

**UJEDINJENE
NACIJE**



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

Predmet br. IT-95-14/1-A

Datum: 24. mart 2000.

Original: ENGLESKI

PRED ŽALBENIM VIJEĆEM

U sastavu: predsjedavajući sudija Richard May
sudija Florence Ndpele Mwachande Mumba
sudija David Hunt
sudija Wang Tieya
sudija Patrick Robinson

Sekretar: gđa Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh

Presuda od: 24. marta 2000.

TUŽILAC

protiv

ZLATKA ALEKSOVSKOG

PRESUDA

Tužilaštvo:

g. Upawansa Yapa
g. William Fenrick
g. Norman Farrell

Pravni zastupnik žalioca:

g. Srđan Joka za Zlatka Aleksovskog

SADRŽAJ

I. Uvod	3
A. Historijat postupka	3
1. Žalba	4
(a) Podnesci	4
(b) Osnove žalbe	4
2. Protivžalba	5
3. Traženi pravni lijekovi	6
(a) Žalba na presudu	6
(b) Protivžalba	6
II. Prva osnova žalbe žalioca: nedostatak neophodne <i>mens rea</i>	8
A. Podnesci strana	8
1. Podnesak žalioca	8
2. Odgovor Tužilaštva	9
3. Replika žalioca	9
B. Diskusija	10
C. Zaključak	15
III. Druga osnova žalbe žalioca: težina kršenja i odbrana nuždom	16
A. Težina krivičnog djela	16
1. Podnesci strana	16
(a) Podnesak žalioca	16
(b) Odgovor Tužilaštva	16
(c) Usmene tvrdnje žalioca	17
2. Diskusija	17
3. Zaključak	20
B. Odbrana nuždom	20
1. Podnesci strana	20
(a) Podnesak žalioca	20
(b) Odgovor Tužilaštva	20
(c) Replika žalioca	21
(d) Dodatni argumenti žalioca	22
(e) Dodatni i daljnji dodatni argumenti Tužilaštva	23
2. Diskusija	24
3. Zaključak	25
IV. Treća osnova žalbe žalioca: standard dokaza van razumne sumnje nije pravilno primijenjen	26
A. Podnesci strana	26
1. Podnesak žalioca	26
2. Odgovor Tužilaštva	26
B. Diskusija	27
C. Zaključak	28
V. Četvrta osnova žalbe žalioca: pretresno vijeće pogriješilo je u primjeni člana 7(3) statuta na činjenice u ovom predmetu	29
A. Podnesci strana	29
1. Podnesak žalioca	29
2. Odgovor Tužilaštva	29
3. Replika žalioca	30
B. Diskusija	30
C. Zaključak	32
VI. Prva osnova protivžalbe Tužilaštva: međunarodni karakter sukoba i “zaštićene osobe”	33

A. Podnesci strana.....	33
1. Podnesak protivžalioca	33
2. Odgovor žalioca	34
3. Replika protivžalioca	35
4. Dodatni argumenti Tužilaštva.....	36
5. Dodatni argumenti žalioca	36
B. Diskusija.....	37
1. Da li je žalbeno vijeće dužno slijediti svoje ranije odluke.....	38
2. Da li su odluke Žalbenog vijeća obavezujuće za pretresna vijeća.....	44
3. Da li su odluke pretresnih vijeća obavezujuće za druga pretresna vijeća?	45
4. Osnova žalbe	45
(a) Kriteriji za utvrđivanje međunarodnog karaktera oružanog sukoba	46
(i) Koje je pravo mjerodavno za ovo pitanje?.....	47
(ii) Ako je test “globalne kontrole” mjerodavno pravo, da li ga je Pretresno vijeće propustilo primijeniti?	51
(b) Kriteriji za utvrđivanje da li su žrtve bosanski Muslimani bili zaštićene osobe prema članu 4 Četvrte ženevske konvencije	54
(c) Zahtjev Tužilaštva da se preinači oslobađajuća presuda po tačkama 8 i 9	55
C. Zaključak.....	56
VII. Druga osnova protivžalbe Tužilaštva: odgovornost za zlostavljanje zatvorenika izvan zatvora	57
A. Podnesci strana.....	57
1. Podnesak protivžalioca	57
2. Odgovor žalioca	58
3. Replika protivžalioca	59
B. Diskusija.....	59
C. Zaključak.....	65
VIII. Treća osnova protivžalbe Tužilaštva: pogrešno odmjerena kazna.....	66
A. Kontekst	66
B. Podnesci strana.....	68
C. Usmena rasprava	69
D. Diskusija.....	69
E. Zaključak	73
IX. Dispozitiv.....	74
X. Izjava sudije Hunta.....	75
DODATAK.....	78

Žalbeno vijeće Međunarodnog suda za krivično gonjenje osoba odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriju bivše Jugoslavije od 1991. godine (u daljem tekstu: Međunarodni sud ili Sud) rješava dvije žalbe na pismenu Presudu koju je donijelo Pretresno vijeće I *bis* (u daljem tekstu: Pretresno vijeće) dana 25. juna 1999. u predmetu *Tužilac protiv Zlatka Aleksovskog*, predmet br. IT-95-14/1-T (u daljem tekstu: Presuda u predmetu *Aleksovski* ili Presuda).¹

Razmotrivši podneske i usmene argumente objiju strana, Žalbeno vijeće

OVIME DONOSI SVOJU PRESUDU.

¹ Presuda, *Tužilac protiv Zlatka Aleksovskog*, predmet br. IT-95-14/1-T, Pretresno vijeće, 25. juni 1999. (za popis oznaka i kratica korištenih u ovoj Presudi *vidi* Dodatak.)

I. UVOD

A. Historijat postupka

1. Optužnica u tri tačke tereti optuženog Zlatka Aleksovskog za krivična djela iz nadležnosti Međunarodnog suda. U tački 8 optužnice optuženi se tereti za teško kršenje priznato članovima 2(b) (nečovječno postupanje), 7(1) i 7(3) Statuta Međunarodnog suda (u daljem tekstu: Statut). U tački 9 optužnice optuženi se tereti za tešku povredu priznatu članovima 2(c) (hotimično nanošenje teške patnje ili teške zdravstvene ili tjelesne ozljede), 7(1) i 7(3) Statuta. U tački 10 optužnice optuženi se tereti za kršenje ratnog prava i običaja (oskvrnuća ličnog dostojanstva) priznato članovima 3, 7(1) i 7(3) Statuta.

2. Na svom prvom pojavljivanju pred Pretresnim vijećem I² dana 29. aprila 1997. optuženi se po svim tačkama izjasnio da nije kriv. Pretresno vijeće izreklo je usmenu presudu 7. maja 1999. kojom je optuženog proglasilo krivim po tački 10, a oslobodilo po tačkama 8 i 9. Pretresno vijeće donijelo je pismenu presudu 25. juna 1999.

3. I Zlatko Aleksovski (u daljem tekstu: žalilac ili odbrana) i tužilac (u daljem tekstu: optužba ili protivžalilac) sada se žale na različite aspekte Presude u predmetu *Aleksovski* (u daljem tekstu: Žalba na presudu i Protivžalba, tim redom).³ Ove dvije žalbe zajedno u daljem tekstu nazivaju se žalbe.

4. Žalbeno vijeće saslušalo je usmene argumente o žalbama 9. februara 2000. Istoga dana Žalbeno vijeće odbacilo je sve žaliočeve osnove za žalbu, ostavilo za kasnije donošenje odluke o dvije osnove za žalbu optužbe i usvojilo tužiočevu žalbu na kaznu.⁴ Žalioac je zadržan u pritvoru do donošenja pismene presude Žalbenog vijeća.⁵

² Predsjednik Međunarodnog suda ovaj predmet je 20. novembra 1997. dodijelio je Pretresnom vijeću I *bis*: Nalog predsjednika, predmet br. IT-95-14/1-T, 20. novembar 1997.

³ U ovom postupku Zlatko Aleksovski je i žalilac i protivrespondent. U skladu s tim, tužilac je respondent i protivžalilac. Međutim, da bi stvari bile jasnije, u ovoj Presudi koristit će se oznake "odbrana" ili "žalilac" i "optužba" ili "protivžalilac".

⁴ Transkript rasprave u *Tužilac protiv Zlatka Aleksovskog*, predmet br. IT-95-14/1-A, 9. februar 2000., str. 85 (T. 85). (Osim ukoliko nije drugačije naznačeno, svi brojevi stranica transkripta u ovoj Presudi odnose se na neslužbenu neprečišćenu verziju engleskog transkripta. Mogu dakle postojati manje razlike između te paginacije i konačnog engleskog transkripta objavljenog javnosti.)

⁵ Nalog za pritvor, predmet br. IT-95-14/1-A, 9. februar 2000. T. 85-86.

1. Žalba

(a) Podnesci

5. Obavijest o žalbi na Presudu u predmetu *Aleksovski* podnijeta je u ime Zlatka Aleksovskog 17. maja 1999.

6. Nakon naloga za promjenu rokova za dostavljanje podnesaka,⁶ žalilac je podnio svoj žalbeni podnesak protiv Presude u predmetu *Aleksovski* (u daljem tekstu: podnesak žalioaca) 24. septembra 1999.⁷ Optužba je odgovorila na žaliočev žalbeni podnesak (u daljem tekstu: odgovor optužbe) 25. oktobra 1999.⁸ Žalilac je svoju repliku na odgovor optužbe (u daljem tekstu: replika žalioaca) podnio 10. novembra 1999.⁹

7. Nakon naloga kojim se od obiju strana tražila dostava dodatnih podnesaka,¹⁰ žalilac je podnio svoje dodatne argumente o doktrini *stare decisis* i odbrani nuždom (u daljem tekstu: dodatni argumenti žalioaca) 11. januara 2000.¹¹ Dodatni argumenti optužbe (u daljem tekstu: dodatni argumenti optužbe) podneseni su istog dana.¹² Žalbeno vijeće odobrilo je zahtjev optužbe da podnese odgovor na dodatne argumente žalioaca.¹³ Optužba je odgovorila 31. januara 2000.¹⁴

(b) Osnove žalbe

8. Žaliočeve osnove za žalbu nisu izrijekom navedene u podnesku žalioaca. Na usmenoj raspravi 9. februara 2000. Žalbeno vijeće zatražilo je od žalioaca da kaže da li je Žalbeno vijeće ispravno protumačilo osnove za žalbu.¹⁵ Žaliočeve osnove za žalbu su protumačene kako slijedi:

⁶ Nalog o rasporedu, predmet br. IT-95-14/1-A, 30. juli 1999.

⁷ Žalbeni podnesak Zlatka Aleksovskog protiv onog dijela Presude od 25. juna 1999. u kojem se oglašava krivim, predmet br. IT-95-14/1-A, 24. septembar 1999.

⁸ Podnesak Tužilaštva kao respondenta, predmet br. IT-95-14/1-A, 25. oktobar 1999.

⁹ Podnesak žalioaca kao replika na podnesak Tužilaštva kao respondenta, predmet br. IT-95-14/1-A, 10. novembar 1999.

¹⁰ Nalog o rasporedu, predmet br. IT-95-14/1-A, 8. decembar 1999.

¹¹ Dodatni argumenti žalioaca o doktrini *stare decisis* i odbrani "nuždom", predmet br. IT-95-14/1-A, 11. januar 2000.

¹² Odgovor optužbe na Nalog o rasporedu od 8. decembra 2000., predmet br. IT-95-14/1-A, 11. januar 2000.

¹³ Nalog o rasporedu, predmet br. IT-95-14/1-A, 24. januar 2000.

¹⁴ Odgovor optužbe na dodatne argumente Zlatka Aleksovskog o odbrani 'krajnjom nuždom', predmet br. IT-95-14/1-A, 31. januar 2000. (u daljem tekstu: daljnji dodatni argumenti optužbe).

¹⁵ T. 2-4.

(i) osnova 1: Pretresno vijeće nije uspjelo ustanoviti da je optuženi imao diskriminatornu namjeru koja je, kako se tvrdi, nužna da bi ga se proglasilo krivim za krivična djela iz člana 3 Statuta.¹⁶

(ii) osnova 2: ponašanje koje je dokazano žalioцу, osobito nasilje nad zatočenicima, nije bilo dovoljno teško da bi opravdalo proglašenje krivim po članu 3, a žalioćevo ponašanje moglo je biti opravdano nuždom koju Pretresno vijeće nije uzelo u obzir.¹⁷

(iii) osnova 3: Pretresno vijeće pogriješilo je kad se oslonilo na svjedočenja koja su bila inherentno nepouzdana i nisu zadovoljila standard dokaza van razumne sumnje.¹⁸

(iv) osnova 4: Pretresno vijeće pogriješilo je u svom nalazu da je žalilac bio na položaju s odgovornosti nadređenog po članu 7(3) Statuta.¹⁹

2. Protivžalba

9. Tužilaštvo je 19. maja 1999. podnijelo obavijest o žalbi na Presudu u predmetu *Aleksovski*, a 24. septembra 1999. svoj žalbeni podnesak (u daljem tekstu: žalbeni podnesak protivžalioca).²⁰ Žalilac je odgovorio na podnesak protivžalioca (u daljem tekstu: odgovor žalioca) 25. oktobra 1999.²¹ Protivžalilac je podnio svoju repliku na odgovor žalioca (u daljem tekstu: replika protivžalioca) 10. novembra 1999.²²

10. Osnove žalbe optužbe navedene su u podnesku protivžalioca. Osnove žalbe su sljedeće:

(i) osnova 1: Pretresno vijeće pogriješilo je odlučivši da se član 2 Statuta ne može primijeniti jer nije bilo utvrđeno da su bosanski Muslimani držani u zatvoru Kaonik

¹⁶ T. 3; podnesak žalioca, para. 1-6 i 10-11.

¹⁷ T. 3; podnesak žalioca, para. 3, 7 i 9.

¹⁸ T. 3; podnesak žalioca, para. 6 i 9.

¹⁹ T. 3-4; podnesak žalioca, para. 12-22.

²⁰ Žalbeni podnesak optužbe, predmet br. IT-95-14/1-A, 24. septembar 1999.

²¹ Podnesak žalioca kao odgovor na žalbeni podnesak optužbe, predmet br. IT-95-14/1-A, 25. oktobar 1999.

²² Podnesak u repliku optužbe, predmet br. IT-95-14/1-A, 10. novembar 1999.

između januara 1993. i kraja maja 1993. bili zaštićene osobe u smislu člana 4 Ženevske konvencije IV.²³

(ii) osnova 2: Pretresno vijeće pogriješilo je zaključivši da branjenik ne snosi odgovornost po članu 7(1) Statuta za zlostavljanje kojem su zatočenici bili izloženi dok su boravili izvan zatvora Kaonik.²⁴

(iii) osnova 3: Pretresno vijeće pogriješilo je osudivši Aleksovskog na dvije i pol godine zatvora.²⁵

3. Traženi pravni lijekovi

(a) Žalba na presudu

11. Žalilac traži sljedeći pravni lijek u vezi sa svojim gorespomenutim osnovama žalbe:

(i) preinačenje proglašenja krivim po tački 10 zbog toga što nije ustanovljena neophodna *mens rea*.

(ii) preinačenje proglašenja krivim po tački 10 zbog toga što nije ustanovljen nepohodni *actus reus*.

(iii) preinačenje proglašenja krivim po tački 10 zbog toga što nije pravilno primijenjen standard dokaza van razumne sumnje.

(iv) preinačenje proglašenja krivim po tački 10 zbog toga što nije ustanovljena odgovornost Zlatka Aleksovskog kao zapovjednika.

(b) Protivžalba

12. Tužilaštvo traži sljedeći pravni lijek u vezi sa svojim gorespomenutim osnovama za žalbu:

(i) Preinačenje oslobađajuće presude po tačkama 8 i 9 i njihova zamjena sa proglašenjem krivice.²⁶

²³ Podnesak protivžalioca, para. 1.8 i 2.11.

²⁴ *Ibid.*, para. 1.8 i 3.6.

²⁵ *Ibid.*, para. 1.8 i 4.6.

²⁶ Podnesak protivžalioca, para. 2.78.

(ii) Preinačenje nalaza u vezi sa tačkom 10 da žalilac nije kriv za zlostavljanje zatvorenika izvan zatvora Kaonik (osim njihovog korištenja za kopanje rovova i žive štitove) i njegova zamjena sa proglašenjem krivice. Nadalje, u slučaju da bude usvojena prva osnova žalbe protivžalioca, preinačenje nalaza u vezi sa ovim elementom tačaka 8 i 9 i njegova zamjena sa proglašenjem krivice na osnovu tog elementa po svakoj od spomenutih tačaka.²⁷

(iii) Izmjenu izrečene kazne na kaznu od najmanje sedam godina.²⁸

²⁷ *Ibid.*, para. 3.45.

²⁸ *Ibid.*, para. 4.59-4.60.

II. PRVA OSNOVA ŽALBE ŽALIOCA: NEDOSTATAK NEOPHODNE *MENS REA*

A. Podnesci strana

1. Podnesak žalioca

13. Žalilac tvrdi²⁹ da, budući da se član 3 Statuta bavi samo izuzetno teškim zločinima, od počinioca krivičnih djela iz člana 3 “očito se očekuje da pokaže ... diskriminatorno ponašanje”.³⁰ Žalilac je protumačio da se presudom Pretresnog vijeća prihvaća da član 3 Statuta traži diskriminatornu namjeru, ali kaže da Pretresno vijeće nije identificiralo činjenice koje pokazuju postojanje te diskriminatorne namjere.³¹ Žalilac dalje općenito tvrdi da je motivacija počinioca kritični element krivične odgovornosti po članu 3 i da počinilac mora biti “motiviran prezirom prema dostojanstvu druge osobe u rasnom, vjerskom, društvenom, spolnom ili drugom diskriminatornom smislu”.³² Žalilac tvrdi da je Pretresno vijeće, bez obzira na to što tužilac nije uspio dokazati element diskriminatorne namjere, zaključilo da je krivična odgovornost žalioca dokazana.³³ Pretresno vijeće se ponašalo nedosljedno kad je zaključilo da neke od žaliočevih radnji nisu bile motivirane diskriminacijom, a onda ga ipak proglasilo krivim po članu 3, koji pretpostavlja postojanje diskriminatorne namjere.³⁴

14. Konfuzija koja na prvi pogled vlada u ovim tvrdnjama riješena je na usmenoj raspravi gdje je žalilac prihvatio sažetak koji je predložio predsjedavajući sudija, da ovu osnovu predstavlja tvrdnja “da Pretresno vijeće nije ustanovilo da je optuženi imao diskriminatornu namjeru za koju vi kažete da je neophodna da bi ga se proglasilo krivim za krivična djela po članu 3 Statuta.”³⁵

²⁹ *Vidi* podnesak žalioca i tvrdnje usmeno izrečene pred Žalbenim vijećem na raspravi 9. februara 2000.

³⁰ Podnesak žalioca, para. 2-3.

³¹ *Ibid.*, para. 6 i 10.

³² *Ibid.*, para. 4.

³³ *Ibid.*, para. 5 i 10.

³⁴ *Ibid.*, para. 11.

³⁵ T. 3.

2. Odgovor Tužilaštva

15. Optužba je podnesak žalioca protumačila tako da se u njemu tvrdi da je Pretresno vijeće napravilo činjeničnu pogrešku, u kom slučaju bi on trebao pokazati da su zaključci Pretresnog vijeća o *mens rea* nerazumni.³⁶ Iako žalilac izražava slaganje sa nalazima Pretresnog vijeća o elementima člana 3 Statuta, elementi *mens rea* citirani u njegovom podnesku ne odgovaraju tim nalazima.³⁷ Čini se da žalilac takođe tvrdi da je došlo i do pogrešne primjene prava time što Pretresno vijeće nije zahtijevalo dokaz diskriminatorne namjere žalioca.³⁸ To što je Pretresno vijeće spomenulo diskriminaciju ne znači i da je ono smatralo da je diskriminacija nužni uslov: to su tek dokazi relevantni za utvrđivanje da li je ustanovljena *mens rea*.³⁹ Ti dokazi uglavnom su korišteni prilikom odmjeravanja kazne.⁴⁰ U međunarodnom pravu dokaz diskriminatorne namjere nije neophodan za povrede ličnog dostojanstva.⁴¹ U Presudi u predmetu *Furundžija*⁴² ni na jednom mjestu se ne sugerira da relevantni element stanja svijesti zahtijeva dokaz diskriminatorne namjere.⁴³ Tužilaštvo tvrdi da je Pretresno vijeće ispravno smatralo da element *mens rea* za povrede ličnog dostojanstva ne traži dokaz o postojanju diskriminatorne namjere.⁴⁴

3. Replika žalioca

16. Žalilac odgovara da je Tužilaštvo pogrešno protumačilo njegove argumente, možda zbog različitih pravnih sistema iz kojih dolaze.⁴⁵ Žalilac tvrdi da je diskriminatorna namjera potrebni motiv (a to nije isto što i *mens rea*), te da nije bilo nikakvog dokaza da je žalilac imao diskriminatorni stav. U građanskom pravu ne

³⁶ Odgovor optužbe, para. 2.3.

³⁷ *Ibid.*, para. 2.4-2.5.

³⁸ *Ibid.*, para. 2.6.

³⁹ *Ibid.*, para. 2.11 i 2.18.

⁴⁰ *Ibid.*, para. 2.12.

⁴¹ Optužba primjećuje da žalilac nije citirao niti jedan pravni izvor da bi potkrepio suprotnu tvrdnju. (*Ibid.*, para. 2.14). Tekst zajedničkog člana 3 Ženevskih konvencija ne govori o elementu svijesti člana 3(1)(c). Diskriminatorna namjera može biti dokaz o nečovječnom postupanju, ali ona nije nužna (*ibid.*, para. 2.18). Uslov diskriminatorne namjere ne podržavaju niti tekst zajedničkog člana 3 niti Dopunski protokol I, član 75(2)(b) i Dopunski protokol II, član 4(2)(e) (*ibid.*, para. 2.19), kao ni međunarodno običajno pravo. U članu 4(e) Statuta Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu (u daljem tekstu: MKSR) i u članu 8(2)(c)(ii) Statuta stalnog Međunarodnog krivičnog suda (u daljem tekstu: Statut MKS-a) nigdje se ne sugerira da je potrebno postojanje diskriminatorne namjere (*ibid.*, para. 2.20-2.22).

⁴² Presuda, *Tužilac protiv Ante Furundžije*, predmet br. IT-95-17/1-T, Pretresno vijeće, 10. decembar 1998., para. 183 (u daljem tekstu: Presuda u predmetu *Furundžija*).

⁴³ Odgovor optužbe, para. 2.23.

⁴⁴ *Ibid.*, para. 2.24.

⁴⁵ Replika žalioca, str. 5.

mogu se ustanoviti elementi krivičnog djela za koje se optuženi tereti time da se samo dokaže da počinitelj želi počiniti krivično djelo, nego se mora dokazati i da je on voljan prihvatiti posljedice *actus reus*. Žalilac tvrdi da se takav pristup nalazi u članu 30 Statuta MKS-a.⁴⁶

B. Diskusija

17. Žalbeno vijeće ne prihvaća tvrdnju žalioaca da je Pretresno vijeće zaključilo da je diskriminatorna namjera neophodni element krivičnih djela iz člana 3 Statuta. Pretresno vijeće je spomenulo namjeru da se diskriminira, na što se oslanja žalilac,⁴⁷ u kontekstu razmatranja da li su loši uvjeti zatočenja bili rezultat ponašanja za koje se žalilac može smatrati odgovornim ili su pak bili rezultat okolnosti van žaliočeve kontrole.

18. Prema shvaćanju Žalbenog vijeća, glavni odlomak na koji se oslanja žalilac⁴⁸ kad se čita unutar konteksta, znači da prilikom utvrđivanja prisutnosti *mens rea* krivičnog djela povrede ličnog dostojanstva po članu 3 valja razmotriti da li je dokazano da su loši uslovi zatočenja rezultat smišljene namjere, nemara, propusta da se djeluje ili namjerne diskriminacije osobe odgovorne za zatočenje. Pretresno vijeće nije reklo da je diskriminatorna namjera suštinski element krivičnog djela povrede ličnog dostojanstva ili općenito krivičnih djela iz člana 3. Pretresno vijeće je ranije u presudi izričito navelo “elemente povrede ličnog dostojanstva u smislu člana 3 Statuta”.⁴⁹ Pretresno vijeće zaključilo je da je *mens rea* tog krivičnog djela “namjera da se žrtva ponizi ili izvrgne ruglu” i nije spominjalo diskriminaciju.⁵⁰ Nema dakle osnova za tvrdnju da je Pretresno vijeće zaključilo da je diskriminatorna namjera neophodan element krivičnog djela povrede ličnog dostojanstva.

19. Pravni zastupnik žalioaca iznio je jednu općenitiju tvrdnju da je suštinski element krivičnih djela iz člana 3 Statuta to da je počinitelj “motiviran prezirom prema dostojanstvu druge osobe u rasnom, vjerskom, društvenom, spolnom ili drugom diskriminatornom smislu”.⁵¹ Međutim, on nije naveo niti jedan pravni izvor u podršku te konkretne formulacije ili općenito postojanja uslova diskriminatorne

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Presuda u predmetu *Aleksovski*, para. 214, 215 i 218.

⁴⁸ *Ibid.*, para. 214.

⁴⁹ *Ibid.*, para. 55. *Vidi takođe* para. 56.

⁵⁰ *Ibid.*, para. 56.

namjere ili “motiva” za ratne zločine u međunarodnom pravu. Jedini pravni temelj koji se može razaznati a koji je naveden u podršku toj tvrdnji je da, zbog izuzetne težine krivičnih djela koja spadaju u član 3 Statuta, ne može svaki napad na fizički integritet i lično dostojanstvo biti zločinački pa samo dokaz diskriminatorne namjere prilikom počinjenja tih djela može pokazati da su ona odgovarajuće težine.⁵²

20. Argument žalioca je neosnovan. Ništa u inače nesumnjivo teškom karakteru krivičnih djela koja spadaju u član 3 Statuta, niti u Statutu općenito, ne navodi na zaključak da su ta krivična djela kažnjiva samo ako su počinjena sa diskriminatornom namjerom. Opće uslove koji moraju biti ispunjeni za krivično gonjenje djela iz člana 3 Žalbeno vijeće već je jasno identificiralo u Odluci o nadležnosti u predmetu *Tadić*,⁵³ i među njima se ne nalazi uslov dokazivanja diskriminatorne namjere ili motiva. Žalbeno vijeće tamo je prihvatilo da relevantno kršenje međunarodnog humanitarnog prava mora biti “teško” u smislu da “mora predstavljati kršenje pravila kojim se štite važne vrijednosti i da kršenje mora imati teške posljedice za žrtvu”.⁵⁴ To ni na koji način ne povlači uslov da kršenje mora biti počinjeno sa diskriminatornom namjerom.

21. Međunarodni instrumenti ne pružaju nikakvu osnovu za tvrdnju o nužnosti uslova diskriminatorne namjere za kršenja ratnog prava i običaja spomenutih u članu 3. Krivična djela koja su kažnjiva po članu 3 obuhvaćaju sva kršenja međunarodnog humanitarnog prava osim onih označenih kao “teške povrede” Ženevskih konvencija koja spadaju u član 2 Statuta ili krivičnih djela koja spadaju pod članove 4 i 5 Statuta.⁵⁵ U odredbama glavnih instrumenata obuhvaćenih članom 3 Statuta,⁵⁶ kao što su Četvrta haška konvencija iz 1907. i njezin Pravilnik⁵⁷ i Ženevske konvencije iz 1949.,⁵⁸ nema ničega što bi sugeriralo da kršenja moraju biti praćena diskriminatornom namjerom.

⁵¹ Podnesak žalioca, para. 4.

⁵² *Ibid.*, para. 2-4.

⁵³ Odluka po interlokutornoj žalbi odbrane na nadležnost Suda, *Tužilac protiv Duška Tadića*, predmet br. IT-94-1-AR72, Žalbeno vijeće, 2. oktobar 1995. (u daljem tekstu: Odluka o nadležnosti u predmetu *Tadić*), para. 94.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*, para. 87.

⁵⁶ *Ibid.*, para. 89.

⁵⁷ Haška konvencija IV iz 1907. o poštovanju prava i običaja rata na kopnu i dodatni propisi o poštovanju prava i običaja rata na kopnu.

⁵⁸ Ženevska konvencija I iz 1949. za poboljšanje položaja ranjenika i bolesnika u oružanim snagama u ratu; Ženevska konvencija II iz 1949. za poboljšanje položaja ranjenika, bolesnika i brodolomnika

22. Specifično krivično djelo povrede ličnog dostojanstva nalazi se u zajedničkom članu 3(1)(c) Ženevskih konvencija, članu 75(2)(b) Dopunskog protokola I⁵⁹ i članu 4(2)(e) Dopunskog protokola II.⁶⁰ Član 3(1)(c)⁶¹ zabranjuje “povredu ljudskog dostojanstva, ili tačnije, ponižavajuće i degradirajuće postupanje”. Ništa u formulaciji ili svrsi ove odredbe, ili bilo koje odredbe Dopunskih protokola, ne nagovještava da je krivično djelo povrede ličnog dostojanstva počinjeno samo ako se dokaže diskriminatorna namjera. Djelima zabranjenim podstavom (1) zajedničkog člana 3 prethode sljedeće riječi:

S osobama koje aktivno ne učestvuju u neprijateljstvima, uključujući pripadnike oružanih snaga koji su položili oružje i one koji su postali *hors de combat* zbog bolesti, rana, zatočenja ili bilo kojeg drugog uzroka, mora se u svim okolnostima postupati humano, bez ikakvog nepovoljnog razlikovanja utemeljenog na rasi, boji kože, vjeri ili vjeroispovijesti, spolu, rođenju ili imovinskom stanju, ili bilo kojem drugom sličnom kriteriju.

Riječi sadržane u zajedničkom članu 3(1)(c) -- “bez ikakvog nepovoljnog razlikovanja utemeljenog na rasi, boji kože, vjeri ili vjeroispovijesti, spolu, rođenju ili imovinskom stanju, ili bilo kojem drugom sličnom kriteriju” -- ne modificiraju imperativ humanog postupanja sa svim osobama koje aktivno ne učestvuju u neprijateljstvima, a svakako ne ograničavaju djela zabranjena tim članom na djela počinjena sa diskriminatornom motivacijom. Ovakvo tumačenje tog člana potvrđuju i komentari Ženevskih konvencija Međunarodnog komiteta crvenog križa. Kad je riječ o zajedničkom članu 3, Komentar Četvrte ženevske konvencije⁶² primjećuje široku formulaciju člana 3 i jasno daje do znanja da namjera formulacije “bez nepovoljnog razlikovanja” nije bila da se član 3 ograniči na postupanje motivirano diskriminacijom, nego da se ukloni bilo kakva moguća osnova za argument da nečovječno postupanje prema bilo kojoj određenoj kategoriji osoba može biti opravdano:

oružanih snaga na moru; Ženevska konvencija III iz 1949. o postupanju sa ratnim zarobljenicima; Ženevska konvencija IV iz 1949. o zaštiti građanskih lica za vrijeme rata.

⁵⁹ Dopunski protokol Ženevskih konvencija od 12. avgusta 1949. o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (Protokol I), Ženeva, 12. decembar 1977. (u daljem tekstu: Dopunski protokol I).

⁶⁰ Dopunski protokol Ženevskih konvencija od 12. avgusta 1949. o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba (Protokol II), Ženeva, 12. decembar 1977. (u daljem tekstu: Dopunski protokol II).

⁶¹ Odredba na kojoj se temelji oglašenje krivice u ovom predmetu – Presuda u predmetu *Aleksovski*, para. 228.

⁶² Pictet (ur.), *Commentary to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Geneva Convention IV Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, MKCK (1958) (u daljem tekstu: Komentar Četvrte ženevske konvencije MKCK-a)

Sve osobe koje se spominju u (1) bez razlike imaju pravo na humani tretman. Kriteriji koji se mogu iskoristiti kao osnova za diskriminaciju prema bilo kojoj kategoriji osoba nabrojani su u toj odredbi i njihova valjanost je zanjekana.⁶³

Komentar Prve ženevske konvencije MKCK-a u vezi člana 3 primjećuje da je formula “bez ikakvog nepovoljnog razlikovanja utemeljenog na ...” nespretna, ali da su “autori, imajući u vidu prošla zvjerstva, smatrali da je poželjno da se ulazi u detalje i ne ostavlja nikakva moguća rupa”.⁶⁴

23. Takođe nije bilo osnove da Pretresno vijeće zaključi da međunarodno običajno pravo nameće zahtjev da za kršenja ratnog prava i običaja koja se mogu krivično goniti prema članu 3 treba dokazati diskriminatornu namjeru. Žalbeno vijeće je u Presudi u predmetu *Tadić* prihvatilo da se u običajnom pravu za zločine protiv čovječnosti ne traži dokaz diskriminatorne namjere.⁶⁵ Takva namjera mora se dokazati samo za ona krivična djela za koja se ona izričito zahtijeva, to jest za razne tipove progona koji spadaju u član 5(h) Statuta.⁶⁶ Nema dokaza o državnoj praksi koja bi indicirala da se u međunarodnom običajnom pravu razvilo takvo ograničenje neophodne *mens rea* za kršenja ratnog prava i običaja, kao ni za specifično djelo oskrvuća ličnog dostojanstva, a žalilac sigurno sam nije naveo niti jedan. Po mišljenju Žalbenog vijeća, upravo je specifična diskriminatorna namjera koja se traži za međunarodna krivična djela progona i genocida to što ih razlikuje od drugih kršenja ratnog prava i običaja.

24. Noviji instrumenti koji definiraju krivično djelo povrede ličnog dostojanstva, uključujući Dopunske protokole I i II (član 75(2)(b), odnosno 4(2)(e)) i Statut MKSR-a (član 4(e)), ne spominju diskriminatornu namjeru. Spominjanje diskriminatorne namjere moglo bi se očekivati da je prilikom njihovog donošenja vladao pogled da se običajno pravo razvilo tako da zahtijeva takav uslov.

25. I konačno, nema naznaka niti u jednom dijelu sudske prakse ovog Suda da krivična djela iz člana 3 Statuta zahtijevaju dokaz diskriminatorne namjere. Kada je

⁶³ *Ibid.*, str. 40.

⁶⁴ Pictet (ur.), *ICRC Commentary to Geneva Convention I for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, MKCK (1952), str. 55.

⁶⁵ Presuda, *Tužilac protiv Duška Tadića*, predmet br. IT-94-1-A, Žalbeno vijeće, 15. juli 1999. (u daljem tekstu: Presuda u predmetu *Tadić*), para. 288, 292; *vidi općenito* para. 287-292. *Vidi također* Presuda, *Tužilac protiv Kupreškića i dr.*, predmet br. IT-95-16-T, Pretresno vijeće, 14. januar 2000., para. 558 (u daljem tekstu: Presuda u predmetu *Kupreškić*).

ovo djelo razmatrano u prethodnim slučajevima, naglasak je bio na širem konceptu ljudskog dostojanstva. U Presudi u predmetu *Furundžija* gdje se od Pretresnog vijeća II tražilo da razmotri karakter krivičnog djela silovanja kao povrede ličnog dostojanstva, ono je zaključilo:

Opšti princip poštovanja ljudskog dostojanstva predstavlja glavni potporanj, dapače i *raison d'être* međunarodnog humanitarnog prava i onog o ljudskim pravima; doista, u moderno doba on je stekao takvu izuzetnu važnost da prožima čitav korpus međunarodnog prava. Svrha je tog principa da se ljudska bića zaštite od oskvrnuća njihovog ličnog dostojanstva, bez obzira da li je to oskvrnuće počinjeno protivpravnim nasrtajem na tijelo ili ponižavanjem, obeščašćenjem ili napadom na samopoštovanje ili duševnu dobrobit osobe.⁶⁷

U toj presudi nigdje se ne spominje potreba da se dokaže bilo kakva diskriminatorna namjera prilikom ustanovljavanja krivičnog djela oskvrnuća ličnog dostojanstva. Tamo se govori o ljudskom dostojanstvu kao o važnoj vrijednosti zaštićenoj tim krivičnim djelom, ali se ne zaključuje da to nameće zahtjev nekog *specifičnog* stanja svijesti, diskriminatornog ili kakvog drugog.

26. Kao što je primijetilo Pretresno vijeće, i kao što se naglašava u komentarima Ženevskih konvencija MKCK-a, zabrana povrede ljudskog dostojanstva je kategorija jedne šire zabrane nečovječnog postupanja u zajedničkom članu 3.⁶⁸ Krivično djelo nečovječnog postupanja, kažnjivo po članu 2(b) Statuta kao teška povreda Ženevskih konvencija, opisano je u Presudi u predmetu *Čelebići* kao:

... namjerna radnja ili propust, tj. radnja koja je, objektivno gledana, smišljena a ne slučajna, koja nanosi tešku duševnu ili tjelesnu patnju ili povredu ili predstavlja ozbiljan nasrtaj na ljudsko dostojanstvo.⁶⁹

U toj Presudi takođe se ne spominje diskriminatorna namjera ili motiv.

27. Kad je riječ o činjeničnim nalazima u vezi sa *mens rea* u ovom predmetu, Žalbeno vijeće smatra da je Pretresno vijeće zaključilo da je žalilac smišljeno učestvovao ili prihvatio djela koja povlače njegovu odgovornost po članovima 7(1) i 7(3) Statuta za povrede ličnog dostojanstva, pa je stoga proglašen krivim za ta

⁶⁶ Presuda u predmetu *Tadić*, para. 305. Neka vrsta diskriminatorne namjere takođe je izričiti element zasebnog krivičnog djela genocida po članu 4 Statuta.

⁶⁷ Presuda u predmetu *Furundžija*, para. 183.

⁶⁸ Presuda u predmetu *Aleksovski*, para. 54; Komentar Četvrte ženevske konvencije MKCK-a, str. 38.

⁶⁹ Presuda, *Tužilac protiv Delalića i dr.*, predmet br. IT-96-21-T, Pretresno vijeće, 16. novembar 1998. (u daljem tekstu: Presuda u predmetu *Čelebići*), para. 543.

krivična djela.⁷⁰ Međutim, to ne znači da Žalbeno vijeće prihvaća rezoniranje Pretresnog vijeća o elementu svijesti krivičnog djela povrede ličnog dostojanstva, koje nije uvijek sasvim jasno a i nije predmet ove žalbe. Konkretno, Žalbeno vijeće ne tumači primjedbu u Komentaru Dopunskih protokola MKCK-a da se izraz “povrede ličnog dostojanstva” odnosi na djela “kojima je cilj ponižavanje žrtve i njezino izvrgavanje ruglu”⁷¹ u smislu da ona nužno podržava uslov postojanja *specifične namjere* počinioca da ponižava ili degradira žrtvu ili je izvrgne ruglu. Izgleda da ta izjava jednostavno opisuje ponašanje koje ta odredba nastoji spriječiti. Indikacija Pretresnog vijeća da je *mens rea* tog krivičnog djela “namjera da se žrtva ponizi ili izvrgne ruglu”⁷² mogla bi nametnuti uslov koji Tužilac nije bio obavezan dokazati, a Žalbeno vijeće, time što odbija ovu osnovu žalbe, ne podržava taj zaključak.

C. Zaključak

28. Iz gorenavedenih razloga Žalbeno vijeće nalazi da postojanje diskriminatorne namjere ili motiva počinioca nije element krivičnih djela iz člana 3 Statuta, kao ni krivičnog djela povrede ličnog dostojanstva. Prema tome, nije bilo potrebno da Pretresno vijeće ustanovi da je žalilac imao diskriminatornu namjeru kad je zaključilo da je kriv za krivično djelo povrede ličnog dostojanstva.⁷³ Ova osnova žalbe se odbija.

⁷⁰ Presuda u predmetu *Aleksovski*, para. 224, 229 i 237.

⁷¹ Sandoz *et al.* (ur.) *ICRC Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (1987) (u daljem tekstu: Komentar Dopunskih protokola MKCK-a), para. 3047. Tu izjavu Pretresno vijeće je spomenulo u para. 55 i 56. U Komentarima Ženevskih konvencija MKCK-a ne spominje se konkretno element svijesti potreban u vezi sa krivičnim djelom povrede ličnog dostojanstva.

⁷² Presuda, para. 56. Pretresno vijeće takođe je primijetilo da je povreda ličnog dostojanstva motivirana “prezirom prema ljudskom dostojanstvu druge osobe” - para. 56. Iako je to nesumnjivo tačno, to ne znači da je takva motivacija *element* krivičnog djela koji treba dokazati van razumne sumnje.

⁷³ To ne znači da bi dokazi o tome da je optuženi koji je imao odgovornost za uslove zatočenja diskriminirao zatočenike u pogledu uslova zatočenja bili irelevantni. Ako su, zbog smišljene diskriminacije među zatočenicima, lošim uslovima zatočenja izvrgnuti zatočenici samo jedne grupe ili kategorije, a drugi zatočenici imaju odgovarajuće uslove zatočenja, to je dokaz koji bi mogao doprinijeti nalazu da je zadovoljena *mens rea* krivičnog djela povrede ličnog dostojanstva.

III. DRUGA OSNOVA ŽALBE ŽALIOCA: TEŽINA KRŠENJA I ODBRANA NUŽDOM

29. Čini se da se žaliočeva druga osnova žalbe zapravo sastoji od dvije osnove, odnosno da dokazano postupanje, osobito nasilje prema zatočenicima, nije bilo dovoljno teško da opravda osudu prema članu 3 Statuta i da je žaliočevo postupanje moglo biti opravdano nuždom.⁷⁴ Pretresno vijeće osvrnut će se na svaku od njih pojedinačno.

A. Težina krivičnog djela

1. Podnesci strana

(a) Podnesak žalioca

30. Žalilac tvrdi da se “povrede ličnog dostojanstva” definirane članom 3 Statuta odnose samo na izrazito užasna djela.⁷⁵ On tvrdi da je i samo Pretresno vijeće potaklo pitanje o tome da li su razni oblici nasilja bili toliko teški da bi predstavljali krivična djela priznata Statutom Suda.⁷⁶ Prema mišljenju žalioca, intenzitet nasilja prema zatočenicima u Kaoniku nije bio dovoljan da bi se ustanovila krivična odgovornost i to nije bilo potkrepljeno nikakvim dokazima.⁷⁷

(b) Odgovor Tužilaštva

31. Tužilaštvo smatra da žaliočevu žalbu, u dijelu u kojem tvrdi da je Pretresno vijeće počinilo činjeničnu grešku u ocjeni dokaza za nužan stupanj patnje, treba odbiti jer nije uspio pokazati da su činjenični zaključci Pretresnog vijeća nerazumni.⁷⁸ Nadalje, žaliočevu tvrdnju da Presuda u predmetu *Aleksovski* nije uspjela pokazati

⁷⁴ T.3.

⁷⁵ Podnesak žalioca, para. 3.

⁷⁶ *Ibid.*, para. 7.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Odgovor optužbe, para. 2.35 i 2.36-2.38.

nužan stupanj intenziteta pobijaju eksplicitni nalazi Pretresnog vijeća,⁷⁹ a ti eksplicitni nalazi su brojni.

32. Žalilac u vezi s ovim nije replicirao.

(c) Usmene tvrdnje žalioca

33. Tokom usmene rasprave 9. februara 2000. sudije su žalioцу postavili tri pitanja. Prvo pitanje, na koje je žalilac odgovorio potvrdno, bilo je nije li postupanje za koje je optuženi proglašen krivim teško kršenje međunarodnog humanitarnog prava kakvo je predviđeno članom 1 Statuta.⁸⁰ Drugo pitanje bilo je da li se o tome može raspravljati u tom stadiju postupka, budući da je to u osnovi pitanje koje se tiče nadležnosti Suda, a žalilac je odgovorio da “mi ne dovodimo u pitanje nadležnost Suda”.⁸¹ Žalilac je bio mišljenja da je, pod pretpostavkom da je proglašenje krivice bilo korektno, pomenuto postupanje doista bilo dovoljno ozbiljno da bi predstavljalo kršenje međunarodnog humanitarnog prava.⁸²

34. Kad su sudije žalioцу postavile treće pitanje u vezi sa raznim djelima za koja je osuđen, on je odgovorio da pomenuto postupanje zaista predstavlja kršenje međunarodog humanitarnog prava, ali je smatrao da to postupanje nije dokazano.⁸³ Žalilac je takođe ustvrdio sljedeće:

Nikad nismo tvrdili, niti smo dali ikakve naznake, da takvo postupanje, uopšteno govoreći, može biti dopustivo i prihvatljivo; upravo suprotno.⁸⁴

2. Diskusija

35. Čini se da žaliočeva tvrdnja predstavlja odustajanje, barem djelomično, od ove osnove žalbe. Nadalje, u svom pismenom podnesku žalilac nije naveo razloge za tvrdnju da ti zločini nisu ozbiljni – samo je izložio da oni to nisu. Žalbena vijeće će ipak razmotriti da li je postupanje za koje je Pretresno vijeće žalioца proglasilo krivim dovoljno ozbiljno da bi predstavljalo kršenje člana 3 Statuta.

⁷⁹ *Ibid.*, para. 2.35 i 2.38.

⁸⁰ T. 5.

⁸¹ T. 5.

⁸² T. 5-6.

⁸³ T. 6-7.

⁸⁴ T. 7.

36. Pretresno vijeće zaključilo je van svake razumne sumnje da je žalilac kriv za više djela koja su obuhvaćena članom 3 Statuta. To su sljedeća djela:

a) prema članu 7(1) Statuta, pomaganje i podržavanje fizičkog i psihološkog zlostavljanja nekolicine zatvorenika prilikom tjelesnih pretresa 15. i 16. aprila 1993. u zatvoru Kaonik. Zlostavljanje je uključivalo uvrede, pretres uz prijetnje, ponekad i smrću, te krađe i napade izvršene u njegovom prisustvu;⁸⁵

b) prema članu 7(1) Statuta, naređivanje ili podsticanje, pomaganje i podržavanje fizičkog nasilja nad svjedocima L i M. Ti svjedoci su u zatočeništvu bili redovito premlaćivani (ponekad četiri do šest puta dnevno, danju i noću), nakon što je prvi puta žalilac u njihovu sobu doveo stražare koji su ih tukli. Ta česta premlaćivanja povremeno su se odvijala u prisustvu žalioaca, a inače u blizini njegove kancelarije. Jednom prilikom žalilac je naredio stražarima da nastave sa premlaćivanjem kad su ovi prestali. Svjedok M jednom je prilikom premlaćivan policijskom palicom,⁸⁶ a jednom se onesvijestio zbog premlaćivanja. Riječima Pretresnog vijeća, ti svjedoci bili su žrtve "ponavljane brutalnosti";⁸⁷

c) prema članu 7(1) Statuta, pomaganje i podržavanje zlostavljanja zatočenika prilikom njihovog ispitivanja nakon bijega jednog od zatočenika.⁸⁸ Jedan od zatočenika, svjedok H, bjegunčev brat, ispitivan je u žaliočevoj kancelariji, a zatim je odveden nazad u ćeliju gdje su ga tukla tri stražara. Nakon premlaćivanja žalilac je u pratnji te trojice stražara došao u ćeliju svjedoka H, postavio svjedoku ista pitanja u vezi s okolnostima bijega njegovog brata i napustio ćeliju kad mu svjedok nije odgovorio. Trojica stražara nastavila su sa premlaćivanjem nakon što je žalilac napustio ćeliju.⁸⁹ Jedan drugi zatočenik, svjedok E, premlaćen je policijskom palicom; drugom je prilikom jedan stražar tom zatočeniku šakom slomio nos, a žalilac je kimnuo dajući znak stražaru da nastavi sa premlaćivanjem.⁹⁰ Pretresno vijeće to je smatralo izoliranim, ali ipak "ozbiljnim" incidentom;⁹¹

⁸⁵ Presuda, para. 87, 185-186, 190, 226 i 228.

⁸⁶ *Ibid.*, para. 196.

⁸⁷ *Ibid.*, para. 88.

⁸⁸ *Ibid.*, para. 89, 205, 209-210 i 228.

⁸⁹ *Ibid.*, para. 209.

⁹⁰ *Ibid.*, para. 209.

⁹¹ *Ibid.*, para. 210.

d) prema članu 7(1) Statuta, pomaganje i podržavanje u psihološkom nasilju, kao što su noćne posjete vojnika koji su tražili novac i tukli zatočenike, te emitiranje tokom noći muzike i krikova premlaćivanih ljudi preko zvučnika.⁹² Pretresno vijeće smatralo je da to nesumnjivo predstavlja “ozbiljno psihološko nasilje nad zatvorenicima”;⁹³

e) prema članu 7(1) Statuta, pomaganje i podržavanje u korištenju zatočenika za živi štit u selima Skradno i Strane i za kopanje rovova u opasnim uslovima.⁹⁴ U pogledu ovog potonjeg, žalilac nije naredio svojim stražarima da ne dozvole ulaz vojnicima HVO-a koji su dolazili da odvedu zatočenike na kopanje rovova, a ponekad je i sam učestvovao u biranju zatočenika;⁹⁵

f) prema članu 7(3) Statuta, kao upravnik zatvora, za zločine koje su počinili stražari u zatvoru Kaonik.⁹⁶

37. Pretresno vijeće je, pri donošenju gore navedenih zaključaka, uzelo u obzir kontekst u kojemu se desilo fizičko i psihološko nasilje. Stav Pretresnog vijeća bio je sljedeći:

Vijeće odlučno odbija ideju da postojanje takvih situacija opravdava upotrebu nasilja kakvo opisuju bivši zatočenici iz Kaonika. Štaviše, Vijeće smatra da upotreba nasilja protiv ranjivih osoba, kao i protiv destabiliziranih ili poniženih osoba predstavlja otežavajuću okolnost koja u ovom slučaju poništava eventualnu ispriku na osnovu situacije sukoba, koja da je sama po sebi dovela do nereda.⁹⁷

Pretresno vijeće takođe je smatralo da:

Obzirom na sve navedeno, čini se da je nasilje koje se vršilo nad zatočenim Muslimanima u zatvoru predstavljalo kažnjive povrede međunarodnog prava. Takve bi povrede u situaciji mira bile potpuno neprihvatljive. Vijeće smatra da postojanje oružanog sukoba ne može opravdati njihovo postojanje i da one predstavljaju tešku povredu principa međunarodnog humanitarnog prava koji proizlaze iz Ženevskih konvencija.⁹⁸

Razmotrivši razna djela za koja je žalilac proglašen krivim, Žalbeno vijeće ne može pronaći nikakvog razloga za sumnju u težinu zločina. Povrede ličnog dostojanstva koje su pretrpjele žrtve u ovom slučaju bile bi teške u bilo kojim okolnostima. Žrtve

⁹² *Ibid.*, para. 187, 190, 203 i 226.

⁹³ *Ibid.*, para. 190.

⁹⁴ *Ibid.*, para. 122, 125, 128-129-229.

⁹⁵ *Ibid.*, para. 129.

⁹⁶ *Ibid.*, para. 104-106, 114, 117-118 i 228.

⁹⁷ *Ibid.*, para. 227.

nisu samo doživljavale neprilike ili trpjele neudobnost – one su, u okolnostima koje su općenito vladale, bile izložene fizičkom i psihološkom nasilju i poniženju koje bi svako ljudsko biće doživjelo kao takve.

3. Zaključak

38. Ova žalbena osnova se odbija.

B. Odbrana nuždom

1. Podnesci strana

(a) Podnesak žalioca

39. Žalilac tvrdi da je Pretresno vijeće primijetilo kako unutar zatvora Kaonik nijedan zatvorenik nije ozlijeđen zbog posljedica oružanog sukoba i da je samo jedan stražar koji je čuvao objekt bio ozlijeđen, dok je izvan zatvora Kaonik mnogo ljudi zbog oružanih neprijateljstava pretrpjelo teške tjelesne povrede, a neki su čak i izgubili život.⁹⁹ Međutim, to što Pretresno vijeće nije komentiralo taj kontrast u obliku, stepenu i intenzitetu nasilja pogrešna je primjena prava.¹⁰⁰

40. Žalilac tvrdi da je na činjenice valjalo primijeniti krivičnopravni koncept krajnje nužde.¹⁰¹ Taj koncept isključuje mogućnost da počiniočeve radnje budu protivpravne jer su one motivirane namjerom da se izbjegne još teže kršenje.¹⁰²

(b) Odgovor Tužilaštva

41. Tužilaštvo tvrdi da se od njega ne bi trebalo tražiti da odgovori na paragraf 8 podneska žalioca zbog njegove nerazumljivosti.¹⁰³ Ako je zamišljen kao zasebna žalbena osnova, treba ga odbiti jer nije naznačio, shodno članu 25 Statuta, navodne činjenične ili pravne greške na koje bi žalilac htio da se pozove.¹⁰⁴ Pod pretpostavkom da žalilac želi da se osloni na krajnju nuždu, ili prinudu,¹⁰⁵ argument treba biti odbijen

⁹⁸ *Ibid.*, para. 228.

⁹⁹ Podnesak žalioca, para. 7.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*, para. 8.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Odgovor optužbe, para 2.34.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

jer žalilac ne navodi gdje je u sudskom zapisniku ili pretpretresnom postupku iznesena takva odbrana, niti navodi zašto je Pretresno vijeće počinilo grešku kad ju je odbilo.¹⁰⁶ Žalilac nema pravo da po prvi puta takvu odbranu iznese u žalbenom postupku.¹⁰⁷ Pretresno vijeće je pri svojoj ocjeni loših uslova u zatvoru i pri odmjeravanju kazne takođe uzelo u obzir teške okolnosti oružanog sukoba.¹⁰⁸

42. Tužilaštvo nadalje tvrdi da su ranjavanja i gubici života koji su se dešavali izvan zatvora irelevantni u pogledu žaliočeve odgovornosti za zločine za koje se tereti.¹⁰⁹ Pretresno vijeće je smatralo da su okolnosti ratnog sukoba predstavljale “otežavajuću okolnost” te je odbilo žaliočev argument po kojemu bi se nasilje počinjeno nad zatočenicima u zatvoru Kaonik trebalo usporediti sa žrtvama koje su bile posljedicom ratnog sukoba.¹¹⁰

(c) Replika žalioca

43. Žalilac tvrdi da je koncept krajnje nužde (*exceptio casu necessitatis*) poznat u građanskom pravu.¹¹¹ U građanskom postupku sud je ovlašten da sam primijeni taj koncept u skladu sa principom *iura novit curia*.¹¹² Stranke jedino trebaju dokazati činjenice, a njihove tvrdnje ili mišljenja o pravu ne obavezuju sud.¹¹³ U vezi s tim, primjenjive činjenice koje je dokazala odbrana su sljedeće: (a) da je izvan zatvora Kaonik u opštini Busovača bio u toku oružani sukob; (b) da je u tom oružanom sukobu bilo mnogo civilnih žrtava; (c) da nijedan zatočenik u zatvoru Kaonik nije poginuo, osim zatvorskih stražara; i (d) da žalilac nije učestvovao u donošenju odluka vezanih za zatočavanje bosanskih Muslimana, budući da je bio doveden u situaciju u kojoj nije imao stvarne mogućnosti izbora.¹¹⁴ Ti činjenični zaključci mogli bi se protumačiti u okviru pravnog principa *exceptio casu necessitatis*.¹¹⁵

44. Žalilac nadalje tvrdi da krajnja nužda nije isto što i prinuda budući da ovo prvo ima šire značenje i može se upotrijebiti da se isključi krivica, protivpravnost ili

¹⁰⁶ *Ibid.*, para. 2.61.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*, para 2.62 (odnosi se na Presudu, para. 212, 213, 215, 216, 219 i 221; te para. 235-36.)

¹⁰⁹ *Ibid.* para 2.47.

¹¹⁰ *Ibid.* (odnosi se na Presudu, para. 227).

¹¹¹ Replika žalioca, str. 6.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.*, str. 6-7.

¹¹⁵ *Ibid.*, str 7.

kažnjavanje počinioca.¹¹⁶ Odredba slična krajnjoj nuždi nalazi se u članu 31(d) Statuta MKS-a.¹¹⁷ Taj koncept, premda ne postoji u Statutu Suda, trebalo bi primijeniti kao opšti pravni princip iz nacionalnog sistema, kako je predviđeno članom 21(c) Statuta MKS-a.¹¹⁸

(d) Dodatni argumenti žalioaca

45. Žalbeno vijeće je naložilo strankama da podnesu dodatne podneske o tome:

(2) kako je pred Pretresnim vijećem pokrenuta odbrana “nuždom” koja se navodi u Žalbi Zlatka Aleksovskog i koji se dokazni materijal podnijet Pretresnom vijeću odnosi na nju.¹¹⁹

Ovdje će biti pomenuti samo argumenti koji nisu izneseni u žaliočevom podnesku i žaliočevoj replici.

46. U dodatnim podnescima žalioaca navodi se da žalilac nije naglasio ovu osnovu za oslobađanje od krivične odgovornosti na suđenju,¹²⁰ a razlog tomu je što je to sukladno sudskoj praksi i pravilima nacionalnog zakonodavstva utemeljenog na građanskom pravu u kojemu su za sud obavezujuće samo utvrđene činjenice predmeta te je on ovlašten i obavezan primijeniti pravne kvalifikacije u skladu sa mjerodavnim pravom, prema maksimama rimskog prava *da mihi facta, dabo tibi ius* i *iura novit curia*.¹²¹

47. Na suđenju je žalilac pokušao pokazati da je, kad je postao upravnik Kaonika, stavljen pred gotov čin u pogledu zatočenih civila i rata koji je bjesnio u regiji.¹²² Žalilac je zatočavanjem civila pokušao da ih zaštititi od još veće nevolje izvan zatvora Kaonik, što dokazuje činjenica da nitko od zatočenika nije bio ni ranjen ni ubijen.¹²³ Na osnovi tih činjenica žalilac tvrdi da je trebalo primijeniti odbranu krajnje nužde.¹²⁴

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*, str. 8.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ “Nalog o rasporedu”, predmet br.: IT-95-14/1-A, 8. decembar 1999.

¹²⁰ Dodatni argumenti žalioaca, para. 11

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*

(e) Dodatni i daljnji dodatni argumenti Tužilaštva

48. Optužba je iznijela daljnje tvrdnje o odbrani nuždom u svojim dodatnim argumetima i daljnjim dodatnim argumentima.

49. Uz argumente koje je već iznijela o ovom pitanju, optužba tvrdi da je elektronska pretraga transkripta sa suđenja pred Pretresnim vijećem, pri čemu se za pretragu koristio izraz “krajnja nužda”, nije dala rezultata.¹²⁵ Taj izraz ne spominje se ni u završnom podnesku žalioaca na suđenju.¹²⁶ Ni pretraživanje transkripta i završnog podneska žalioaca pri čemu je korištena riječ “prinuda”, za slučaj da žalilac zapravo govori o prinudi,¹²⁷ nije dalo rezultata.¹²⁸ Žalilac nijednom tokom suđenja nije izrijeком spomenuo “krajnju nuždu” ili “prinudu” kao odbranu.¹²⁹

50. Kao odgovor na žaliočeve činjenične tvrdnje u vezi s odbranom nuždom, stav Tužilaštva je sljedeći: a) da žalilac nije tu odbranu iznio na suđenju; b) činjenice koje je žalilac naveo u vezi s tim pitanjem nisu prihvaćene; c) iste opšte činjenice je Pretresno vijeće razmatralo u vezi s odgovornošću žalioaca; d) dokazni materijal na koji se oslanjalo bio je relevantan za tezu odbrane da žalilac nije odgovoran za protivpravno zatočavanje civila; te e) žaliočeve tvrdnje odnose se na osnovu odgovornosti po kojoj nije proglašen krivim.¹³⁰ Stav optužbe u vezi sa žaliočevim pravnim tvrdnjama je sljedeći: a) teza da optuženi nije obavezan da iznese odbranu na koju se oslanja, a da je Pretresno vijeće obavezno da primijeni svaku moguću odbranu, nije konzistentna sa praksom Suda, nije izravno primjenjiva na Sud i nije obavezujuća za Sud; b) čak i kad se prihvati postajanje dotične teze u sistemima građanskog prava, nije opšte prihvaćeno da odbrana ne mora da iznese odbranu koja joj je na raspolaganju.¹³¹ Tužilaštvo tvrdi da žalba treba da bude odbijena zbog toga što činjenice na koje se oslanjalo ne predstavljaju osnov za odbranu nuždom, kao i zbog toga te stoga što su činjenice na koje se poziva žalilac povezane sa navodima koja

¹²⁵ Dodatni argumenti optužbe, para. 11.

¹²⁶ *Ibid.*, para 11.

¹²⁷ *Ibid.*, para 12.

¹²⁸ *Ibid.*, para 13.

¹²⁹ *Ibid.*, para 14.

¹³⁰ Dalji dodatni argumenti optužbe, para. 5.

¹³¹ *Ibid.*, para. 6.

nisu predmet razmatranja Žalbenog vijeća.¹³² Ako se prihvati argument Tužilaštva, razmatranje principa *iura novit curia* je izlišno.¹³³

2. Diskusija

51. Žalbeno vijeće smatra da, općenito, optuženi pred ovim Sudom treba da iznesu sve mogućnosti odbrane, kada je potrebno i kao alternativne, tokom suđenja, a kada tako zahtijeva Pravilnik o postupku i dokazima Međunarodnog suda (u daljem tekstu: Pravilnik), prije suđenja.¹³⁴ Slijedi da optuženi općenito ne može po prvi put iznijeti neku odbranu na žalbenom postupku.¹³⁵ Ova opšta obaveza da se odbrana iznese tokom suđenja izvire iz Pravilnika – osobito iz pravila 65ter i 67 – kao i iz obaveze optuženoga da se izjasni o optužbama za koje se tereti.¹³⁶ Takođe je važno da se Tužiteljstvu omogući da unakrsno ispita svjedoke koji svjedoče u prilog bilo koje iznesene odbrane te da prema potrebi pozove svjedoke u postupku pobijanja. Žalbeno vijeće može takođe imati poteškoća u pravilnom ocjenjivanju presude pretresnog vijeća ako odbrana nije izrijeком iznijela odbranu, usprkos tome što su izvedeni dokazi koji mogu poduprijeti takvu odbranu. Međutim, sve ovo ne znači da je na bilo koji način ugroženo pravo optuženoga na pretpostavku da je nevin ili da Tužilaštvo ne snosi teret dokazivanja svojih teza. U ovom žalbenom postupku Žalbeno vijeće će ipak razmotriti odbranu nuždom kakva se navodi.

52. Pretpostavljajući za sada da nužda predstavlja valjanu odbranu i da žalilac ima pravo da je iznese, Žalbeno vijeće je mišljenja da je ta osnova žalbe potpuno neosnovana. Slijede razlozi za takav zaključak.

53. Izlažući usmene argumente, žalilac je, odgovarajući na pitanje sudija, izjavio da odbranu nuždom iznosi samo u vezi sa načinom na koji je žalilac postupao sa

¹³² *Ibid.*, para. 7.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Vidi* pravilo 67(A) i (B) Pravilnika u vezi sa alibijem i posebnim odbranama. To je pravilo bilo na snazi u vrijeme suđenja u ovom predmetu. *Vidi* i pravilo 65ter(F) Pravilnika, koje je stupilo na snagu nakon suđenja u ovom predmetu čiji jedan dio glasi: "...predraspravni sudac naložit će obrani da F...g dostavi predraspravni podnesak u kojem se obrađuju činjenična i pravna pitanja i koji sadrži pismenu izjavu u kojoj se navodi: (i) u općim crtama, kojim se navodima optuženik brani; (ii) stvari u predraspravnom podnesku tužitelja s kojima se optuženik ne slaže; i (iii) za svaku od tih stvari, razlog zbog kojeg se optuženik ne slaže s njom."

¹³⁵ Presuda u predmetu *Tadić*, para 55; *Tužilac protiv Zlatka Aleksovskog*, "Odluka po žalbi Tužioca u vezi s prihvatljivosti dokaza" predmet br.: IT-95-14/1-AR73, Žalbeno vijeće, 16. feb. 1999., para 18-20.

¹³⁶ Pravilo 62 Pravilnika ("Prvo pojavljivanje optuženoga").

zatočenicima, a ne sa samom činjenicom zatočenja.¹³⁷ Imajući u vidu presudu Pretresnog vijeća, žalilac nije osuđen za to što je nekoga zatočio¹³⁸ niti što je bio upravnik zatvora Kaonik nego za zlostavljanje koje su zatočenici direktno ili indirektno pretrpjeli od njegove ruke ili od ruke drugih kojima je on bio nadređen.

54. Žaliočev argument je zapravo da je *zlostavljanje* koje su trpjeli zatočenici – a ne činjenicu zatočenja, za koju se nije ni teretio -- Pretresno vijeće trebalo interpretirati u smislu da je ono bilo na neki način opravdano time što bi oni još više patili da se prema njima nije za vrijeme zatočenja postupalo onako kako se postupalo. Žalilac u ovom predmetu ne tvrdi i ne može tvrditi da je bio suočen sa samo dvije mogućnosti: da zatočenike zlostavlja ili da ih oslobodi. Žalilac, koji je bio suočen sa stvarnim izborom između toga da li će zlostavljati zatočenike ili neće, osuđen je za to što je odabrao ovo prvo. To su jasno pokazala pitanja koja su sudije tokom usmene rasprave 9. februara 2000. postavili žaliočevom braniocu:

...vi ste rekli da je optuženi odabrao manje zlo, navodno zato da bi izbjegao veće zlo, ali nije li on imao i mogućnost da uopšte ne odabere zlo? Nije li to mogao odabrati?¹³⁹

55. U svjetlu neosnovanosti ovog aspekta žaliočeve žalbe, Žalbeno vijeće smatra da je nepotrebno dalje razmatrati da li nužda predstavlja odbranu po međunarodnom pravu, da li je to isto što i odbrana prinudom te da li u ovom slučaju treba primijeniti princip *iura novit curia*.

3. Zaključak

56. Ova osnova žalbe se odbija.

¹³⁷ T. 11-12.

¹³⁸ Presuda, para. 102.

¹³⁹ T.12.

IV. TREĆA OSNOVA ŽALBE ŽALIOCA: STANDARD DOKAZA VAN RAZUMNE SUMNJE NIJE PRAVILNO PRIMIJENJEN

A. Podnesci strana

1. Podnesak žalioca

57. Žalilac tvrdi da optužba nije van razumne sumnje dokazala element *actus reus* povrede ličnog dostojanstva iz člana 3 Statuta i da je Pretresno vijeće, usprkos nepostojanju dokaza u pogledu toga, nepravilno osudilo žalioca po tački optužnice 10.¹⁴⁰ Konkretno, Pretresno vijeće se za utvrđivanje objektivnog elementa navodnog zločina, to jest, da je došlo do teške tjelesne ozljede ili duševne patnje, oslanjalo isključivo na izrazito subjektivne iskaze svjedoka, u nedostatku objektivne medicinske dokumentacije ili znanstveno objektivne ocjene stručnjaka.¹⁴¹ Pretresno vijeće je, na primjer, odbacilo svjedočenje Hamde Dautovića, usprkos činjenici da je taj svjedok govorio o ponavljanom nasilju tokom njegovog čitavog boravka u zatvoru Kaonik.¹⁴² Pretresno vijeće bilo je, dakle, svjesno nepouzdanosti i subjektivnosti takvih svjedočenja, ali nije to uzelo u obzir pri ocjenjivanju iskaza drugih svjedoka.¹⁴³ To je štetilo žalioцу te je predstavljalo povredu standarda dokazivanja "van svake razumne sumnje".¹⁴⁴

2. Odgovor Tužilaštva

58. Tužilaštvo tvrdi da je žalilac iznio pitanje oslanjanja tokom suđenja samo na iskaze svjedoka, u nedostatku medicinskih i drugih znanstveno-objektivnih dokaza, ali da je taj argument odbačen u presudi, u kojoj se navodi da su "svjedočenja dovoljno brojna i podudarna da bi se van svake razumne sumnje ustanovilo da su zlostavljanja zaista činjena."¹⁴⁵ Žalilac ne navodi razlog zašto ovaj nalaz u pravnom smislu ima nedostataka te zato mora biti odbačen.¹⁴⁶

59. Osim toga, žalilac je tokom suđenja priznao da su se mnoge radnje koje je navela optužba i potvrdili svjedoci doista dogodile (na primjer, prisilno kopanje rovova u opasnim uslovima prilikom čega su neki zatočnici poginuli; maltretiranje

¹⁴⁰ Podnesak žalioца, para 5.

¹⁴¹ *Ibid.*, para. 6 i 9.

¹⁴² *Ibid.*, para. 9.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Odgovor optužbe, para 2.49 i 2.50, s referencama na Presudu, para. 223.

¹⁴⁶ *Ibid.*, para 2.51.

zatočenika od strane vojnika HVO-a izvan zatvora).¹⁴⁷ U vezi sa tim priznanjima, žalilac je ili osporio pravnu karakterizaciju tih radnji ili je osporio da je žalilac imao ikakvog kažnjivog udjela u njihovu počinjenju.¹⁴⁸ U svjetlu tih priznanja, žaliočevi argumenti su neosnovani, barem što se tiče onih događaja čija vjerodostojnost nije dovedena u pitanje.¹⁴⁹

60. Što se tiče nepriznatih činjenica, činjenični i pravni zaključci Pretresnog vijeća su neoborivi.¹⁵⁰ Ukoliko Pravilnikom ili opštim međunarodnim pravom nije određeno drukčije, pretresna vijeća mogu prihvatiti razne vrste dokaza da bi se dokazalo da li je neka određena činjenica ustanovljena, ili nije, van razumne sumnje.¹⁵¹ Dovoljan je i samo jedan pouzdan svjedok; zakonom nije određeno da je potrebno potkrepljivanje.¹⁵²

61. U vezi s primjedbom da je Pretresno vijeće trebalo odbaciti i svjedočenja drugih svjedoka, a ne samo svjedočenje Hamde Dautovića, zbog njihove nepouzdanosti i subjektivnosti, Tužilaštvo tvrdi da je na sudijama Pretresnog vijeća da odrede da li su svjedoci pouzdani ili nisu, da li su njihova svjedočenja vjerodostojna i da li je potrebno daljnje potkrepljivanje određenih činjenica.¹⁵³ Nalazi pokazuju da je Pretresno vijeće pravilno izvršilo svoju dužnost u pogledu ocjenjivanja dokaza.¹⁵⁴

B. Diskusija

62. Niti Statut niti Pravilnik ne obavezuju Pretresno vijeće da traži medicinske izvještaje ili druge znanstvene dokaze kako bi se dokazala neka materijalna činjenica. Slično tome, svjedočenje samo jednog svjedoka o materijalnoj činjenici, pravno gledano, ne zahtijeva potkrepljivanje. Jedino pravilo koje se izravno odnosi na to pitanje jeste pravilo 89. Konkretno, u potpravilu 89(C) se kaže da vijeće “može prihvatiti bilo koji relevantni dokaz za koji smatra da ima dokaznu vrijednost”, a potpravilo 89(D) određuje da vijeće “može izuzeti dokaz ako potreba da se osigura pravično suđenje uvelike nadmašuje njegovu dokaznu vrijednost”.

¹⁴⁷ *Ibid.*, para 2.52. “HVO” je skraćenica za “Hrvtsko vijeće obrane”.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ *Ibid.*, para. 2.53.

¹⁵⁰ *Ibid.*, para. 2.54.

¹⁵¹ *Ibid.*, para. 2.55.

¹⁵² *Ibid.*, para. 2.56.

¹⁵³ *Ibid.* para. 2.58.

¹⁵⁴ *Ibid.*

63. Pretresno vijeće je najpozvanije da sasluša, ocijeni i odvagne dokaze, uključujući i iskaze svjedoka, prezentirane na suđenju. Da li će se vijeće osloniti na iskaz jednog svjedoka kao dokaz materijalne činjenice ovisiće o raznim faktorima koje valja ocijeniti prema prilikama u svakom pojedinačnom predmetu.¹⁵⁵ Slično tome, na Pretresnom vijeću je da razmotri da li je svjedok pouzdan i da li je prezentirani dokazni materijal vjerodostojan. Žalbeno vijeće mora se, dakle, u određenom mjeri povinovati ocjeni dokaznog materijala prezentiranog na suđenju koju je dalo Pretresno vijeće. Žalbeno vijeće može pobiti činjenični zaključak Pretresnog vijeća samo onda kad se na prezentirani dokazni materijal ne bi oslonio nijedan razuman sud¹⁵⁶ ili kad je ocjena dokaza potpuno pogrešna.

64. Žalbeno vijeće smatra da žalilac nije uspio pokazati da je Pretresno vijeće pogriješilo u svojoj ocjeni dokaza. U ovom predmetu nije pokazano da je oslanjanje Pretresnog vijeća na iskaze svjedoka bez medicinskih izvještaja ili drugih znanstvenih dokaza kao potvrde patnji kojima su bili izloženi svjedoci pogrešno u pravnom smislu ili nerazumno. Slično tome, premda Žalbenom vijeću nisu predočeni nikakvi posebni razlozi zašto je Pretresno vijeće trebalo odbaciti svjedočenja više svjedoka, ono smatra da Pretresno vijeće nije pogriješilo u primjeni svog diskrecionog prava pri ocjeni iskaza raznih svjedoka. Pretresno vijeće prihvatilo je takva svjedočenja kao dovoljna i vjerodostojna, što je i imalo pravo da učini. Pretresno vijeće je, dakle, u odnosi na ovu osnovu žalbe, pravilno primijenilo standard dokazivanja van razumne sumnje.

C. Zaključak

65. Ova osnova žalbe se ne prihvaća.

¹⁵⁵ Presuda u predmetu *Tadić*, para. 65.

¹⁵⁶ *Ibid.*

V. ČETVRTA OSNOVA ŽALBE ŽALIOCA: PRETRESNO VIJEĆE POGRIJEŠILO JE U PRIMJENI ČLANA 7(3) STATUTA NA ČINJENICE U OVOM PREDMETU

A. Podnesci strana

1. Podnesak žalioca

66. U četvrtoj žalbenoj osnovi žalioca navodi se da je Pretresno vijeće pogriješilo u primjeni člana 7(3) Statuta. Žalilac prihvaća tumačenje Pretresnog vijeća u vezi sa sastavnim elementima krivične odgovornosti po članu 7(3).¹⁵⁷ Međutim, ne prihvaća zaključak Pretresnog vijeća da je on imao “činjeničnu vlast nad stražarima”.¹⁵⁸ Po njegovom mišljenju za primjenu člana 7(3) potrebno je utvrditi postojanje ovlaštenja da se efektivno kontrolira druge izdavanjem obavezujućih naređenja i da ih se kazni u slučaju neposluha.¹⁵⁹ Što se tiče zatvorskih stražara, koji su bili pripadnici vojne policije HVO-a, žalilac tvrdi da on nije imao takve ovlasti i da je njegova uloga bila isključivo administrativna i formalna.¹⁶⁰ On, nadalje, tvrdi da je bio civilni upravnik zatvora te da nije imao kontrolu nad zatvorskim stražarima koja bi bila analogna onoj nadređenoga u vojsci¹⁶¹ i da je on jedino mogao informirati osobe nadređene stražarima o protivpravnom postupanju, što je bila dužnost svakog građanina prema Zakonu o krivičnom postupku Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, ali da nije imao ovlasti da ih kažnjava.¹⁶² On tvrdi da ga se, budući da je na suđenju putem dokaznih predmeta pokazao da je komandi Vojne policije i predsjedniku travničkog Vojnog suda prijavio razne incidente u kojima su učestvovali stražari, ne može smatrati odgovornim za te incidente.¹⁶³

2. Odgovor Tužilaštva

67. Tužilaštvo odgovara da žalilac nije uspio pokazati da je Sud napravio pravnu grešku budući da dovodi u pitanje postojanje odnosa nadređeni-podređeni i tvrdi da *de facto* vlast nije dovoljna.¹⁶⁴ Tužilaštvo tvrdi da se o oba pitanja raspravilo i presudilo

¹⁵⁷ Podnesak žalioca, para 22. Ta tri elementa koje je Raspravno Vijeće utvrdilo u paragrafu 69 Presude odgovaraju nalazima u Presudi u predmetu *Čelebići*.

¹⁵⁸ Podnesak tužioca, para 15-16.

¹⁵⁹ *Ibid.*, para 16.

¹⁶⁰ *Ibid.*, para 17.

¹⁶¹ *Ibid.* para. 20.

¹⁶² *Ibid.*, para 20-21.

¹⁶³ *Ibid.*, para 22.

¹⁶⁴ Odgovor optužbe, para 3.6 i 3.7.

na suđenju i da je Pretresno vijeće korektno primijenilo pravo na dokaze koji su mu bili predočeni.

3. Replika žalioca

68. Žalilac odgovara da on zaista osporava postojanje odnosa nadređeni-podređeni, koji je prvi od tri principa komandne odgovornosti iz člana 7(3).¹⁶⁵ Ponovio je kako ga za upravnika zatvora nije službeno postavilo nadležno tijelo koje je kontroliralo stražare, to jest Ministarstvo odbrane, nego Ministarstvo pravosuđa, i da on ni *de jure* ni *de facto* nije mogao zapovijedati stražarima.¹⁶⁶

B. Diskusija

69. U članu 7(3) Statuta stoji sljedeće:

Činjenica da je neko od djela navedenih u člancima 2 do 5 ovoga Statuta počinio podređeni ne oslobađa njegovog nadređenog krivične odgovornosti ako je nadređeni znao ili imao razloga znati da će podređeni počiniti takva djela ili ih je već počinio, a nadređeni nije poduzeo nužne i razumne mjere da spriječi takva djela ili kazni počinioce.

70. U svojoj presudi Pretresno vijeće je utvrdilo da se “nije moglo van svake razumne sumnje utvrditi da je optuženi i sam bio pripadnik vojne policije”.¹⁶⁷ Međutim, Vijeće smatra “da se odgovornost po članu 7(3) Statuta može pripisati svakome, čak i civilnom licu, pod uslovom da je dokazano da je dotično lice imalo takvu efektivnu vlast nad počinocima zločina koja se očituje u tome da im može davati naređenja i kažnjavati ih u slučaju prekršaja”.¹⁶⁸ Takođe je utvrdilo da je žalilac imao efektivnu vlast nad stražarima, što pokazuje činjenica da im je izdavao naređenja te da je imao načina da prijavi nadređenima situaciju u zatvoru, uključujući zlostavljanje zatvorenika.¹⁶⁹ Pretresno vijeće je, međutim, utvrdilo, da žalilac nije prijavio nadređenima krivična djela koja su počinili stražari i vojnici HVO-a u zatvoru te da je čak i sam učestvovao u pojedinim napadima na zatočnike.¹⁷⁰

71. Žalbeno vijeće je na osnovi podnesaka strana i nalaza Pretresnog vijeća donijelo sljedeće zaključke u vezi s ovom osnovom žalbe.

¹⁶⁵ Replika žalioca, para. Ad. 6.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ Presuda, para. 103.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.*, para 104 i 117.

¹⁷⁰ *Ibid.*, para. 117.

72. Žalbeno vijeće primjećuje da se žalilac složio sa Pretresnim vijećem u pogledu sastavnih elemenata odgovornosti iz člana 7(3).¹⁷¹ Pretresno vijeće utvrdilo je tri elementa: 1) postojanje odnosa nadređeni-podređeni; 2) činjenicu da je nadređeni “znao ili imao razloga da zna da će podređeni počiniti takva djela ili ih je već počinio”; i 3) njegovu obavezu da poduzme sve potrebne i razumne mjere da se počinio spriječe ili kazne.¹⁷²

73. Žalilac tvrdi da se žali na način na koji je Pretresno vijeće primijenilo pravo na ovaj slučaj, ali ta osnova žalbe zapravo dovodi u pitanje zaključke izvučene iz činjenica do kojih je došlo Pretresno vijeće u vezi sa njegovim ovlastima u zatvoru Kaonik. Žalbeno vijeće, dakle, smatra da je ta osnova žalbe činjenične prirode.

74. Žalilac osporava dvije činjenice koje je utvrdilo Pretresno vijeće. Prva je činjenica da je on imao vlast nad zatvorskim stražarima koji su bili pripadnici Vojne policije HVO-a, kako to pokazuje njegova moć da im izdaje naređenja, njegov općenito visok položaj u zatvoru Kaonik i njegovo pravo da izvještava komandu Vojne policije i travnički Vojni sud, u čijoj je nadležnosti bio zatvor. Druga činjenica je da on nije prijavio krivična djela svojih podređenih bilo kojoj od nadređenih instanci. Za obje činjenice Pretresno vijeće je utvrdilo da su dokazane nakon ispitivanja relevantnog dokaznog materijala i argumenata. Poput Pretresnog vijeća, žalilac takođe smatra da vlast nadređenoga znači da on ima moć da naredi i da osigura provođenje svojih naređenja na određene načine.¹⁷³ Žalbeno vijeće stoga zaljučuje da, ukoliko ne postoji dobar razlog da se vjeruje kako je Pretresno vijeće izvuklo nerazumne zaključke iz dokaznog materijala, nije na Žalbenom vijeću da zadire u činjenične zaključke Pretresnog vijeća.¹⁷⁴ U ovom žalbenom postupku žalilac nije uspio uvjeriti ovo Vijeće da je u pogledu ovih dviju činjenica Pretresno vijeće izvuklo nerazumne zaključke.

75. Pravni aspekt ove osnove žalbe svodi se samo na jedno, a to je pitanje da li je žalilac bio zapovjednik stražarima, koji su bili pripadnici vojne policije, u smislu člana 7(3) Statuta.

¹⁷¹ Pretresno vijeće izrijeком je spomenulo žaliočevo pristajanje na te elemente na prvostepenom postupku: *ibid.*, para 71.

¹⁷² *Ibid.*, para 69.

¹⁷³ Podnesak žalioца, para 16.

¹⁷⁴ Presuda u predmetu *Tadić*, para. 64.

76. Član 7(3) predviđa pravne kriterije za zapovjednu odgovornost, čime se riječi “zapovjednik” daje pravno značenje, na način da ta odredba postaje primjenjiva samo onda kad nadređena osoba s neophodnim elementom svijesti nije upotrijebila svoju moć da spriječi podređene da počine krivična djela ili da ih kazni za njihovo počinjenje. To svakako podrazumijeva da nadređena osoba mora imati takvu moć prije nego što propusti da je upotrijebi. Ako činjenice nekog slučaja zadovoljavaju kriterije za vlast nadređenog kako je navedeno u članu 7(3), pravni nalaz bio bi da je optuženi nadređena osoba u okviru značenja te odredbe. U ovom žalbenom postupku žalilac tvrdi da on nije imao takve ovlasti nad stražarima kao civilni upravnik zatvora budući da ga je postavilo Ministarstvo pravosuđa, a ne Ministarstvo odbrane,¹⁷⁵ dok Pretresno vijeće smatra je on bio nadređen stražarima zbog svoje vlasti nad njima.¹⁷⁶ Žalbeno vijeće zastupa mišljenje da nije važno da li je on bio civilna ili vojna nadređena osoba,¹⁷⁷ ako se može dokazati da je on, unutar zatvora Kaonik, imao ovlasti da spriječi ili kazni u smislu člana 7(3). Žalbeno vijeće primjećuje da je Pretresno vijeće doista utvrdilo da je to dokazano, te je stoga zaključilo da je žalilac bio nadređena osoba u smislu člana 7(3).¹⁷⁸

C. Zaključak

77. Žalbeno vijeće dakle zaključuje da se četvrta osnova žalbe žalioaca mora odbaciti zbog nedostatka osnovanosti, iz sljedećih razloga: a) o svim činjenicama koje je žalilac osporio raspravilo se i odlučilo tokom suđenja, s tim da na žalbenom postupku nije pokazan dobar razlog koji bi opravdao preispitivanje činjeničnih nalaza Pretresnog vijeća; i b) žalilac ne dovodi u pitanje tumačenje elemenata zapovjedne odgovornosti od strane Pretresnog vijeća, za koje nije pokazano da ih je Pretresno vijeće primijenilo na nerazuman način.

¹⁷⁵ Podnesak žalioaca, para. 22.

¹⁷⁶ Presuda, para. 101-106.

¹⁷⁷ U vezi ovoga žalilac se konkretno oslanja na Statut MKS-a iz 1998: Podnesak žalioaca, para 17. Član 28 tog Statuta jasno predviđa odgovornost i za vojne i za civilne nadređene osobe.

¹⁷⁸ *Ibid.*, para 106.

VI. PRVA OSNOVA PROTIVŽALBE TUŽILAŠTVA: MEĐUNARODNI KARAKTER SUKOBA I “ZAŠTIĆENE OSOBE”

A. Podnesci strana

1. Podnesak protivžalioca

78. Tužilaštvo tvrdi da je većina Pretresnog vijeća¹⁷⁹ primijenila pogrešan pravni test za određivanje da li je, u smislu člana 2 Statuta, oružani sukob u ovom predmetu bio međunarodne prirode.¹⁸⁰ U pogledu pitanja da li se djela HVO-a mogu pripisati Vladi Hrvatske, ispravan test po međunarodnom pravu jest test “globalne kontrole” kako je definiran u Presudi u predmetu *Tadić*; ta presuda ne zahtijeva dokaze o konkretnim zapovijedima ili direktivama za pojedinačne operacije.¹⁸¹ Optužba nadalje tvrdi da niže izloženi činjenični nalazi Pretresnog vijeća zadovoljavaju zahtjeve testa “globalne kontrole”¹⁸² i da je, prema tome, jedini razuman zaključak taj da su oružane snage bosanskih Hrvata, HVO, djelovale pod globalnom kontrolom Hrvatske.¹⁸³

79. Tužilaštvo takođe tvrdi da je većina Pretresnog vijeća pogriješila u primjeni strogog kriterija državljanstva za utvrđivanje da li su žrtve bile zaštićene osobe u smislu člana 4 Ženevske konvencije IV.¹⁸⁴ Prema stajalištu optužbe, ako Žalbeno vijeće zaključi da su bosanski Hrvati koji su držali zarobljenike djelovali kao *de facto* instrumenti Hrvatske, slijedi da je državljanstvo zatočenih bosanskih Muslimana bilo različito od državljanstva sile koja ih je zatočila.¹⁸⁵ Optužba primjećuje da se u Presudi u predmetu *Tadić* smatralo kako je primarna svrha člana 4 Ženevske konvencije IV obezbijediti zaštitu Konvencije onim civilima koji ne uživaju diplomatsku zaštitu, i shodno tome nisu vezani lojalnošću i kontrolom države u čijim su se rukama zatekli.¹⁸⁶ Optužba nadalje primjećuje da su i Žalbeno vijeće u predmetu *Tadić* i Pretresno vijeće

¹⁷⁹ “Zajedničko mišljenje većine, sudije Vohraha i sudije Nieto-Navie, o primjenjivosti člana 2 Statuta u skladu sa paragrafom 46 Presude”, predmet br.: IT-95-14/1-T, 25. juni 1999. (u daljem tekstu: Mišljenje većine)

¹⁸⁰ Podnesak protivžalioca, para. 2.11, 2.17-2.29.

¹⁸¹ *Ibid.*, para. 2.13-2.16.

¹⁸² *Ibid.*, para. 2.32. Hrvatska je vršila politički utjecaj i kontrolu nad bosanskim Hrvatima (*ibid.*, para. 2.33-2.35); Hrvatska je slala vojsku u Bosnu i Hercegovinu (u daljem tekstu: BiH) da bi služila hrvatskim interesima (*ibid.*, para. 2.36-2.38); Hrvatska je vršila vojnu kontrolu nad HVO-om (*ibid.*, para. 2.39-2.49). U tom pogledu većina Pretresnog vijeća je propustila da razmotri šest dokumenata koji pokazuju prisustvo HV-a u BiH i njenu podršku HVO-u (*ibid.*, para. 2.47).

¹⁸³ *Ibid.*, para. 2.50.

¹⁸⁴ *Ibid.*, para. 2.56 i 2.58.

¹⁸⁵ *Ibid.*, para. 2.57.

¹⁸⁶ *Ibid.*, para. 2.59., s referencama na Presudu u predmetu *Tadić*, para 168.

u predmetu *Čelebići* smatrali da, u kontekstu današnjih oružanih sukoba, etničko porijeklo može biti prikladnija mjera lojalnosti nekoj državi od državljanstva.¹⁸⁷

80. Tužilaštvo stoga tvrdi da su oba uslova za primjenu člana 2 Statuta zadovoljena, i nadalje da se krivična odgovornost žalioca po tačkama 8 i 9 (teške povrede) može ustanoviti na osnovi zapisnika, budući da te optužbe proizlaze iz istih činjeničnih navoda kao i tačka 10, po kojoj je optuženi osuđen.¹⁸⁸

2. Odgovor žalioca

81. Žalilac traži da Žalbeno vijeće odbaci ovu osnovu žalbe.¹⁸⁹ Žalilac tvrdi da je u ovom slučaju dokazni materijal nesumnjivo pokazao da su žalilac i navodne žrtve bili građani BiH.¹⁹⁰ Presuda u predmetu *Čelebići* ne može se primijeniti jer se u ovom slučaju bosanski Hrvati nisu otcijepili, kao bosanski Srbi, nego su se dobrovoljno pridružili bosanskim Muslimanima u formiranju BiH i aktivno podržavali stvaranje i očuvanje tog entiteta.¹⁹¹ Žalilac tvrdi da stav optužbe o članu 4 Ženevske konvencije IV, da se taj član ne bi trebao tumačiti na osnovu formalne veze i čisto pravnih propisa, nije primjenjiv. Član 4 Ženevskih konvencija mora se, dakle, strogo primijeniti, u skladu sa principom legaliteta, odnosno, *nullum crimen sine lege*.¹⁹²

82. U vezi s argumentom da se radilo o međunarodnom sukobu, žalilac tvrdi da postoje četiri razloga zbog kojih bi ga trebalo odbiti, naime: a) sve hrvatske intervencije desile su se 1992. i bile su usmjerene protiv srpskih snaga, a ne u prvoj polovici 1993. protiv bosanskih Muslimana;¹⁹³ b) Hrvatska nije kontrolirala vojne snage bosanskih Hrvata u srednjoj Bosni;¹⁹⁴ c) Hrvatska nije vojno intervenirala u srednjoj Bosni gdje su se odigrala navodna kršenja i nije kontrolirala vojne snage HVO-a¹⁹⁵ i d) sukob se mora smatrati unutarnjim kako bi se izbjegla nejednakost u primjeni člana 2 u odnosu na bosanske Hrvate i bosanske Muslimane.¹⁹⁶ Žalilac nadalje tvrdi da se odluka Međunarodnog suda pravde (u daljem tekstu: MSP) u

¹⁸⁷ *Ibid.*, para 2.60.

¹⁸⁸ *Ibid.* para. 2.66-2.69.

¹⁸⁹ Odgovor žalioca, str. 22.

¹⁹⁰ *Ibid.*, str. 5.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² *Ibid.*, str. 5, 6 i 13.

¹⁹³ *Ibid.*, str. 7-8.

¹⁹⁴ *Ibid.*, str. 7.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ *Ibid.* str. 7 i 20.

predmetu *Nikaragva*¹⁹⁷ može razlikovati od odluke u ovom predmetu,¹⁹⁸ i da je test koji je ona iznijela za pripisivanje djela nekoj državi u vezi sa građanskom, a ne krivičnom odgovornošću, stroži od testa “globalne kontrole”.¹⁹⁹ On nadalje tvrdi da, budući da se radi o krivičnom postupku, test koji se primjenjuje treba biti još stroži.²⁰⁰ On smatra da je intervencija Hrvatske tokom kritičnog perioda, ako je uopšte postojala, (premda, tvrdi, za to ne postoje dokazi), bila opravdana i da ne treba smatrati kako to internacionalizira sukob,²⁰¹ te tvrdi da između Hrvatske i Bosne i Hercegovine nije bilo ratnog stanja,²⁰² da su po članu 4(2) Ženevske konvencije IV Hrvatska i BH bile ratni saveznici, da su imale normalne diplomatske odnose i da, prema tome, žrtve nisu bile zaštićene osobe.²⁰³

83. Žalilac takođe tvrdi da Pretresno vijeće nije pogriješilo zbog toga što nije primijenilo test “globalne kontrole” ustanovljen u presudi u predmetu *Tadić*, budući da se presuda u predmetu *Tadić* bavi sasvim različitim činjeničnim i pravnim okolnostima te je izrečena nakon što je Pretresno vijeće donijelo presudu u ovom predmetu.²⁰⁴

3. Replika protivžalioca

84. Tužilaštvo u svojoj replici tvrdi da je Presuda u predmetu *Tadić* uspostavila presedan od kojeg ne bi trebalo odstupati osim ako Žalbeno vijeće ne zaključi da je on očito pogrešan.²⁰⁵ Argumenti žalioca u vezi sa nedostatkom dokaza o intervenciji Hrvatske i opravdanosti iste odbacuju se.²⁰⁶ Tužilaštvo nadalje tvrdi da zaključak Žalbenog vijeća u predmetu *Tadić* da se radi o zaštićenim osobama treba poštivati.

¹⁹⁷ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nikaragva protiv Sjedinjenih Američkih Država), Meritum, Presuda, Izvještaji MSP-a (1986.) (u daljem tekstu: *Nikaragva*); str. 14.

¹⁹⁸ *Ibid.*, str. 9-11.

¹⁹⁹ *Ibid.*, str. 8-9.

²⁰⁰ *Ibid.*, str. 9.

²⁰¹ *Ibid.*, str. 10, 11 i 21.

²⁰² *Ibid.*, str. 13-15. i 19.

²⁰³ *Ibid.*, str. 13-15.

²⁰⁴ *Ibid.*, str. 21.

²⁰⁵ Podnesak protivžalioca, para. 1.5-1.18.

²⁰⁶ Tužilaštvo pobija sljedeće: 1) žaliočevu izjavu da se Tužilaštvo oslanja na “teoriju intervencije” (*ibid.*, para. 2.3-2.5), 2) žaliočevu tvrdnju da se konflikt mora smatrati internim kako bi se izbjegla neravnopravna primjena člana Statuta (*ibid.*, para. 2.7-2.10); 3) žaliočevu tvrdnju kako nije bilo dokaza da je Hrvatska bila u ratu sa BiH (*ibid.*, para. 2.11-2.44); žaliočevu tvrdnju da se treba primijeniti test “efektivne kontrole” umjesto “opšte kontrole” (*ibid.*, para. 2.46-2.60).

Optužba tvrdi da takav pristup ne bi bio nekonzistentan sa principima međunarodnog krivičnog prava, kao što je princip *nullum crimen sine lege*.²⁰⁷

4. Dodatni argumenti Tužilaštva

85. Žalbeno vijeće naložilo je stranama da podnesu dodatne argumente o “doktrin[i] *stare decisis*, njen[oj] primjenljivost[i], ukoliko je ima, na postupke pred Međunarodnim sudom i posebno u ovom predmetu”.²⁰⁸

86. Tužilaštvo tvrdi da ta doktrina, kao takva, postoji u sistemima *common law*-a i da nije opšti princip prava.²⁰⁹ Tužilaštvo tvrdi da je izraz “presedan” prikladniji od izraza “*stare decisis*”.²¹⁰ Korištenje presedanima uobičajeno je za sudove i u sistemima građanskog prava i u onima *common law*-a.²¹¹ Tužilaštvo se poziva na svoju repliku gdje su izneseni njegovi argumenti o primjenjivosti Presude u predmetu *Tadić* u pogledu a) prikladnog testa za utvrđivanje postojanja međunarodnog oružanog sukoba i b) tumačenja kriterija državljanstva koji moraju zadovoljiti civili prema Ženevskoj konvenciji IV da bi ih se smatralo zaštićenim osobama.²¹²

5. Dodatni argumenti žalioaca

87. U dodatnim argumentima žalioaca o doktrini *stare decisis*, on tvrdi da je primjena te doktrine povezana sa pitanjem pravnih izvora, a ne sa razlikom između *common law*-a i građanskog pravnog sistema.²¹³ On tvrdi da Međunarodni sud može primijeniti samo međunarodno humanitarno pravo, koje je bez ikakve sumnje dio običajnog prava, te upućuje na Izvještaj generalnog sekretara, koji ne spominje presedan kao pravni izvor.²¹⁴ Žalilac tvrdi da su presude MSP-a valjane samo za relevantni predmet i da njegov Statut ne govori o presedanima kao o pravnom izvoru.²¹⁵ Spominje i član 21 Statuta MKS-a, u kojemu se određuje redoslijed po kojemu se trebaju koristiti pravni izvori, i prema kojemu MKS pravne principe i pravila na način na koji su protumačeni u njegovim prijašnjim odlukama može

²⁰⁷ *Ibid.*, para. 2.67.-2.88.

²⁰⁸ Nalog o rasporedu, predmet. br.: IT-95-14/1-A, 8. decembar 1999.

²⁰⁹ Dodatni argumenti optužbe, para. 4

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *Ibid.*, para. 4.

²¹² *Ibid.*, para. 5-7.

²¹³ Dodatni argumenti žalioaca, para. 3-8

²¹⁴ *Ibid.*, para. 4-5.

²¹⁵ *Ibid.*, para. 6.

primijeniti samo kao posljednje sredstvo.²¹⁶ Statut MKS-a nadalje izričito zabranjuje upotrebu analogije u definiranju zločina.²¹⁷ Žalilac tvrdi da presedan predstavlja pojedinačnu pravnu normu koja razrješava neki određeni predmet i vrijedi samo za taj predmet.²¹⁸ On primjećuje da, premda se u nekim sistemima *common law*-a presude koriste kao pravni izvor, u smislu da se pravni princip primijenjen u određenom slučaju smatra obavezujućim za sve buduće slučajeve i time postaje opšta pravna norma, niti sudovi u bivšoj Jugoslaviji niti zemlje nasljednice ne primjenjuju sistem presedana, budući da je on suprotan principu legaliteta.²¹⁹

88. Žalilac tvrdi da se, u praktičnom smislu, sudska praksa može primijeniti samo kao nešto blisko pravnom izvoru kad su činjenice identične ili vrlo slične.²²⁰ Žalilac tvrdi da doktrinu *stare decisis*, premda je ne treba isključiti, valja koristiti na restriktivnoj osnovi i da se, kao uslov za primjenu presedana, mora ustanoviti sličnost činjenica u predmetu.²²¹ Žalilac tvrdi da je oružani sukob između srpskog i muslimanskog naroda u Bosni i Hercegovini bio u osnovi različit od sukoba između hrvatskog i muslimanskog naroda.²²² Nijedan oružani sukob od 1992. do 1994. u Bosni i Hercegovini nije bio identičan pa čak ni sličan po svojim opštim ili unutrašnjim karakteristikama nekom drugom.²²³ Budući da su činjenice u ovom predmetu u osnovi drukčije od onih u predmetu *Tadić*, žalilac tvrdi da se doktrina *stare decisis* ne može primijeniti u ovom predmetu.²²⁴

B. Diskusija

89. Argumenti koje su izložile strane u ovom predmetu izravno postavljaju pitanje o tome da li su odluke Žalbenog vijeća obavezujuće za sâmo Vijeće, a neizravno, takođe, o tome da li su njegove odluke obavezujuće za pretresna vijeća i da li su odluke pretresnih vijeća obavezujuće za druga pretresna vijeća.

²¹⁶ *Ibid.*, para 7.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ *Ibid.*, para 8.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ *Ibid.*, para 9.

²²² *Ibid.*, para. 10.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ *Ibid.*

90. Optužba tvrdi da su neki od argumenata koje je izložio žalilac održivi jedino ako Vijeće ne bude slijedilo svoje prijašnje odluke, budući da su ti argumenti, kako se navodi u podnesku optužbe, očito nekonzistentni sa tim odlukama.

91. Žalbeno vijeće će sada razmotriti ta pitanja.

1. Da li je Žalbeno vijeće dužno slijediti svoje ranije odluke

92. U sistemima *common law*-a uobičajeno je da se priznaje princip *stare decisis*, ili presedana koji obavezuje, po kojemu su za sud obavezujuće njegove prijašnje odluke. Međutim 1996. je Dom lordova, najviši sud u Velikoj Britaniji, odlučio da će se, iako će prethodne odluke i dalje smatrati “uglavnom obavezujućim”, odstupiti od prijašnje odluke kad se to čini primjerenim.²²⁵ Ono što se iscrtava kao trend prilikom proučavanja pravosudnih sistema *common law*-a jeste to da se njihovi najviši sudovi uglavnom osjećaju obaveznima da slijede svoje prijašnje odluke, ali si zadržavaju pravo da se udalje od nekih od njih u određenim okolnostima. Dom lordova to ovako objašnjava:

Ništa nije manje poželjno nego da se parnice, nakon što ovaj Dom donese odluku koja je manifestno pravomoćna, vrate ovom Domu u nadi da će se neko drukčije sastavljeno vijeće moći uvjeriti da prihvati stajalište koje je njegov prethodnik odbacio... Sporna pitanja moraju se razriješiti, a zakon ne poznaje boljeg načina da ih razriješi od razložnog većinskog mišljenja najvišeg suda. *Potrebno je mnogo više od sumnje u ispravnost takvog mišljenja da se opravda udaljavanje od istoga.*²²⁶

Australijski vrhovni sud (*The High Court of Australia*), slično tome, primjećuje:

Nijedan sudija vrhovnog suda nema pravo da ignorira odluke i mišljenja svojih prethodnika i da svoje odluke donosi kao da su stranice sudskih zapisnika prazne ili kao da odluke prestaje važiti nakon završetka suđenja. Sudija, za razliku od zakonodavca, ne može uvesti program promjena koji odbacuje ranije donesene odluke i ranije ustanovljene principe. *Tek nakon ozbiljnog i pomnog razmatranja ranijih odluka i uzimanja u obzir svih okolnosti, sudija vrhovnog suda može vlastitim mišljenjima dati prednost pred prijašnjim odlukama suda.*²²⁷

²²⁵ Ovu izjavu o sudskoj praksi pročitao je Lord Gardiner LC, u svoje ime i u ime takozvanih *Lords of Appeal in Ordinary* prije nego što su presude izrečene 26. jula 1966. *Vidi Cross and Harris, Precedent in English Law* (1991.), str. 104, fusnota 27.

²²⁶ *Fitzleet Estates Ltd. v. Cherry (Inspector of Taxes)*, F1977g 3 All ER 996, 999 (naglasak dodan).

²²⁷ *Queensland v. Commonwealth* (1977) 16 ALR 487 u 497 (naglasak dodan).

Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država (*The United States Supreme Court*):

Obaveza da se slijedi presedan počinje sa nuždom, a njoj suprotna nužda iscertava granice iste. ... Prihvaćamo da nijedan pravosudni sistem ne može obaviti posao za društvenu zajednicu ako bi svako pitanje nanovo razmatrao sa svakim novim slučajem u kojemu se ono pojavi. Doista, sam koncept vladavine prava koji je u osnovi našeg Ustava zahtijeva da se tokom vremena sačuva dosljednost pa je poštivanje presedana, po definiciji, neophodno. S druge strane, ako bi se toliko jasno pokazalo da je prethodna sudska odluka bila pogrešna da bi njezino sprovođenje upravo iz tog razloga bilo osuđeno na propast, pojavila bi se druga vrsta nužde.²²⁸

Kao što su i drugi pravni sistemi *common law*-a ograničili striktnu primjenu doktrine *stare decisis*, ni Vrhovni Sud Sjedinjenih Država istu ne smatra “imperativom”²²⁹ Doista, taj sud je nedavno naveo sljedeće slučajeve u kojima bi odstupio od presedana:

- i) kada se neko pravno pravilo pokaže neizvedivim u praksi;
- ii) kada su se relevantni pravni principi toliko razvili da je staro pravilo “samo ostatak napuštene doktrine”; i
- iii) kada su se činjenice, ili percepcija istih, toliko promijenile da su “staro pravilo lišile bitne opravdanosti ili primjenjivosti.”²³⁰

93. Premda sistemi građanskog prava ne priznaju princip *stare decisis* ili obavezujućeg presedana, u praksi i njihovi najviši sudovi uglavnom slijede svoje prijašnje odluke. Jedan je teoretičar, na primjer, o francuskom pravnom sistemu rekao sljedeće:

Usprokos nepostojanja formalne doktrine *stare decisis*, postoji jaka tendencija kod francuskih sudova, kao i kod sudova drugih zemalja, da slijede presedane, osobito one viših sudova... Kasacioni sud može, naravno, uvijek poništiti svoje prijašnje odluke. *Ali jednako je tako sigurno da neće to učiniti bez jakih razloga...* Stav nižih sudova prema odlukama Kasacionog suda u osnovi je vrlo sličan stavu nižih sudova u sistemima *common law*-a prema odlukama viših sudova.²³¹

94. Slično tome, u talijanskom pravnom sustavu, “premda odluke Vrhovnog kasacionog suda u teoriji nisu ‘obavezujuće’, malo bi sudija svjesno prihvatilo

²²⁸ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey*, 505 U.S. 833, 854 (1992).

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ David i de Vries, *The French Legal System* (1958), str. 113 (naglasak dodan).

drukčiju interpretaciju... Činjenica je da se sudovi prema donesenim odlukama ne odnose bitno drukčije nego sudovi u Sjedinjenim Državama”.²³²

95. Premda doktrina presedana ne funkcioniira formalno u sistemu Evropskog suda za ljudska prava, “u uobičajenoj praksi i kad je to nužno, Komisija smatra obavezujuće odluke Suda konačno mjerodavnima za interpretaciju Konvencije.”²³³ U predmetu *Cossey*,²³⁴ sud je primijetio da, premda strogo govoreći nije obavezan da to učini, on obično slijedi svoje prijašnje odluke i da od njih odstupa jedino kad za to postoje “uvjerljivi razlozi”:

Istina je da... Sud nije vezan svojim prijašnjim presudama... Međutim Sud obično slijedi i primjenjuje svoje presedane, budući da je takvo postupanje u interesu pravne sigurnosti i urednog razvoja sudske prakse proizišle iz Konvencije. *Ipak, to Sud ne bi spriječilo da napusti svoje prijašnje odluke ako je uvjeren da postoje uvjerljivi razlozi da to učini.* Takvo udaljavanje može, na primjer, biti opravdano kako bi se obezbjedilo da tumačenje Konvencije odražava društvene promjene i da bude u skladu sa trenutnim okolnostima.²³⁵

96. Usprkos neprimjenjivanju principa *stare decisis* u kontekstu Međunarodnog suda pravde, taj sud svojim prijašnjim odlukama pridaje veliko značenje. To možda proističe iz činjenice da se one doživljavaju kao mjerodavne manifestacije zakona. Kako je sudija Zoričić ustvrdio u svom Protivnom mišljenju u predmetu *Peace Treaties*, premda je “potpuno tačno da nijedan međunarodni sud nije vezan presedanima... postoji nešto što ovaj Sud mora uzeti u obzir, a to su principi međunarodnog prava. Ako se presedan čvrsto temelji na jednom takvom principu, Sud ne može odlučiti o analognom slučaju u suprotnom smislu, sve dok vrijedi taj princip”.²³⁶ To potvrđuje i sudija Mohamed Shahabuddeen, koji smatra da “u određenom smislu može biti prihvatljivo da se odluke suda, pod uvjetom da se od njih može i odstupiti, smatraju mjerodavnima”.²³⁷

97. Žalbeno vijeće konstatira da su principi koji su osnovi opšteg trenda i u sistemu *common law*-a i građanskog prava, po kojima najviši sudovi, bilo kao pitanje doktrine ili kao pitanje prakse, obično slijede svoje prijašnje odluke i od njih odstupaju samo u iznimnim okolnostima, potreba za konzistentnošću, tačnošću i

²³² Cappalletti, Merryman i Perillo, *The Italian Legal System: An Introduction* (1967.), str. 271.

²³³ Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights* (1998.), str. 43.

²³⁴ Evropski sud za ljudska prava, Presuda u predmetu *Cossey* od 27. septembra 1990., serija A, sv. 184.

²³⁵ *Ibid.*, para. 35 (naglasak dodan).

²³⁶ *Interpretation of Peace Treaties*, Savjetodavno mišljenje, Izvještaji MSP-a iz 1950., str. 65, na str. 104, sudija Zoričić, Protivno mišljenje.

predvidljivošću. Taj je trend očit i u međunarodnim sudovima. Sudija Shahabuddeen primjećuje:

Konzistentnost, stabilnost i predvidljivost, desiderati koji su u osnovi odgovornog pravnog sistema, traže od suda da ne koristi, osim sa velikim oprezom, svoje pravo da odstupa prijašnje odluke... Sud se, dakle, rukovodi principom da nepotrebno ne ugrožava mjerodavnost svojih prijašnjih odluka.²³⁸

Žalbeno vijeće takođe konstatira da je ta potreba osobito velika u krivičnom pravu, gdje je u pitanju lična sloboda pojedinca.

98. Pozivanja na pravo i sudsku praksu u raznim zemljama i u međunarodnim institucijama ne daju posve jasan odgovor na pitanje o tome koje pravo ovdje treba primijeniti. Konačni odgovor na to pitanje mora se pronaći u Statutu i Pravilniku Suda i njihovom tumačenju koje stavlja naglasak na principe interpretacije (dobra vjera, tekstualnost, kontekstualnost, teleologija) izložene u Bečkoj konvenciji o pravu međunarodnih ugovora iz 1969.²³⁹

99. U Statutu Suda nema odredbe koja se izričito bavi pitanjem obavezujuće snage odluka Žalbenog vijeća. Nepostojanje takve odredbe ne znači, međutim, da Statut ovdje ne može biti od pomoći. Član 25 Statuta predviđa sljedeće:

1. Žalbeno vijeće razmatra žalbe osoba koje su osudila pretresna vijeća i žalbe tužioca na sljedećim osnovama:

(a) greška u primjeni prava koja odluku čini nevažećom, ili

(b) greška u utvrđivanju činjeničnog stanja koja je dovela do osujećenja pravde.

2. Žalbeno vijeće može odluke pretresnih vijeća potvrditi, preinačiti ili izmijeniti.

100. Važnost prava na žalbu naglašena je u Izvještaju generalnog sekretara:

Generalni sekretar smatra da pravo na žalbu treba biti predviđeno Statutom. To pravo je temeljni element građanskih i političkih prava pojedinca i ono je, *inter alia*, bilo uključeno u Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima. Zbog toga je generalni sekretar predložio postojanje Žalbenog vijeća.²⁴⁰

²³⁷ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (1996.), str. 239.

²³⁸ *Ibid.*, str. 131-2.

²³⁹ Član 31(1), Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora, 23. maj 1969.

²⁴⁰ Izvještaj generalnog sekretara u skladu sa paragrafom 2 Rezolucije 808 Savjeta bezbjednosti (1993.), prezentiran 3. maja 1993., S/25704 (u daljem tekstu: Izvještaj generalnog sekretara), para. 116.

Značaj ovog prava naglašava činjenica da takvog prava nije bilo na suđenjima u Nirnbergu i u Tokiju.²⁴¹

101. Osnovna svrha Suda je krivično gonjenje osoba odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava.²⁴² Žalbena vijeće smatra da se toj svrsi može najbolje služiti pristupom koji, prihvaćajući potrebu za pravnom sigurnošću, stabilnošću i predvidljivošću u krivičnom pravu, takođe prihvaća da postoje situacije u kojima striktna, apsolutna primjena tog principa može dovesti do nepravde.

102. Princip kontinuiteta sudskih odluka mora se postaviti u ravnotežu sa rezidualnim principom koji traži da se u svim predmetima ishodi pravda. Sudija Tanaka je u svom Izdvojenom mišljenju u predmetu *Barcelona Traction (preliminarni prigovori)*²⁴³ spomenuo potrebu da se ostvari takva ravnoteža između pravne sigurnosti i pravde:

Svjestan sam da pri donošenju odluke u nekom predmetu valja u određenoj mjeri voditi računa o presedanima. Poštivanje presedana i održavanje kontinuiteta sudske prakse nesumnjivo je poželjno sa tačke gledišta pravne sigurnosti koje je jednako potrebno kako u međunarodnom, tako i u nacionalnom pravosuđu. *O istoj vrsti predmeta mora se odlučivati na isti način i, ako je moguće, jednakim načinom razmatranja.* Takvo ograničenje inherentno je sudskom postupanju za razliku od čisto akademskog postupanja.

S druge strane, zahtjev za konzistentnošću u sudskoj praksi nikad nije apsolutan. On se ne može održati na štetu zahtjeva za pravičnošću i razumnošću. Sud ne bi trebao oklijevati u odbacivanju presedana i ne bi trebao preveliku pažnju pridavati mjerodavnosti svojih prijašnjih odluka. Formalnom autoritetu neke sudske odluke ne smije se dati prednost pred njezinim stvarnim autoritetom. Prema tome, sasvim je neizbježno da u relativno kratkom vremenskom razdoblju, sa tačke gledišta odlučivanja i razmatranja, manjina u jednom predmetu postane većina u drugom predmetu iste vrste.²⁴⁴

103. I Rosenne govori o relativnosti zahtjeva za konzistentnošću sudske prakse:

Ovome korespondira briga suda da formalno ne odbaci svoje prijašnje odluke nego da, kad je to potrebno, objasni, obično na osnovi neke činjenične posebnosti, prijašnju odluku koju ne može slijediti. Stavovi usvojeni 1961. i 1964. u predmetima *Temple of Preah Vihear* i *Barcelona Traction* prema odluci u predmetu *Aerial Incident* iz 1959. primjer su takvog postupanja i relativnosti

²⁴¹ *Vidi* član 17 Povelje Međunarodnog vojnog suda za Daleki istok, Tokio, 19. januar 1946. i član 26 Povelje Međunarodnog vojnog suda u Nirnbergu, Njemačka, 8. august 1945.

²⁴² *Vidi* Član 1 Statuta.

²⁴³ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Preliminarni prigovori, Presuda, Izvještaji MSP-a, str. 6, na str. 65., sudija Tanaka, Izdvojeno mišljenje.

²⁴⁴ *Ibid.*, str. 65 (naglasak dodan).

zahtjeva za konzistentnošću u sudskoj praksi (što je vjerojatno najvažniji element kojim se treba rukovoditi u ovom aspektu rada suda.)²⁴⁵

104. Pravo na žalbu jeste komponenta zahtjeva za pravičnim suđenjem²⁴⁶ kako se navodi u članu 14 MPGPP-a i u članu 21(4) Statuta. Pravo na pravično suđenje zahtjev je, naravno, međunarodnog običajnog prava.²⁴⁷

105. Jedan je aspekt zahtjeva za pravičnim suđenjem pravo optuženoga da se slični predmeti tretiraju na sličan način tako da, općenito, isti predmeti dobiju isti tretman, i da se o njima, kako je rekao sudija Tanaka, odlučuje “ako je to moguće, istim načinom razmatranja”.²⁴⁸

106. Pravo na pravično suđenje zahtijeva i obezbjeđuje korekciju grešaka učinjenih tokom suđenja. Na žalbenoj raspravi princip pravičnosti ultimativni je korektiv pravnih i činjeničnih grešaka, ali i zahtjev u svakom žalbenom postupku u kojem se razmatra prijašnja odluka nekog žalbenog tijela.

107. Žalbeno vijeće stoga zaključuje da iz pravilnog tumačenja Statuta, pri čemu valja obratiti dužnu pažnju na njegov sadržaj i svrhu, proizlazi zaključak da u interesu pravne sigurnosti i predvidljivosti, Žalbeno vijeće treba slijediti svoje prijašnje odluke, ali istodobno treba biti slobodno da od njih odstupi kad za to postoje uvjerljivi razlozi u interesu pravde.

108. Primjeri situacija kada uvjerljivi razlozi u interesu pravde zahtijevaju odstupanje od prijašnjih odluka uključuju predmete u kojima je ranija odluka donesena na osnovi pogrešnog pravnog principa ili predmete u kojima je prijašnja odluka donesena *per incuriam*, što je sudska odluka u kojoj se “pogrešno odlučilo, obično zato što su sudije bile loše informirane o primjenjivom pravu.”²⁴⁹

109. Valja naglasiti da je uobičajeno pravilo da se slijede prijašnje odluke, a da je odstupanje od tih odluka iznimka. Žalbeno vijeće će se udaljiti od svoje prijašnje

²⁴⁵ Rosenne, *The Law and Practice of the International Court* (1985.), str. 613.

²⁴⁶ Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary* (1993.), komentira da je skupina prava koja čine pravo na pravično suđenje ona iznesena u članovima 14 i 15 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima iz 1966. (u daljem tekstu: MPGPP) (*ibid.*, član 14, para. 19).

²⁴⁷ *Vidi* član 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima iz 1949., član 8 Američke konvencije o ljudskim pravima iz 1969. i član 7 Afričke povelje o pravima čovjeka i naroda.

²⁴⁸ *Vidi* fusnotu 243, Izdvojeno mišljenje sudije Tanake.

²⁴⁹ *Black's Law Dictionary* (7. izd. 1999).

odluke samo nakon ozbiljnog razmatranja te odluke, kako u pogledu prava, uključujući citirane izvore, tako i u pogledu činjenica.

110. Ono što se slijedi iz prijašnjih odluka jeste pravni princip (*ratio decidendi*), a obaveza da se slijedi taj princip vrijedi samo za slične predmete, ili za bitno slične predmete. To se manje odnosi na sličnost, ili bitnu sličnost, činjenica, a više na to da je pitanje koje pokreću te činjenice u novom predmetu isto kao i pitanje o kojem je pomoću tog pravnog principa odlučeno u prijašnjem predmetu. Ne postoji obaveza da se slijede prijašnje odluke koje se zbog ovog ili onog razloga razlikuju od predmeta koji razmatra sud.

111. Kada se, razmatrajući neki predmet, Žalbeno vijeće suoči sa prijašnjim odlukama koje su u sukobu, ono je obavezno odlučiti koju će odluku slijediti ili da li će odstupiti od obiju odluka zbog uvjerljivih razloga u interesu pravde.

2. Da li su odluke Žalbenog vijeća obavezujuće za pretresna vijeća

112. Općenito, u sistemima *common law*-a, odluke viših sudova su obavezujuće za niže sudove. U građanskom pravu ne postoji doktrina obavezujućih presedana. Međutim, u praksi niži sudovi uglavnom slijede odluke viših sudova. Jedan je teoretičar primijetio sljedeće:

... gotovo da i nije pretjerano reći da doktrina *stare decisis* u *common law*-u i praksa kontinentalnih sudova obično vode ka istim rezultatima... U stvari, kada neki sudija u jednoj ili više odluka vrhovnog suda pronađe pravilo koje mu se čini relevantnim za odluku u predmetu koji razmatra, on će, jednako tako u Njemačkoj kao i u Engleskoj ili Francuskoj, slijediti te odluke i pravila koja su u njima sadržana.²⁵⁰

113. Žalbeno vijeće smatra da pravilno tumačenje Statuta zahtijeva da *ratio decidendi* njegovih odluka bude obavezujući za pretresna vijeća iz sljedećih razloga:

i) u Statutu je uspostavljena hijerarhijska struktura u kojoj je Žalbenom vijeću data funkcija da donosi definitivne odluke o određenim pravnim i činjeničnim pitanjima koja proizlaze iz odluka pretresnih vijeća. Prema članu 25, Žalbeno vijeće razmatra žalbu na osnovi greške u primjeni prava koje čini nevažećom odluku pretresnog vijeća ili na osnovi činjenične greške koja je dovela do pogrešne primjene prava, i njegove odluke su konačne;

²⁵⁰ Zweigert i Kotz, *An Introduction to Comparative Law* (1998.), str. 263.

ii) osnovni mandat Suda, da krivično progoni osobe odgovorne za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava, ne može se postići ako optuženi i Tužilaštvo ne posjeduju garancije pravne sigurnosti i predvidljivosti u primjeni mjerodavnog prava;

iii) pravo na žalbu je, kako je Vijeće već primijetilo,²⁵¹ komponenta zahtjeva za pravičnim suđenjem, koje je samo po sebi pravilo međunarodnog običajnog prava i iz kojega izvire pravo optuženoga da se u sličnim predmetima sudi na sličan način. To se ne može postići ako svako pretresno vijeće ima pravo da zanemari pravne odluke koje donijelo Žalbeno vijeće i da o pravnim pitanjima odlučuje po vlastitom nahođenju. U takvom sistemu bi bilo moguće da o jednom pravnom pitanju Sud iznese četiri različita *dictuma* – jedno žalbenog vijeća i po jedno svakoga od tri pretresna vijeća, kao da je Savjet bezbjednosti ustanovio četiri, a ne jedan sud. To bi bilo nekonzistentno sa namjerom Savjeta bezbjednosti, koji je, što je jasno iz običnog čitanja Statuta i Izvještaja generalnog sekretara, predvidio da se Sud sastoji od tri pretresna vijeća i jednog žalbenog vijeća i da primjenjuje jedan jedinstven, koherentan i racionalan korpus prava. Potreba za koherentnošću osobito je prisutna u kontekstu u kojem se odvija rad Suda, u kojem su norme međunarodnog humanitarnog prava i međunarodnog krivičnog prava u procesu razvoja, pa je potreba onih koji se pojavljuju pred Sudom, odnosno optuženoga i optužbe, da budu sigurni u režim po kojemu se sudi još veća.

3. Da li su odluke pretresnih vijeća obavezujuće za druga pretresna vijeća?

114. Žalbeno vijeće smatra da odluke pretresnih vijeća, koja su tijela ravnopravne nadležnosti, nisu obavezujuće za druga pretresna vijeća, iako neko pretresno vijeće može slijediti odluku drugog pretresnog vijeća ako tu odluku smatra uvjerljivom.

115. Žalbeno vijeće sada će razmotriti pitanje koje se iznosi u prvoj osnovi žalbe Tužilaštva.

4. Osnova žalbe

116. Prva osnova žalbe Tužilaštva jeste ta da je Pretresno vijeće pogriješilo kad je odlučilo da je član 2 Statuta neprimjenjiv jer nije ustanovljeno da su bosanski

²⁵¹ *Vidi* para. 104, *supra*.

Muslimani zatočeni u zatvoru Kaonik od januara do konca maja 1993. bili zaštićene osobe u smislu člana 4 Ženevske konvencije IV.²⁵²

117. Ova osnova žalbe iznosi dva vrlo važna pitanja, od kojih se oba odnose na kriterij za primjenjivost člana 2 Statuta. Prvo pitanje je test za utvrđivanje međunarodnog karaktera oružanog sukoba, a drugo test za utvrđivanje statusa žrtava kao zaštićenih osoba prema članu 4 Ženevske konvencije IV.

118. Tužilaštvo tvrdi da je Pretresno vijeće primijenilo pogrešne kriterije za rješavanje tih pitanja i da bi, da je upotrebljen pravilan kriterij, optuženi bio osuđen. Traži, dakle, preinačenje oslobađajuće presude po tačkama optužnice 8 i 9.

119. Žalbeno vijeće će razmotriti: a) kriterije za utvrđivanje međunarodnog karaktera oružanog sukoba, b) kriterije za utvrđivanje da li su bosanski Muslimani bili zaštićene osobe po članu 4 Ženevske konvencije IV i c) pitanje preinačenja oslobađajuće presude po tačkama optužnice 8 i 9.

(a) Kriteriji za utvrđivanje međunarodnog karaktera oružanog sukoba

120. Tužilaštvo tvrdi da je pravilan kriterij za utvrđivanje prirode oružanog sukoba test “globalne kontrole” koji je ovo Vijeće formalno iznijelo u Presudi u predmetu *Tadić*. Prema stajalištu Tužilaštva Pretresno vijeće bi, da je bio primijenjen taj test, zaključilo kako su djela HVO-a pripisiva Hrvatskoj. Umjesto toga Pretresno vijeće je “pogrešno odlučilo da Tužilaštvo mora pokazati da je Hrvatska dala konkretan mandat ili konkretne upute bosanskim Hrvatima u vezi sa sukobom u području Lašvanske doline”.²⁵³ Konkretno, optužba tvrdi da Pretresno vijeće “nije usvojilo primjeren okvir pri ispitivanju da li je bilo pojedinaca ili organizacija bosanskih Hrvata koji su, mada nisu službeno bili agenti hrvatske Vlade, primili od potonje ovlaštenje ili zadatak da u njeno ime izvrše takve radnje koje bi ih učinile *de facto* njezinim agentima”.²⁵⁴ To je, tvrdi Tužilaštvo, u stvari, test “konkretnih uputstava”, za razliku od testa “globalne kontrole”.

²⁵² Podnesak protivžaliooca, para 2.4.

²⁵³ *Ibid.*, para. 2.17.

²⁵⁴ *Ibid.*, para. 2.18.

121. Ispitivanje ove osnove žalbe, kako ju je izložilo Tužilaštvo, zahtijeva da se razmotre sljedeća pitanja:

i) koje je pravo mjerodavno za ovo pitanje;

ii) ako je test “globalne kontrole” mjerodavno pravo, da li je Pretresno vijeće propustilo da ga primijeni?

(i) Koje je pravo mjerodavno za ovo pitanje?

122. Tužilaštvo tvrdi da je mjerodavan kriterij za utvrđivanje međunarodnog karaktera sukoba test “globalne kontrole”, kako ga je izložilo Žalbeno vijeće u Presudi u predmetu *Tadić*. Tužilaštvo je u prilog svojoj tvrdnji citiralo sljedeći paragraf iz Presude u predmetu *Tadić*:

Kao što je Žalbeno vijeće već istaklo, međunarodno pravo ne postavlja uslov da je za određena djela o kojima je riječ strana država izdala konkretna uputstva ili direktive određenim oružanim snagama, a da bi se za te oružane snage moglo smatrati da djeluju kao *de facto* organi države. Iz toga proizilazi da u okolnostima ovog predmeta nije bilo potrebno pokazati da je konkretne operacije koje su sprovele snage bosanskih Srba i koje su predmet ovog suđenja (napadi na Kozarac i opšte uzevši u opštini Prijedor) konkretno naredila ili planirala Jugoslovenska armija. Dovoljno je pokazati da je ta Armija vršila opštu kontrolu nad snagama bosanskih Srba – što je optužba pred Pretresnim vijećem i pokazala. Ta kontrola se odražavala ne samo u finansijskoj, logističkoj i drugoj pomoći i podršci nego takođe, što je još važnije, u učestvovanju u opštem usmjeravanju, koordinaciji i nadzoru nad aktivnostima i operacijama VRS. Ta vrsta kontrole dovoljna je da se ispune pravni kriterijumi koje zahtijeva međunarodno pravo.²⁵⁵

Tužilaštvo smatra da Žalbeno vijeće ne bi trebalo odstupiti od svoje prethodne odluke u predmetu *Tadić* osim ako ne odluči da je ta odluka bila očito pogrešna i da je neodrživa.²⁵⁶

123. Odbrana je, s druge strane, općenito protiv primjene doktrine *stare decisis* od strane Suda, ali zaključuje da se, ako se mora primijeniti, “može primijeniti samo iznimno u postupku pred MKS-om [*sic*] i to samo onda kad nijedan od osnovnih pravnih izvora ne uspije dati smjernice za odlučivanje o nekom određenom činjeničnom ili pravnom pitanju.”²⁵⁷ Konkretno, odbrana naglašava da se doktrina *stare decisis*, ako se primijeni na Sud, može primijeniti samo u onim okolnostima kad

²⁵⁵ Presuda Žalbenog vijeća u predmetu *Tadić*, para. 156.

²⁵⁶ Replika protivžalioca, para. 1.18.

²⁵⁷ Dodatni argumenti žalioca, para. 7.

je činjenična situacija ista ili bitno slična.²⁵⁸ Odbrana tvrdi da je taj princip ovdje neprimjenjiv budući da je “oružani sukob između srpskog i muslimanskog naroda na teritoriji Bosne i Hercegovine bio bitno drugačiji od oružanog sukoba između hrvatskog i muslimanskog naroda”.²⁵⁹ Odbrana nadalje tvrdi da je doktrina *stare decisis* ili doktrina obavezujućeg presedana nekonzistentna sa principom legaliteta, odnosno principom *nullum crimen sine lege*.²⁶⁰

124. Žalbeno vijeće će sada razmotriti argumente koje mu je predočila odbrana.

125. Argument da se princip *stare decisis* treba primijenjivati samo u onim okolnostima kada su činjenice iste neosnovan je. Kako je već objašnjeno u ovoj presudi,²⁶¹ ono što se slijedi iz prijašnje odluke jeste pravni princip koji ona ustanovljava, a obaveza da se on slijedi nastaje samo onda kada činjenice pokazuju da je pitanje koje taj princip rješava isto kao i pitanje koje izvire iz činjenica u kasnijem predmetu. Irelevantno je, dakle, to što se Presuda u predmetu *Tadić* bavila oružanim sukobom između srpskog i muslimanskog naroda u Bosni i Hercegovini, dok se sadašnji predmet bavi oružanim sukobom između hrvatskog i muslimanskog naroda. Ono pak što je važno jeste da li se, u kasnijem predmetu, pravni princip koji se tiče “opšte kontrole” iznesen u Presudi u predmetu *Tadić* može primijeniti u kontekstu sukoba između bosanskih Hrvata i bosanskih Muslimana u Bosni i Hercegovini. U Presudi u predmetu *Tadić* taj je pravni princip izveden iz činjenične situacije u kojoj je postojalo pitanje razine kontrole od strane neke države (Savezne Republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora)) ili entiteta (Jugoslovenska narodna armija (u daljem tekstu: JNA) nad nekom vojnom grupom (Vojska Srpske Republike Bosne i Hercegovine/Republike Srpske (u daljem tekstu: VRS) koja je učestvovala u sukobu koji je *prima facie* bio unutarjni sukob. Isto pitanje proističe i iz činjenica u ovom predmetu; riječ je o kontroli od strane neke države ili entiteta (Hrvatska ili vojska Republike Hrvatske (u daljem tekstu: HV) nad nekom vojnom grupom (HVO) koja je učestvovala u oružanom sukobu koji je *prima facie* bio unutarjni sukob. Iz toga slijedi da je savršeno ispravno u ovom predmetu pozivati se i oslanjati na pravni princip iznesen u Presudi u predmetu *Tadić*.

²⁵⁸ *Ibid.*, para. 8.

²⁵⁹ Dodatni argumenti žalioaca, para 10.

²⁶⁰ *Ibid.*, para 7 i 8.

²⁶¹ *Vidi* para. 110, *supra*.

126. Argument legaliteta ili *nullum crimen sine lege* koji je iznijela odbrana temelji se na nerazumijevanju tog principa. Žalbeno vijeće shvaća tvrdnju odbrane u značenju da nije moguće osloniti se na prijašnju odluku kao na pravni *dictum* budući da bi ta odluka nužno morala biti donesena nakon počinjenja zločina te stoga ne bi ispunila zahtjeve principa legaliteta. Ništa u tom principu ne sprečava tumačenje zakona kroz sudske odluke i oslanjanje na te odluke u kasnijim predmetima kad su okolnosti primjerene. Princip legaliteta odražava se u članu 15 MPGPP-a.²⁶² Ono što taj princip traži jeste da se osoba može proglasiti krivom samo u odnosu na djela koja su u vrijeme počinjenja predstavljala kršenje zakona. U ovom predmetu, sva djela za koja je optuženi optužen predstavljala su zločin po međunarodnom pravu u vrijeme njihova počinjenja. Nečovječno postupanje i hotimično nanošenje teške patnje ili teške povrede tijela ili zdravlja iz člana 2 Statuta bili su kršenje odredbi koje se odnose na teške povrede Ženevskih konvencija, a povrede ličnog dostojanstva iz člana 3 Statuta predstavljale su kršenje zakona i običaja rata, u vrijeme počinjenja zločina.

127. Nema, dakle, povrede principa *nullum crimen sine lege*. Taj princip ne sprečava sud, bilo na nacionalnoj ili na međunarodnoj razini, da odlučuje o nekom pitanju postupkom tumačenja i rasvjetljavanja elemenata nekog određenog zločina; on, takođe, ne sprečava sud da se osloni na prijašnje odluke u kojima se može pronaći interpretacija značenja koje valja pripisati određenim elementima zločina.

128. Žalbeno vijeće sada će razmotriti Presudu u predmetu *Tadić* kako bi odredilo da li bi je trebalo slijediti, primjenjujući princip izložen u paragrafu 107 *supra* da prijašnju odluku Vijeća valja slijediti ukoliko ne postoje uvjerljivi razlozi u interesu pravde da se od nje odstupi.

129. U Presudi u predmetu *Tadić* razmatrani su, *inter alia*, pravni kriteriji za utvrđivanje okolnosti u kojima se djela neke vojne grupe mogu pripisati nekoj državi, tako da se ta grupa može smatrati *de facto* agentom te države, čime se internacionalizira *prima facie* unutarnji sukob u kojem ta grupa učestvuje.

130. Pretresno vijeće u predmetu *Tadić* primijenilo je test “efektivne kontrole” koji je izložio MSP u predmetu *Nikaragva* i protumačilo ga na način da taj test zahtijeva

²⁶² U relevantnom dijelu člana 15 MPGPP-a stoji: ”Nikoga se ne može proglasiti krivim za bilo koje krivično djelo na osnovu bilo kakve radnje ili propusta koje nije u vrijeme kad je počinjeno predstavljalo krivično djelo, po nacionalnom ili međunarodnom pravu.”

dokaze o konkretnim uputstvima.²⁶³ Žalbena vijeće u predmetu *Tadić* navelo je dvije osnove po kojima test “efektivne kontrole” nije uvjerljiv te ga zbog toga ne bi trebalo slijediti.

131. Općenito govoreći, prvi razlog zbog kojega Žalbena vijeće u predmetu *Tadić* nije slijedilo test “efektivne kontrole” iz predmeta *Nikaragva* u “slučaj[u] kad pojedinci sačinjavaju organizovanu i hijerarhijski strukturisanu grupu, npr. vojnu jedinicu ili, u slučaju rata ili unutarnjeg razdora, naoružane bande neregularnih snaga ili pobunjenika”²⁶⁴ jeste taj što “članovi grupe u principu ne djeluju na svoju ruku nego se pridržavaju standarda koji važe u grupi i podložni su autoritetu vođe grupe”.²⁶⁵

132. Prema mišljenju Žalbenog vijeća u predmetu *Tadić*, dakle, jednom kad se ustanovi da je neka grupa pod “globalnom kontrolom” države, država se smatra odgovornom za aktivnosti te grupe, bez obzira na to da li je ta država dala konkretna uputstva pripadnicima te grupe.

133. Druga osnova po kojoj je Žalbena vijeće u predmetu *Tadić* zaljučilo da je test iz predmeta *Nikaragva* neuvjerljiv jest činjenica da isti nije u skladu sa sudskom i nacionalnom praksom. U presudi u predmetu *Tadić* navodi se više predmeta sa sudova za naknadu štete, te nacionalnih, regionalnih ili međunarodnih sudova, u kojima su djela grupa bila pripisana određenim zemljama, a da pri tome nisu provedene nikakve istrage o tome da li je ta država izdala konkretna uputstva pripadnicima tih grupa.²⁶⁶

134. Primjenjujući princip izložen u paragrafu 107 ove Presude, Žalbena vijeće će slijediti svoju odluku iz presude u predmetu *Tadić*, budući da, nakon pomne analize, nije uspjelo pronaći uvjerljiv razlog da od nje odstupi. Doista, Žalbena vijeće ne može reći da je ona rezultat primjene pogrešnog pravnog principa ili da se do nje došlo *per incuriam*. Test “globalne kontrole” izložen u Presudi u predmetu *Tadić* jeste mjerodavno pravo.

²⁶³ *Tužilac protiv Duška Tadića*, predmet br.: IT-94-1-T, Mišljenje i presuda, 7. maj 1997.

²⁶⁴ Presuda Žalbenog vijeća u predmetu *Tadić*, para. 120.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ *Ibid.*, para. 124-131.

135. Žalilac tvrdi da se ovo Vijeće ne bi trebalo osloniti na Presudu u predmetu *Tadić* jer ona još nije bila donijeta kad je izrečena Presuda u predmetu *Aleksovski*.²⁶⁷ Ovaj argument se zasniva na pogrešnom prosuđivanju. Žalbeno vijeće želi pojasniti da kada tumači član 2 Statuta ono samo ukazuje na to kakvo je i odranije bilo pravilno tumačenje te odredbe, premda prije nije bilo izraženo na taj način.

136. Žalbeno vijeće će sada pristupiti ispitivanju Presude u predmetu *Aleksovski* kako bi utvrdilo koji je test primijenjen.

(ii) Ako je test “globalne kontrole” mjerodavno pravo, da li ga je Pretresno vijeće propustilo primijeniti?

137. Pitanje u predmetu *Aleksovski* bilo je da li se može reći da su snage HVO-a, premda nisu službeno bile agent hrvatske vlade, djelovale kao *de facto* agent hrvatske države. Tražeći odgovor na to pitanje, većina Pretresnog vijeća u predmetu *Aleksovski*, u Zajedničkom mišljenju većine primjećuje sljedeće u vezi s odlukom Žalbenog vijeća u Odluci po interlokutornoj žalbi u predmetu *Tadić*:

Žalbeno vijeće u Odluci po interlokutornoj žalbi u predmetu *Tadić* nije precizno odredilo stepen intervencije jedne države na teritoriji druge države koji je potreban da bi se moglo zaključiti kako je došlo do internacionalizacije oružanog sukoba. Međutim, to je Vijeće ipak dalo neke korisne putokaze u ovom pitanju time što je pokazalo da bi sukobljavanja između Vlade Bosne i Hercegovine i snaga bosanskih Srba trebalo smatrati unutrašnjim sukobom, osim ako se ne može dokazati “direktno učestvovanje” JNA, u kojem slučaju sukob treba smatrati međunarodnim.²⁶⁸

Na način razmišljanja većine upućuje i sljedeći paragraf:

U međunarodnom pravu država može djelovati izravno putem svojih organa vlasti i predstavnika, ili neizravno putem lica ili organizacija koje, iako nisu službeni agenti vlade, od iste mogu dobiti ovlaštenja ili zadatke da djeluju u njeno ime, tako da *de facto* postaju njeni agenti.²⁶⁹

138. Dio gore citirane rečenice u kojemu se kaže da “od iste mogu dobiti ovlaštenja ili zadatke da djeluju u njeno ime, tako da *de facto* postaju njeni agenti” doista, po mišljenju Žalbenog vijeća, upućuje na to da je stav većine bio kako je

²⁶⁷ Odgovor žalioca, para. 5 i 10. Presuda Žalbenog vijeća u predmetu *Tadić* izrečena je 15. jula 1999., otprilike tri tjedna nakon što je donesena Presuda u predmetu *Aleksovski*, 25. juna 1999.

²⁶⁸ Zajedničko mišljenje većine, para. 8.

²⁶⁹ *Ibid.*, para. 9.

potrebna neka vrst uputstava da bi se ustanovilo postojanje traženog tipa odnosa između bosanskih Hrvata i hrvatske države. To je ono što optužba naziva testom “konkretnih uputstava”.

139. U Zajedničkom mišljenju većine primjećuje se i sljedeće o predmetu *Nikaragva* MSP-a:

Prema mišljenju Međunarodnog suda pravde (u daljem tekstu: MSP), ukoliko odnos pobunjeničkih snaga sa stranom državom u tolikoj mjeri karakterizira zavisnost sa jedne strane, a kontrola sa druge, da bi u pravnom smislu bilo prikladno pobunjeničke snage izjednačiti s organom te države, odnosno smatrati da te snage djeluju u ime dotične države, tada se može smatrati da je sukob međunarodnog karaktera, iako se *prima facie* radi o unutarnjem sukobu i nema izravnog uplitanja oružanih snaga dotične države.²⁷⁰

Pominje se takođe oslanjanje većine, sudije Stephena i sudije Vohraha, u Pretresnom vijeću u predmetu *Tadić*, “na strogi kriterijum koji je definisao MSP u predmetu *Nikaragva*, i to u smislu da do međunarodne odgovornosti neke države dolazi samo u slučaju da ta država ima kontrolu (“izravnu i faktičnu”) u odnosu na konkretne vojne ili paravojne operacije”.²⁷¹

140. U vezi odnosa između snaga HV-a i HVO-a većina je komentirala jedan poseban aspekt svjedočenja jednog vještaka:

Vještak je predočio zapovijed HVO-a (a ne HV-a, razlika je ključna), kojom se od vojnika traži da skinu oznake HV-a (novembar-decembar 1992.) zbog potencijalnih problema za Hrvatsku. Iako postoji dokument iz maja 1993, kojim se dozvoljava prelaz/unapređenje vojnika iz HVO-a u HV, to samo po sebi ne dokazuje zavisnost HVO-a od HV-a.²⁷²

141. Žalbeno vijeće će iznijeti dvije opaske u vezi s ovim paragrafom. Prvo, činjenica da se većina potrudila da naglasi kako je naređenje došlo od HVO-a, a ne od HV-a, te da je ta distinkcija vrlo važna, upućuje na važnost koju Pretresno vijeće pridaje naređenju ili uputstvu države koja kontrolira snage kao uslov za pripisivanje djela pripadnika vojne grupe nekoj državi. Drugo, u mjeri u kojoj se u Zajedničkom mišljenju većine koristi zavisnost kao kriterij, utoliko je ono nekonzistentno s odlukom u predmetu *Tadić*.

²⁷⁰ Zajedničko mišljenje većine, para. 11 (fusnote izostavljene).

²⁷¹ *Ibid.*, para. 12 (fusnote izostavljene).

²⁷² *Ibid.*, para. 23 (fusnote izostavljene)

142. Indikativno je da se u Zajedničkom mišljenju većine zaključuje kako “Tužilaštvo nije uspjelo dokazati da je u vremenskom razdoblju i na području na koje se odnosi optužnica HVO u oružanom sukobu protiv Bosne i Hercegovine stvarno djelovao pod globalnom kontrolom HV-a.”²⁷³

143. Žalbeno vijeće zaključuje da, bez obzira na to što se u njoj izrijekom spominje “globalna kontrola”, Presuda u predmetu *Aleksovski* nije zapravo primijenila test opšte kontrole. Citirani ulomci pokazuju da je većina istakla potrebu postojanja konkretnih uputstava ili naređenja kao uslova za pripisivanje djela HVO-a hrvatskoj državi, što se ne zahtijeva za test “globalne kontrole”.

144. Test “globalne kontrole” koji je iznesen u Presudi u predmetu *Tadić* i ono što je potrebno da se isti zadovolji predstavlja drugačiji standard od testa “konkretnih uputstava” kojim se koristila većina u predmetu *Aleksovski*, ili “direktne umiješanosti” koja se pominje u Odluci po interlokutornoj žalbi u predmetu *Tadić*.

145. Test “globalne kontrole” zahtijeva da se izvrši ocjena svih elemenata kontrole uzetih u cjelini te da se na osnovi toga odredi da li je postojao traženi stepen kontrole. Budući da je Žalbeno vijeće u Presudi u predmetu *Tadić* došlo do ovog testa imajući u vidu test “efektivne kontrole” iz odluke MSP-a u predmetu *Nikaragva*,²⁷⁴ i test “konkretnih uputstava” kojim se koristilo Pretresno vijeće u predmetu *Tadić*, Žalbeno vijeće smatra prikladnim ustvrditi kako standard koji je uspostavio test “globalne kontrole” nije jednako strog kao ti testovi.

146. Utoliko što obezbjeđuje veću zaštitu civilnih žrtava u oružanim sukobima, taj drukčiji i manje strog standard u potpunosti je konzistentan s osnovnom svrhom Četvrte Ženevske Konvencije, a to je da se obezbijedi “što je moguće već[u] zaštit[u] civila”.²⁷⁵

²⁷³ *Ibid.*, para. 27 (fusnote izostavljene).

²⁷⁴ *Vidi* u vezi s tim, referencu u Zajedničkom mišljenju većine o “višim standardima” u predmetu *Nikaragva*, para. 12.

²⁷⁵ Presuda Žalbenog vijeća u predmetu *Tadić*, para. 168.

(b) Kriteriji za utvrđivanje da li su žrtve bosanski Muslimani bili zaštićene osobe prema članu 4 Četvrte Ženevske konvencije

147. Tužilaštvo tvrdi da je Pretresno vijeće pogriješilo zaključivši da nije utvrđen status zaštićenih osoba zato što su žrtve bosanski Muslimani imali isto državljanstvo, državljanstvo Bosne i Hercegovine, kao i oni koji su ih zatočili.²⁷⁶

148. Član 4 Četvrte Ženevske konvencije, koji je ovdje primjenjiv, na sljedeći način definira zaštićene osobe:

osobe koje se, u slučaju sukoba ili okupacije, u bilo kojem trenutku i na bilo koji način nađu u vlasti strane u sukobu ili okupacijske sile čiji nisu državljani.

149. U osnovi, odbrana tvrdi da se radilo o unutarnjem sukobu, između bosanskih Hrvata i bosanskih Muslimana, koji su i jedni i drugi državljani Bosne i Hercegovine te su stoga žrtve bosanski Muslimani bili istog državljanstva kao i oni koji su ih zatočili.

150. Tužilaštvo smatra da su, ako se zbog učestvovanja Hrvatske utvrdi da se radilo o međunarodnom sukobu, žrtve, bosanski Muslimani, bili u rukama strane u sukobu, Hrvatske, koje zemlje oni nisu državljani i da je prema tome primjenjiv član 4 Četvrte ženevske konvencije.

151. Žalbeno vijeće slaže se s tom tvrdnjom. Međutim, Žalbeno vijeće takođe potvrđuje nalaz Presude u predmetu *Tadić* da se, u određenim okolnostima, član 4 može šire tumačiti tako da se nekoj osobi može dodijeliti zaštićeni status bez obzira na činjenicu da je ona istog državljanstva kao i oni koji su je zatočili.

152. U Presudi u predmetu *Tadić* Žalbeno vijeće je, nakon što je razmotrilo kriterij iz člana 4, zaključilo da "u takvim sukobima, ne samo tekst i historija sastavljanja Konvencije nego, još važnije, sam cilj i svrha Konvencije govore u prilog tome da ključnim testom valja smatrati lojalnost strani u sukobu, čemu odgovara kontrola te strane nad licima na datoj teritoriji".²⁷⁷ Ta formulacija se oslanja na teleološki pristup tumačenju člana 4 Četvrte ženevske konvencije i pravilno zaključuje da je predmet te

²⁷⁶ Podnesak protivžalioca, para. 2.56.

²⁷⁷ Presuda Žalbenog vijeća u predmetu *Tadić*, para. 166.

Konvencije “što je moguće već[a] zaštit[a] civila”.²⁷⁸ Osnovna svrha člana 4 na sljedeći je način objašnjena u Presudi u predmetu *Tadić*:

obezbjediti zaštitu Konvencije onim civilima koji ne uživaju diplomatsku zaštitu i shodno tome nisu vezani lojalnošću i kontrolom države u čijim su se rukama zatekli. Pri pružanju te zaštite, član 4 mora uzimati u obzir suštinu neke veze, a ne njenu pravnu kvalifikaciju.²⁷⁹

Žalbeno vijeće smatra da ova proširena primjena člana 4 zadovoljava predmet i svrhu Četvrte ženevske konvencije i da je naročito relevantna u kontekstu današnjih međunacionalnih sukoba.

(c) Zahtjev Tužilaštva da se preinači oslobađajuća presuda po tačkama 8 i 9

153. Mada Žalbeno vijeće smatra da je Pretresno vijeće primijenilo pogrešan test za utvrđivanje primjenjivosti člana 2, ono odbija da ukine oslobađajuću presudu po tačkama 8 i 9 iz sljedećih razloga:

- i) u pogledu ove osnove žalbe, bitna pitanja koja treba utvrditi jesu pravna, a ne činjenična pitanja, a Vijeće smatra važnim za razvoj prakse Suda da se ta pitanja razriješe i ono je o tim pitanjima odlučilo u odnosu na kriterije za ocjenjivanje međunarodnog karaktera oružanog sukoba i status žrtve kao zaštićene osobe;
- ii) zaključci Vijeća o tim kriterijima nužno upućuju na to da je Pretresno vijeće primijenilo pogrešan test i da su, prema tome, njegovi zaključci doneseni na pogrešnoj osnovi;
- iii) Vijeće neće predmet vraćati Pretresnom vijeću na ponovno ispitivanje niti će sâmo utvrđivati stanje u pogledu činjenica budući da ni jedno ni drugo ne bi bilo svrsishodno. Materijalne radnje žalioca koje su u osnovi optužaba iste su za tačke optužnice 8 i 9 kao i za tačku optužnice 10, po kojoj je žalilac osuđen. Dakle, čak kad bi se oslobađajuća presuda preinačila proglašenjem krivnje po tim tačkama, ne bi bilo primjereno povećavati kaznu žalioцу. Osim toga, kazna koja bi se odredila u pogledu tačkaka 8 i 9 tekla bi istovremeno sa kaznom po tački 10.

²⁷⁸ *Ibid.*, 168.

²⁷⁹ *Ibid.*

C. Zaključak

154. Ova osnova žalbe se usvaja utoliko što Žalbeno vijeće zaključuje da je Pretresno vijeće primijenilo pogrešan test za određivanje prirode oružanog sukoba i statusa zaštićenih osoba u smislu člana 2 Statuta. Međutim, Žalbeno vijeće odbija da preinači oslobađajuću presudu po tačkama 8 i 9.

VII. DRUGA OSNOVA PROTIVŽALBE TUŽILAŠTVA: ODGOVORNOST ZA ZLOSTAVLJANJE ZATVORENIKA IZVAN ZATVORA

A. Podnesci strana

1. Podnesak protivžalioca

155. Tužilaštvo se žali da Pretresno vijeće nije razmotrilo dio njihove teze u prilog tačke optužnice 10 (povreda dostojanstva koja predstavlja kršenje zakona i običaja rata). Ta tačka optužnice zasnovana je na tvrdnji u optužnici da su bosanski civili Muslimani, koji su bili zatočeni u zatvoru Kaonik pod komandom žalioca, bili podvrgavani fizičkom i psihičkom zlostavljanju, prisilnom radu (kopanje rovova) i radu u opasnim uslovima (korištenje zatočenika za živi štit).²⁸⁰

156. Teze Tužilaštva bile su a) da su se povrede ličnog dostojanstva koje su bile rezultat nanošenja fizičkih i psihičkih ozljeda (“zlostavljanja”) odvijale ne samo unutar zatvorskog kompleksa nego i izvan njega, gdje su zatočeni radili pod nadzorom vojnika HVO-a, i b) da su se one povrede ličnog dostojanstva koje su rezultat prisilnog rada i korištenja zatočenika za živi štit odvijale samo izvan zatvorskog kompleksa.

157. Pretresno vijeće je utvrdilo da je žalilac odgovoran prema članu 7(3) Statuta za zlostavljanje zatočenika unutar zatvorskog kompleksa kao nadređena osoba.²⁸¹ Takođe je utvrdilo njegovu individualnu odgovornost prema članu 7(1) Statuta za prisilni rad i korištenje zatočenika za živi štit izvan zatvora, na osnovu toga što je pomagao i podržavao vojnike HVO-a u tim radnjama.²⁸² Osnova po kojoj je utvrđeno da je on pomagao i podržavao vojnike HVO-a u tim radnjama jest ta da je on bio svjestan za što su vojnici HVO-a koristili zatočenike, da je ponekad bio prisutan odabiranju zatočenika za te svrhe i da je gotovo uvijek bio prisutan kad su se zatočeni vraćali kako bi utvrdio da su svi ondje, te da (budući da je bio odgovoran za dobrobit zatočenika) nije preduzeo mjere koje su mu bile na raspolaganju da spriječi njihov odlazak na rad u opasnim uslovima.²⁸³ S druge strane, Pretresno vijeće je utvrdilo da nije dokazano da je žalilac “direktno učestvovao” u zlostavljanju zatočenika od strane

²⁸⁰ Optužnica, para 31.

²⁸¹ Presuda, para 228.

²⁸² *Ibid.*, para 229.

²⁸³ *Ibid.*, para. 125 i 128-129.

HVO-a izvan zatvora, objašnjavajući kako to Tužilaštvo nije ustvrdilo, te da on stoga nije individualno odgovoran za to zlostavljanje.²⁸⁴

158. Tužilaštvo tvrdi da je ono, iako nije predložilo dokaze da je žalilac lično vršio zlostavljanje zatočenika izvan zatvora, tražilo individualnu odgovornost sukladno članu 7(1) Statuta što je uključivalo i navod da je optuženi pomagao i podržavao protivpravno postupanje prema zatočenim bosanskim Muslimanima, te je to formuliralo na način da je obuhvaćeno i postupanje izvan zatvora.²⁸⁵ Tužilaštvo izjavljuje da je Pretresno vijeće u svojoj Presudi prihvatilo da je to teza optužbe.²⁸⁶

159. Naposljetku, optužba navodi da su činjenični nalazi Pretresnog vijeća u vezi sa žaliočevom odgovornošću za pomaganje i podržavanje u korištenju zatočenika za prisilni rad i za živi štit izvan zatvora,²⁸⁷ zajedno sa drugim činjeničnim nalazima da je žalilac bio svjestan zlostavljanja tih zatočenika izvan zatvora,²⁸⁸ nužno morali dovesti do zaključka da je žalilac individualno odgovoran za zlostavljanje zatočenika time što je pomagao i podržavao radnje vojnika HVO-a.²⁸⁹

2. Odgovor žalioca

160. Žalilac nije osporio argument Tužilaštva da ga je ono u optužnici teretilo za individualnu odgovornost zbog pomaganja i podržavanja u zlostavljanju zatočenika od strane HVO-a izvan zatvora. On je, međutim, ustvrdio kako nije dokazano da je on imao ikakve veze sa vojnicima HVO-a, ili mogućnosti da iste kontrolira (kao njihov

²⁸⁴ *Ibid.*, para. 130.

²⁸⁵ Optužnica, para 37, u kojoj stoji sljedeće: "...pojedinačno, i u saradnji sa drugima, planirali su, poticali, naređivali ili na drugi način potpomagali i sudjelovali u planiranju, pripremi ili protuzakonitom postupanju sa zatvorenim bosanskim Muslimanima u lašvanskoj dolini u Republici Bosni i Hercegovini, ili su pak znali ili imali razloga znati, da će njihovi podređeni počinuti ta djela ili da su ih počinili, a oni nisu poduzeli potrebne i razumne mjere da spriječe ili kazne krivce."

²⁸⁶ Podnesak protivžalioca, para. 3.14. oslanja se na para. 40 Presude, u kojem stoji: "Tvrdnje o nečovječnom postupanju... zasnivaju se tako ne samo na uslovima zatočeništva u logoru Kaonik... nego i na postupcima kojima su zatočenici bili izvrgnuti kod rovova (prisilni rad, zlostavljanje i nedostatak hrane), te na činjenici da se zatočenike koristilo kao živi štit. U prilog tačci optužnice koja se zasniva na članu 2(c) Statuta (namjerno nanošenje teške patnje ili ozbiljnih zdravstvenih i tjelesnih povreda) tužilac navodi ne samo zlostavljanje kojem su zatočenici bili izvrgnuti u samom logoru Kaonik, nego i patnje, te zdravstvene i tjelesne povrede do kojih je došlo uslijed zlostavljanja ili opasnih uslova u kojima su zatvorenici morali kopati rovove. Što se, pak, tiče povreda ličnog dostojanstva predviđenih članom 3(c), koji je zajednički svim Ženevskim konvencijama, tužilac navodi protivzakonito zatočenje [...] prisilni rad u rovovima, korišćenje zatočenika kao živi štit, te uopšte upućuje na elemente povreda iz člana 2 Statuta. Činjenice koje je tužilac iznio u prilog tri tačke optužnice upućuju tako na događaje koji su se odigrali kako u logoru Kaonik, tako i van njega."

²⁸⁷ Presuda, para 128.

²⁸⁸ *Vidi* para. 168, *infra*.

²⁸⁹ Podnesak protivžalioca, para. 3.16; T. 45-49.

vojni zapovjednik ili na bilo koji drugi način) niti da je znao da će oni zlostavljati zatočenike.²⁹⁰ On je takođe ustvrdio kako nije dokazano da su zatočenici bili korišteni kao živi štit, nego samo da je postojao pokušaj da se to učini.²⁹¹ Međutim, on u svojoj žalbi nije osporio zaključak Pretresnog vijeća da su zatočenici korišteni kao živi štit.

3. Replika protivžalioca

161. Prema tumačenju Tužilaštva, u odgovoru žalioca se tvrdi da, u slučaju pomaganja i podržavanja, *mens rea* saučesnika mora biti ista kao i *mens rea* glavnog počinioca.²⁹² Žalilac je, međutim, samo ustvrdio da je saučesnik morao znati za sve bitne elemente zločina koji je trebao biti počinjen.²⁹³ Tužilaštvo takođe poriče da je potrebno da, pri pokazivanju individualne odgovornosti žalioca po članu 7(1) za radnje vojnika HVO-a koji su zlostavljali zatočenike, Tužilaštvo utvrdi da je on s njima imao ikakve veze ili da je nad njima vršio kontrolu.

B. Diskusija

162. Odgovornost osobe koju se tereti za pomaganje i podržavanje druge osobe u počinjenju zločina opsežno je razmotrilo Pretresno vijeće II u Presudi u predmetu *Furundžija*.²⁹⁴ To vijeće je navelo sljedeće zaključke:²⁹⁵

i) mora se pokazati da je osoba koja je pomagala ili podržavala izvršila radnje koje su se sastojale u konkretnom potpomaganju, ohrabrenju ili moralnoj podršci koji su imali bitan uticaj na počinjenje zločina od strane glavnog počinioca, i to za zločin za koji se traži odgovornost pomagača i podržavaoca.

ii) mora se pokazati da je pomagač i podržavalac znao (u smislu da je bio svjestan) da su njegove vlastite radnje potpomogle počinjenje zločina od strane glavnog počinioca.

Pretresno vijeće je ranije iznijelo zaključak da nije potrebno pokazati da je pomagač i podržavalac imao istu *mens rea* kao i glavni počinilac, ali se mora pokazati da je

²⁹⁰ Odgovor žalioca, str. 23-24; T. 80-81.

²⁹¹ Odgovor žalioca, str. 23-24.

²⁹² Replika protivžalioca, para. 3.5.

²⁹³ Odgovor žalioca, str. 23. Mada nepotpuna, žaliočeva tvrdnja nije bila netačna. *Vidi* para. 162-164, *infra*.

²⁹⁴ Presuda u predmetu *Furundžija*, para. 190-249.

²⁹⁵ *Ibid.*, para 249.

pomagač i podržavalac bio svjestan relevantne *mens rea* glavnoga počinioca.²⁹⁶ Jasno je da je ono što se mora pokazati činjenica da je osoba koja je pomagala i podržavala bila svjesna osnovnih elemenata zločina koji je u krajnjoj konsekvenci počinio glavni počinilac.

163. Shodno tome, u Presudi u predmetu *Tadić* Žalbeno vijeće je kratko razmotrilo odgovornost jedne osobe za djela druge osobe, kad se ova prva tereti za pomaganje i podržavanje druge osobe u počinjenju zločina.²⁹⁷ Međutim, ta odgovornost razmatrana je u opreci sa odgovornošću osobe koja se tereti da je zajedno sa drugom osobom djelovala u sklopu zajedničke svrhe ili namjere da se počinu zločin, te iz tog razloga pomenuta presuda ne može biti potpuno mjerodavna za pitanje odgovornosti osobe koja se tereti za pomaganje i podržavanje. U njoj se navodi sljedeće u vezi sa pomagačem i podržavaocem:²⁹⁸

- i) pomagač i podržavalac uvijek je saučesnik u zločinu koji je počinila druga osoba, glavni počinilac;
- ii) mora se pokazati da je pomagač i podržavalac izvršio radnje koje su konkretno usmjerene ka tome da potpomažu, potiču ili daju moralnu podršku konkretnom zločinu koji je počinio glavni počinilac te da je ta podrška imala bitan uticaj na počinjenje zločina.
- iii) mora se pokazati da je pomagač i podržavalac znao da su njegove vlastite radnje potpomogle počinjenju tog konkretnog zločina od strane glavnog počinioca.
- iv) nije potrebno pokazati postojanje zajedničkog usklađenog plana između glavnog počinioca i saučesnika.

164. Pretresno vijeće se u ovom predmetu oslonilo na Presudu u predmetu *Furundžija*, između ostalih odluka prvostepenih vijeća na Sudu (Presuda Žalbenog vijeća u predmetu *Tadić* donesena je nakon što je Pretresno vijeće donijelo svoju presudu).²⁹⁹ Pretresno vijeće je na razne načine izrazilo svoj stav, a ono što smatra

²⁹⁶ *Ibid.*, para 245.

²⁹⁷ Sudije Cassese i Mumba bili su članovi Pretresnog vijeća u predmetu *Furundžija*, i Žalbenog vijeća u predmetu *Tadić*.

²⁹⁸ Presuda Žalbenog vijeća u predmetu *Tadić*, para 229 .

²⁹⁹ Presuda u predmetu *Aleksovski*, para 60.

dvama glavnim elementima koju su trebali da budu utvrđeni da bi se pokazala odgovornost za radnje drugih, formuliralo je na sljedeći način:

Optuženi je morao učestvovati u činjenju djela; "svako pomaganje riječju ili djelom, kojim se pruža podsticaj ili podrška" predstavlja dovoljno učestvovanje da bi se pripisala krivična odgovornost po članu 7(1), pod uslovom da je to učestvovanje "bitno uticalo" na činjenje krivičnog djela. Nije potrebno dokazati postojanje uzročno-posljedične veze između čina učestvovanja i izvršenja zločina, dovoljno je konstatovati da je učestvovanje znatno olakšalo izvršenje zločina. S druge strane, optuženi je morao sa punom sviješću učestvovati u protivpravnom djelu. Pretresno vijeće u predmetu *Tadić* definisalo je taj element namjere kao kombinaciju svijesti o činu učestvovanja i namjerne odluke da se učestvuje. Ako se dokaže postojanje tih dvaju elemenata, optuženi će se smatrati odgovornim za sve posljedice koje prirodno proizlaze iz protivpravnog djela.³⁰⁰

Odsustvo bilo kakvog pominjanja svijesti onoga koji pomaže i podržava o bitnim elementima zločina koji je počinio glavni počinioc (uključujući njegovu relevantnu *mens rea*) umanjuje značaj ovog ulomka kao relativno ispravnog pravnog dictuma, ali taj nedostatak nije žalio stavio u nepovoljan položaj u okolnostima ovog predmeta, gdje je relevantno stanje svijesti vojnika HVO-a bilo očigledno iz prirode povreda koje je on sam vidio.

165. Optužba mora, naravno, ustanoviti radnje glavnog počinioca ili glavnih počinitelja za koje želi teretiti pomagača i podržavaoca. Brojni zatočenici su svjedočili o zlostavljanju pri kopanju rovova. Svjedok B je u svom svjedočenju izjavio da su ga, dok je kopao rovove u Kuli, tukli vojnici HVO-a. Jedan mu je vojnik prijetio puškom i bajonetom ga ogrebao po vratu i nosu, od čega mu je ostao vidljiv trag. Nakon što su čitave noći kopali, svjedok B i ostali zatočenici odvedeni su nazad u Kaonik gdje su on i još dva zatočenika odvedeni ljekaru zbog ozljeda koje su im bile nanesene.³⁰¹ Svjedok B je opisujući svoje rane rekao da je imao ranu od noža, slomljen nos i dva slomljena rebra.³⁰² Svjedok H je posvjedočio, a to nije bilo osporeno u unakrsnom ispitivanju, da ga je jedan vojnik, dok je kopao rovove, udario kundakom puške.³⁰³ Svjedok L je posvjedočio, a to takođe nije bilo osporeno u unakrsnom ispitivanju, da je vidio kako su vojnici HVO-a tukli zatočenike dok su kopali rovove u Stranama,³⁰⁴ te

³⁰⁰ *Ibid.*, para 61. Pravni izvor nije naveden.

³⁰¹ Transkript Pretresnog vijeća (na engleskom), str. 580-588.

³⁰² *Ibid.*, str. 599-602.

³⁰³ *Ibid.*, str. 923-924.

³⁰⁴ *Ibid.*, str. 1392.

da je i njega samog, dok je kopao rovove u Carici, tukao jedan pripadnik HVO-a, koji je takođe kasnije došao u zatvor Kaonik da bi zlostavljao njega i druge zatočenike.³⁰⁵

166. Svjedok M je posvjedočio da je bio odveden na kopanje rovova u Stranama kad je već bio povrijeđen zbog premlaćivanja u logoru. Dok je bio na kopanju rovova, jedan ga je vojnik bičevao konopcem te ga udario šakama i nogama; zatim su ga šakama i nogama tukli i drugi vojnici HVO-a. Nije mogao otvoriti usta koja su bila natečena od udaraca konopcem.³⁰⁶ Neko vrijeme nakon što je odveden na kopanje rovova, svjedok M je zamolio da bude odveden ljekaru te ga je žalilac odveo u lokalnu bolnicu sa još dva zatočenika koja su bila premlaćena. Žalilac je bio prisutan na pregledu i kad je zatočenik M rekao ljekaru da ima bolove zbog kopanja, žalilac je rekao: “Reci istinu. Recij joj da je tamo bio ples”. Svjedok M je tada rekao ljekaru da je bio premlaćivan. Nekoliko dana kasnije svjedok M je odveden na kopanje rovova u Polom.³⁰⁷ Ova izjava nije osporena u unakrsnom ispitivanju, a činjenica da je žalilac pratio svjedoka kad je ovaj išao ljekaru izrijekom je potvrđena.³⁰⁸

167. Odbrana nije tokom suđenja osporila da su neke od zatočenika zlostavljali vojnici HVO-a prilikom kopanja rovova.³⁰⁹ Tužilaštvo je ustvrdilo da je već opisano svjedočenje, budući da nije bilo osporeno, Pretresno vijeće “po inferenciji” prihvatilo kao ispravno.³¹⁰ Žalbeno vijeće, međutim, ne prihvaća da bi trebalo izvesti takav zaključak. Po svemu sudeći Pretresno vijeće je bilo mišljenja da Tužilaštvo nije uključilo optužbu da je žalilac bio odgovoran za pomaganje i podržavanje vojnika HVO-a u zlostavljanju zatočenika izvan objekta.³¹¹ Prema tome, Pretresno vijeće nije trebalo donositi zaključke u vezi s tim svjedočenjima. Ne može se, dakle, sa sigurnošću zaključiti da je Pretresno vijeće formiralo bilo kakvo mišljenje o tim svjedočenjima osim onoga što je u vezi s njima izrijekom rečeno. Žalbeno vijeće će sada razmotriti ono što je reklo Pretresno vijeće.

³⁰⁵ *Ibid.*, str. 1396-1397.

³⁰⁶ *Ibid.*, str. 1445-1449.

³⁰⁷ *Ibid.*, str. 1457-1461.

³⁰⁸ *Ibid.*, str. 1494.

³⁰⁹ Presuda, para. 33.

³¹⁰ T. 55-56.

³¹¹ Presuda, para 130. *Vidi* para. 157, *supra*.

168. Pretresno vijeće je donijelo sljedeći zaključak razmotrivši stanje žaliočeve obaviještenosti da su zatočenici bili protivpravno korišteni za kopanje rovova od strane vojnika HVO-a:

Sve to pokazuje da je optuženi znao ne samo da se zatočenici šalju na kopanje rovova, nego i da je ta praksa protivpravna. Sem toga, zatočenici su veoma često korišćeni na taj način. Stoga optuženi, koji je najčešće bio prisutan kad su se zatvorenici vraćali, nije mogao a da ne zna za izuzetno teške uslove i brojna zlostavljanja kojima su ovi bili izvrgnuti na kopanju rovova i koja su na njima ostavila vidljive tragove.³¹²

A zatim:

[Svedočenja koja se odnose na] stanje u kojem su se neki zatočenici vraćali sa kopanja rovova – sve je to dovoljno da bi se ustanovilo da je Zlatko Aleksovski vrlo dobro znao za nasilje kojem su bili izvrgnuti zatočenici.³¹³

Pretresno vijeće nije utvrdilo, a ni dokazi na to ne upućuju, da je žalilac bio svjestan ikakvih psiholoških posljedica po zatočenike koje bi bile isključivi rezultat zlostavljanja izvan zatvora.

169. Nalazima do kojih se došlo nužno je implicitan zaljučak da je žalilac bio svjestan da su zatočenici bili redovito, kroz određeni vremenski period, zlostavljani od strane vojnika HVO-a (bez tačnog navođenja prirode tog zlostavljanja), a on je bez obzira na svoju svijest o tome i dalje slao zatočenike da rade pod nadzorom tih istih vojnika i (budući da je bio odgovoran za dobrobit zatočenika) nije preduzeo mjere koje su mu bile na raspolaganju da spriječi njihov odlazak na rad u takvim uslovima.³¹⁴ Tužilaštvo kaže da bi žalilac, ako je Pretresno vijeće ovo smatralo dovoljnim da se ustanovi njegova odgovornost za pomaganje i podržavanje u prisilnom radu i korištenju zatočenika za živi štit izvan zatvora,³¹⁵ trebao nužno biti proglašen odgovornim i za zlostavljanje zatočenika dok su obavljali rečeni prisilni rad.³¹⁶

170. Čini se da je Pretresno vijeće odbilo takav nalaz po dva osnova. Prvo, u kontekstu rasprave o individualnoj odgovornosti (ne odgovornosti nadređenoga) ono je reklo:

³¹² Presuda, para 128.

³¹³ *Ibid.*, 224.

³¹⁴ *Vidi* Presuda, para 125 i 128-129. *Vidi* i para. 157, *supra*.

³¹⁵ Presuda, para 229.

³¹⁶ Podnesak protivžalioca, para 3.16; T. 45-49.

On se ne može smatrati odgovornim u smislu člana 7(1) ako nije imao direktnu vlast nad glavnim izvršiocima zločina.³¹⁷

Originalna francuska verzija presude takođe navodi član 7(1) Statuta. Kontekst isključuje mogućnost objašnjenja da se radilo o tipografskoj grešci za član 7(3) Statuta. Ta je tvrdnja očito pogrešna. Drugo, nakon što je utvrđeno da je žalilac odgovoran po članu 7(1) za pomaganje i podržavanje korištenja zatočenika za živi štit i za kopanje rovova, Pretresno vijeće je reklo:

S druge strane, nije dokazano, niti je Tužilaštvo iznijelo ikakve navode o neposrednom učestvovanju optuženog u zlostavljanjima kojima su zatočenici podvrgavani na tim mjestima. Shodno tome, Zlatka Alekovskog ne može se smatrati odgovornim po članu 7(1) za zlostavljanje kojem su zatočenici podvrgavani izvan logora Kaonik.³¹⁸

Ova je izjava latentno dvosmislena. Kako je već ranije rečeno, Tužilaštvo nije pokušalo da iznese tezu o individualnoj odgovornosti zasnovanoj na direktnom ili ličnom učestvovanju žalioaca u zlostavljanju zatočenika od strane vojnika HVO-a. Međutim, član 7(1) ne govori samo o individualnoj odgovornosti kroz direktno ili lično učestvovanje nego i o individualnom učestvovanju kroz pomaganje i podržavanje u krivičnim djelima drugih.

171. Čini se da je Pretresno vijeće smatralo da se Tužilaštvo u svojoj tezi o žaliočevom pomaganju i podržavanju u zločinima koje su počinili vojnici HVO-a ograničilo samo na korištenje zatočenika za živi štit i za kopanje rovova. Žalbena vijeće prihvaća da je Tužilaštvo teretilo žalioaca za individualnu odgovornost zbog pomaganja i podržavanja u zlostavljanju zatočenika od strane vojnika HVO-a te smatra da je Pretresno vijeće pogriješilo ako je u drugom odlomku, citiranom u prethodnom paragrafu, htjelo reći kako takva tvrdnja nije iznesena.³¹⁹ Ako se pažljivo pročita taj odlomak Presude na koji se Tužilaštvo oslanja u smislu da pokazuje kako je Pretresno vijeće prihvatilo da je iznesena takva tvrdnja,³²⁰ zaista se čini da je tako premda to možda nije bila namjera. Ma što da je bila namjera, očito je da je Pretresno

³¹⁷ Presuda, para 129.

³¹⁸ *Ibid.*, para 130.

³¹⁹ Praksa Tužilaštva da jednostavno citira odredbe člana 7(1) u optužnici lako može dovesti do nejasnoća pa bi bilo poželjno da Tužilaštvo u vezi sa svakom pojedinom tačkom optužnice precizno i jasno navede specifičnu prirodu odgovornosti za koju tereti: “Odluka po preliminarnom podnesku zbog prigovora na formu Izmijenjene optužnice”, *Tužilac protiv Krnojelca*, predmet br.: IT-97-25-PT, Pretresno vijeće, 11. februar 2000., para. 59-60.

³²⁰ Presuda, para 40, citirano u fusnoti 286, *supra*.

vijeće trebalo donijeti zaključke o individualnoj odgovornosti žalioca za pomaganje i podržavanje u zlostavljanju zatočenika od strane vojnika HVO-a.

C. Zaključak

172. Žalbena vijeće prihvaća da je jedini zaključak koji je Pretresno vijeće opravdano moglo donijeti, u svjetlu svojih drugih zaključaka, taj da je žalilac individualno odgovoran za zlostavljanje zatočenika od strane vojnika HVO-a izvan zatvora time što im je u tome pomagao i podržavao ih. Budući da bi svaki zaključak kojim bi se tvrdilo suprotno u tim okolnostima bio nerazuman, Žalbena vijeće donosi ovaj zaključak.

173. Taj nalaz ne mijenja proglašenje žalioca krivim od strane Pretresnog vijeća po tački 10, ali taj dodatni nalaz je, strogo uzevši, nešto što valja uzeti u obzir kada Žalbena vijeće, kao što je najavljeno, bude izricalo preinačenu kaznu po tački 10. S obzirom na ograničenu prirodu tih nalaza, međutim, Žalbena vijeće ne smatra da sami dodatni nalazi opravdavaju težu kaznu no što je ona koja bi bila izrečena bez njih.

VIII. TREĆA OSNOVA PROTIVŽALBE TUŽILAŠTVA: POGREŠNO ODMJERENA KAZNA

A. Kontekst

174. Žalilac ima 40 godina, oženjen je i otac je dvoje male djece. Završio je fakultet, a prije rata je radio u zatvoru u Zenici. Od januara do maja 1993., koje je relevantan period u ovom predmetu, bio je komandant zatvora u Kaoniku.

175. Pretresno vijeće je žalioaca proglasilo krivim za sljedeća krivična djela, koja je počinio dok je bio komandant zatvora u Kaoniku:

i) Zlostavljanje zatočenika

a) pomaganje i podržavanje u zlostavljanju zatočenika tokom tjelesnih pretresa 15. i 16. aprila 1993. time što je bio prisutan tom zlostavljanju (koje je uključivalo uvrede, prijetnje, krađe i fizičke napade), a da mu se nije suprotstavio;³²¹

b) naređivanje, podsticanje te pomaganje i podržavanje nasilja nad svjedocima L i M, koji su tokom zatočenja bili redovno premlaćivani (ponekad i četiri do šest puta dnevno), povremeno u prisustvu Zlatka Aleksovskog, ili u blizini njegovog ureda, i danju i noću; naređivanje stražarima da nastave sa premlaćivanjem kad bi sami prestali; od posljedica premlaćivanja svjedok M se onesvijestio, a kasnije je u urinu imao tragove krvi te je u vrijeme suđenja još uvijek patio od bolova u leđima i grudima;³²²

c) pomaganje i podržavanje u zlostavljanju zatočenika tokom ispitivanja nakon bijega jednog od zatočenika;³²³

d) pomaganje i podržavanje u psihološkom zastrašivanju, kao što je emitiranje krikova preko zvučnika u noćnim satima;³²⁴

e) pomaganje i podržavanje u korištenju zatočenika za živi štit i kopanje rovova time što je:

i) učestvovao u određivanju zatočenika za kopanje rovova i brinuo se da se oni vrate;

ii) nije spriječio vojnike HVO-a koji su dolazili po zatočenike te je učestvovao u odabiru zatočenika;

iii) bio prisutan kad su zatočenici odvođeni da bi bili korišteni za živi štit te je time pokazao da odobrava takvo postupanje.³²⁵

³²¹ Presuda, para. 87 i 185-186.

³²² *Ibid.*, para. 88 i 196.

³²³ *Ibid.*, para. 89, 205 i 209-210. Pretresno vijeće ovo je, međutim, tretiralo kao "izolovan slučaj kojim nije manifestovana volja da se sistematski maltretiraju zatvorenici": *ibid.*, para. 120.

³²⁴ *Ibid.*, para. 187 i 203.

176. U svojim je zaključcima Pretresno vijeće izrazilo stav da je nasilje počinjeno prema zatočenicima predstavljalo povredu ličnog dostojanstva, konkretno, degradirajuće i ponižavajuće postupanje iz zajedničkog člana 3 Ženevskih konvencija kao kršenje zakona i običaja rata za koje je žalilac odgovoran po članovima 7(1) i 7(3) Statuta.³²⁶ Pretresno vijeće takođe je smatralo da je korištenje zatočenika za živi štit i za kopanje rovova predstavljalo povredu ličnog dostojanstva zbog čega se žalilac mora smatrati krivim po članu 7(1).³²⁷ Pretresno vijeće o ovim je krivičnim djelima reklo kako je “nasilje koje se vršilo nad zatočenim Muslimanima u zatvoru Kaonik predstavljalo kažnjive povrede međunarodnog prava [koje] bi u situaciji mira bile potpuno neprihvatljive”, i da “upotreba nasilja protiv ranjivih osoba, kao i protiv destabiliziranih ili poniženih osoba predstavlja otežavajuću okolnost[...]”.³²⁸

177. Pretresno vijeće takođe je utvrdilo da je žalilac, kao zapovjednik zatvora, bio odgovoran kao nadređeni prema članu 7(3) za nasilna djela koja su počinili njegovi stražari unutar zatvora³²⁹ budući da je znao da su takvi zločini počinjeni, ali nije ništa učinio da ih spriječi.³³⁰

178. Pri odmjeravanju kazne, Pretresno vijeće je uzelo u obzir da optuženi nije pokazao “opetovanu zlu namjeru” za koju ga tereti Tužilaštvo te je primijetilo da su se mnogi od ovih događaja odvijali na vrhuncu predmetnog sukoba.³³¹ Pretresno vijeće takođe je uzelo u obzir činjenicu da optuženi nije ranije bio osuđivan, da je njegovo direktno učestvovanje u počinjenju nasilnih djela bilo relativno ograničeno i da je on imao sekundarnu ulogu u ukupnosti krivičnih djela navedenih u zajedničkoj optužnici.³³² Njegova krivnja leži u njegovom svjesnom učestvovanju, odnosno prihvaćanju, nasilja protivnog međunarodnom humanitarnom pravu, koje se odvijalo na širem planu.³³³ S druge strane, on je nastojao da poboljša uslove u logoru i da osigura ljekarsku pomoć za zatočenike.³³⁴ Pretresno vijeće je pomenulo član 41(1) i

³²⁵ *Ibid.*, para 122, 125 i 128-129.

³²⁶ *Ibid.*, para. 228.

³²⁷ *Ibid.*, para. 229.

³²⁸ *Ibid.*, para 227-228.

³²⁹ *Ibid.*, para. 104 i 114.

³³⁰ *Ibid.*, para. 104-106, 114 i 117-118.

³³¹ *Ibid.*, para. 235.

³³² *Ibid.*, para. 236. Zajednička optužnica iz koje su izdvojene tačke protiv žalioaca uključivala je optužbe protiv (između ostalih) jednog višeg političkog funkcionera i komandanta lokalne operativne zone.

³³³ *Ibid.*, para. 237.

³³⁴ *Ibid.*, para 238.

142 Krivičnog zakona bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (u daljem tekstu: SFRJ), ali je bilo mišljenja da je važniji faktor koji valja imati na umu “težina krivičnih djela za koja je optuženi proglašen krivim, kao i njegove lične prilike.”³³⁵ Pretresno vijeće je reklo kako je čvrsto uvjereneno da je u cilju provođenja mandata Suda ključno da se uspostavi gradacija kazni, ovisno o težini počinjenih zločina i razmjerima odgovornosti optuženih.³³⁶ Pretresno vijeće je osudilo žalioaca na dvije i po godine zatvora. Ta je kazna izrečena 7. maja 1999., a budući da je optuženi u pritvoru proveo duže vrijeme nego što određuje kazna, što mu je uzeto u obzir, Pretresno vijeće je naredilo njegovo trenutno puštanje.³³⁷ Optuženi je do toga datuma u pritvoru proveo dvije godine, deset mjeseci i dvadeset devet dana.

B. Podnesci strana

179. Tužilaštvo tvrdi da je Pretresno vijeće pogriješilo izrekavši kaznu kakvu je izreklo žalioocu.³³⁸ Tužilaštvo pominje nekoliko osnova za ovu tvrdnju koji se mogu sažeti kako slijedi:

- a) kazna od dvije i po godine bila je “u očitom nesrazmjeru” sa počinjenim zločinima i, prema tome, van okvira pravednog korištenja diskrecionog prava”;³³⁹
- b) takva kazna narušava jednu od osnovnih svrha Suda, a to je da se spriječe buduća kršenja međunarodnog humanitarnog prava. Takva je svrha narušena ako je izrečena kazna manja od one koju obično izriču nacionalni sudovi za slično postupanje;³⁴⁰
- c) Pretresno vijeće nije dovoljno važnosti pridalo težini žaliočevog postupanja; njegovi zločini nisu bili beznačajni i u većini pravnih sustava bili bi smatrani teškima;³⁴¹

³³⁵ *Ibid.*, para 242.

³³⁶ *Ibid.*, para 243.

³³⁷ *Ibid.*, para 245.

³³⁸ Podnesak protivžalioaca, para 1.8.

³³⁹ *Ibid.*, para. 4.6.

³⁴⁰ *Ibid.*, para 4,16-4.20.

³⁴¹ *Ibid.*, para. 4.20-4.37.

d) Pretresno vijeće trebalo je uzeti u obzir žaliočevu odgovornost nadređenoga kao otežavajuću okolnost, a njegovo postupanje smatrati barem jednako teškim kao postupanje pojedinih počinitelja;³⁴²

e) Pretresno vijeće pogriješilo je u tome što je kao olakšavajuće tretiralo faktore koji bi se, zapravo, trebali smatrati otežavajućima.³⁴³

Tužilaštvo nadalje tvrdi da bi, s obzirom na navedeno, Žalbeno vijeće trebalo preinačiti kaznu i izreći kaznu od najmanje sedam godina zatvora.³⁴⁴

180. U svom odgovoru žalilac tvrdi da ga je Pretresno vijeće trebalo u potpunosti osloboditi.³⁴⁵

C. Usmena rasprava

181. Dana 9. februara 2000. saslušavši argumente strana, Žalbeno vijeće je odbacilo žalbu žalioaca protiv osude i dozvolilo Tužilaštvu žalbu na kaznu.³⁴⁶ Nakon te odluke žalilac je zadržan u pritvoru.³⁴⁷ U daljem tekstu Žalbeno vijeće obrazlaže i izriče preinačenu presudu.

D. Diskusija

182. Srž tužiočeve žalbe nalazi se u trećoj osnovi gore navedenog sažetka, odnosno u važnosti koju treba pridati težini žaliočevog postupanja. Razmatranje težine postupanja optuženoga obično je polazna tačka u razmatranju primjerene kazne. Praksa Međunarodnog suda u tom smislu nije iznimka. Statutom je predviđeno da pri izricanju kazne pretresna vijeća trebaju uzeti u obzir faktore kao što je težina krivičnog djela,³⁴⁸ čega se pretresna vijeća drže. Tako je u Presudi u predmetu *Čelebići* Pretresno vijeće reklo da “daleko najvažnija stvar koju treba imati u vidu, koja se može

³⁴² *Ibid.*, para. 4.39-4.41.

³⁴³ Tužilaštvo smatra Pretresno vijeće nije moglo s razlogom uzeti sljedeće faktore kao opravdanje za bitno manju kaznu, koja bi inače bila opravdana zbog inherentne težine žaliočevog ponašanja: 1) činjenica da su zločini počinjeni tokom dva zasebna razdoblja i da su se dogodili na vrhuncu sukoba (*ibid.*, para. 4.48); 2) dobar karakter optuženoga (*ibid.*, para. 4.49); 3) motiv optuženoga kada je prihvaćao radno mjesto (*ibid.*, para. 4.50); 4) obaviještenost optuženoga o širem kontekstu (*ibid.*, 4.51); 5) njegovi napori da se poprave životni uslovi (*ibid.*, para 4.52); i 6) njegov porodični život (*ibid.*, para. 4.54).

³⁴⁴ *Ibid.*, para. 4.59.

³⁴⁵ Žaliočev odgovor, para. 16.

³⁴⁶ T. 85.

³⁴⁷ Nalog o pritvoru, IT-95-14/1-A, 9. februar 2000.

³⁴⁸ Član 24(2) Statuta.

smatrati probnim kamenom adekvatnosti kazne, jeste težina krivičnog djela.”³⁴⁹ U Presudi u predmetu *Kupreškić* Pretresno vijeće je ustvrdilo da “[k]azne koje valja izreći moraju odražavati inherentnu težinu kriminalnog ponašanja optuženih. Utvrđivanje težine zločina zahtijeva razmatranje osobitih okolnosti predmeta, kao i oblika i stepena sudjelovanja optuženih u zločinu”.³⁵⁰ Žalbeno vijeće podržava ta mišljenja.

183. Žalbeno vijeće prihvata argument Tužilaštva s tim u vezi i smatra da Pretresno vijeće nije pridalo dovoljno važnosti težini žaliočeva postupanja. Njegova djela nisu beznačajna. Kao upravnik zatvora on je učestvovao u nasilju protiv zatočenika. Pretresno vijeće je prepoznalo težinu tih krivičnih djela, ali je ustvrdilo da je njegovo učestvovanje u njima bilo relativno ograničeno. No u stvari je njegova odgovornost nadređenoga, upravnika zatvora, njegova krivična djela učinila znatno težim. Umjesto da ga je spriječio, on je učestvovao u nasilju protiv onih koje je trebao zaštititi i dozvolio da budu izloženi psihološkom zastrašivanju. On je takođe propustio da kazni odgovorne. Što je najgore, žalilac je, učestvujući u odabiru zatočenika koji su imali biti korišteni za živi štit i za kopanje rovova, izlagao riziku živote onih koji su mu bili povjereni na brigu, čega je morao biti svjestan. U ovome se predmetu, dakle, radi o upravniku zatvora koji je osobno učestvovao u fizičkom nasilju protiv zatočenika kada je, po svom položaju, trebao poduzeti korake da to nasilje spriječi ili kazni. Osim što je tolerirao zločine kao komandant, žalilac je svojim direktnim učestvovanjem davao dodatni poticaj svojim podređenima da počine takva djela. Kombinacija ovih faktora trebala je, dakle, dovesti do duže kazne i sigurno nije smjela biti osnovom za njezino ublažavanje.

184. Pretresno vijeće je imalo pravo kada je naglasilo potrebu da se ustanovi gradacija kazni. Žalbeno vijeće je nedavno, na primjer, u jednoj od svojih odluka ustvrdilo da je, premda je postupanje optuženoga bilo “neosporno gnusno, njegov položaj u strukturi komandovanja, u poređenju sa položajem njegovih nadređenih tj. komandanata, ili položajem samih tvoraca strategije etničkog čišćenja, veoma je nizak”.³⁵¹ Mada je, dakle, uloga ovog žalioca mogla biti sekundarna, u usporedbi s ulogama koje su prema navodima imali neki drugi protiv kojih su podignute optužnice, on je ipak bio komandant zatvoru i prema tome osoba koja je imala ovlasti da spriječi počinjenje zločina u zatvoru, a svakako osoba koja u njima nije smjela učestvovati. Primjerena

³⁴⁹ Presuda u predmetu *Čelebići*, para 1225.

³⁵⁰ Presuda u predmetu *Kupreškić*, para. 852.

kazna trebala bi odražavati te faktore. U ovom predmetu nema drugih olakšavajućih okolnosti.

185. Tužilaštvo tvrdi da očito neprimjerena kazna narušava svrhu kažnjavanja za međunarodne zločine, a to je da druge odvraća od počinjenja sličnih zločina. Mada prihvata opšti značaj odvracanja kao faktor u odmjeravanju kazne za međunarodne zločine, Žalbeno vijeće se slaže sa tvrdnjom u Presudi o žalbi na kaznu u predmetu *Tadić* da “tom faktoru ne valja pridati preveliku važnost u sveukupnom odmjeravanju kazni koje će se izreći licima osuđenim pred Međunarodnim sudom.”³⁵² Jednako je važan faktor odmazde. Odmazdu ne treba shvatiti kao ispunjenje želje za osvetom nego kao želju da se na odgovarajući način izrazi gnušanje međunarodne zajednice nad tim zločinima. Taj faktor u velikoj mjeri prihvaćaju pretresna vijeća ovog Međunarodnog suda kao i pretresna vijeća Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu.³⁵³ Prema tome, kazna Međunarodnog suda trebala bi učiniti očiglednom osudu međunarodne zajednice u odnosu na ponašanje o kojemu se ovdje govori³⁵⁴ i pokazati “da međunarodna zajednica nije bila spremna tolerirati teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava i ljudskih prava”.³⁵⁵

186. Žalbeno vijeće, dakle, prihvata da je Pretresno vijeće pogriješilo kada je žalioca osudilo na dvije i po godine zatvora. No postavlja se pitanje da li bi Žalbeno vijeće trebalo preispitivati kaznu. Preispitivanje kazne od strane žalbenih sudova dostupno je u glavnim pravnim sistemima, ali se obično provodi s mjerom. Na primjer, u Velikoj Britaniji javni tužilac se žali na kaznu ako mu se ona učini “neprimjereno blaga”.³⁵⁶ Žalbeno vijeće je ocijenilo da je kazna neprimjereno blaga onda kada izlazi iz okvira kazni koje bi sudija, koji je razmotrio sve relevantne

³⁵¹ Presuda o žalbi na kaznu, *Tužilac protiv Tadića*, predmet br.: IT-94-1-A i IT-94-1-*Abis*, Žalbeno vijeće, 26. januar 2000., para. 56.

³⁵² *Ibid.*, para. 48.

³⁵³ Presuda o kazni, *Tužilac protiv Erdemovića*, predmet br.: IT-96-22-T, 24. decembar 1996, para. 64; Presuda, *Tužilac protiv Delalića et al.*, predmet br.: IT-96-21-T, 16. novembar 1998., para. 1234; Presuda, *Tužilac protiv Furundžije*, predmet br.: IT-95-17/1-T, 10. decembar 1998., para. 288; Presuda o kazni, *Tužilac protiv Kambande*, predmet br.: ICTR 97-23-S, 4. septembar 1998., para 28; Presuda o kazni, *Tužilac protiv Akayesua*, predmet br.: ICTR-96-4-S, 2. oktobar 1998., para. 19; Presuda o kazni, *Tužilac protiv Serushaga*, predmet br.: ICTR-98-39-S, 5. februar 1999., para 20; Presuda i kazna, *Tužilac protiv Rutagande*, predmet br.: ICTR-96-3-T, 6. decembar 1999., para. 456; Presuda i kazna, *Tužilac protiv Museme*, predmet br.: ICTR-96-13-T, 27. januar 2000., para. 986.

³⁵⁴ Presuda o kazni, *Tužilac protiv Erdemovića*, 24. decembar 1996., para 64-65.

³⁵⁵ Presuda, *Tužilac protiv Kambande*, 4. septembar 1998., para. 28.

³⁵⁶ *Criminal Justice Act 1998.*, s. 36.

faktore, mogao smatrati primjerenima.³⁵⁷ Slično tome, Prizivni krivični sud /Court of Criminal Appeal/ australske države Novi Južni Wales istakao je da “žalbeni sud treba intervenirati samo onda ako se pokaže da je sudija pri odmjeravanju kazne počinio materijalnu grešku u pogledu činjenica ili u pogledu prava. Takve greške mogu se pojaviti u obrazloženjima koje daje sudija koji odmjerava kaznu ili sama kazna može biti očigledno pretjerana ili neprimjerena, te tako ukazati na grešku”.³⁵⁸ U sistemima građanskog prava kao što su njemački i talijanski sistem, relevantni krivični zakoni navode koje faktore sudija mora imati na umu kada izriče kaznu.³⁵⁹ Žalbeni sudovi mogu intervenirati u pogledu diskrecionog prava nižeg suda ako je ono što je taj sud uzimao u obzir zadiralo izvan tih faktora ili ako je prešao granicu maksimalne ili minimalne kazne.

187. Žalbeno vijeće je slijedilo ovaj opšti princip. Tako je u Presudi o žalbi na kaznu u predmetu *Tadić* Žalbeno vijeće smatralo da ne bi trebalo intervenirati u korištenje diskrecionog prava Pretresnog vijeća u vezi sa kaznom osim ako ne postoji “zamjetljiva greška”.³⁶⁰ Primjenjujući taj test na ovaj predmet Žalbeno vijeće je utvrdilo da je zaista došlo do zamjetljive greške u korištenju diskrecionog prava Pretresnog vijeća pri odmjeravanju kazne. Ta se greška sastojala u tome što se nije pridavalo dovoljno važnosti težini žaliočevog postupanja i u tome što njegov položaj komandanta nije uzet kao otežavajuća okolnost u vezi sa njegovom odgovornošću po članu 7(1) Statuta. Kazna koju je izreklo Pretresno vijeće očigledno je neprimjerena.

188. U vezi s tim Žalbeno vijeće takođe ističe da je članom 142 Krivičnog zakona SFRJ bila određena minimalna kazna zatvora od najmanje pet godina za “krivična dela protiv čovečnosti i međunarodnog prava” kao što su “ubistva, mučenja, nečovečna postupanja [prema civilnom stanovništvu] [...] nanošenje velikih patnji ili povreda telesnog integriteta ili zdravlja [...] primenjivanje mera zastrašivanja i terora

³⁵⁷ *Attorney-General's Reference* (br. 4 iz 1989.) [1990] 1 WLR 41; 90 Cr. App. Rep. 366; [1990] Crim. LR 438.

³⁵⁸ *Regina v. Ronald Trafford Allpass*, (1993.) 72 A. Crim R. 561 u 562.

³⁵⁹ Talijanski krivični zakon, član 133; njemački krivični zakon (StGB) s. 46.

³⁶⁰ Presuda o kazni, *Tužilac protiv Tadića*, predmet br.: IT-94-1-A i IT-94-1-*Abis*, 26. januar 2000., para. 22.

[...] i protivzakonito odvođenje u koncentracione logore i druga protivzakonita zatvaranja.”³⁶¹

189. Žalbeno vijeće podržalo je, dakle, drugi žalbeni osnov Tužilaštva te zaključuje da je optuženi pomagao i podržavao zlostavljanje zatočenika izvan kruga zatvora od strane vojnika HVO-a. Ovaj dodatni zaključak ne mijenja preinačenu kaznu budući da je Žalbeno vijeće odranije mišljenja da dodatni nalazi sami po sebi ne opravdavaju težu kaznu nego što bi bila kazna izrečena bez njih.³⁶²

190. Izričući preinačenu kaznu Žalbeno vijeće ima na umu element *non-bis-in-idem* /double jeopardy/ u ovom procesu koji se sastoji u tome što se žalilac morao pojaviti dva puta za odmjeravanje kazne, za isto postupanje, pri čemu je pretrpio tjeskobu i uznemirenost koje iz toga slijede,³⁶³ te činjenice da je pritvoren po drugi put nakon razdoblja od devet mjeseci koje je proveo na slobodi. Da nije tih faktora kazna bi bila znatno duža.

E. Zaključak

191. Zbog navedenih razloga Žalbeno vijeće je odlučilo Zlatku Aleksovskom izreći kaznu od sedam godina zatvora. Zlatku Aleksovskom priznaje se vrijeme provedeno u pritvoru, odnosno tri godine i 12 dana.

³⁶¹ Godine 1985. Okružni sud u Šapcu proglasio je *Zdravka Kostića* krivim za ratne zločine protiv civilnog stanovništva, koji su bili zabranjeni članom 142. Krivičnog zakona SFRJ, zbog učestvovanja u premlaćivanju jednog civila i zlostavljanju žrtvine porodice. Osuđen je na pet godina zatvora pri čemu je njegova mladost bila jedina olakotna okolnost, a kaznu je po žalbi podržao Vrhovni sud Srbije: Okružni sud u Šapcu, K-32/85, 2. oktobar 1985. Žalbeno vijeće takođe ističe slučaj *Willyja Zühlkea*, njemačkog upravnika zatvora kojega je 1948. Nizozemski izvanredni sud zbog premlaćivanja zatočenika, Židova i drugih, osudio za ratni zločin i zločin protiv čovječnosti. Sud je uzeo u obzir činjenicu da je optuženi dozvolio da ga ponese “zločinački val njemačkog terorizma”, a ne da je djelovao samoinicijativno i s namjerom te je utvrdio da zlostavljanje nije bilo veoma ozbiljne prirode. *Willy Zühlke* je osuđen na sedam godina zatvora. Presuda *Bijzonder Gerechtshof Amsterdam*, 3. august 1948. (koja se pominje u Presudi *Bijzondere Raad van Cassatie*, 6. decembar 1948, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1949. br. 85): engleski prijevod u: Komisija UN-a za ratne zločine, *Law Reports of Trials of War Criminals*, svez. XIV, str. 139.

³⁶² *Vidi* para. 173, *supra*.

³⁶³ U sistemima *common law*-a ovakvo dvostruko pojavljivanje radi odmjeravanja kazne naziva se “double jeopardy” koje je primjenjivo na sve faze krivičnog procesa: gonjenje, osudu i kaznu: *Pearce v. R.*, (1998.) 156 ALR 684. *Vidi* i *Att-Gen. 's Ref. (br. 15 iz 1991.) (R. v. King)*, CA 13 CR. App R (S) 622, [1992.] Crim L R 454; *Att-Gen. Ref. (br. 2 iz 1997.) (Neville Anthony Hoffman)* [1998.] 1 Cr. App R (S) 27, [1997.] Crim LR 611; *Att-Gen. 's Ref. (br. 40 iz 1996.) (R. v. Robinson)* [1997.] 1 Cr. App. R (S) 357, [1997.] Crim LR 69.

IX. DISPOZITIV

192. Iz gore navedenih razloga, **JEDNOGLASNOM ODLUKOM, ŽALBENO VIJEĆE,**

- 1) ODBIJA prvu osnovu žalbe žalioca na Presudu;
- 2) ODBIJA drugu osnovu žalbe žalioca na Presudu;
- 3) ODBIJA treću osnovu žalbe žalioca na Presudu;
- 4) ODBIJA četvrtu osnovu žalbe žalioca na Presudu;
- 5) DJELOMIČNO USVAJA prvu osnovu žalbe Tužilaštva na Presudu, ali ODBIJA da preinači oslobađajuću presudu po tačkama 8 i 9;
- 6) USVAJA drugu osnovu žalbe Tužilaštva na Presudu;
- 7) USVAJA treću osnovu žalbe Tužilaštva na Presudu, i PREINAČUJE kaznu dosuđenu žaliocu na suđenju u kaznu od sedam godina zatvora, koja počinje teći s današnjim danom, od koje će se odbiti tri godine i 12 dana koje je žalilac proveo u pritvoru.
- 8) NALAŽE da se kazna služi u zemlji koju će odrediti Međunarodni sud sukladno članu 27 Statuta i pravilu 103 Pravilnika.

Sastavljeno na engleskom i francuskom, pri čemu je engleska verzija mjerodavna.

/potpis na originalu/

Sudija Richard May

Predsjedavajući sudija

Dana 24. marta 2000.

U Hagu, Holandija.

Sudija Hunt dodaje izjavu ovoj Presudi.

[Pečat Međunarodnog suda]

X. IZJAVA SUDIJE HUNTA

1. Slažem se sa dispozitivom ove žalbe kako je naveden u Presudi Žalbenog vijeća i prihvatom obrazloženja koja su u njemu navedena u pogledu svih pitanja s izuzetkom jednog pitanja o kojemu se odlučivalo u žalbenom postupku. Izuzetak je pitanje presedana u sudskoj praksi Suda. To pitanje, o kojemu je na Žalbenom vijeću po prvi put odlučivano, toliko je važno da želim dati svoje vlastite razloge za zaključak iznijeti u Presudi. Naglašavam da razlike u našim viđenjima nisu suštinske već se sastoje u tome što stavljamo naglasak na različite tačke.

2. Prijašnje sudske odluke općenito nemaju značajnu ulogu u međunarodnom pravu. One nisu ništa značajnije od učenja visoko stručnih pravnih teoretičara i one su zapravo pomoćno sredstvo za utvrđivanje pozicije međunarodnog prava o nekom pitanju.¹ Čak se ni Međunarodni sud pravde ne osjeća obvezanim svojim prijašnjim odlukama.

3. Ovaj Sud je jedinstven čak i u sferi međunarodnog prava.² To se očituje u mnogo čemu. Ovo je jedini međunarodni sud koji ima vlastitu žalbenu strukturu,³ tako da je potrebno odlučivati ne samo o stavu Žalbenog vijeća prema vlastitim prijašnjim odlukama, nego i o stavu koji bi pretresna vijeća trebala zauzeti prema odlukama Žalbenog vijeća i ostalih pretresnih vijeća. Na ovom žalbenom postupku odlučivalo se se samo o prvom od tih pitanja.

4. Ovaj Sud je jedinstven u sferi međunarodnog prava i po tome što je to trenutno jedini međunarodni krivični sud te se u njegovom radu pojavljuju mnoga od pitanja koja su relevantna i za krivične sudove nacionalnih pravosudnih sistema. U krivičnom pravu oduvijek postoji posebna potreba za pravnom sigurnošću. Postoji, međutim, određena tenzija između te posebne potrebe i jedne druge posebne potrebe u međunarodnom pravu, a to je potreba za fleksibilnošću onda kada bi pridržavati se prijašnje odluke dovelo do nepravde. Obje ove posebne potrebe jednako važe i za međunarodno krivično pravo.

¹ Statut Međunarodnog suda pravde, član 38.1(d). Općenito se smatra da su u članu 38 navedeni svi izvori međunarodnog prava. *Vidi* i *Tužilac protiv Kupreškića*, predmet br.: IT-95-16-T, Presuda, 14. januar 2000., para. 540.

² Za ovu svrhu izjednačavam Međunarodni sud za Ruandu sa ovim Sudom.

³ I Sud za Ruandu ima svoju vlastitu žalbenu strukturu, ali članovi Žalbenog vijeća ovog Suda ujedno su i članovi Žalbenog vijeća Suda za Ruandu.

5. Treća važna tačka koju valja razmotriti u vezi Suda jeste to što on, za razliku od nacionalnih sistema, nema zakonodavnog tijela koje bi u svakom trenutku bilo sposobno prilagoditi Statut Suda uvijek kada se naknadno utvrdi da je odluka Žalbenog vijeća dovela do nepravde. Nije realno očekivati da bi tu funkciju mogao vršiti Savjet bezbjednosti Ujedinjenih nacija.

6. Konačno, Statut Suda nije cjelovit kodeks kakav je usvojen u sistemima građanskog prava, i on (kao i *common law*) za svoju primjenu zahtijeva stalno nova tumačenja.

7. Kako bi, dakle, u rečenim okolnostima Žalbeno vijeće trebalo postupiti u pogledu tenzije između posebne potrebe za sigurnošću i posebne potrebe za fleksibilnošću? Primijetio bih, s dužnim poštovanjem, da se odgovor na to pitanje ne može pronaći u sudskim praksama međunarodnih sudova (koji nisu uvijek krivični sudovi) ili u doktrini sudskog presedana u nacionalnim sudovima gdje se situacija u kojima ti sudovi djeluju uvelike razlikuje od situacije u kojoj djeluje Sud.

8. Potreba za sigurnošću u krivičnom pravu znači da Žalbeno vijeće ne bi nikad smjelo zanemariti svoju prijašnju odluku samo zato što se članovi Žalbenog vijeća u tom trenutku lično s njom ne slažu. Žalbeno vijeće od svoje prijašnje odluke može odstupiti samo uz oprez. Nije uputno pokušati načiniti konačan popis konkretnih slučajeva u kojima bi bilo primjereno odstupiti od prijašnje odluke. Primjeren test po mom mišljenju jest da je udaljavanje od prijašnje odluke opravdano samo onda kad to zahtijevaju interesi pravde. Nekoliko primjera može ilustrirati primjenu tog testa. Mogućnost odstupanja od prijašnje odluke trebalo bi razmatrati onda kad je ta odluka dovela do nepravde, ili bi dovela do nepravde kad bi se njezin princip primijenio na kasniji slučaj, ili kad kasnija odluka Međunarodnog suda pravde ili Evropskog suda za ljudska prava ili nekog višeg žalbenog suda unutar nacionalnog pravosuđa ukaže na grešku u rezoniranju u prijašnjoj odluci ili kada se, u svjetlu kasnijih događanja, jasno pokaže da je prijašnja odluka bila očito pogrešna, ili kad je prijašnja odluka donesena *per incuriam*.

9. Slažem se, stoga, sa Presudom kad se u njoj kaže da je uobičajeno pravilo da Žalbeno vijeće slijedi svoje prijašnje odluke i da odstupanje od prijašnjih odluka treba biti iznimka. Pri pozivanju na prijašnju odluku misli se na *ratio decidendi* te odluke, to

jest sam princip o kojemu je ovisila ta odluka. *Ratio decidendi* ne može se smatrati različitim samo na osnovu toga što su činjenice na koje ga valja primijeniti drukčije.

10. Mada to nije potrebno u svrhu ovog žalbenog postupka (i prema tome nije dio *ratio decidendi* Presude), slažem se sa Presudom, uglavnom iz navedenih razloga, to jest da su za pretresno vijeće obavezujuće odluke Žalbenog vijeća koje su izravno vezane za relevantni predmet, mada pretresnom vijeću isto tako treba biti dozvoljeno da izrazi obrazloženo neslaganje s tom odlukom, u svrhu razmatranja istoga od strane Žalbenog vijeća.

11. Takođe se slažem sa Presudom u tome da za pretresno vijeće nisu obavezujuće odluke drugog pretresnog vijeća, mada smatram da bi ono trebalo uvažavati te odluke i pažljivo razmotriti da li je primjereno od njih odstupiti.

Sastavljeno na engleskom i francuskom, pri čemu je engleska verzija mjerodavna.

Dana 24. marta 2000.

U Hagu

Holandija

/potpisano/

Sudija David Hunt

DODATAK

BiH	Bosna i Hercegovina
Četvrta ženevska konvencija	Ženevska konvencija koja se odnosi na zaštitu civila u ratu, od 12. augusta 1949.
Daljnji dodatni argumenti Tužilaštva	Odgovor Tužilaštva na Dodatne argumente Zlatka Aleksovskog u pogledu odbrane "krajnjom nuždom", predmet br.: IT-95-14/1-A, 31. januar 2000.
Dodatni argumenti žalioaca	Dodatni argumenti žalioaca o doktrini <i>stare decisis</i> i odbrani "nuždom", predmet br.: IT-95-14/1-A 11. januar 1999.
Dodatni argumenti Tužilaštva	Odgovor Tužilaštva na Nalog o rasporedu od 8. decembra 1999., predmet br.: IT-95-14/1-A, 11. januara 2000.
Dopunski protokol I	Dopunski protokol Ženevskim konvencijama od 12. augusta 1949. o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba (Protokol I), Ženeva, 12. decembar 1977.
Dopunski protokol II	Dopunski protokol Ženevskim konvencijama od 12. augusta 1949. o zaštiti žrtava nemeđunarodnih oružanih sukoba (Protokol II), Ženeva 12. decembar 1977.
HV	Vojska Republike Hrvatske
HVO	Hrvatsko vijeće obrane
Izveštaj generalnog sekretara	Izveštaj generalnog sekretara u skladu sa članom 2 Rezolucije 808 Savjeta bezbjednosti (1993.), U.N. Doc. S/25704, 3. maj 1993.
JNA	Jugoslovenska narodna armija
Komentar MKCK-a o Četvrtoj ženevskoj konvenciji	Pictet (ur.), Četvrta ženevska konvencija o zaštiti civila u ratu, Međunarodni komitet crvenog krsta, Ženeva 1958.
Komentar MKCK-a o Dopunskim	Sandoz et al (ur.), Komentar Dopunskih

protokolima	protokola od 8. juna 1977. Ženevskih konvencija od 12. augusta 1949., Međunarodni komitet crvenog krsta, Ženeva, 1987.
Međunarodni sud/Sud	Međunarodni sud za krivično gonjenje osoba odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991.
Mišljenje većine	Zajedničko mišljenje većine, sudije Vohraha i sudije Nieto-Navie, o primjenjivosti člana 2 Statuta shodno paragrafu 46 Presude, predmet br.: IT-95-14/1-T, 25. juna 1999.
MKSR	Međunarodni krivični sud za gonjenje osoba odgovornih za genocid i druga teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriji Ruande i ruandanskih građana odgovornih za genocid i druga takva kršenja počinjena na teritoriji susjednih zemalja, između 1. januara 1994. i 31. decembra 1994.
MPGPP	Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, 1966.
MSP	Međunarodni sud pravde
<i>Nikaragva</i>	Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, ICJ Reports (1986), str. 14.
Obrana	Zlatko Aleksovski
Odgovor žalioca	Podnesak žalioca kojim odgovara na žalbeni podnesak Tužilaštva, predmet br. IT-95-14/1-A, 25. oktobar 1999.
Odgovor Tužilaštva	Podnesak Tužilaštva kao respondenta, predmet br.: IT-95-14/1-A, 25. oktobar 1999.
Odluka o nadležnosti u predmetu <i>Tadić</i>	Odluka po interlokutornoj žalbi odbrane na nadležnost Suda, <i>Tužilac protiv Duška Tadića</i> , predmet br.: IT-94-1-AR72, Žalbeno vijeće, 2. oktobar 1995.

Podnesak žalioca	Podnesak žalioca Zlatka Aleksovskog protiv osuđujućeg dijela Presude od 25. juna 1999., predmet br.: IT-95-14/1-A, 24. septembar 1999.
Podnesak protivžalioca	Žalbeni podnesak Tužilaštva, predmet br.: IT-95-14/1-A, 24. septembar 1999.
Pravilnik	Pravilnik o postupku i dokazima Međunarodnog suda
Presuda u predmetu <i>Čelebići</i>	Presuda, <i>Tužilac protiv Zejnila Delalića et al.</i> , predmet br.: IT-96-21-T, Pretresno vijeće, 16. novembar 1998.
Presuda u predmetu <i>Aleksovski</i> /Presuda	Presuda, <i>Tužilac protiv Zlatka Aleksovskog</i> , predmet br.: IT-19-14/1-T, Pretresno vijeće, 25. juni 1999.
Presuda u predmetu <i>Furundžija</i>	Presuda, <i>Tužilac protiv Ante Furundžije</i> , Predmet br. IT-95-17/1-T, Pretresno vijeće, 10. decembar 1998.
Presuda u predmetu <i>Kupreškić</i>	Presuda, <i>Tužilac protiv Kupreškića et al.</i> , predmet br.: IT-95-16-T, Pretresno vijeće, 14. januar 2000.
Presuda u predmetu <i>Tadić</i>	Presuda, <i>Tužilac protiv Duška Tadića</i> , predmet br.: IT-94-1-A, Žalbeno vijeće, 15. juli 1999.
Pretresno vijeće	Pretresno vijeće I <i>bis</i>
Protivžalilac	Tužilaštvo
Replika žalioca	Podnesak žalioca kojim replicira na podnesak respondentu, Tužilaštva, predmet br.: IT-95-14/1-A, 10. novembar 1999.
Replika protivžalioca	Podnesak kojim replicira Tužilaštvo, predmet br.: IT-95-14/1-A, 10. novembar 1999.
SFRY	Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija
Statut	Statut Međunarodnog Suda
Statut MKS-a	Statut stalnog međunarodnog krivičnog suda, usvojen u Rimu 17. jula 1998.,

T. Transkript rasprave u predmetu br.: IT-95-14/1-A, *Tužilac protiv Zlatka Aleksovskog*, koja je održana 9. februara 2000. Sve stranice transkripta koje se pominju u ovoj Presudi neslužbene su, neispravljene verzije engleskog transkripta. Moguće su, stoga, male razlike između brojeva stranica u njemu i u konačnom objavljenom engleskom transkriptu.

Tužilaštvo

Tužilac

VRS

Vojska Srpske Republike Bosne i Hercegovine/Republike Srpske

Žalilac

Zlatko Aleksovski