



Međunarodni sud za krivično gonjenje
lica odgovornih za teška kršenja
međunarodnog humanitarnog prava
počinjena na teritoriji bivše
Jugoslavije od 1991. godine

Predmet br: IT-96-22-A

Datum: 7. oktobar 1997.

Original: engleski

PRED @ALBENIM VE]EM

U sastavu: Sudija Antonio Cassese, predsedavajući
Sudija Gabrielle Kirk McDonald
Sudija Haopei Li
Sudija Ninian Stephen
Sudija Lal Chand Vohrah

Sekretar: g|a Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh

Presuda od: 7. oktobra 1997.

TU@ILAC

protiv

DRA@ENA ERDEMOVI]A

IZDVOJENO I PROTIVNO MI[LJENJE SUDIJE CASSESEA

Tu`ila{tvo:

g. Grant Niemann
g. Payam Akhavan

Odbrana podnosioca `albe:

g. Jovan Babi}

SADR@AJ

I. POJAM POTVRDNOG IZJA[NJAVANJA O KRIVICI (ODNOSNO: U KOJOJ MERI ME\UNARODNI KRIVI^NI SUDOVI MOGU DA SE OSLANJAJU NA NACIONALNO PRAVO)

A. Op{te primedbe 3

B. Pojam potvrdnog izja{njanja o krivici u svetlu Statuta Me|unarodnog suda 7

II. PRINUDA U ME\UNARODNOM KRIVI^NOM PRAVU (ODNOSNO: DA LI ME\UNARODNO KRIVI^NO PRAVO PODR@AVA PRISTUP PRINUDI KOJI SE PRIMENJUJE U *COMMON LAW* KADA JE U PITANJU UBISTVO)

A. Uvod 12

B. Pojam i uslovi za ustanovljavanje prinude 13

C. Mo`e li prinuda predstavljati odbranu od optu`bi za kr{enja humanitarnog prava koja uklju-uju ubijanje 16

1. Tvrdnja Tu`ila{tva 16

2. Kriti-ka ocena argumenata Tu`ila{tva na osnovu sudske prakse 18

3. Slu-ajevi u kojima sudovi nisu izuzeli kr{enja humanitarnog prava koja uklju-uju ubijanje iz opsega i dometa prinude 28

4. Slu-ajevi u kojima su sudovi prihvatili prinudu kao odbranu od optu`be za ratne zlo-ine i zlo-ine protiv ~ove-nosti koji uklju-uju nezakonito ubijanje 32

5. Zaklju-ci koji se iz sudske prakse mogu izvesti o prinudi kada su u pitanju ratni zlo-ini i zlo-ini protiv ~ove-nosti koji uklju-uju ubijanje ljudi 42

6. Zavr{ne primedbe 46

D. Primena na presudu protiv koje je podneta `alba 49

Iako sam glasao u prilog ta-aka 1, 2, 3 i 5 Dispozitiva, sa `aljenjem konstatujem da se ne sla`em ni sa stavovima ni sa rezonovanjem ve}ine -lanova @albenog ve}a. Po{to svoje neslaganje ne mogu da iznesem *in extenso*, ograni-i}u se na dva pitanja koja mi se -ine posebno zna-ajnim:

(i) u kojoj meri se na{ Me|unarodni sud mo`e osloniti na nacionalno pravo u razja{njavanju pojma "potvrdnog izja{njavanja o krivici". Iako su stavovi ve}ine i moji stavovi po ovom pitanju sve bli`i i bli`i ({to je uobi-ajena pojava u radu jednog kolegijalnog tela), i dalje smatram da treba da iznesem svoj pristup ovoj stvari, koji sam od po-etka zastupao;

(ii) pitanje mo`e li se prinuda izneti i prihvatiti kao odbrana od optu`be za ratne zlo-ine i zlo-ine protiv -ove-nosti ako krivi-no delo koje le`i u njihovoj osnovi uklju-uje ubijanje nevinih lica. Po ovom pitanju se su{tinski ne sla`em sa ve}inom, te stoga prila`em svoje Protivno mi{ljenje.

I. POJAM POTVRDNOG IZJA{NJAVANJA O KRIVICI

(ODNOSNO: U KOJOJ MERI SE JEDAN ME\UNARODNI KRIVI^NI SUD MO@E OSLANJATI NA NACIONALNO PRAVO PRI TUMA^ENJU ME\UNARODNIH ODREDBI)

A. Op{te primedbe

1. Moja je tvrdnja da se odredbe Statuta Me|unarodnog suda ("Statut") i Pravilnika o postupku i dokazima ("Pravilnik") - i to -lan 20, paragraf 3 Statuta i pravilo 62 Pravilnika - koji se odnose na izja{njavanje optu`enog o krivici ne pozivaju nu`no na zakonodavstvo i sudsku praksu zemalja *common law*.

Ovakvo pozivanje na nacionalno pravo nije neophodno, budu}i da se pojam "potvrdnog izja{njavanja o krivici" mo`e bez ve}ih pote{ko}a izvesti na osnovu Statuta. Pozivanju na nacionalno pravo, ako je ono uop{te i potrebno, mo`e se pribe}i samo da bi se, uz neophodnu opreznost, ukazalo na obilje nijansi koje su predlo`ili nacionalni sudovi. Takvo pozivanje na nacionalno pravo moglo bi donekle osvetliti mogu}ne implikacije i ramifikacije pojma, ali se taj pojam u krajnjoj liniji mora samostalno izvesti na osnovu me|unarodnih odredbi Statuta.

2. Zadržavaju se na ovoj stvari zbog toga što njen značaj u velikoj mjeri prevazilazi konkretno pitanje o kome se raspravlja. Radi se o tome u kojoj mjeri jedan međunarodni krivični sud može ili treba da preuzima pojmove iz nacionalnog prava i prenosi ih u međunarodne krivične postupke.

Mišljenja sam da pojmove, pravne tvorevine i stručne izraze podržane u nacionalnom pravu ne treba automatski primenjivati na međunarodnom nivou. Oni se ne mogu mehanički unositi u međunarodne krivične postupke. Kao međunarodno telo koje se zasniva na međunarodnom javnom pravu, Međunarodni sud mora pre svega da uzme u obzir cilj i svrhu relevantnih odredbi svog Statuta i Pravilnika.

3. Tri osnovna razloga diktiraju ovakav pristup. Prvo, tradicionalni stav međunarodnih sudova prema pojmovima iz nacionalnog prava upućuje na to da treba ispitati sva raspoloživa sredstva na međunarodnom nivou pre nego što se pribegne nacionalnom pravu.

S tim u vezi treba primetiti da se međunarodni sudovi dosledno pridržavaju stanovišta da se čak i u slučaju međunarodnih pravila u kojima su otelovljeni pojmovi iz nacionalnog prava mora pokušati da se ti pojmovi protumače u svetlu cilja i svrhe međunarodnih pravila ili njihovog duha uopšte. Oslanjanje na pravne pojmove i koncepcije propisane nekim nacionalnim pravnim sistemom može se opravdati jedino onda kada se međunarodna pravila eksplicitno pozivaju na nacionalno pravo ili kada se takvo pozivanje nužno podrazumeva samim sadržajem i prirodom pojma o kome je re-

Primera radi, pozivanje na nacionalno pravo podrazumeva se u običajnom međunarodnom pravilu po kome jedna država ima pravo da diplomatski štiti svoje državljanke ili da u njihovo ime pokrene međunarodni sudski postupak.¹ Radi primene ovog međunarodnog pravila, odnosno da bi odredio da li je određeno lice državljanin neke države, međunarodni sudija nužno mora da prouči i primeni nacionalno zakonodavstvo dotične države.²

Kad god se pozivanje na nacionalno pravo izričito ne zahteva, niti se neizbežno podrazumeva, pribegavanje nacionalnom zakonodavstvu ne može se opravdati. U tom

¹ Vidi, na primer, *Panvezys-Saldutiskis Railway*, P.C.I.J. [Stalni sud međunarodne pravde, serija A/B, br. 76, str. 16; predmet *Barcelona Traction*, I.C.J. Reports [Izveštaji Međunarodnog suda pravde], 1970, str. 33, paragraf 36.

pogledu može biti dovoljno pomenuti dva slučaja. U svom Savetodavnom mišljenju u predmetu *Exchange of Greek and Turkish Populations* [Razmena grčkog i turskog stanovništva], Stalni sud međunarodne pravde upitao se da li mora da se pozove na nacionalno zakonodavstvo prilikom tumačenja izraza "nastanjeno", kojim je u VI lozanskoj konvenciji od 30. januara 1923. opisan deo grčkog stanovništva Carigrada. Zaključio je da ne mora, primetivši da takvo pozivanje "ne bi bilo u duhu Konvencije"; Sud je dalje rekao da je "Konvencija [dokument] za sebe" i stoga se pri donošenju odluke o tome šta je "naseljeni stanovnik" "mora oslanjati na prirodno značenje reči".³ Sličan stav zauzela je u svojoj Odluci od 25. juna 1952. Francusko-italijanska komisija pomirenja. Komisija je trebalo da protumači reči "s pravom prebivanja" u članu 79, paragraf 1 pod c Mirovnog ugovora od 10. februara 1947. između Saveznika i pridruženih sila i Italije. Jasno je da je "prebivanje" stručni izraz u većini nacionalnih sistema i moglo se očekivati da će Komisija primeniti nacionalno pravo relevantne države. I zaista, francuska vlada tvrdila je da glagol "prebivati" podrazumeva pozivanje na nacionalno zakonodavstvo države prebivanja ili navodnog prebivanja. Komisija je ovu tvrdnju odbacila, rekavši:

Pošto Mirovni ugovor ne određuje izričito šta se podrazumeva pod prebivanjem, tumač mora takvo određivanje izvesti na osnovu svrhe koju su Saveznici i pridružene sile namenile članu 79, paragraf 6 pod c.⁴

Mogli bismo se zapitati zašto međunarodni sudovi pokazuju toliku opreznost u pribegavanju nacionalnom pravu pri određivanju značenja pojmova i termina iz nacionalnog prava. [Taviše, moglo bi se smatrati da je takva opreznost u raskoraku sa činjenicom da čitav korpus međunarodnog prava veoma mnogo duguje nacionalnim ili municipalnim pravilima: dobro je poznato da su tokom vremena međunarodne norme mnogo toga pozajmljivale od domaćeg prava suverenih država, a naročito od nacionalnog privatnog prava. Međutim, uprkos ovom istorijskom prelivanju sadržaja jedne grupe

² Vidi, na primer, predmet *Nottebohm*, I.C.J. Reports, 1955, str. 13 i dalje.

³ P.C.I.J., serija B, br. 10, str. 20. Sud je prvo razmatrao "sadržali li Konvencija bilo kakvo izričito ili implicitno upućivanje na nacionalno zakonodavstvo radi odlučivanja o tome koja lica treba smatrati 'nastanjenim'" (*ibid.*, str. 19). Primetivši da izričito upućivanje nije nađeno, Sud se upitao da li Konvencija implicitno upućuje na nacionalno zakonodavstvo. S tim u vezi, Sud je podvukao da "ne sledi nužno da, s obzirom na prirodu situacije koju Konvencija razmatra, mora postojati implicitno pozivanje na nacionalno zakonodavstvo. Dok se državljanstvo lica koje pripada jednoj državi može zasnivati samo na zakonima te države, te stoga svaka konvencija koja se tim statusom bavi mora implicitno da se poziva na nacionalno zakonodavstvo, nema razloga da se lokalne veze na koje upućuje izraz "naseljen" određuju primenom nekog posebnog zakona. Lako je moguće da je Konvencija imala u vidu pukočinjenino stanje, koje je i u samoj Konvenciji u dovoljnoj meri definisano bez ikakvog posezanja za nacionalnim zakonodavstvom. Mišljenje je Suda da je to slučaj u pogledu stanja koje se podrazumeva rečju "nastanjen" u članu 2 Konvencije. ... Malo je verovatno da se hteo utvrditi kriterijum putem pozivanja na 'nacionalno zakonodavstvo.'" (*ibid.*, str. 19-20.)

⁴ Moj prevod. Originalni francuski tekst nalazi se u: *U.N. Reports of International Arbitral Awards*, VIII tom, str. 200.

pravnih sistema u međunarodno javno pravo, ovi su pravni sistemi (pravo država s jedne strane i međunarodno pravo s druge) ipak suštinski različiti: različiti su im struktura, subjekti, kao i izvori i mehanizmi sprovođenja. Iz toga sledi da bi u principu bilo neprimereno i neprikladno da se u međunarodnom pravnom kontekstu primenjuje neki nacionalni pravni pojam kao takav, to jest sa svojim prvobitnim opsegom i smislom. Korpus prava u koji bismo mogli biti skloni da presadimo pojam iz nacionalnog prava nužno mora da presadeni pojam odbaci, jer se on oseja kao strano telo u celitavom sklopu pravnih ideja, tvorevina i mehanizama koji vladaju u međunarodnom kontekstu. Stoga međunarodni sudovi obično pokušavaju da pojam iz nacionalnog prava asimiluju ili transformišu, kako bi ga prilagodili zahtevima i osnovnim načelima međunarodnog prava.

4. Drugi razlog u prilog velikoj obazrivosti pre nego što se pojmovi iz nacionalnog prava prenesu u međunarodno pravo neraskidivo je povezan upravo sa materijom o kojoj je ovde reč. Istaknute međunarodne sudije, kao što su McNair⁵ i Fitzmaurice⁶, upozorili su na to da nacionalne pojmove ne treba "uneti" u međunarodnu oblast. Obojica su govorila o pojmovima iz privatnog prava. Njihovo gledanje treba *a fortiori* primeniti i na krivično pravo. Međunarodni krivični postupak proizvod je postepenog preliivanja nacionalnih krivičnih pojmova i pravila u međunarodnu posudu. Međutim, međunarodni krivični postupak ne vodi poreklo od jednoobraznog pravnog korpusa. On je u znatnoj meri nastao stapanjem dva različita pravna sistema, onoga koji je na snazi u zemljama *common law* i sistema koji preovlađuje u zemljama građanskog prava (premda iz istorijskih razloga na međunarodnom nivou trenutno postoji očigledna neravnoteža u korist *common law* pristupa). Stoga je prirodno da se u međunarodnim krivičnim postupcima ne podržava filozofija koja se nalazi u osnovi jednog od dva nacionalna krivična sistema, a isključuje onaj drugi; niti ovi postupci proističu iz naporednog korišćenja elemenata ova dva sistema. Pre bi se moglo reći da oni na priličan način kombinuju i sjedinjuju kontradiktorni ili akuzatorni sistem (mahom usvojen u zemljama *common law* sa brojnim značajnim elementima istražnog pristupa (koji se uglavnom primenjuje u državama kontinentalne Evrope i drugim zemljama sa tradicijom građanskog prava). Ovo je jedinstvena kombinacija ili amalgam, iz kojeg se rađa pravna logika kvalitativno različita od logike oba nacionalna krivična sistema: filozofija koja se nalazi u osnovi međunarodnih sudjenja bitno odstupa od filozofije oba ova nacionalna sistema. Tako se i Statut i Pravilnik Međunarodnog suda u svom opštem prikazu krivičnog postupka pred pretresnim i apelnim veštama ne pozivaju na određeni nacionalni pristup

⁵ Vidi njegovo izdvojeno mišljenje u predmetu *South West Africa*, I.C.J. Reports, 1950, str. 148-149.

⁶ Vidi njegovo izdvojeno mišljenje u predmetu *Barcelona Traction*, supra, vol. 1, str. 44-47.

krivi-nom postupku već preuzimaju akuzatorni (ili kontradiktorni) sistem i prilagođavaju ga međunarodnom postupku, dok istovremeno podržavaju neke elemente ista`nog sistema.

Iz ovoga sledi da bi bilo neumesno mehani-ki unositi u međunarodne krivi-ne postupke ideje, pravne tvorevine, pojmove ili stru-ne izraze koji pripadaju isklju-ivo odre|enoj grupi pravnih sistema, odnosno *common law* ili gra|anskom pravu - osim ako to same odredbe međunarodnog krivi-nog prava izri-ito ili implicitno ne nala`u. Oslanjanje na jedan sistem mo`e se prihvatiti samo kada ga nedvosmisleno name`e sama formulacija neke međunarodne norme, ili kada se iz -itavog konteksta i duha međunarodnih normi ne mo`e izvesti autonomni pojam.

5. Tre}i razlog protiv mehani-kog uno{enja pojmova iz nacionalnog prava u međunarodne krivi-ne postupke jeste u tome da bi se takvim procesom mogla izmeniti ili izobli-iti posebnost tih postupaka. Međunarodna su|enja pokazuju brojne odlike po kojima se razlikuju od nacionalnih krivi-nih postupaka. Sve ove odlike povezane su sa -injenicom da se međunarodna krivi-na pravda deli u op{tem kontekstu koji se bitno razlikuje od konteksta nacionalnih sudova: međunarodni krivi-ni sudovi nisu deo dr`avnog aparata koji funkcioni`e na odre|enoj teritoriji i ima vlast koja se prenosi i na sudove. Međunarodni krivi-ni sudovi deluju na me|udr`avnom nivou. Oni svoju delatnost obavljaju unutar zajednice koju -ine suverene dr`ave. Pojedinci nad kojima ovi sudovi imaju nadle`nost pod vla{u su i kontrolom suverenih dr`ava. Iz ovakvog stanja stvari proizilaze mnoge zna-ajne posledice. Ovde }u podvu}i samo najizrazitiju: jedan međunarodni krivi-ni sud nema neposrednog na-ina da svoje naloge, sudske pozive i druge odluke sprovede u delo; ako `eli da primora pojedince pod vrhovnom vla{u neke dr`ave da se povinuju njegovim izri-itim nalogima, mora se osloniti na saradnju te dr`ave. Ako se izgubi iz vida ovaj temeljni uslov, te prosto presade u međunarodno pravo pojmovi nastali u nacionalnim pravnim sistemima, mo`e do}i do krupnih nesporazuma i zabuna. U osnovi svih nacionalnih krivi-nih postupaka, bez obzira da li im je pristup *common law* ili gra|anskopravni, nalazi se filozofija koja je svojstvena samo tim konkretnim postupcima, a proisti-e iz -injenice da nacionalni sudovi deluju u kontekstu u kome tri osnovne funkcije (zakonodavnu, sudsku i izvr{nu) vr`e centralni organi na koje je prenesena neposredna vlast dr`ave nad pojedincima. Takva se logika ne mo`e prosto presaditi na međunarodni nivo: tamo druga-ija logika, nametnuta druga-ijim polo`ajem i ulogom sudova, nu`no mora nadahnjivati međunarodne krivi-ne postupke i njima unravliati.

6. Smatram da izneseni obziri opravdavaju sledeće tvrdnje. Kada god me|unarodne odredbe sadr`e pojmove i stru-
ne izraze koji poti-u iz nacionalnog krivi-nog prava, tuma-
mora prvo da odredi da li je tim pojmovima ili izrazima dato potpuno autonomno
zna-enje u me|unarodnom kontekstu, to jest, da li su oni preno{enjem na me|unarodni
nivo iznova za`iveli i postali apsolutno nezavisni od svog prvobitnog zna-enja. Ako je
odgovor na ovo pitanje negativan, me|unarodni sudija mora da proveri da li presa|ivanje
u me|unarodnu proceduru povla-i za sobom adaptaciju ili prilago|avanje pojma ili izraza
karakteristi-nim odlikama me|unarodnih postupaka. Ova provera preduzima se
ispitivanjem da li op{ti kontekst me|unarodnog postupka i cilj odredbi koje njime
upravljaju dovoljno precizno odre|uju opseg i svrhu pojma i njegovu ulogu u
me|unarodnom kontekstu. Jedino ako ovo ispitivanje dovede do negativnih zaklju-aka
mo`e se posegnuti za nacionalnim zakonodavstvom i sudskom praksom i primeniti
nacionalna pravna tvorevina ili izraz onako kako su zami{ljeni i protuma-eni u
nacionalnom kontekstu.

Po pravilu se ni prva ni tre}a pretpostavljena situacija ne javljaju: verovatnije je, i
u skladu sa svrhom i duhom me|unarodnog postupka, da }e preovladavati druga situacija.

Dobar primer pru`a nam pojam "potvrdnog izja{njanja o krivici", kao {to }u u
nastavku poku{ati da poka`em.

B. Pojam potvrdnog izja{njanja o krivici u svetlu Statuta Me|unarodnog suda

7. O-ito je da sistem prema kome se optu`enik izja{njava o tome ose}a li se krivim
za dela navedena u optu`nici ili ne, a koji je propisan u -lanu 20, paragraf 3 Statuta i
iznesen u pravilu 62 Pravilnika, poti-e iz krivi-nog postupka zemalja *common law*. U
tradiciji gra|anskog prava ne postoji praksa direktno analogna ovoj, ve} je tu priznanje
krivice prosto deo dokaznog materijala, koji sud razmatra i procenjuje. Me|utim, i pored
toga {to je ovaj pojam ponikao u odre|enom nacionalnom kontekstu, njegov smisao i
opseg mogu se sagledati bez nu`nog pozivanja na zakonodavstvo i sudsku praksu zemalja
common law.

8. Iz sveukupnog duha Statuta i Pravilnika jasno se vidi da su pojmom pozitivnog izja{n}avanja o krivici njihovi sastavlja{i nameravali da optu`enom (kao i Tu`iocu) pru`e mogućnost da izbegne potencijalno dugotrajno su|enje, sa svim pote{ko}ama koje ga prate. Ove pote{ko}e - nije zgoreg podvu}i - jo{ su izra`enije u me|unarodnim postupcima, gde je sakupljanje dokaznog materijala ~esto izuzetno naporno i iziskuje ogroman utro{ak vremena. Pored toga, nadle`ni slu`benici me|unarodnog suda po svaku cenu moraju da obave preko potreban, ali tegoban zadatak za{tite `rtava i svedoka. Nadalje, me|unarodni krivi-ni postupci su skupi, {to je posledica potrebe da se u-esnicima pru`i ~itav niz usluga (simultano prevo|enje na razne jezike; obezbe|ivanje transkripata postupka, tako|e na raznim jezicima; prevoz `rtava i svedoka iz udaljenih zemalja; pru`anje raznih oblika pomo}i `rtvama i svedocima tokom su|enja, itd.). Tako optu`enik koji izjavi da se ose}a krivim nesumnjivo doprinosi javnoj koristi. Istovremeno, optu`eni mo`e ustanoviti da je priznav{i krivicu pobolj{ao i vlastiti polo`aj. Pre svega, na taj na-in mo`e ubla`iti gri`u savesti i okajati svoje nedelo. Drugo, izbe}i }e sramotu i potencijalno obeshrabruju}i efekat su|enja, kao i psiholo{ku patnju kojoj bi bio izlo`en prilikom ispitivanja i unakrsnog ispitivanja svedoka (a mo`da i samog sebe kao svedoka); uz to }e izbe}i i izlaganje javnosti do koga mo`e do}i pri su|enju, te njegove negativne posledice po sopstveni dru{tveni polo`aj i `ivot porodice i ro|aka. Tre}e, optu`eni mo`e o-ekivati da }e sud priznati njegovu spremnost na saradnju i smanjiti kaznu koju bi mu izrekao da se nije izjasnio da je kriv: drugim re-ima, optu`eni se mo`e nadati da }e sud ve}om popustljivo{u nagraditi njegovo priznanje krivice.

Ne sme se, me|utim, dopustiti da ova proceduralna "pre-ica" ograni-i prava optu`enog ili, {ire gledano, da ide na {tetu op{teg na-ela pravednog su|enja. To zabranjuje ~lan 20, paragraf 1, Statuta, u kome se ka`e:

Pretresno ve}e }e se postarati da su|enje bude pravedno i brzo, te da se postupak odvija u skladu sa pravilima o postupku i dokazima, uz puno po{tovanje prava optu`enog i s du`nom brigom o za{titi `rtava i svedoka.

Drugim re-ima, prema odredbama Statuta potreba za brzinom i efikasno{u ne sme ugro`avati ili negativno uticati na zahteve pravde. Treba posebno skrenuti pa`nju na odredbe ~lana 21, a naro~ito paragrafe 2, 3 i 4 (g).⁷ Ovim odredbama propisuju se

⁷ ^lan 21 (Prava optu`enog):

"...

(2) Pri utvr|ivanju optu`bi, optu`eni ima pravo na pravedan i javan pretres, u skladu sa ~lanom 22 Statuta.

(3) Optu`eni se smatra nevinim dok mu se ne doka`e krivica u skladu sa odredbama ovog Statuta.

temeljna prava optuženog, koja -ine apsolutni minimum garancija. Ako optuženi, izjavivši da se oseja krivim, odluči da se odrekne svog prava na sudjeljenje, takvo se odricanje može prihvatiti samo pod veoma strogim uslovima.

10. Iz gore iznesenog sledi da izjašnjavanje o krivici mora biti svojevoljno, odnosno da ne sme biti iznuđeno pretnjama, nagovaranjem ili obećanjima. Pozitivno izjašnjavanje o krivici podrazumeva da se optuženi odriče svog prava na propisno sudjeljenje, odnosno na postupak u kome će se smatrati nevinim dok mu se krivica ne dokaže van svake sumnje i u kome će imati pravo na ispitivanje i unakrsno ispitivanje svedoka, kao i na sve pravosudne garancije propisane članom 21 Statuta. Dakle, ovo odricanje od jednog temeljnog prava nužno mora biti slobodno i svojevoljno. Ovakav zaključak podržava jedna značajna činjenica: ni Statut ni Pravilnik namerno ne predviđaju mogućnost sporazuma o izjašnjavanju o krivici - odnosno barem ne mogućnost da sudska veća podrže ili priznaju takvu nagodbu sklopljenu izvan suda. To znači, između ostalog, da su sastavljači Statuta i Pravilnika imali za cilj da spreče iskrivljavanja slobodne volje optuženog koja mogu biti povezana s nagodbama o njegovom izjašnjavanju.

Pored toga, o krivici mora da se izjasni optuženi koji je *compos sui*, odnosno -ije se mentalno zdravlje ne dovodi u sumnju. Priznanje krivice ne sme biti proizvod poremećenog stanja uma, u kome optuženi priznaje izmišljene zločine ne bi li zadovoljio psihološku sklonost ka umišljenom samokašnjanju. Jasno je da bi prihvatanje ovakvog priznanja predstavljalo sudsku pogrešku. Da bi se ova opasnost izbegla, sud je dužan da se uveri da je tužilac sakupilo dovoljno dokaznog materijala da se njime može potkrepiti ili potvrditi priznanje krivice; drugim rečima, sud se mora uveriti da je tužilac dokazalo da za priznanje krivice postoji dovoljna činjenična osnova.

Dalje, pozitivno izjašnjavanje o krivici mora biti učinjeno s punom svesću o pravnim posledicama koja otuda proističu. Prihvatanje priznanja koje nije učinjeno s punom svesću i razumevanjem bilo bi izopačenje pravde; konkretno, time bi se ugrozilo ili ukinulo temeljno pravo optuženog iz člana 21, paragraf 3, Statuta da se "smatra nevinim dok mu se ne dokaže krivica prema odredbama Statuta [Suda]."

(4) Pri utvrđivanju bilo koje optužbe protiv optuženog u skladu sa ovim Statutom, optuženi ima pravo na sledeći minimum jednako vrednih garancija:

(a) - (f) ...

(e) da se sme biti prisiljen da suđa i protiv sebe ili da prizna krivicu."

Jo{ jedna posledica koja proisti~e iz gore izlo`enih na~ela jeste to da priznanje krivice ne sme biti neodre|eno ili dvosmisleno. Ne mo`e se dozvoliti da optu`eni s jedne strane prizna krivicu, a da u isti mah poni{ti svoje priznanje tvrde}i da je delo po~inio u samoodbrani, u ~injenijnoj zabludi, ili iz nekog drugog razloga koji bi ga oslobodio krivice. U tom slu~aju bi optu`eni, priznaju}i da je po~inio zlo~in, istovremeno i poricao odgovornost. Pravna logika pokazuje da se ovakvo priznanje krivice mora odbaciti kao nevaljano (sud ne mo`e prihvatiti izja{njanje o krivici koje je po svojoj su{tini kontradiktorno). Ali postoji i drugi, jo{ uverljiviji razlog da se odbaci izja{njanje o krivici koje sadr`i opisanu gre{ku. Kad god su ispunjeni svi navedeni uslovi da se priznanje krivice smatra valjanim, sud, u nameri da potom pre|e na odre|ivanje kazne, mo`e prihvatiti priznanje da je lice o kome je re~ zaista po~inilo zlo~in. Motivisan interesom javnosti, sud mo`e prihvatiti "samooptu`enje" kao valjano i pre}i na fazu izricanja kazne. Me|utim, faza samog su|enja ne sme se presko~iti u pogledu postojanja ili nepostojanja odbrane koja se poziva na odsustvo *mens rea* ili koja, u najmanju ruku, predstavlja izgovor ili opravdanje. Da li se takva odbrana mo`e ili ne mo`e izneti *in casu*, to se mora pokazati pred sudom, kroz sudski postupak, jer ako se navedena odbrana pred sudom potkrepi, iz toga sledi da optu`eni nije kriv i da se mora osloboditi krivice.

To su moji zaklju~ci u pogledu uslova koji se moraju zadovoljiti da bi pretresno ve}e moglo da prihvati priznanje krivice. Do njih se dolazi razmatranjem jedinstvenog cilja i svrhe jednog me|unarodnog krivi~nog suda i ograni~enja kojima je takav sud podvrgnut, a ne pozivanjem na nacionalne krivi~ne sudove i njihovu sudsku praksu. Tvrdim da se primenom prvog od ta dva pristupa mo`e pokazati da je potonji ne samo nepotreban ve} i neprikladan.

II. PRINUDA

(ODNOSNO: DA LI ME|UNARODNO KRIVI^NO PRAVO PODR@AVA PRISTUP PRINUDI KOJI SE PRIMENJUJE U *COMMON LAW* KADA JE U PITANJU UBISTVO)

A. Uvod

11. Uz du`no po{tovanje, ne sla`em se ni sa zaklju-cima ve}ine -lanova @albenog ve}a u pogledu prinude, iznesenim u Zajedni-kom izdvojenom mi{ljenju -asnih sudija McDonald i Vohrah, i to iz slede}ih razloga:

(i) po{to je konstatovala da nije formulisano nikakvo konkretno me|unarodno pravilo o tome da li prinuda pru`a potpunu odbranu od optu`bi za ubijanje nevinih lica, ve}ina je trebalo da otuda izvede jedini zaklju-ak koji name}u pravo i logika, to jest, da treba primeniti op{te pravilo o prinudi - pod uslovom, naravno, da su zadovoljeni nu`ni kriterijumi. U logici, ako nije dokazano postojanje izuzetaka od op{teg pravila, prevlada}e op{te pravilo. U pravu, sli-no tome, ako se tra`i posebno pravilo koje se ti-e posebnog aspekta nekog pitanja, pa se do|e do zaklju-ka da takvo pravilo nije formulisano, mo`e se zaklju-iti jedino da posebni aspekt potpada pod pravilo koje reguli}e to pitanje uop{te;

(ii) umesto da do|e do ovog jednostavnog zaklju-ka, ve}ina -lanova @albenog ve}a upustila se u detaljno ispitivanje "prakti-nih obzira", koje je zaklju-ila podr`av{i "prakti-ne obzire" u velikoj meri zasnovane na engleskom pravu. Smatram da takvo ispitivanje ne spada u zadatke na{eg Suda. Ovaj Me|unarodni sud du`an je da primenjuje me|unarodno pravo, a posebno na{ Statut, te na-ela i pravila me|unarodnog humanitarnog prava i me|unarodnog krivi-nog prava. Na{ Me|unarodni sud je pravni sud; obavezuje ga jedino me|unarodno pravo. Stoga bi se on morao uzdr`avati od upu{tanja u metappravne analize. Pored toga, morao bi se uzdr`avati i od isklju-ivog oslanjanja na pojmove, prakti-ne obzire ili filozofske osnove zemalja *common law* sistema, bez uzimanja u obzir njihovih ekvivalenata iz gra|anskopravnog ili drugih pravnih sistema. [to je jo{ va`nije, kada se u krivi-nom pravu primenjuje prakti-no motivisan pristup, to se kosi sa temeljnim obi-ajnim principom *nullum crimen sine lege*. Zasnovani na me|unarodnim na-elima i pravilima, moji zaklju-ci o prinudi zna-ajno se razlikuju od zaklju-aka ve}ine -lanova @albenog ve}a. U daljem tekstu izne}u pravne razloge koji, verujem, potkrepljuju moje neslaganje.

12. Ukratko, smatram da: (1) prema odredbama me|unarodnog krivi-nog prava prinuda se uop{te uzev mo`e izneti kao odbrana, pod uslovom da su ispunjeni odre|eni

strogi uslovi; ako se prinuda ne mo`e prihvatiti kao odbrana, ona se ipak mo`e uzeti u obzir kao olak{avaju}a okolnost.; (2) u pogledu ratnih zlo-ina ili zlo-ina protiv -ove-nosti kojima je u osnovi ubistvo ili, u {irem smislu, li{avanje ljudi `ivota⁸, o tome ne postoji odre|eno pravilo ili obi-ajni me|unarodni zakon; shodno tome, -ak i u pogledu ovih zlo-ina primenjuje se op{te pravilo o prinudi; iz toga sledi da prinuda mo`e predstavljati odbranu ako su zadovoljeni strogi uslovi za to predvi|eni. Istina je, me|utim, da u slu-aju zlo-ina koji uklju-uju ubijanje jedan od uslova (koji se razmatra u paragrafu 42) -srazmernost - obi-no nije ispunjen. Pa ipak, u izuzetnim okolnostima bi se ovaj uslov mogao ispuniti, na primer kada bi ubijanje u svakom slu-aju izvr{ila druga lica, a ne lice koje postupa pod prinudom (jer tada ne bi bilo re- o spasavanju vlastitog `ivota ubijanjem drugog lica ve} prosto o spasavanju vlastitog `ivota u situaciji u kojoj }e drugo lice neizbe`no umreti, {to mo`da i nije "nesrazmerno" sredstvo); (3) stoga bi @albeno ve}e trebalo da vrati predmet jednom Pretresnom ve}u da razmotri pitanje prinude (kao i zbog toga {to priznanje krivice nije dato sa punom sve{u), uputiv{i pretresno ve}e da u ime Dra`ena Erdemovi}a ("podnosilac `albe") donese izjavu da se ne ose}a krivim i da potom u sudskom postupku ustanovi da li je podnosilac `albe postupao pod prinudom ili ne i, shodno tome, da li se mo`e ili ne mo`e opravdati.

13. Pre nego {to se zadr`im na konkretnom pitanju prinude u vezi sa zlo-inima kod kojih se nevinna lica li{avaju `ivota, smatram da }e biti korisno, pa -ak i neophodno, da kratko objasnim op{ti pojam prinude i uslove njegove primenjivosti u me|unarodnom krivi-nom pravu.

B. Pojam i uslovi za ustanovljavanje prinude

⁸ Jedna terminolo{ka primedba: klju-no pitanje koje ovde treba razmotriti jeste da li prema odredbama me|unarodnog prava prinuda mo`e predstavljati potpunu odbranu od optu`bi za zlo-ine protiv -ove-nosti ili ratne zlo-ine kojima je u osnovi ubijanje nevinog lica. Ovu formulaciju upotrebio je Tu`ilac u Odgovoru na `albu od 28. aprila 1997, i ona odra`ava zlo-in za koji se podnosilac `albe tereti. Treba, me|utim, napomenuti da optu`nica tereti podnosioca `albe za zlo-in protiv -ove-nosti (ubistvo) i, alternativno, kr{enje ratnog prava i obi-aja (ubistvo). Termin "ubistvo" nije definisan u Statutu, niti u zajedni-kom -lanu 3 @enevskih konvencija iz 1949, kojim se zabranjuje "ubistvo". Tako|e, definicija "ubistva" nije ista u razli-itim nacionalnim pravosu|ima; neka od njih, na primer dr`ava Pensilvanija u sastavu Sjedinjenih Ameri-kih Dr`ava, priznaju i do tri razli-ita stepena ubistva.

Za potrebe ovog Mi{ljenja, glavno pitanje je mo`e li prinuda predstavljati odbranu od optu`bi za ubijanje nevinih lica. [to se ovog pitanja ti-e, smatram da je potpuno svejedno da li se zlo-in naziva "ubijanjem", "nezakonitim ubijanjem" ili "ubistvom", dokle god se pod tim podrazumeva ubijanje nevinih lica bez zakonitog izgovora ili opravdanja (osim, eventualno, odbrane prinudom), koje mi ovde razmatramo. Sli-no tome, za na{e potrebe nije bitno da li je lice optu`eno za ubistvo, ubistvo iz nehata, itd. kao glavni po- inilac ili kao su- osnik.

14. Prinuda, odnosno postupanje pod pretnjom teške i nepopravljive štete po život ili telesni integritet od strane trećeg lica, povlači za sobom nepostojanje krivične odgovornosti lica koje postupa pod pretnjom. Prinuda se često naziva "nuždom", kako u nacionalnom zakonodavstvu tako i u slučajevima koji se tiču ratnih zločina ili zločina protiv čovečnosti. I jaču se ponekad služiti ovim izrazima bez razlike. Međutim, kako pravilno primećuje *British Manual of Military Law* [Britanski priručnik vojnog prava], s tehničkog stanovišta nužda u užem smislu pokriva i situacije u kojima pojedinac nije izložen pretnjama trećeg lica, na primer situaciju gde lice "u stanju krajnje izgladnelosti ubije [drugo lice] kako bi ga pojelo"⁹. Drugim rečima, nužda je širi pojam od prinude i obuhvata pretnju životu i telesnom integritetu uopšte, a ne samo kada je izvor pretnje neko drugo lice.

15. Takođe je važno napomenuti da se u sudskoj praksi pozivanje na prinudu često javlja u sprezi sa naredjenjima nadređenih. Ovo dvoje, međutim, nije nužno povezano. Nadređeni mogu izdavati narednja koja ne sadrže nikakve pretnje životu i telesnom integritetu. U takvim okolnostima, ako je narednje nadređenog očigledno protivno odredbama međunarodnog prava, potčinjeni je dužan da odbije da se narednju povinuje. Ako se, nakon odbijanja, narednje ponovi, ovaj put uz pretnju životu ili telesnom integritetu, može se govoriti o prinudi, a narednja nadređenog tada više nisu pravno relevantna. Isto tako, prinuda se može navesti sasvim nezavisno od narednja nadređenog, na primer kada pretnja potiče od vojnika istog ranga. Tako, kada se pozivanje na prinudu javi u sprezi sa očigledno nezakonitim naredjenjima nadređenog, takva odbrana je prihvatljiva jedino ako je optuženi prvo odbio da izvrši narednje nadređenog, da bi ga potom izvršio tek nakon pretnje životu ili telesnom integritetu.

16. Pogledajmo sada koji se uslovi mogu primeniti pri odbrani prinudom. Relevantna sudska praksa gotovo jednoglasno zahteva da se moraju ispuniti četiri stroga uslova kako bi se prinuda mogla prihvatiti kao odbrana, i to:

(i) delo za koje se optuženi tereti počinjeno je pod neposrednom pretnjom teške i nepopravljive štete po život ili telesni integritet;

(ii) nije bilo adekvatnog načina da se takvo zlo spreči;

(iii) počinjeni zločin nije bio u nesrazmeri sa zlom kojim je zaprećeno (do ovoga bi, na primer, došlo u slučaju ubijanja radi sprežavanja napada). Drugim rečima, da ne bi

⁹ *The Law of War on Land, 1959*, paragraph 420, footnote 1.

bio nesrazmeran, zločin počinjen pod prinudom mora, kad se sve uzme u obzir, predstavljati manje od dva zla;

(iv) prinuđeno lice nije smelo svojevóljno prouzrokovati situaciju koja je dovela do prinude.¹⁰

Pored toga, relevantno nacionalno zakonodavstvo podržava načelo prema kome se prinuda ne može navesti kao odbrana ako je zakonom propisana bilo kakva posebna obaveza optuženog prema žrtvi.¹¹

17. Vredi insistirati na upravo navedenom četvrtom uslovu, kako bi se podvukla njegova posebna primenljivost u ratnim situacijama. Prema sudskoj praksi iz oblasti međunarodnog humanitarnog prava, prinuda ili nuđa ne mogu osloboditi krivine odgovornosti lica koje namerava da se posluži takvom odbranom ako je ono svesno i svojevóljno pristupilo jedinici, organizaciji ili grupi čija je institucionalna svrha delovanje suprotno međunarodnom humanitarnom pravu.¹²

¹⁰ Stav o prinudi saeto je iznesen u XV tomu *Law Reports of Trials of War Criminals* [Pravni izvještaji o suđenjima ratnim zloincima], U.N. War Crimes Commission, H.M. Stationery Office, London, 1949 (u daljem tekstu "*Law Reports*"), str. 174. O relevantnoj sudskoj praksi vidi, naročito, *Trial of Otto Ohlendorf et al.* (u daljem tekstu "predmet *Einsatzgruppen*") u *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10* [Suđenja ratnim zloincima pred nirnberkim vojnim sudovima u skladu sa Zakonom br. 10 Kontrolnog saveta], U.S. Govt. Printing Office, Washington D.C., 1950 (u daljem tekstu "*Trials of War Criminals*"), IV tom, str. 471 i 480-481; predmet *High Command*, *ibid.*, XI tom, str. 509; *Trial of Gustav Alfred Jepsen and Others, Proceedings of a War Crimes Trial held at Lüneburg, Germany*, 13-23. avgusta 1946, presuda od 24. avgusta 1946. (u daljem tekstu "predmet *Jepsen*"), originalni zapisnici u Public Record Office, Kew, Richmond (predao sam biblioteci Međunarodnog suda sve delove zapisnika koje pominjem u ovom Zasebnom mišljenju), pod 357; predmet *Fullriede*, odluka holandskog Specijalnog kasacionog suda od 10. januara 1949, u *Nederlandse Jurisprudentie*, 1949, br. 541, str. 987, i u *Annual Digest*, 1949, str. 549; *Eichmann v. Attorney-General of the Government of Israel* (u daljem tekstu "predmet *Eichmann*"), odluka izraelskog Vrhovnog suda, 36 I.L.R. 277, 1962, na str. 318; *R. v. Finta*, odluka od 24. marta 1994, u [1994] 1 R.C.S., pod 837.

¹¹ Vidi, na primer, član 54 (2) italijanskog Krivičnog zakonika, član 10 (4) Krivičnog zakonika Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i istovetni član 10 (4) Krivičnog zakonika Savezne Republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora), član 35 (1) nemačkog Krivičnog zakonika.

¹² Pored predmeta *Einsatzgruppen*, *supra*, bel. 10, i *Trial of Erhard Milch* (u daljem tekstu "predmet *Milch*"), *Trials of War Criminals*, III tom, str. 964 (u *Law Reports*, VIII tom, str. 91, i VII tom, str. 40, tim redom), pri čemu su u oba ova slučaja presuđivali sudovi Sjedinjenih Američkih Država koji su zasedali u Nirnbergu, za ovo pitanje su od posebnog značaja neki predmeti koji su se nakon II svetskog rata našli pred nemačkim sudovima, i to zbog toga što su i ovi sudovi delovali u skladu sa Zakonom br. 10 Kontrolnog saveta - međunarodnim instrumentom koji je u velikoj meri postao deo običajnog prava. Tako su, u jednom predmetu o kome je odlučivao nemački vrhovni sud u britanskoj zoni, dvojica optuženih bili pripadnici Nacionalsocijalističke partije, pri čemu je jedan bio pukovnik (*Standartenführer*) u SA, a drugi član komiteta NSDAP (nacističke partije). Učestvovali su u napadima na sinagoge 10. novembra 1938. (*Kristallnacht*) i u zlonamernoj paljevini. Optuženi su tvrdili da su postupali prema naređenjima nadređenih, a uz to i pod prinudom (*Notstand*). Sud je njihovu tvrdnju odbacio, podvukavši: "Kao stari član [nacionalsocijalističke] partije, T. je bio upoznat sa programom NSDAP i njenim metodama borbe. Ako se uprkos tome stavio na raspolaganje kao zvanični *Standartenführer*, morao je od početka računati na to da će mu biti naređeno da poini takve zločine. Takođe, s obzirom da je za stanje nuđe sam odgovoran, nije se mogao pozvati na eventualno nezamislivo okolnosti koje ga je mogle navesti da se pravi u nekoj nuđi ili

C. Mo`e li prinuda predstavljati odbranu od optu`bi za kr{enja humanitarnog prava koja uklu-uju ubijanje

18. Gore sam izneo, radi ve}e jasno}e, koji su op{ti uslovi -ije ispunjenje, po mom mi{ljenju, zahteva sudska praksa kako bi se prinuda mogla priznati kao odbrana. U daljem tekstu }u detaljnije govoriti o nekim od tih uslova.

Pre nego {to iznesem razloge svog neslaganja, trebalo bi da ukratko podsetim na -injenicu da se Tu`ila{tvo i ve}ina -lanova @albenog ve}a razmimoilaze u svojim stavovima o me|unarodnim pravnim normama koje se odnose na prinudu u slu-ajevima koji uklju-uju ubijanje nevinih lica. Tu`ila{tvo tvrdi da se u me|unarodnom pravu razvilo obi-ajno pravilo, ili izuzetak, kojim se izri-ito isklju-uje odbrana prinudom kod takvih zlo-ina. Nasuprot tome, ve}ina -lanova @albenog ve}a smatra da takvo posebno pravilo ne postoji; oni, me|utim, tvrde da u odsustvu takvog pravila treba primeniti op{te prakti-ke obzire; njihovom primenom dolazi se do istog rezultata do kojeg je Tu`ila{tvo do{lo drugim putem: tako|e, ve}ina -lanova @albenog ve}a smatra da se prinuda ne mo`e prihvatiti kao odbrana od optu`bi za zlo-ine koji uklju-uju ubijanje, ve} se mo`e navesti jedino kao motiv za ubla`avanje kazne.

Ne sla`em se ni sa jednim od ova dva stava. Jasno}e radi, po-e}u od argumenata koje je iznelo Tu`ila{tvo.

1. Tvrdnja Tu`ila{tva

prinude. Vidi *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen*, 1. tom, 1949, str. 201 (moj prevod). Vidi i slede}e nema-ke predmete: odluka *Oberlandesgericht Frajburga im Brajsgau* od 17. februara 1949. (tekst u *Höchstrichterliche Entscheidungen. Sammlung der Oberlandesgerichte und der Obersten Gerichte in Strafsachen*, II tom, str. 200-203), kao i odluku nema-kog vrhovnog suda u britanskoj okupacionoj zoni od 5. septembra 1950. (*ibid.*, 1. tom, str. 129-130).

Mogu se pomenuti i brojni slu-ajevi izneseni pred italijanski Kasacioni sud: vidi, na primer, odluku od 24. septembra 1945. u predmetu *Spadini* (u *Rivista penale*, 1946, str. 354), odluku od 10. maja 1947. u predmetu *Toller* (*ibid.*, 1947, str. 920), odluku od 24. februara 1950. u predmetu *Fumi* (*ibid.*, 1950, II tom, str. 380).

Isti stav nedavno je zauzeo apelacioni sud u Versaju u predmetu *Touvier* (odluka od 2. juna 1993). Sud je bio stanovi{ta da "ni na kakvo opravdanje, bilo ono zasnovano na stanju nu`de ili na odbrani tre}eg lica, ne mo`e se pozivati pripadnik milicije poput Touviera, koji je po svom slu`benom polo`aju prirodno bio du`an da se povinuje zahtevima nacisti-kih vlasti. Sama priroda ovog posla, za koji se on slobodno opredelio, podrazumevala je redovnu saradnju sa organizacijama kao {to su SD ili Gestapo" (apela-cioni tekst, moj prevod).

19. Tu`ila{tvo smatra da postoji "dovoljno jasna norma" obi-ajnog me|unarodnog prava kojom se izri-ito spre-ava pozivanje na prinudu pri odbrani od optu`bi za kr{enja humanitarnog prava pri kojima se nevina lica li{avaju `ivota.¹³ Tu`ila{tvo je do tog zaklju-ka do{lo ovakvim rezonovanjem:

(i) autoritativni izvor na osnovu koga se mo`e odrediti da li se o ovoj stvari razvilo neko me|unarodno pravilo jeste sudska praksa vojnih sudova okupacionih snaga koji su zasedali posle II svetskog rata. Ova sudska praksa ima ve}i zna-aj od nacionalne sudske prakse u odre|ivanju presedana, po{to su ti vojni sudovi uspostavljeni u skladu sa Zakonom br. 10 Kontrolnog saveta od 20. decembra 1945, koji je postao sastavni deo obi-ajnog me|unarodnog prava;

(ii) tri predmeta iznesena pred ove sudove imaju presudnu te`inu po{to se o pitanju prinude nije odlu-ivalo po principu *obiter dictum* ve} primenom *ratio decidendi*, a uz to su presude ovih sudova podr`ane i pravnim izvorima. U pitanju su predmeti *Stalag Luft III*¹⁴ i *Feurstein*¹⁵, u kojima su presude doneli britanski sudovi u Nema-koj, kao i *Hölzer et al.*¹⁶, u kome je presudu doneo kanadski sud u Nema-koj.

Tu`ila{tvo smatra da dva druga predmeta, u kojima je zauzet suprotan stav - konkretno *Jepsen*¹⁷, u kome je presudio britanski sud koji je zasedao u Nema-koj, i *Einsatzgruppen*¹⁸, u kome je presudio ameri-ki sud koji je zasedao u Nirnbergu - ne treba uzeti u obzir. Prvi zbog toga {to nije potkrepljen pravnim izvorima, a uz to je vremenski prethodio ve} pomenutim britanskim predmetima, koji su ga kao *lex posterior* prevazi{li; drugi zbog toga {to ameri-ki sud nije uzeo u obzir prethodne britanske i kanadske predmete, nije potkrepio svoj *ratio decidendi* pravnim izvorima, te je u velikoj meri "arbitrarno protuma-io" zakon.

¹³ Vidi Odgovor o preliminarnim pitanjima tra`en Nalogom o rasporedu od 5. maja 1997, zavedeno u arhivi, *Tu`ilac protiv Dra`ena Erdemovi}a*, Predmet br. IT-96-22-A, 20. maja 1997, str. 2-8; transkript, *Tu`ilac protiv Dra`ena Erdemovi}a*, Predmet br. IT-96-22-A (u daljem tekstu: "*Transkript `albenog postupka*"), 26. maja 1997, str. 16-23.

¹⁴ Vidi *Trial of Max Wielen and 17 Others, Proceedings of a Military Court Held at Hamburg* (u daljem tekstu "*predmet Stalag Luft III*"), 1 juli 1947 - 1. septembar 1947, presuda od 2-3. septembra 1947 (dosijeji WO 235/424-32 u Public Record Office, Kew, Richmond), (predao sam biblioteci Me|unarodnog suda delove zapisnika koje pominjem u ovom Mi{ljenju); *Law Reports*, XI tom, str. 31.

¹⁵ Vidi *Trial of Valentin Feurstein et al., Proceedings of a Military Court held at Hamburg*, 4-24. avgust 1948, Public Record Office, Kew, Richmond, dosije br. WO 235/525 (u daljem tekstu "*Feurstein et al.*"), (predao sam biblioteci Me|unarodnog suda sve delove zapisnika koje pominjem u ovom Mi{ljenju); *Law Reports*, XV tom, na str. 173.

¹⁶ Vidi *Record of Proceedings of the Trial by Canadian Military Court of Robert Hölzer and Walter Weigel and Wilhelm Ossenbach held at Aurich, Germany* (u daljem tekstu "*Hölzer et al.*"), 25. mart - 6. april 1946, 1. tom. (Zahvalan sam kanadskom Ministarstvu odbrane - Kancelariji Vrhovnog vojnog sudije - {to su mi obezbedili primerak ovih dokumenata, koji je sada pohranjen u biblioteci Me|unarodnog suda.)

¹⁷ Vidi predmet *Jepsen, supra*, bel. 10.

¹⁸ Vidi predmet *Einsatzgruppen, supra*, bel. 10.

(iii) Tri navedena slu-aja odra`avaju ne samo op{ta pravna na-ela, ve} i obi-ajno me|unarodno pravo; stoga je opravdan zaklju-ak prema kome u me|unarodnom pravu postoji obi-ajno pravilo kojim se isklju-uje prinuda kao odbrana od optu`be za ubistvo.

Uz du`no po{tovanje, nalazim da je argumentacija Tu`ila{tva u potpunosti neosnovana.

2. Kriti-ki prikaz argumenata Tu`ila{tva na osnovu sudske prakse

20. Moje primedbe na ra-un tvrdnji Tu`ila{tva zasnivaju se (i) na sudskoj praksi na koju se Tu`ila{tvo poziva i (ii) na sudskoj praksi na koju se ono ne poziva.

21. [to se ti-e sudske prakse na koju se oslanja Tu`ila{tvo, po-eo bih od jedne primedbe manjeg zna-aja. Jednostavno, nije ispravno tvrditi da su vojni sudovi okupacionih snaga o kojima govori Tu`ilac "bili pravosudni organi jednakih ovlasti" uspostavljeni u skladu sa Zakonom br. 10 Kontrolnog saveta, koji je stekao status obi-ajnog me|unarodnog prava; te da njihove odluke o stvari o kojoj se ovde raspravlja shodno tome imaju ve}u te`inu od odluka nacionalnih pravosudnih organa.¹⁹ Nasuprot onome {to tvrdi Tu`ila{tvo, tri britanska vojna suda uspostavljena su Kraljevskom uredbom od 14. juna 1945. i Pravilnikom o su|enjima ratnim zlo-incima koji joj je pridodat.²⁰ To su, dakle, bili nacionalni pravosudni organi. Sli-no tome, kanadski vojni sud koji je presudio u predmetu *Hölzer et al.* uspostavljen je u skladu sa Pravilnikom o ratnim zlo-inima (Kanada)²¹, te je i on pripadao nacionalnom pravosu|u. I britanski sudovi i kanadski sud primenjivali su vlastite nacionalne zakone u vezi s pitanjima koja me|unarodnim krivi-nim pravom nisu bila pokrivena, kao {to je prinuda.²² Nasuprot tome, ameri-ki II vojni sud, koji je zasedao u Nirnbergu - i koji je sudio u predmetu *Einsatzgruppen* - uspostavljen je prema odredbama Zakona br. 10 Kontrolnog saveta. Stoga se od svih pomenutih sudova jedino on mo`e smatrati me|unarodnim - barem u pogledu nastanka. Uz to, u razmatranju pitanja koja tim zakonom nisu bila pokrivena primenjivao je nema-ko pravo (pravo optu`enih), a oslanjao se i na sovjetsko pravo (pravo teritorije na kojoj je po-injena ve}ina zlo-ina, odnosno *lex loci delicti commissi*).

¹⁹ *Transkript `albenog postupka, supra*, bel. 13, str. 53.

²⁰ Tekst u: Telford Taylor, *Final Report of the Secretary of the Army on the Nuernberg War Crimes Trials under Control Council No. 10*, Washington, 1949, str. 254 i dalje.

²¹ P.C. 5831 od 10. septembra 1945.

22. Moja je osnovna primedba, međutim, u tome što brižljivo istraživanje predmeta o kojima je re- (originalne zapisnike konsultovao sam u British Public Record Office, Kew, Richmond) pokazuje da ih je Tužilaštvo pogrešno interpretiralo.

[to se tiče britanskih vojnih predmeta, Tužilaštvo tvrdi da su nad presudom u predmetu *Jepsen* - kojom je u principu dopušteno pozivanje na prinudu kod kršenja humanitarnog prava koja uključuju ubijanje - kasnije prevladale presude iz predmeta *Stalag Luft III* i *Feurstein et al.* Pokazaju da to jednostavno ne stoji. I *Stalag Luft III* je ostavio otvorenu mogućnost da se prinuda primeni kao odbrana od optužbi za nezakonito ubijanje. [to se tiče predmeta *Feurstein et al.*, *dictum* o prinudi predsjedavajućeg sudije bio je *obiter*, pošto se nijedan od optuženih u svojoj odbrani nije pozvao na prinudu.

23. Kao što je Tužilac priznao, predmet *Jepsen*²³ predstavlja tvrdnju da prinuda može biti odbrana čak i kada je u pitanju zločin koji uključuje ubijanje nevinih lica. Ovaj predmet ticao se ubistva čest logoraša od strane izvesnog Jepsena, Danca koji je radio kao stražar u nemačkom koncentracionom logoru. Aprila 1945, dok su se približavale savezničke trupe, nemačke vlasti su naredile da se logoraši prebace u drugi logor, i to zdravi pešice, a bolesni vozom. Jepsen je bio jedan od stražara u pratnji voza. Za vreme prebacivanja bilo je nekoliko vazdušnih napada i veliki broj logoraša je stradao, pri čemu su mnogi umrli od bolesti ili gladi. U jednom trenutku je naredeno da se 52 preživelih logoraša streljaju, "kako bi se sprečio tifus". Jepsen je učestvovao u streljanju, ubivši čest logoraša. Iako u svom iskazu pod zakletvom nije pominjao prinudu,²⁴ za vreme sudskog procesa, a potom i pred izricanje presude, tvrdio je da ga je nemački *Obermaat* Engelmann, koji je izdao naredenje da se svi logoraši ubiju, pod pretnjom vatrenog oružja naterao da učestvuje u streljanju logoraša.²⁵ Njegov branilac pozvao se, između ostalog, na stanje nužde (*Notstand*), o kome govori odeljak 54 nemačkog Krivičnog zakonika.²⁶ U

²² Međutim, u predmetu *Stalag Luft III* bilo je i pozivanja na međunarodno pravo u tumačenju H. Lauterpachta: vidi *infra*, paragraf 24.

²³ Predmet *Jepsen*, *supra*, bel. 10.

²⁴ *Ibid.*, dosije WO 235/229, str. 222-224.

²⁵ Treba primetiti da se njegove dve verzije ovog incidenta bitno razlikuju. Za vreme sudskog procesa, optuženog je njegov branilac upitao šta se dogodilo kad je odbio da izvrši naredenje *Obermaata* Engelmana da se logoraši streljaju. On je odgovorio da mu je *Obermaat* rekao: "Pa ti si esesovac ¼ a esesovci su uvek tako brutalni i grubo". Prema Jepsenu, rekao je i: "Ovo naredenje važi za tebe koliko i za sve druge", te "Ako ne budeš učestvovao [u streljanju] i ti ćeš smesta na licu mesta biti streljan" (*ibid.*, str. 233-251, na str. 250). Nasuprot tome, nakon što je proglašen krivim, a pre izricanja presude, Jepsen je izjavio: "Nisam imao nikakve veze sa tim transportom, a Engelmann mi je uperio pištolj u prsa i rekao da je brojati do tri, pa ako dotle ne odem da pomognem u streljanju logoraša, pucaje u mene" (*ibid.*, str. 363).

²⁶ *Ibid.*, str. 338-341. Odeljak 54 nemačkog Krivičnog zakonika u velikoj meri se podudara sa odeljkom 35 (1) danas važećeg nemačkog Krivičnog zakonika. U odeljku 54 nemačkog Krivičnog zakonika iz 1971. stajalo je da: "Osim u slučaju nepredviđene, neki postupak ne predstavlja

svom izlaganju iskaza obeju strana, predsedavaju}i sudija je izjavio da je u ovom slu-aju mogu}no pozivanje na prinudu, pod uslovom da su ispunjeni potrebni uslovi.²⁷ Sud je Jepsena proglasio krivim, ali po{to je, kako je to rekao predsedavaju}i sudija, postojao "elemenat sumnje o tome da li [on] jeste ili nije postupao pod odre|enim stepenom prisile", osu|en je na do`ivotnu robiju, a ne na smrt.²⁸ Kao {to }u u daljem tekstu podvu}i (*vidi* paragraf 43), ono {to se u ovom predmetu -ini posebno relevantnim jesu specifi-ne -injeni-ne okolnosti u kojima je do{lo do navodne prinude, to jest, neizbe`nost smrti `rtava.

24. Pre|imo sada na predmet *Stalag Luft III*, o kome je odlu-ivao britanski vojni sud koji je zasedao u Hamburgu, Nema-ka.²⁹ Osamnaestorica optu`enih, svi pripadnici SS, odvojeno su u-estvovali u ubijanju 50 pripadnika RAF koje je, nakon {to su pobjegli iz zarobljeni-kog logora (*Stalag Luft III*), ponovo uhvatila nema-ka kriminalisti-ka policija (*Kripo*). Neki od optu`enih tvrdili su, izme|u ostalog, da su postupali pod prinudom: da se nisu povinovali tajnom Himmlerovom nare|enju da se pobiju svi begunci, bili bi ubijeni i potpali bi pod tzv. *Sippenhaft* (odgovornost svih -lanova porodice za zlo-ine jednog -lana).³⁰ U svom izlaganju iskaza obeju strana, predsedavaju}i sudija je pomenuo njihovo pozivanje na prinudu i na po-etku kao reper citirao "na{u pravnu Bibliju", odnosno *Archbold's Criminal Law*, prema kojoj prinuda nije zakonito opravdanje u slu-ajevima ubistva. Me|utim, on je potom razmotrio izvore iz me|unarodnog prava, "koji su od ve}e pomo}i", i citirao stru-njaka za me|unarodno pravo Sir Herscha Lauterpachta, koji je izjavio da "stepen prisile koji se mora podrazumevati u slu-aju vojnika ili oficira koji se, odbiv{i da izvr{i nare|enje, izlo`io neposrednoj smrtnoj opasnosti isklju-uje pro tanto odgovornost optu`enog." (Naknadno podvu-eno.) Ovome je dodao slede}e:

Osim ako doista ne prihvatimo stanovi{te, koje se ne mo`e tek tako odbaciti, da lice kome se preti takvim ka`njavanjem po kratkom postupku

zlo-in ako je po-injen u situaciji nu`de koju sam po-inilac nije skrivio i koja se nije mogla na drugi na-in izbe}i, a s namerom da se odvrti neposredna opasnost po `ivot ili telesni integritet samog po-inioca ili nekog od njegovih bliskih ro|aka" (moj prevod).

²⁷ "Prinuda retko mo`e predstavljati odbranu; ona to nikad ne mo`e biti osim ako je pretnja pod kojom je nezakonito delo po-injeno pretnja neuporedivo ve}im neposrednim zlom nego {to je zlo do koga bi do{lo kada bi se nare|enje izvr{ilo ... Ako razmatrate mogu}nost da bi ova pretnja smr}u mogla -initi odbranu, zamolio bih vas da odluku u tom smislu ne donesete osim ako smatrate da je on [tj. optu`eni] zaista bio u neposrednoj smrtnoj opasnosti i da je zlo koje mu je pretilo bilo ve}e, kada se sve uzme u obzir, od zla koje se od njega zahtevalo da po-ini" (*ibid.*, str. 357-359).

²⁸ *Ibid.*, str. 363.

²⁹ Predmet *Stalag Luft III*, *supra*, bel. 14.

³⁰ *Ibid.*, *decisions*, 225/199, str. 22.

nema pravo da spase sopstveni život na račun žrtve ili, naročito, brojnih žrtava.³¹

Lauterpacht je razmatrao mogućnost isključenja prinude kada je reč o spasavanju vlastitog života na račun tuđeg, ali se nije izjasnio o njenoj osnovanosti, osim što je rekao da je ne treba "tek tako odbaciti". Dalji odlomci iz Lauterpachtovog teksta koje je predsedavajući sudija s odobravanjem citirao jasno pokazuju da je Lauterpacht ostavio prostora za prihvatanje odbrane prinudom u slučaju kada je optuženi "postupio pod neposrednim uticajem straha od drastičnih posledica".³² Tako predsedavajući sudija nije nedvosmisleno isključio mogućnost da se prinuda smatra odbranom od optužbi za nezakonito ubijanje; on je u stvari pružio objašnjenje kako relevantnog britanskog zakona tako i prilično dvosmislenog stanja međunarodnog prava, kako ga je izneo Lauterpacht.³³ Od suštinskog je, dakle, značaja - a suprotno Tužiocima tvrdnjama - da predmet *Stalag Luft III* ne predstavlja stanovište da prinuda ne može biti odbrana od optužbi za ubijanje nevinih lica. On, dakle, po ovom pitanju nema veštinu od predmeta *Jepsen*.

Radi potpunog uvida u motive suda, treba da podvučemo i da je predsedavajući sudija insistirao na tome da odbrana, uprkos zahtevu tužioca, faktički nije navela nikakve primere prinude za kojom su usledili smrt ili "kolektivno kažnjavanje porodice". Isto tako, predsedavajući sudija pokazao je da je u mnogim pojedinačnim slučajevima koji su razmatrani bilo krajnje neizvesno da li su optuženi uopšte bili podvrgnuti prinudi.³⁴ Isto je to i Tužilac uporno istakao u svojoj završnoj besedi.³⁵ Skoro svi optuženi,

³¹ Sir Hersch Lauterpacht, *The Law of Nations and the Punishment of War Crimes*, 21 British Yearbook of International Law, 1944.

³² "Postojanje naređenja nadređenog ... ne opravdava dela počinjena po naređenjima koja toliko upadljivo krše temeljne koncepcije zakona i čovečnosti da se ne mogu podvesti pod okrilje ma kakvog mogućeg opravdanja, uključujući i neposrednu opasnost po osobu kojoj je naloženo da naređenje izvrši; ono ne opravdava zločine počinjene pri sprovođenju nezakonitih naređenja u okolnostima kada osoba koja je zločin počinila nije postupala pod neposrednim uticajem straha od drastičnih posledica ili vojne presude po kratkom postupku po odbijanju izvršenja" (naknadno podvučeno): Vidi transkript četrdeset osmog dana suđenja, predmet *Stalag Luft III*, *supra*, bel. 14, str. 4-5.

³³ U tom pogledu, izveštaj o predmetu *Stalag Luft III* objavljen u XV tomu *Law Reports* netačan je utoliko što govori o citatu predsedavajućeg sudije iz priručnika *Archbold's Criminal Law* kao da je to bio *ratio decidendi* predmeta, a ne kažu da je to bio običan citat, niti da je predsedavajući sudija potom s odobravanjem citirao jedan drugi izvor, u kome je zastupljen drugačiji pristup.

³⁴ Predmet *Stalag Luft III*, *supra*, bel. 14, izlaganje predsedavajućeg sudije o iskazima obeju strana, str. 12 i dalje.

³⁵ U predmetu o kome je reč, tužilac je u svojoj završnoj besedi pomenuo prinudu i citirao "englesko pravo"; međutim, on nije isključio mogućnost njegove primene u konkretnom slučaju zato što je u pitanju bilo ubijanje; on je prinudu proglasio neprihvatljivom zato što, po njegovom mišljenju, optuženi ni na koji način nisu prisiljavani, a pored toga gotovo niko od njih nije u ubijanju begunaca odigrao "podređenu ulogu" (*Ibid.*, zapisnik četrdeset sedmog dana suđenja, str. 40-42). Značajno je bilo i to da su svi optuženi osim jednog bili pripadnici SS; zbog toga bi se primenjivao izuzetak koji se odnosi na dragovoljno članstvo u kriminalnim organizacijama, o kome je bilo reči gore. (Vidi *ibid.*, tužilačka završna beseda, str. 40.)

uklju-uju}i i one koji su se branili prinudom, osu|eni su na smrt, iz -ega se jasno vidi da sud nije verovao da su optu`eni postupali pod bilo kakvim oblikom prisile, jer bi u protivnom imali pravo na bla`u kaznu.

25. U predmetu *Feurstein et al.*³⁶ tu`ilac{tvo je petoricu nema-kih vi{i}h oficira teretilo za ubistvo nenaoru`anih zarobljenih britanskih vojnika. Konkretno, svi su optu`eni za u-e{e u streljanju dvojice ratnih zarobljenika u italijanskom mestu Poncano, kod La Specije; pored toga, dvojica od njih su optu`ena i za u-e{e u ubistvu dvojice britanskih ratnih zarobljenika na prevoju La]iza u Italiji. U svojoj uvodnoj besedi, tu`ilac je istakao da optu`enici ne mogu, pozivanjem na tzv. "Firerovo nare|enje", tvrditi kako su bili pod prisilom, po{to su bili oficiri, a ne obi-ni vojnici kojima je stavljeno u zadatak da u-estvuju u strelja-kom stroju. Me|utim, tu`ilac je o-ito ostavio prostora za mogu}nost da se optu`eni ipak pozovu na prinudu. Rekao je:

Postavlja se pitanje o tome da }e se - i to neizbe`no - neki od oficira na optu`eni-koj klupi, ako ne i svi, braniti tvrde}i da su bili pod jednakom prisilom kao i obi-ni vojnici od kojih se sastojao strelja-ki vod. Na vama je, i samo na vama, da o tome odlu-ite i, naravno, ako ustanovite da je to tako, onda }ete ih osloboditi optu`bi". (Naknadno podvu-eno.)

Tu`ilac je dalje kazao:

U to vreme je postojalo posebno nare|enje poznato kao ¼ ekspediciono nare|enje ili Firerovo nare|enje, a koje je nametalo posebne obaveze svim oficirima koji su imali posla sa specijalnim kategorijama vojske ¼. Mogu}e je, naravno, da optu`eni - neki ili svi - mogu navesti u svoju odbranu da su postupali po nare|enjima nadre|enih. Rekao bih da se o tome mo`e jasno i ta-no kazati slede}e: da nare|enja nadre|enih sama po sebi nikad nisu -inila odbranu od optu`be. Ni u ovom sudu ¼ a pogotovo ne u engleskim krivi-nim sudovima, ne mo`ete sa optu`eni-ke klupe ili sa mesta za svedoke re}i u svoju odbranu "taj i taj mi je kazao da to u-inim". ^ovek je za svoja dela li-no odgovoran. Ono {to mo`e predstavljati odbranu, razume se, jeste toliko sna`na prisila da -oveka potpuno li{i slobodne volje, a opet u pogledu ovih ljudi i tog ekspedicionog nare|enja na vama je da odlu-ite da li je postojanje ekspedicionog nare|enja bilo koga od njih istinski stavilo pod tako sna`nu prisilu da im nije ostalo ni{ta drugo do da u-ine ono {to su i u-inili. (Naknadno podvu-eno).³⁷

³⁶ *Feurstein et al., supra*, bel. 15.

³⁷ Vidi *ibid.*, transkript prvog dana sula, str. 4.

Iako je tu`ilac na po~etku su|enja o~ekivao da bi moglo do}i do odbrane pozivanjem na prinudu, to nije u~inio niko od optu`enih.³⁸ Dakle, kada je u svom izlaganju o iskazima obeju strana predsedavaju}i sudija isklju~io mogu}nost da se prinuda navede kao odbrana od optu`be za ubistvo, to je bio *obiter dictum*.³⁹ Tako|e, uputstvo predsedavaju}eg sudije bilo je veoma usko postavljeno, po{to se zasnivalo na jednoj jedinoj britanskoj sudskoj odluci - u predmetu *Dudley and Stephens*.⁴⁰ Sud je na kraju oslobodio krivice trojicu optu`enih, dok je drugu dvojicu osudio na {estomese~nu kaznu zatvora.⁴¹

Iz ovoga se da zaklju~iti da ni *Stalag Luft III* ni predmet *Feurstein et al.* ne podr`avaju tvrdnju da se optu`eni za nezakonito ubijanje ne mo`e pozivati na prinudu; oni dakle ne ~ine *lex posterior ve}e te}ine* od presude u predmetu *Jepsen*, kako to tvrde Tu`ila{tvo i ve}ina ~lanova @albenog ve}a.

26. Slede}i predmet koji }e biti razmotren, budu}i da se Tu`ila{tvo u svojoj argumentaciji na njega pozivalo, jeste *Hölzer et al.*, o kome je 6. aprila 1946. doneo presudu jedan kanadski vojni sud koji je zasedao u Aurihu, Nema~ka, a primenjivao

³⁸ Dvojica optu`enih (Knesebeck i von Menges) naveli su kao odbranu nare|enja nadre|enih, u vezi sa Firerovim nare|enjem. (Vidi *ibid.*, dokaz broj 38 i dokaz broj 39).

³⁹ Predsedavaju}i sudija je izjavio: "Odbranu 'prinudom i prisilom' zakon ne priznaje. ^ak i ako `elite da spasete vlastiti `ivot, nemate pravo da drugoga li{ite `ivota. S tim u vezi, podsetio bih vas na predmet poznat pod nazivom *Mignonette* [odnosno predmet *Dudley and Stephens*], u kome je izvestan broj mornara brodolomnika, izgubiv{i nadu da }e dospeti do kopna, odlu~io da ubije jednog od svojih drugova i pojede ga. Kockom je odabrana `rtva i na kraju je namera ostvarena, a jedan od mornara na taj na~in je stradao. Na svoju sre}u, ili nesre}u, mornari su spaseni i naposljetku im je su|eno ¼ i upravo su se na ovaj na~in branili. Rekli su: 'Da nismo ubili i pojeli svog druga, svi bismo umrli od gladi i nijedan od nas ne bi danas bio `iv.' Ovu je odbranu, gospodo, sud odbacio, rekav{i da ~ovek ne sme drugoga li{iti `ivota da bi spasao svoj `ivot" (*ibid.*, dosije WO 235/525, str. 6).

⁴⁰ *R. v. Dudley and Stephens*, 1884, 14 QBD 273, poznat i kao predmet *Mignonette*. Pored toga, iako se ovaj predmet ~esto navodi da bi se potkrepio stav da nu`da ne predstavlja odbranu u slu~aju ubistva, sud je u ovom slu~aju do}ao do zaklju~ka da ubistvo `rtve zapravo i nije bilo nu`no. Kao {to je istakao Lord Coleridge, Vrhovni sudija: "Mogao ih je narednog dana spasti neki brod koji je tuda prolazio; moglo se dogoditi da i ne budu spaseni; o~ito je da bi u oba slu~aja de~akovo ubistvo bilo izli{an i beskoristan ~in" (naknadno podvu~eno). Drugim re~ima, nu`nost ubijanja `rtve bila je u tom trenutku ~ista spekulacija od strane optu`enih.

Zanimljivo je primetiti da je u Francuskoj jedan prili~no sli~an doga|aj, kada je 1816. godine 15 pre`ivelih brodolomnika na splavu *Meduze* ubilo i pojelo nekoliko svojih drugova, imao druga~iji sudski ishod. Nisu podignute optu`nice za ubijanje i jedenje, ali je 1817. pokrenut sudski postupak protiv kapetana broda, zato {to je prouzrokovao brodolom i napustio brod. Vidi P. Moriaud, *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, 1889, str. 9-10; E. Sermet, *L'état de nécessité en matière criminelle*, 1903, str. 23; H. de Hoon, "De l'état de nécessité en droit pénal et civil", *Revue de droit belge*, 1911, str. 30-31; Ph. Masson, *L'affaire de la Méduse - le naufrage et le procès*, 1972, naro~ito str. 111 i dalje. Vidi i Schadowaldt, "L'odyssée du "Radeau de la Méduse": Un exemple classique de 'l'état de nécessité", *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1969, br. 2, str. 119 i dalje; J. Graven, "L'état de nécessité justificatif des naufragés. A propos du Radeau de la Méduse", *ibid.*, str. 135 i dalje.

⁴¹ *Feurstein*, supra, par. 15, str. 24-28.

kanadske zakone.⁴² Marta 1945. trojica kanadskih avijati-ara napustili su svoj o{te}eni avion nedaleko od Opladena u Nema-koj, da bi ih potom zarobili nema-ki vojnici. Jednog od Kana|ana, koji je bio ranjen, ubila su trojica optu`enih Nemaca. Oni su se u svojoj odbrani pozvali na nare|enja nadre|enih, kao i na prinudu, tvrde}i da ih je poru-nik Schaefer (koji nije bio me|u optu`enima) pod pretnjom vatrenog oru`ja naterao da ubiju ranjenog avijati-ara.⁴³ Hölzerov branilac insistirao je na prinudi, kako u svojoj uvodnoj, tako i u zavr{noj besedi. Oslanjao se uglavnom na me|unarodno pravo,⁴⁴ ali je po pitanju prinude citirao nema-ke zakone, a naro-ito -lanove 52 i 54 nema-kog Krivi-nog zakonika.⁴⁵ I branioci druge dvojice optu`enih insistirali su na ovakvoj odbrani.⁴⁶

Tu`ilac je, me|utim, napao tu odbranu u svojoj zavr{noj besedi: citiraju}i engleske zakone, isklju-io je mogu}nost odbrane prinudom u slu-ajevima li{avanja `ivota nevinih lica⁴⁷. Citiraju}i zakonske odredbe -lanovima sudskog ve}a, predsedavaju}i sudija zauzeo je isti polo`aj kao i tu`ilac: i on se pozivao na engleske zakone kako bi potkrepio tvrdnju da prinuda nikada ne mo`e opravdati ubijanje nevinih lica.⁴⁸ Sud je Hölzera i jo{ jednog optu`enog (Weigela) osudio na smrt, a tre}eg optu`enog (Ossenbacha) na petnaest godina zatvora.⁴⁹

Sve u svemu, ovo je jedini predmet u kome su tu`ilac i predsedavaju}i sudija jasno podr`ali - i to nesumnjivo putem *ratio decidendi* - stav da prinuda nikada ne mo`e

⁴² Vidi *Hölzer et al., supra*, bel. 16.

⁴³ Hölzer je u svom iskazu pod zakletvom tvrdio da je Schaefer "izvadio pi{tolj, prislonio ga uz [njega] i rekao 'Ho}e{ li ili ne}e{?'"; po{to se Hölzer pretvarao da mu se pi{tolj zaglavio, poru-nik mu je "ponovo pripretilo pi{toljem" (vidi *ibid.*, II tom, str. 26). Njegov branilac izjavio je pred sudom da je Hölzer prinu|en da puca nakon {to mu je Schaeffer zapretio smr}u (*ibid.*, I tom, str. 289-299).

⁴⁴ *Ibid.*, str. 295.

⁴⁵ Vidi *ibid.*, Uvodna beseda, II tom, str. 1-4; Zavr{na beseda, I tom, str. 289-290, 291-292, 304.

⁴⁶ Branioci Weigela i Ossenbacha nisu toliko isticali postojanje prinude, koju su samo uzgred pominjali (vidi *ibid.*, I tom, str 304; vidi i str. 312).

⁴⁷ *Ibid.*, I tom, str. 315.

⁴⁸ Predsedavaju}i sudija je rekao: "Pretnje koje se razmatraju kao mogu}a odbrana jesu neposredne pretnje smr}u ili ozbiljnim o{te}enjem telesnog integriteta od strane fizi-ki prisutnog lica[,] ali takva je odbrana neprihvatljiva kad je re- o gnusnim zlo-inima ili kada je lice kome je zapre}eno pripadalo nekoj organizaciji ili u-estvovalo u nekoj zaveri, {to bi sud u ovom slu-aju mogao ustanoviti. [to se ti-e pravnih odredbi primenjivih u slu-aju prisile pretnjom, skrenuo bih sudu pa`nju da nema nikakve sumnje u to da -ovek ima pravo da {titi vlastiti `ivot i telesni integritet i da time mo`e opravdati mnogo toga {to bi ina-e bilo ka`njivo. Svakodnevno nailazimo na slu-ajeve ljudi koji se brane da su prisiljeni da po-ine neki zlo-in. Uvid u pravne izvore ne ostavlja mesta sumnji da prisila -ini odbranu kada zlo-in nije gnusne prirode. Ali ubistvo nevine osobe nikad se ne mo`e opravdati. ¼ Sledstveno tome, ako sud na|e da je Hölzer pucao nakon {to mu je najozbiljnije zapre}eno smr}u, o -emu se svedo-anstva razmimoilaze, -ak i tada se on zbog navedenih temeljnih na-ela ne mo`e opravdati, ve} je pravilnije da se to uzme u obzir pri eventualnom izricanju bla`e kazne" (naknadno podvu-eno), *ibid.*, I tom, str. 345-346. Predsedavaju}i sudija je svoju tvrdnju potkrepio britanskim predmetima (vidi *ibid.*, str. 346).

⁴⁹ Vidi *ibid.*, I tom, str. 354. Treba primetiti da Ossenbach nije neposredno u-estvovao u ubistvu kanadskog avijati-ara

opravdati kr{enja humanitarnog prava koja uklju-uju ubijanje nevinih lica. Time su tu` ilac i predsedavaju}i sudija primenili tradicionalni stav iz *common law*, prema kome je prinuda isklju-ena prilikom optu` bi za ubijanje nevinih lica. Me|utim, te`inu ove odluke umanjuje -injenica da je u svom izlaganju o iskazima obeju strana predsedavaju}i sudija izri-ito rekao da bi sud trebalo da primeni kanadski Pravilnik o ratnim zlo~inima i kanadsko pravo, a ne me|unarodno pravo. Navode}i kanadski Pravilnik kao zakon kojim se u ovom predmetu treba rukovoditi, istakao je da on

ni{ta ne dodaje me|unarodnom pravu niti uspostavlja nove me|unarodne odredbe, ve} ure|uje stvari koje se ti-u postupka i dokazivanja, o kojima me|unarodno pravo ni{ta ne ka`e, te svaka dr`ava ima pravo da ih uredi onako kako na|e za potrebno i umesno.⁵⁰

Me|u ovim stvarima koje se ti-u postupka i dokazivanja, predsedavaju}i sudija naveo je pitanje nare|enja nadre|enih, ure|eno pravilom 15; potom, kada je do{ao do pitanja prinude, predsedavaju}i sudija naveo je britanske predmete kao va`e)e presedane za kanadsko pravo, rekav{i da su to pravne odredbe koje treba primeniti.⁵¹ Jasno je, dakle, da je i sam bio svestan da sud po pitanju prinude ne primenjuje me|unarodno pravo.

27. Me|utim, ameri-ki II vojni sud, koji je zasedao u Nirnbergu, zauzeo je suprotan stav u predmetu *Einsatzgruppen*.⁵² Kao {to sam ve} istakao, za razliku od ostalih dosad navedenih sudova, ovaj je delovao u skladu sa odredbama Zakona br. 10 Kontrolnog saveta, te stoga njegove odluke imaju ve}u te`inu od odluka nacionalnih sudova koji su se upravljali nacionalnim zakonodavstvom. [tavi{e, po{to se Zakon br. 10 Kontrolnog saveta mo`e smatrati me|unarodnim sporazumom izme|u -etiri okupacione sile (koji je docnije u velikoj meri pretvoren u obi-ajno pravo), delovanje sudova koji su uspostavljeni tim zakonom ili su postupali prema njegovim odredbama poprima me|unarodnu relevantnost koju ne mogu imati nacionalni sudovi koji donose odluke isklju-ivo na temelju nacionalnog prava. Me|utim, po{to neke stvari, kao na primer prinuda, nisu bile obuhva}ene Zakonom br. 10 Kontrolnog saveta, postavilo se pitanje koji zakon treba primeniti. U predmetu *Einsatzgruppen*, branilac prvooptu`enog Ohlendorfa ustvrdio je u

⁵⁰ *Ibid.*, str. 338

⁵¹ *Ibid.*, str. 345-346. Treba primetiti da Pravilnik razmatra pitanje nare|enja nadre|enog, ali ne ka`e ni{ta o prinudi; dakle, predsedavaju}i sudija je u velikoj meri sugerirao re{avanje ovog pitanja u skladu sa kanadskim pravom. Treba primetiti i to da je predsedavaju}i sudija neiskreno postupio sugeriu}i da odbrana spada u stvari koje se ti-u postupka i dokazivanja i o kojima me|unarodno pravo ni{ta ne ka`e. Pitanje mogu}nih odbrana - koje se`e u samu sr` krivice i nevinosti - o-ito je stvar materijalnog prava, o kojoj me|unarodno pravo mo`da i jeste dvosmisleno, kao {to je gore pokazano, ali za koju se ne mo`e re}i da ono o njoj "ni{ta ne ka`e".

⁵² Vidi predmet *Einsatzgruppen, Trials of War Criminals*, supra, vol. 10.

svojoj uvodnoj besedi da pitanje prinude (ili nu`de, kako ju je nazvao) treba razmatrati na osnovu tri pravna sistema: ameri-kog prava (pravo zemlje koja o doti-nom predmetu sudi), nema-kog prava (pravo optu`enih) i sovjetskog prava (pravo zemlje u kojoj su navodni zlo-ini po-injeni).⁵³ Primenom sva tri sistema, on je zaklju-io da se pozivanje na nu`du mo`e dopustiti.⁵⁴ U razmatranju odbrane prinudom, vojni sud se pozivao i na sovjetsko i na nema-ko pravo,⁵⁵ i zauzeo stav da se prinuda mo`e navesti kao odbrana -ak i u slu-ajevima nezakonitog ubijanja, pod uslovom da su ispunjeni odre|eni uslovi. Vredi citirati najva`nji deo presude:

Ka`e se da prema vojnom pravu -ak i ako pot-injeni shvata da je -in koji se od njega zahteva zlo-in, on ne mo`e odbiti da ga izvr{i, a da ne izazove ozbiljne posledice po sebe, pa to, dakle, predstavlja prinudu. Recimo odmah da nema zakona koji od nevinog -oveka zahteva da `rtvuje svoj `ivot ili pretrpi te{ka o{te}enja kako bi izbegao da po-ini zlo-in koji osu|uje. Pretnja, me|utim, mora biti neposredna, stvarna i neizbe`na. Nijedan sud ne`e kazniti -oveka kome je uz glavu prislonjen napunjen pi{tolj i koji je na taj na-in prinu|en da povu-e smrtonosnu polugu. Niti je potrebno da opasnost bude toliko neposredna da bi se izbegla kazna. Me|utim, da li je iko od optu`enih nateran da ubija Jevreje pod pretnjom da `e i sam biti ubijen ako njegova ubila-ka misija ne uspe? Da bi se o tome odlu-ilo, treba ustanoviti da li je pot-injeni postupao pod prinudom ili je i sam odobravao na-elo na kome se nare|enje zasniva." (Naknadno podvu-eno).⁵⁶

Tu`ila{tvo je pred na{im @albenim ve}em izjavilo da ovaj stav ne treba uzeti u obzir, po{to ga vojni sud nije potkrepio pozivanjem na bilo kakve pravne izvore. Uz du`no po{tovanje, s ovim se ne sla`em. Jasno je iz -itave presude da sud nije morao da navodi nikakve primere iz sudske prakse jer, kako je gore navedeno,⁵⁷ on se u velikoj meri oslanjao na nema-ko pravo, u kome se prinuda prihvata kao odbrana od bilo kakvih optu`bih.⁵⁸ Treba dodati da *in casu* vojni sud nije prihvatio odbranu prinudom, te je ve}inu optu`enih osudio na smrt.

28. Na osnovu gornjeg pregleda sudske prakse na koju se pozivalo Tu`ila{tvo reklo bi se da je neosnovana tvrdnja kako po ovom pitanju postoji izuzetak od obi-ajnog pravila prema kome prinuda mo`e biti odbrana od optu`bi za zlo-in, odnosno da su zlo-ini koji

⁵³ *Ibid.*, str. 56-59.

⁵⁴ *Ibid.*, str. 61-82.

⁵⁵ *Ibid.*, str. 462-463, 471-472.

⁵⁶ *Ibid.*, str. 480.

⁵⁷ Vidi *supra*, paragraf 21.

⁵⁸ Iako sud u svom razmatranju prinude nije naveo nikakve posebne nema-ke zakonske odredbe, u vi{e navrata je pominjao nema-ke odredbe kada je razmatrao vi{e uop}teno pitanje nare|enja nadre|enih (koja katkad nije razlikovao od prinude); vidi *Trials of War Criminals, supra*, bel. 10, str. 471, 472, 492, 499.

uklju-uju nezakonito ubijanje izvan opsega prinude. Ovaj navodni izuzetak mogao bi na}i potvrdu samo u jednom predmetu, *Hölzer et al.*, a bio bi u suprotnosti sa predmetom *Einsatzgruppen*, koji ima ve}u pravnu te`inu.

29. Dodu{e, stav zauzet u predmetu *Hölzer et al.* prihva}en je i u dva vojna priru-nika. Jedan je britanski *Military Manual*, -iji paragraf 629 ka`e:

Lice koje je izvr{ilo neko delo pod uticajem neposrednog i osnovanog straha za vlastiti `ivot ne smatra se krivi-no odgovornim, pod uslovom da tim delom nevinna lica nisu li{ena `ivota. U tom slu-aju se pretnje ne mogu prihvatiti kao odbrana od optu`bi za ratne zlo-ine, ali se mogu uzeti u obzir radi eventualnog izricanja bla`e kazne. (Naknadno podvu-eno.)

Drugi je ameri-ki *Manual for Courts-Martial* iz 1984, u kome se prinuda prihvata kao odbrana "za bilo koje krivi-no delo osim ubistva nevine osobe".⁵⁹ Stav koji podr`avaju sudska praksa i upravo pomenuti vojni priru-nici o-igledno je pod sna`nim uticajem engleskog krivi-nog prava, koje po tradiciji odbija mogu}nost da se prinudom ikad mo`e opravdati ubistvo nevinog lica,⁶⁰ i to uglavnom na temelju starih autoriteta *Hale*, *Blackstone* i *Stephen*.⁶¹ Me|utim, skora{nje tendencije ukazuju na kolebanja u ovoj oblasti engleskog prava⁶². Uz to, kako je sudija Stephen uverljivo podvukao u svom Zasebnom i protivnom mi{ljenju, sudska praksa zemalja *common law* razmatra jedino situacije u kojima je pred optu`enim izbor izme|u vlastitog i tu|eg `ivota, za razliku od slu-ajeva u kojima je izbor izme|u smrti jednog i smrti oba. Mo`da je to zato {to se ova potonja situacija, koja se javlja u tipi-nom obliku onda kada je optu`eni protiv svoje volje pripadnik stroja za masovno streljanje, gotovo nikad ne javlja u nekoj naciji u mirnodopsko vreme, ve} samo onda kada je ta nacija u ratu. U svakom slu-aju, bilo bi neopravdano zaklju-iti, na osnovu jednog predmeta u kome je presuda doneta prema kanadskim zakonima (*Hölzer et al.*) i me|unarodnih vojnih pravila dveju dr`ava, da se u

⁵⁹ Vidi Pravilo 916 (h), *Rules for court-martial*: "(h) prisila ili prinuda: U slu-aju bilo kog krivi-nog dela osim ubistva nevinog lica mo`e se prihvatiti kao odbrana to da je optu`eni u-estvovao u krivi-nom delu pod uticajem osnovane strepnje da }e on ili neko drugo lice biti odmah ubijeni ili da }e odmah pretrpeti ozbiljne telesne povrede ako optu`eni delo ne po-ini. Nu`no je da strepnja potraje za sve vreme izvr{enja dela. Ako je optu`enom pru`ena bilo kakva razumna mogu}nost da izbegne izvr{enje dela, a da sebe ili drugo nevinno lice ne izlo`i opasnosti kojom mu je zapre}eno, ovakva se odbrana ne}e prihvatiti."

⁶⁰ Vidi, na primer, *R. v. Howe and others* [1987], 1 AC 417, House of Lords.

⁶¹ Lord Hale, *Pleas of the Crown* (1800), I tom, str. 51; *Blackstone's Commentaries on the Laws of England*, 4 BI Com (izdanje iz 1857) 28; Sir J. Stephen, *History of the Criminal Law of England*, 1883. Vidi komentar A. Dienstag: "Pristup *common law* mo`e se shvatiti kao nasle|e jedne ranije pravne nauke, ali se njegove dogmatske zapovesti danas ne mogu prihvatiti" ("*Fedorenko v. United States: War Crimes, the Defence of Duress, and American Nationality Law*", *Columbia Law Review*, 82. tom, str. 120-183, na str. 145).

⁶² Pored toga, -ak i u *common law* pravosu|u "te`ina komentara pravnih stru-njaka ide u prilog tome da se ukine izuzimanie ubistva iz odbrane prinudom" (Dienstag, loc. cit. supnote 79).

me|unarodnom krivi-nom pravu uobli-ilo obi-ajno pravilo kojim se krivi-na dela tipa ubistva izuzimaju iz opsega prinude.

30. Pored oskudnosti "dokaznog" materijala u prilog tvrdnjama Tu`ila{tva, postoji jedan jo{ uverljiviji razlog za njihovo odbacivanje. Tu`ila{tvo je propustilo da pomene brojne druge slu-ajeve kr{enja me|unarodnog prava koja uklju-uju ubijanje, a u kojima su se optu`eni branili prinudom, i koji idu u prilog suprotnom zaklju-ku. Prema ovim slu-ajevima, koji su u skladu s krivi-nim pravom relevantnih dr`ava,⁶³ ako su ispunjeni neki osnovni uslovi (koji odgovaraju uslovima {to sam ih ja izneo u paragrafima 16-17), prinuda se mo`e smatrati odbranom -ak i kada su nevine osobe li{ene `ivota.

Prvo }u posvetiti pa`nju primerima iz sudske prakse u kojima su sudovi prihvatili prinudu kao pravno na-elo, ali su je odbacili na osnovu -injenica. Potom }u dati pregled primera iz sudske prakse u kojima je zaklju-eno da se prinuda mo`e prihvatiti *in casu*.

3. Slu-ajevi u kojima sudovi nisu izuzeli kr{enja humanitarnog prava koja uklju-uju ubijanje iz opsega i dometa prinude

31. Pre nego {to pru`im kratak pregled slu-ajeva u kojima je odbrana prinudom odba-ena samo na osnovu -injenica, `eleo bih da posebno istaknem dve stvari. Prvo, svi ovi slu-ajevi ti-u se nezakonitog ubijanja. Drugo, svi sudovi koje }u pomenuti nesumnjivo su po{li od pretpostavke da odbrana prinudom jeste prihvatljiva u slu-ajevima nezakonitog ubijanja. Oni to nisu morali izri-ito da navedu iz prostog razloga {to su primenjivali relevantne odredbe svojih krivi-nih zakonika, u kojima se prinuda odre|uje kao odbrana uop{te, pri -emu li{avanje `ivota nevinih lica ne predstavlja izuzetak. S toga je za njih bilo izli{no raspravljanje o tome mo`e li se prinuda prihvatiti kao odbrana od optu`bi za li{avanje `ivota nevinih lica. Ovi su sudovi primenjivali svoje nacionalne zakone i zaklju-ili da *in casu* uslovi postojanja prinude nisu bili ispunjeni.

⁶³ Kao primere nacionalnih krivi-nih odredbi u kojima se prinuda uzima u obzir kod svih krivi-nih dela, uklju-uju}i i ubistvo, vidi -l. 10 austrijskog Krivi-nog zakonika iz 1975; -l. 71 belgijskog Krivi-nog zakonika iz 1867; -l. 25 brazilskog Krivi-nog zakonika iz 1969; -l. 25 i -l. 32 gr-kog Krivi-nog zakonika iz 1950; -l. 54 italijanskog Krivi-nog zakonika iz 1930; -l. 40 holandskog Krivi-nog zakonika iz 1881; -l. 122-2 francuskog Krivi-nog zakonika; Odeljak 34 i -l. 35 nema-kog Krivi-nog zakonika iz 1975; -l. 85 peruanskog Krivi-nog zakonika iz 1924; -l. 8 {panskog Krivi-nog zakonika iz 1944; -l. 34 {vajcarskog Krivi-nog zakonika iz 1937; -l. 4, glava XXIV {vedskog Krivi-nog zakonika; -l. 10 Krivi-nog zakonika Socijalisti-ke Federativne Republike [biv{e}] Jugoslavije dopu{tao je "krajnju nu`du" kao odbranu za bilo koje krivi-no delo. Ovaj -lan u{ao je neizmenjen u Krivi-ni zakonik Savezne Republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora), Kazneni zakonik Republike Hrvatske i Krivi-ni zakonik Bosne.

32. Prinuda je navođena kao odbrana još 1921. pred najviškim vrhovnim sudom, u predmetu *Llandovery Castle*. Sud je ustanovio da su dvojica optuženih krivi za ubistvo brodolomnika, koje su počinili po naređenju svog pretpostavljenog. Sud je, između ostalog, uzeo u obzir tvrdnju odbrane o tome da su optuženi "svakako smatrali da bi Patzig [viši oficir koji im je naredio da pucaju] silom sproveo svoja naređenja, s oružjem u ruci, da im se oni nisu povinovali". Sud je bez razmišljanja odbacio tu tvrdnju, rekavši:

Ta se mogućnost odbacuje. Da se Patzig suočio sa odbijanjem potčinjenih, on bi bio prinuđen da odustane od svoje namere, jer mu tada ne bi pošlo za rukom da ostvari svoj cilj, to jest prikrije torpedovanja broda *Llandovery Castle*. To je bilo veoma dobro poznato i optuženima, koji su bili svesni ove situacije. Stoga gledajući ta prisile (*Nötigung*) (Odeljak 52 Krivi-nog zakonika), oni stoga ne mogu tražiti da prođu nekažnjeno.⁶⁴

Sud je dakle smatrao da se prinuda u načelu može prihvatiti, mada je na osnovu činjenica takvu odbranu odbacio.

33. Još jedan predmet u kome sud nije isključio prinudu kao odbranu u slučaju ubistva nevinih, mada je odlučio da u konkretnim okolnostima takva odbrana nije opravdana, bio je predmet *Müller et al.*, koji je iznesen prvo pred belgijski vojni sud u Briselu⁶⁵, a potom pred belgijski Kasacioni sud.⁶⁶ Optuženi su se teretili, *inter alia*, za ratne zločine vezane za pogubljenje talaca. Nakon što su proglašeni krivima, jedan od podnosilaca žalbe, Mehden, žalio se kasacionom sudu da prvostepeni sud nije uzeo u obzir njegovu tvrdnju da je na zločin primoran. Sud je to odbacio kao osnovu za žalbu, smatrajući da "u odluci ničeg suda nedvosmisleno stoji da su svi optuženi postupali slobodno."

Slično tome, u predmetu *Eichmann* izraelski Vrhovni sud, u kontekstu razmatranja pravnih odredbi o naređenjima nadređenih, nije isključio prinudu ili nuždu kao odbranu od optužbi protiv Eichmanna (uključujući i zločine protiv čovečnosti) za koje, između ostalog, u masovnom ubijanju Jevreja, iako se Eichmann u svojoj odbrani nije izričito

Vidi i -I. 17 Krivi-nog zakonika Tanzanije i predmet *Josia v. Republic*, odluka Apelacionog suda u Dar Es Salamu od 27. oktobra 1971, u *East Africa Law Reports*, 1972 (EA), str. 157-158.

⁶⁴ Originalni tekst u *Verhandlungen des Reichstages. I Wahlperiode 1920, Band 368. Anlagen zu den Stenographischen Berichten Nr 2254 bis 2628*, Berlin, str. 2586; engleski prevod (koji sam neznatno revidirao) nalazi se u 16 A.J.I.L., 1922, str. 722-723. Odeljak 52 (1) nemačkog Krivi-nog zakonika iz 1871. (koga su zamenili odeljci 34 i 35 danas važeći Krivi-nog zakonika) propisivao je: "Delo ne predstavlja zločin ako je počinilac bio prinuđen da delo izvrši, primenom neodoljive sile ili pretnjom neposredne opasnosti koja se odnosi na život ili telesni integritet počinioca ili nekog njegovog bliskog rođaka, a koja se opasnost nije drugačije mogla izbexiti" (moj prevod).

⁶⁵ 31. januara 1949. Vidi *Annual Digest and Reports of Public International Cases*, 1949, str. 400-403.

pozivao na prinudu. Vrhovni sud je zaklju-io da se nu`da u Eichmannovom slu-aju ne mo`e primeniti zbog toga {to on ne samo da nije bio prinu|en da organizuje istrebljivanje Jevreja, ve} je u njemu u-estvovao sa entuzijazmom. Sud je rekao:

Kao {to je re-eno, prihvatljivost ovih odbrana [prinudom ili nu`dom] u osloba|anju od odgovornosti za krivi-na dela u nadle`nosti [izraelskog] Zakona iz 1950. [o nacistima i njihovim saradnicima (ka`njavanje)] isklju-uje se u njegovom II odeljku. Me|utim, -ak i kad bi Zakon dopu{tao optu`enom da se brani time da je izvr{avaju}i nare|eni zlo-in postupao u okolnostima "prinude" ili "nu`de", on to ne bi mogao u-initi osim ako bi se dokazale slede}e dve -injenice: (1) da je njegov `ivot bio u neposrednoj opasnosti; (2) da je zlo-ina-ki zadatak obavio iz `elje da spase vlastiti `ivot i zbog toga {to nije video drugog na-ina da to u-ini. I ameri-ki sud II A, koji je primenjivao Zakon br. 10 Kontrolnog saveta, insistirao je na ova dva uslova [u predmetu *Einsatzgruppen*] ... U ovom slu-aju nije ispunjen nijedan od ovih uslova. Posebno, me|utim, nagla{avamo neispunjenost drugog uslova, jer se svaka od pomenutih dveju odbrana ti-e pitanja *motiva* kojim se optu`eni rukovodio pri po-injenju krivi-nog dela - motiva da se spase vlastiti `ivot - a i zbog toga {to se okru`ni sud uglavnom oslanjao na svoju konstataciju da je podnosilac `albe u svakom trenutku izvr{avao nare|enje za istrebljenje *con amore*, {to }e re}i sa punom revno{}u i posve}eno{}u tom zadatku. ¼ On nije primoran da u-ini to {to je u-inio, niti mu je `ivot bio u opasnosti, jer, kako smo videli, -inio je mnogo vi{e nego {to su od njega zahtevali ili o-ekivali njegovi pretpostavljeni u lancu komandovanja.⁶⁷

Zna-aj ovog stava izraelskog Vrhovnog suda zaslu`uje da se posebno istakne, budu}i da proisti-e iz anglosaksonskog pravnog sistema uobli-enog prema engleskom pravu, odnosno iz izraelskog prava nakon britanskog mandata u Palestini. Pored toga, iako se mo`e tvrditi da navedeni deo teksta predstavlja *obiter dictum*, on je zna-ajan zato {to odra`ava stav izraelskog Vrhovnog suda prema primenjivom pravilu me|unarodnog prava: prema odredbama me|unarodnog prava iskazanim u predmetu *Einsatzgruppen*, prinuda se mo`e primenjivati i kod zlo-ina koji uklju-uju ubijanje.

34. Me|u predmetima u kojima je sud dopustio mogu}nost da prinuda predstavlja odbranu od optu`be za ubistvo nevinih ljudi, mada je u tim predmetima odbacio takvu odbranu na osnovu -injenica, nalaze se *Touvier* i *Papon*, pred francuskim sudovima,⁶⁸

⁶⁶ 4. jula 1949. *Ibid.*

⁶⁷ 36 I.L.R., 318, na str. 340.

⁶⁸ O predmetu *Touvier*, vidi odlomak iz presude apelacionog suda u Versaju od 2. juna 1993, naveden *supra*, bel. 12. Treba primetiti da je apelacioni sud ovako sa`eo tvrdnju optu`enog da je postupao "iz nu`de: ... Touvier se bez oklevanja oslanja na pritisak Nemaca, na osnovu koga tvrdi da je postojalo stanje nu`de koje mo`e -initi opravdanje..." Odluku apelacionog suda potvrdio je kasacioni sud (odluka od 21. oktobra 1993.) (vidi *Bulletin Criminel*, 1993, br. 307, str. 770-774).

[to se ti-e predmeta *Papon* (Papon je, izme|u ostalog, bio optu`en za sau-esni{tvo u istrebljivanju Jevreja) u svojoj presudi od 19. septembra 1994. *Chambre d'appelation apelacionog suda u Bordeauxu*].

Priebke, pred italijanskim sudom,⁶⁹ Retzlaff et al., pred sovjetskim sudom,⁷⁰ zatim niz nema-kih predmeta,⁷¹ te jedan predmet o kome je nedavno presu|ivao vojni sud u Beogradu.⁷²

izjavilo je da se "Maurice Papon ne mo`e pozivati na prinudu. Zapravo, iako je mogu|e da su nema-ki zahtevi izneseni energi-no i odlu-no, kao i da su u nekim slu-ajevima propra|eni pretnjom odmazde prema francuskim policajcima, na osnovu istrage ne mo`e se zaklju-iti da je pritisak koji je na taj na-in nastao bio dovoljno sna`an da bi mogao -initi prinudu kojom je Maurice PAPON li{en slobodne volje". (Moj prevod: str. 151 neobjavljenog transkripta, *Cour d'appel de Bordeaux, Chambre d'accusation, Arrêt du 18 septembre 1996*, br. 806).

⁶⁹ U predmetu *Priebke* presudu je doneo vojni sud u Rimu 1. avgusta 1996 (presuda je zavedena 30. septembra 1996). Priebke je optu`en za u-e{e u streljanju 335 civila 1944. godine. On je pred sudom u Rimu tvrdio da nije mogao da odbije nare|enje po{to je, *inter alia*, kapetan koji je komandovao operacijom rekao drugim pot-injenim oficirima "da oni koji ne `ele da u-estvuju u streljanju nemaju drugog izbora sem da stanu uz zatvorenike i poginu s njima" (moj prevod, na osnovu neobjavljenog kucanog teksta, str. 21, koji sam predao biblioteci Me|unarodnog suda). Sud je odbacio ovu verziju doga|aja, ali je priznao da bi se ona, ako bi se dokazala, ipak mogla prihvatiti kao potpuna odbrana od optu`bi. Primitiv{i da optu`eni, da mu je zaista neposredno zapre}eno smr}u, vi{e ne bi bio obavezan da odbije nare|enje, po{to bi postupao iz nu`de, sud je dalje rekao: "U tom slu-aju [neposredne pretnje smr}u] on je mogao odstupiti od svog odbijanja da poslu{a nare|enje i u-estvovati u streljanjima samo zato da bi spasao vlastiti `ivot, brane}i se nu`dom, {to je dozvoljeno u svim pravosudnim sistemima, uklju-uju}i i nema-ki zakon; {tavi{e, u tom slu-aju niko ne bi mogao da o-ekuje da se Priebke pona{a kao heroj i da `rtvuje vlastiti `ivot kako bi izbegao u-e{e u ne-ove-nom streljanju. Dakle, u svim mogu}nostima koje smo razmotrili Priebke je imao izlaza: me|utim, kao izlaz se svakako ne mo`e prihvatiti njegovo povinovanje sasvim o-igledno nezakonitom nare|enju, osim ako mu je `ivot bio u neposrednoj opasnosti; po{to postojanje takve opasnosti u ovom predmetu nije uverljivo pokazano, iz toga sledi da je on za -itav masakr u punoj meri odgovoran, kao sau-esnik, zajedno sa ostalim u-esnicima u streljanju [a titolo di concorso con gli altri esecutori]" (naknadno podvu-eno) (moj prevod, *ibid.*, str. 80-81).

Odlukom od 6. novembra 1996. kasacioni sud je poni{tio re{enje vojnog suda u Rimu iz proceduralnih razloga (kasacioni sud je podr`ao zahtev da se diskvalifikuje predsednik vojnog suda). Vojni sud u Rimu, kome je predmet vra}en, spojio ga je sa predmetom jednog drugog nema-kog oficira optu`enog za u-e{e u streljanju, po imenu K. Hass. U svojoj presudi od 22. jula 1997, zavedenoj 15. septembra 1997 (*Hass i Priebke*) sud je na osnovu -injenica odbacio odbranu prinudom (*stato di necessità*). Primitiv{i da optu`eni tvrde kako su "ubijali samo da bi izbegli opasnost od izvo|enja pred sud SS", sud je ustanovio da, suprotno tvrdnjama optu`enih, u stvari ni pukovnik Kappler ni kapetan Schutz nisu pretili optu`enima da }e ih ubiti ako ne izvr{e nare|enje. Sud dalje ka`e da bi "bilo sasvim neopravdano re}i da je optu`enima na neki na-in pre}utno pretilo samo ustrojstvo SS, kojoj su oni dobrovoljno pristupili i u kojoj su do{li do veoma uticajnih polo`aja". Sud potom zaklju-uje: "Napokon, isklju-ivo celovitosti radi, treba dodati da u svakom slu-aju pred primenjivo}u odbrane prinudom stoji jedna ogromna prepreka, a to je o-igledna nesrazmera izme|u opasnosti koja je optu`enima pretila *ex hypothesi* i krivi-nog dela koje su navodno prisiljeni da po-ine" (moj prevod, str. 55-57 kucanog teksta, koji sam dobio ljubazno}u predsednika suda u Rimu i predao biblioteci Me|unarodnog suda). Nije jasan zna-aj ove poslednje izjave (koja o-igledno predstavlja *obiter dictum*); naro-ito je nejasno na {ta se odnosi "nesrazmera": da li na eventualnu smrt (ubijanjem) optu`enih s jedne strane i njihovo u-estvovanje u streljanju s druge? Ili se pak odnosi na strah optu`enih da }e im suditi vojni sud SS s jedne strane i njihovo u-estvovanje u streljanju s druge?

⁷⁰ Vidi predmet *Retzlaff et al.*, u kome je 18. decembra 1943. presudu doneo sovjetski vojni sud koji je zasedao u Harkovu. Optu`eni, trojica nema-kih oficira i sovjetski voza-, teretili su se za zverstva po-injena u Harkovu za vreme nema-ke vojne okupacije tog grada. U svojim zavr{nim iskazima, svi su optu`eni tvrdili da ih je diktatorska priroda nacisti-kog re`ima prinudila da po-ine zverstva; da nisu izvr{ili nare|enja, bili bi osu|eni na smrt (*The People's Verdict. A Full Report of the Proceedings at the Krasnodar and Kharkov Atrocity Trials*, London-New York, bez datuma, str. 118-120). Me|utim, iako je odbrana tra`ila da optu`eni budu po{te|eni, vojni sud je u svojoj presudi sve optu`ene osudio na smrt ve{anjem (*ibid.*, str. 124).

⁷¹ Vidi, na primer, predmet *Wernicke i Wieczorek*, odluka vrhovnog suda u Berlinu (*Kammergericht*) od 24. avgusta 1946, u *Justiz und NS-Verbrechen, Sammlung Deutscher Strafurteile wegen Nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945-1966*, I tom, 1968, str. 42; takozvani predmet *Euthanasie*, odluka okru`nog suda u Frankfurtu na Majni od 21. decembra 1946, *ibid.*, str. 158-159, koju je potrdio apelacioni sud u Frankfurtu na Majni odlukom od 17. avgusta 1947, *ibid.*, str. 170-180.

4. Slu-ajevi u kojima su sudovi prihvatili prinudu kao odbranu od optu`be za ratne zlo-ine ili zlo-ine protiv -ove-nosti koji uklju-uju nezakonito ubijanje

35. Sada }u pomenuti nekoliko slu-ajeva u kojima je sud prihvatio prinudu kao odbranu od optu`bi za nezakonito ubijanje.

Prvo }u navesti nekoliko italijanskih predmeta, od kojih se svi ti-u streljanja partizana za vreme II svetskog rata od strane milicije ili vojnika takozvane *Repubblica Sociale Italiana* (Socijalna Republika Italija ili "RSI"), tvorevine koju su 1943. u srednjoj i severnoj Italiji uspostavili ekstremni fa{isti uz odlu-uju}u pomo} i podr{k}u nacisti-ke Nema-ke i pod njenom kontrolom.⁷³ U svim ovim slu-ajevima, milicija ili grupe vojnika RSI streljali su grupe partizana po nare|enju nadre|enih vlasti ili pod pretnjom smr}u.

predmet *Kaufmann G. et al.*, odluka okru`nog suda u Frankfurtu na Majni od 30. januara 1947, *ibid.*, str. 255-257, koju je potvrdio *Oberlandesgericht* (apelacioni sud) odlukom od 16. aprila 1948, *ibid.*, str. 15; odluka okru`nog suda u Frankfurtu na Majni od 21. marta 1947. u predmetu *Adolf Wahlmann et al.*, *ibid.*, str. 352-355, koju je potvrdio apelacioni sud svojom odlukom od 20. oktobra 1947, *ibid.*, str. 373-374; odluka okru`nog suda u Frankfurtu na Majni od 5. aprila 1950. u predmetu *Heinrich Baab*, *ibid.*, VI tom, str. 396; odluka okru`nog suda u Frankfurtu na Majni od 27. maja 1955. u predmetu *Dr. Gerhard P.*, *ibid.*, XIII tom, str. 187; odluka okru`nog suda u Vajdenu/Opf. od 14. novembra 1955. u predmetu *Nies Adolf*, *ibid.*, str. 429; odluka okru`nog suda u Vajdenu od 29. maja 1956. u predmetu *Dr. Fischer Hermann*, *ibid.*, str. 754-758; odluka okru`nog suda u Ulmu od 29. avgusta 1958. u predmetu *Bernhard Fischer-Schweder et al.*, *ibid.*, XV tom, str. 246-251; odluka okru`nog suda u Berlinu od 9. marta 1960. u predmetu *Fritz Franz Hermann Knop et al.*, *ibid.*, XVI tom, str. 369-370; odluka okru`nog suda u Tibingenu od 10. maja 1961. u predmetu *Hans Richard Weichert et al.*, *ibid.*, XVII tom, str. 395; odluka okru`nog suda u Detmoldu od 22. decembra 1965. u predmetu *Karl Dietrich*, *ibid.*, XXII tom, str. 482-483.

⁷² Vidi predmet *Sabli} et al.*, u kome je presudu doneo vojni sud u Beogradu 26. juna 1992. Jedan od optu`enih, Cibari}, bio je optu`en za ratni zlo-in protiv civila prema odredbama -lana 142, paragraf 1, jugoslovenskog Krivi-nog zakonika: navodno je po nare|enju drugog optu`enog, Sabli}a, ubio -etvoro civila. Cibari}ev branilac je pred sudom tvrdio da je Cibari} "streljao bra-ni par i dve `ene po nare|enju optu`enog Sabli}a i jednog vojnog policajca, koji su mu pretili da mora da izvr{i sva nare|enja ili 'ode ti glava'" (neobjavljeni tekst; nezvani-ni prevod, str. 37). Sud je, me|utim, odbacio pozivanje na prinudu i osudio Cibari}a na smrt (*ibid.*, str. 126, 130-131).

⁷³ *Repubblica Sociale Italiana* (RSI) uspostavljena je 1. decembra 1943. u severnoj i srednjoj Italiji, ali se postepeno smanjivala usled pobedonosnog prodora Saveznika i italijanskog pokreta otpora, tako da je naposljetku jedino imala vlast nad ve}im delom severne Italije. Prestala je da postoji 25. aprila 1945. Prema me|unarodnom pravu, RSI se mo`e smatrati *de facto vladom* koja se borila protiv italijanske Kraljevske vlade i Komiteta za narodno oslobo|enje severne Italije (CLNAI), koji je obuhvatao razne grupe italijanskih partizana, a italijanska Kraljevska vlada ga je priznala kao svog predstavnika na severu zemlje. Alternativno, RSI bi se mogla smatrati marionetskom vladom pod tako sna`nom nema-kom vojnom kontrolom da bi se moglo uzeti da su njeni organi delovali za ra-un i u ime Nema-ke. Shodno tome, oru`ani sukob izme|u pokreta otpora i Kraljevske vlade s jedne strane i RSI s druge strane mogao bi se okarakterisati kao grajanski rat, ili pak kao me|unarodni sukob izme|u italijanske vlade (u koju spadaju razne partizanske grupe) i Saveznika s jedne strane i Nema-ke i RSI s druge. U svakom slu-aju, za nas je bitno (a o tome izve{tava jedan veliki autoritet, M. S. Giannini, *Repubblica sociale italiana, Enciclopedia del diritto*, XXXIX tom, 1988, str. 901) da su suprotstavljene snage razmenile note o tome da svaka strana smatra vojne odrede protivni-ke strane borbama u skladu sa zakonima ratovanja, te da one inter-cepimaju i primenjuju te zakone.

Prvi je bio predmet *Bernardi i Randazzo*, o kome su odlučivala dva porotna suda i, u dva navrata, kasacioni sud (za nas je bitna odluka od 14. jula 1947).⁷⁴ Dvojici policijskih oficira, kapetanu i poručniku, naredili su njihovi pretpostavljeni (*prefetto*, tj. predstavnik centralnih vlasti u okrugu, i *questore*, tj. šef policije) da organizuju streljanje trojice uhvaćenih partizana. Kada je provincijski sekretar fašističke partije preneo naređenje *prefetta* kapetanu Bernardiju, on je odbio da ga izvrši, te ga je *questore* pozvao kod sebe i, zajedno sa *prefettom*, strogo ukorio. Usledila je `estoka svađa, prilikom koje je *prefetto*, prema rečima jednog svedoka, rekao Bernardiju: “Ako odbijete, streljaju i vas $\frac{1}{4}$ i trojicu partizana”. (Naknadno podvučeno.)

Bernardi se povinovao naređenju i streljao trojicu partizana. Posebni porotni sud u Torinu našao je da su Bernardi i Randazzo krivi i osudio ih na 16 godina zatvora.⁷⁵ Međutim, kasacioni sud je poništio presudu, smatrajući da su optuženi postupali pod prinudom.⁷⁶

Isti stav zauzeo je kasacioni sud u dva druga predmeta: oba se tiču oficira kojima je, pošto su odbili da zapovedaju streljačkim odredom, zapređeno da i sami biti

⁷⁴ Predmet je prvo iznesen pred Porotni sud u Ver-eliju, koji je dvojicu optuženih osudio na 20 godina zatvora. Po `albi, kasacioni sud je 18. decembra 1946. poništio presudu na temelju proceduralnih nedostataka, a i stoga što u presudi kapetanu Bernardiju nisu navedeni nikakvi razlozi po pitanju prinude (*stato di necessità*). Predmet je stoga vraćen Porotnom sudu u Torinu, koji je 25. marta 1947. osudio dvojicu optuženih na 16 godina zatvora. Optuženi su se `alili kasacionom sudu, tvrdeći da bi, na osnovu `injenica u koje se uverio prvostepeni sud, kasacioni sud trebalo da prihvati odbranu prinudom.

⁷⁵ Vidi neobjavljeni, rukom pisani tekst presude istražnog suda u Torinu, str. 3-12 (tekst sam dobio ljubazno iz torinskog arhiva i predao ga biblioteci Međunarodnog suda). Sud je brižljivo i detaljno ispitao `injenice i zaključio da se optuženi sa stanovišta `injenica ne mogu pozivati na prinudu (*stato di necessità*).

⁷⁶ Prema članu 54 (1) italijanskog Krivičnog zakonika, prinuda predstavlja potpunu odbranu od bilo koje optužbe: “Niko ne može biti kažnjen za dela počinjena pod prisilom nužnosti da sebe ili druge spase neposredne opasnosti ili ozbiljnog telesnog oštećenja, ako tu opasnost nije voljno skrivio i ako se ona nije mogla na drugi način odvratiti, kao i pod uslovom da su počinjena dela u srazmeri sa oštećenjem kojim je zapređeno” (moj prevod).

Sud je bio mišljenja da povredu kojom su nadređene vlasti pretile treba smatrati ozbiljnom; s tim u vezi, podsetivši na veći pomenute pretnje *prefetta*, sud je podvukao da (i) je *prefetto* bio dobro poznat kao “nagao i okrutan `ovek, progonitelj antifašista”; (ii) dvojica optuženih su u stvari bili u kontaktu sa pripadnicima pokreta otpora koje su snabdevali informacijama i oružjem - otuda i njihova izrazita nevoljnost da streljaju trojicu partizana; (iii) s obzirom na `injenicu da su u to vreme *prefetti* imali snažan uticaj na vojne sudove i vlast nad njima, ono što je *prefetto* rekao kapetanu Bernardiju mora se protumačiti kao ozbiljna pretnja; (iv) u datim okolnostima dvojica optuženika nikako nisu mogla da okolišaju ili na bilo koji drugi način izbegnu izvršenje naređenja.

Sud je smatrao da u slučaju prinude “prisila ne mora biti tako apsolutna da se njome potpuno ukida sposobnost razumevanja i volje, kao da osoba pod prinudom gubi svaku kontrolu nad sobom i postaje pukom oruđem tuđe volje ... Prinuda ostavlja netaknute sve elemente krivične uraunljivosti. Lice o kome je reč postupa sa smanjenom mogućnošću odlučivanja, ali postupa voljno, kako bi izbeglo neposrednu i neizbežnu opasnost po svoj život i telesni integritet.” (Moj prevod. Tekst uvodne beleške u *Rivista penale*, 1947, str. 921-922. Služio sam se prevashodno neobjavljenim rukom pisanim tekstom odluke kasacionog suda od 14. jula 1947, koji sam dobio ljubazno iz Dimkeog centralnog arhiva; primerak teksta predao sam biblioteci Međunarodnog suda.)

streljani: u oba slu-aja sud je bio mi{ljenja da takva situacija potpada pod pojam prinude.⁷⁷ U predmetu *Srà et al.*, Srà je komandovao strelja-kim strojem kome je bilo nare|eno da ubije uhva}enog partizana, a druga dvojica bili su pripadnici strelja-kog stroja. U pogledu Srà, sud je poni{tio odluku posebnog porotnog suda u Komu kojom je optu`eni progla{en krivim za ubistvo, zbog toga {to je porotni sud izneo -injenice koje bi mogle opravdati pozivanje na prinudu, a nije naveo nikakvu pravnu argumentaciju svoje odluke da to ne prihvati.⁷⁸ S tim u vezi, kasacioni sud je naglasio da je na osnovu dokaznog materijala koji je prvostepeni sud pregledao o-igledno da kada je Srà odbio da izvr{i nare|enje svog pukovnika, pukovnik mu je zapretio da }e i sam biti streljan; ovu pretnju je potom potvrdio i kapetan (Sràov neposredni pretpostavljeni), kome je Srà raportirao. Stoga je kasacioni sud, smatraju}i da bi -injeni-ni uslovi za prinudu mogli biti ispunjeni, vratio predmet drugom prvostepenom sudu, porotnom sudu u Milanu. Ovaj sud je ustanovio da su svi optu`eni postupali pod prinudom i oslobodio ih je optu`bi.⁷⁹

Sli-an stav zauzeo je kasacioni sud u predmetu *Masetti*.⁸⁰ Treba primetiti da je i ovde prvostepeni sud kome je predmet vra}en sa kasacionog suda ustanovio da je optu`eni

⁷⁷ Vidi odluku od 6. novembra 1947, predmet *Srà et al.*, u *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione, sez. pen.*, 1947, br. 2557, str. 414; odluku od 17. novembra 1947, predmet *Masetti*, u *Massimario della Seconda Sezione della Cassazione*, 1947, str. 416, br. 2569. U oba slu-aja su objavljene samo uvodne bele{ke. Ja sam se slu`io originalnim rukom pisanim tekstom obeju odluka, koji sam dobio ljubazno{u rimskog centralnog arhiva (jedan primerak je predat biblioteci Me|unarodnog suda).

⁷⁸ Treba dodati i to da je kasacioni sud poni{tio odluku posebnog porotnog suda i zbog toga {to ovaj sud nije dokazao da su trojica optu`enih imala svesnu nameru da streljaju partizana.

⁷⁹ Vidi neobjavljeni rukom pisani tekst presude od 28. septembra 1948. (tekst sam dobio ljubazno{u apelacionog porotnog suda u Milanu i predao sam ga biblioteci Me|unarodnog suda). Dok je kasacioni sud vratio predmet po dva osnova, od kojih se jedan ticao sve trojice optu`enih (prethodni prvostepeni sud nije ponudio nikakvu pravnu argumentaciju o tome da li su optu`eni znali da je osoba koju su streljali partizan), a drugi samo optu`enog Srà (odsustvo pravne argumentacije po pitanju prinude), porotni sud u Milanu smatrao je da je drugi osnov zapravo preliminarni, jer se u stvari ti-e sve trojice optu`enih i mogao bi biti odlu-uju}i u ovoj stvari. Sud se stoga izjasnio o ovom osnovu i zaklju-io da se trojica optu`enih mogu braniti prinudom.

⁸⁰ Posebni porotni sud u Forliju je 11. oktobra 1946. osudio Masettija na 30 godina zatvora zbog toga {to je komandovao strelja-kim strojem odgovornim za pogubljenje dvojice partizana. Kasacioni sud je ustanovio da je prvostepeni sud pobrkao pitanje nare|enja nadre|enih sa pitanjem prinude; potom je konstatovao i da je prvostepeni sud bio nedosledan po{to je prvo uspostavio i izneo sve -injene uslove neophodne za prihvatanje odbrane prinudom, da bi potom zaklju-io da je optu`eni kriv. Stoga je predmet vra}en porotnom sudu u L'Akvili.

Po pitanju prinude, sud je primetio da je prvostepeni sud ustanovio slede}e -injenice: primiv{i nare|enje da strelja partizane, Masetti je odbio da poslu{a, te je zbog toga "izbila sva|a, uz viku i pretnje, izme|u komandanta bataljona i Masettija"; pretnja upu}ena Masettiju i stanje nu`de u kome se on na taj na-in na{ao bili su utoliko ozbiljniji {to su ga nema-ke vojne vlasti (koje su zapravo nametnule komandantu italijanskog bataljona nare|enje da strelja partizane) odabrale kao najmla|eg, {to zna}i i najmanji}eg oficira u tom bataljonu" (str. 2-4 rukom pisane tekste).

postupao pod prinudom kada je komandovao strelja-kim odredom; stoga ga je oslobodio optu`bi.⁸¹ Prvostepeni sud je, izme|u ostalog, primetio da:

eventualno `rtvovanje [vlastitih `ivota] od strane Masettija [optu`enog] i njegovih ljudi [-lanova strelja-kog odreda] u svakom slu-aju ne bi imalo ni svrhe ni efekta (*vano ed inoperoso*) utoliko {to nikako ne bi uticalo na polo`aj [dva] lica koja je trebalo da budu streljana, a koja bi ionako bila pogubljena -ak i bez njega [optu`enog]. (Naknadno podvu-eno.)⁸²

36. Treba pomenuti i nekoliko presuda nema-kih sudova. Posebno treba ista}i -etiri upe~atljive odlike ovih predmeta.

Prvo, nema-ki sudovi koji su se posle II svetskog rata izja{njavali o odbrani prinudom obi~no su takvu odbranu odbacivali, nalaze}i da osnovni uslovi za postojanje prinude nisu ispunjeni *in casu* (vidi *supra*, bele{ka 71); predmeti koje }u sada pomenuti predstavljaju izuzetke od ove op{te tendencije - {to ih, razume se, -ini utoliko zna-ajnijima. Uz to treba podvu}i i da u mnogim od brojnih slu-ajeva koje }u sada razmotriti ili pomenuti prinuda nije prihva}ena u celosti i bez ograda, ve} samo u pogledu nekih optu`enika, dok je kod drugih odba~ena, {to zna-i da nije automatski primenjivana.

Drugo, u prvoj grupi predmeta o kojima je re~, a to su predmeti re{avani u periodu izme|u 1946. i 1950, nema-ki sudovi presu|ivali su na osnovu Zakona br. 10 Kontrolnog saveta (iako je Zakon formalno ukinut 1956, britanske i francuske okupacione snage su jo{ 1951. godine ukinule svoje zakonske odredbe kojima je nema-kim sudovima dato pravo da izri-u presude pozivaju}i se na -lan III Zakona).⁸³ Drugim re-ima, ovi su sudovi postupali na osnovu jednog me|unarodnog sporazuma i u velikoj meri primenjivali me|unarodno pravo.

⁸¹ Vidi odluku porotnog suda u L'Akvili od 15. juna 1948 (neobjavljena; kopiju rukom pisanog originala dobio sam ljubazno}u sekretarijata apelacionog suda u L'Akvili i predao biblioteci Me|unarodnog suda).

Po{to je bri`ljivo pregledao dokazni materijal, sud je, izme|u ostalog, naglasio da je optu`eni i fizi-ki prisiljen da komanduje strelja-kim strojem, kada ga je jedan nema-ki oficir sa svojom jedinicom spre-io da izbegne nare|enje za streljanje dvojice partizana i zapravo ga naterao da u streljanju u-estvuje.

⁸² *Ibid.*, str. 8 neobjavljenog teksta (moj prevod).

⁸³ O promenljivoj sudbini Zakona br. 10 Kontrolnog saveta vidi, izme|u ostalog, H. Ostendorf, "Die widerspr~uchlichen - Auswirkungen der N~rnberger Prozesse auf die westdeutsche Justiz", *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen - Zum V~lkerstrafrecht 50 Jahre nach den N~rnberger Prozessen*, G. Hankel i G. Stuby (prir.), Hamburg, 1995, str. 75. Vidi i H. Meyrowitz, *La R~pression par les Tribunaux Allemands des Crimes Contre l'Humanit~ et de l'Appartenance ~ une Organisation Criminelle*, 1960, str. 114 i 119.

Tre}e, skoro svi ovi predmeti ti-u se strelja-kih odreda ili grupa, pri -emu je odbrana prinudom prihva}ena u slu-aju izvr{ilaca ni`eg ranga, a odbijena u slu-aju naredbodavaca ili vi{ih oficira koji su, izvr{avaju}i nare|enja sa najvi{eg mesta, i sami naredili streljanje nevinih lica.

^etvrto, prinudu su razni sudovi prihvatili bilo kao stanje nu`de prouzrokovano neposrednom i neizbe`nom opasno{u po `ivot i telesni integritet (*Notstand*) ili kao stanje nu`de prouzrokovano prisilom od strane tre}eg lica (*Nötigung*) ili kao pretpostavljenu prisilu (*Putative Nötigung*).

37. U prvom predmetu, *Wülfing i K.*, dvojica optu`enih bili su oficir i narednik nema-ke vojske na slu`bi u specijalnim jedinicama (*Truppenonderdienst*). Optu`eni su za zlo-in protiv -ove-nosti, odnosno da su 13. aprila 1945, dok su se ameri-ke trupe pribli`avale nema-kom gradu u kome su bili stacionirani, ubili jednog nema-kog civila, protivnika nacionalsocijalizma, koga su smatrali krivim za hu{kanje na dezerterstvo. Oficir je drugom optu`enom (K.) i jednom ni`em oficiru naredio da streljaju nema-kog civila; oficir ga je potom dokraj-io pi{toljem. U odluci od 4. avgusta 1947, okru`ni sud u Hagenu, koji je delovao u skladu sa Zakonom br. 10 Kontrolnog saveta, ustanovio je da to ubistvo (*Mord*) predstavlja zlo-in protiv -ove-nosti i stoga osudio Wülfinga na do`ivotnu robiju; nasuprot tome, na{ao je da K., koji se u svakom slu-aju mogao smatrati odgovornim samo za namerno ubistvo (*Totschlag*),⁸⁴ nije kriv jer je postupao u zabludi (verovao je da u-estvuje u izvr{enju smrtne presude koju je doneo redovni sud), te da je uz to delovao pod prinudom (*Notstand*) (pla{io se da }e ga, ako ne izvr{i nare|enje i ne puca, ubiti oficir koji je stajao kraj njega sa pi{toljem u ruci).⁸⁵

I u jednom drugom predmetu (*S. i K.*), o kome je presu|ivao *Landgericht* u Ravensburgu, sud je primenio svoju nadle`nost na osnovu Zakona br. 10 Kontrolnog saveta. U ovom slu-aju, jedan od optu`enih, S., pripadnik Gestapoa, u-estvovao je aprila 1945. u streljanju trojice Nemaca pritvorenih u jednom Gestapoovom zatvoru. Upravnik zatvora, *Hauptscharführer SS*, naredio je S. i jo{ dvojici zatvorskih stra`ara da izvedu trojicu zatvorenika u {umu i tamo ih streljaju s le|a. Svakom stra`aru nare|eno je da ubije po jednog zatvorenika. Upravnik zatvora krenuo je za njima, kako bi proverio da li su

⁸⁴ U nema-kom krivi-nom pravu *Totschlag* zna-i namerno ubistvo, dok je *Mord* namerno ubistvo koje se odlikuje bilo niskim pobudama bilo odre|enim ote`avaju}im okolnostima (na primer surovo{u).

⁸⁵ Tekst u *Justiz und NS-Verbrechen*, I tom, 1968, str. 605-621; deo o prinudi nalazi se na str. 620-621. Odluka je nastala *Oberlandesgerichtu* u Hamu 15. aprila 1948. (*ibid.*, str. 622-623).

izvr{ili nare|enja. Sud je ustanovio da iako se postupak optu`enog S. ne mo`e okvalifikovati kao *Mord* ve} samo kao *Totschlag* (namerno ubijanje), on je postupio pod prinudom (*Notstand*). S. je dvaput primio nare|enje da u-estvuje u ubijanju, a nare|enje je propr}eno pretnjom da svako odbijanje izvr{enja za sobom povla-i smrt. Prema mi{ljenju suda, opu`eni je, dakle, bio suo-en sa neizbe`nom i ozbiljnom pretnjom po sopstveni `ivot i telesni integritet, -ime mu je ukinuta sloboda izbora i nametnuta mu je "tu|a volja". Sud je isto tako podvukao i to da je s jedne strane upravnik zatvora bio "nasilni grubijan", dok s druge strane S. nije imao izbora osim da izvr{i nare|enje, a pogotovo nije bio u mogu}nosti da pobegne. Sledstveno tome, S. je oslobo|en optu`be.⁸⁶

I u tre}em predmetu (*K. et al.*), sud (porotni sud u Ahenu) je presu|ivao na osnovu Zakona br. 10 Kontrolnog saveta. Ovaj predmet posebno je zna-ajan zbog toga {to je, pre nego {to }e razmotriti pitanje prinude, sud ispitao relevantno primenljivo pravo, naro-ito me|unarodno pravo (nasuprot tome, drugi sudovi primenjivali su nema-ke zakonske odredbe o prinudi, a da se prethodno nisu upitali da li je to prema odredbama Zakona br. 10 Kontrolnog saveta opravdano). ^injenice su slede}e: septembra 1944. u Ahenu, dok je istra`ivao slu-ajeve plja-ke i nedozvoljenog zadr`avanja na gradskom podru-ju, jedan na-elnik Gestapoa (Ba.) nai{ao je na nema-kog civila (pogrebnik Salvini) koji mu se u-inio sumnjivim. Po{to je Salvini odbio da ka`e svoje ime i adresu, grupa gestapovaca ga je te{kno premlatila; potom je Ba., s pi{toljem u ruci, naredio dvojici pripadnika pograni-ne policije koji su delovali pod kontrolom Gestapoa (od kojih je jedan bio K.) da streljaju Salvinija. Tu`ilac je optu`io K. za zlo-in protiv -ove-nosti, odnosno namerno ubijanje (*Totschlag*) Salvinija. Po{to se njegov branilac pozvao na prinudu, sud je po{ao za tim da ustanovi koje je pravo primenljivo. Prvo je isklju-io prostu primenu nema-kog krivi-nog prava: po{to je sud delovao u skladu sa Zakonom br. 10 Kontrolnog saveta, koji u velikoj meri pripada me|unarodnom pravu, sud je podvukao da se re{enje mora na}i u tom pravnom korpusu. Potom je izveo slo`enu i prili-no zavojitu argumentaciju, koja bi se

⁸⁶ Odluka od 21. maja 1948, *ibid.*, II tom, 1969, str. 521 i dalje, na str. 526-527. Odluku je potvrdio *Oberlandesgericht* u Tibingenu 30. novembra 1948. (*ibid.*, str. 528 i dalje), koji je posebno podr`ao konstataciju o prinudi, mada je istakao da je ona izli{na, po{to je prvostepeni sud ionako zauzeo stav da S. "nije posedovao svest o nezakonitosti (*das erforderliche Bewusstsein der Rechtswidrigkeit*) svog postupka" (str. 533-534). Treba primetiti i da je *Tribunal sup{rieur* francuskih vojnih vlasti 6. decembra 1950. poni{tio obe odluke zbog toga {to je njima prekr{en Zakon br. 10 Kontrolnog saveta (izgleda da je razlog za poni{tenje bio u tome {to su dva nema-ka suda na osnovu nema-kog krivi-nog prava odlu-ivala o tome predstavljaju li relevantne -injenice krivi-na dela, umesto da primene odredbe Zakona br. 10 Kontrolnog saveta o zlo-inima protiv -ove-nosti). *Tribunal sup{rieur* je stoga vratio predmet na ponovno su|enje u *Landgericht* u Rotvajlu. Ovaj je sud, me|utim, odlu-io da obustavi postupak, po{to je u me|uvremenu pravilo br. 154 francuskog Visokog komesara od 1. juna 1950, na osnovu koga je *Tribunal sup{rieur* u`ivao takvo ovla{enje, ukinuto pravilom br. 171 od 31. avgusta 1951 (vidi tekst odluke koju je *Landgericht* u Rotvajlu doneo 18. februara 1952, *ibid.*, str. 529).

mogla sa`eti na slede}i na-in: (1) Statut i presude Me|unarodnog vojnog suda u Nirnbergu, kao i Zakon br. 10 Kontrolnog saveta, ne priznaju odbranu pozivanjem na nare|enja nadre|enih, ali ne isklju-uju nu`du; (2) po{to, me|utim, pojam prinude u Zakonu nije izri-ito ure|en, treba posegnuti za op{tim na-elima krivi-nog prava -etiri savezni-ke sile koje su Zakon donele; time se dolazi do zaklju-ka da ni evropsko kontinentalno ni anglo-ameri-ko pravo ne uskra}uju pot-injenima koji izvr{avaju nare|enja pretpostavljenih mogu}nost da se u odbrani pozovu na prinudu; me|utim, anglo-ameri-ko pravo ne dozvoljava mogu}nost da se prinudom pravdaju veoma ozbiljni zlo-ini i u slu-aju takvih zlo-ina zahteva "samo`rtvovanje"; (3) uprkos tome, ni slovo ni duh Zakona ne podr`avaju anglo-ameri-ke stavove, o -emu svedo-i i istorijat sastavljanja (*Entstehungsgeschichte*) Zakona: o-ito je da me|unarodna pravila ne priznaju i ne podr`avaju "restriktivno stanovi{te" (*einschränkende Stellungnahme*) anglo-ameri-kog prava ; (4) po{to u me|unarodnom pravu ne mo`e na}i nikakve naznake o pravnom regulisanju prinude, izuzev -injenice da anglo-ameri-ki stav nije prihva}en, jednom sudu ne ostaje ni{ta drugo do da primeni "op{te priznata pravila krivi-nog prava"; po{to restriktivna ograni-enja anglo-ameri-kog prava, koja nisu op{te prihva}ena, ne treba uzeti u obzir, dolazi se do toga da je po op{te prihva}enim pravilima prinuda prihvatljiva kada god postoji ozbiljna, neposredna i neizbe`na pretnja `ivotu ili telesnom integritetu; (5) ovo pravilo je u skladu sa relevantnim krivi-nim odredbama nema-kog zakona (odeljci 52 i 54 nema-kog Krivi-nog zakonika).⁸⁷ Sud je potom primenio pojam prinude na konkretan predmet i na{ao da je K. postupio pod prisilom kako bi spasao `ivot, te ga stoga treba osloboditi optu`be.⁸⁸

Jo{ jedan predmet u kome je presu|ivano na osnovu Zakona br. 10 Kontrolnog saveta ticao se zlo-ina protiv -ove-nosti u vidu eutanazije protiv Nemaca (predmet *M. et al.*). Izvestan broj lica optu`en je za u-e{e u sprovo|enju takozvanog programa eutanazije u nekim krajevima Nema-ke 1939. i 1940. Ve}ina optu`enih progla{ena je krivima. Petorica od njih pozvala su se na prinudu. U svojoj odluci od 5. jula 1949, porotni sud u Tibingenu, kome je predmet poveren, prvo je primetio da "prema preovla|uju}em stavu, od koga nema razloga da se odstupa, pa tako i u slu-ajevima zlo-ina kojima se kr{i Zakon br.10 Kontrolnog saveta, mogu}e je osloniti se na op{te razloge izuzimanja od krivice koji su izneseni u odeljcima 52 i 54 nema-kog Krivi-nog

⁸⁷ Odluka od 6. januara 1949, *ibid.*, III tom, 1969, str. 721-723. Kompletan tekst odluke nalazi se na str. 713-724.

⁸⁸ *ibid.*, str. 722

zakonika".⁸⁹ Sud je zatim oslobodio dvojicu optu`enih (W. i H.) zato {to su postupali pod prisilom (*Nötigung*).⁹⁰ Presudu je potvrdio vrhovni sud u Tibingenu 14. marta 1950.⁹¹

38. Nakon {to su okupacione sile povukle ovla{enje nema-kim sudovima da donose presude na osnovu ~lana III Zakona br. 10 Kontrolnog saveta, nema-ki sudovi su o ratnim zlo-inima i zlo-inima protiv ~ove-nosti uglavnom presu|ivali na osnovu nema-kog prava. I dalje su u mnogim predmetima koji su se ticali ratnih zlo-ina prihvatili prinudu ili prisilu. Ovi predmeti mogu se klasifikovati prema vrsti ratnih zlo-ina.

Neki predmeti ticali su se ubijanja stranih civila ili ratnih zarobljenika u Nema-koj od strane pripadnika SS ili Gestapoa ili bar pripadnika nema-kih policijskih ili vojnih jedinica pod kontrolom Gestapoa. Primera radi, pomenu}u predmet *Z. et al.* U Kaselu je 31. marta 1945. grupi policajaca, pripadnika *Volkssturmkommando* jedinice, naredio jedan *Sturmbannführer* SS da streljaju 78 italijanskih civila, radnika, uhap{enih zbog plja-ke voza kojim su prevo`ene namirnice za vojsku. Zapovednik policajaca preneo je svojoj grupi nare|enje za streljanje, koje je i izvr{eno. Porotni sud u Kaselu na{ao je da uprkos tome {to je nare|enje bilo nezakonito, {estoricu od sedam optu`enih treba osloboditi optu`bi za namerno ubijanje (*Totschlag*), kako zbog toga {to su bili nesvesni nezakonite prirode nare|enja (verovali su da je nare|enju za streljanje prethodilo uredno su|enje), tako i stoga {to su u svakom slu-aju postupali pod prisilom (*Nötigung*), jer su se pla{ili da }e i sami biti ubijeni ako ne izvr{e nare|enje.⁹² Ovaj stav potvrdio je i *Oberlandesgericht* u Hesenu svojom odlukom od 4. maja 1950.⁹³ I u brojnim drugim predmetima sudovi su zauzimali sli-an stav.⁹⁴

Drugi predmeti ti-u se ubijanja zatvorenika u koncentracionim logorima ili logorima smrti.⁹⁵ Postoji i kategorija predmeta u koju spadaju slu-ajevi ubijanja stranih

⁸⁹ *Ibid.*, V tom, 1970, str. 103.

⁹⁰ Vidi *ibid.*, V tom, 1970, str. 89 i dalje; relevantni delovi nalaze se na str. 103-105 i 123.

⁹¹ Vidi *ibid.*, str. 123.

⁹² Vidi *ibid.*, V tom, 1970, str. 507-511 (deo o prisili nalazi se na str. 510).

⁹³ Vidi *ibid.*, str. 512-516, a naro-ito str. 515.

⁹⁴ Vidi, na primer, odluku okru`nog suda u Kaselu od 8. februara 1950, *ibid.*, VI tom, str. 129, koju je 10. avgusta 1950. potvrdio vrhovni sud Hesena, *ibid.*, str. 132-139. Vidi i odluku okru`nog suda u Bohumu od 4. decembra 1950, *ibid.*, VII tom, str. 742-746; odluku porotnog suda u Menhen-Gladbahu od 20. novembra 1951, *ibid.*, IX tom, str. 99 i dalje; odluku porotnog suda u Dortmundu od 4. aprila 1952, *ibid.*, IX tom, str. 517, 525, 529-539; odluku istog suda od 29. aprila 1952, *ibid.*, str. 589 i dalje; odluku porotnog suda u Osnabriku od 7. oktobra 1959, *ibid.*, XVI tom, str. 57 i dalje.

⁹⁵ Vidi, na primer, odluku okru`nog suda u Frankfurtu na Majni od 25. avgusta 1950, *ibid.*, VII tom, str. 285-287 (od dvojice optu`enih koji su navodno u-estvovali u programu istrebljenja u logoru Sobibor, jedan je osu|en na do`ivotnu robiju, a drugi je oslobo|en jer je verovao da se nalazi u situaciji u kojoj bi ina-e njegov vlastiti `ivot neminovno bio u opasnosti). Vidi i odluku okru`nog suda u Menhen-Gladbahu od 15. novembra 1951, *ibid.*, IX tom, str. 70-71; odluku porotnog suda u

civila ili ratnih zarobljenika na okupiranim teritorijama. Na primer, u predmetu *Varšavski geto*, 19 optu`enih bili su pripadnici jedne nemačke policijske jedinice koja je u junu i julu 1942, po naređenju rukovodstva SS u Poljskoj, streljala 110 Jevreja koji su iz varšavskog geta izvedeni u obliku žrtvovanja. U odluci od 31. marta 1954, porotni sud pri okružnom sudu u Dortmundu prvo je ustanovio da optu`ene treba smatrati samo saučesnicima (*Gehilfen*) u ubistvu,⁹⁶ a potom se općirno pozabavio pitanjem prinude. Sud je zauzeo stav da su svi optu`eni izuzev jednog postupali pod prinudom, te da ih stoga treba osloboditi optu`be.⁹⁷

U predmetu *Wetzling et al.*, šestorica optu`enih, svi oficiri jedne iste divizije, teretila su se za tri masovna streljanja u kojima je 21. marta 1945. stradalo 208 ruskih i poljskih državljanina deportovanih na rad u Nemačku. Svi su optu`eni za ubistvo ili saučesništvo u ubistvu. Petvorica optu`enih pozvala su se na prinudu. Porotni sud u Arnzbergu je u odluci od 12. februara 1958. prihvatio prinudu samo u odbrani trojice optu`enih (A., G. i Z.).⁹⁸ Treba primetiti da je sud podvukao kako je u donošenju zaključaka uzeo u obzir načela koja se uvek naglašavaju u nemačkoj sudskoj praksi, a prema kojima se prinuda može prihvatiti samo pod najstrožim uslovima,

jer samo u stvarnim slučajevima u kojima dolazi do najozbiljnije prinude može pravna uredba (*Rechtsordnung*) da odobri zadiranje u neku zahtevanu pravnu vrednost, a naročito - kao što je ovde slučaj - kada je reč o najvišoj pravnoj vrednosti (*das höchste Rechtsgut*), to jest o pravu na život. Na osnovu pregledanog dokaznog materijala, porotni sud je ustanovio da takav izuzetak (*Ausnahmefall*) postoji u pogledu optu`enih A., G. i Z.⁹⁹

[tutgartu o Buhenvaľdu, donetu 5. jula 1952, a koju je 19. februara 1952. potvrdio *Bundesgerichtshof*, *ibid.*, IX tom, str. 780 i 782, tim redom; odluku porotnog suda u Hagenu od 18. jula 1952, koju je 3. decembra 1953. potvrdio *Bundesgerichtshof*, *ibid.*, X tom, str. 40-44; odluku porotnog suda u Diseldorfu o Treblinku, donetu 3. septembra 1965, *ibid.*, XXII tom, str. 210-212.

⁹⁶ Vidi predmet *Varšavski geto*, odluka porotnog suda u Dortmundu od 31. marta 1954, *ibid.*, XII tom, 1974, str. 340-341.

⁹⁷ Vidi *ibid.*, str. 346-348. Sud je posebno naglasio da su u to vreme optu`eni bili pod posebnom nadležnošću sudova SS i policijskih sudova, te da su znali da takvi sudovi u slučajevima neposlušnosti izriču najteže kazne; pored toga, kada je stigla u Varšavu jedinica je morala da prisustvuje osuđivanju na smrt i pogubljenju dvojice članova policijskog bataljona koji je zamenila; dalje, neki od optu`enih morali su da prisustvuju postupku pred posebnim policijskim i SS sudom, što je očitotalo imalo za cilj da ih zastraši i upozori. Sud je naglasio i to da optu`eni nisu imali izbora: niti su mogli da izbegnu naređenje bekstvom, niti su mogli da odbiju da ga izvrše praveći se da su bolesni, niti su imali ma kakvog drugog načina da izbegnu učestvovanje u streljanju. Treba primetiti da je odluku potvrdio *Bundesgerichtshof* svojom odlukom od 21. septembra 1955. (4 StR 225/55), navedeno u *ibid.*, str. 351, beleška 1.

⁹⁸ Vidi *ibid.*, XIV tom, 1976, str. 563 i dalje. Deo koji se tiče prinude (*Notstand*) nalazi se na str. 616-623. Odluku je potvrdio *Bundesgerichtshof*, barem u pogledu trojice optu`enih A., G. i Z., svojom odlukom od 13. marta 1959 (4 StR 438/58, Lfd. br. 486), navedeno u *ibid.*, str. 625, beleška 1.

⁹⁹ *ibid.*, str. 622 (isti predmet).

Prinuda je uzeta u obzir i u mnogim drugim predmetima koji su se ticali ubijanja civila ili ratnih zarobljenika na teritorijama pod nemačkom okupacijom.¹⁰⁰

39. Valjalo bi da dodam i jednu opštu primedbu o nemačkoj sudskoj praksi koju sam prikazao. Ona van svake sumnje pokazuje da su brojni sudovi prihvatili prinudu kao odbranu od optužbi za ratne zločine i zločine protiv čovečnosti u kojima je osnovi ubijanje, ili u-estvovanje u ubijanju, nevinih lica. Međutim, razmatranje pravnog značaja ovih primera iz sudske prakse ne znači da treba biti slep za njihove nedostatke sa istorijskog stanovišta; drugim rečima, mada je opravdano uzimati u obzir pravnu težinu ovih predmeta, mogu se jednako opravdano gajiti ozbiljne sumnje u istinitost injeničnih pretpostavki ili osnova veštine ovih predmeta.¹⁰¹

5. Zaključci koji se iz sudske prakse mogu izvesti o prinudi kada su u pitanju ratni zločini i zločini protiv čovečnosti koji uključuju ubijanje ljudi

40. Prethodno sam pomenuo tvrdnju Tužilaštva da se u međunarodnom običajnom pravu razvio izuzetak kojim se isključuje prinuda kao prihvatljiva odbrana od optužbi za zločine koji uključuju ubijanje nevinih lica. Ova tvrdnja nalazi potkrepljenje samo u jednom kanadskom predmetu (*Hölzer et al.*, pomenut u paragrafu 26, *supra*), kao i u vojnim pravilnicima Ujedinjenog Kraljevstva i Sjedinjenih Američkih Država. Ove elemente prakse treba uporediti sa obiljem suprotnih primera iz sudske prakse koje sam upravo prikazao, kao i sa opretnim zakonodavstvom velikog broja zemalja građanskog prava (vidi belešku 63, *supra*).¹⁰² Moje je mišljenje da ova očigledna nedoslednost u praksi država opravdava odbacivanje tvrdnje Tužilaštva: u međunarodnom pravu se nije

¹⁰⁰ Vidi, na primer, odluku porotnog suda u Gisenu od 27. aprila 1959, *ibid.*, XV tom, str. 742-746; odluku porotnog suda u Minhenu od 21. jula 1961, *ibid.*, XVII tom, str. 704-705; odluku porotnog suda u mestu Frajburg im Brajsgau od 12. jula 1963, *ibid.*, XIX tom, str. 467-469; odluku porotnog suda u Kemptenu od 27. februara 1964, *ibid.*, XIX tom, str. 752-754.

¹⁰¹ Dobro je poznato da se može izraziti ozbiljna sumnja u to da su nemačkim pripadnicima policije ili vojske njihovi pretpostavljeni zaista pretili smrću, a ne prosto, u većini slučajeva, prebacivanjem na Istočni front ili disciplinskim kaznama. Svedočanstva o-ovidaca ukazuju na to da je dolazilo do ove potonje situacije. Vidi, na primer, P. Levi, *The Drowned and the Saved*, 1988, str. 13-17, 42-43, 50-51; upor. i D. Rousset, *L'univers concentrationnaire*, 1965, str. 149-150. Skorašnja istorijska istraživanja uglavnom potvrđuju takva svedočanstva. Vidi, na primer, D.J. Goldhagen, *Hitler's Willing Executioners - Ordinary Germans and the Holocaust*, 1996, str. 239-280, 375-415.

Pored toga, treba imati u vidu, u opštem smislu, i kritički prikaz nemačke sudske prakse iz pera tako uglednog nemačkog autora kao što je H. Ostendorf, "*Die - widersprüchlichen - Auswirkungen der Nürnberger Prozesse auf die westdeutsche Justiz*", *op. cit.*, str. 73-95.

¹⁰² Ovi primeri iz sudske prakse pokazuju i da Lord Salmon nije bio u pravu kada je, iznoseći savetodavno stanovište Tajnog saveta u predmetu *Abbot v. The Queen*, tvrdio da se pozivanje na prinudu u slučaju ratnih zločina koji uključuju ubijanje nevinih lica "uvek i svuda odbacivalo" (*Abbot v. The Queen* [1977] 2 All E.R. 683, 684).

razvilo nikakvo posebno obi-ajno pravilo o tome mo`e li se prinuda prihvatiti kao odbrana od optu`bi za zlo-ine koji uklju-uju ubijanje ljudi.

41. Kako sam ve} istakao, ve}ina -lanova @albenog ve}a do{la je do istog zaklju-ka, mada na osnovu razli-utih argumenata. Me|utim - ni ovde se ja ne sla`em sa ve}inom -ve}ina -lanova @albenog ve}a iz nepostojanja tog posebnog pravila ne izvodi jedini logi-ki opravdan zaklju-ak: da se u svakom slu-aju ponaosob mora primenjivati op{te pravilo o prinudi za sve kategorije zlo-ina, bilo da uklju-uju ubijanje ili ne. U daljem tekstu }u se pozabaviti onim {to smatram - uz du`no po{tovanje - manjkavostima ve}inskog stava. Sada }u se prvo zadr`ati na logi-nom zaklju-ku koji sam upravo pomenuo, odnosno, da -ak i u slu-ajevima ratnih zlo-ina i zlo-ina protiv -ove-nosti koji uklju-uju ubijanje, suo-en sa odbranom pozivanjem na prinudu, jedan me|unarodni krivi-ni sud mora da primeni najmanje ona -etiri kriterijuma o kojima je gore bilo re-i (vidi paragraf 16, *supra*), to jest (1) ozbiljna pretnja `ivotu i telesnom integritetu; (2) odsustvo adekvatnog na-ina da se pretnja izbegne; (3) srazmernost sredstva kome se pribeglo da bi se pretnja izbegla; (4) situacija prinude ne sme biti prouzrokovana od strane optu`enog.

42. Tre}i kriterijum - srazmernost ({to zna-i da sredstvo kojim se pretnja izbegava ne sme biti u nesrazmeri sa prouzrokovanim zlom, odnosno da se od dva zla mora izabrati manje) - u praksi }e se najte`e zadovoljiti u slu-ajevima krivi-nih dela koja uklju-uju ubijanje nevinih lica. Mogu}e je - mada o tome treba da odlu-i Pretresno ve}e ili sudija - da on nikad ne}e biti zadovoljen u slu-ajevima kada optu`eni spasava vlastiti `ivot na ra-un svoje `rtve, jer se javljaju ogromne, mo`da -ak i nepremostive, filozofske, moralne i pravne pote{ko}e kad -ovek na ovaj na-in va`e svoj `ivot prema tu|em: kako sudija da se uveri u to da je smrt jednog lica manje zlo od smrti drugog? Nasuprot tome, me|utim, tamo gde nije u pitanju neposredan izbor izme|u `ivota lica koje postupa pod prinudom i `ivota `rtve - {to }e re}i, u situacijama gde postoji velika verovatno}a da prinu|eno lice ni na koji na-in ne}e mo}i da spase `ivote `rtava - odbrana prinudom mo`e uspeti. O tome opet treba da odlu-i sudija ili sud, na osnovu dokaznog materijala koji o tome postoji. Sud u konkretnom slu-aju mo`e odlu-iti da optu`eni nije u-inio sve {to je mogao kako bi spasao `rtve pre nego {to je popustio pod prinudom, ili pak da je suvi{e spekulativno tvrditi da bi one u svakom slu-aju stradale. Bitno je, me|utim - a to je osnovni izvor mog neslaganja sa ve}inom - da o ovom pitanju treba da odlu-uje pretresno ve}e pred koje su iznete sve -injenice. Odbrani ne treba apsolutno i *a priori* uskratiti mogu}nost pozivanja na prinudu odlukom ovog Me|unarodnog suda prema koim. no zakonu. postupanje pod

prinudom nikada ne može biti odbrana u slučaju ubijanja nevinih lica. Ovakav stav ne samo da je suviše dogmatski, već ga ne podržava ni međunarodno pravo, u kome nema pravila u ovom smislu; u međunarodnom pravu postoji samo opšte pravilo koje kaže da prinuda može predstavljati odbranu ako su ispunjeni određeni uslovi.

43. Ovi zaključci do kojih sam došao na osnovu sudske prakse nalaze podršku u sledećim obzirima:

Prvo, izuzetno je teško ispuniti uslove za prinudu kada je u pitanju zločin koji uključuje ubijanje nevinih ljudi. To zaključujem na osnovu činjenice da sudovi veoma retko prihvataju odbranu prinudom u slučajevima nezakonitog ubijanja, čak i kada su u načelu priznali mogućnost primene ovakve odbrane. Ako ne računamo gore pomenute italijanske i nemačke predmete (paragrafi 35-39, *supra*), koji se isti u kao izuzeci, nacionalni sudovi prihvataju pozivanje na prinudu pri kršenjima međunarodnog humanitarnog prava jedino u predmetima koji se tiču krivinih dela u koja ne spada ubistvo. S tim u vezi mogu se pomenuti poznati predmeti *Flick* i *Farben*,¹⁰³ o kojima su sudili američki vojni sudovi u Nirnbergu, kao i nekoliko nemačkih predmeta. Meni se čini da ovo pokazuje koliko nacionalni sudovi nerado prihvataju odbranu prinudom u slučaju krivinih dela koja uključuju ubijanje.

Razlog za ovako restriktivan pristup svakako vuče korene iz temeljnog značaja ljudskog života u pravu i društvu. Kao što je nemački porotni sud u Arnzbergu ispravno naglasio u predmetu *Wetzling et al.* (vidi paragraf 38, *supra*), pravo na život jedno je od najosnovnijih i najdragocenijih ljudskih prava, i svaki pravni sistem stara se da ga u najvećoj mogućoj meri zaštiti; iz toga sledi da svako pravno podržavanje napada na ovo pravo ili mešanja u njega mora biti veoma strogo protumačeno, a prihvaćeno samo u izuzetnim slučajevima.

¹⁰³ U oba predmeta su u pitanju bili nemački industrijalci koji su, u okviru "programa ropskog rada" što su ga ustanovile nemačke vlasti, koristili desetine hiljada civila deportovanih iz drugih zemalja, kao i zatvorenike iz koncentracionih logora i ratne zarobljenike. Oni su optuženi (kao prvooptuženi ili saučesnici) za učestvovanje u porobljavanju i deportaciji stranih civila gigantskih razmera. Posebno su optuženi za to da su pomenute radnike eksploatisali u nečovječnim uslovima. Američki sudovi ustanovili su da su neki od optuženih postupali pod prinudom i oslobodili su ih optužbe (o predmetu *Flick* vidi *Trial of Friedrich Flick and Five Others, Trials of War Criminals*, VI tom, str. 1197 i 1201; o predmetu *Farben* vidi *United States v. Carl Krauch, ibid.*, VIII tom, str. 1175). U predmetu *Krupp*, jedan drugi američki sud došao je do suprotnog zaključka, ali samo u pogledu činjenica (vidi *United States v. Alfred Krupp, ibid.*, IX tom, str. 1420-1440).

Drugo, relevantno je da li bi zlo-in u svakom slu-aju po-inio neko drugi, a ne lice koje postupa pod prinudom. O tome svedo-i pore|enje izme|u dve razli-ite grupe predmeta. U predmetima kao {to su *Hölzer et al.*, gde optu`eni nije ni{ta govorio o tome da bi `rtve u svakom slu-aju stradale, odnosno gde je prinudu navodio prosto kao izbor izme|u svog `ivota i `ivota `rtve, odbrana je u na-elu odbijena, primenom klasi-ne formulacije da se vlastiti `ivot ne sme spasavati na ra-un tu|eg (vidi paragraf 26, *supra*). Me|utim, tamo gde se optu`eni teretio za u-e{e} u kolektivnom ubijanju, koje bi bilo sprovedeno bez obzira na njegovo u-e{e, odbrana je u na-elu dopu{tena. U takvim slu-ajevima, ako odbrana prinudom ne bi uspela, to je bilo zato {to sudovi nisu bili uvereni u to je optu`eni stvarno bio pod prinudom, a ne zato {to je u izbegavanju zla primenjeno sredstvo nesrazmerno izbegnutom zlu. U pogledu uslova srazmernosti, u svim tim slu-ajevima bi zlo nastalo neizvr{avanjem nezakonitog nare|enja bilo mnogo ve)e od zla nastalog njegovim izvr{enjem. Takav stav o-ito je bio u osnovi svih slu-ajeva prihvatanja prinude od strane italijanskih i nema-kih sudova nakon II svetskog rata (vidi paragrafe 35-59, *supra*).¹⁰⁴ Moglo bi se ustvrditi i da je isto rezonovanje primenio predsedavaju}i vojni sudija u predmetu *Jepsen*, kada je u na-elu prihvatio da prinuda mo`e biti odbrana od optu`bi za ubistvo zato {to, prema tome kako je optu`eni izlo`io ~injenice, on nikako nije mogao da spase `ivote `rtava, a da je odbio da izvr{i nare|enje samo bi postigao da uz njihove `ivote bude `rtvovan i njegov. Me|utim, sud, tj. porota, o-ito nije poverovao Jepsenovoj verziji doga|aja, te ga je proglasio krivim (vidi paragraf 23, *supra*).

44. Izgleda, dakle, da sudska praksa ~ini izuzetak u slu-ajevima kada je - sude}i po ~injenicama - veoma verovatno, ako ne i izvesno, da bi zlo-in u svakom slu-aju po-inili drugi, ~ak i da je lice koje je postupalo pod prinudom odbilo da ga po~ini. Najubi~ajeniji primer takvog slu-aja je situacija koja nastaje kada se oformi strelja~ki stroj radi ubijanja `rtava, a optu`eni u ovom ili onom vidu u-estvuje u strelja~kom stroju, bilo kao njegov aktivni pripadnik,¹⁰⁵ bilo kao organizator,¹⁰⁶ mada samo pod pretnjom smrti. U tom slu-aju, ako pojedini pripadnik strelja~kog stroja prvo odbije da se povinuje nare|enju, a potom bude prinu|en da to u~ini, mogu}no ga je opravdati: {tavi{e, bez obzira da li je on ubijen ili ne, civili, ratni zarobljenici, itd. u svakom slu-aju bi bili streljani. Ako bi se

¹⁰⁴ I u predmetu *Priebke* (presuda od 1. avgusta 1996.), gde je prinuda prihva}ena u na-elu, ali ne *in casu*, to je bilo na osnovu teorije prema kojoj bi `rtve streljanja u svakom slu-aju stradale, ~ak i da je sam Priebke odbio da u-estvuje u njihovom streljanju (vidi presudu od 1. avgusta 1996, *supra*, bel. 69).

¹⁰⁵ Vidi, na primer, predmet *Stalag Luft III*, *supra*, bel. 14, kao i dva nema-ka predmeta navedena *supra*, paragrafi 37-38, to jest *S. i K. i Var{avski geto*.

povinovao svojoj zakonskoj obavezi da ne ubija nevine ljude, ugrozio bi sopstveni život, a da od toga niko ne bi imao koristi niti bi to imalo bilo kakvog efekta, osim što bi se u njegovom postupku pružio herojski primer (što od njega zakon ne može tražiti): otkrivao bi vlastiti život sasvim izlično. U ovom slučaju pretežno je zlo (pretnja njegovom životu, a zatim i njegova smrt) bilo bi veće od sredstva da se to zlo izbegne (njegovo uzdržavanje od počinjanja zločina, tj. od ustrajavanja u streljanju).

Ukratko, običajno pravilo međunarodnog prava koje se time prinude, a koje se razvilo na osnovu sudske prakse i vojnih pravilnika nekih država, ne isključuje primenljivost prinude kao odbrane od optužbi za ratne zločine i zločine protiv čovečnosti kada je u njihovoj osnovi ubistvo ili nezakonito ubijanje. Međutim, pošto je pravo na život najosnovnije ljudsko pravo, ovo pravilo zahteva da se opšti uslovi postojanja prinude posebno strogo primenjuju u slučaju ubijanja nevinih lica.

45. Primetna je tendencija u sudskoj praksi da se pri ocenjivanju okolnosti koje mogu biti relevantne za postojanje prinude nađini razlika između različitih činova u vojnoj ili civilnoj hijerarhiji. Kao što je primetio Vrhovni sud Kanade u predmetu *Finta*, što je niđi čin lica kome se pod prinudom izdaje naredjenje, to je manja verovatnoća da mu je pružena mogućnost stvarnog moralnog izbora.¹⁰⁷ Kao što je naglasio tuđilac u predmetu *Feurstein et al.*, to bi moglo biti posebno tađno kad je ređo o običnim vojnicima u sastavu streljađkog stroja: on je tvrdio da ih po pravilu ne treba smatrati odgovornima za zločin koji im je mođda naredjeno da pođine.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Vidi tri italijanska predmeta navedena *supra*, paragraf 35, kao i *Wetzling et al.*, naveden *supra*, paragraf 38.

¹⁰⁷ Kao što je rekao sudija Cory, u ime veđine: "[to je niđi čin primaoca naredjenja, veđi je biti oseđaj prinude, a manja mogućnost da je pojedinac imati oseđaj stvarnog moralnog izbora. Ne mođe se smetnuti s uma činjenica da se sveukupna koncepcija vojske u izvesnoj meri zasniva na prinudi. Naredjenja se moraju izvršavati. Pitanje moralnog izbora javlja se mnogo manje u slučajevima redova optuženih za ratni zločin ili zločin protiv čovečnosti nego u slučajevima generala ili drugih visokih oficira". *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. pod 838.

¹⁰⁸ Tuđilac je podvukao da su petorica optuženih svi bili oficiri različitih činova, koji su prosto pokrenuli mehanizam za streljanje četvorice ratnih zarobljenika, mada nisu liđno ustrajavali u streljađkim odredima. Rekao je zatim da pošto se vojnici koji čine streljađki stroj ne mogu smatrati odgovornima, pitanje je mođe li se smatrati da ni oficiri nisu kriviđno odgovorni. (Tuđiođeva uvodna beseda, *Feurstein et al.*, *supra*, br. 15, dosije WO 235/525, str. 4).

Vidi i "Report to the President of June 6, 1945", u *Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials*, gde se kađe, prilikom razmatranja naredjenja nadređjenih: "Nesumnjivo postoji oblast u kojoj bi odbrana pozivanjem na izvršavanje naredjenja nadređjenih trebalo da prevagne. Ako vojnik koji je regrutiran ili se javio u vojsku bude raspoređen u streljađki stroj, ne treba ga smatrati odgovornim za valjanost presude koju izvršava ... Međutim, situacija mođe biti sasvim drugađija kada čoveku čin ili činovina naredjenja pruđu slobodu odliđvanja" (Narednja poduđena ...)

46. Pored toga, prvostepeni sud koji presudjuje o pozivanju na prinudu mogao bi uzeti u obzir i jedan drugi -inilac, odnosno da li je i u kojoj meri lice koje tvrdi da je postupalo pod prinudom voljno u-estvovalo u po-injenju krivi-nog dela. Da bi to ustanovio, sud mo`e da se raspita o tome da li je lice koje je navodno postupalo pod prinudom prvom prilikom priznalo po-injeno delo i prijavilo ga nadle`nim vlastima. Ako lice o kome je re-to nije u-inilo, moglo bi se opravdano zaklju-iti da se sa delom koje je po-inilo pod prinudom slagalo, odnosno da je u njemu voljno u-estvovalo.¹⁰⁹

6. Zavr{ne primedbe

47. Tvrdim da je u me|unarodnom pravu pitanje prinude u slu-aju ubistva regulisano na realisti-an i fleksibilan na-in, kako sam poku{ao da poka`em na osnovu sudske prakse. Isto tako, u njemu se o-ekivanja dru{tva uzimaju u obzir u ve}oj meri nego {to je to slu-aj kod pravila kakvo je predlo`ilo Tu`ila{tvo i onog koje je iznela ve}ina.

Zakon se zasniva na onome {to dru{tvo s pravom mo`e o-ekivati od svojih pripadnika. On ne bi smeo da postavlja nedosti`ne standarde pona{anja koji od -ove-anstva zahtevaju mu-eni{tvo, a da svako pona{anje koje ne dose`e takve standarde osudi kao kriminalno.

Razmotrimo slede}i primer. Voza- kombija bez svog znanja prevozi `rtve na mesto streljanja. Po dolasku mu krvnici ka`u da mora da ubije jednu od `rtava, u protivnom }e i sam biti ubijen. Razume se, to je zato da bi se obezbedila njegova }utnja, po{to }e na taj na-in i sam biti ume{an u nezakonito ubijanje. @rtve na strati{tu u svakom slu-aju }e biti streljane. Mo`e li dru{tvo s pravom da o-ekuje da voza- u takvim okolnostima `rtvuje vlastiti `ivot? U takvim situacijama, mo`da je preterano o-ekivati od osobe pod prinudom da ne po-ini krivi-no delo. Treba da dodam da nam rat u biv{oj Jugoslaviji pru`a tako mnogo primera sli-nih zverstava da ovaj Me|unarodni sud ne bi smeo nijedan mogu}i scenrio da odbaci kao neverovatan ili nategnut.

Razmotrimo jedan druga-iji slu-aj, varijaciju primera kakav se pojavio u postupku pred istim ovim Me|unarodnim sudom. Zatvorenik u koncentracionom logoru, koga su mesecima izgladnjivali i tukli, nakon jo{ jednog divlja-kog prebijanja dobije nare|enje da ubije drugog zarobljenika, koji je ve} pretu-en metalnim {ipkama i svakako }e ubrzo biti

¹⁰⁹ Usporodi predmet *Fingstzgerungen*, supra, vol. 10, str. 481.

nasmrt prebijen, a ako to odbije, na licu mesta }e mu iskopati o-i. On, dakle, ubije drugog zatvorenika. Mo`da bi jedan heroj prihvatio brzu smrt metkom u -elo da bi izbegao da nekoga ubije, ali ako bi prihvatio da mu iskopaju o-i, bio bi to sasvim izuzetan - a mo`da i nemogu} - herojski -in. Mo`e li se istinski re}i da je -ovek u ovom primeru trebalo da dozvoli da mu iskopaju o-i i da je kriminalac zato {to to nije u-inio? Ovaj primer, a mo`emo zamisliti i jo{ gore, jedan je od onih retkih slu-ajeva u kojima, po mom mi{ljenju, prinudu treba prihvatiti kao potpunu odbranu. Svaki odgovor na pitanje prinude treba da bude primenljiv na primere kakvi su nastali u jugoslovenskom ratu - i ratovima {irom sveta - i kakvi }e, na `alost, i dalje u ratovima nastajati.¹¹⁰

48. Jo{ jedna primedba -ini se umesnom. Ne vidim za{to bi se tvrdilo da, po{to se prinuda mo`e navesti kao motiv za izricanje bla`e kazne, sud treba da situaciju o kojoj je upravo bilo re-i uzme u obzir tako {to }e lice koje je postupalo pod prinudom osuditi na minimalnu ili simboli-nu kaznu. Takva tvrdnja zanemarila bi nezaobilaznu i su{tinsku -injenicu da je svrha krivi-nog prava, uklju-uju}i i me|unarodno krivi-no pravo, da ka`njava pona{anje koje je kriminalno, to jest moralno neprihvatljivo ili {tetno po dru{tvo, a ne da osu|uje pona{anje koje predstavlja "proizvod istinski neodoljive prinude"¹¹¹ ili izbor manjeg od dva zla. Koliko god da sud ubla`i i optu`enom kaznu, ostaje temeljna -injenica da ga je on osudio, da njegovo pona{anje smatra kriminalnim, te da veruje da je on trebalo da postupi druga-ije. Poku{ao sam da poka`em da ovo mo`e biti nepravi-no i neosnovano u situaciji kad optu`eni `rtvovanjem vlastitog `ivota nikako ne mo`e da doprinese spasenju `rtava.

Mislim da nije prihvatljivo ni pribegavanje nekom vidu otpusta, {to je po mom mi{ljenju krajnje sumnjivo sredstvo. Moglo bi se predlo`iti da otpust ide toliko daleko da se osuda -ak i ne zabele`i. No, upravo tu se potpuno gubi krivi-no pravo. Ako se osuda ne zabele`i, {ta je to onda ako ne osloba|anje od optu`bi? Pored toga, ovim se izbegava klju-no pitanje: da li je, u mom primeru, optu`eni trebalo da prihvati da mu se iskopaju o-i? Da li je on kriminalac zato {to to nije u-inio? Smatram da svaka razlo`na presuda o ovoj stvari mora da se tim pitanjem pozabavi.

¹¹⁰ Na ovo se ne mo`e odgovoriti tvrdnjom da zatvoreniku iz ovog primera ne bi ni bilo su|eno. Ta-no je da }e se u zemljama *common law*, gde je na snazi doktrina tu`io-evog diskrecioog prava, tu`ilac obi-no odlu-iti da ne pokrene sudski postupak ako postoje ubedljivi dokazi o postojanju prinude. Tako mnogi predmeti u kojima bi prinuda bila prihva}ena kao odbrana prosto i ne stignu do faze su|enja. Me|utim, ovo upravo ide u prilog tvrdnji da osoba u takvoj situaciji, koja postupa pod prinudom, nije kriminalac kome po zahtevu dru{tva treba suditi i kazniti ga.

¹¹¹ American Law Institute, *Model Penal Code (1985)*, komentari 2.

49. Dosada{nje izlaganje dovodi me do zaklju-ka da me|unardno krivi-no pravo u pogledu prinude nije ni dvosmisleno ni nejasno. U tome je su{tina mog neslaganja sa ve}inom -lanova @albenog ve}a. Ta-no je da je u slu-aju odbrane prinudom od optu`bi za ratni zlo-in ili zlo-in protiv -ove-nosti koji se sastoji od ubijanja nevinih lica za me|unardnog sudiju posebno te{ko da ustanovi postoje li relevantne -injenice i da li su ispunjeni nu`no strogi uslovi koje zakon propisuje. To, me|utim, treba da ispita sudija prvostepenog suda. Koliko god da je njegova sudska istraga te{ka i zamr{ena, pravo ga ne prepu{ta samom sebi: naprotiv, on iz me|unardnog prava mo`e izvu}i prili-no precizne smernice, ustanovljene u brojnim nacionalnim predmetima koji se ti-u ratnih zlo-ina i zlo-ina proti -ove-nosti (kako sam pokazao u paragrafima 27 i 36-37 *supra*, neki od ovi predmeta zasnivali su se na Zakonu br. 10 Kontrolnog saveta, {to im daje ve}u pravnu te`inu).

Ne treba se, dakle, iznenaditi {to ja ne delim stavove ve}ine -lanova @albenog ve}a, koji tvrde da je me|unardno krivi-no pravo po ovom pitanju dvosmisleno ili nejasno, te da stoga mogu doneti odluku motivisanu prakti-nim obzirima i osloniti se na "razloge koji se ti-u dru{tvne i ekonomske politike". Ne sla`em se, ne samo zato {to prema mom mi{ljenju, a to sam vi{e puta ve} rekao, me|unardno pravo nije ni dvosmisleno ni nejasno, ve} i zato {to bi se prihvativ{i izbor zasnovan na prakti-nim obzirima u ovoj oblasti krivi-nog prava prekr{iilo obi-ajno na-elo *nullum crimen sine lege*. Me|unardni sud mora primenjivati *lex lata*, odnosno postoje}a pravila me|unardnog prava, uobli-ena kroz izvore me|unardnog pravnog sistema. Ako umesto toga posegne za prakti-nim obzirima ili moralnim na-elima, onda postupa *ultra vires*.

U svakom slu-aju, -ak i pod pretpostavkom da u me|unardnom pravu ovo pitanje nije jasno ure|eno, mo`e se tvrditi da je ve}ina -lanova @albenog ve}a trebalo da se osloni na zakone primenljive u biv{oj Jugoslaviji. U biv{oj Jugoslaviji i u dana{njim dr`avama na tom prostoru, relevantno krivi-no pravo dopu{ta da prinuda (koja se naziva "krajnjom nu`dom") mo`e predstavljati potpunu odbranu od optu`bi za svaki zlo-in, bez obzira da li on podrazumeva ubijanje ljudi ili ne.¹¹² Dr`avljanin neke od tih dr`ava koji je u-estvovao u oru`anim sukobima bio je du`an da poznaje nacionalne krivi-ne odredbe i da svoja o-ekivanja na njima zasniva. Da je me|unardno krivi-no pravo *ex hypothesi* zaista dvosmisleno po pitanju prinude, pa -ak i da u njemu postoji praznina, bilo bi

¹¹² Vidi -lan 10 Krivi-nog zakonika Socijalisti-ke Federativne Republike Jugoslavije, izmenjenog i dopunjenog 1990, i istovetni -lan 10 Krivi-nog zakonika Savezne Republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora) iz 1992.

umesno i razborito - u krajnjem slu-aju - posegnuti za nacionalnim zakonodavstvom optu`enog, a ne za moralnim obzirima ili prakti-nim na-elima. U konkretnom slu-aju koji se razmatra, gde je re- o dr`avi iz biv{e Jugoslavije, u prilog ovakvom pristupu i{lo bi i op{te pravilo *in dubio pro reo* (to bi u ovom slu-aju zna-ilo *in dubio pro accusato*).

D. Primena na presudu protiv koje je podneta `alba

50. S obzirom na moju gore navedenu konstataciju da se u izuzetnim okolnostima prinuda mo`e navesti kao odbrana od optu`bi za zlo-ine protiv ~ove-nosti ili ratne zlo-ine, sledi da je potvrдна izjava o krivici podnosioca `albe bila dvosmislena¹¹³. Stoga je Pretresno ve}e trebalo da u zapisnik unese da se optu`eni ne ose}a krivim i da odr`i su|enje. Shodno tome, ja bih predmet vratio jednom Pretresnom ve}u kako bi se uneo negativan iskaz o krivici i utvrdilo da li podnosilac `albe jeste ili nije postupao pod prinudom kada je po-inio zlo-in, tako da prema odredbama ~lana 7 Statuta Me|unarodnog suda on ne bi bio krivi-no odgovoran.¹¹⁴

Konkretno, smatram da u primeni pravnih zaklju-aka do kojih sam u prethodnom tekstu do{ao Pretresno ve}e kome se predmet vrati mora pre svega da ustanovi da li je podnosilac `albe svojevolejno prouzrokovao situaciju u kojoj je do{lo do prinude. Sudsko ve}e posebno mora da se uveri u to da je vojna jedinica kojoj je on pripadao i kojoj se dobrovoljno priklju-io (10. diverzantski odred) bila namenjena delatnostima suprotnim me|unarodnom humanitarnom pravu i da li je podnosilac `albe to znao, ili je prilikom pristupanja jedinici trebalo da to zna, ili pak, ako je toga tek kasnije postao svestan, da nije napustio jedinicu, niti se na drugi na-in izvukao od takvih delatnosti. Ako je to tako, onda se podnosilac `albe ne mo`e braniti prinudom. Isto tako, ne mo`e se na ovaj na-in braniti ako se na bilo koji na-in svesno stavio u situaciju za koju je znao da }e dovesti do nezakonitog streljanja civila.

¹¹³ Prilikom prvog pojavljivanja pred sudom, podnosilac `albe je svom iskazu o krivici dodao slede}u izjavu: "Po{tovani sude, ja sam to morao da radim. Da sam odbio to da radim, ubili bi i mene sa tim ljudima. Kad sam odbio, rekli su mi: "Ako ti je `ao, stani i ti sa njima da i tebe ubijemo ... Da sam odbio to da radim i mene bi ubili'." Vidi Transkript, *Tu`ilac protiv Dra`ena Erdemovi}a*, Predmet br. IT-96-22-T, 31. maj 1996, str. 9.

¹¹⁴ Situaciju dodatno komplikuje i ~injenica da je Pretresno ve}e, nakon {to je podnosilac `albe izjavio da se ose}a krivim, odr`alo neku vrstu su|enja, to jest niz ro-i{ta na kojima su svedoci, a me|u njima i podnosilac `albe, svedo-ili, da bi potom Ve}e donelo Presudu. Me|utim, ova ro-i{ta ne mogu se smatrati su|enjem, i to iz dva razloga: (1) usledila su nakon pozitivnog iskaza o krivici, {to prema Pravilniku zna-i da se su|enje ne odr`ava; i (2) Pretresno ve}e nije tra`ilo da se krivica doka`e "van svake sumnje", {to je dokazni standard na koji optu`eni ima pravo ako postoji mogućnost da nije kriv.

Ako je, međutim, odgovor na ovo pitanje negativan, podnositelj žalbe ima pravo da se poziva na prinudu, i Pretnosno veće se onda mora uveriti u to da su u konkretnom slučaju ispunjeni drugi strogi uslovi koje postavlja međunarodno krivično pravo kod dokazivanja postojanja prinude, odnosno:

(i) da li je podnositelj žalbe postupao pod pretnjom neposredne, ozbiljne i nepopravljive štete po život ili telesni integritet svoj ili svoje porodice, kada je ubio oko 70 nenaoružanih Muslimana na farmi Branjevo kod Pilice u Bosni, 16. jula 1995;

(ii) da li podnositelj žalbe nije imao mogućnost da tu pretnju odvrati na drugi način osim streljanjem pomenutih civila;

(iii) da li je streljanje pomenutih civila bilo u srazmeri sa zlom koje je podnositelj žalbe pokušavao da izbegne. Kao što sam gore izneo, ovaj se uslov najčešće ne može ispuniti kod krivičnih dela pri kojima je došlo do ubijanja nevinih lica, pošto je nemoguće izvagati jedan život spram drugog. Međutim, Pretnosno veće treba da ustanovi, na osnovu procene dokaznog materijala, da li je podnositelj žalbe bio suočen sa izborom između odbijanja učesnika u ubijanju muslimanskih civila i vlastite smrti, ili između učesnika u ubijanju muslimanskih civila koje bi u svakom slučaju ubili drugi vojnici i vlastitog života koji bi mu u tom slučaju bio pošteđen. Ako Pretnosno veće zaključi da je ovo potonje tačno, onda se podnositelj žalbe uspešno odbranio pozivanjem na prinudu.

51. Pored toga, ako imamo u vidu, kao što je gore rečeno, da je vojnik utoliko skloniji da se povinuje prinudi ukoliko je njegov čin, Pretnosno veće treba pri odlučivanju o tome da li je podnositelj žalbe postupao pod prinudom da uzme u obzir i njegov vojni čin. Nadalje, Pretnosno veće treba da razmotri da li je podnositelj žalbe prvom prilikom priznao delo koje je počinio i prijavio ga nadležnim vlastima. Ako je tako postupio, njegova odbrana prinudom mogla bi dobiti na verodostojnosti.

Sastavljeno na engleskom i francuskom jeziku, pri čemu se engleski tekst smatra merodavnim.

/potpis na originalu/

Antonio Cassese

Dana 7. oktobra 1997.
u Hagu, Holandija

[Pe~at Suda]