

**UJEDINJENE
NACIJE**



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-T *bis*
Datum: 5. mart 1998.
Original: engleski

PRED PRETRESNIM VIJEĆEM

U sastavu: sudija Florence Ndepele Mwachande Mumba, Predsjedavajuća
sudija Mohamed Shahabuddeen
sudija Wang Tieya

Sekretar: gđa Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh

Presuda od: 5. marta 1998.

TUŽILAC

protiv

DRAŽENA ERDEMOVIĆA

IZDVOJENO MIŠLJENJE SUDIJE SHAHABUDEENA

Tužilaštvo:

g. Grant Niemann
g. Peter McCloskey

Obrana optuženog:

g. Jovan Babić
g. Nikola Kostić

Odlučio sam do u ovom predmetu iskoristim pravo dano sudiji Pretresnog vijeća članom 23, stav 2 Statuta Međunarodnog suda da presudi Pretresnog vijeća pridoda izdvojeno mišljenje.

Odluka Žalbenog vijeća sadrži važna pravna mišljenja o uporednoj težini zločina protiv čovječnosti i ratnog zločina u odnosu na istu radnju, kao i pitanje da li u međunarodnom pravu prinuda predstavlja potpunu odbranu od optužbe za ubijanje nedužnih osoba, uključujući i pribjegavanje opštepolutičkim obzirima u svrhu dobivanja odgovora na ovo drugo pitanje.

Ja sam se pokorno pridružio provođenju odluke Žalbenog vijeća na osnovu pravnih mišljenja koja su u njoj iznijeta. Naravno, to sam uradio kao član ovog Pretresnog vijeća. Međutim, prilikom ostvarivanja gorepomenutog prava - prava koje međunarodni sudije opšteuzevši imaju - moram takođe da navedem da želim da svoj individualni profesionalni stav (koji nije naveden u ovom dokumentu) sačuvam pred opasnošću donošenja zaključka da sam se pomirio sa tim pravnim mišljenjima time šta sam sada uzeo učešća u njihovoj primjeni.

Još bih dvije stvari trebao ukratko objasniti. One se tiču nekih praktičnih poteškoća koje sam iskusio pomažući u provođenju odluke Žalbenog vijeća.

Prva poteškoća je ova: kako shvatiti odluku Žalbenog vijeća u pogledu tačnog načina na koji ovo Pretresno vijeće treba ispuniti svoju obavezu da utvrdi da optuženi razumije optužnicu?

Druga poteškoća je ova: kako u ovom konkretnom predmetu primijeniti odluku Žalbenog vijeća u pogledu njezinog stava o uporednoj težini dvaju krivičnih djela u pitanju, imajući u vidu da ovo Pretresno vijeće ima, i da može imati, samo jednu kaznu na raspolaganju?

I. KAKO PRIMIJENITI ODLUKU ŽALBENOG VIJEĆA U POGLEDU DUŽNOSTI DA SE POTVRDI DA OPTUŽENI RAZUMIJE PRIRODU OPTUŽBI?

Šta se tiče prve poteškoće, Žalbeno vijeće smatralo je da potvrdno izjašnavanje o krivici koje je optuženi dao pred prvotnim Pretresnim vijećem po prvoj tački optužnice nije bilo informisano: on nije razumeo prirodu optužbi. Žalbeno vijeće je shodno tome naložilo da se optuženi ponovo izjasni o krivici.

Postavlja se pitanje interpretacije: Da bi se osiguralo da optuženi razumije prirodu optužbi, mora li ih ovo Pretresno vijeće pred kojim se predmet sada nalazi objasniti elemenat po elemenat? Ili, da li je dovoljno ako se Pretresno vijeće, bez gorespomenutih objašnjenja, uvjeri putem razumnih upita da optuženi razumije prirodu optužbi?

Sa ovim problemom susreo se već sudija Stephen. On je za vrijeme Žalbenog postupka upitao Tužilaštvo da li "u slučaju kada optuženog zastupa branilac, sud ima dužnost da detaljno navede sastavne dijelove tačaka optužnice kojima se on tereti". (Transkript žalbenog postupka, 26. maj 1997, str. 99). Nisam siguran da li je i koji stav zauzet po ovom pitanju u presudi Žalbenog vijeća.

*

Zato se okrećem Statutu Međunarodnog suda. Član 20, stav 1 propisuje da "vijeća moraju osigurati pravično suđenje ... uz puno poštovanje prava optuženog ..." Taj vodeći kriterijum odjekuje cijelim Statutom. Moraće se razraditi njegove posljedice za predmet koji razmatramo.

Član 20, stav 3 Statuta zahtijeva od Pretresnog vijeća da "pročita optužnicu i utvrdi da li su prava optuženog poštovana, da li optuženi razumije optužnicu i da ga uputi da se izjasni o krivici". Pravilo 62(ii) Pravilnika o postupku i dokazima donešenog na osnovu Statuta na isti način traži od Pretresnog vijeća "da se uvjeri da optuženi razumije optužnicu." Međutim, niti Statut niti Pravilnik ne idu u detalje o tome kako treba da se ispuni propisana obaveza da se "utvrdi da optuženi razumije optužnicu".

Član 21, stav 4(a) Statuta optuženome daje pravo "da ga se na jeziku koji razumije detaljno i blagovremeno obavijesti o prirodi i razlozima optužbi protiv njega". Ova odredbe usredotočuju se na pravo optuženoga da ga nadležne vlasti koje iznose optužbu obavijeste o razlogu zbog kog je optužen. Informacija se mora

odnositi kako na činjenice tako i na njihovu pravnu kvalifikaciju. Pretresno vijeće mora obezbijediti da se to pravo poštuje, kao jedno od prava dodijeljenih optuženome. Ali ova odredba nema svrhu da Pretresnom vijeću nametne obavezu da optuženoga obavijesti o pravnom biću krivičnog djela za koje se tereti. Ne čini se ni da takva dužnost proizlazi iz prakse povezane sa odgovarajućim formulacijama člana 6, stav 3(a) Evropske konvencije o ljudskim pravima ili člana 14, stav 3(a) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

U tim okolnostima, mišljenja sam da Statut ostavlja Međunarodnom sudu da odabere postupak koji je "pravičan" u svrhu omogućavanja da Vijeće "utvrdi da optuženi razumije optužnicu". Prema tome, na Žalbenom je vijeću bilo da kaže da taj postupak zahtijeva od ovog Pretresnog vijeća da optuženome objasni svaki elemenat optužbi. Međutim, čini se da Žalbena vijeće nije išlo tako daleko.

*

Pitanje kojom se točno metodom Žalbena vijeće treba uvjeriti da optuženi razumije optužnicu ostaje prema tome otvoreno. Kako odgovoriti na njega?

Želio bih predložiti odgovor koji, vjerujem, odražava ravnotežu suprotstavljenih pogleda. U nekim područjima *common law* može se naći materijal koji podržava stajalište da u fazi izjašnjavanja o krivici svako krivično djelo treba objasniti elemenat po elemenat. Međutim, to bi zahtijevalo opširno objašnjavanje, uključujući i potrebu da se uđe "u sva komplicirana advokatska pitanja", da iskoristim formulaciju iz jednog predmeta.¹ Pomnoženo sa brojem različitih krivičnih djela koja mogu biti sadržana u jednoj optužnici, to bi moglo rezultirati u omanjem predavanju. A dvojbeno je bi li se time unaprijedilo razumijevanje.

Dužnost je da se obezbijedi da optuženi razumije optužbu, a to nije nužno isto šta i dužnost da se objasni svaki elemenat optužbe: sudija se i bez toga može uvjeriti da optuženi razumije optužbu odgovarajućim ispitivanjem, kao šta je to slučaj u mnogim pravnim sistemima. Objašnjenje elemenata optužbe, ili relevantnih elemenata, daje se u slučajevima kada nešto u statusu ili stanju optuženoga (na primjer ako nema pravnog zastupnika) ili nešto u njegovim riječima prilikom izjašnjavanja o krivici ili neki drugi elemenat od kritične važnosti ili neki drugi posebni razlog upozori pretresnog sudiju na potrebu da se dâ takvo objašnjenje kako bi se obezbijedilo da optuženi razumije o čemu se izjašnjava.²

¹ *Reg. v. Blandford JJ, Ex parte G. (An Infant)*, [1967] 1 Q.B. 82, str. 87, Widgery J.

² *Vidi* predmet *Blandford, supra*, i osvrt na *Henderson v. Morgan*, 426 U.S. 637, u W.R. LaFave and Jerold H. Israel, *Criminal Procedure*, drugo izdanje (Minnesota, 1992), str. 934-937.

Razumije se, što je optužba ozbiljnija, to je i veća odgovornost pretresnog sudije. Primivši sve to na znanje, ipak još nisam uvjeren da izvršavanje te obaveze automatski zahtijeva raščlanjivanje krivičnog djela elemenat po elemenat. To bi bilo teško za sud a nepotrebno za zaštitu prava optuženog na pravično suđenje. Ne bih mogao da shvatim da je Žalbeno vijeće namjeravalo da postavi takav zahtjev.

Ostaje da se primijeti da nakon što se optuženi potvrdno izjasni o krivici, i nakon što se u odgovarajućoj fazi iznesu činjenice, ostaje na sudu da odbije prihvatiti izjašnjavanje o krivici ako se nije uvjerio da činjenice ostvaruju u potpunosti pravno biće krivičnog djela, ili ako objašnjenje koje ponudi optuženi u stvari osporava navode optužbe u odnosu na jedan ili više elemenata pravnog bića djela. Ali to je nešto sasvim različito nego reći da sud mora optuženome objasniti svaki detalj pravnog bića krivičnog djela prilikom izjašnjavanja o krivici. Elemenat za kojeg se smatra da je od posebnog značenja može se spomenuti; ali nema potrebe da se specificira svaki detalj. Paragraf 11 današnje presude pokazuje da ovo Pretresno vijeće nije svoje funkcije shvatilo na tako detaljan način, po mom mišljenju s pravom.

II. KAKO SPROVESTI ODLUKU ŽALBENOG VIJEĆA PO PITANJU UPOREDNE TEŽINE KRIVIČNIH DJELA?

Šta se tiče druge poteškoće, ovdje je problem kako sprovesti odluku Žalbenog vijeća o uporednoj težini dvaju krivičnih djela prilikom izricanje kazne. Problem se ovako postavio:

Protiv optuženog je podignuta optužnica po dvije tačke, prva za krivično djelo zločina protiv čovječnosti, druga za krivično djelo ratnog zločina. Optuženi se pred prvotnim Pretresnim vijećem izjasnio krivim po prvoj tački. Žalbeno vijeće bilo je mišljenja da je optužba za zločin protiv čovječnosti teža od optužbe za ratni zločin i zaključilo je da to nije bilo objašnjeno optuženome. Shodno tome, izjašnjavanje o krivici nije bilo informisano.

Prilikom izjašnjavanja o krivici Predsjedavajući sudija ovog Pretresnog vijeća je upozorio optuženog na razliku u težini koju je potvrdilo Žalbeno vijeće. A i Pretresno vijeće moralo je da to isto ima na umu prilikom odlučivanja o kazni. Ali meni nije bilo lako sprovesti odluku Žalbenog vijeća po tom pitanju.

Ja tumačim odluku Žalbenog vijeća tako da znači da kazna koja se sada izriče za krivično djelo ratnog zločina mora biti lakša od kazne koja je mogla biti izrečena za to isto djelo kvalificirano kao zločin protiv čovječnosti. Kako da se to uradi?

*

Režim kazni ustanovljen u Statutu i na osnovu Statuta Međunarodnog suda ne pravi razliku u kazni između ova dva krivična djela. Prema tome, ako jedna kazna treba da bude lakša od druge, mora da postoji neki drugi metod utvrđivanja kriterijuma na osnovu kojeg se onda može napraviti razumna usporedba.

Ali nužno potrebnii kriterijum na osnovu kojeg se može napraviti razumna usporedba ne postoji. Ovo nije predmet u kojem je optuženi proglašen krivim po obje tačke, pa da kazna za zločin protiv čovječnosti može poslužiti kao poznata referentna tačka. Budući da su tačke alternativne, osuda se može donijeti samo po jednoj od njih, a ne po obje. U tom smislu optužnica u stvari sadrži samo jedno krivično djelo. Pored toga, osuda za ratni zločin sama po sebi ne znači da je tim djelom ostvareno i pravno biće krivičnog djela zločina protiv čovječnosti.

Prema tome, ako sam dobro razumio odluku Žalbenog vijeća, stajalište tamo sadržano prema kojem sadašnja kazna treba da bude niža od nečeg drugog postavlja praktično pitanje: niža od čega? Dajući svoju podršku današnjoj presudi, ne mogu da kažem da to činim na osnovu toga šta sam mogao pronaći zadovoljavajući odgovor na to pitanje.

*

Međutim, ako pretpostavimo da gornji problem može da se riješi, postavlja se supsidijarni problem sprovođenja. Kako da se u praksi odmjeri razlika između kazni imajući u vidu činjenice u ovom predmetu?

Paragraf 12 optužnice navodi da je optuženi zajedno sa drugim vojnicima učestvovao u ubijanju iz vatrenog oružja "stotina" nenaoružanih civila; prema svojoj vlastitoj tvrdnji on je sâm ubio njih 70. Paragraf 16 optužnice navodi ova djela kao "zločine protiv čovječnosti ... (ubistvo) ...", i, "alternativno", kao "kršenje zakona i običaja ratovanja ... (ubistvo) ...". U svakom slučaju to je jedno te isto "ubistvo".

Ubistvo nije samo po sebi dovoljan osnov iz kog se može izvesti prava mjera kazne primjenjive u bilo kojem od ova dva slučaja, ali predstavlja jedan važan faktor u izračunavanju kazne. U slučaju kad je ubistvo počinjeno kao ratni zločin, može se pretpostaviti da će, u nedostatku olakšavajućih okolnosti, presuda normalno imati za posljedicu maksimalnu kaznu koja Pretresnom vijeću stoji na raspolaganju za takav zločin. Ali budući da je to isti maksimum koji se primjenjuje kad je ubistvo počinjeno kao zločin protiv čovječnosti, mišljenje Žalbenog vijeća značilo bi da je, čak i bez bilo kakvih olakšavajućih okolnosti, ovo Pretresno vijeće pravom obavezno izreći kaznu manju od maksimuma kad je isto ubistvo počinjeno kao ratni zločin. Osim šta je teško shvatiti kako bi to bilo ispravno, ja ne vidim, na osnovu činjenica, neki racionalni osnov za ocjenu kakva bi trebalo da bude razlika u kaznama.

Pretresno vijeće nastojalo je uzeti u obzir mišljenje Žalbenog vijeća iz koga proizlazi da današnja kazna mora da bude manja od kazne za isto djelo kvalificirano kao zločin protiv čovječnosti. Danas izrečena kazna je u stvari mnogo manja od one koja je ranije bila izrečena za zločin protiv čovječnosti, i to iz više razloga; ali ja sâm ne mogu sa sigurnošću da kažem u kojoj mjeri ti razlozi odražavaju gorepomenuto mišljenje.

Sastavljeno na engleskom i francuskom, s tim da se engleski tekst smatra mjerodavnim.

/potpis na originalu/
Mohamed Shahabuddeen

Dana 5. marta 1998.
U Hagu, Holandija

[pečat Međunarodnog suda]