the International Criminal Court, Second Edition, Cambridge University Press, 2004, p.110 /William A. Schabas, Uvod u Međunarodni krivični sud, Cambridge University Press, 2004, str. 110/

<sup>2</sup>[http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/Rome\\_Statute\\_English.pdf](http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/Rome_Statute_English.pdf)

<sup>3</sup>Član 31: Osnovi za isključenje krivične odgovornosti

1. Pored drugih osnova za isključenje krivične odgovornosti koji su sadržani u ovom Statutu, lice nije krivično odgovorno ako je, u vrijeme izvršenja krivičnog djela: (a) Bolovalo od duševne bolesti ili poremećaja uslijed koga nije moglo da ima svijest o protivpravnosti djela koje je izvršilo, nije moglo da shvati prirodu i značenje svog ponašanja, niti je moglo da upravlja svojim postupcima, a u skladu sa zakonom; (b) Bilo u stanju privremene duševne poremećenosti izazvane opijenošću uslijed čega nije bilo svjesno protivpravnosti djela koje je izvršilo, krivično-pravne prirode svog ponašanja niti je moglo da upravlja svojim postupcima u skladu sa zakonom. Stanje privremene duševne poremećenosti izazvane opijenošću ne predstavlja osnov isključenja krivične odgovornosti ukoliko se lice svjesno i voljno samo dovede u stanje imajući jasnu predstavu o tome da u takvom stanju može izvršiti krivično djelo iz nadležnosti Suda, odnosno da je prije dovođenja samog sebe u takvo stanje krivično djelo bilo obuhvaćeno njegovim umišljajem, pa je i pored toga sebe dovelo u takvo stanje i pristalo na nastupanje zabranjene posljedice; (c) Lice reaguje racionalno kako bi odbranilo sebe ili drugo lice, odnosno u slučaju ratnih zločina, da bi odbranilo imovinu koja je neophodna za njegov opstanak ili opstanak drugog lica, ili kako bi odbranilo imovinu koja je od važnosti za izvršenje vojnog zadatka protiv prijeteeće ili nezakonite upotrebe sile, na način koji je proporcionalan stepenu opasnosti po to lice, drugo lice ili imovinu koja se štiti. Okolnost da je lice u vrijeme izvršenja krivičnog djela učestvovalo u odbrambenoj operaciji vojnih snaga, sama po sebi ne predstavlja osnov za isključenje krivične odgovornosti u smislu ovog stava. (d) Izvršio krivično djelo iz nadležnosti suda otklanjajući istovremenu opasnost od nastupanja smrti ili trajne i teške tjelesne povrede koja je prijetila njemu odnosno drugom licu, pri čemu se nastajanje ovih posljedica nije moglo izbjeći na drugi način, pri čemu je to lice postupalo razumno i bez namjere da prouzrokuje štetu veću od opasnosti koja je prijetila. Ta prijetnja može poticati: (i) od strane drugih lica; ili je (ii) nastupila uslijed drugih okolnosti van kontrole tog lica.

2. Sud odlučuje o postojanju osnova za isključenje krivične odgovornosti predviđenih ovim Statutom, a mišljenje Suda o postojanju nekog od osnova za isključenje krivične odgovornosti ima dejstvo samo u konkretnom predmetu po kom Sud vodi postupak.

3. Na glavnom pretresu, Sud može da razmatra i druge osnove za isključenje krivične odgovornosti, pored ovih pomenutih u stavu 1., ukoliko takve osnove predviđaju propisi koji se primjenjuju u smislu člana 21. Statuta. Postupak koji se odnosi na razmatranje ovih osnova regulisan je Pravilima postupka i izvođenja dokaza.

<sup>4</sup>Član 32: Stvarna i pravna zabluda

1. Nije krivično odgovoran učinilac koji u vreme izvršenja krivičnog djela nije bio svjestan nekog njegovog zakonom određenog obilježja.

2. Odsustvo znanja o tome da je djelo koje je izvršeno, odredbama određenog pravnog dokumenta predviđeno kao krivično djelo iz nadležnosti Suda, ne predstavlja osnov za isključenje krivične odgovornosti. Ipak, pravna zabluda može biti osnov za isključenje krivične odgovornosti ukoliko je u konkretnom slučaju isključen mentalni element krivičnog djela odnosno ukoliko je predstavljao osnov na kome se zasniva postupanje određenog lica po naredbi pretpostavljenog, a u smislu odredbe člana 33. Statuta.

<sup>5</sup>U ovom članku termin ratni zločini koristi se u užem značenju, a odnosi se na krivična djela propisana članovima 173., 174., 175. itd. KZ BiH, ne uključujući zločine protiv čovječnosti i genocid.

U predmetu Peleus (predmet *Eck i drugi*) sudija Vojnog suda napomenuo je da su naređenja pretpostavljenih ona naređenja koja izdaje "viši organ vlasti i koja je optuženi po zakonu i običajima dužan slijediti..."<sup>6</sup> Howard Levie je takođe pokušao definisati ovu doktrinu rekavši da je "odbrana prinudom... tvrdnja da je optuženi uradio ono što je uradio zato jer mu je tako naređeno od strane nadređenog oficira (ili njegove Vlade) i da bi njegovo odbijanje da postupi po naređenju prouzrokovalo ozbiljne posljedice po njega".<sup>7</sup>

Iz ovih definicija možemo vidjeti da je doktrina odbrane pozivanjem na naređenja pretpostavljenih povezana sa konceptom dužnosti da se postupi po naređenju višeg organa vlasti zbog prirode nečije službe i mogućih posljedica neposlušnosti. Ovo je posebno jasno kada je predmet razmatranja vojna služba, što će biti detaljnije obrađeno u daljem tekstu.

Dana 12. jula 1998. godine usvojen je Rimski statut kojim je uspostavljen Međunarodni krivični sud (u daljem tekstu "MKS") kao stalno sudsko tijelo sa "nadležnošću za vođenje krivičnog postupka protiv lica za koje postoji osnovana sumnja da su počinila najteža krivična djela od međunarodnog značaja", s tim da je ova nadležnost uspostavljena na način koji je "komplementaran nacionalnim krivičnim nadležnostima država"<sup>8</sup>. Rimski statut detaljno obrazlaže sva pitanja počevši od uspostavljanja MKS-a, njegove uprave, zakona kojim će se rukovoditi u svom radu, kao i sudskih postupaka koje će voditi.

U Dijelu 3. naslovljenom "Opšta načela krivičnog prava" nalazimo član 33. "Naređenja pretpostavljenih i zakonska naređenja".

Član 33. odnosi se na posebnu situaciju kada osoba počinu krivično djelo po naređenju vlade ili pretpostavljenog i zatim se mora suočiti sa krivičnom odgovornošću za svoje postupanje. Član 33. glasi:

Naređenja pretpostavljenih i zakonska naređenja

1. Činjenica da je zločin iz nadležnosti Suda izvršilo lice koje je postupalo *po naređenju Vlade ili kakvog drugog naredbodavca*, bilo vojnog ili civilnog, **ne** oslobađa to lice krivične odgovornosti, **osim ako je:**

- (a) Lice koje je izvršilo krivično djelo imalo *zakonsku obavezu* da postupi po naređenju vlade ili drugog naredbodavca;
- (b) *Nije znalo da je naređenje protivzakonito*, i
- (c) Naređenje *nije bilo očigledno protivzakonito*.

2. Svako naređenje da se izvrši krivično djelo genocida ili zločin protiv čovječnosti, smatra se očigledno protivzakonitim u smislu odredbi ovog Statuta.

(Kurziv dodan)

Član 33. stvara generalnu pretpostavku da postupanje po naređenju pretpostavljenog ne oslobađa optuženog od krivične odgovornosti. Međutim, član 33. ide dalje od ove generalne pretpostavke.

Iako je pravilo predviđeno članom 33. takvo da naređenje pretpostavljenog nužno ne čini odbranu, upravo se izuzetak od ovog pravila može pokazati najvažnijim u njegovoj analizi. U članu 33. prvo se navodi da izvršenje zločina "po naređenju Vlade ili kakvog drugog naredbodavca, bilo vojnog ili civilnog, **ne** oslobađa to lice krivične odgovornosti." (Kurziv dodan).

Ipak, u članu 33. izbjegnuta je proklamacija apsolutne odgovornosti tako što je predviđen test koji se sastoji od tri uvjeta koji, pod uslovom da budu ispunjeni, pružaju optuženom potpunu odbranu protiv optužbi koje se odnose na njegovo krivično postupanje.

Tri uvjeta koji moraju biti ispunjeni su: optuženi mora imati zakonsku obavezu da postupi po naređenju; optuženi ne smije znati da je naređenje bilo protivzakonito; i naređenje ne smije biti očigledno protivzakonito<sup>9</sup>. Ovi uvjeti logično proizilaze iz situacija koje nužno moraju postojati. Lica protiv kojih se podižu optužnice pred sudovima su viši vojni oficiri ili civilne vođe, ili ako su niže rangirani, terete se za veoma ozbiljna krivična djela. Niti u jednom od gore pomenutih slučajeva ta lica nisu mogla ne biti svjesna toga da su naređenja koja su za posljedicu imala navodne zločine bila protivzakonita. Ako su ta lica radnje za koje se terete izvršila po naređenju, onda je njima (ili bilo kojoj razumnoj osobi na njihovom mjestu) bilo jasno da su ta naređenja protivzakonita<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> In re Eck and Others (The Peleus), Hamburg, British Military Court, Oct.20, 1945; (1945), 13. Am. Dig. Quoted by Jordan Paust and Others, International Criminal Law: Cases and Materials, p.101 /U predmetu Eck i drugi (Peleus), Hamburg, Britanski vojni sud, 20. oktobar 1945, (1945), 13. Am. Dig.

Citirano u Jordan Paust i drugi, Međunarodno krivično pravo: Predmeti i materijali, str. 101/

<sup>7</sup> Levie on the Law of War, Michael N. Schmitt and Leslie S. Green eds., International Law Studies, vol. 70, 1998, p.269 / Levie o zakonu ratovanja, Michael N. Schmitt i Leslie S. Green eds., Studije međunarodnog prava, vol. 70, 1998, str. 269/

<sup>8</sup> Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda, član 1., 1998.

<sup>9</sup> Schabas, William A., An Introduction to the International Criminal Court, Second Edition, Cambridge University Press, 2004, p.114. /William A. Schabas, Uvod u Međunarodni krivični sud, Cambridge University Press, 2004, str.114/

<sup>10</sup> Alexander Zahar and Goran Sluiter, International Criminal Law, Oxford University Press, 2008, p.425. /Alexandar Zahar i Goran Sluiter, Međunarodno krivično pravo, Oxford University Press, 2008, str. 425/

Treba odmah napomenuti da izuzetak predviđen članom 33. nije primjenjiv u predmetima genocida ili zločina protiv čovječnosti. U članu 33. stav 2. navodi se da su ovi zločini očigledno protivzakoniti i da nikada neće ispuniti uvjet predviđen članom 33. stav 1. tačka c), a koji predstavlja izuzetak od opšteg pravila. Međutim, vrijedno pažnje je i to da se u članu 33. stav 2. **ne spominju ratni zločini**, te da se s tim u vezi i pod uslovom da su ispunjeni uvjeti iz člana 33. stav 1. tačke a) i c) može pripremiti potpuna odbrana u predmetima ratnih zločina<sup>11</sup>.

U pogledu međunarodnog zakonodavstva, smatra se da se u novijoj istoriji, u predmetima u kojima se optuženi odlučuju za odbranu pozivanjem na naređenja pretpostavljenih, primjenjuje pristup koji zagovara apsolutnu odgovornost<sup>12</sup>. Počevši od "Nirnberškog modela" pa sve do tribunala za bivšu Jugoslaviju i Ruandu, uvriježeno je mišljenje da je u sklopu međunarodnog krivičnog zakonodavstva prihvaćen koncept da su potčinjeni odgovorni za zločine bez obzira na to da li su zločini nastali kao posljedica postupanja po naređenjima pretpostavljenih<sup>13</sup>.

Ipak, postoje suprotstavljene teorije i debate koje su vođene prilikom pisanja člana 33. odražavaju tenzije između njih. Dvije glavne frakcije su u suštini bile podijeljene oko pristupa koji zagovaraju apsolutnu odgovornost s jedne i odgovornost uvjetovanu određenim faktorima s druge strane.

Član 33. se uglavnom smatra otklonom u odnosu na ranije međunarodno zakonodavstvo. Ipak, ideja o postojanju situacija u kojima je primjena uvjetne odgovornosti puno prikladnija od striktno apsolutne odgovornosti ne predstavlja nikakvu novinu s obzirom da je u mnogim isključivo nacionalnim sistemima usvojen ovaj model<sup>14</sup>.

Iako je odbrana pozivanjem na naređenja pretpostavljenih isključena iz nekih instrumenata međunarodnog krivičnog prava poput Povelje Nirnberškog suda i statuta *ad hoc* tribunala, ostali međunarodni dokumenti kao što je Konvencija o genocidu nisu je stavili sasvim van zakona, a isto vrijedi i za Rimski statut. Osim toga, ako se detaljnije analiziraju instrumenti koji ne dopuštaju ovu odbranu često se može vidjeti da je to urađeno uslijed specifičnih detalja situacije koju tretira taj instrument<sup>15</sup>.

U Nirnberškom procesu, zločini za koje su se teretili optuženi bili su takvih razmjera da je apsolutni karakter neprihvatljivosti odbrane pozivanjem na naređenja pretpostavljenih bio od malog ili nikakvog značaja. Međutim, sudovi koji su uspostavljeni kasnije suočili su se sa većim poteškoćama. Ovi sudovi nastojali su riješiti to pitanje tretirajući ga kao pitanje umišljaja. Na primjer, u predmetu Talaca (*Hostages case/Sjedinjene Američke Države protiv Wilhelma Lista i drugih*), sud je izrazio ovakav stav:

"Sud nalazi... da ako potčinjeni nije znao da je naređenje protivzakonito i ako se razumno nije moglo od njega očekivati da bude upoznat sa protivzakonitošću naređenja, ne postoji umišljaj neophodan za počinjenje krivičnog djela i potčinjeni će biti zaštićen. Ali, opšte pravilo je da su pripadnici oružanih snaga obavezni postupati samo po zakonitim naređenjima svojih pretpostavljenih i da ne mogu izbjeći krivičnu odgovornost postupanjem po naredbi kojom se krši međunarodno pravo i kojom se vrši grubo nasilje nad osnovnim konceptima pravde<sup>16</sup>.

Nadalje, detaljnijom analizom obrazloženja datih u prilog konceptu apsolutne odgovornosti može se utvrditi da u svim predmetima prevladaju kontradiktornosti koje mogu obeshrabriti primjenu ovog koncepta. Komentatori su naveli da koncept apsolutne odgovornosti počiva na tezi da potčinjeni može donositi razumne odluke o onome što je ispravno i onome što nije, te da će prosuđivati o činjenju nečega protivzakonitog i o kazni

<sup>11</sup> See Gaeta, Paola "The Defense of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court Versus Customary International Law," 10 European Journal of International Law 172, 173 (1999). /Vidi Gaeta, Paola "Odbrana pozivanjem na naređenja pretpostavljenih: Statut Međunarodnog krivičnog suda naspram međunarodnog običajnog prava", EJIL 172, 173 (1999)/

<sup>12</sup> Vidi *ibid.*, 174 (1999).

<sup>13</sup> Vidi *ibid.*

<sup>14</sup> Vidi *ibid.* 175-7; gdje se opisuje odluka Austro-ugarskog vojnog suda, kasnije odluke Lajpciškog suda i ostalih nacionalnih sudova. Brojni stručnjaci su nastojali detaljnije obraditi ovo razmimoilaženje u stavovima i utvrditi da li je moguće pomiriti ove dvije frakcije ili su njihova stajališta uistinu sasvim oprečna. Radi detaljnijih komentara o ovom pitanju vidi takođe: McCoubrey, Hilaire, "From Nuremberg to Rome: Restoring the Defense of Superior Orders," 50 International and Comparative Law Quarterly 386, (2001); Garraway, Charles, "Superior Orders and the International Criminal Court: Justice delivered or justice denied", International Review of the Red Cross, No. 836, pgs 785-794, 31 December, 1999 /McCoubrey, Hilaire, "Od Nirnberga do Rima: Povratak na scenu odbrane pozivanjem na naređenja pretpostavljenih" 50 Časopis za međunarodno i komparativno pravo 386, (2001); Garraway, Charles, "Naređenja pretpostavljenih i Međunarodni krivični sud: Izvršenje ili ometanje pravde", Međunarodni pregled Crvenog krsta, br. 836, str. 785-794, 31. decembar 1999. godine/

<sup>15</sup> Za potrebe ovog članka, čitalac treba primjetiti da KZ BiH ne zabranjuje odbranu pozivanjem na naređenja pretpostavljenih.

<sup>16</sup> Suđenja ratnim zločincima, Vol. XI, str. 1236.

<sup>17</sup> See Gaeta, Paola "The Defense of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court Versus Customary International Law," 10 European Journal of International Law 172, 178 (1999). /Vidi Gaeta, Paola "Odbrana pozivanjem na naređenja pretpostavljenih: Statut Međunarodnog krivičnog suda naspram međunarodnog običajnog prava", EJIL 172, 178 (1999)/

predviđenoj za počinjenje takvog krivičnog djela<sup>17</sup>. U teoriji se jednostavno navodi da ako je nešto protivzakonito, da je u tom slučaju potčinjeni obavezan da ne postupi po naređenju. Međutim, ovome se često pridodaju faktori koji se odnose na obuku i posebne okolnosti predmeta.

Po riječima jednog stručnjaka iz ove oblasti: “Kada vojnik postupi po zakonitom naređenju on/ona ne čini samo ono što se od njega/nje zahtijeva osnovnom obukom i disciplinom, nego takođe i ono što je profesionalno opravdano”<sup>18</sup>. Počevši od inicijalnih faza njihove obuke vojnici se uče da postupaju po naređenjima svojih pretpostavljenih. Obaveza da postupaju po naređenjima je usađena u glavama mladih regruta. Pukovnik Kennedy, predsjedavajući vojni sudija u čuvenom predmetu *Sjedinjene Američke Države protiv Calleya*, dobro je to pojasnio rekavši: “Vojnici se uče da postupaju po naređenjima. Posebna pažnja se posvećuje naređenjima na ratištu. Vojna efikasnost zavisi od postupanja po naređenjima”<sup>19</sup>. Osim toga, važno je napomenuti da je za vrijeme ratnog stanja na snazi zakon o obaveznoj mobilizaciji kojem podliježu svi vojno sposobni muškarci.

U prilog apsolutnoj odgovornosti tvrdi se da se spoljni pritisci u ovim situacijama uzimaju u obzir u fazi izricanja presude, ali ovakvim pristupom odbija se priznati da postoje okolnosti koje mogu uticati na stvarnu krivicu ili nevinost navodnog počinioa krivičnog djela<sup>20</sup>. Ova tvrdnja je manjkava i možda čak zanemaruje tezu na kojoj se i zasniva - da su vojnici, ili potčinjeni općenito, misleći subjekti. Ako zaista prosuđuju o posljedicama koje mogu nastati kao rezultat njihovog djelovanja, oni zapravo na taj način donose odluku koja se može razlikovati od situacije do situacije, a na osnovu pojedinosti sadržanih u naređenju. To je upravo antiteza apsolutne odgovornosti. Nadalje-ako se prihvati teza da je on misleći subjekt u pogledu zakonitosti naređenja, onda se čini nelogičnim da se ta ista osoba *ne* smatra mislećim subjektom u pogledu svih ostalih potencijalnih spoljnih faktora (što bi zahtjevala apsolutna odgovornost)<sup>21</sup>.

Opšteprihvaćeno načelo je da društva i institucije često djeluju u skladu sa pravnom fikcijom da su ljudi upoznati sa zakonima koji su na snazi i efektima koje pojedinosti sadržane u ovim zakonima imaju u njihovom svakodnevnom životu. Kada to ne bi bio slučaj, kako bismo onda mogli živjeti u društvu sa bilo kakvim zakonima? Ipak, imajući to u vidu pitanje koje se nameće u ovom slučaju je dokle seže ta pretpostavka ili fikcija. Koji nivo znanja se pripisuje onima od kojih se očekuje da postupaju po ovim zakonima i koliko zapravo zakon pretpostavlja ili treba pretpostavljati, da oni znaju?

Upravo o ovim pitanjima se razmišljalo u vrijeme izrade člana 33. Statuta MKS-a i tretiranja pitanja naređenja pretpostavljenih u odnosu na krivičnu odgovornost.

Nakon što smo razmotrili pitanje da li bi odbrana od krivične odgovornosti pozivanjem na teoriju naređenja pretpostavljenih trebala biti uvjetovana bilo kakvim faktorima, u ovom članku istražiti ćemo kako je MKS pokušao, u članu 33., da uspostavi delikatnu ravnotežu koju zahtijeva teorija uvjetne odgovornosti. Prije nego li pređemo na implikacije izuzetaka od odgovornosti, bilo bi korisno prvo analizirati uvjete koji se odnose na svaki od ovih kriterija.

*(a) Lice koje je izvršilo krivično djelo imalo je zakonsku obavezu da postupa po naređenju vlade ili drugog naredbodavca;*

Prvi korak ove analize zahtijeva da odredimo da li je optuženi imao zakonsku obavezu da postupi po naređenju koje je rezultiralo počinjenjem krivičnog djela za koje se lice tereti. Ako lice nije imalo zakonsku obavezu da postupi po naređenju, onda prema članu 33., on/ona nema pravo na ovu odbranu. Komplikacije u vezi ovog elementa mogu se pojaviti u definisanju obaveze koju će sud priznati - to može značiti proučavanje domaćeg režima koji snosi odgovornost za izdavanje tog naređenja<sup>22</sup>. Ovo određenje će varirati od slučaja do slučaja i predstavljat će analizu obavezne prirode naređenja u zavisnosti od režima o kojem se radi. Jedna stvar je ipak sigurna – u tački a) navodi se da ova obaveza mora biti “zakonska” a ne jednostavno moralna dužnost

<sup>18</sup> McCoubrey, Hilaire, “From Nuremberg to Rome: Restoring the Defense of Superior Orders,” 50 *International and Comparative Law Quarterly* 386, (2001). /McCoubrey, Hilaire, “Od Nirnberga do Rima: Povratak na scenu odbrane pozivanjem na naređenja pretpostavljenih” 50 *Časopis za međunarodno i komparativno pravo* 386, (2001)

<sup>19</sup> *U.S. protiv Calleya*, 22 U.S.C.M.A.534.48 C.M.R. 19 (1973).

<sup>20</sup> *Vidi ibid.*

<sup>21</sup> Tvrdi se da je jedino u okviru nacionalnih pravnih sistema prihvaćena uvjetna odgovornost u kontekstu odbrane pozivanjem na naređenja pretpostavljenih, te da u predmetima ratnih zločina ovi sistemi ponovo primjenjuju apsolutnu odgovornost i kao takvi ovi pristupi se mogu pomiriti u pogledu njihovog konačnog ishoda. *Vidi ibid.*, 183-188. Međutim, ovaj članak se neće baviti pitanjem pomirljivosti ovih pristupa na tako direktan način, nego će se umjesto toga fokusirati na član 33. i njegove moguće implikacije za odbranu u predmetima ratnih zločina.

<sup>22</sup> Zimmermann, Andreas, “Superior Orders,” *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol 1 pgs 957-974, 969 (2002). /Zimmermann, Andreas, “Naređenja pretpostavljenih”, *Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda: Komentar*, Vol 1, str. 957-974, 969 (2002)/

<sup>23</sup> Garraway, Charles, “Superior Orders and the International Criminal Court: Justice delivered or justice denied,” *International Review of the Red Cross*, No. 836, pgs 785-794, 31 December, 1999. /Garraway, Charles, “Naređenja pretpostavljenih i Međunarodni krivični sud: Izvršenje ili ometanje pravde”, *Međunarodni pregled Crvenog krsta*, br. 836, str. 785-794, 31. decembar 1999. godine/

ili njen ekvivalent<sup>23</sup>.

(b) *Nije znalo da je naređenje protivzakonito;*

Ovaj element nije tako jasno definisan u smislu tereta dokazivanja i nivoa znanja, ali su se pojavile određene smjernice. Neki stručnjaci iz ove oblasti tvrde da optuženi jednostavno treba priznati svoje neznanje u vezi s ovim pitanjem<sup>24</sup>, dok se u oprečnom stavu tvrdi da zbog toga što se radi o kriteriju koji po Statutu treba ispuniti odbrana, na optuženom je možda veći teret dokazivanja u ovoj situaciji<sup>25</sup>.

Što se tiče znanja, ovaj element je definisan kao "svijest o postojanju okolnosti ili o nastupanju posljedice u normalnom slijedu događaja".<sup>26</sup> Ova definicija, uz neodređenost u vezi s teretom dokazivanja, utiče na to da je ovaj element u određenoj mjeri subjektivne prirode. Iako Andreas Zimmermann tvrdi da je od pomenuta tri uvjeta ovaj vjerovatno od najmanje važnosti, prisutan je i oprečan stav u slučaju da postoje jasni dokazi koji ukazuju na znanje optuženog<sup>27</sup>.

Jedno od glavnih načela u pozadini debate o ovom uvjetu u sklopu testa je koncept o kojem je bilo riječi u ranijem tekstu, odnosno da su (posebice) vojnici obučeni da postupaju po naređenjima - te da zapravo njihova efikasnost i čak njihovi životi mogu zavisi od te poslušnosti<sup>28</sup>. Ovaj koncept ide u prilog argumentu da se ljestvica u pogledu nivoa znanja koje osoba treba imati, a da bi se određeno naređenje smatralo protivzakonitom, treba postaviti prilično visoko<sup>29</sup>. Nivo znanja, u kombinaciji sa njegovom neizbježnom povezanošću sa članom 33. stav 1 tačka c), ima potencijal da ovaj uvjet učini isto tako valjanim osnovom za odbranu kao što je to slučaj sa ostala dva uvjeta.

(c) *Naređenje nije bilo očigledno protivzakonito*

Iako je jasno da postoje razilaženja u stavovima u pogledu obima u kojem međunarodno pravo i norme dozvoljavaju odbranu pozivanjem na naređenja pretpostavljenih, član 33. stav 1. predviđa situacije u kojima se ova odbrana može primjeniti. U članu 33. stav 1. c) navodi se konačni uvjet u sklopu testa za ovu odbranu. Načela u pozadini ovog elementa bila su predmet posebne rasprave u stručnim krugovima u pogledu opravdanosti postojanja apsolutne zabrane korištenja ove odbrane. Po riječima jednog autora: "može se dovesti u pitanje da li trenutno postoji apsolutna zabrana korištenja odbrane prinudom u onim slučajevima kada potčinjeni nije znao da je naređenje protivzakonito i kada naređenje nije bilo flagrantno protivzakonito. S tim u vezi ostaje upitno da li su ispunjeni uslovi za formiranje pravila običajnog prava ..."<sup>30</sup> Ipak, kao što je ranije rečeno, član 33. stav 1. predstavlja test, a u članu 33. stav 1. tačka c) navodi se konačni uvjet koji se odnosi na znanje optuženog.

Očigledna nezakonitost opisana je kao "nezakonitost koja je očigledna osobi sa normalnom moći

<sup>24</sup> Zimmermann, Andreas, "Superior Orders," The Rome Statute of the International Criminal Courts: A Commentary, Vol 1 pgs 957-974, 970 (2002). /Zimmermann, Andreas, "Naređenja pretpostavljenih", Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda: Komentar, Vol 1, str. 957-974, 970 (2002)/

<sup>25</sup> Garraway, Charles, "Superior Orders and the International Criminal Court: Justice Delivered or justice denied," International Review of the Red Cross, No. 836, pgs 785-794, 31 December, 1999. /Garraway, Charles, "Naređenja pretpostavljenih i Međunarodni krivični sud: Izvršenje ili ometanje pravde", Međunarodni pregled Crvenog krsta, br. 836, str. 785-794, 31. decembar 1999. godine/

<sup>26</sup> Vidi *ibid.*

<sup>27</sup> Zimmermann, Andreas, "Superior Orders," The Rome Statute of the International Criminal Courts: A Commentary, Vol 1 pgs 957-974, 970 (2002). /Zimmermann, Andreas, "Naređenja pretpostavljenih", Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda: Komentar, Vol 1, str. 957-974, 970 (2002)/

<sup>28</sup> Restivo, Natalia M., "Defense of Superior Orders in International Criminal Law as Portrayed in Three Trials: Eichmann, Calley and England," Cornell Law School L.L.M. Papers Series, Paper 18, (2006). See also, *In re Eck and Others* (the Peleus case), Hamburg, British Military Court, Oct 20, 1945; *McCall v. McDowell*, 15 Fed. Cas. 1235 (No. 8673, Cal. 1867) /Restivo, Natalia M., "Odbrana pozivanjem na naređenja pretpostavljenih u međunarodnom krivičnom pravu prikazana kroz tri suđenja: Eichmann, Calley i England," Cornell Law School L.L.M. Papers Series, Paper 18, (2006). Vidi takođe: U predmetu *Eck i drugi (Peleus)*, Hamburg, Britanski vojni sud, 20. oktobar 1945, (1945), *McCall v. McDowell*, 15 Fed. Cas. 1235 (No. 8673, Cal. 1867)/

<sup>29</sup> Vidi Murphy, Ray, "Obuka iz međunarodnog humanitarnog prava za multinacionalne operacije podrške miru - lekcije iz iskustva," Međunarodni pregled Crvenog krsta, br. 840 str. 953-968, 31. decembar 2000; Vidi *općenito* (o temi na koji način Rimski statut tretira princip da nepoznavanje zakona ne oslobađa osobu od odgovornosti), Otto Triffterer (ed.), Komentar Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda, Nomos, 1999, str. 180-288; Vidi takođe (o istoj temi), William A. Schabas, "Uvod u Međunarodni krivični sud", Cambridge University Press, str. 230-232 (2007); O' Loughlin v. O'Callaghan (1874) IR 8 CL 116.

<sup>30</sup> Zimmermann, Andreas, "Superior Orders," The Rome Statute of the International Criminal Courts: A Commentary, Vol 1 pgs 957-974, 965 (2002). /Zimmermann, Andreas, "Naređenja pretpostavljenih", Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda: Komentar, Vol 1, str. 957-974, 965 (2002)/

<sup>31</sup> Vidi *ibid.* str. 970. Citiran Lauterpacht iz neobjavljenog memoranduma 'Sankcionisanje ratnih zločina' dostavljenog Komisiji za zločine protiv međunarodnog javnog reda 1942. godine.

*rasuđivanja*<sup>31</sup>. Sama definicija jasno ukazuje na to da će se o određenju po ovom uvjetu odlučivati od slučaja do slučaja. S obzirom da se radi o očiglednoj prirodi zločina, sljedeće pitanje koje logički slijedi je naravno, očigledno kome? Da li bi sud trebao imati u vidu potčinjenog kome se zločin stavlja na teret, objektivno lice ili možda varljivog "razumnog čovjeka"? Andreas Zimmerman predlaže da se istraga fokusira na "*objektivnu percepciju situacije koja je predmet istrage iz ugla prosječne osobe*"<sup>32</sup>.

Možda je pitanje o tome da li je lice znalo da je naređenje bilo očigledno protivzakonito najbolje ispitati kroz primjere. U 2007. godini, tokom postupka pred vojnim sudom koji je vođen protiv drugog oficira, jedan američki vojnik opisao je incident kojom prilikom mu je naređeno da puca na nenaoružanog Iračanina koji je imao podignute ruke<sup>33</sup>. Da je ovom vojniku primjerice suđeno za ovaj zločin, prema Rimskom statutu, vrlo je vjerovatno da *ne* bi mogao iskoristiti odbranu pozivanjem na naređenja pretpostavljenih jer ne bi ispunio posljednji uvjet testa. Međutim, razmotrimo jedan drugi primjer zatvorskog čuvara koji dozvoljava ulaz u zatvorske prostorije ovlaštenom osoblju radi ispitivanja - a posljedica koja nastupi kao rezultat ispitivanja je smrt jednog zarobljenika. Naređenje da se ovlaštenom osoblju dozvoli ulaz u zatvor radi ispitivanja ne čini se očigledno protivzakonitim - ipak, pod određenim okolnostima, naređenje je zapravo moglo biti protivzakonito, u kojem slučaju čuvar može krivično odgovarati.

Iako član 33. predstavlja generalnu zabranu u pogledu korištenja odbrane od krivične odgovornosti pozivanjem na naređenja pretpostavljenih, jasno je da će se u slučaju ispunjenja posebnih uvjeta propisanih ovim članom lice osloboditi krivične odgovornosti u određenim predmetima. Sljedeće pitanje od važnosti za ovaj članak odnosi se na implikacije odredbi člana 33. u predmetima ratnih zločina.

Neki autori su mišljenja da princip uvjetne odgovornosti nije primjenjiv u predmetima ratnih zločina. Paola Gaeta čak pominje da postoji koncenzus, odnosno *communis opinio* da iako ratni zločini nisu eksplicitno pomenuti u članu 33. stav 2 (ili bilo kojoj drugoj odredbi Statuta) da odbrana pozivanjem na naređenja pretpostavljenih u takvim predmetima nikada neće biti prihvatljiva zbog same prirode zločina<sup>35</sup>. Međutim, vjerodostojnost ove tvrdnje je predmet kontinuirane debate, a upravo ta vjerodostojnost je osporena ovim člankom. Različitost u mišljenjima se uglavnom odnosila na tumačenje stava 1. tačke b) i c) člana 33.

Gđa. Gaeta postavlja pitanje: "*Kako bi bilo moguće tvrditi da naređenje da se počini jedan od takvih zločina (ratni zločin)*"<sup>36</sup> nije očigledno protivzakonito ili da potčinjeni nisu znali za njegovu protivzakonitost?"<sup>37</sup> Ona ukazuje na to ako bi vojnik bio oslobođen optužbi zbog toga što nije znao da je neko djelo predstavljalo zločin po međunarodnom pravu, da bi u tom slučaju bio oslobođen u skladu sa principom *nullum crimen sine lege*, a ne u skladu sa članom 33.<sup>38</sup> Shodno gore navedenom, ona u svojoj teoriji tvrdi da nemogućnost potčinjenog da shvati da je naređenje bilo protivzakonito (jedan od uvjeta u sklopu testa koji se navodi u članu 33. stav 1. tačka b)) znači da naređenje mora biti tako nedefinisano da se ne može okarakterisati protivzakonitim.

Ipak, kao što će biti pokazano u daljem tekstu, postoje realne situacije u kojima potčinjenom može biti naređeno da u okviru svojih dužnosti, čak i u predmetima ratnih zločina, uradi nešto što bi pod drugačijim okolnostima bilo sasvim zakonito, ali je u tom konkretnom slučaju postupanje po naređenju bilo protivzakonito. Teško je uopšte govoriti o tome da li je potčinjeni znao da je naređenje protivzakonito ili ne (uvjet iz tačke b)), bez povezivanja ovog elementa sa prirodom zločina (pitanje očigledne protivzakonitosti sadržano u uvjetu iz tačke c)).

U članu 33. stav 1. tačka c) sa razlogom se koristi riječ "*očigledno*". Kao što je detaljnije pojašnjeno u ranijem tekstu, ovim članom se zabranjuje korištenje izuzetaka kod postupanja koje je očigledno protivzakonito-a ne kod svakog tehnički protivzakonitog postupanja. Na primjer, krivično djelo ubistva je prilično jasno definisano kako međunarodnim, tako i zakonima na nivou država, ali ipak uprkos tome i uslijed posebnih okolnosti u datom predmetu, moguće je zamisliti neke situacije u kojima naređenje da se ubije možda nije bilo *očigledno*

<sup>32</sup> *Vidi ibid.*

<sup>33</sup> International Herald Tribune, "Sjedninjene države istražuju smrt 9 iračkih civila", 27. septembar 2007, <http://www.iht.com/articles/2007/09/27/america/iraq.php>.

<sup>34</sup> Desilo se u nekoliko slučajeva u praksi

<sup>35</sup> Gaeta, Paola "The Defense of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court Versus Customary International Law," 10 European Journal of International Law 172, 184-186 (1999). /Gaeta, Paola "Odbrana pozivanjem na naređenja pretpostavljenih: Statut Međunarodnog krivičnog suda naspram međunarodnog običajnog prava", 10 EJIL 172, 184-186 (1999)/

<sup>36</sup> Gđa. Gaeta naglašava da se u članu 8 MKS-a navode ratni zločini koji su takve prirode da se na njih ni u kom slučaju ne može primjeniti kriterij "očigledne protivzakonitosti". Iako autori ovog članka smatraju da ova teza nije sasvim jasna, u ovom članku ratni zločini se posmatraju generalno, a ne u okviru prilično sužene definicije kojom se rukovodi MKS.

<sup>37</sup> Gaeta, Paola "The Defense of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court Versus Customary International Law," 10 European Journal of International Law 172, 190 (1999). /Gaeta, Paola "Odbrana pozivanjem na naređenja pretpostavljenih: Statut Međunarodnog krivičnog suda naspram međunarodnog običajnog prava", 10 EJIL 172, 190 (1999)/

<sup>38</sup> *Vidi ibid.* str. 186.

protivzakonito.

*Razmotrite ovaj primjer:*

Niže- ili srednjerangirani vojnik dobija naređenje od nadređenog starješine. Rečeno mu je da ispaljuje minobacačke granate na selo. Vojnik je po zakonu obavezan da postupi po naređenju. Rečeno mu je da se u selu nalaze neprijateljski vojnici<sup>39</sup>. On postupi po naređenju, granatira selo i kasnije biva optužen za ratni zločin. Ovaj jednostavni primjer ilustruje situaciju u kojoj je moguće da su uvjeti iz člana 33. stav 1. tačke a) i c) ispunjeni.

Konačno, ne samo da je moguće predvidjeti scenarije u kojima član 33. pruža odgovarajuću odbranu u predmetu ratnog zločina, nego i analiza izrade samog ovog člana jasno ukazuje na to da su oni koji su radili na izradi ovog statuta *namjeravali* da se on koristi u tim slučajevima. U članu 33. stav 2, oni koji su pisali Statut odlučili su se da navedu da su *“naređenja da se izvrši krivično djelo genocida ili zločin protiv čovječnosti očigledno protivzakonita”*. Primjetno je da se ratni zločini ne nalaze na ovoj listi. Ne možemo pretpostaviti da se to desilo tek pukom slučajnošću. *Nespominkanjem* ratnih zločina među zločinima koji su *per se* očigledno protivzakoniti, oni koji su radili na izradi Statuta jasno su predvidjeli da će biti situacija, ili su željeli da ostave otvorenu mogućnost u situacijama kada bi član 33. mogao omogućiti korištenje odbrane pozivanjem na naređenja pretpostavljenih u određenim predmetima ratnih zločina.

Sada kada smo utvrdili da će vrlo vjerovatno biti posebnih okolnosti pod kojima će član 33. omogućavati odbranu osobama optuženim za ratne zločine, nameće se pitanje kako se to odražava na suđenja pred Sudom BiH? Važno je napomenuti da će prilikom procesuiranja predmeta ratnih zločina Sud BiH razmatrati međunarodne pravne instrumente, kao i sudsku praksu međunarodnih sudova.

Kao opšti princip, *“[č]ini se da se u svim nacionalnim pravnim sistemima... međunarodno običajno pravo prihvata kao sastavni dio državnog zakona”*.<sup>40</sup> Ipak, idući dalje od ovog opšteg principa, još od 1899. godine pa naovamo međunarodno običajno pravo je uvijek bilo sastavnim dijelom sporazuma u oblasti humanitarnog prava, s tim da je i BiH među zemljama potpisnicama. U članu III stav 3. tačka b) Ustava Bosne i Hercegovine, navodi se da su *“[o]pšta načela međunarodnog prava... sastavni dio pravnog poretka Bosne i Hercegovine i entiteta”*. Zajedno sa ustaljenom sudskom praksom ova odredba je u ranijem periodu predstavljala osnov koji je bio potreban sudećim vijećima Suda Bosne i Hercegovine za uvođenje određenih novih instituta ili načela<sup>41</sup> međunarodnog krivičnog prava u pravni sistem Bosne i Hercegovine.

Konkretan primjer uticaja MKS-a u BiH može se naći u članu 172. Krivičnog zakona BiH. Član 172. je gotovo identičan članu 7. MKS-a, iz čega se jasno vidi da su Statut MKS-a i sudska praksa od velikog značaja za Sud BiH.

Još jedan primjer koji govori ovome u prilog može se naći u presudi u predmetu *Tužilaštvo protiv Raševića i Todovića*, u kojoj se Sudeće vijeće u više navrata poziva na odredbe Rimskog statuta, kao i na Elemente biča krivičnih djela: *“U tumačenju ovog elementa “politike” Vijeće ističe da je član 172. KZ BiH identičan članu 7. Rimskog statuta. Stoga, Vijeće smatra da Rimski statut, istorijat njegove izrade i prateći Elementi biča krivičnih djela predstavljaju uvjerljiv autoritet kojim su se vodili prilikom tumačenja ove odredbe”*.<sup>42</sup>

Međunarodno običajno pravo bilo je *“sastavnim dijelom državnog prava”* prihvaćeno od *“svih nacionalnih pravnih sistema”* puno prije 1992. godine<sup>43</sup>. Konačno, Statut MKS-a je rezultat rada, kompromisa i prijedloga eksperata koji dolaze iz većine pravnih sistema u svijetu. Takav zajednički doprinos čini da MKS predstavlja jednu od prvih značajnijih kodifikacija međunarodnog krivičnog prava u novije vrijeme.

Uvriježeno je mišljenje da međunarodno običajno pravo ima barem određeni uticaj na nacionalne sisteme, a MKS je na određeni način kodifikacija upravo tog međunarodnog običajnog prava. Naravno da Sud BiH mora zasnovati svoje odluke na državnim zakonima kojim se rukovodi u svom radu, te u skladu sa međunarodnim načelima. Djelujući zajedno, ova načela i odredbe jasno ukazuju na to da će MKS i njegove pojedinačne odredbe biti od izuzetnog značaja u praksi Suda BiH. S obzirom da će se Sud BiH u svom radu voditi odredbama Rimskog statuta, i oni koji zastupaju predmete pred ovim sudom trebali bi se takođe voditi odredbama Statuta. Imajući to na umu, advokati koji postupaju kao u određenim predmetima ratnih zločina trebaju razmotriti da li član 33 Rimskog statuta može ponuditi teoriju odbrane.

<sup>39</sup> Autori ovog članka ukazuju na to da bi ovaj predmet imao i elemente pravne i stvarne zablude. Ipak, u ovom jednostavnom primjeru autori su mišljenja da ova pitanja ne mijenjaju analizu zasnovanu na odbrani pozivanjem na naređenja pretpostavljenih i da kao takva neće biti obrađena ovdje. *Vidi takođe* fusnotu 17.

<sup>40</sup> Eileen Denza, „The Relationship Between International Law and National Law“, in Malcolm Evans (ed.), *International Law* (Oxford: Hart Publishing, 2003), pg.415, 428. /Eileen Denza, „Odnos između međunarodnog prava i državnog prava“, u Malcolm Evans (ed.), *Međunarodno pravo* (Oxford: Hart Publishing, 2003), str. 415, 428/

<sup>41</sup> Na primjer, doktrina udruženog zločinačkog poduhvata.

<sup>42</sup> Predmet *Rašević i Todović*, Presuda prvostepenog vijeća, str. 39.

<sup>43</sup> Predmet *Rašević i Todović*, Presuda prvostepenog vijeća, str. 118

# Grupa kao element genocida

Članak pripremila Dominika Drózdź, doktorant na Katedri krivičnog prava Pravnog fakulteta Univerzitetat u Lođu

Pojam "genocid" je skovao poljski pravnik Rafael Lemkin, koji je opisao genocid kao staru praksu<sup>1</sup>. U pravnoj literaturi se smatra da Rafael Lemkin nije imao namjeru stvoriti novu kategoriju zločina, nego da je skovao opšti pojam koji opisuje zločine počinjene primjenom metoda koje je naveo<sup>2</sup>. Ti zločini koji su spadali u genocid, na način kako je isti definirao Rafael Lemkin, su morali biti počinjeni protiv jedne nacionalne, etničke ili rasne grupe. Zbog toga je Lemkin predložio da se u svaki krivični zakon uključe "odredbe kojima se štite manjinske grupe od ugnjetavanja na osnovu njihove nacionalne, vjerske ili rasne pripadnosti"<sup>3</sup>. Rafael Lemkin je 1945. godine definisao genocid kao "moderni zločin"<sup>4</sup>. Jedan od elemenata genocida je trebalo da bude: "Namjera počinilaca da unište ili oštete cijelu jednu nacionalnu, vjersku ili rasnu grupu napadima na pojedince koji čine tu grupu."<sup>5</sup>

Međutim, Međunarodni vojni sud u Nirnbergu nije imao mandat za krivično gonjenje za djelo genocida. Ovaj sud je mogao krivično goniti za krivična djela ratnog zločina, zločina protiv čovječnosti i zločina protiv mira. Lemkinov koncept „genocida“ nije prihvaćen u Statutu Međunarodnog vojnog suda. Pojam "genocid" pomenut je samo jednom u jednoj optužnici u dijelu pod naslovom "Zločin protiv čovječnosti", ali to je bio samo opis nekih djela koja su počinjena tokom Drugog svjetskog rata. Ubrzo nakon toga je usvojena Rezolucija 96/I Generalne skupštine Ujedinjenih nacija, u kojoj je pojam "genocid" opisan kao "negiranje prava postojanja cijelim ljudskim grupama."<sup>6</sup> Nakon toga načinjen je još jedan korak u cilju zabrane genocida – Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida je pripremljena i usvojena 1948. godine.

Zločin genocida ima tri elementa: grupni element, mentalni element i fizički element. Pojmovi koji se koriste u Konvenciji o genocidu<sup>7</sup> nisu jasno definisani.

Fokus ovog članka je na **grupnom** elementu genocida.

Ne postoji međunarodno, uopćeno prihvaćena definicija "grupe" primjenjiva u smislu Konvencije o genocidu. Stoga je teško ocijeniti koji je minimalni broj pojedinaca koji čine jednu grupu.

Konvencijom o genocidu su zaštićene četiri grupe: nacionalna, rasna, etnička i vjerska. Ove grupe nisu definisane u međunarodnom krivičnom pravu<sup>8</sup>, stoga je teško reći da li se koncepti nabrojanih grupa preklapaju zato što, kako je prethodno navedeno, grupe nabrojane u Konvenciji o genocidu nisu definisane.

Teško je promijeniti Konvenciju o genocidu, ali neki stručnjaci tvrde da bi se definicija genocida trebala usmjeriti na uništavanje bilo koje grupe, ne samo neke određene nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe<sup>9</sup>.

Neki stručnjaci tvrde da bi političke, društvene ili polne grupe trebale biti zaštićene, kao što su zaštićene nacionalne, etničke, rasne i vjerske grupe iz Konvencije o genocidu, kada čine dio jedne nacionalne grupe<sup>10</sup>. Međutim, iako su političke, društvene ili polne grupe zaštićene Konvencijom o genocidu kada čine dio jedne nacionalne grupe, njihov politički, društveni ili polni identitet ne igra nikakvu ulogu, znači, nije bitan zato što su te grupe zaštićene samo kada čine dio jedne nacionalne grupe. Stoga se takvim tumačenjem ne širi lista zaštićenih grupa s obzirom da se genocid vrši samo protiv nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe.

Međutim, sudeći prema predmetu Rutaganda, čini se da političke, društvene, ekonomske ili polne osobine utiču na značenje i definiciju neke određene nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe<sup>11</sup>. U predmetu

1 R. Lemkin, *Axis Rules in Occupied Europe, Laws and Occupation Analysis of Government, Proposals for Redress*, Washington 1944., str. 79.

2 D. M. Segesser, M. Gessler, *Raphael Lemkin and the international debate of the war crimes*, Journal of Genocide Research 2005., Sveska 7, br. 4, str. 462.

3 R. Lemkin, *Axis Rules in Occupied Europe, Laws and Occupation Analysis of Government, Proposals for Redress*, Washington 1944., str. 93.

4 R. Lemkin, *Genocide – A Modern Crime*, Free World, april 1945., Sveska 4, New York, <http://www.preventgenocide.org/lemkin/index.htm>.

5 Ibid.

6 Rezolucija Ujedinjenih Nacija 96 (I).

7 Predmet Rutaganda, br. ICTR-96-3, 6.12.1999., stav 56.

8 Predmet Rutaganda, br. ICTR-96-3, 6.12.1999., stav 56. R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmschurst, *Introduction to International Criminal Law and Procedure: Principles, Procedures, Institutions*, Cambridge University Press 2008., str. 170.

9 Vidi: F.I. Chalk, K. Jonassohn, *The History and Sociology of Genocide, Analyses and Case Studies*, Yale University Press, New Haven 1990., str. 23.

10 Vidi, npr.: R.L. Barbisch, *Economic Groups* u D.L. Shelton, *Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, Thomson Gale 2005., str. 275.

11 Predmet Rutaganda, br. ICTR-96-3, 6.12.1999., stav 56.

Rutaganda vijeće MKSR je utvrdilo da bi grupu trebalo "odrediti u svjetlu određenog političkog, društvenog i kulturnog konteksta."<sup>12</sup> Izgleda da se grupa određuje pojedinačno, od slučaja do slučaja. Nije uvijek moguće objektivno definisati takvu grupu na način koji su autori Konvencije zamislili i na koji su je trebali definisati.

Političke, društvene ili polne grupe mogle bi se dodati definiciji genocida ili jednom posebnom protokolu koji bi bio potpisan i obavezujući za one zemlje koje se slože sa takvom dopunom Konvencije o genocidu.

Sudije mogu tumačiti tu odredbu na način koji objašnjava značenje pojmova korištenih u Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida. Međutim, težina koncepta genocida se ne bi trebala devalvirati. Ne bismo trebali mijenjati ili proširivati značenje ovog zločina samo da bi se krivično gonilo više počinitelaca za genocid<sup>13</sup>.

Sudije Pretresnog vijeća Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu u predmetu Akayesu su odlučili da definišu sve ove grupe za potrebe MKSR. Oni su definisali svaki pojam da bi utvrdili da li su Tutsiji bili zaštićena grupa ili ne. Tutsiji su bili, faktički, pripadnici plemenske grupe. Kaže se da neka plemenska grupa može biti zaštićena kao bilo koja od grupa nabrojanih u Konvenciji o genocidu<sup>14</sup>. Prve optužnice MKSR su bile formulirane na taj način. U jednoj od njih se kaže da su djela koja su inkriminisana kao genocid počinjena sa namjerom potpunog ili djelimičnog uništenja jedne nacionalne, etničke ili rasne grupe<sup>15</sup>.

Nacionalna grupa je definisana kao "grupa ljudi zakonski povezanih na osnovu zajedničkog državljanstva i recipročnih prava i dužnosti."<sup>16</sup> Ova definicija izgleda protivrječno pripremama Šestog komiteta Generalne skupštine UN-a. Kako primjećuje David L. Nersessian, "pominjanje 'nacionalnih' grupa" u Konvenciji "podrazumijeva definiciju utemeljenu na nacionalnosti i državljanstvu."<sup>17</sup> Stoga David Nersessian tvrdi da pojedinac može biti pripadnik najmanje dvije nacionalne grupe istovremeno -- jedne prema zemlji rođenja, a druge prema zemlji čije državljanstvo ima.<sup>18</sup>

Sudije Pretresnog vijeća MKSR u predmetu Akayesu definisali su rasnu grupu kao grupu koja "se zasniva na nasljednim fizičkim osobinama koje se često povezuju sa određenom geografskom regijom, bez obzira na lingvističke, kulturne, nacionalne ili religijske faktore."<sup>19</sup> Ova grupa je opisana na sličan način i u predmetu Kayishema i Ruzinanda: "Rasna grupa se zasniva na nasljednim fizičkim osobinama koje se često povezuju sa geografijom."<sup>20</sup> Larissa van der Herik je tvrdila da Tutsiji trebaju biti zaštićeni kao rasna grupa<sup>21</sup>. Ovo izgleda kao najtačnija definicija ove grupe, pogotovo ako se uzme u obzir definicija koju je predložio William A. Schabas. On je tvrdio da bi koncept rasnog trebao obuhvatati nacionalne, etničke i religijske grupe, kao i grupe sa istim nasljednim fizičkim osobinama<sup>22</sup>.

U predmetu Akayesu se kaže da je "vjerska grupa ona čiji pripadnici dijele istu religiju, denominaciju ili obredoslovlje"<sup>23</sup>, a u predmetu Kayishema i Ruzinanda se kaže da "vjerska grupa uključuje denominaciju ili obredoslovlje ili grupu koja ima ista vjerovanja."<sup>24</sup>

Etnička grupa je definisana u predmetu Akayesu kao "grupa čiji pripadnici imaju zajednički jezik i kulturu."<sup>25</sup> Međutim, Hutui i Tutsiji se ne uklapaju u ovu definiciju s obzirom da obje grupe imaju isti jezik, kulturu i religiju. Nasuprot definiciji etničke grupe koja je data u predmetu Akayesu, u predmetu Kayishema i Ruzinanda se navodi: "Etnička grupa je grupa čiji pripadnici dijele jedan jezik i kulturu, ili grupa koja samu sebe smatra takvom (samoodređenje), ili grupa koju drugi definišu kao takvu, uključujući i počinioc zločina (određenje od strane drugih)."<sup>26</sup>

Ovo je u skladu sa prijedlogom Fredericka Harhoffa, sadašnjeg sudije MKSJ. On kaže: "Stoga se čini da je najodrživiji pristup definisanju Tutsija kao grupe primjena subjektivnog standarda prema kojem su Tutsiji definisani kao grupa koju čine oni koji sami sebe smatraju Tutsijima ili za koje se zna da su Tutsiji."<sup>27</sup> Ovaj koncept je korišten u predmetu Akayesu da bi se reklo da je genocid počinjen protiv etničke grupe Tutsija

12 Ibid.

13 Uporedi sa: **L. van der Herik**, *The Schism between the Legal and the Social Concept of Genocide in the Light of Responsibility to Protect* u **R. Henham, P. Behrens** (urednici), *The Criminal Law of Genocide: International, Comparative and Contextual Aspects*, Ashgate 2007., str. 81.

14 **D.L. Nersessian**, *The Contours of Genocidal Intent: Troubling Jurisprudence from the International Criminal Tribunals*, Texas International Law Journal 2002., Sveska 37:231, str. 262.

15 Optužnica u predmetu Akayesu od 6.6.1997., stav 6.

16 Predmet Akayesu, br. ICTR-96-4-T, 2.9.1998., stav 512.

17 **D.L. Nersessian**, *The Contours of Genocidal Intent: Troubling Jurisprudence from the International Criminal Tribunals*, Texas International Law Journal 2002., Sveska 37:231, str. 261.

18 Ibid., str. 262.

19 Predmet Akayesu, br. ICTR-96-4-T, 2.9.1998., stav 514.

20 Kayishema i Ruzinanda (Pretresno vijeće), 21.5.1999., stav 98.

21 **L.J. van der Herik**, *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers Leiden/Boston 2005., str. 129.

22 **W.A. Schabas**, *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes*, Cambridge University Press 2000., str. 123.

23 Predmet Akayesu, br. ICTR-96-4-T, 2.9.1998., stav 515.

24 Predmet Kayishema i Ruzinanda, br. ICTR-95-1-T, 21.5.1999., stav 98.

25 Predmet Akayesu, br. ICTR-96-4-T, 2.9.1998., stav 513.

26 Predmet Kayishema i Ruzinanda, br. ICTR-95-1-T, (Pretresno vijeće), 21.5.1999., stav 98.

27 **F. Harhoff**, *The Rwanda Tribunal – A presentation of some legal aspects*, International Review of the Red Cross 1997., br. 321, str. 67; **W. Lizak**, *Rwanda i Burundi – początki nienawiści*, Stosunki Międzynarodowe 2000., br. 1-2, str. 58.

budući da su neki ljudi tvrdili za sebe da su Tutsiji<sup>28</sup>.

Međutim, pošto je Pretresno vijeće u predmetu Akayesu zaključilo da nijedna od ovih grupa nije odgovarala Tutsijima, ono je na kraju zaključilo da je namjera autora Konvencije bila zaštita svake stabilne i trajne grupe<sup>29</sup>. Ali, nema dokaza da se takav zaključak može donijeti na osnovu proučavanja priprema Šestog komiteta<sup>30</sup>. Štaviše, pojedinci mogu promijeniti pripadnost nacionalnoj, rasnoj, etničkoj ili vjerskoj grupi jer joj ne pripadaju rođenjem<sup>31</sup>. Izgleda da je pripadnost svakoj od gorenavedenih grupa promjenjiva. Na primjer, postoji mogućnost da neko ko je rođen kao Tutsi postane Hutu. Kako navodi John Quigley<sup>32</sup>, "građanin Ruande Froduald Karamira rođen je kao Hutu, a mnogi Tutsiji su se asimilirali kao Hutui" zbog diskriminacije prema Tutsijima u Ruandi. Neki od njih su "prošli postupak 'preobraćenja' u Hutue, priznat lokalnim običajima", što je i Karamira, po svemu sudeći, uradio<sup>33</sup>. Takođe postoji mogućnost promjene državljanstva, što je povezano sa promjenom pripadništva nacionalnoj grupi samom promjenom državljanstva. Promjena pripadnosti etničkoj grupi može zavisiti od definicije etničke grupe. Ako se uzme u obzir opis etničke grupe koji je dala Laurie Kain Hart, promjena pripadnosti grupi je moguća. Autorica tvrdi da se etnička grupa može definisati prema kriteriju religije, kao i boje kože, jezika, nacionalnosti ili bilo kojeg drugog faktora<sup>34</sup>. Mogućnost da se promijeni pripadnost etničkoj grupi postoji i prema Williamu A. Schabas<sup>35</sup>. Takođe postoji mogućnost promjene religije, čime se mijenja pripadnost vjerskoj grupi. Znači, pojedinci ne moraju trajno pripadati jednoj grupi, niti mi možemo opisati ijednu od ovih grupa kao stabilnu, naročito zbog toga što ne postoji međunarodna definicija pojmova "stabilna" ili "trajna". Nije unaprijed određeno šta čini jednu grupu stabilnom ili trajnom, te je to potrebno definisati.

Štaviše, isto Pretresno vijeće u predmetu Akayesu je našlo dokaze da je grupa koja je bila meta bila etnička grupa Tutsija. Dokazi su postojanje barikada širom zemlje. U tom periodu Tutsiji su odvajani od Hutua i ubijani. Postojala je podjela jer su i Hutui i Tutsiji morali nositi lične karte i rodne listove da bi ih se moglo svrstati po zakonu. Provođena je "propagandna kampanja" koja je otvoreno pozivala na ubijanje Tutsija, a pojedinci su se sami izjašnjavali ili kao Hutui ili kao Tutsiji<sup>36</sup>.

Stoga se čini da je činjenica da je Pretresno vijeće ranije navelo da su Tutsiji etnička grupa protivrječna daljem opisu Tutsija kao stabilne i trajne grupe. Prvo, Pretresno vijeće je opisalo Tutsije kao etničku grupu. Nakon toga je definisalo šta je etnička grupa, pa se činilo da osobine etničkih grupa prema datoj definiciji ne odgovaraju ni Tutsijima ni Hutuima.

Pored toga, Larissa van der Herik navodi da je bilo zbunjujuće što je Pretresno vijeće navelo, govoreći o zločinima protiv čovječnosti, da je "postojao širokorasprostranjeni i sistematični napad na civilno stanovništvo na etničkoj osnovi"<sup>37</sup>.

28 Predmet Akayesu, br. ICTR-96-4-T, 2.9.1998., stav 124.

29 Predmet Akayesu, br. ICTR-96-4-T, 2.9.1998., stav 516.

30 **W.A. Schabas**, *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes*, Cambridge University Press 2000., str. 131. **R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmshurst**, *Introduction to International Criminal Law and Procedure: Principles, Procedures, Institutions*, Cambridge University Press 2008., str. 170.

31 **N.H.B. Jørgensen**, *The Definition of Genocide: Joining the dots in the light of recent practice*, *International Criminal Law Review* 2001., br. 1, str. 288.

32 **J. Quigley**, *The Genocide Convention. An International Law Analysis*, Ashgate 2006., str. 158.

33 Ibid.

34 **L.K.Hart**, *Introduction: Why to read this book*, u **L.K. Hart** (urednik), *Good people in an evil time. Portraits of complicity and resistance in the Bosnian war*, New York 2004., str. xxix.

35 **W.A. Schabas**, *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes*, Cambridge University Press 2000., str. 131.

36 Predmet Akayesu, br. ICTR-96-4-T, 2.9.1998., stav 122-124, 170-172, 701-702.

37 **L.J. van der Herik**, *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers Leiden/Boston 2005., str. 129.

## Primjena odredaba III Ženevske konvencije i Dopunskog protokola I

*Pripremio Aldin Lejlić, pravnik u OKO-u*

U dosadašnjoj praksi pred Sudom BiH, odredbe III Ženevske konvencije i Dopunskog protokola I uz Ženevske konvencije od 12.10.1949 g. o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (u daljem tekstu: Dopunski protokol I), a koje odredbe se odnose na identifikaciju statusa „zaštićene osobe“, nisu niti jednim dijelom konzumirane od strane odbrane, što je dovelo do toga da su sve presude pred Odjelom I Suda BiH zasnovane na zajedničkom članu 3. Ženevskih konvencija. To u biti znači da su „zaštićene osobe“ identifikovane po zajedničkom članu 3., te da im je dat status civilnih osoba, iako su aktivno učestvovala u oružanom sukobu. Logično je da se samo po sebi nameće pitanje zašto onda imamo čitavu konvenciju posvećenu pravima ratnih zarobljenika, ako je ne možemo koristiti u praksi?! Ovaj članak ima za cilj da prezentira odredbe III Ženevske konvencije, odnosno konvencije o pravima ratnih zarobljenika, Dopunskog protokola I i praksu MKSJ po tom pitanju.

III Ženevska konvencija članovima 2. i 4. u potpunosti reguliše pitanje statusa i identifikaciju ratnih zarobljenika, kao „zaštićenih osoba“.

*„Pored odredbi koje treba da stupe na snagu još u vrijeme mira, ova Konvencija primjenjivat će se u slučaju objavljenog rata ili svakog drugog oružanog sukoba koji izbije između dviju ili više visokih strana ugovornica, čak i ako jedna od njih nije priznala ratno stanje.*

*Konvencija će se isto tako primjenjivati u svim slučajevima okupacije cijeloga teritorija jedne visoke strane ugovornice ili njezina dijela, čak i ako ta okupacija ne naiđe ni na kakav vojni otpor.*

*Ako jedna od sila u sukobu nije članica ove Konvencije, sile koje su članice Konvencije ipak će ostati vezane njome u svojim međusobnim odnosima. One će pored toga biti vezane Konvencijom prema toj sili ukoliko ta sila prihvata i primjenjuje njezine odredbe“.<sup>1</sup>*

Evidentno je da navedena odredba odgovara na pitanje u kojim slučajevima se primjenjuje III Ženevska konvencija. Dakle, samo u slučajevima kada postoji bilo kakva vrsta oružanog sukoba između dviju ili više ugovornih strana, odnosno ukoliko jedna od strana nije ugovornica ali se ipak, u toku sukoba, ponaša u skladu sa Konvencijom i primjenjuje njene odredbe. Ovo praktično znači da svaka internacionalizacija sukoba, a u smislu navedene odredbe, određuje karakter sukoba i identificira ga kao međunarodni sukob, te uvjetuje automatsku primjenu odredaba III Ženevske konvencije. Ovom prilikom ne treba izostaviti ni činjenicu da se pod oružanim sukobom u smislu ove odredbe može smatrati i okupacija visoke strane ugovornice ili jednog njenog dijela, koja okupacija tom prilikom nije naišla ni na kakav vojni otpor. Takođe je važno spomenuti da prilikom sukoba između dviju ili više visokih strana ugovornica, a u smislu stava 1. navedene odredbe, nije od velike važnosti da li je jedna od njih eventualno priznala ili nije postojanje takvog sukoba, odnosno ratnog stanja. Ta činjenica ne utiče na zaključak da se takav sukob može okarakterisati kao međunarodni.

Kada se protumači ova odredba stiže se utisak da se pod internacionalizacijom sukoba podrazumijeva samo direktan, odnosno otvoreni sukob između visokih strana ugovornica. Međutim sukob se može smatrati međunarodnim i u slučajevima kada nije direktan i otvoren. Ovo se odnosi na slučajeve kada jedna od visokih strana ugovornica podržava, odnosno pomaže neke grupe koje se bore protiv vlade druge visoke strane ugovornice. Postoji nekoliko vidova pomaganja i podržavanja od kojih je snabdijevanje oružjem, municijom i ostalim vojnim potrepštinama najrasprostranjeniji. Pored ovog načina, vojna obuka i rukovođenje vojnim akcijama podržavane grupe od strane profesionalnog vojnog osoblja visoke strane ugovornice je takođe zastupljen u mnogim slučajevima. Organizovano slanje dobrovoljaca koji će se boriti na strani grupe takođe predstavlja jedan od načina podržavanja.

Za potrebe ovog članka kratko ćemo se osvrnuti na presudu Međunarodnog suda pravde u predmetu Nikaragva, odnosno na obrazloženje Žalbenog vijeća Haškog tribunala u predmetu Tadić, koje je sistematično obradilo navedenu presudu i primijenilo na konkretan predmet:

*„Međunarodni sud pravde rješavao je o pitanju da li je strana država, Sjedinjene Američke Države, zbog činjenice da je finansirala, organizovala, obučavala, opremala i planirala operacije organizovanih vojnih i paravojnih grupa pobunjenika u Nikaragvi (tzv. kontrasa), bila odgovorna za kršenja međunarodnog humanitarnog prava koja su počinili ti pobunjenici. Sud je zaključio da je za to potreban visok stepen kontrole.*

<sup>1</sup> Član 2. III Ženevske konvencije

Zahitjeva se ne samo (i) da strana efektivno kontroliše vojnu ili paravojnu grupu, nego i (ii) da je vršila kontrolu u odnosu na konkretnu operaciju tokom koje je eventualno došlo do kršenja. Sud je čak konstatovao da je, kako bi se utvrdilo da su Sjedinjene Države odgovorne za "djela u suprotnosti sa odredbama o ljudskim pravima i humanitarnim pravom" za koja se tvrdi da su ih počinili nikaragvanski kontrasi, potrebno dokazati da su Sjedinjene Države konkretno "dale uputstva ili obezbijedile sprovođenje" tih djela.<sup>2</sup>

Dakle, jasno je da sukob ne mora biti direktan, jer se i posredno može težiti postizanju sličnih ciljeva. Kao što vidimo Međunarodni sud pravde je zaključio da se mora postići visok stepen kontrole u odnosu na podržavanu grupu i utvrdio dva uslova koji moraju biti ispunjeni da bi se utvrdilo postojanje te kontrole. Međutim da bi se državu pozvalo na međunarodnu odgovornost najprije moramo dati odgovor na dva pitanja:

„.....U prvom slučaju valja utvrditi da li se teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava od strane privatnih lica mogu pripisati nekoj državi na osnovu toga što su ti pojedinci djelovali kao de facto funkcioneri te države. U drugom slučaju, trebalo bi naprotiv utvrditi da li se privatno lice može smatrati krivično odgovornim za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava koja predstavljaju "teške povrede".....“<sup>3</sup>

Ukoliko su odgovori na ova pitanja potvrdni, onda dolazimo u situaciju da se država poziva na međunarodnu odgovornost, a druga konsekvencija je ta da se taj sukob mora okarakterisati kao međunarodni.

Dakle, član 2. III Ženevske konvencije daje odgovor na pitanje kada se ona primjenjuje, ali da bismo je primijenili moramo znati na koga se ona odnosi, tj. ko su „zaštićene osobe“ u smislu ove konvencije.

**A** „Ratni zarobljenici u smislu ove Konvencije, jesu osobe koje pripadaju jednoj od sljedećih kategorija, a koje su pale pod vlast neprijatelja:

- (1) Pripadnici oružanih snaga jedne od strana u sukobu, kao i pripadnici milicija i dragovoljačkih jedinica koji ulaze u sastav tih oružanih snaga.
- (2) Pripadnici ostalih milicija i pripadnici ostalih dragovoljačkih jedinica, podrazumijevajući tu i pripadnike organiziranih pokreta otpora koji pripadaju jednoj strani u sukobu i koji djeluju izvan ili u okviru vlastitoga teritorija, čak i ako je taj teritorij okupiran, pod uvjetom da te milicije ili dragovoljačke jedinice, podrazumijevajući tu i ove organizirane pokrete otpora, ispunjavaju ove uvjete:
  - (a) da na čelu imaju osobu odgovornu za svoje podčinjene;
  - (b) da imaju određen znak za razlikovanje i koji se može uočiti na odstojanju;
  - (c) da otvoreno nose oružje;
  - (d) da se pri svojim djelovanjima pridržavaju ratnih zakona i običaja.
- (3) Pripadnici redovitih oružanih snaga koji izjavljuju da pripadaju jednoj vladi ili vlasti koju nije priznala sila pod čijom se vlašću nalaze.
- (4) Osobe koje prate oružane snage iako izravno ne ulaze u njihov sastav, kao što su civilni članovi posada vojnih zrakoplova, ratni dopisnici, dobavljači, članovi radnih jedinica ili službi čija je dužnost skrb o udobnosti oružanih snaga, pod uvjetom da su za to dobile dopuštenje oružanih snaga u čijoj se pratnji nalaze, dok su ove dužne da im s tom svrhom izdaju osobnu iskaznicu.
- (5) Članovi posada, podrazumijevajući tu zapovjednike, pilote i učenike trgovačke mornarice i posade civilnoga zrakoplovstva strana u sukobu koji ne uživaju povoljniji postupak na temelju drugih odredbi međunarodnoga prava.
- (6) Stanovništvo neokupiranog teritorija koje se uslijed približavanja neprijatelja dragovoljno diže na oružje kako bi pružilo otpor neprijateljskoj najezdi, a koje nije imalo vremena organizirati se kao redovita oružana sila, ako otvoreno nosi oružje i ako poštuje ratne zakone i običaje.

**B** Postupanjem koje ova Konvencija osigurava ratnim zarobljenicima koristit će se isto tako:

- (1) Osobe koje pripadaju ili su pripadale oružanim snagama okupirane zemlje ako, s obzirom na tu pripadnost, okupatorska sila, čak ako ih je na početku i pustila na slobodu dok se neprijateljstva nastavljaju izvan teritorija koji ona okupira, smatra potrebnim pristupiti njihovom interniranju, osobito nakon neuspjelog pokušaja tih osoba da se spoje s oružanim snagama kojima pripadaju i koje su stupile u borbu, ili ako se ne odazovu pozivu koji im je upućen radi interniranja.
- (2) Osobe koje pripadaju jednoj od kategorija navedenih u ovom članu, a koje su neutralne ili

2 Presuda Žalbenog vijeća u predmetu Tadić, par. 100

3 Presuda Žalbenog vijeća u predmetu Tadić, par. 103