



Me|unardni sud za krivi-no gonjenje  
lica odgovornih za te{ka kr{enja  
me|unardnog humanitarnog prava  
po-injena na teritoriji biv{e  
Jugoslavije od 1991. godine

Predmet br: IT-96-22-A  
Datum: 7. oktobar 1997.  
Original: engleski

**PRED @ALBENIM VE]EM**

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

Sekretar: g|a Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh

Presuda od: 7. oktobra 1997.

TU@ILAC

protiv

DRA@ENA ERDEMOVI] A

---

ZAJEDNI^KO IZDVOJENO MI[LJENJE SUDIJE MCDONALD I SUDIJE  
VOHRAHA

---

Tu`ila{tvo:

g. Grant Niemann  
g. Payam Akhavan

Odbrana podnosioca `albe:

g. Jovan Babi}

## I. UVOD

1. @albeno ve}e je u svojoj Presudi postavilo pitanja koja se razmatraju u ovoj `albi. Po na{em mi{ljenju, pravilna odluka po ovoj `albi treba da otpo- ne ispitivanjem potvrdnog izja{njanja o krivici podnosioca `albe.

## II. POTVRDNO IZJA[NJAVANJE O KRIVICI

### 2. Pravilno tuma-enje pojma potvrdnog izja{njanja o krivici u skladu sa Statutom i Pravilnikom

2. Mo`emo re}i nekoliko re~i da bismo razjasnili za{to nas brine izja{njanje podnosioca `albe o krivici, imaju}i u vidu ~injenicu da se Pretresno ve}e prili- no iscrpno bavilo izjavom o krivici u Odluci o kazni od 29. novembere 1996. ("Odluka o kazni") i uverilo se u valjanost izjave. Koncept izja{njanja o krivici sam po sebi je specifi- an proizvod kontradiktornog sistema *common law-a* koji priznaje prednost koju od njega ima dru{tvo time {to se minimiziraju tro{kovi, {tedi na vremenu suda i izbegavaju problemi za mnoge, posebno za svedoke. Ova institucija potvrdnog izja{njanja o krivici iz *common law-a* treba, po na{em mi{ljenju, da na|e svoje mesto na me|unarodnom krivi- nom forumu poput Me|unarodnog suda pred kojim se vode postupci koji su, po samoj svojoj prirodi, veoma slo`eni i nu`no zahtevaju dugo su|enje ukoliko do njega do|e, u uslovima veoma ograni- enih finansijskih sredstava koja dodeljuju Ujedinjene nacije koje, sa svoje strane, zavise od doprinosa dr`ava.

### 1. Pravilno tuma-enje Statuta i Pravilnika

3. @albeno ve}e ima zadatak da interpretira zna-enje potvrdnog izja{njanja o krivici na osnovu Statuta i Pravilnika. Mi bismo iskoristili ovu priliku da defini{emo koji je, po na{em mi{ljenju, pravilan na- in na koji treba tuma- iti Statut i Pravilnik. Kao polazi{te, ~ini nam se da prvi korak u pravilnom tuma-enju Statuta u Pravilnika mora uvek da uklju- uje ispitivanje odredaba samog Statuta i Pravilnika. Termini kori{ }eni u ovim dokumentima moraju se tuma- iti prema njihovom jasnom i obi- nom zna-enju. Na{ pristup u skladu je sa ~lanom 31 Be- ke konvencije o ugovornom

pravu<sup>1</sup> koja predviđa da se "sporazum tumačiti u dobroj veri u skladu sa običnim značenjem koj treba dati terminima korištenim u sporazumu u datom kontekstu i u svetlosti njegovog cilja i svrhe".

Dodali bismo da se takođe može uzeti u obzir pripremni rad u vezi sa formuliranjem Statuta i Pravilnika radi tumačenja u Statutu u svetlu člana 32 Bečke konvencije koji glasi:

Moguće je pribеći dodatnim sredstvima za tumačenje, uključujući pripremni rad na sporazumu i okolnosti njegovog zaključenja, da bi se potvrdilo značenje koje je rezultat primene člana 31, ili da bi se odredilo značenje tamo gde tumačenje prema članu 31:

- (a) ostavlja značenje dvosmislenim ili nejasnim; ili
- (b) vodi ka rezultatu koji je očigledno apsurdan ili nerazuman.

4. Drugi korak u pravilnom tumačenju Statuta i Pravilnika podrazumeva razmatranje izvora međunarodnog prava koji mogu da pruže dodatno objašnjenje značenja termina upotrebljenih u Statutu i Pravilniku. Mi, međutim, to kaemo uz rezervu da se ne može dati kredibilitet takvim međunarodnim pravnim izvorima ako oni nisu u skladu sa duhom, ciljem i svrhom Statuta i Pravilnika vidljivih iz običnog značenja termina koji se u njima koriste.

5. U slučaju da međunarodni izvor uopšte ne postoji ili da je nedovoljan, može se pribеći nacionalnom pravu radi pomoći u tumačenju termina i koncepata upotrebljenih u Statutu i Pravilniku. Ponovo bismo naglasili da se ne može dati kredibilitet nacionalnim pravnim izvorima ako oni nisu u skladu sa duhom, ciljem i svrhom Statuta i Pravilnika. Ovo je treći korak u pravilnom tumačenju ovih osnovnih dokumenata, te termina i koncepata koji se u njima koriste. Koliko smo uspeeli primetiti, u međunarodnom pravu ne postoji zabrana koja bi nas sprečila da se pozivamo na nacionalno pravo radi rukovođenja u pogledu istinskog značenja koncepata i termina koji se koriste u Statutu i Pravilniku. U predmetu *Razmena grčkog i turskog stanovništva*<sup>2</sup> o kojem je odluku doneo Stalni međunarodni sud pravde, kao i u odluci Francusko-italijanske komisije za pomirenje od 25. juna 1952.<sup>3</sup>, afirmisano je načelo prema kojem je oslanjanje na pravne koncepte u

<sup>1</sup> Bečka konvencija o ugovornom pravu, 23. maj 1969., 1155 *U.N.T.S.* 331.

<sup>2</sup> Advisory opinion (1925), *P.C.I.J. Reports, Series B, No. 10*, str. 19-20.

<sup>3</sup> *U.N. Reports of International Arbitral Awards*, tom XIII, str. 398-399.

nacionalnim pravnim sistemima opravdano tamo gde se međunarodna pravila eksplicitno pozivaju na nacionalne zakone ili gde se takvo pozivanje nužno podrazumeva na osnovu same sadržine i prirode tog koncepta. Nadalje, Sud pravde Evropskih zajednica smatrao je u predmetu *Assider v. High Authority*<sup>4</sup> da kada se u sporazumima koriste tehnički pravni termini koji proističu iz zakonodavstva zemalja članica, Sud je prirodno razmotriti zakone tih zemalja članica da bi ustanovio značenje termina.

## 2. Tumačenje potvrdnog izjašnjavanja o krivici u skladu sa Statutom i Pravilnikom

6. Postupak izjašnjavanja o krivici prilično je dvosmisleno pomenut u čl. 20, st. 3 Statuta koji propisuje da je "Pretno veće pročitati optužnicu, uveriti se da su prava optuženog ispoštovana, potvrditi da optuženi razume optužnicu i uputiti optuženog da se izjasni o krivici. Potom je Pretno veće odrediti datum suđenja."

Nejasan i neprecizan jezik čl. 20, st. 3 može da sugeriše u prvom trenutku da je se suđenje održati čak i ako se optuženi izjasni da je kriv. Međutim, član 15 Statuta upućuje sudije Međunarodnog suda da sastave pravilnik o postupku i dokazima radi vođenja postupaka pred Međunarodnim sudom. Pravilo 62 eksplicitno inkorporira kontradiktorni postupak suđenja iz *common law-a*, budući da glasi:

Po transferu u sedište Suda, optuženi je, bez odlaganja, biti doveden pred Pretno veće i biće formalno optužen. Pretno veće je:

- (i) se uveriti da je poštovano pravo optuženog na branioca;
- (ii) pročitati ili dati da se optuženom pročita optužnica na jeziku koji govori i razume i uveriti se da je optuženi razumeo optužnicu;
- (iii) pozvati optuženog da se izjasni o tome da li se oseća krivim ili ne po svakoj tački optužnice; u slučaju da optuženi to ne učini, smatraće se da se optuženi ne oseća krivim;
- (iv) u slučaju da se optuženi izjasni da se ne oseća krivim, uputiti sekretara da odredi datum suđenja;
- (v) u slučaju da se optuženi izjasni da se oseća krivim, uputiti sekretara da odredi datum rasprave pre izricanja kazne;
- (vi) uputiti sekretara da po potrebi odredi ostale datume.

<sup>4</sup> *Assider v. High Authority* /1954-6/ E.C.R. 63 str. 74.

Primećuju}i da ne postoji nikakva me|unarodna sudska praksa ili pravni izvor koji bi nam bili od dodatne pomo}i u tuma-enju izja{njanja o krivici prema Statutu i Pravilniku, mi{ljenja smo da mo`emo da razmotrimo nacionalne pravne izvore sistema *common law-a* radi rukovo|enja u pogledu stvarnog zna-enja izja{njanja o krivici i uslova koji treba da budu ispunjeni za njeno prihvatanje. Izrazi "izjasniti se o krivici" i "izjasniti se da jeste ili da nije kriv", koji se pojavljuju u Statutu i Pravilniku, a to su dokumenti koji obrazuju infrastrukturu za na{a me|unarodna krivi-na su|enja, nu`no podrazumevaju, po na{em mi{ljenju, pozivanje na nacionalne jurisdikcije iz kojih je proistekao pojam izja{njanja o krivici. Pored toga, ispitivanje pripremnog rada u vezi sa pravljenjem nacрта Pravilnika otkriva odakle poti-e izraz "izjasniti se da jeste ili da nije kriv" u Pravilu 62. Pravilo 62 u su{tini odra`ava Pravilo 15 *Predloga koje je dala Vlada Sjedinjenih Ameri-kih Dr`ava, Pravilnik o postupku i dokazima za Me|unarodni krivi-ni sud za krivi-no gonjenje osoba odgovornih za te{kra kr{enja me|unarodnog humanitarnog prava po-injena u biv{oj Jugoslaviji*<sup>5</sup>.

U skladu sa tim, ne vidimo da je na bilo koji na-in neprikladno razmotriti *common law* radi rukovo|enja u pogledu pravog zna-enja koje treba dati izja{njanju o krivici i radi neophodnih preduslova za njeno prihvatanje.

## B. Potvrdo izja{njanje o krivici u postupku Me|unarodnog suda

7. Institucija potvrdnog izja{njanja o krivici, iako obezbe|uje "administrativnu efikasnost", ne sme ni na koji na-in da ide na {tetu prava podnosioca `albe, kao {to je predvi|eno u -l. 20, st. 1, Statuta:

1. Pretresna ve}a }e osigurati pravi-no i brzo su|enje i omogu}iti da postupak te-e u skladu sa Pravilnikom o postupku i dokazima uz puno po{tovanje prava optu`enog kao i uz odgovaraju}u brigu o za{titi `rtava i svedoka.

Iako Statut i Pravilnik uglavnom ni{ta ne ka`u o prirodi i opsegu ovih prava, mi ne predla`emo iscrpno i definitivno utv|ivanje prava izvan onoga {to je strogo neophodno za dono{enje odluka u ovom slu-aju. Prava optu`enog sadr`ana su u -lanu

---

<sup>5</sup> Virginia Morris & Michael P. Scharf, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for*

21 Statuta koji se zasniva, gotovo doslovce, na članu 14 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima<sup>6</sup>. Relevantni delovi člana 21 glase :

1. . . . .

2. Prilikom utvrđivanja optužbi protiv njega, optuženi ima pravo na pravičinu i javnu raspravu, u skladu sa članom 22 Statuta [zaštita svedoka].

3. Optuženi se smatra nevinim sve dok mu se ne dokaže krivica u skladu s odredbama Statuta.

4. Pri utvrđivanju bilo koje optužbe protiv optuženog u skladu s ovim Statutom, optuženom se, u punoj ravnopravnosti, garantuje sledeći minimum prava:

(a) - (d) . . . . .

(e) da ispita ili traži da se ispitaju svedoci koji ga terete, kao i to da se dovedu i svedoci odbrane i ispitaju pod istim uslovima kao i svedoci koji ga terete;

(f) . . . . .

(g) da ne bude primoran da svedoči protiv samoga sebe ili da prizna krivicu.

8. Na taj način, direktne posledice koje zadese optuženog koji se izjasni da je kriv jesu da se on odriče svog prava da mu se sudi, pravo da se smatra nevinim dok mu se ne dokaže krivica, pravo da stavi na probu predmet Tužilaštva kroz unakrsno ispitivanje svedoka optužbe i pravo da izloži sopstvene dokaze. Shodno tome, sledi da se moraju zadovoljiti određeni preduslovi pre nego što se može potvrdno izjasniti o krivici. Po našem mišljenju, minimalni preduslovi su sledeći:

(a) Potvrdno izjašnjavanje o krivici mora da bude dobrovoljno. Optuženi koji se izjašnjava da je kriv mora da bude mentalno sposoban da shvati posledice izjašnjavanja o krivici i ne sme da bude pod uticajem bilo kakvih pretnji, nagovora ili obećanja.

(b) Kod potvrdnog izjašnjavanja o krivici, optuženi mora da shvati prirodu optužbi protiv njega i posledice potvrdnog izjašnjavanja o krivici za njih. Optuženi mora da zna za šta se izjašnjava da je kriv;

(c) Potvrdno izjašnjavanje o krivici ne sme da bude dvosmisleno. Ono ne sme da bude praćeno rečima koje predstavljaju odbranu kojom se poriče priznanje krivične odgovornosti;

---

*the Former Yugoslavia*, (Transnational Publishers, New York, 1995), tom 2, str. 531-532.

<sup>6</sup> *Videti* Odluku o zahtevu odbrane za podnoženje interlokutorne žalbe na nadležnost, *Tužilaštvo protiv Tadića*, predmet br. IT-94-1-A, @albeno veće, 2. oktobar 1995, paragraf 46.

9. Obilatu potporu za naš stav da tri gorenavedena preduslova moraju da budu ispunjena nalazimo u konzistentnom i davno uspostavljenom nizu pravnih izvora koji vrede u *common law* jurisdikcijama širom sveta. Hteli bismo, međutim, da ponovimo da mi ni na koji način ne smatramo da su autoriteti *common law*-a obavezujući za nas; mi jednostavno smatramo da su oni relevantan materijal, koji baca svetlost na pravilno tumačenje koje treba dati potvrdnom izjašnjanju o krivici kakvo se primenjuje u postupku Međunarodnog suda i koji potkrepljuje zaključke do kojih smo došli u pogledu preduslova za prihvatanje potvrdnog izjašnjanja o krivici da bi se obezbedila zaštitna prava optuženog koja su konkretno utvrđena u Statutu i Pravilima.

### C. Da li je potvrdno izjašnjanje o krivici bilo dobrovoljno?

10. U svim jurisdikcijama *common law*-a postoji zahtev da potvrdno izjašnjanje o krivici bude dobrovoljno<sup>7</sup>. Dobrovoljnost podrazumeva dva elementa. Kao prvo, optuženi je morao biti mentalno sposoban da shvati posledice svog delovanja kada se izjasnio da je kriv. Na primer, u kanadskom predmetu *R. v. Hansen*<sup>8</sup>, sud je smatrao da optuženi sme da povuče svoje priznanje krivice za obično ubistvo i nalazeno je da se održalo suđenje jer je optuženi bio poremećenog uma u vreme izjašnjanja i bio je pod pogrešnim utiskom da je, ukoliko se ne izjasni da je kriv, Državno tužilaštvo pokrenuti postupak za ubistvo s umišljajem.

Kao drugo, izjašnjanje ne sme da bude rezultat bilo kakve pretnje ili drugog podsticaja osim otkivanja da je mu zahvaljujući potvrdnom izjašnjanju o krivici biti u izvesnoj meri smanjena kazna. Na primer, u predmetu *Brady v. United States*, Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država je utvrdio:

Potvrdno izjašnjanje o krivici koje daje lice sa punom svesnošću o neposrednim posledicama, uključujući stvarnu vrednost bilo kakvih obećanja koje mu je dao sud, tužilac ili njegov branilac, mora da ostane važeće osim ukoliko je iznuđeno pretnjama (ili obećanjima da će se prestati sa nekorektnim maltretiranjem), pogrešnim predstavljanjem situacije (uključujući neispunjena ili neispunjiva obećanja), ili moćda obećanjima koja su po svojoj prirodi

---

<sup>7</sup> Videti, na primer, Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice* (Sweet & Maxwell, London, 1995, paragraf 4-91 ("Archbold"), *Adgey v. The Queen* (1973) 13 CCC (2.) 177, 23 CRNS 298 (SCC).

<sup>8</sup> *R. v. Hansen* (1977) 37 CCC (2d.) 371 (Man CA).

nekorektna budu}i da nisu u korektnoj vezi sa tu`io-evim poslom (na primer mito).<sup>9</sup>

Sud je u tom predmetu tako|e utvrdio da se potvrдна izja{njanja o krivici ne mogu tretirati kao nedobrovoljna samo zato {to su bila

motivisana `eljom branjenika da prihvati izvesnost... ni`e kazne radije nego... [su|enje koje mo`e da rezultira] osudom i te`om kaznom.<sup>10</sup>

11. U *Odluci o kazni*, Pretresno ve}e je na slede}i na-in razmotrilo dobrovoljnost izjave o krivici u odeljku pod naslovom "Formalna valjanost". Ono je nazna-ilo da je imenovalo grupu psihijatrijskih stru-njaka da razmotre mentalno stanje podnosioca `albe, navodno zbog njegove du{evne poreme}enosti na prvom pojavljivanju. Zna-ajno je da se upravo na tom prvom pojavljivanju podnosilac tu`be izjasnio da je kriv.

Relevantno pitanje koje je Pretresno ve}e postavilo grupi stru-njaka bilo je:

Da li se pregledom otkrilo da subjekt pati od psihijatrijskog ili neuropsihijatrijskog poreme}aja ili je u stanju takvog emotivnog rastrojstva koje uti-e na njegovo rasu|ivanje i volju? Ukoliko to jeste slu-aj, molimo da ga opi{ete i nazna-ite ta-no na koje se pona{anje to odnosi. (*Psihijatrijski izve{taj*, 24. jun 1996, str. 1)

U svom izve{taju od 24. juna 1996, grupa stru-njaka zaklju-ila je da podnosilac `albe nije u svom "trenutnom stanju" sposoban da mu se sudi jer pati od

poreme}aja post-traumatskog {oka koji je poprimio oblik depresija pra}enih ose}anjem krivice povodom njegovog pona{anja tokom rata u biv{oj Jugoslaviji.<sup>11</sup>

Pretresno ve}e je potom utvrdilo da se podnosilac `albe dobrovoljno izjasnio da je kriv, iz dva razloga koji su navedeni u paragrafu 12 *Odluke o kazni*. Kao prvo, Pretresno ve}e je objasnilo da je u drugom psihijatrijskom izve{taju podnetom 17. oktobra 1996. nazna-eno da je podnosilac `albe bio "bistre svesti" i da nije pokazao "nikakve znake poreme}aja pam}enja". Kao drugo, Pretresno ve}e je naglasilo da je

<sup>9</sup> *Brady v. United States*, 90 S. Ct. 1463 (1970).

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> Odluka o kazni, *Tu`ilac protiv Dra`ena Erdemovi}a*, Predmet br. IT-96-22-T, Pretresno ve}e I, 29. novembar 1996 ("Odluka o kazni"), paragraf 98.



podnosilac žalbe ponovio svoju izjavu o krivici u više navrata, poslednji put naravno pred donošenjem presude 19. i 20. novembra 1996, u vreme kada je u drugom psihijatrijskom izveštaju ustanovljeno da je podnosilac žalbe mentalno sposoban da mu se sudi.

12. Priznajemo smatramo problematičnom tvrdnju da činjenica da je drugi psihijatrijski izveštaj pokazao da je podnosilac žalbe bio bistre svesti i da nije patio od bilo kakvih oštećenja pamćenja, na neki način relevantno pitanje da li je podnosilac žalbe bio mentalno sposoban da se izjasni kao kriv, kao što izgleda da Pretresno veće tvrdi u paragrafu 12 *Odluke o kazni*. Mi uistinu nalazimo da je ubedljiv tužilačev podnesak dat kao odgovor na treće preliminarno pitanje, da se psihijatrijski izveštaj pre svega usredsredio na tužilačevu sposobnost da izdrži teškoće suđenja i da ne treba da predstavlja jedinu osnovu za bilo kakve zaključke da podnosilac žalbe nije bio u stanju da se izjasni kao kriv. Ukoliko, međutim, još postoje bilo kakve sumnje u vezi sa mentalnom sposobnošću podnosioca žalbe da se izjasni o krivici koje proističu iz zaključaka izveštaja, ove sumnje ublažene su činjenicom da je podnosilac žalbe dosledno ponavljao da je kriv, naročito nakon što je u drugom psihijatrijskom izveštaju utvrđeno da je on sposoban da izdrži suđenje. Smatrati da je izjava o krivici podnosioca žalbe nevažna zbog njegove neurazumljivosti na prvom pojavljivanju, kada je on jasno potvrdio svoju izjavu nakon što je utvrđeno da jeste urazumljiv, bilo bi protivno zdravom razumu i zahtevalo bi da podnosilac žalbe pretrpi još jedan krug dugotrajnih procedura prilikom kojih ne bi dao drugačiju izjavu, kao što je jasno pokazano kroz njegove kasnije tvrdnje.

13. Čini se da je Pretresno veće takođe ustanovilo da potvrdno izjašnjavanje o krivici nije bilo iznuđeno bilo kakvom pretnjom ili nagovorom, na osnovu sledećeg razgovora tokom prvog pojavljivanja:

PRESEDAVAJUĆI SUDIJA: G. Erdemović, molim Vas ponovo ustanete. U ime svojih kolega i u ime Međunarodnog suda, hteo bih da Vas pitam da li ste, pre nego što ste odlučili da li ćete se izjasniti da jeste ili da niste kriv, bili izloženi pretnjama ili dobili bilo kakva obećanja, koji bi Vas orijentisali u jednom radije nego u drugom pravcu? Da li Vam je, na primer, rečeno da morate da se izjasnite da ste kriv, ili da morate da ućinite ovo ili ono? Ovo je pitanje koje moram da Vam postavim.

OPTU@ENI ERDEMOVI]: Ne, niko mi nije pretio.<sup>12</sup> /prevod transkripta s engleskog/

Iako izgleda da se podnosilac žalbe u svom odgovoru nije pozabavio pitanjem da li mu je bilo objašnjeno da bi dao svoju izjavu, u odsustvu bilo kakve sugestije da je izjava iznuđena na neprikladan način, mi bismo ustanovili da se podnosilac žalbe dobrovoljno izjasnio da je kriv, dok je bio mentalno sposoban da shvati posledice svog takvog izjašnjavanja.

D. Da li je izjašnjavanje o krivici bilo zasnovano na potpunim informacijama?

14. činjenica da je podnosilac žalbe bio mentalno sposoban da shvati posledice izjašnjavanja da je kriv ne znači nužno da je potvrdno izjašnjavanje o krivici bilo zasnovano na potpunim informacijama. Zaista, sve jurisdikcije *common law-a* insistiraju na tome da optuženi koji se izjasni da je kriv mora da razume prirodu i posledice svoje izjave i za šta se tačno izjašnjava da je kriv<sup>13</sup>. U jednom malezijskom pravnom izvoru nalazi se izjava koja koncizno i precizno izriče to pitanje. U *Huang Chin Shin v. Rex*, sudija Spenser Wilkinson je rekao:

Po mom mišljenju, od ključne je važnosti za valjanost potvrdnog izjašnjavanja o krivici da optuženi u potpunosti razume za šta se izjašnjava da je kriv.<sup>14</sup>

U pogledu tekućeg predmeta, potvrdno izjašnjavanje o krivici zasnovano na potpunim informacijama zahtevalo bi da podnosilac žalbe razume

(a) prirodu optužbi protiv njega i posledice potvrdnog izjašnjavanja o krivici uopšte; i

---

<sup>12</sup> Transkript suđenja, *Tužila protiv Dražena Erdemovića*, Predmet br. IT-96-22-T, Pretresno veće I, maj 1996 ("Transkript suđenja"), str. 11-12.

<sup>13</sup> Federalna pravila o krivičnom postupku, pravilo 11(c)(1) koje određuje da sud mora "da se direktno obrati branjeniku na javnoj sednici i da obavesti branjenika o... prirodi optužbi za koje se traži njegova izjava i utvrdi da ih branjenik razume" kao i da li-no obavesti branjenika o mogućim posledicama njegove izjave, kao što je maksimalna kazna koju predviđa zakon. *Videti takođe Halsbury's Laws of England*, (Butterworths, London, 4. izdanje, 1990), tom 11(2), str. 823; malezijski Zakonik o krivičnom postupku, glava XIX, odeljak 173 (b): "Ukoliko se optuženi izjasni da je kriv po tački optužnice... izjava će biti registrovana i on se na toj osnovi može osuditi: pod uslovom da pre nego što se registruje izjava o krivici sud potvrdi da optuženi razume prirodu i posledice svoje izjave i da namerava da prizna, bez kvalifikacije, optužbu za koju se tereti".

<sup>14</sup> *Huang Chin Shin v. Rex* /1952/ M.L.J.7.

(b) prirodu i razliku između alternativnih optužbi i posledice potvrdnog izjašnjavanja o krivici za jednu ili za drugu.

1. Da li je podnositelj žalbe razumeo prirodu i posledice potvrdnog izjašnjavanja o krivici uopšteno govoreći?

15. Pre nego što je od podnosioca žalbe zatražio da se izjasni o krivici, predsedavajući sudija objasnio je posledice potvrdnog izjašnjavanja o krivici sledećim rečima:

PRESEDAVAJUĆI SUDIJA: Da li ste spremni da se izjasnite o krivici, s obzirom na činjenicu da bi Međunarodni sud htelo da Vas podseti da se možete izjasniti bilo da jeste ili da niste kriv? Ovo je postupak koji je usvojen u ovom Međunarodnom sudu pri čemu se, naravno, podrazumeva da posledice nisu iste. Objasniću Vam ih.

Ako se izjasnite da niste krivi, imate pravo na sudjenje tokom kojeg ćete, naravno, sa Vašim advokatom, osporavati optužbe i navode kojima Vas tereti Tužilac, kao što ću Vas podsetiti. Alternativno, radi se o jednim ili drugim krivičnim delima, o zločinu protiv čovečnosti ili o ratnom zločinu, krivičnim delima ratnog prava ili običajnom ratovanju.

Ako se izjasnite da ste kriv, sudjenje će se nastaviti, ali na potpuno drugi način, koji sam siguran da shvatate, ali koji moram da Vam objasnim. U tom slučaju, na drugom ročištu koje će se održati dana koji ćemo u tom slučaju odrediti u dogovoru sa svima, imaćete priliku da se izjasnite da ste krivi, ali ćete se izjasniti u drugim okolnostima, odnosno, da su postojale olakšavajuće okolnosti, ublažujuće okolnosti, ili otežavajuće okolnosti. Potom će doći do diskusije između Vas i Vašeg advokata i Tužilaštva, što neće biti isto.

Sad kad Vam je to objašnjeno, Međunarodni sud Vas mora upitati da li ste spremni da se izjasnite o krivici, i da li se izjavljate da ste kriv ili da niste kriv?

OPTUŽENI ERDEMOVI]: Jasni sude, rekao sam svom advokatu da se izjavljujem da sam kriv.<sup>15</sup>

Nač je stav da nismo u stanju da utvrdimo sa bilo kakvom sigurnošću da je podnositelj žalbe adekvatno obavestio o posledicama potvrdnog izjašnjavanja o krivici kroz objašnjenje koje je dato na prvom ročištu. Podnosiocu žalbe nije jasno saopšteno da će, ako se izjasni da je kriv, izgubiti pravo na sudjenje, pravo da bude smatran nevinim dok mu se ne dokaže krivica i da dokazuje svoju nevinost i nepostojanje krivične

<sup>15</sup> Transkript sudjenja, 31. maj 1996, str. 6-7.

odgovornosti za krivi-na dela na bilo koji na-in. Podnosiocu `albe je obja{njeno da }e, ako se izjasni da nije kriv, morati da osporava optu`be dok }e, ako se izjasni da je kriv, dobiti mogu}nost da objasni okolnosti pod kojima je po-injeno krivi-no delo.

16. [tavi{e, ~ini nam se da je branilac neprestano iznosio argumente kojima se pori-e priznanje krivice i krivi-ne odgovornosti koji su implicitni u izjavi o krivici. Da je odbrana zaista shvatila prirodu izjave o krivici, ona ne bi insistirala na svojim argumentima koji o-igledno nisu bili u skladu sa takvom izjavom. U svom zavr{nom izlaganju na ro-i{tu o dono{enju presude, branilac je tvrdio da nepotkrepljeno svedo-enje podnosioca `albe nije dovoljna osnova da se proglassi krivim. On je tvrdio:

Erdemovi}eva izjava o krivici i obja{njenje koje je dao njegov branilac moraju da budu potvr|eni da bi Sud mogao da izrekne objektivnu i pravno prihvatljivu presudu izvan svake sumnje. Moja namera nije bila da osporavam Erdemovi}evu izjavu u njegovo ime. Me|utim, prema principu *in dubio pro reo*, ju-e su pokrenuta odre|ena pitanja... Ako postoji i najmanja sumnja u odgovor na to pitanje, onda odluka Suda treba da ide u prilog optu`enom Erdemovi}u, budu}i da bez obzira na njegovo izja{njevanje da je kriv, ukoliko njegova izjava nije potkrepljena, navedeni zlo-in se ne mo`e dokazati, a krivi-na odgovornost se ne mo`e utvrditi.<sup>16</sup>

Kao {to njegova gorenavedena izjava pokazuje, zastupnik odbrane izgleda nije smatrao da je potvrdno izja{njevanje o krivici bilo od odlu-uju}eg zna-aja za pitanje osude ili osloba|anja od krivice. Zastupnik odbrane je izgleda iznosio argumente kako nema dovoljno dokaza da bi se osudio podnosilac `albe i tra`io njegovo osloba|anje na ro-i{tu o izricanju kazne nakon {to se podnosilac `albe izjasnio da je kriv. Pretresno ve}e uistinu nije u-inilo ni{ta da bi odgovorilo zastupnika odbrane od ovakvog delovanja budu}i da je samo reklo da ukoliko se podnosilac `albe izjasni da je kriv, "su|enje }e se nastaviti, ali potpuno druga-ije", i da }e on imati priliku da objasni olak{avaju}e okolnosti. Ovim zamr{enim pitanjem o tome da li je odbrana iznela argumente kojima se pori-e izjava o krivici pozabavi}emo se kasnije, kada budemo razmatrali pitanje da li je izjava podnosioca `albe dvosmisljena ili nije. Jasno nam je, me|utim, do sada da podnosilac `albe nije razumeo stvarnu prirodu i posledice potvrdnog izja{njevanja o krivici.

## 2. Da li je podnosilac `albe razumeo prirodu optu`bi protiv njega?

---

<sup>16</sup> *Ibid.*, 20. novembar 1996, str. 61-62.

17. Tokom prvog pojavljivanja podnosioca `albe, predsedavaju}i sudija postavio je zastupniku odbrane pitanje u vezi sa optu`nicom:

PRESEDAVAJU}I SUDIJA: .... Pre svega, hteo bih da se obratim g. Babi}u: gospodine Babi}, da li ste dobili kopiju optu`nice na jeziku koji razumete i koji, naravno, razume optu`eni? ...

G. BABI} : Da... Dobili smo tekst optu`nice na srpskohrvatskom i razumeli smo ga i optu`eni i ja.

PRESEDAVAJU}I SUDIJA: .... Da li ste dugo vremena raspravljali sa optu`enim o sadr`ini ove optu`nice i objasnili mu koja se strategija odbrane mo`e koristiti, i koju }ete koristiti sa njim?

G. BABI} : Proveo sam neko vreme sa svojim klijentom, nekoliko sati, prou-avaju}i optu`nicu i prou-avaju}i njegova prava prema Statutu i Pravilima Me|unarodnog suda. Mislim da je imao dovoljno vremena da razume za {ta je optu`en u ovoj optu`nici i da na osnovi toga razume svoja prava.<sup>17</sup>

Predsedavaju}i sudija je tada direktno podnosiocu `albe uputio pitanja u vezi sa optu`nicom:

PRESEDAVAJU}I SUDIJA: .... ^uli ste {ta je upravo rekao Va{ branilac. U ime mojih kolega i u ime Me|unarodnog suda, hteo bih da Vam postavim isto pitanje, pitanje koje sam postavio Va{em braniocu: da li ste pro-itali optu`nicu, da li ste imali priliku, da li ste imali vremena da o njoj razgovarate sa g. Babi}em? Da li su Vam -injenice iz optu`nice predo-ene, da li su Vam one predo-ene na jeziku koji razumete, odnosno srpskohrvatskom?

OPTU@ENI ERDEMOVI} : Da, -asni sude. Da.<sup>18</sup>

Tada je sekretar pro-itaao optu`nicu, a predsedavaju}i sudija je nastavio da ispituje podnosioca `albe:

PRESEDAVAJU}I SUDIJA: .... G. Erdemovi}... Prema onome {to ste ranije rekli, Vi razumete ono {to je sadr`ano u ovoj optu`nici kao i optu`be protiv Vas, one optu`be kojima Vas tereti tu`ilac. Da li ste razgovarali o ovim optu`bama sa Va{im braniocem, g. Babi}em? Sada Vam postavljam pitanje.

OPTU@ENI ERDEMOVI} : Da.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, 31 maj 1996, str. 3.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> *Ibid.*, str.6.

18. Pretresno ve}e je kroz ovaj razgovor utvrdilo samo to da je podnosioca `albe njegov branilac obavestio o optu`nici pre nego {to se izjasnio da je kriv, da je optu`nica na raspolaganju podnosiocu `albe na jeziku koji razume i da je podnosilac `albe razumeo da ga optu`nica tereti sa dva krivi-na dela. Nema nikakve naznake da je podnosilac `albe razumeo prirodu optu`bi. Zapravo, postoje sve naznake da podnosilac `albe nije imao nikakvu predstavu o tome {ta zna-i ratni zlo-in ili zlo-in protiv -ove-nosti u smislu pravnih elemenata bilo kojeg od ova dva krivi-na dela. Na{ zaklju-ak je potkrepljen onim {to je izgleda bilo pogre{no shva}eno i od strane samog zastupnika odbrane u pogledu prirode optu`bi. Kada ga je predsednik Me|unarodnog suda pitao na ro-i{tu od 26. maja 1997. o elementima ratnog zlo-ina, do{lo je do slede}eg razgovora:

G. BABI] : .... Nismo imali opciju ratnog zlo-ina, jer elementi -- svi elementi krivi-nog dela ratnog zlo-ina nisu bili prisutni. Tako da smo razgovarali o tom pitanju.

PREDSEDNIK CASSESE: Izvinjavam se. Mogu li da Vas pitam -- nisam Vas dobro razumeo. Rekli ste da neki elementi ratnih zlo-ina nisu bili prisutni. Koji elementi ratnih zlo-ina nisu bili prisutni?

G. BABI] : Da.

PREDSEDNIK CASSESE: Koji?

G. BABI] : Prisustvo civilnog stanovni{tva nije element ratnog zlo-ina; to je element zlo-ina protiv -ove-nosti.

PREDSEDNIK CASSESE: Ho}ete da se ka`ete da u oru`anom sukobu, bez obzira na njegovu klasifikaciju, bilo da se vodi kao unutra{nji ili me|unarodni sukob, ubijanje civila ne mora smatrati za ratni zlo-in? Ho}u da ka`em, ako pogledate sudsku praksu --

G. BABI] : U toku borbenih operacija da, u toku borbenih operacija.

PREDSEDNIK CASSESE: U redu. Hvala.<sup>20</sup>

Izjave zastupnika odbrane ukazuju na nedovoljno razumevanje krivi-nog dela ratnog zlo-ina. Stoga mi smatramo da podnosilac `albe nije shvatio prirodu optu`bi sa kojima je suo-en, kao ni optu`bu za koju se izjasnio da je kriv. Iako podnosilac `albe jeste u vi{e navrata ponovio svoje izja{njevanje da je kriv, on je u svakoj od tih prilika ostao, a verovatno i do dana{njeg dana, u neznanju u pogledu stvarne prirode svake od dve optu`be protiv njega, budu}i da mu to nikada nisu adekvatno objasnili ni Pretresno ve}e, niti zastupnik odbrane.

---

<sup>20</sup> Transkript `albenog postupka, *Tu`ilac protiv Dra`ena Erdemovi}a*, Predmet br. IT-96-22-A, @albeno ve}e, 26. maj 1997. ("Transkript `albenog postupka"), str. 36-37.

3. Da li je podnosilac `albe razumeo razliku izme|u alternativnih optu`bi i posledice izja{njavanja da je kriv za jednu a ne za drugu optu`bu?

19. Po na{em mi{ljenju, upravo odgovor na ovo pitanje odre|uje pitanje valjanosti izja{njavanja podnosioca `albe da je kriv. Nakon {to je podnosilac `albe izjavio da je kriv na prvom ro-i{tu, predsedavaju}i sudija Pretresnog ve}a pitao je podnosioca `albe da odredi za koju ta-ku optu`nice se ose}a krivim:

PRESEDAVAJU] I SUDIJA: Ako se izjasnite da ste krivi, moram tako|e da Vam postavim jedno drugo pitanje. ^uli ste da se u optu`nici koju je protiv Vas sastavilo Tu`ila{tvo, predvi|a optu`ba koja mo`e da bude jedna ili druga, bilo zlo-in protiv -ove-nosti ili kr{enje ratnog prava ili obi-aja. Tekst Statuta primorava me da Vas upitam da li se izja{njavate da ste krivi po jednoj od tih optu`bi, odnosno, postoje -injenice, koje su Vam pro-itane, Me|unarodni sud razume da Vi prihvatate te -injenice i da su one na neki na-in pravno kvalifikovane.

Ovo je deo me|unarodnog prava. To je malo te{ko za Vas, ali ja }u poku{ati da Vam to objasnim na jednostavniji na-in, odnosno, postoje odre|ena dela za koja ste Vi upravo priznali, da ste bili u Srebrenici u odre|enom trenutku. Ja mislim da }e nam tu`ilac stvari u-initi veoma jasnim. Tu`ilac ih kvalifikuje, {to zna-i da odre|uje izvestan broj uslova na osnovu kojih tereti za krivi-no kr{enje. U stadijumu u kojem smo sada u ovom postupku, a to je na po-etku postupka protiv Vas, gospodine Erdemovi}, s obzirom na to kakve su danas -injenice, odnosno, -injenica da ste vi priznali {ta se desilo, da ste bili prisutni, razli-ita dela mogu ili da budu klasifikovana kao zlo-in protiv -ove-nosti ili kao ono {to mi nazivamo kr{enja ratnog prava ili obi-aja.

Rekav{i to, da je do{lo do su|enja, posle toga bi Me|unarodni sud odlu-io za {ta Vi zapravo jeste ili niste krivi. U ovom slu-aju, budu}i da ste Vi upravo rekli da se izja{njavate da ste krivi, moram da Vas pitam da li se izja{njavate da ste krivi za zlo-in protiv -ove-nosti, odnosno za verziju -injenica koje bi za tu`ioca bile zlo-in protiv -ove-nosti, ili je to kr{enje ratnog prava ili obi-aja. Pretpostavljam da ste o tome razgovarali sa Va{im braniocem?

Gospodine Erdemovi}, da li mo`ete da nam na ovo zna-ajno pitanje?

OPTU@ENI ERDEMOVI] : Izja{njavam se da sam kriv prema ta-ki 1, zlo-in protiv -ove-nosti.<sup>21</sup>

Uza svo du`no po{tovanje, Pretresno ve}e nije podnosiocu `albe adekvatno objasnilo razliku izme|u zlo-ina protiv -ove-nosti i ratnog zlo-ina na prvom ro-i{tu, niti je postojao bilo kakav poku{aj da mu se objasni ta razlika u bilo kojoj kasnijoj prilici kada je podnosilac `albe ponovio svoju izjavu. ^ini se da predsedavaju}i sudija polazi od pretpostavke da je podnosioca `albe njegov branilac obavestio o razlici izme|u optu`bi i da }e Tu`ila{tvo "u-initi stvari veoma jasnim". Iz odlomka transkripta koji

<sup>21</sup> Transkript su|enja, 31. maj 1996, str.7-8.

je prethodno citiran, jasno je da sam zastupnik odbrane nije razumeo niti stvarnu prirodu krivičnih dela prema međunarodnom pravu, niti stvarnu pravnu razliku između njih. Tako je jasno, prema zapisniku, da ni tužilac ni predsedavajući sudija nisu nikada razjasnili razliku između optužbi.

Shodno tome, mi uopšte ne sumnjamo da je pogrešno razumevanje u pogledu stvarne razlike između dve alternativne optužbe navelo podnosioca žalbe da se izjasni da je kriv za tešku od dve optužbe, odnosno za optužbu kojom se tereti za zločin protiv čovečnosti.

(a) Zločini protiv čovečnosti inherentno su teški od ratnih zločina

20. Dobro bi bilo da objasnimo zašto je, pod uslovom da je sve drugo isto, ako se kažnjivo krivično delo tereti i dokaže kao zločin protiv čovečnosti, ono teško i u nacionalu treba da povuče za sobom tešku kaznu nego da se postupak vodio po osnovi da se radi o ratnom zločinu.

21. Po samoj svojoj prirodi, zločini protiv čovečnosti se u nacionalu razlikuju od ratnih zločina. Dok se pravila kojima se zabranjuju ratni zločini ti u kriminalnog ponašanja počinoca prema neposrednom zaštićenom objektu, pravila kojima se zabranjuju zločini protiv čovečnosti ti u se ponašanja počinoca ne samo prema neposrednoj žrtvi već i prema štetom čovečanstvu. Pretresno veće je u *Odluci o kazni* ukazalo na ovu činjenicu na sledeći način:

Kad je riječ o zločinu protiv čovečnosti, Veće uzima u obzir činjenicu da između života optuženika i života žrtve ne može da se stavi potpuni znak jednakosti. Za razliku od običnih zločina, ovdje objekt napada nije samo fizički integritet žrtve, već čovečanstvo u cjelini.

.....

No, zločini protiv čovečnosti nadilaze čoveka kao pojedinca jer je napadom na čoveka napadnuto i negirano samo čovečanstvo. Upravo je identitet žrtve, čovečanstvo, ono što daje poseban karakter zločinu protiv čovečnosti.<sup>22</sup>

Zločini protiv čovečnosti su naročito gnusni oblici protuzakonitog ponašanja i pored toga čine deo rasprostranjene i sistematske prakse ili politike. Zbog svoje gnusnosti i rasprostranjenosti, oni predstavljaju flagrantne napade na ljudsko

---

<sup>22</sup> *Presuda s kaznom*, paragrafi 19, 28.



dostojanstvo, na sam pojam ljudskosti. Shodno tome, oni poga|aju, ili treba da poga|aju, svakog pripadnika ~ove-anstva, bez obzira na njegovu dr`avljanstvo, etni-ku pripadnost i lokaciju. U tom pogledu, pojam zlo-ina protiv ~ove-nosti kako ga postavlja sada{nje me|unarodno pravo predstavlja moderan prevod u zakon koncepta koji je jo{ 1795. postavio Immanuel Kant, po kojem se "kr{enje zakona i prava na jednom mestu [na svetu] ose}a na svim drugim mestima"<sup>23</sup>. (Kurziv dodan.)

Ovaj aspekt zlo-ina protiv ~ove-nosti kojima se povre|uje {iri interes nego {to je to interes direktne `rtve, te je stoga ozbiljnije prirode nego ratni zlo-ini, vidljiv je u inherentnim elementima krivi-nog dela zlo-ina protiv ~ove-nosti. Nu`ni elementi koji sa-injavaju zlo-in protiv ~ove-nosti obra|eni su ne{to detaljnije u Mi{ljenju i presudi od 14. jula 1997. u predmetu *Tu`ilac protiv Tadi}a* ("Mi{ljenje i presuda u predmetu Taadi}")<sup>24</sup>. Jedan od relevantnih elemenata prema ~lanu 5 Statuta je da zlo-in protiv ~ove-nosti mora da bude "po-injen protiv civilnog stanovni{tva". Dve odlike ovog elementa uspostavljaju jasnu razliku izme|u zlo-ina protiv ~ove-nosti i ratnog zlo-ina. Ove odlike name}u Tu`ila{tvu teret dokazivanja da je delo koje je po-inila osoba optu`ena za zlo-in protiv ~ove-nosti: (a) moralo da bude po-injeno kao deo rasprostranjenog ili sistematskog vr{enja ovakvih dela, ne nu`no od strane samog optu`enog; ali sigurno (b) sa znanjem da se takva dela vr{e ili su bila vr{ena kao dio organizovane politike ili rasprostranjene ili sistematske prakse protiv odre|ene grupe civila.

22. Ove odlike poja-avaju te`inu zlo-ina protiv ~ove-nosti, u usporedbi s ratnim zlo-inima. One ukazuju na to da zlo-ini protiv ~ove-nosti nisu izolovana i slu-ajna dela ve} dela koja }e imati, i za koje po-inilac zna da }e imati, daleko te`e posledice zbog dodatnog doprinosa jednom {irom planu nasilja protiv odre|ene sistematski ciljane grupe civila. Kao {to je utvrdila Komisija za ratne zlo-ine Ujedinjenih nacija:

Izolovana krivi-na dela nisu potpadala pod odrednicu zlo-ina protiv ~ove-nosti. Po pravilu, bila je neophodna sistematska masovna akcija, naro-ito ako je bila plod nare|enja, da bi se obi-an zlo-in... preobrazio u zlo-in protiv ~ove-nosti... To su jedino zlo-ini koji su, bilo svojom obimno{u i divlja{tvom ili svojim velikim brojem ili ~injenicom da je sli-an model

---

<sup>23</sup> Immanuel Kant, "Eternal Peace", reprodukovano u C.J. Friedrich (ed.), *The Philosophy of Kant: Immanuel Kant's Moral and Political Writings* (The Modern Library, New York, 1949), str. 448.

<sup>24</sup> Mi{ljenje i presuda, *Tu`ilac protiv Tadi}a*, Predmet br. IT-94-1-T, Pretresno ve}e II, 17. maj 1997, paragrafi 624-659.

primenjen u razli-itim vremenima i na razli-itim mestima, doveli u opasnost me|unarodnu zajednicu ili {okirali savest -ove-anstva...<sup>25</sup>

23. Jasno sudsko priznanje da su zlo-ini protiv -ove-nosti te`i od ratnih zlo-ina mo`e se na}i u predmetu *Albrecht* pred holandskim Apelacionim sudom. Specijalni krivi-ni sud u Arnhemu, Holandija, osudio je na smrt podnosioca `albe u tom predmetu 22. septembra 1948, po osnovu da je po-inio "ratne zlo-ine ili... zlo-ine protiv -ove-nosti prema definiciji datoj u -lanu 6(b) ili (c) Nirnber{kog statuta ugovorenog kao dio Londonskog sporazuma od 8. avgusta 1945". Apelacioni sud je primetio da postoji razlika izme|u ratnih zlo-ina i zlo-ina protiv -ove-nosti i prihvatio gorenavedeni opis zlo-ina protiv -ove-nosti koji je dala Komisija za ratne zlo-ine Ujedinjenih nacija. Taj sud je opisao nu`ne elemente zlo-ina protiv -ove-nosti na slede}i na-in:

Zlo-ine ove kategorije karakteri}e bilo njihova te`ina i divlja{tvo, ili njihova rasprostranjenost, ili okolnost da su oni bili deo sistema teroristi-kih aktova, ili da su bili spona u namerno sprovo|enoj politici protiv odre|enih grupa stanovni{tva.<sup>26</sup>

Budu}i da je Apelacioni sud utvrdio da ovi nu`ni elementi zlo-ina protiv -ove-nosti nisu bili prisutni u slu-aju podnosioca `albe koji je bio kriv jedino za ratni zlo-in, sud nije "smatrao da je zlo-ina-ki karakter pona{anja podnosioca `albe dovoljno velik da bi se zahtevalo da se nad njim izvr{i smrtna kazna" te mu je shodno tome smanjio kaznu na do`ivotnu robiju.<sup>27</sup>

24. Izjave dane na me|unarodnim su|enjima za ratne zlo-ine tako|e pokazuju da su zlo-ini protiv -ove-nosti te`i od ratnih zlo-ina. Predsjedavaju}i sudija na su|enju Maxu Wielinu i sedamnaestorici drugih ("predmet *Stalag Luft III*") posebno je ukazao na to da

---

<sup>25</sup> *History of the United States War Crimes Commission and the Deveopment of the Laws of War* (H.M. Stationery Office, London, 1948), str. 179.

<sup>26</sup> Predmet *Albrecht*, Specijalni kasacioni sud u Holandiji, 11. april 1949, *Nederlandse Jurisprudentie* (1949), br. 425, str. 747 (nezvani-an prevod.)

<sup>27</sup> *Ibid.*

optu`ba, u ovom predmetu, ne tra`i ka`njavanje zlo-ina protiv -ove-nosti ve} jedino - a to je ve} dovoljno - zlo-ina protiv pravila i obi-aja ratovanja, koji se sastoji od streljanja ratnih zarobljenika.<sup>28</sup> (Naknadno podvu-eno.)

U su|enju Otou Ohlendorfu i drugima ("predmet *Einsatzgruppen*"), tu`ila{tvo se potrudilo da objasni razliku izme|u ratnih zlo-ina i zlo-ina protiv -ove-nosti, kako sledi:

Optu`be koje smo podneli terete branjenike da su po-inili zlo-ine protiv -ove-nosti. Ista dela koja smo naveli pod ta-kom jedan kao zlo-ine protiv -ove-nosti navedena su pod ta-kom dva kao ratni zlo-ini. Prema tome, ista dela su predmet optu`be kao odvojena i razli-ita krivi-na dela. U ovome nema ni-eg novog. Napad koji je sam po sebi ka`njiv mo`e da bude deo te`eg krivi-nog dela plja-ke, i prikladno je da se podigne optu`nica za oba krivi-na dela. Tako da u ovom slu-aju, ubistvo neza{ti}enih civila u toku rata mo`e da bude ratni zlo-in, ali ista ubijanja deo su drugog zlo-ina, ako ho}ete i te`eg, a to je genocid - ili zlo-in protiv -ove-nosti. Ovo je razlika koju pravimo u na{em izlaganju. Ona je stvarna i veoma zna-ajna. Da bismo od samog po-etka izbegli bilo kakve nesporazume, ukaza}emo na razlike izme|u ova dva krivi-na dela.

Ratni zlo-ini su dela i propusti kojima se kr{i ratno pravo zakoni ili obi-aji ratovanja. Po samoj svojoj prirodi, oni mogu da poga|aju jedino dr`avljane zara}enih strana i ne mogu biti po-injeni u doba mira. Zlo-in protiv -ove-nosti nije tako ograni-en. On je su{tinski razli-it od obi-nog ratnog zlo-ina utoliko {to obuhvata sistematska kr{enja osnovnih ljudskih prava po-injena u bilo koje doba protiv dr`avljana bilo koje dr`ave. Oni se mogu dogoditi u miru ili u ratu. Su{tina zlo-ina-ke namere usmerena je na prava svih ljudi, ne samo na prava osoba unutar ratne zone.

Jedan niz incidenata, ukoliko se oni slu-ajno dogode u vreme sukoba, mo`e da kr{i osnovna prava -oveka istovremeno kr{e}i pravila ratovanja. To je su{tinska priroda krivi-nih dela za koja se ovde podnosi optu`ba. Nazivati ih samo ratnim zlo-inima zna-i ignorisati njihovu inspiraciju i njihov stvarni karakter".<sup>29</sup> (Naknadno podvu-eno.)

25. U Odluci o kazni koja je doneta u predmetu *Tu`ilac protiv Tadi}a*, i izre-ena 14. jula 1997, data je dalja podr{ka tvrdnji da osoba koja je osu|ena za osnovno krivi-no delo koje odgovara zlo-inu protiv -ove-nosti zaslu`uje te`u kaznu nego ona koja je osu|ena za osnovno krivi-no delo samo ratnog zlo-ina. Nakon {to je u paragrafu 73 primetilo da

---

<sup>28</sup> Na to se pozvao zastupnik odbrane, Dr. Adler, u svom zavr{nom govoru u *Proceedings of a Military Court held at Hamburg* (1. jul 1947 - 1. septembar 1947.) (Dosijei WO 235/424-432 u Public Record Office, Kew, Richmond).

zabranjeno djelo počinjeno kao dio zločina protiv čovječnosti, to jest sa sviješću da se djelo vrši u sklopu rasprostranjenog i sistematskog napada na civilno stanovništvo je, ukoliko su sve druge okolnosti jednake, teže krivično djelo nego obični ratni zločin,<sup>30</sup>

Pretresno veće je dosledno osudilo Duška Tadića na godinu dana zatvora više kad se radilo o kažnjivim delima okarakterisanim kao zločini protiv čovječnosti za razliku od dela koja su okarakterisana kao ratni zločini, prema svakoj od takva optužnice za koje je Duško Tadić osuđen. Prema takva kama 10 i 11, na primer, u vezi sa istim kriminalnim ponašanjem, Pretresno veće je smatralo:

Za nečovečno postupanje kao zločin protiv čovječnosti, Pretresno veće izriče Dušku Tadiću kaznu od deset godina zatvora;

Za okrutno postupanje kao kršenje ratnog prava i običaja ratovanja, Pretresno veće izriče Dušku Tadiću kaznu od devet godina zatvora.<sup>31</sup>

26. Baštinjenica da se podnosilac žalbe izjasnio da je kriv za tešku optužbu po našem mišljenju ukazuje na nedostatak u argumentaciji tužilaštva da bi bilo i nepravedno prema podnosiocu žalbe da se poništi njegovo izjašnjavanje, budući da je on kontinuirano i dosledno potvrdio svoje izjašnjavanje da je kriv za počinjavanje zločina protiv čovječnosti. Kao što je primećeno, ništa u zapisniku ne pokazuje da je bilo ko, bilo zastupnik odbrane ili Pretresno veće, objasnio podnosiocu žalbe da je zločin protiv čovječnosti teži zločin i da ako se izjasni da je kriv za alternativnu optužbu ratnog zločina može da oekuje odgovarajuću lakšu kaznu. U svetlosti ovoga, neje nas iznenaditi da podnosilac žalbe i do danas nije svestan šinjenice da je mogao da se izjasni da je kriv za ratni zločin prema članu 3 Statuta, da se, suprotno od onoga što mu je rekao njegov advokat, ratni zločin može poiniti protiv civila, i da je on u skladu sa tim mogao da oekuje lakšu kaznu za ovaj zločin. Nama se šini da je podnosilac žalbe potvrdio svoju izjavu samo zato što je šeleo da izbegne kompletni sudski postupak. Da je on pravilno obavestjen o manje teškoj optužbi i o svom pravu da se izjasni kriv po njoj, sumnjamo bi nastavio da se izjašnjava da je kriv za tešku optužbu.

---

<sup>29</sup> Uvodno izlaganje tužioca, *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law br. 10* (U.S. Govt. Printing Office Washington D.C.), oktobar 1946 - april 1949, ("Suđenja ratnim zločincima"), tom IV, str. 48-49.

<sup>30</sup> Presuda s kaznom, *Tužilaštvo protiv Tadića*, Predmet Br. IT-94-1-T, Pretresno veće II, 14. jul 1997.

<sup>31</sup> *Ibid.*, paragraf 74.

27. Zato mi smatramo da izjava o krivici podnosioca `albe nije bila rezultat svesnog izbora. On nije shvatio ni prirodu optu`bi niti razliku izme|u dve alternativne optu`be i posledice izja{njanja da je kriv za jednu a ne za drugu od njih. Sledi dakle da se podnosiocu `albe mora pru`iti prilika da se ponovo izjasni o optu`bama sa punim znanjem o ovoj materiji.

#### E. Da li je izja{njanje bilo dvosmisleno?

28. Pitanje da li je izja{njanje podnosioca `albe bilo dvosmisleno ili razmotrilo je Pretresno ve}e u *Odluci o kazni*, a @albeno ve}e se pozabavilo njime u prva dva od tri preliminarna pitanja koja je postavilo strankama u Nalogu kojim se zakazuje ro-i{te od 5. maja 1997. Iz prakti~nih razloga, u donjem tekstu ponovo se navode ova dva me|usobno povezana pitanja:

- (1) Da li pravno gledano prinuda mo`e da predstavlja potpunu odbranu od optu`be za zlo~ine protiv ~ove~nosti i/ili ratne zlo~ine na taj na~in da, ako se tokom su|enja doka`e odbrana, optu`eni ima pravo da bude oslobo|en?
- (2) Ako je odgovor na (1) potvrđan, da li je izja{njanje optu`enog na prvom pojavljivanju da je kriv dvosmisleno utoliko {to se optu`eni, dok se izja{njavao da je kriv, pozivao na prinudu?

Kao {to je jasno iz formulacije ova dva preliminarna pitanja, pitanje da li je izja{njanje podnosioca `albe bilo, u ovom slu~aju, dvosmisleno, zavisi od toga da li prinuda predstavlja potpunu odbranu. Mi bismo se, me|utim, najpre pozabavili razmatranjem zna-enja "dvosmislenog" izja{njanja.

29. Uslov da izja{njanje mora da bude nedvosmisleno od klju~ne je va`nosti za po{tivanje pretpostavke o nevinosti i da bi se optu`enog spre~ilo da se odrekne prava na su|enje u slu~aju kada izgleda da postoji odbrana kojom se mo`e okoristiti a da toga nije svestan. Ovaj uslov, u situaciji u kojoj se optu`eni izja{njava da je kriv ali istrajava u obja{njanju za{to je ne{to u~inio, koje pravno gledano predstavlja odbranu, name}e sudu obavezu da odbaci njegovu izjavu da je kriv i omogu}i da se njegova odbrana stavi na probu na su|enju. Sudovi u jurisdikcijama *common law*-a {irom sveta, sa izuzetkom Sjedinjenih Ameri~kih Dr`ava, uvek su tvrdili da potvrdno izja{njanje o krivici mora da bude nedvosmisleno. U Sjedinjenim Ameri~kim

Dr`avama, izgleda, ustavno pravo da se osoba izjasni po sopstvenom izboru odnosi prevagu nad bilo kakvim zahtevima da meritum odbrane bude stavljen na probu na su|enju<sup>32</sup>. Valjanost potvrdnog izja{njanja o krivici zavisi pre svega od dobrovoljnosti izja{njanja, od toga da je rezultat svesnog izbora i da ima -injeninu osnovu<sup>33</sup>. Ako neki sud Sjedinjenih Ameri-kih Dr`ava oceni da su ovi uslovi ispunjeni, -ini se da }e biti spremniji od sudova drugih jurisdikcija *common law*-a da prihvati *prima facie* dvosmisleno izja{njanje uzimaju}i u obzir pragmatike razloge u vezi sa prakti-*no*{u i realno}{u sporazumevaja o krivici, pri -emu potvrdno izja{njanje o krivici povla-i za sobom korist u vidu smanjenja kazne.

30. U ovom stadijumu, treba razmotriti odre|ene uslove iz drugih sistema *common law*-a u pogledu zahteva za nedvosmislenosti potvrdnog izja{njanja o krivici. Sudija Chang Min Tat je rekao u predmetu *PP v. Cheah Chooi Chuan*<sup>34</sup> da je "klju-ni princip da svako potvrdno izja{njanje o krivici mora da bude bezrezervno, bezuslovno i nedvosmisleno". Vrhovni sud Malezije u predmetu *Lee Weng Tuck & Anor v. PP* primetio je: "Ustaljena je praksa da kada je potvrdno izja{njanje o krivici dvosmisleno, odnosno kada nije jasno, ili je sumnjivo ili uslovljeno, to izja{njanje mora da se pravno tretira kao da se optu`eni izjasnio da nije kriv, te }e sud pristupiti su|enju..."<sup>35</sup>

Pored toga, u Engleskoj, u djelu *Blackstone's Criminal Practice* se ka`e da

ako se optu`ena osoba izjasni da je kriva ali, bilo u vreme izja{njanja ili kasnije u smislu olak{avaju}e okolnosti, proprati izja{njanje re-ima koje sugeriu da mo`da ima -ime da se odbrani . . . onda sud ne sme da mu izrekne kaznu na osnovu izja{njanja, ve} treba da objasni relevantne pravne odredbe i da poku{a da utvrdi da li on zaista namerava da se izjasni da je kriv. Ako se izja{njanje ne mo`e razjasniti, sud treba da nalo`i da se u ime optu`enog u zapisnik unese da se izjasnio da nije kriv.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> Videti *North Carolina v. Alford*, 40 US 25 (1970).

<sup>33</sup> Federalni pravilnik o krivi-nom postupku Sjedinjenih Ameri-kih Dr`ava, Pravilo 11.

<sup>34</sup> *PP. v.* [1972] 1 M.L.J. 215.

<sup>35</sup> *Lee Weng Tuck & Anor v. PP* [1989] 2 M.L.J. 143.

<sup>36</sup> *Blackstone's Criminal Practice* (Blackstone Press Ltd., London, 1995), paragraf D9.23.

31. Pitanje da li je potvrdno izja{njavanje o krivici dvosmisleno mora da zavisi od razmatranja, *in limine*, pitanja da li je izja{njavanje pra}eno ili okvalifikovano re-ima koje opisuju -injenice kojima se pravno uspostavlja odbrana. Podnosilac `albe izjasnio se da je kriv ali je tvrdio da je delovao pod prinudom. Sledi da sada moramo da razmotrimo da li prinuda mo`e da predstavlja potpunu odbranu za ubistvo nedu`nih osoba.

### III. MOŽE LI U MEĐUNARODNOM PRAVU PRINUDA DA BUDE POTPUNA ODBRANA ZA UBISTVO NEVINIH OSOBA?

32. [to se ti-e prvog preliminarnog pitanja koje je upu}eno strankama u ovoj `albi, "mo`e li i pravno gledano prinuda da predstavlja potpunu odbranu za optu`bu za zlo-ine protiv -ove-nosti i/ili ratne zlo-ine tako da, ako se na su|enju ta odbrana doka`e, optu`eni ima pravo da bude oslobo|en?", tri faktora imaju uticaja na ovo uop{teno formulisanje pitanja. Kao prvo, ratni zlo-in ili zlo-in protiv -ove-nosti koji je po-inio podnosilac `albe uklju-ivao je ubijanje nevinih ljudskih bi}a. Kao drugo, kao {to }e se videti u raspravi koja sledi, postoji jasno razmimoila`enje u praksi glavnih pravnih sistema izme|u onih koji bi prihvatili da prinudu kao potpunu odbranu za zlo-in koji uklju-uju oduzimanje `ivota nedu`nim ljudima, i sistema kod kojih to nije slu-aj. Kao tre}e, podnosilac `albe u ovom slu-aju je bio vojnik vojske bosanskih Srba koja je sprovodila ratne operacije u republici Bosni i Hercegovini u relevantno vreme. S obzirom na to, pitanje se mo`e konkretnije postaviti na slede}i na-in: Mo`e li pravno gledano prinuda da predstavlja potpunu odbranu vojniku optu`enom za zlo-ine protiv -ove-nosti ili ratne zlo-ine kada je taj vojnik ubio nevine osobe?

33. Mi se sla`emo sa odvojenim mi{ljenjem na{eg u-enog kolege, sudije Stephena, u meri u kojoj se ono ti-e na-ina na koji je Pretresno ve}e obradilo pitanje nare|enja nadre|enih i prinude u *Odluci o kazni*. Hteli bismo, me|utim, da dodamo slede}e elemente. Ukoliko se njima ponavljaju primedbe sudije Stephena, to je zato {to smatramo da te primedbe zaslu`uju da budu nagla{ene.

#### 1. Odnos izme|u nare|enja nadre|enih i prinude

34. Nare|enja nadre|enih i prinuda konceptualno su razli-ita i odvojena pitanja, a -esto iste -injeni-ne okolnosti obuhvataju oba pojma, posebno u situacijama oru`anog sukoba. Mi se priklanjamo stanovi{tu da izvr{avanje nare|enja nadre|enih ne predstavlja samo po sebi odbranu, ve} je -injeni-ni element koji mo`e da bude uzet u razmatranje zajedno sa drugim okolnostima vezanim za taj predmet u procenjivanju da li se mo`e ustanoviti odbrana na osnovu prinude ili -injeni-ke zablude.



35. Pretresno ve}e, me|utim, u paragrafu 19 *Odluke o kazni* utvr|uje:

U skladu sa tim, dok se potpuna odbrana zasnovana na moralnoj prinudi i/ili stanju nu`nosti koje proisti-e iz nare|enja nadre|enih ne isklju-uje u potpunosti, uslovi njene primene posebno su strogi. Oni se moraju tra`iti ne samo u samom postojanju nare|enja nadre|enih - koje mora da bude dokazano - ve} tako|e, i naro-ito, u okolnostima koje odlikuju na-in na koji je izdato i na koji je primljeno nare|enje. (Naknadno podvu-eno).

Nije sasvim jasno {ta Pretresno ve}e ho}e da ka`e u ovom pasusu. Ako Pretresno ve}e odbacuje odvojenost prinude od nare|enja nadre|enih i namerava da ih kombinuje u sklopu jedne hibridne odbrane, mi tu moramo, uz du`no po{tovanje, da se usprotivimo. Budu}i da se povinovanje nare|enjima nadre|enih mo`e smatrati samo za -injeni-ni element u odre|ivanju da li je prinuda zasnovana na -injenicama, nepostojanje nare|enja nadre|enih ne zna-i da se prinuda ne mo`e prihvatiti kao odbrana.

36. Tu`ila{tvo je tako|e pomenulo prirodu odnosa izme|u nare|enja nadre|enih i prinude na raspravi od 26. maja 1997. Na pitanje postoji li razlika u na-inu na koji Me|unarodni sud treba da tretira pozivanje na prinudu ukoliko ono podrazumeva ubistvo nevinog ljudskog bi}a kada to ubistvo nije pra}eno nare|enjem nadre|enog, Tu`ila{tvo je odgovorilo:

Mi smatramo da budu}i da nare|enje nadre|enog sasvim sigurno nije odbrana prema me|unarodnom pravu, a u ovom trenutku gotovo da nema sumnje u to, kada je u kombinaciji sa prinudom kao sa odbranom, kada se sve uzme u obzir, treba izbegavati da se dopusti da to bude kori}eno kao odbrana . . . Ja mislim da prinuda, -ak i kada imamo posla sa slu-ajevima koji ne uklju-uju ubistvo, prinuda koja prati nare|enja nadre|enih treba samo retko -- rekao bih treba da bude prihva}ena jo{ re|e nego {to je to slu-aj sa prinudom uop{teno govore}i.<sup>37</sup>

Tu`ila{to tvrdi da -injenica da je prinuda bila pra}ena nare|enjem nadre|enog predstavlja razlog da se ne prihvati prinuda kao odbrane jer je povinovanje nadre|enom sama po sebi izri-ito odba-eno kao odbrana u Statutu. U tom pogledu, `eleli bismo da ponovimo na{e mi{ljenje da povinovanje nare|enjima nadre|enih predstavlja jednostavno -injeni-nu okolnost koja treba da bude uzeta u razmatranje

<sup>37</sup> Transkript `albenog postupka, 26. maj 1997, str. 82.

prilikom određivanja da li se odbrana prinudom zasniva na meritumu. ^injenica da je podnosilac `albe poslu{ao nare|enje nadre|enog ne ti-e se prethodnog pravnog pitanje da li se prinuda uop{te mo`e upotrebiti kao odbrana.

## 2. Zlo~ini protiv ~ove~nosti i proporcionalnost

37. Pretresno ve}e usvaja, kao neophodni element u odbrani na osnovu prinude, zahtev da "na|eni izlaz nije bio neproporcionalan zlu"<sup>38</sup>. Me|utim, Pretresno ve}e je razmatraju}i izuzetnu te`inu zlo~ina protiv ~ove~nosti kao ne{to {to ugro`ava ~itavo ~ove~anstvo primetilo:

U pogledu zlo~ina protiv ~ove~nosti, Pretresno ve}e smatra da `ivot optu`enog i `rtve nisu u potpunosti ravnopravni. Za razliku od obi~nog prava, ovde kr{enje vi{e nije usmereno na fizi~ku dobrobit samo `rtve ve} na ~ove~anstvo u celini.<sup>39</sup>

Uz du`no po{tovanje, mi ne mo`emo da zamislamo bilo kakav "izlaz" koji bi optu`eni mogao da na|e i za koji be se moglo smatrati da je proporcionalan zlo~inu protiv ~itavog ~ove~anstva. U gornjem razmatranju, izgleda da je Pretresno ve}e odbacilo prinudu kao odbranu u pogledu zlo~ina protiv ~ove~nosti, ali ovo bi bilo u protivnsoti sa ~itavim sadr`ajem njegove *Odluka o kazni* koja izgleda da prihvata da prinuda mo`e da deluje kao potpuna odbrana za optu`bu za zlo~in protiv ~ove~nosti koji uklju~uje ubistvo nedu`nih osoba.

## 3. Pogre{an tretman pitanja dvosmislenosti izjave

38. S obzirom na na~in na koji se bavilo pitanjem da li je izjava podnosioca `albe dvosmislena, reklo bi se da Pretresno ve}e nije napravilo razliku izme|u dva odvojena pitanja. Prvo pitanje je da li je prema me|unarodnom pravu mogu}e pozvati se na prinudu kao potpunu odbranu za zlo~in protiv ~ove~nosti. Ako je odgovor na to pitanje potvrđan, izjava podnosioca `albe u tom slu~aju je bila dvosmislena i podnosilac `albe je trebalo da dobije priliku da se ponovo izjasni o krivici nakon {to mu je Pretresno ve}e objasnilo prirodu izjave o krivici i odbranu na koju se pozvao. Ako su daljnje izjave i dalje bile dvosmislene, trebalo je da se optu`eni izjasni da nije

---

<sup>38</sup> *Odluka o kazni*, paragraf 17

<sup>39</sup> *Ibid.*, paragraf 19.

kriv. Ovo pitanje je prilično različito od pitanja da li je odbrana zaista potvrđena činjenicama. Ovo je bilo pitanje koje je trebalo razmotriti i obrazložiti na glavnom pretresu a ne na ročištu za izricanje kazne

39. Toliko o tome kako je Pretresno veće tretiralo prinudu u *Odluci o kazni*. Sada ćemo preći na razmatranje zakona koji treba da se primenjuju u određivanju da li se vojnik optužen za zločin protiv čovečnosti može pozvati na prinudu kao odbranu ili za ratni zločin koji uključuje ubijanje nedužnih osoba.

#### A. Primenjive zakonske odredbe

40. Obično se smatra da su izvori međunarodnog prava detaljno nabrojani u članu 38 Statuta Međunarodnog suda pravde ("Statut MSP") koji glasi:

1. Sud, čiji je zadatak da reši u skladu sa međunarodnim pravom sporove koji su dati na razmatranje, primeni:
  - a. međunarodne konvencije, bilo da su uopštene ili konkretne, kojim se uspostavljaju pravila koja države stranke u sporu eksplicitno priznaju;
  - b. međunarodne običaje, kao dokaz opšte prakse koja se prihvata kao zakon;
  - c. opšte principe zakona koje priznaju civilizovane države;
  - d. u zavisnosti od odredbi člana 59, sudske odluke i predavanja najkvalifikovanijih publicista iz različitih država, kao pomoćno sredstvo za određivanje zakonskih pravila.
2. Ova odredba ne može ugroziti ovlašćenje Suda da donese odluku o predmetu *ex aequo et bono*, ako se stranke dogovore o tome;<sup>40</sup>

#### B. Međunarodno običajno pravo (član 38 Statuta MSP)

41. Tužilac tvrdi da "prema međunarodnom pravu, prinuda ne može da predstavlja potpunu odbranu za optužbu za zločin protiv čovečnosti i ratne zločine kada je krivično delo u osnovi ubistvo nedužnog ljudskog bića".<sup>41</sup> Tužilac tvrdi da relevantna sudska praksa vojnih sudova posle Drugog svetskog rata ne priznaje

---

<sup>40</sup> Statut Međunarodnog suda pravde, I.C.J. Acts and documents, Br. 5 ("Statut M.S.P."). Član 59 propisuje: "Odluka Suda nema nikakvu obavezujuću snagu osim između stranaka i u pogledu tog konkretnog slučaja".

<sup>41</sup> Podnesak tužila o preliminarnim pitanjima, *Tužila protiv Dražena Erdemovića*, Predmet br. IT-96-22-A, @albena veće ("Podnesak tužila o preliminarnim pitanjima"), 20. maj 1997, paragraf 1.

prinudu kao odbranu od optu`be koja uklju-uje ubijanje nedu`nih osoba. S obzirom, tako|e, na -injenicu da ne postoji nikakvo konvencionalno me|unarodno pravo koje re{ava pitanje prinude kao odbrane od ubistva, Tu`ila{tvo tvrdi da obi-ajno me|unarodno pravo, sadr`ano u odlukama vojnih sudova posle Drugog svetskog rata, o-igledno isklju-uje prinudu kao odbranu. Premda Tu`ila{tvo ne ograni-ava svoje argumente na konkretno pitanje da li je prinuda potpuna odbrana za vojnika koji je prema me|unarodnom pravu optu`en za ubijanje nedu`nih civila, mi bismo ipak, na taj na-in ograni-ili na{e istra`ivanje u ovoj `albi.

42. Pretresno ve}e utvr|uje u *Odluci o kazni* da "pregled me|unarodne sudske prakse vojnih sudova posle Drugog svetskog rata koji je izradila Komisija za ratne zlo-ine Ujedinjenih nacija, kao {to je objavljeno u izve{taju za 1996. godinu Komisije za me|unarodno pravo (Dodatak br. 10 (A/51/10) str. 93) pokazuje da su vojni sudovi devet dr`ava posle Drugog svetskog rata smatrali da pitanje prinude predstavlja potpunu odbranu".<sup>42</sup> Ovo tuma-enje zaklju-aka Komisije za ratne zlo-ine nije odr`ivo ako se bri`ljivije razmotri. U tomu XV Pravnih izve{taja sa su|enja ratnim zlo-incima Komisije za ratne zlo-ine Ujedinjenih nacija iz 1949. godine, ka`e se samo slede}e:

Stoga izgleda da je op{te stanovi{te da prinuda mo`e da se prihvati kao odbrana ako (a) je delo za koje se tereti optu`ba po-injeno da bi se izbegla neposredna opasnost koja je u isto vreme ozbiljna i nepopravljiva; (b) nije bilo nikakvog drugog odgovaraju}eg na-ina da se izbegne; (c) re{enje nije bilo u nesrazmeri sa zlom.<sup>43</sup>

Komisija za ratne zlo-ine Ujedinjenih nacija nije se posebno pozabavila pitanjem da li prinuda predpostavlja odbranu za zlo-in koji uklju-uju ubijanje nevinih osoba u svom izno{enju ovog "op{teg stanovi{ta". Pored toga, pravni izvori koje je razmatrala Komisija za ratne zlo-ine Ujedinjenih nacija u stvari podr`avaju stav da se ne mo`e pozivati na prinudu kao na odbranu za ratni zlo-in koji uklju-uje ubijanje nevinih osoba uop{te uzev, bez obzira na to da li je optu`eni bio vojnik ili ne. Eksplicitne tvrdnje da prinuda nije odbrana za zlo-in koji uklju-uje ubijanje nevinih osoba mo`e se na}i u mi{ljenjima predsedavaju}eg sudije u predmetu *Stalag Luft III*<sup>44</sup> i u

<sup>42</sup> *Odluka o kazni*, paragraf 17.

<sup>43</sup> *Law Reports of Trials of War Criminals, U.N. War Crimes Commission (H.M. Stationery Office, London, 1949) ("Law Reports")*, tom XV, str. 174.

<sup>44</sup> *Trial of Max Wielen and 17 Others* (predmet "Stalag Luft III") *Law reports*, tom XI, str. 33.

predmetu *Feurstein*<sup>45</sup>, koja su u oba vođena pred britanskim vojnim sudovima. Ovi predmeti predstavljaju *lex posteriori* i ukidaju prethodnu odluku britanskog vojnog suda u predmetu *Jepson*<sup>46</sup> kojom je bio usvojen suprotan stav bez pozivanja na bilo kakav autoritet. Takođe ukazujemo na eksplicitno odbacivanje prinude kao odbrane za ubijanje nevinih osoba od strane predsedavajućeg sudije u predmetu *Hölzer*<sup>47</sup> o kojem je kanadski vojni sud doneo odluku 1946. godine.

43. Nalazimo da se jedina eksplicitna potvrda postojanja prinude kao odbrane za ubijanja nevinih osoba pred vojnim sudovima posle Drugog svetskog rata pojavljuje u predmetu *Einsatzgruppen* pred vojnim sudom Sjedinjenih Američkih Država. U tom predmetu, sud je utvrdio:

Treba odmah reći da ne postoji zakon koji zahteva da nevin -ovek mora da se odrekne svog života ili pretrpi ozbiljne ozlede da bi izbegao da pođini zločin koji osuđuje. Pretnja, međutim, mora da bude neposredna, stvarna i neizbežna. Nijedan sud neće kazniti -oveka koji je, s napunjenim pištoljem prislonjenim uz glavu, primoran da povuče smrtonosni obarač.<sup>48</sup>

Po našem mišljenju, međutim, vrednost ovog pravnog izvora u znatnoj meri dovodi u sumnju činjenica da vojni sud Sjedinjenih Američkih Država u predmetu *Einsatzgruppen* nije naveo nijedan pravni izvor kojim bi potkrepio svoje mišljenje da prinuda može da predstavlja potpunu odbranu za ubistva nedužnog pojedinca. Vojni sud se sigurno nije mogao osloniti na bilo kakav autoritet iz *common law-a* Sjedinjenih Američkih Država u kojem je od 1890. godine ustanovljeno da prinuda nije odbrana od ubistva s umišljajem.<sup>49</sup> [taviše, čak i ako su gledačta suda vezano za prinudu kao odbranu od ubistva bila odlična u to vreme, takva gledačta u ovom trenutku ne mogu da predstavljaju valjan pravni izvor u svetlu razvoja prava. Pravilo 916 (h) Priručnika za vojne sudove Sjedinjenih Američkih Država iz 1984. godine (izdanje iz 1994.) sada jasno propisuje da prinuda predstavlja odbranu za bilo koje

---

<sup>45</sup> *Trial of Valentine Feurstein and Others* (predmet "Feurstein"), *Proceedings of a Military Court held at Hamburg* (4-24. avgust 1948.), Public Records Office, Kew, Richmond, dosije br. 235/525; *Law Reports*, tom XV, str. 173.

<sup>46</sup> *Trial of Gustav Alfred Jepsen and others* (predmet "Jepsen"), *Proceedings of a Military Court held at Luneberg* (13.-14. avgust 1946.) presuda od 24. avgusta 1946. (originalni transkripti Public Records Office, Kew, Richmond); *Law reports*, tom XV, str. 172.

<sup>47</sup> *Trial of Robert Hölzer and Two Others* (predmet "Hölzer"), *Record of Proceedings of the Trial by Canadian Military Court of Robert Hölzer and Walter Weigel and Wilhelm Ossenbach held at Aurich, Germany*, 25. mart - 6. april 1946., tom 1.

<sup>48</sup> *Trial of Otto Ohlendorf et al.* (predmet "Einsatzgruppen"), *Trials of War Criminals*, tom IV, str. 480.

krivi-no delo izuzev ubistva nedu`ne osobe". Zakoni gotovo svih dr`avnih jurisdikcija u Sjedinjenim Ameri-kim Dr`avama definitivno odbacuju prinudu kao potpunu odbranu za po-inioca ubistva s umi{ljamem. Komentari najpu}enijih publicista, koji su prihva}eni kao pomo}ni izvor me|unarodnog prava u -lanu 38 (1) (d) Statuta MSP, tako|e su instruktivni. Dve godine nakon odluke o predmetu *Einsatzgruppen*, u *opus classicum* me|unarodnog prava, profesor Hersch Lauterpacht napisao je da "nijedno na-elo pravde i, u najcivilizovanijim zajednicama, nijedno pravno na-elo ne dozvoljavaju pojedincu da izbegne patnju ili -ak da spase svoj `ivot na u{trb `ivota - ili, kao {to se pokazalo u brojnim su|enjima za ratne zlo-ine, mno{tva `ivota - ili zna-ajne patnje drugih" a, posebno, da postoji "ozbiljan prigovor na [suprotno] rezonovanje suda" u predmetu *Einsatzgruppen*.<sup>50</sup>

44. U skladu sa tim, mi smatramo da je odluka u predmetu *Einsatzgruppen* u neskladu sa preovla|uju}im stavom me|unarodnih pravnih izvora. Ne postoji nikakav drugi presedan u sudskoj praksi me|unarodnih vojnih sudova posle Drugog svetskog rata koji bi se mogao navesti kao autoritet za tvrdnju da prinuda predstavlja potpunu odbranu za ubistvo nevinih osoba prema me|unarodnom pravu.

45. Radi upotpunjenja, mora se pomenuti i slede}e zapa`anje Me|unarodnog vojnog suda u Nirnbergu:

To {to je nekom vojniku nare|eno da ubije ili da mu-i, kr{e}i pritom me|unarodne zakone, nikada nije bilo priznato kao va`e}a odbrana za takve brutalnosti iako se, kao {to je propisano ovim Statutom, nare|enje mo`e koristiti za ubla`avanja kazne. Stvarno merilo, koja se u razli-itim stepenima mo`e na}i u krivi-nim zakonima ve}ine dr`ava, nije postojanje nare|enja, ve} pitanje da li je moralni izbor zaista bio mogu}.<sup>51</sup>

Ovaj nerazra|eni iskaz, po na{em mi{ljenju, ne daje zna-ajan doprinos jurisprudenciji po ovom pitanju. On jedva potkrepljuje tvrdnju da su odluke me|unarodnih vojnih sudova posle Drugog svetskog rata uspostavile jasno pravilo kojim se priznaje prinuda kao odbrana za ubistvo nevinih osoba, {to bi u tom slu-aju do danas postalo obi-ajno me|unarodno pravo. Ovo je priznala Komisija za

---

<sup>49</sup> *Videti Arp. v. State*, 97 ala 5, 12 So 201 (1893); *State v. Nargashuana*, 26 R.I. 299, 58 A. 953 (1904).

<sup>50</sup> *Oppenheim's International Law: A Treatise* (Sir Hersch Lauterpacht, ur., Longmans, London, 7. izdanje, 1952.), tom II, str. 571-572.

međunarodno pravo kad je razmatrala pitanje prinude u komentaru na Predlog Kodeksa o zločinima protiv mira i bezbednosti i bezbednosti, gde citira *Nirnbere dicta* i potom utvrđuje:

Postoje različita gledišta o tome da li čak i najekstremnija prinuda može ikada da predstavlja valjanu odbranu ili olakšavajuću okolnost u odnosu na izuzetno gnusan zločin, kao što je to ubijanje nedužnog ljudskog bića.<sup>52</sup>

#### 1. Ne može se izvesti nijedno pravilo međunarodnog običajnog prava po pitanju prinude kao odbrane za ubistvo nevinih osoba

46. Tužilaštvo deciderano tvrdi da su mišljenja vojnih sudova posle Drugog svetskog rata o pitanju prinude kao odbrane za ubistva postala deo međunarodnog običajnog prava. Tužilaštvo tvrdi da nije od značaja to što je ovaj običaj prvobitno zasnovan na pravnim izvorima *common law-a*. Vredi u potpunosti izneti njihovu tvrdnju po ovom pitanju.

Jednostavno ćelim takođe da naglasim da poreklo koje međunarodno pravo vuče iz *common law-a* po ovom pitanju ni na koji način ne treba da dovede u pitanje stav međunarodnog prava o prihvatljivosti prinude kao odbrane. Takav argument, argument da sud mora na neki način da odbaci preovlađujuću težinu autoriteta ove sudske prakse, samo zbog njene utemeljenosti na *common law-u*, prevideo bi suštinski eklektički karakter međunarodnog krivičnog prava, gde se iz različitih pravnih sistema, često bez nekog sistema vrše pozajmice. . . Navećemo, brzo, samo jedan primer - kada se raspravljalo o zakonu o zaveri 1944. godine, tokom pripremnog rada na Nirnberekom statutu, francuska delegacija je smatrala - citiram Bradley Smitha, vodećeg komentatora - da je to "varvarski koncept koji nije vredan modernog prava". Sovjetska delegacija bila je istinski okirana konceptom zavere. Koncept je i pored toga zadržan u statutu i razvijao se u sudskoj praksi kako na međunarodnom vojnom sudu i sudovima uspostavljenim po zakonu kontrolnog Saveta b. 10. Sada se ne može tvrditi da zakon o zaveri, zbog porekla koje vuče iz *common law-a*, ne treba da bude prihvaćen kao koncept u međunarodnom krivičnom pravu.

Časni sude, smatram da je izvesno da isto važi za odbranu na osnovu prinude. Činjenica da je stav međunarodnog prava, usled istorijskih i drugih okolnosti, u skladu sa stavom *common law-a*, činjenica da je jasno da prinuda ne može

---

<sup>51</sup> *Trial of the German Major War Criminals (Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuernberg, Germany* (H.M. Stationery Office, London, 1950.) de 22, str. 447.

<sup>52</sup> Izveštaj Komisije za međunarodno pravo o radu četrdeset osmog zasedanja, 6. maj - 26. jul 1996, G.A.O.R., 51. zas., dod. br. 10, UN dok. A/51/10, str. 77

da bude odbrana za ubistvo prema me|unarodnom pravu, ne mo`e se osporavati ni na koji na-in zbog tradicije ili porekla tog koncepta.<sup>53</sup>

47. Ukazano nam je na brojne slu-ajeve ratnih zlo-ina kojima se potkrepljuje stav da je prinuda potpuna odbrana za ubistvo nevinih osoba prema me|unarodnom pravu: predmet *Llandovery Castle*<sup>54</sup> koji je vo|en pred nema-kim Vrhovnim sudom; *Mueller et al.*<sup>55</sup> pred Vojnim sudom Belgije u Brislu i pred Kasacionim sudom Belgije; predmet *Eichmann*<sup>56</sup> pred izraelskim Vrhovnim sudom; predmet *Papon*<sup>57</sup> pred francuskim Kasacionim sudom; *Retzlaff et al.*<sup>58</sup> pred sovjetskim Vojnim sudom u Karkovu; *Sabli} et al.*<sup>59</sup> pred Vojnim sudom u Beogradu; predmeti *Bernardi i Randazzo*<sup>60</sup>, *Srà i drugi.*<sup>61</sup> i *Masetti*<sup>62</sup> pred italijanskim Porotnim sudom i Kasacionim sudom; nema-ki predmeti *S. i K.*<sup>63</sup> pred Zemaljskim sudom u Ravensburgu; predmet *Var{avski geto*<sup>64</sup> pred Porotnim sudom pripojenim Okru`nom sudu u Dortmundu; i *Wetzling et al.*<sup>65</sup> pred Porotnim sudom u Arnsbergu.

(a) Sporna relevantnost i pravni izvori u mnogim od ovih slu-ajeva

48. Predmeti izlo`eni u paragrafu 62 ti-u se pitanja prinude u razli-itim stepenima. Po na{em mi{ljenju, me|utim, ovi predmeti su nedovoljni da bi se potkrepilo pronala`enje obi-ajnog pravila koje utvr|uje postojanje odbrane za

<sup>53</sup> Transkript `albenog postupka, 26. Maj 1997, str 15-17

<sup>54</sup> Predmet *Llandovery Castle*, originalni tekst u *Verhandlungen des Reichstages. I Wahlperiode 1920, Band 368. Anlagen zu den Senographischen Berichten* Nr 2254 bis 2628, Berlin, str. 2586; prevod na engleski u AJIL, tom 16 (1922), str. 708.

<sup>55</sup> *Mueller et al.*, 31. januar 1949, 4. juli 1949. *Videti* Annual Digest i Reports of Public International Law Cases, 1949, str 400-403.

<sup>56</sup> *Eichmann v. Attorney-General of the Government of Israel*, 36 ILR 277 (1962) str. 318.

<sup>57</sup> Predmet *Papon*, neobjavljeni transkript izricanja presude od 18. septembra 1996, *Cour d'appel de Bordeaux, Chambre d'accusation, Arret du 18 septembre 1996*, br. 806. (Preveo sudija Cassese.)

<sup>58</sup> *Retzlaff et al.*, *The People's Verdict, A Full Report of the Proceedings at the Krasnodor and Kharkov German Atrocity Trials* (London-Njujork, bez datuma), str. 65.

<sup>59</sup> *Sabli} i drugi*, odluka od 26. juna 1992.

<sup>60</sup> *Bernardi and Randazzo*, neobjavljen tekst odluke italijanskog Kasacionog suda, 14. juli 1947, ljubazno dostavljen od strane Centralnih javnih arhiva u Rimu (u engleskom prevodu sudije Cassesea).

<sup>61</sup> *Srà et al.*, odluka od 6. novembra 1947, u *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione, sez. pen.*, 1947, br. 2557, str. 414.

<sup>62</sup> Predmet *Masetti*, odluka od 17. novembra 1947, u *Massimario della Seconda Sezione della Cassazione*, 1947, br. 2569, str. 416.

<sup>63</sup> *S. i K.*, odluka od 21. maja 1948, u *Justiz und NS-Verbrechen*, tom II, 1969, str. 521 i dalje, str. 526-527.

<sup>64</sup> Predmet *Warsaw Ghetto*, odluka Porotnog suda u Dortmundu, 31. mart 1954, *ibid.*, tom XII, 1974, str. 340-341.

<sup>65</sup> *Wetzling et al.*, odluka Porotnog suda u Arnsbergu, 12. februara 1958, *ibid.*, tom XIV, 1976, str. 563 i dalje, str. 616-623.



ubistvo nevinih osoba na osnovu prinude. Mo`emo da primetimo da su relevantnost i pravni izvori u mnogim od ovih predmeta sporni. Kao prvo, u predmetu *Papon*, optu`eni nije optu`en za ubistvo s umi{ljanjem kao po-inilac, ve} samo kao sau-esnik u istrebljenju Jevreja tokom Drugog svetskog rata u okviru svog rada u svojstvu policajca koji je vr{io racije i deportacije Jevreja u Nema-ku. Kao drugo, u predmetima *Retzlaff* i *Sabli*}, odbrana prinudom nije uspela i sudovi nisu jasno naveli koji su bili razlozi ovog neuspeha. Kao tre}e, odluku u predmetu *S. i K.* zapravo je poni{tio vi{i sud u Francuskoj zoni zbog kr{enja Zakon Kontrolnog saveta br. 10 tako da je taj pravni izvor sumnjiv. Najzad, optu`eni u predmetu *Var{avski geto* jednostavno su smatrani za sau-esnike u ubistvu tako da je primena prinude u tom slu-aju merodavna jedino u pogledu sau-esnistva za ubistvo, a ne za ubistvo s umi{ljanjem.

(b) Ne postoji konzistentna i jedinstvena dr`avna praksa koju potkrepljuje *opinio juris*

49. Iako neki od gorepomenutih predmeta sigurno mogu da predstavljaju stavove nacionalnih jurisdikcija u vezi sa primenljivo{u prinude kao potpune odbrane za ubistvo nevinih osoba, ni ti predmeti, niti na-ela o ovom pitanju koja se nalaze u odlukama vojnih sudova posle Drugog svetskog rata, ne pru`aju, po na{em mi{ljenju, osnovu za to da im se da status me|unarodnog obi-ajnog prava. Da bi neko pravilo u{lo u obi-ajno me|unarodno pravo, kao sto je Me|unarodni sud pravde ponovo autoritativno utvrdio u predmetima *North Sea Continental Shelf*, mora postojati obimna i jedinstvena dr`avna praksa koju potkrepljuje *opinio juris sive necessitatis*.<sup>66</sup> U meri u kojoj se doma}e odluke i doma}i zakoni dr`ava koji se ti-u pitanja prinude kao odbrane od ubistva mogu posmatrati kao dr`avna praksa, prili-no je jasno da ova praksa uop{te nije konzistentna. Odbrana u svojoj Obavesti o podno{enju `albe razmatra krivi-ne zakonike i zakonodavstvo 14 jurisdikcija gra|anskog prava u kojima se propisuje da je nu`da ili prinuda osloba|aju}e na-elo primenljivo na sve zlo-ine. Razmotrene jurisdikcije obuhvataju Austriju, Belgiju, Brazil, Gr-ku, Italiju, Finsku, Holandiju, Francusku, Nema-ku, Peru, [paniju, [vajcarsku, [vedsku i biv{u Jugoslaviju. Istina je da se odluke o ratnim zlo-inima navedene u Izdvojenom mi{ljenju sudije Cassesea zasnivaju na prihvatanju prinude kao op{te odbrane za sve

<sup>66</sup> Predmeti *North Sea Continental Shelf*, I.C.J. Reports (1969) 4 paragrafi 73-81.

zlo-ine u krivi-nim zakonicima Francuske, Italije, Nema-ke, Holandije i Belgije. Jasan stav brojnih zemalja {irom sveta koje primenjuju *common law* u potpunom je kontrastu sa ovim prihvatanjem prinude kao odbrane za ubistvo nevinih osoba. Ti sistemi *common law-a* kategori-ki odbacuju prinudu kao odbranu od ubistva. Jedini izuzetak su Sjedinjene Ameri-ke Dr`ave gde je nekoliko dr`ava prihvatilo Odeljak 2.09 Krivi-nog zakonika Sjedinjenih Ameri-kih Dr`ava koji trenutno propisuje da prinuda jeste op{ta odbrana za sva krivi-na dela. Zaista, odbacivanje prinude kao odbrane za ubistvo nevinih ljudskih bi}a u predmetima *Stalag Luft III*<sup>67</sup> i *Feurstein*<sup>68</sup>, koji su vo|eni pred britanskim vojnim sudovima, i u predmetu *Hölzer*<sup>69</sup> vo|enom pred kanadskim vojnim sudom, odra`ava u su{tini pristup *common law-a*.

50. Ne samo da dr`avna praksa u odnosu na pitanje da li je prinuda odbrana za ubistvo daleko od konzistentne, ve} tu dr`avnu praksu ne potkrepljuje, po na{em mi{ljenju, ni *opinio juris*. Ponovo, u meri u kojoj se dr`avna praksa po pitanju prinude kao odbrane od ubistva mo`e utvrditi na osnovu mi{ljenja o ovom pitanju sadr`anih u odlukama nacionalnih vojnih sudova i nacionalnih zakona, nalazimo da je potpuno neprihvatljiva bilo kakva tvrdnja da dr`ave usvajaju ovu praksu jer "ose}aju da se povinuju ne-em {to ima snagu pravne obaveze" na me|unarodnom nivou<sup>70</sup>.

51. Kao odgovor na tvrdnju Tu`ila{tva u vezi sa zaverom iznetu tokom usmene argumentacije, na{e je mi{ljenje da zavera svoj status dela obi-ajnog me|unarodnog prava duguje -injenici da je ona uneta u Nirnber{ki statut koji je naknadno priznat kao obi-aj, a ne -injenici da su prigovori sistema gra|anskog prava odba-eni u tom procesu. [tavi{e, zavera je jasno ustanovljena kao princip u Nirnber{kom statutu. U sada{njem slu-aju, prinuda, bilo kao op{ti pojam ili konkretno kada se primenjuje na ubistvo, nije sadr`ana ni u kakvom me|unarodnom sporazumu ili instrumentu za koji je naknadno priznato da je postao obi-aj.

#### (c) Sporni me|unarodni karakter sudova

52. Pored toga, mo`emo da primetimo da se u gorepomenutim predmetima radilo o odlukama nacionalnih vojnih sudova ili nacionalnih sudova koji su primenjivali

---

<sup>67</sup> Predmet *Stalag Luft III*, *Law Reports*, tom XI, str. 33.

<sup>68</sup> Predmet *Feurstein*, *Law Reports*, tom XV, str. 173.

<sup>69</sup> Predmet *Hölzer*, *supra* bel. 47.

nacionalno, a ne međunarodno pravo. Slučajevi *Bernardi i Randazzo, Srà et al.* i *Masseti* spadaju u ovu kategoriju odluka nacionalnih sudova.

53. U vezi sa vojnim sudovima koji su osnovani posle Drugog svetskog rata u skladu sa Statutom Nibnberškog suda ili Zakonom Kontrolnog saveta br. 10, ostaje sumnja u pogledu toga da li je bilo koji od ovih vojnih sudova bio stvarno "međunarodnog karaktera". Ovo potvrđuju protivurene izjave u vezi sa međunarodnim statusom ovih sudova. Na primer, s jedne strane, u predmetu *Flick*, vojni sud Sjedinjenih Američkih Država utvrdio je da:

Ovaj tribunal nije sud Sjedinjenih Američkih Država u smislu u kojem se taj termin upotrebljava u Ustavu Sjedinjenih Američkih Država. To nije vojni sud. To nije vojna komisija. To je međunarodni tribunal koji je uspostavilo Međunarodni kontrolni savet, visoka zakonodavna vlast četiri savezne sile koje sada kontrolišu Nemačku (Zakon Kontrolnog saveta br. 10, 20. decembar 1945) . . . Tribunal primenjuje međunarodno pravo. Njega ne obavezuje opšte zakonodavstvo Sjedinjenih Američkih Država . . .<sup>71</sup>

Apelacioni sud okruga Kolumbije u Sjedinjenim Američkim Državama potvrdio je ovaj stav u predmetu *Flick* sledećim rečima:

Ako sud koji je vodio postupak protiv Flicka nije bio sud Sjedinjenih Američkih Država, njegovo postojanje ne može da menja nijedan sud u ovoj zemlji... Ukoliko je to bio međunarodni sud, time se stvar završava. Mi smatramo da je, po svim ključnim elementima, to bio međunarodni sud. Njegova ovlašćenja i jurisdikcija proistekli su iz zajedničke suverenosti četiri pobedničke sile....<sup>72</sup>

S druge strane, Vojni sud Sjedinjenih Američkih Država u predmetu *Milch* utvrdio je da se "stalno mora imati na umu da je ovo američki sud koji primenjuje odavno utemeljene i fundamentalne koncepte anglosaksonske sudske prakse"<sup>73</sup>

Nadalje, u predmetu *Pravosuđe*, u pogledu pitanja da li treba primeniti nemačko pravo, Vojni sud Sjedinjenih Američkih Država utvrdio je:

---

<sup>70</sup> Predmeti *North Sea Continental Shelf*, *supra* bel. 66, paragraf 77.

<sup>71</sup> *Trial of Frederick Flick and Five Others* (predmet "Flick"), *Trials of War Criminals*, tom VI, str. 1188.

<sup>72</sup> *Flick v. Johnson*, 174 F.2d. 983, 984-986; odbijeno 338 U.S. 879 (1949).

<sup>73</sup> *Trial of Erhard Milch* (predmet "Milch"), *Trials of War Criminals*, tom II, str. 778.

^injenica da su ~etiri sile imale vrhovnu zakonodavnu vlast u upravi nad Nema-kom i za ka`njavanje ratnih zlo-inaca ne zna-i da se jurisdikcija ovog suda i u najmanjoj meri oslanja na nema-ke zakone, prerogative ili suverenost. Mi zasedamo kao sud koji sva svoja ovla{ }enja i nadle`nost crpi iz volje i rukovodstva ~etiri okupatorske sile.<sup>74</sup>

Tu`ila{tvo tvrdi da su me|unarodni sudovi primenjivali me|unarodno pravo. U usmenom izlaganju, zastupnik Tu`ila{tva izneo je slede}e:

Verujem da se tim predmetima [predmetima o kojima se govori u tomu br. 15 Komisije za ratne zlo-ine Ujedinjenih nacija] mora dati daleko ve}i zna-aj nego bilo kojoj nacionalnoj odluci utoliko {to se u svim ovim predmetima primenjivalo me|unarodno pravo, iako su neke on njih vodili nacionalni sudovi okupatorskih sila. Sve ~etiri savezni-ke sile i 19 drugih zemalja potpisnica usvojile su ovla{ }enje Kontrolnog saveta broj 10, tako da se ono mo`e smatrati za deo korpusa me|unarodnog prava.<sup>75</sup>

54. Ova gledita navode odre|eni broj komentara. Kao prvo, u meri u kojoj su vojni sudovi posle Drugog svetskog rata uspostavljeni prema Statutu Nirnber{kog suda ili Zakonu br. 10 Kontrolnog saveta smatrani za me|unarodne, to se ticalo jedino njihovog sastava, karaktera i nadle`nosti. Istina je da je Apelacioni sud okruga Kolumbije u Sjedinjenim Ameri-kim Dr`avama, usvojiv{i stav da je priroda suda koji je vodio postupak protiv Flicka bila me|unarodna, to u-inio jedino u kontekstu utvr|ivanja da li je taj sud imao ovla{ }enje da izmeni odluku ni`eg suda i prihvati *habeas corpus*.

Nije postojala nikakva tvrdnja u smislu da su sudovi primenjivali isklju-ivo me|unarodno pravo. Istina je da se Statutom Nirnber{kog suda i delovima Zakona Kontrolnog saveta br. 10, kojima se utvr|uje pravo koje }e primenjivati vojni sudovi "deklari{u na-ela me|unarodnog prava u cilju njegovog priznanja od strane Generalne skup{tine Ujedinjenih nacija"<sup>76</sup>. Ni Statut Nirnber{kog suda iz 1945. niti Zakon Kontrolnog saveta br. 10, me|utim, ne sadr`e nijednu odredbu koja se bavi pitanjem prinude bilo uop{teno ili kao odbrane za ubistvo nevinih osoba. Shodno tome, kada je trebalo da se ovi sudovi odrede prema tom konkretnom pitanju, oni su se, bez izuzetka, oslanjali na sudsku praksu sosptvenih nacionalnih pravosudnih

---

<sup>74</sup> *Trial of Joseph Alstotter and Others* (predmet "Pravosu|e"), *Trials of War Criminals*, tom III, str. 964.

<sup>75</sup> Transkript `albenog postupka, 26. maj 1997, str. 53.

<sup>76</sup> Predmet *Justice, supra bel.* 74, tom III, str. 968.

sistema. Ovo dokazuje -injenica da su britanski vojni sudovi primenjivali britansko pravo, dok su ameri-ki vojni sudovi primenjivali ameri-ko pravo.

55. U svetlosti gornje rasprave, na{e je mi{ljenje da se u obi-ajnom me|unarodnom pravu ne mo`e na}i nijedno pravilo vezano za primenljivost ili neprimenljivost prinude kao odbrane za optu`bu za ubistvo nevinih ljudskih bi}a. Vojni sudovi uspostavljeni posle Drugog svetskog rata nisu ustanovili takvo pravilo. Mi smatramo da odluke ovih sudova ili drugih nacionalnih sudova i vojnih sudova ne predstavljaju konzistentnu i jedinstvenu nacionalnu praksu koju potkrepljuje *opinio juris sive necessitatis*.

C. Op{ta pravna na-ela koja priznaju civilizovane dr`ave (1lan 38(1)(c) Statuta Me|unarodnog suda pravde )

56. Sada treba postaviti pitanje da li "op{ta pravna na-ela koja priznaju civilizovane dr`ave", ustanovljena kao izvor me|unarodnog prava u 1lanu 38 (1)(c) Statuta Me|unarodnog suda pravde, mogu da donekle osvetle ovo zamr{eno pitanje prinude. Paragraf 58 Izve{taja Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija izlo`enog 3. maja 1993. izri-ito usmerava Me|unarodni sud na ovaj pravni izvor:

Sam Me|unarodni sud }e morati da donese odluku o razli-itim na-elima odbrana koje mogu da oslobode osobu od individualne krivi-ine odgovornosti, kao {to su minimalne godine ili neura-unljivost, koje proisti-e iz op{tih pravnih na-ela koje priznaju sve dr`ave.<sup>77</sup>

Nadalje, 1lan 14 Nacrta Kodeksa o zlo-inima protiv mira i bezbednosti -ove-anstva Komisije za me|unarodno pravo propisuje:

Nadle`ni sud }e utvrditi prihvatljivost odbrane u skladu sa op{tim pravnim na-elima, u svetlu karaktera svakog zlo-ina.<sup>78</sup>

57. Brojne stvari moramo uzeti u obzir jer uti-u na na{u analizu primene "op{tih pravnih na-ela koja priznaju civilizovane dr`ave" kao izvora me|unarodnog prava. Kao prvo, iako op{ta pravna na-ela treba da proisti-u iz postoje}ih pravnih sistema,

---

<sup>77</sup> Izve{taj Generalnog sekretara u skladu sa ta-kom 2 rezolucije Saveta bezbednosti 808 (1993), U.N. dok. S/25704.

posebno iz nacionalnih pravnih sistema<sup>79</sup>, op{te je prihva}eno da izvla-enje "op{teg pravnog principa koji priznaju civilizovane dr`ave" ne zahteva sveobuhvatan pregled svih pravnih sistema sveta, budu}i da bi to bilo prakti-no neizvodivo i da to nikada nije bila praksa Me|unarodnog suda pravde ili drugih me|unarodnih sudova koji su pribegli -lanu 38 (1)(c) Statuta Me|unarodnog suda pravde. Kao drugo, po mi{ljenju eminentnih pravnika, uklju-uju}i Barona Descamps, predsednika Savetodavnog pravni-kog komiteta o -lanu 38(1)(c), jedan od ciljeva ovog -lana je da se izbegne *non-liquet* situacija, odnosno situacija u kojoj je me|unarodni sud blokiran usled nepostojanja primenjivih zakonskih pravila<sup>80</sup>. Kao tre}e, "op{te na-elo" ne sme se me{ati sa konkretnim manifestacijama tog na-ela u konkretnim pravilima. Kao {to je utvrdila Italijansko-venecuelanska me{ovita komisija za zahteve u predmetu *Gentini*:

Pravilo... je su{tinski prakti-no i, {tavi{e, obavezuje; postoje pravila umetnosti, kao {to postoje pravila vladavine, dok princip izra`ava op{tu istinu, koja rukovodi na{im delovanjem, slu`i kao teorijska osnova za razli-ita dela koja -inimo u `ivotu i -ija primena na stvarnost proizvodi datu posledicu.<sup>81</sup>

U svetlu ovih razmatranja, na{ pristup nu`no ne}e uklju-ivati direktno pore|enje konkretnih pravila svakog od svetskih pravnih sistema, ve} }e umesto toga uklju-ivati pregled onih jurisdikcija -ija nam je sudska praksa, pristupa-na u naporu da razaznamo op{ti pravac politike ili na-elo koji le`e u osnovi konkretnih pravila te jurisdikcije i koji se sla`u sa predmetom i svrhom uspostavljanja Me|unarodnog suda.

Kao {to je Lord McNair ukazao u svom Izdvojenom mi{ljenju u predmetu *Jugozapadna Afrika*<sup>82</sup>,

nikada se ne radi o tome da se u me|unarodno pravo uvezu privatne pravne institucije "i|uture", ve} gotove i u potpunosti opremljene nizom pravila. Radi se pre o tome da se u institucijama privatnog prava na|u naznake pravne politike i na-ela koji su pogodni za re{avanje me|unarodnog problema koji je iskrcao. Ono {to me|unarodni sudija ima pravo da primeni prema stavu (c) nije konkretno ispoljavanje na-ela u razli-itim nacionalnim sistemima - koji u

---

<sup>78</sup> Izve{taj Komisijeza me|unarodno pravo o radu -etrdeset osmog zasedanja, 6. maj - 26. jul 1996, G.A.O.R., 51 zas., dod. br. 10, U.N. dok. A/51/10, str. 73.

<sup>79</sup> *Videti* Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, *Procès verbaux of the Proceedings of the Committee* (16. jun - 24. jul 1920, L.N. Publication, 1920), str. 335 (kako navode Lord Phillimore i de La Pradelle).

<sup>80</sup> *Ibid.*, str. 336.

<sup>81</sup> Predmet *Gentini*, International Arbitral Awards, tom X, str. 551.

<sup>82</sup> Predmet *South-West Africa*, I. C. J. Rep. (1950), str. 148.

svakom slučaju imaju sve izgleda da budu različiti - ve} op{ti pravni koncept koji ih pro`ima. (Naknadno podvu-eno)

Na taj na-in, uobi-ajena praksa me|unarodnih sudova jeste da se koristi op{te na-elo u formulaciji pravnog pravila primenjivog na -injenice iz konkretnog predmeta o kojem se vodi postupak. Ova praksa je najo-iglednija u odnosu prema op{tem principu "dobre vere i pravi-nosti" u predmetima koji se vode pred Me|unarodnim sudom pravde i Stalnim me|unarodnim sudom pravde. Na primer, u predmetima *North Sea Continental Shelf* koji su vo|eni pred Me|unarodnim sudom pravde, sud je uzeo u obzir "pravi-na na-ela" kad je formulisao pravila koje odre|uje granice priobalnih podvodnih grebena. U predmetu *Diversion of Water from the Meuse (Holandija protiv Belgije)* koji je vo|en pred Stalnim sudom me|unarodne pravde, sudija Hudson je, u svom Izdvojenom mi{ljenju, nakon {to je prihvatio da je pravi-nost "op{te pravno na-elo koje priznaju civilizovane dr`ave", utvrdio:

Izgleda da je zna-ajno na-elo pravi-nosti to da kada su dve strane preuzele na sebe identi-nu ili recipro-nu obavezu, strani koja kontinuirano ne ispunjava tu obavezu ne treba da bude dozvoljeno da izvu-e korist iz sli-nog neispunjenja te obaveze od druge strane.<sup>83</sup>

U predmetu *Fabrika Chorzow (Meritum)*, Stalni sud je primetio da je "na-elo me|unarodnog prava, pa -ak i op{ta koncepcija prava, to da bilo kakvo kr{enje preuzete obaveze podrazumeva obavezu da se to kompenzuje"<sup>84</sup>.

U predmetu *Krfski kanal (Meritum)*, Me|unarodni sud je utvrdio da

druga dr`ava, `rtva kr{enja me|unarodnog prava, -esto nije sposobna da pru`i neposredne dokaze o -injenicama koje povla-e za sobom odgovornost. Takvo dr`avi treba dozvoliti liberalnije slu`enje dono{enjem zaklju-aka o -injenicama i posrednim dokazima. Ovi posredni dokazi dopu{teni su u svim pravnim sistemima, a njihova upotreba priznata je u me|unarodnim odlukama.<sup>85</sup>

58. Da bismo stigli do op{teg principa koji se ti-e prinude, izvr{ili smo ograni-eni pregled na-ina na koji se tretira prinuda u svetskim pravnim sistemima. Ovaj pregled je nu`no skroman u svom opsegu i ne predstavlja detaljnu komparativnu analizu.

---

<sup>83</sup> Predmet *Diversion of Water from the Meuse (Holandija protiv Belgije)* (1937.), P.C.I.J. Reports, Series A/B, br. 70, str. 76-77.

<sup>84</sup> Predmet *Chorzow Factory (Merits)* (1928), P.C.I.J., Series A, br. 17, str. 29.

Njegov cilj je da, u meri u kojoj je to moguće, izvuče "opšte pravno načelo" kao izvor međunarodnog prava.

## 1. Prinuda kao potpuna odbrana

### (a) Sistemi građanskog prava

59. Krivični zakonici sistema građanskog prava, sa nekim izuzecima, dosledno priznaju prinudu kao potpunu odbranu za sva krivična dela. Krivični zakonici država građanskog prava propisuju da optuženi koji deluje pod prinudom "ne počinjava nikakvo krivično delo" ili "nema krivičnu odgovornost" ili "ne može biti kažnjen". Primetimo da neki sistemi građanskog prava prave razliku između pojma nužde i pojma prinude. Smatra se da se nužda odnosi na vanredne situacije vezane za dejstvo prirodnih sila. Smatra se, međutim, da se prinuda odnosi na primoravanje drugog ljudskog bića putem pretnji. Tamo gde sistem građanskog prava pravi ovu razliku, mi ćemo se baviti samo odredbama koje se tiču prinude.

### Francuska

U francuskom Krivičnom zakoniku, proglašenom 22. jula 1992., u članu 122-2 propisuje se da:

Nijedna osoba koja je delovala pod uticajem sile ili prinude kojima nije mogla da se odupre nema krivičnu odgovornost.<sup>86</sup>

Očigledno je na osnovu ovog člana da francuski zakon priznaje prinudu kao opštu odbranu koja vodi ka oslobođenju<sup>87</sup>. Efekat primene ove odredbe je, figurativno govoreći, uništenje volje osobe pod prisilom.<sup>88</sup>

### Belgija

---

<sup>85</sup> Predmet *Corfu Channel (Merits)* I.C.J. Reports (1949) 4 str. 18.

<sup>86</sup> "N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister." *Code Pénal* (94. izd., Dalloz, Pariz, 1996-97).

<sup>87</sup> Desportes, F. i Le Guehec, F., *Le nouveau droit pénal* (Economica, Pariz, 3. izd., 1996), tom I, str. 502-508, 564.

<sup>88</sup> G. Stafani, G. Levasseur i B. Bouloc, *Droit penal general* (Dalloz, Pariz, 16. izd, 1997), str. 331.



Belgijski Krivi-ni zakonik iz 1867., član 71, propisuje:

Nema krivi-nog dela ako je optu`eni ili osumnji`eni bio neura-unljiv u vreme po-inavanja dela, ili ako je bio primoran silom kojoj se nije mogao odupreti.<sup>89</sup>

Ovo pravilo primenjuje se na svako krivi-no delo<sup>90</sup>. Da bi se utvrdila prinuda, Kasacioni sud je utvrdio da slobodna volja zainteresovanog lica mora da bude ne samo oslabljena već potpuno uni`tena<sup>91</sup>. Kao i u francuskom zakonu, prinuda koja proisti`e iz ne-ijeg sopstvenog delovanja ne`e se prihvatiti kao prinuda<sup>92</sup>.

## Holandija

Član 40 holandskog Krivi-nog zakonika iz 1881. propisuje:

Osoba koja po`ini krivi-no delo kao rezultat sile za koju se ne mo`e o-ekivati da je mogla da joj se odupre [*overmacht*] nije krivi-no odgovorna.<sup>93</sup>

Re- *overmacht* ozna`ava vi`u silu i ponekad se prevodi kao *force majeure*. Ovaj član primenjuje se za optu`be za ubistva<sup>94</sup>. U holandskom zakonu, član 40 izgleda da obuhvata kako pojam mentalne prinude<sup>95</sup> (pretnje koje nadja-avaju volju osobe) tako i pojam nu`de<sup>96</sup>.

## Španija

U Španskom Krivi-nom zakoniku iz 1995, član 20 propisuje da se krivi-na odgovornost optu`enog ukida ako je on primoran da po`ini odre`eno delo usled nesavladivog straha<sup>97</sup>.

---

<sup>89</sup> "Il n'y a pas d'infraction lorsque l'accusé ou le prevenu était en état de démence au moment du fait, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister."

<sup>90</sup> *Pasicrisie, Cour de Cassation*, 24. juna 1957, str. 1272.

<sup>91</sup> *Ibid.*, *Cour de Cassation*, 29. septembar 1982, str. 140.

<sup>92</sup> *Ibid.* *Cour de Cassation*, 10. april 1979, tom I, str. 950.

<sup>93</sup> Holandski Krivi-ni zakonik (preveli L. Rayar i S. Wadsworth, Rothman i Co., Littleton, Colorado, 1997), p. 73.

<sup>94</sup> *Ibid.*, str. 24. Usp. D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht* (ur. J. Remmelink, Gouda Quint bv, Arnhem, 14. izd., 1995), str. 295-299.

<sup>95</sup> *Psychische overmacht*.

<sup>96</sup> *Overmacht zijnde noodtoestand*.

<sup>97</sup> "Nesavladiv strah" je pribli`an prevod izraza "*miedo insuperable*" koji se koriste u zakoniku i koji ozna-avaju stanje psihi-ke uznemirenosti pod pretnjom neposredne opasnosti: C.A. Landecho

## Nema-ka

Odeljak 35(1) nema-kog Krivi-nog zakonika iz 1975. (dopunjenog 15. maja 1987.) propisuje:

Ukoliko neko po-ini nezakonito delo da bi izbegao neposrednu i ina-e neizbe`nu opasnost po `ivot, telesni integritet ili slobodu, bilo da se radi o njemu ili o nekome ko od njega zavisi ili o nekome ko je blisko vezan za njega, po-inilac po-injava delo a da nije kriv. Ovo nije slu-aj u okolnostima gde se razumno mo`e o-ekivati od po-inioca da pretrpi rizik; ovo se od njega mo`e razumno o-ekivati ukoliko je on izazvao opasnost, ili ako se nalazi u posebnoj pravnoj vezi u odnosu na opasnost. U potpunem slu-aju, njegova kazna mo`e biti ubla`ena u skladu sa odeljkom 49(1)<sup>98</sup>.

## Italija

^lan 54 italijanskog Krivi-nog zakonika iz 1930. (dopunjen 1987) propisuje:

- (1) Niko ne}e biti ka`njen za dela po-injena u stanju nu`de da bi sa-uvao sebe ili druge od realne opasnosti te{ke li-ne povrede, koja nije dobrovoljno izazvana niti se mo`e izbe}i na drugi na-in, i za po-injena dela koja su srazmerna povredama kojima je pre}eno.
- (2) Ovaj -lan ne primenjuje se na osobu koja ima zakonsku obavezu da se izla`e opasnosti.
- (3) Odredba iz prve ta-ke ovog -lana tako|e se primenjuje ukoliko stanje nu`nosti proisti-e iz pretnje druge osobe; u tom slu-aju, me|utim, odgovornost za dela po-injena pod prinudom le`i na onom ko je primorao na po-injavanje tih dela<sup>99</sup>.

Smatra se da se -lan 54(2) odnosi na moralno primoravanje koje proisti-e iz spoljnih uslova ("contraint morale"). Pored toga, -lan 46 italijanskog Krivi-nog zakonika predvi|a:

Niko ne}e biti ka`njen za po-injavanje dela pod prinudom od strane druge osobe u vidu fizi-kog nasilja kojem se ne mo`e odupreti ili koje je neizbe`no.

---

Velasco, S.J. i C. Molina Blasquez, *Derecho Penal Espanol* (Parte General) (5. izd., Tecnos, 1996), str. 382-83.

<sup>98</sup> Prevod Georgea Fletchera, *Rethinking Criminal Law* (Little, Brown and Company, Boston/Toronto, 1978), str. 833.

<sup>99</sup> Giovanni Conso (ur.), *Codice Penale* (5. Izd., Giuffrè Milano, 1987.), str. 33.

U tom slu-aju, odgovornost za dela po-injena pod prinudom le` i na osobi koja vr{i prinudu.

^lan 46 je u kategoriji faktora koji negiraju subjektivni element krivi-ne odgovornosti (mens rea)<sup>100</sup>, za razliku od -lana 54(2) koji opravdava actus reus i stoga negira objektivni element krivi-ne odgovornosti. Nijedno krivi-no delo nije izuzeto od dejstva ove dve odredbe.

### Norve{ka

Stav 47 norve{kog Op{teg gra|anskog Krivi-nog zakonika<sup>101</sup>, (dopunjeno 1. jula 1994), propisuje da:

Nijedna osoba ne mo`e da bude ka`njena za delo koje je po-inila da bi spasla neku osobu ili ne-iju imovinu od neizbe`ne opasnosti ako ga okolnosti opravdavaju u tome {to je smatrao da je ova opasnost posebno zna-ajna u odnosu na {tetu koja mo`e da bude prouzrokovana njegovim delom.

^ini se da se pozivanje na prinudu kao i na nu`du mogu podvesti pod ovaj stav<sup>102</sup>.

### [vedska

Odeljak 4 poglavlja 24 {vedskog Krivi-nog zakonika predvi|a odbranu na osnovu nu`de [nöd]. Nöd obuhvata kako prirodne sile, tako i ljudske pretnje<sup>103</sup>. Odeljak 4 propisuje:

Osoba koja u slu-aju koji nije onaj o kome se govorilo prethodno u ovom poglavlju po-ini delo iz nu`de da bi izbegla opasnost po `ivot ili zdravlje, da bi spasla dragocenu imovinu ili iz drugih razloga, tako|e }e biti oslobo|ena kazne ukoliko se delo mora smatrati opravdanim s obzirom na prirodu opasnosti, na {tetu izazvanu drugoj osobi i na op{te okolnosti.

### Finska

---

<sup>100</sup> A. Pecoraro-Albani, *Costringimento Fisico*, *Enciclopedia del Diritto* (F. Calasso i dr., ur., Giuffrè Varese, 1962.), tom XI, str. 242.

<sup>101</sup> Akt br. 10 od 22. maja 1902., norve{kog Ministarstva pravosu|a (1995.).

<sup>102</sup> Johannes Andenaes, *The General Part of the Criminal Law of Norway* (preveo Thomas P. Ogle), (Sweet & Maxwell, London, 1965.), str. 165-170.

Odeljak 10 Krivi-nog zakonika Finske<sup>104</sup> propisuje:

Ukoliko je neko po-inio ka`njivo delo da bi spasao sebe ili drugoga, ili svoju ili tu|u svojinu, od o-igledne opasnosti ili ako bi na drugi na-in bilo nemogu}e izvesti spasavanje, sud }e razmotriti, s obzirom na delo i na okolnosti, da li }e on ostati neka`njen ili zaslu`uje punu kaznu ili kaznu smanjenu u skladu sa odeljkom 2(1).

### Venecuela

U venecuelanskom Krivi-nom zakoniku iz 1964, -lan 65(4)<sup>105</sup> osloba|a krivi-ne odgovornosti optu`enog koji je delovao pod prinudom (*constreñido*) potrebe da spase sebe ili druge od ozbiljne i neposredne opasnosti koja nije dobrovoljno izazvana i koja se ne mo`e izbe}i<sup>106</sup>.

### Nikaragva

^lan 28(5) nikaragvanskog Krivi-nog zakonika iz 1974. (dopunjenog u julu 1994)<sup>107</sup> uklanja krivi-nu odgovornost sa osobe "koja deluje pod uticajem neodoljive fizi-ke snage ili je primorana pretnjom neposredne i ozbiljne opasnosti". ^lan 28(6) osloba|a osobu "koja je delovala iz nu`de da se sa-uva od neposredne opasnosti koja se na drugi na-in ne mo`e izbe}i, ako je okolnost bila takva da se nije moglo razumno o-ekivati da ona `rtvuje interese koji su bili pod pretnjom". ^lan 28(7) nala`e da, kako bi do{lo do osloba|anja od odgovornosti za izvr{enje odre|enog dela kojim se izbegava zlo po cenu prava drugih ljudi, zlo mora da bude realno i neposredno, kao i da je ve}e nego povreda nanescna po-injenim delom.

### ^ile

---

<sup>103</sup> Videti Suzanne Wennberg, "Criminal Law", *Swedish Law: a Surveyr* (ur. H. Tiberg, P. Sterzel, F. Cronhult., Jurisforlaget, Stockholm, 1994.), str. 481.

<sup>104</sup> 19. decembar 1889/39; Stand: 743/1995

<sup>105</sup> *Código penal venezolano* (Copia de la Gaceta Oficial No. 915, Extraordinario, 30. jun 1964.) (Panapo, 1986.).

<sup>106</sup> Sli-ne odredbe mogu se na}i u brazilskom krivi-nom zakoniku iz 1969: Pregled dat u prilogu podneska odbrane o prelimiranrnim pitanjima, *Tu`ilac protiv Dra`ena Erdemovi}a*, predmet br. IT-96-22-A, @albena vije}e, 16. maj 1997.

<sup>107</sup> *Ley de Código Penal de la República de Nicaragua* (BITECSA, 1995.).

U -ileanskom Krivi-nom zakoniku iz 1874. (dopunjenom 1994.)<sup>108</sup>, -lan 10(9) propisuje da }e se krivi-na odgovornost skinuti sa osobe "koja po-ini krivi-no delo usled neodoljive sile ili pod uticajem nesavladivog straha."

### Panama

U panamskom Krivi-nom zakoniku iz 1982,<sup>109</sup> -lan 37 glasi:

Nema nikakve krivice na strani bilo koga ko deluje pod prinudom ili pretnjom realne i ozbiljne opasnosti, bez obzira da li je ona izazvana delima tre}e osobe, ako se od njega nije razumno moglo o-ekivati da deluje druga-ije.

### Meksiko

Prema meksi-kog Krivi-nom zakoniku iz 1931. (dopunjenom 1994),<sup>110</sup> -lan 15 utvr|uje niz osnova za osloba|anje od krivice. ^lan 15(9) utvr|uje da nije do{lo do po-injavanja krivi-nog dela kada se

s obzirom na okolnosti koje su prisutne u vr{enju nezakonite radnje, od vr{ioca nije moglo razumno o-ekivati da druga-ije deluje, jer nije na njemu da odlu-i da deluje u skladu sa zakonom...

### Biv{a Jugoslavija

Krivi-ni zakonik Socijalisti-ke Federativne Republike Jugoslavije<sup>111</sup> odredio je op{te principe krivi-nog prava, uklju-uju}i elemente krivi-ne odgovornosti, a primenjivan je u konstitutivnim republikama i autonomnim pokrajinama biv{e Jugoslavije koje su savezni zakon dopunile sopstvenim krivi-nim zakonodavstvom. U amandmanu na zakonik iz 1990.<sup>112</sup> -lan 10<sup>113</sup> predvi|a odbranu na osnovu krajnje nu`de. ^lan 10 glasi:

(1) Delo po-injeno iz krajnje nu`de nije krivi-no delo.

<sup>108</sup> *Código penal (edición oficial, usvojen Dekretom br. 531 Ministarstva pravosu|a od 24. marta 1994) (Edición jurídica de Chile, Santiago, 1995.)*

<sup>109</sup> *Código penal* (Ministarstvo prosvete, Editorial Mizrachi & Pujol, S.A., Bogota, 7. izd., 1994.).

<sup>110</sup> *Código penal para El Distrito Federal* (Editorial Porrúa, S.A., Meksiko, 56. izd., 1996.).

<sup>111</sup> Proglá{en 29. septembra a stupio na snagu 28. juna 1977.

<sup>112</sup> Proglá{en u Slu`benom Listu, 28. juni 1990.

<sup>113</sup> Ovaj -lan identi-an je sa -lanom 10 jugoslovenskog Krivi-nog zakonika (Savezna Republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora)).

- (2) Delo je počinjeno iz krajnje nužde ako se vrši da bi počinilac sprečio neposrednu opasnost po sebe ili drugoga koja nije izazvana počinio-evom krivicom i koja nije mogla da bude sprečena na bilo koji drugi način, pod uslovom da zlo time izazvano ne prevazilazi ono kojim je prečeno.
- (3) Ako je sam počinilac nesmotreno stvorio opasnost, ili ako je prekoračio granice krajnje nužde, sud može da mu nametne smanjenu kaznu, a ako je prekoračio granice pod posebno olakšavajućim okolnostima, može takođe da ga oslobodi od kazne.
- (4) Ne postoji krajnja nužda tamo gde je počinilac bio pod obavezom da se izloži opasnosti. /prevod s engleskog/

## (b) Sistemi common law-a

### Engleska

60. U Engleskoj, prinuda je potpuna odbrana za sva krivična dela sa izuzetkom ubistva, pokušaja ubistva i, -ini se, izdaje<sup>114</sup>. Premda ne postoji nikakav pravni izvor u pogledu toga da li je prinuda primenjiva u slučaju pokušaja ubistva, preovlađujući stav je da nema nikakvog logičnog, moralnog ili zakonskog razloga da se prihvati takva odbrana za optužbu za pokušaj ubistva dok se ona ne dopušta u slučaju optužbe za ubistvo<sup>115</sup>.

### Sjedinjene Američke Države i Australija

Engleski stav da prinuda dejstvuje kao puna odbrana u pogledu krivičnih dela uopšte primenjuje se u Sjedinjenim Američkim Državama i Australiji sa varijacijama u savezним državnim jurisdikcijama u pogledu tačne definicije odbrane i opsega krivičnih dela za koje odbrana nije primenjiva<sup>116</sup>.

<sup>114</sup> *R. v. Howe et al.* [1987] 1 All ER 771 (Gornji dom).

<sup>115</sup> Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice* (Sweet & Maxwell, London, 1994.), paragraf 17-154.

<sup>116</sup> U Sjedinjenim Američkim Državama, prinuda nije potpuna odbrana od ubistva po *common law-u*: *Rumble v. Smith*, 905 F.2d.176, 180 (8. Cir. 1990); usp. Nacrt krivičnog zakonika, odeljak 2.09. U Australiji, glavna definicija prinude je ona koju je dao sudija Smith u *R. v. Hurley* [1967] VR 526. U *common law-u* u Australiji, krivična dela za koja prinuda nije nikakva odbrana su ubistvo, pokušaj ubistva i određeni oblici izdaje: *R. v. McConnell* [1977] 1 NSWLR 174 (CCA); *R. v. Harding* [1976.] VR 129 (FC). U australijskim državama koje imaju krivične zakonike, veliki broj krivičnih dela je izuzet od dejstva prinude kao odbrane. Tasmanija ima najdužu listu izuzetaka. U Tasmaniji, odbrana nije primenjiva na osobe optužene za ubistvo, pokušaj ubistva, izdaju, piratstvo, krivična dela za koja se smatra da su piratstvo, koja izazivaju teške telesne povrede, silovanje, prisilnu otmicu, pljačku uz primenu nasilja, pljačku i podmetanje požara: Krivični zakonik (Tas), odeljak 20(1).

## Kanada

Odeljak 17 kanadskog Krivi-nog zakonika bavi se "prinudom putem pretnji" i propisuje:

Osoba koja po-ini krivi-no delo pod prinudom putem pretnji smr}u koja }e odmah uslediti ili telesnom ozledom od strane osobe koja je prisutna kada se po-injava krivi-no delo osloba|a se odgovornosti za po-injavanje krivi-nog dela ukoliko osoba veruje da }e pretnje biti ispunjene i ukoliko osoba nije u-esnik u zaveri ili -lan udru`enja kojima bi bila izlo`ena prinudi, ali ovaj odeljak se ne primenjuje u slu-aju gde je krivi-no delo koje je po-injeno veleizdaja ili izdaja, ubistvo, piratstvo, poku{aj ubistva, seksualni delikt, seksualni delikt uz kori{}enje oru`ja, pretnje tre}em licu ili izazivanje telesne ozlede, te`i oblik seksualnog delikta, prisilna otmica, uzimanje talaca, plja-ka, oru`ani napad ili izazivanje telesne ozlede, te`i oblik napada, nezakonito nano{enje telesne ozlede, podmetanje po`ara ili krivi-no delo obuhva}eno odeljkom 280-330 (otmica i zato-eni{tvo mladih osoba).

## Ju`na Afrika

U merodavnoj studiji o Krivi-nom zakonu Ju`ne Afrike<sup>117</sup> stoji da

Pona{anje koje ina-e podle`e krivi-noj odgovornosti nije ka`njivo ukoliko je, dok je trajalo, doti-na osoba bila primorana na to pretnjama koje su proizvele razuman i znatan strah da }e smrt ili ozbiljna telesna povreda nje ili drugih sa kojima je ona u za{titni-kom odnosu uslediti odmah po njegovom odbijanju.

U ju`noafri-kom Zakonu nije re{eno pitanje da li prinuda pru`a potpunu po-iniocu ubistva s umi{ljamem<sup>118</sup>.

## Indija

U indijskom Krivi-nom zakonu iz 1960, dopunjenom u martu 1991.<sup>119</sup> odeljak 94 propisuje:

---

<sup>117</sup> F.G. Gardiner i C.W.H. Landsdown, *South African Criminal Law and Procedure* (ur. C.W.H. Landsdown i A.V. Landsdown, Juta and Co., Ltd, Cape Town, 5. izd., 1946.), str. 84.

<sup>118</sup> ^injenice vezane za -esto citirani predmet *State v. Goliath S.A.L.R. (1972.) (3) 465* odnosile su se samo na sekundarnog po-inioca ubistva. Neki autori tvrde da "iako zakon ne }e spremno prihvatiti pozivanje na prinudu u slu-aju ubistva i drugih gnusnih zlo-ina", odbrana je ipak teoretski primenjiva u pogledu oduzimanja `ivota nedu`nih lica pod uslovom da je pretnja bila neposredna i kontinuirana; da nije bilo mogu}nosti da joj se utekne u najranijem mogu}em trenutku; i da optu`eni nije sa svoje strane kriv za postojanje uslova prinude: Gardiner & Landsdown, *ibid.*, str. 85.

Sa izuzetkom ubistva i krivi-nih dela protiv dr`ave koja su ka`njiva smr}u, delo koje je po-inila osoba koja je primorana da to u-ini putem pretnji koje, u vreme po-injavanja, razumno izazivaju strah da }e, u protivnom, posledica biti trenutna smrt te osobe nije krivi-no delo: pod uslovom da se osoba koja po-injava delo nije po sopstvenoj volji, ili iz razumnog straha da }e biti povre|ena, ali ne i usmr}ena, stavila u situaciju u kojoj }e postati izlo`ena mogu}nosti ovakve prisile.

## Malezija

Odeljak 94 Krivi-nog zakonika Ujedinjenih Malezijskih Dr`ava koji se zasniva na indijskom Krivi-nom zakoniku, glasi:

Sa izuzetkom ubistva i krivi-nih dela protiv dr`ave koja su ka`njiva smr}u, delo koje je po-inila osoba koja je na to primorana pretnjama koje, u vreme po-injavanja dela, razumno izazivaju strah da }e u protivnom posledica biti trenutna smrt te osobe nije krivi-no delo: pod uslovom da se osoba koja po-injuje delo nije po sopstvenoj volji, ili iz razumnog straha da }e biti povre|ena, ali ne i usmr}ena, stavila u situaciju u kojoj }e postati izlo`ena ovakvoj prisili.

Strah od trenutne smrti, za razliku od zatvora, mu-enja ili drugog ka`njavanja, uslov je za pozivanje na prinudu vezano za odeljak o kojem }e se raspravljati na sudovima<sup>120</sup>.

## Nigerija

U nigerijskom Krivi-nom zakoniku iz 1916. (dopunjeno 1990)<sup>121</sup>, odeljak 32 propisuje:

Osoba nije krivi-no odgovorna za delo ili propust ukoliko po-ini ili propusti da po-ini delo u bilo kojoj od slede}ih okolnosti:

.....

---

<sup>119</sup> Sudija V. Raghavan, *Law of Crimes (A Single Volume Commentary on Indian Penal Code 1860., [Akt br. 45 iz 1860.]* (Orient Law House, New Delhi, 1991.), str. 161.

<sup>120</sup> C.M.U. Clarkson, N. A. Morgan, *Criminal Law in Singapore and Malaysia* (Malayan Law Journal Pte, Singapore/Kuala-Lumpur, 1989.), str. 197-99, navode}i predmet *Mohamed Jusof b Haji Ahmad v. PP* (1983.) 2 MLJ 167 (kako navodi HC, Kedah, Malezija).

<sup>121</sup> Komitet za reviziju zakona, Savezno ministarstvo pravosu|a Nigerije, *The Laws of the Federation of Nigeria* (na snazi od 31. januara 1990.) (Grosvenor Press (Portsmouth) Ltd, Portsmouth, 1990 (imenovala nigerijska vlada)), tom 5.



- (4) kada po-ini ili propusti da po-ini delo da bi se spasao od trenutne smrti ili teške povrede kojima mu pretila neka osoba koja je prisutna i u situaciji je da može da ispuni pretnje, i koja veruje da je nesposobna da na drugi način izbegne ispunjenje pretnji: ova zahteva, međutim, ne obuhvata delo ili propust koji bi mogli da predstavljaju krivično delo ka njivo smrću, ili krivično delo u kojem je prouzrokovana teška povreda druge osobe, ili namera da se prouzrokuje takva ozleda, niti važi za osobu koja je ulaskom u nezakonito udruženje ili zaveru sebe izloži ili mogućnosti da dobije takve pretnje.

(c) Krivični zakoni drugih država

Japan

61. U japanskom Krivičnom zakoniku iz 1907. (dopunjenom 1968), član 37(1) propisuje:

Delo koje se nije moglo izbeći i koje je počinjeno da bi se izbegla trenutna opasnost po život, osobu, slobodu ili svojinu date osobe ili bilo koje druge osobe nije ka njivo jedino kada povreda prouzrokovana takvim delom ne prevazilazi povredu za koja se pokušava izbeći. Međutim, kazna za delo koje prouzrokuje preteranu povredu može biti umanjeno ili ukinuto u svetlosti okolnosti.<sup>122</sup>

Kina

Kineski Krivični zakon iz 1979. propisuje u članu 13:

Iako delo objektivno stvara štetne posledice, ukoliko ono nije rezultat namere ili nesmotrenosti, veći radije proističe iz neodoljivih ili nepredvidljivih uzroka, ne smatra se da predstavlja krivično delo.<sup>123</sup>

Član 18 glasi:

Krivična odgovornost ne treba da se snosi za delo sprežavanja neposredne opasnosti koje se jedino može preduzeti da bi se izbeglo pojavljivanje trenutne opasnosti po javni interes ili prava počinioaca ili drugih ljudi. Krivična odgovornost snosi se u slučajevima gde sprežavanje neposredne opasnosti prevazilazi nužne granice i uzrokuje neprimerenu povredu. Razmotri se,

<sup>122</sup> Japansko Ministarstvo pravosuđa, *Criminal Statutes* (prevod) (Tokio, bez datuma objavljivanja).

<sup>123</sup> R.H.Folsom, i J.H.Minan (eds.), *Law in the People's Republic of China* (Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1989.), Aneks C, str. 997.

me|utim, u zavisnosti od okolnosti, mogu}nost izricanja ubla`ene kazne ili osloba|anja od ka`njavanja.<sup>124</sup>

### Maroko

^lan 142 marokanskog Krivi-nog zakonika iz 1962. propisuje:

Nema krivi-nog dela, prekr{aja ili manjeg prestupa:

- (2) kada je po-inilac, usled okolnosti koja proisti-e iz spoljnog uzroka kojem se on nije mogao odupreti, bio fizi-ki primoran da po-ini dela ili je bio fizi-ki u polo`aju u kojem mu je bilo nemogu}e da izbegne [po-injavanje] krivi-nog dela;<sup>125</sup>

### Somalija

^lan 27 somalijskog Krivi-nog zakonika iz 1962 propisuje:

1. Niko ne}e biti ka`njen za po-injavanje dela pod prinudom koju vr{i druga oba putem fizi-kog nasilja kojem je nemogu}e odupreti se ili koje se ne mo`e izbe}i.
2. Odgovornost za takva dela le`i na osobi koja je izvr{ila prinudu [da se ona po-ine].

### Etiopija

Izgleda da etiopljansko krivi-no pravo ostaje otelotvoreno u krivi-nom zakoniku iz 1957. koji je proglasio car Haile Selasije<sup>126</sup>. ^lan 67 ovog Zakonika bavi se "apsolutnom prinudom" i propisuje:

Bilo koja osoba koja po-ini krivi-no delo pod apsolutnom fizi-kom prinudom koju ni na koji na-in nije mogla da izbegne ne podle`e ka`njavanju. Osoba koja je vr{ila prinudu odgovara}e za krivi-no delo. Kada je prinuda bila moralne vrste, sud mo`e da bez ograni-enja smanji kaznu ili da ne izrekne nikakvu kaznu.

^lan 68, koji se bavi pitanjem "prinude kojoj se mo`e odupreti", propisuje:

---

<sup>124</sup> *Ibid.*, str. 998.

<sup>125</sup> F.-P. Blanc, *Recueil de Textes juridiques: Code pénal (Librairie-Papeterie des Ecoles, Casablanca, 1977.)*, tom I.

<sup>126</sup> *Negarit Gazeta*, (Addis Ababa, 1957.), Proglas br. 158 iz 1957.

Ako prinuda nije bila takva da je nemoguće odupreti joj se i ako je dotična osoba bila u takvom položaju da je mogla da se odupre ili da izbegne počinjanje dela, opšte je pravilo da ta osoba podleže kažnjavanju. Sud, međutim, može da smanji kaznu bez ograničenja, uzimajući u obzir okolnosti vezane za dati predmet, posebno stepen i prirodu prinude, kao i lične okolnosti i odnos snage, starosti ili zavisnosti koji postoji između osobe koja je podvrgnuta prinudi i osobe koja je vršila prinudu.

## 2. Prinuda kao olakšavajući faktor

62. Krivično zakonodavstvo Poljske i Norveške u vezi sa kažnjavanjem ratnih zločinaca izričito odbacuje prinudu kao odbranu od ratnih zločina uopšte i propisuje da okolnosti prinude u najboljem slučaju mogu da budu uzete u razmatranje radi ublažavanja kazne. Član 5 poljskog Zakona u vezi sa kažnjavanjem ratnih zločinaca od 11. decembra 1946. propisuje:

„Injenica da su delo ili propust bili izazvani pretnjom, naredbom ili naređenjem ne oslobađa od krivične odgovornosti.

U takvom slučaju, sud može da ublaži kaznu uzimajući u obzir okolnosti vezane za počinioce i za delo.<sup>127</sup>

Član 5 norveškog Zakona o kažnjavanju stranih ratnih zločinaca od 15. decembra 1946. propisuje:

Nuđa i naređenje nadređenih ne mogu biti navedeni kao oslobađajući faktor za bilo koje krivično delo navedeno u članu 1 ovog Zakona. Sud, međutim, može da uzme u obzir okolnosti i može da izrekne kaznu koja je manja od minimalne kazne predviđene za krivično delo o kome se radi ili može da izrekne blaži oblik kazne. U posebno olakšavajućim okolnostima, kazna se može u potpunosti ukinuti.<sup>128</sup>

### (a) Izuzeta krivična dela u nekim nacionalnim sistemima

63. U brojnim nacionalnim jurisdikcijama, određena krivična dela izuzeta su od primene odbrane na osnovu prinude. Tradicionalni *common law* sistemi odbacuju odbranu na osnovu prinude u slučaju ubistva i izdaje<sup>129</sup>. Zakonodavstva u mnogim

<sup>127</sup> Citirano u *Law Reports, supra bel.* 43, tom XV, str. 174.

<sup>128</sup> *Ibid.*

<sup>129</sup> U Ujedinjenom Kraljevstvu, videti *R. v. Howe and others* /1987./ 1 All ER 771 (HL), *R. v. Gotts* [1992] 2 AC 412. U Australiji, videti *R. v. Brown* /1968/ SASR 467 (FC); *R. v. Harding* [1976.] VR

jurisdikcijama *common law-a*, međutim, često predviđaju duži spisak izuzetih krivičnih dela<sup>130</sup>.

64. Uprkos tome što se ova krivična dela izuzimaju od dejstva prinude kao odbrane, u praksi sudovi u ovim jurisdikcijama ipak teže da ublaže kaznu osoba koje počinjavaju izuzeta krivična dela osim ako postoji obavezna smrtna kazna ili doživotna robija koje su propisane za to krivično delo. U Ujedinjenom Kraljevstvu, odeljak 3(3)(a) Zakona o krivičnom pravosuđu iz 1991, propisuje da je sud "uzeti u obzir sve takve informacije o okolnostima počinjanja krivičnog dela (uključujući bilo koje otežavajuće ili olakšavajuće faktore) koje ima na raspolaganju."

Olakšavajuće okolnosti mogu da se odnose na težinu krivičnog dela i, posebno, mogu da određuju stepen krivice počinioaca. Jasno je utvrđeno u nacrtu i u praksi da je u slučajevima gde je počinilac blizu toga da ima odbranu od krivične odgovornosti, to teži da umanji težinu krivičnog dela. U predmetu *R. protiv Beaumonta*<sup>131</sup>, Apelacioni sud smanjio je kaznu počinioaca jer je bio prevarom naveden da počinio krivično delo, iako navođenje prevarom po engleskom zakonu nije odbrana.

Slično tome, po australijskoj jurisprudenciji i praksi u vezi sa izricanjem kazne, stepen krivice počinioaca uzima se u razmatranje prilikom izricanja kazne. Odeljak 9(2)(d) Zakona o sankcijama i kazni iz 1992. (Qld) nalaže da sud uzme u obzir "stepen krivice počinioaca za krivično delo". Odeljak 5(2)(d) Zakona o izricanju kazne

---

129(FC); *R. v. McConnell* [1977] 1 NSWLR 714 (Apelacioni krivični sud). U Sjedinjenim Američkim Državama, videti *Rumble v. Smith*, 905 F.2d. 176, 180 (8. Cir. 1990.).

<sup>130</sup> U Kanadi, prinuda nije odbrana za veledjaju ili izdaju, ubistvo, piratstvo, pokušaj ubistva, seksualni delikt, seksualni delikt uz upotrebu oružja, pretnju trećoj strani ili izazivanje telesne povrede, te i oblik seksualnog delikta, prisilnu otmicu, uzimanje talaca, oružani napad ili izazivanje telesne povrede, te i oblik napada, nezakonito izazivanje telesne povrede, podmetanje počara ili krivično delo prema odeljcima 280-330 (otmica i zatočavanje mladih osoba): Odeljak 17 kanadskog Krivičnog zakonika. Od jurisdikcija u Australiji koje imaju krivične zakonike, Tasmanija izuzima najveći broj krivičnih dela: ubistvo, pokušaj ubistva, izdaja, piratstvo, krivična dela za koja se smatra da su piratstvo, izazivanje teške telesne povrede, silovanje, prisilna otmica, pljačka uz primenu nasilja, pljačka i podmetanje počara: Krivični zakonik (Tas), odeljak 20(1). U Kvinslandu i Zapadnoj Australiji, lista je ista s tim što uključuje i krivična dela namere da se izazove teška telesna povreda i ne uključuje silovanje, prisilnu otmicu, pljačku i podmetanje počara: Krivični zakonik (Qld), odeljak 31(4); Krivični zakonik (WA), odeljak 31(4). Prema Krivičnom zakoniku Severne teritorije, izuzeta krivična dela su ubistvo, masakr i krivična dela -iji je element teška telesna ozleda ili namera da se izazove takva ozleda: Krivični zakonik (NT), odeljak 40. U Indiji i Maleziji, izuzeta krivična dela su ubistvo i antidržavna dela kañnjiva smrću: odeljak 94, Indijski Krivični zakonik; odeljak 94, Krivični zakonik Saveznih Malezijskih država. U Nigeriji, krivična dela kañnjiva smrću i ona -iji je element teška telesna povreda ili namera da se ona nanese: nigerijski Krivični zakonik, odeljak 32.

iz 1991. (Vic) govori o "po-inio-evoj krivici i stepenu odgovornosti za krivi-no delo". U predmetu *R. protiv Okutgena*<sup>132</sup>, Viktorijanski krivi-ni apelacioni sud smatrao je da provokacija predstavlja ubla`avaju}i faktor u krivi-nim delima nasilja<sup>133</sup>. U predmetu *R. protiv Evansa*<sup>134</sup>, dat je kredibilitet na-elu da kazna treba da odra`ava stepen u-e{a po-inioca u krivi-nom delu. Smatra se da stepen u-e{a odra`ava stepen krivice po-inioca.

U Sjedinjenim Ameri-kim Dr`avama, prinuda predstavlja posebnu kategoriju za ubla`avanje kazni prema Saveznim smernicama i op{tim stavovima za izricanje kazni, objavljenim u skladu sa odeljkom 994(a) poglavlja 28 Zakonika Sjedinjenih Ameri-kih Dr`ava, koji je stupio na snagu 1. novembra 1987. Op{ti stavovi 5K2.12, "Primoravanje i prinuda" propisuje:

Ako je branjenik po-inio krivi-no delo usled ozbiljnog primoravanja, ucene ili prinude, u okolnostima koje ne predstavljaju punu odbranu, sud mo`e da umanji kaznu ispod primenjivog opsega prema smernicama. Opseg smanjenja u na-elu treba da zavisi od razumnosti delovanja branjenika i od mere u kojoj bi pona{anje bilo {tetno u okolnostima za kakve je branjenik verovao da postoje. Obi-no primoravanje bi}e dovoljno ozbiljno da bi omogu}ilo odstupanje jedino ako uklju-uje pretnju fizi-kom povredom, zna-ajno o{te}enje imovine ili sli-nu povredu koja proisti-e iz nezakonitog delovanja tre}e strane ili iz elementarne nepogode<sup>135</sup>.

U Maleziji, odeljak 186 Zakonika o krivi-nom postupku pominje pojedinosti koje ni`i sudovi treba da unesu u zapisnik u disciplinskim su|enjima i, shodno paragrafu 176(ii)(r), jedna od pojedinosti koje moraju da budu unete u zapisnik je "sudska evidencija o prethodnim osudama, dokazi o karakteru, i pozivanje na olak{avaju}e okolnosti, ako ih je bilo."

Dosada{nja praksa Visokog suda u Maleziji bila je da, iako u statutu nema takvih odredbi, pru`i priliku odbrani da se pozove na olak{avaju}e okolnosti iako je u slu-ajevima u kojima je obavezna smrtna kazna, takvo pozivanje irelevntno<sup>136</sup>.

---

<sup>131</sup> *R. v. Beaumont* (1978) 9 Cr App R (s) 342.

<sup>132</sup> *R. v. Okutgen* (1982) 8 A Crim R 262.

<sup>133</sup> *Videti tako}e R. v. Pearce* (1983) 9 A Crim R 146 (CCA Vic).

<sup>134</sup> *R. v. Evans* (1973) 5 SASR 183.

<sup>135</sup> Komisija za utvr|ivanje kazni Sjedinjenih Ameri-kih Dr`ava, Smernice 1995.

<sup>136</sup> M.K.Majid, *Criminal Procedure in Malaysia*, 1987.

65. Sudovi u jurisdikcijama građanskog prava takođe mogu da ublaže kaznu po-inioca na osnovu prinude tamo gde odbrana ne uspe. U nekim sistemima, pravo da se ublaži kazna na osnovu prinude izričito je utvrđeno u odredbama koje se ti-u prinude<sup>137</sup>. U drugim jurisdikcijama u kojim je krivično pravo otelotvoreno u krivičnom zakoniku, pravo da se ublaži kazna može se naći u općtim odredbama koje se ti-u ublažavanja kazne<sup>138</sup>.

### 3. Koje je opšte na-elo?

66. S obzirom na gornji pregled u vezi sa odnosom prema prinudi u različitim pravnim sistemima, po našem mišljenju, opšte pravno na-elo koje priznaju civilizovane države je da optužena osoba snosi manju krivicu i da manje zasluži punu kaznu kada vrši određeno zabranjeno delo pod prinudom. Izraz "prinuda" u ovom kontekstu koristili bismo u značenju "neposrednih pretnji protiv optuženog ako on odbije da poini krivično delo" a ne kao pravne termine koji imaju ekvivalentno značenje engleskoj reči "prinuda" /*duress*/ u terminologiji većine kontinentalnih pravnih sistema. Ovo ublažavanje krivice očigledno je u različitim pravilima sa različitim sadržinom u ključnim pravnim sistemima sveta, kao što to pokazuje gornji pregled. S jedne strane, veliki broj jurisdikcija priznaje prinudu kao potpunu odbranu koja oslobađa optuženog od bilo kakve krivične odgovornosti. S druge strane, u drugim jurisdikcijama, prinuda ne predstavlja potpunu odbranu od krivičnih dela uopšte uzev, već služi samo kao faktor koji bi ublažio kaznu koja treba da se izrekne osuđenoj osobi. Ublažavanje je takođe relevantno u dva druga pogleda. Kao prvo, kazna može da bude ublažena za krivična dela za koja izričito ne važi odbrana na osnovu prinude u zakonodavstvima nekih jurisdikcija. Kao drugo, sudovi imaju ovlašćenje da ublaže kazne tamo gde se striktni elementi odbrane na osnovu prinude ne zasnivaju na činjenicama.

Tek kada nacionalni zakoni predviđaju obaveznu kaznu protivne roblje ili smrtnu kaznu za pojedina krivična dela se u nacionalnim pravnim sistemima ne uzima u

---

<sup>137</sup> Norveška, član 56 (1)(b) Općeg građanskog krivičnog zakonika; Finska, Glava 3, Odeljak 10 Krivičnog zakonika Finske; Nemačka, odeljak 35(1) nemačkog Krivičnog zakonika; bivša Jugoslavija, član 12(3) Krivičnog zakonika Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije; Japan, član 37(1) japanskog Krivičnog zakonika; Kina, član 18 kineskog Krivičnog zakonika; Etiopija, članovi 67 i 68 etiopijskog Krivičnog zakonika.

<sup>138</sup> *Videti*, na primer, [vedska, glava 29, odeljak 3(5) vedskog Krivičnog zakonika; Italija, odeljak 62-bis italijanskog Krivičnog zakonika; Belgija, član 79 belgijskog Krivičnog zakonika.

obzir op{te na-elo po kojem je osoba koja po~ini krivi-no delo pod prinudom manje kriva i manje zaslu`uje punu kaznu za to konkretno krivi-no delo.

#### 4. Koje pravilo primeniti?

67. Pravila razli-utih svetskih pravnih sistema su, me|utim, umnogome nekonzistentna u pogledu konkretnog pitanja da li prinuda pru`a potpunu odbranu borcu optu`enom za ratni zlo-in ili za zlo-in protiv ~ove-nosti koji uklju-uje ubijanje nevinih osoba. Kao {to pokazuju op{te odredbe brojnih krivi-nih zakonika koje su iznesene u gornjem tekstu, uop{teno govore}i, sistemi gra|anskog prava bi teorijski prihvatili prinudu kao potpunu odbranu za sva krivi-na dela uklju-uju}i ubistvo i protivzakonito ubijanje. S druge strane, postoje zakoni drugih pravnih sistema koji kategori-ki odbacuju prinudu kao odbranu za ubistvo. Kao prvo, konkretni zakoni koji se ti-u ratnih zlo-ina u Norve{koj i Poljskoj ne prihvataju prinudu kao potpunu odbranu, nego dozvoljavaju da se uzme u obzir samo radi ubla`avanja kazne. Kao drugo, etiopljanski Krivi-ni zakonik iz 1957. propisuje u ~lanu 67 da samo "apsolutna fizi-ka prinuda" mo`e da predstavlja potpunu odbranu za krivi-na dela uop{te. U slu-ajevima gde je prinuda "moralna", {to bismo mi protuma~ili kao da se odnosi na prinudu putem pretnji, optu`eni ima pravo samo na smanjenje kazne. Ovo smanjenje kazne mo`e, gde je to prikladno, da se pro{iri ~ak do potpunog osloba|anja po~inioca od ka`njavanja. Kao tre}e, sistemi *common law*-a {irom sveta, sa izuzetkom neznatne manjine jurisdikcija u Sjedinjenim Ameri-kim Dr`avama koje su bez rezervi usvojile odeljak 2.09 Predloga krivi-nog zakonika Sjedinjenih Ameri-kih Dr`ava, odbacuju prinudu kao odbranu za ubijanje nevinih osoba.

#### (a) Sudska praksa odre|enih jurisdikcija gra|anskog prava

68. Dodali bismo da iako krivi-ni zakonici ve}ine jurisdikcija gra|anskog prava izri-ito ne prihvataju odbranu na osnovu prinude za krivi-na dela koja uklju-uju ubijanje nevinih osoba, krivi-ni zakonici Italije<sup>139</sup>, Norve{ke<sup>140</sup>, [vedske<sup>141</sup>,

---

<sup>139</sup> ^lan 54, italijanski Krivi-ni zakonik.

<sup>140</sup> Paragraf 47, norve{ki Op{ti gra|anski krivi-ni zakonik.

<sup>141</sup> Odeljak 4, glava 24, {vedski Krivi-ni zakonik.

Nikaragve<sup>142</sup>, Japana<sup>143</sup> i bivše Jugoslavije<sup>144</sup> zahtevaju da postoji srazmernost između tete prouzrokovane delom optuženog i tete kojom je zapređeno optuženom. Efekat ovog zahteva je da on ostavlja sudskoj praksi ovih jurisdikcija građanskog prava da odredi da li je ubistvo nevine osobe ikada srazmerno pretnji protiv optuženog. Odluka o tom pitanju nije ključna za rešavanje ovog predmeta i dovoljno je reći da sudovi u određenim jurisdikcijama građanskog prava zaista mogu da konzistentno odbace prinudu kao odbranu od ubistva nevinih osoba po osnovi da zahtev za srazmernost koji postoji u odredbama koje se tiču prinude nije ispunjen<sup>145</sup>. Na primer, sudska praksa Norveške ne dopušta prinudu kao odbranu za ubistvo. U toku poslednjih meseci Drugog svetskog rata, tri norveška policajca bila su primorana da učestvuju u egzekuciji jednog sunarodnika kojeg je nacistički specijalni sud osudio na smrt. Posle rata, oni su krivno gonjeni prema norveškom Opštem građanskom krivnom zakoniku za izdaju (paragraf 86) i ubistvo (paragraf 233) i pozvali su se na prinudu (paragraf 47) u svojoj odbrani. Pred sudom su tvrdili da bi, da su odbili da izvrše naređnje, bili streljani zajedno sa osuđenom osobom. Iako je sud prihvatio verziju činjenica koje su optuženi izneli, ipak je odbio da njihov čin proglašava "zakonitim" i utvrdio:

U takvoj situaciji, Krivni zakonik ne dopušta oslobađanje od kazne samo zato što je optuženi delovao pod prinudom, čak i tamo gde je ona bila toliko ozbiljne prirode kao što je to slučaj u tekućem postupku, budući da se, shodno odluci porotnog suda, mora smatrati jasnim da sila nije sprečila voljno ponašanje od strane optuženih<sup>146</sup>.

Dugim rečima, norveški sud je smatrao da uslov srazmernosti naveden u članu 47 između zla izazvanog delom optuženog i tete kojima je pređeno optuženima nije bio ispunjen. U skladu sa tim, uprkos opštoj primenljivosti paragrafa 47 na sve zločine u skladu sa zakonikom, činilo bi se da je norveški sud u tumačenju ove opšte odredbe odbaciti odbranu osobe optužene za ubistvo zato što paragraf 47 zahteva da okolnosti

---

<sup>142</sup> Član 28(6), Krivni zakonik Nikaragve.

<sup>143</sup> Član 37(1), japanski Krivni zakonik.

<sup>144</sup> Član 10(2), Krivni zakonik Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije.

<sup>145</sup> *Videti*, na primer, *Italija protiv Ericha Priebkea*, Vojni sud u Rimu, podneto 13. septembra 1997. Sud nije isključio mogućnost odbrane na osnovu prinude ali je odbacio na osnovu činjenica. On je primetio da: "...nesavladivu prepreku uspešnom pozivanju na odbranu na osnovu prinude predstavljalo bi očišćen nedostatak srazmernosti između opasnosti od koje se navodno strahovalo i dela koje je optuženi navodno bio primoran da poini kao rezultat takvog straha, str. 57 Presude Vojnog suda u Rimu. (Prevod sudije Cassesea.)

<sup>146</sup> Rt. 1950, str. 377; navedeno u Johannes Andenaes, *The General Part of the Criminal Law of Norway* (Sweet & Maxwell, London, 1965), str. 170.



pru`e opravdanje optu`enom za "smatranje da je opasnost izuzetno zna-ajna u odnosu na {tetu koja bi mogla da bude izazvana njegovim ~inom".

69. Pored toga, odredbe kojima se reguli{e prinuda u krivi-nom zakoniku Nema-ke i biv{e Jugoslavije sugeriu da je mogu}e u slu-aju vojnika u oru`anom sukobu, za razliku od obi-nih osoba, odbaciti tu potpunu odbranu zbog posebne prirode njihovog zanimanja. Odeljak 35(1) nema-kog Krivi-nog zakonika propisuje da prinuda nije odbrana "ako se pod datim okolnostima mo`e razumno o-ekivati od po-inioca da preuzme rizik; ovo se od njega mo`e razumno o-ekivati . . . ako je on u posebnom pravnom odnosu prema opasnosti. U potonjem slu-aju, njegova kazna mo`e da bude ubla`ena u skladu sa odeljkom 49(1)". ^lan 10(4) Krivi-nog zakonika Socijalisti-ke Federativne Republike Jugoslavije propisuje da "ne postoji krajnja nu`da u slu-aju gde je po-inilac imao obavezu da se izlo`i opasnosti" /prevod s engleskog/.

(b) Na-elo koje stoji iza odbijanja prinude kao odbrane za ubistva u *common law-u*

70. Ubistvo se bez izuzetka nalazi u svim spiskovima krivi-nih dela za koja se u zakonodavstvima sistema *common law-a* isklju-uje mogu}nost odbrane na osnovu prinude. Englesko pravilo *common law-a* je da prinuda nije odbrana za ubistvo, ni za glavnog po-inioca ni za sporednog u-esnika u krivi-nom delu. Gornji dom je u predmetu *R. v. Howe et al.*<sup>147</sup> opovrgao prethodnu odluku Gornjeg doma druga-ijeg sastava u predmetu *Lynch v. DPP for Northern Ireland*<sup>148</sup> u kojoj je ocenjeno da prinuda mo`e da bude odbrana za po-inioca obi-nog ubistva. Tako se predmetom *R. v. Howe* engleski pravni sistem vratio na tradicionalni stav da prinuda, uop{te uzev, ne predstavlja odbranu za ubistvo. Ovaj stav ima dva aspekta. Prvi je odlu-no odbacivanje stava u engleskom pravu da prinuda uop{te uzev, uti-e na dobrovoljnost *actus rea* ili *mens rea*<sup>149</sup>. U predmetu *R. v. Howe*, Lord Hailsham je utvrdio na stranici 777:

<sup>147</sup> *R. v. Howe and others* [1987] 1 All ER 771.

<sup>148</sup> *Lynch v. DPP for Northern Ireland* [1975] AC653.

<sup>149</sup> U Australiji, Krivi-ni apelacioni sud Ju`ne Australije ustanovio je u predmetu *Palazoff v. R* (1986)23 A Crim R 86 str. 88: "Zakon govori o ~oveku koji deluje pod prinudom kada je njegova volja nadvladana tu|om, ali to ne zna-i da je njegov ~in nevoljan ili nenameran..." Videti tako|e *Tan*

drugo neprihvatljivo stanovište je da se, možda usled pogrešnog tumačenja nekih presuda, prinuda kao odbrana ti-e samo postojanja ili odsustva *mens rea*. Pravi stav utvrđen je u predmetu *Lynch's* [1975] 1 AC 653 u 703 od strane Lorda Kilbrandona (u manjini) i Lorda Edmunda-Daviesia (u većini) u njihovoj analizi. Lord Kilbrandon je rekao:

“. . . odluka osobe kojoj je pređeno i -ija je postojanost savladana do te mere da on popusti pod pretnjom, sra-unata je odluka da u-ini ono za šta zna da je pogrešno, te je stoga odluka -oveka koji ima "svest o krivici", možda u nekoj izuzetno ograni-enoj meri . . . "

U svom govoru Lord Wilberforce u predmetu *Lynch protiv DPP za Severnu Irsku* ukazao je da se

"analogni rezultat postiće u kontekstu građanskog prava: prinuda ne uništava volju, na primer, de se zaklju-i ugovor, ali spre-ava da pravo prihvati to što se desilo kao ugovor koji je zakonski va`eji"<sup>150</sup>.

Zanimljivo je primetiti da ovo gledište o prinudi deli i italijanski Kasacioni sud u predmetu *Bernardi i Randazzo*, gde je utvrđeno da

/prinuda/ ostavlja netaknutim sve elemente krivi-ne odgovornosti. Osoba o kojoj se radi deluje sa smanjenom slobodom odlu-ivanja, ali deluje dobrovoljno da bi izbegla neposrednu i neizbe`nu ozbiljnu opasnost za svoj `ivot i fizi-ki integritet<sup>151</sup>.

71. S obzirom da se u *common law-u* smatra da prinuda ne negira *mens rea*, primenljivost odbrane zavisi od pitanja da li, uprkos elementima krivi-nog dela koji su strogo utvrđeni, treba opravdati ili opredstiti pona-anje branjenika. Drugi aspekt stava *common law-a* protiv prihvatanja prinude kao odbrane od ubistva jeste utvrđivanje moralnog apsoluta u zakonu. Ovaj moralni element stalno je istican u nizu pravnih izvora engleskog prava i prihvađen je od strane sudova u drugim jurisdikcijama *common law-a* kao osnova za odbacivanje prinude kao odbrana za ubistvo<sup>152</sup>. Zaista, odluke britanskih vojnih sudova u predmetu *Stalag Luft III* i

---

*Hoi Hung v. Public Prosecutor* [1966] 1 M.L.J. 288 str. 289-290 kako navodi Thomson L.P. na Saveznom sudu u Johore Bahru u Maleziji.

<sup>150</sup> *Lynch v. DPP for Northern Ireland* [1975] AC 653 str. 680.

<sup>151</sup> Italijanski kasacioni sud, 14 jul 1947, beleška u *Rivista penale* (1947), str. 921-922. (Prevod na engleski Sudije Cassesea.)

<sup>152</sup> U Sjedinjenim Ameri-kim Dr`avama, tradicionalni pristup *common law-a* obi-no se sla`e sa engleskim pravnim izvorima i kategori-ki odbacuje prinudu kao odbranu za optu`bu ubistva s umi{ljamem: *Rumble v. Smith*, 905 F. 3d 176. 180 (8. Cir. 1990); *R.I. Rekreation Center Inc. v. Etna*

*Feurstein* zasnivale su svoje odbacivanje prinude kao odbrane za ubistvo ba{ na toj tvrdnji.

U predmetu *Hale's Pleas of the Crown*, autor ka`e:

... ako je ~ovek divlja~ki napadnut i nalazi se u `ivotnoj opasnosti i mora da umiri bes svog napada~a tako {to }e ubiti prisutnu nedu`nu osobu, ako to delo po~ini, strah i primenjena sila ne mogu ga osloboditi odgovornosti za zlo~in ubistva i odgovaraju}e kazne; jer je trebalo radije da i sam pogine nego da ubije nedu`nu osobu...<sup>153</sup>

*Blackstone* je smatrao da ~ovek pod prinudom

treba radije sam da umre nego da umakne zahvaljuju}i ubistvu nevine osobe.<sup>154</sup>

Lord Griffiths u predmetu *R. v. Howe*<sup>155</sup> ovako formuli{e obrazlo`enje:

Ono [odbacivanje prinude kao odbrane za ubistvo] se zasniva na posebnoj svetinji koju zakon pridaje ljudskom `ivotu i koja pori~e ~oveku pravo da oduzme nevin `ivot ~ak i po cenu sopstvenog ili tu|eg `ivota.

Lord Mackay od Clashferna u istom predmetu je rekao:

^ini mi se da je jasno da razlog {to su autoriteti toliko dugo tvrdili da odbrana na osnovu prinude nije primenjiva za optu`bu za ubistvo le`i u izuzetnom zna~aju koji je zakon pridavao za{titi ljudskog `ivota i {to se ~inilo gnusnim da zakon treba da prizna bilo kojem pojedincu i u bilo kojim okolnostima, ma koliko one bile

---

*Acasualty & Sur. Co.*, 177 F.2d 603, 605 (1. Cir. 1949), gde je sud rekao: " ~ini se da je ustanovljeno... da iako prinuda ili nu`da nikada ne}e opravdati oduzimanje `ivota nedu`ne osobe, bi}e opravdanje za manje zlo~ine"; *Thomas v. State*, 246 Ga 484, 486, 272 S.E.2d.68, 70 (1980) gde se utvr|uje da [je] "pristup *common law-a* [da] osoba treba radije sama da umre nego da ubije nedu`nu `rtvu". Preovla|uju}i stav "Sjedinjenim Ameri~kim Dr`avama da prinuda nije odbrana od ubistva s umi{ljamem na najbolji na~in pokazuje odbacivanje od strane velike ve}ine dr`avnih jurisdikcija odeljka 2.09 Modela krivi~nog zakonika koji dopu{ta prinudu kao op{tu odbranu od svih zlo~ina uklju~uju}i ubistvo. [to se ti~e zakona u australijskim drzavama bez krivi~nog zakonikam videti *R. protiv Browna* [1968] SASR 467 (FC); *R. v. Harding* [1976] VR 129 (FC); *R. v. McConnell* [1977] 1 NSWLR 714 (CCA).

<sup>153</sup> Lord Hale, *Pleas of the Crown*, (1800) tom 1, str. 51.

<sup>154</sup> *Blackstone's Commentaries on the Laws of England* (4 BI Com (1857 ed) 28).

<sup>155</sup> *R. v. Howe and Others* [1987] 1 All ER 771 str. 785.

ekstremne, pravo izbora da jedna nevinna osoba treba da bude ubijena radije nego druga<sup>156</sup>.

Lord Luancey od Tullichettlea izneo je svoj stav u predmetu *R. v. Gotts*:

Razlog zbog kojeg se za prinudu toliko dugo tvrdilo da nije primenjiva kao odbrana za optu`bu za ubistvo je taj {to zakon smatra da je svetinja ljudskog `ivota i njegova za{tita od vrhunskog zna-aja..... Slo`io bih se sa Lordom Griffithsom (*Reg. v. Howe /1987/ AC 417, 44A*) da ne treba u-initi ni{ta {to bi na bilo koji na-in podrilo najvi{u du`nost zakona da se za{tite sloboda i `ivoti onih koji `ive pod tim zakonom. . . .<sup>157</sup>

### (c) Ne postoji konzistentno pravilo u glavnim svetskim pravnim sistemima

72. Jasno je na osnovu razli-itih stavova glavnih svetskih pravnih sistema, da ne postoji nikakvo konzistentno konkretno pravilo koje daje odgovor na pitanje da li prinuda predstavlja odbranu za ubistvo nevinih osoba. Nije mogu}e pomiriti suprotne stavove i zaista, mi ne verujemo da to pitanje treba svesti na sukob izme|u *common law-a* i gra|anskog prava.

Mi bismo stoga pristupili ovom problemu imaju}i u vidu konkretan kontekst u kojem je uspostavljen Me|unarodni sud, vrste krivi-nih dela za koja je nadle`an i -injenicu da je prema Statutu mandat Me|unarodnog suda vezan za "te{ka kr{enja me|unarodnog humanitarnog prava".

### D. Pravilo primenjivo u ovom predmetu

#### 1. Normativan mandat me|unarodnog krivi-nog prava

73. Prihvatao tvrdnju Tu`ila{tva iznetu na raspravi od 26. maja 1997. da

-ak u . . . scenariju u kojem oduzimanje jednog `ivota mo`e da spase deset njih... pravno gledano mogu postojati razlozi da se ne prihvati potpuna odbrana ve} da se nedostatak moralnog izbora kompenzuje na druge na-ine kao {to je izricanje kazne. Mislim da je upravo ovo rezonovanje koje je u biti

<sup>156</sup> *Ibid.*, str. 798.

<sup>157</sup> *R. v. Gotts* [1992] WLR 284, str. 292-3.

stava *common law*-a . . . nema nikakvog kategori-nog razloga da se ka`e da prinuda nu`no mora biti primenjivana. To se mo`e i ne mora zasnivati na ne-ijim o-ekivanjima oko toga {ta je razumno u datim okolnostima, kao i na o-ekivanjima u pogledu {tete koju uspostavljanje ovakve odbrane mo`e da prouzrokuje za takvo dru{tvo u celini<sup>158</sup>.

Naravno da je izbegavanje {tete za dru{tvo koju bi prouzrokovalo prihvatanje ili dopu{tanje prinude kao odbrane za ubistvo bilo umnogome u osnovi razmatranja na kojima se zasniva engleski stav. Citirali bismo Lorda Simona u predmetu *Lynch v. DPP for Northern Ireland* gde je re-eno:

Govorio sam o dru{tvenom zlu koje mo`e da proprati prihvatanje op{te odbrane na osnovu prinude. Zar to ne bi omogu}ilo vo|i bande -uvenog po brutalnosti da na svoju teroristi-ku organizaciju prenese imunitet od krivi-ne odgovornosti? Svaki -lan te bande sigurno bi mogao da ka`e govore}i istinu "Neposlu{nost bi me ko{tala `ivota". Nije li ovo bila su{tina onoga na {ta se pozvao podnosilac `albe? Mi, uop{teno govore}i, ne dopu{tamo da nadre|eni oficir takav imunitet prenese na svoje pot-injene time {to }e se oni odbraniti da su se morali povinovati nare|enjima: za{to bismo to dozvolili teroristima? Tako|e se ne -ini da bi bilo dovoljno re}i da se niko ko je sebe doveo u situaciju u kojoj se nad njim mo`e vr{iti prinuda ne mo`e pozvati na prinudu. Nije li ve} njegov po-etni anga`man i pristupanje bandi proistekao iz terorizma? Da li bi bilo pravedno isklju-iti mogu}nost odbrane na osnovu prinude na temelju toga {to je njen subjekt trebalo da tra`i policijsku za{titu, ako je policija bila nesposobna da mu garantuje imunitet ili ako se razumno verovalo da je sama saradnja sa policijom garancija u odnosu na fizi-ku kaznu? . . . Po mom mi{ljenju, -asne sudije bi trebalo da dugo oklevaju da ne bi dali *carte blanche* teroristima, vo|ama bandi i otmi-arima<sup>159</sup>.

74. Ve}ina -lanova Vrhovnog ve}a u predmetu *Abbot v. The Queen* je primetila:

Izgleda da gospoda lordovi nalaze da je neverovatno da se u bilo kom civilizovanom dru{tvu, za dela poput onog koje je po-inio podnosilac `albe, ma kojim pretnjama da je bio podvrgnut, mo`e smatrati da su oprostiva ili da ulaze u zakonske okvire. Mi ne `ivimo u svetu snova u kojem se rastu}i talas nasilja i terorizma mo`e obuzdati samo putem -iste logike i intelektualnog cepidla-enja. Zdrav razum sigurno da otkriva dodatne opasnosti kojima bi u ovom savremenom svetu dru{tvo bilo izo`eno ako bi [prinuda postala odbrana od ubistva] .... [a ovo] bi moglo da ima dalekose`ne i katastrofalne posledice po javnu bezbednost, da i ne govorimo o zna-ajnim sociolo{kim, eti-kim, a mo`da i politi-kim implikacijama<sup>160</sup>.

<sup>158</sup> Transkript `albenog postupka, 26. maj 1997., tr. 69.

<sup>159</sup> *Lynch v. DPP for Northern Ireland* [1975] AC 653, str. 687-88.

<sup>160</sup> *Abbot v. The Queen* [1977] AC 755, str. 766-67.

U svom *opus classicum* o krivi-nom zakonu u Engleskoj, Stephen je ukazao na slede}e:

Naravno da upravo u trenutku kada je isku{enje da se po-ini krivi-no delo najve}e, zakon treba da se najjasnije i najdecidiranije izjasni protiv toga. Nesre}a je, naravno, ako -ovek treba da bude stavljen izme|u dve vatre [odnosno da ga onaj koji mu preti ubije ukoliko se ne povinuje, ili ga zakon osudi ako se povinuje], ali bila bi jo{ mnogo ve}a nesre}a za dru{tvo uop{te ako bi kriminalci mogli da prenesu status neka`njivosti na svoje agente time {to }e im pretiti smr}u ili nasiljem ako odbiju da izvr{e komande. Ako bi se na taj na-in mogla obezbediti neka`njivost, time bi se {iroko otvorila vrata dosluhu, i dalo bi se ohrabrenje zlo-ina-kim udru`enjima, bilo da su tajna ili ne. Nema nikakve sumnje da je moralna krivica osobe koja po-ini zlo-in pod prinudom manja nego osobe koja to u-ini po slobodnoj volji, ali se ova okolnost mo`e uzeti u obzir, ukoliko se to smatra putem srazmernog ubla`avanja kazne po-iniocu<sup>161</sup>.

Opređenje za pragmatičan pristup koji ima u vidu normativni cilj krivi-nog zakona umesto pristupa koji je zasnovan isključivo na apstraktnom op{tem rezonovanju iskazan je na nekonvencionalan ali efikasan na-in u *Devji Govindiji* vo|enog u Bombaju gde je sudija Jardin primetio:

Svo na{e pravosudno obrazovanje, sve velike odluke, -ine da sa nesimpatijom gledamo na svaku teoriju koja olak{ava po-injavanje krivi-nih dela i opravdava okrutnosti. . . Na{i sudovi ne podle`u nikakvoj obavezi da raspravljaju o razli-itim motivima zlo-ina kao o ne-em metafizi-kom - sede}i poput palih an|ela i razmi{l}aju}i iz visine o:

“Provi|enju, predskazanju, volji i sudbini.

Predodre|enoj sudbini, slobodnoj volji apsolutnom predskazanju,

I nisu na{li kraja lutanju lavirintima”.<sup>162</sup>

75. Sna`na poenta u ovim re-itim odlomcima je da zakon ne treba da bude proizvod ili rob logike ili intelektualnog cepidla-enja, ve} mora da slu`i {irim normativnim svrhama u svetlosti svoje socijalne, politi-ke ili ekonomske uloge. Vredi primetiti da su autoriteti koje smo upravo citirali iskazali svoj oprez u pogledu

---

<sup>161</sup> Ser J. Stephen, *History of the Criminal Law of England* (1883), tom 2, str. 107-108; citirano u predmetu *Abbott v. The Queen* [1977] AC 755, str. 768.

<sup>162</sup> *Devji Govindiji* (1895) 20 Bom 215, 222, 223.

društva u svojoj zemlji u pogledu niza uobičajenih krivičnih dela, uključujući kidnapovanje, fizički napad, pljačku i ubistvo. Zadržavajući komentare o tome šta je odgovarajuće pravilo u nacionalnim kontekstima, ne možemo a da ne naglasimo da se mi u Međunarodnom sudu ne bavimo uobičajenim nacionalnim krivičnim delima. Delokrug rada Međunarodnog suda tiče se ratnih zločina i zločina protiv čovečnosti koji su počinjeni u oružanim sukobima ekstremne nasilnosti ne-uvjenih dimenzija. Mi se ne bavimo akcijama domaćih terorista, vođa bandi i otmičara. Mi želimo da omogućimo da, kod najgnusnijih zločina koje poznaje čovečanstvo, zakonska namela u koja verujemo imaju odgovarajući normativni efekat na vojnike koji nose oružje i komandante koji im rukovode u situacijama oružanog sukoba. Činjenice u ovom konkretnom predmetu su, na primer, uključivale hladnokrvni masakr 1200 muškaraca i dečaka koji su izvršili vojnici koristeći automatsko oružje. Moramo da imamo na umu da mi funkcionišemo u okviru međunarodnog humanitarnog prava i to je jedan od glavnih ciljeva zaštita slabih i nezaštićenih u situaciji u kojoj su njihovi životi i bezbednost dovedeni u opasnost. Bojazni vezane za štetu koja može proistekti iz prihvatanja prinude kao odbrane od ubistva bile su dovoljne da ubede većinu u Gornjem domu i Vrhovnom veću da kategorički odbace tu odbranu u nacionalnom kontekstu da bi sprečili porast domaćeg kriminaliteta i nekañjivost zločinaca. Da li su one sada nedovoljne da nas ubede da na sličan način odbacimo prinudu kao potpunu odbranu u našoj primeni zakona i to je svrha da uzmu u obzir humanitarne bojazni u areni brutalnog rata, da kazne počinioce zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina i da odvrate od počinjavanja takvih zločina u budućnosti? Ako nacionalni zakon ne prihvata prinudu kao odbranu za ubistvo nevinih osoba, međunarodno krivično pravo mora da i samo prihvati takvo opredeljenje, budući da se ono bavi daleko gorim ubistvima. Ako nacionalno pravo ne prihvata prinudu kao odbranu čak i u predmetu u kojem je ugašen jedan jedini nedužni život usled delovanja pod prinudom, međunarodno pravo, po našem mišljenju, ne može da dopusti prinudu u slučajevima koji uključuju masakr nevinih ljudskih bića većih razmera. Naša briga mora da bude da olakšamo razvoj i efektivnost međunarodnog humanitarnog prava i da promoviramo njegove ciljeve i primenu priznajući normativno dejstvo koje krivični zakon treba da ima u odnosu na one koji su mu podvrgnuti. Zaista, Rezolucijom Saveta bezbednosti 827 (1993) ustanovljen je Međunarodni sud izričito kao mera da bi se "zaustavila i efikasno ispravila" rasprostranjena i flagrantna krivnja

me|unarodnog krivi-nog prava do kojih dolazi na teritoriji biv(e) Jugoslavije i da bi se na taj na-in dao doprinos ponovnom uspostavljanju i o-uvanju mira.

76. Moglo bi se tvrditi da iako jurisdikcije gra|anskog prava dopu{taju prinudu kao odbranu za ubistvo, ne postoje dokazi da su zlo-ine poput ubistva i terorizma rasprostranjeniji u ovim dru{tvima nego u jurisdikcijama *common law-a*. Ne mo`emo da prihvatimo taj argument. Nas pre svega zanima oru`ani sukob u kojem su `ivoti civila, `ivoti onih koji su najneza{ti}eniji, izlo`eni velikom riziku. Istorijski zapisi, iz pro{losti ili skora{nji, koji se ti-u oru`anog sukoba daju nebrojene primere pretnji kojima su nadre|eni izvrgavali svoje borce kada su bili suo-eni sa oklevanjem ili odbijanjem boraca da izvr{e nare|enja i da po-ine dela kojima se jasno kr{i me|unarodno humanitarno pravo. Ne mo`e se pore}i da su u oru`anom sukobu u-estalost situacija u kojima su osobe prinu|ene da po-ine zlo-ine i te`ina zlo-ina koje su prinu|eni da po-ine daleko ve}e nego u mirnodopskom unutardr`avnom okru`enju.

77. Op{ti obziri primoravaju zakonodavstvene organe ve}ine jurisdikcija *common law-a* da odbranu na osnovu prinude izuzmu ne samo u slu-aju ubistva, ve} i u slu-aju {irokog niza krivi-nih dela ne ulaze}i u kompleksno i zamr{eno ispitivanje odnosa izme|u zakona i morala. Kao {to je pokazano u pregledu odnosa prema prinudi u razli-itim pravnim sistemima, *common law* u Engleskoj ne prihvata prinudu kao odbranu ne samo za ubistvo ve} i za odre|ene te`e oblike izdaje. U Maleziji, prinuda nije primenjiva kao odbrana u pogledu ne samo ubistva, ve} i brojnih anti-dr`avnih krivi-nih dela koja su ka`njiva smr}u.<sup>163</sup> U dr`avama Australije koje imaju krivi-ne zakonike, zakonske odredbe sadr`e listu izuzetih krivi-nih dela, pri -emu krivi-ni zakonik Tasmanije ima najdu`u listu, i ne prihvata tu odbranu za osobe optu`ene za ubistvo, poku{aj ubistva, izdaju, piratstvo, krivi-na dela za koja se smatra da su piratstvo, prouzrokovanje te{ke telesne ozlede, silovanje, nasilnu otmicu, plja-ku sa primenom nasilja, plja-ku i podmetanje po`ara<sup>164</sup>.

---

<sup>163</sup> Odeljak 94, glava 45, Krivi-ni zakonik Saveznih Malezijskih Dr`ava, *The Laws of the Federated Malay States*, tom II, str. 935.

<sup>164</sup> Krivi-ni zakonik (Tas), odeljak 20(1).



Zakonodavstva koja ne dopuštaju prinudu kao odbranu za određena krivična dela ograničavaju se, dakle, na to da ostave da se interes pravde zadovolji ublažavanjem kazne.

78. Mi ne smatramo da je to što pominjemo opštopolitičke obzire neprikladno. Bilo bi naivno verovati da Međunarodni sud funkcionira i razvija se potpuno odvojeno od razmatranja vezanih za pitanja socijalne i ekonomske politike. Postoji stav da međunarodno pravo treba da se udalji od socijalne politike i to je stanovište artikulirao Međunarodni sud pravde u predmetima *Jugozapadna Afrika*<sup>165</sup>, gde se navodi da “zakon postoji, kaže se, da bi služio socijalnoj potrebi; ali upravo iz tog razloga on to može da čini jedino kroz sopstvenu disciplinu i u okviru njenih granica”. Naše je mišljenje da je ovo odvajanje od zakona socijalne politike neprikladno u odnosu na primenu međunarodnog humanitarnog prava na zločine koji se vrše u doba rata. Nama je jasno da ma koja bila distinkcija između međunarodnog pravnog poretka i municipalnih pravnih poredaka uopšte uzev, ta je razlika nesavršena u pogledu krivičnih prava koje je, kako na međunarodnom, tako i na municipalnom nivou, usmereno ka konzistentnim ciljevima. Na opštinjskom nivou, krivično pravo i politika borbe protiv kriminala blisko su isprepleteni. Nema razloga zašto bi ovo trebalo da bude iole različito u međunarodnom krivičnom pravu. Mi se priklanjamo stanovištima profesora (u to vreme) Rosalyn Higgins koja je rekla:

Pozivanje na “ispravno pravno gledanje” ili “pravila” nikada ne može da izbegne element izbora (iako može da pokuša da ga prikrije), niti može da pruži smernice za bolju odluku. Prilikom pravljenja ovog izbora, moraju se nužno uzeti u obzir humanitarni, moralni i socijalni zakonski ciljevi... Tamo gde postoji dvosmislenost ili neizvesnost, moguće je ispravno napraviti izbor koji se upravlja politikom.<sup>166</sup>

Reklo bi se da je suština ove teze da ne dominira politika zakonom već se zapravo, tamo gde je to prikladno, ona uzima u obzir u odlučivanju o predmetu. Ovo je upravo pristup koji smo mi usvojili u odnosu na pitanje prinude kao odbrane za ubistvo nevinih osoba u međunarodnom pravu. Čak i ako se u potpunosti zanemare politički obziri, zakon će ipak biti neuspešan u svojoj želji da bude neutralan “jer čak i takvo

---

<sup>165</sup> *Predmeti Jugozapadna Afrika*, I.C.J. Reports (1966.) 6, paragraf 49.

<sup>166</sup> Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Clarendon Press, Oxford, 1994), str. 5-7.

odbijanje [da se priznaju politi-ki i socijalni faktori] nije bez politi-kih i socijalnih posledica. Nemogu}e je izbe}i su{tinski odnos izme|u zakona i politike”<sup>167</sup>.

## 2. Da li postoji izuzetak ako }e `rtve umreti bez obzira na u-e{e optu`enog?

79. Na ro-i{tu 26. maja 1997. sugerisano je da se ni odluke u engleskim nacionalnim predmetima, niti one koje su doneli vojni sudovi uspostavljeni nakon Drugog svetskog rata, ne bave konkretno situacijom u kojoj je optu`eni bio suo-en sa izborom izme|u sopstvene smrti zbog nepovinoanjanja nare|enju da ubije ili u-estvovanja u ubistvu do kojeg je nu`no moralo da do|e bez obzira na to da li je on u-estvovao ili ne. Tvrdilo se da u takvoj situaciji u kojoj je sudbina `rtve ve} zape-a}ena, prinuda treba da predstavlja potpunu odbranu. Razlog tome je to {to u tom slu-aju optu`eni ne bira izme|u smrti dve nevine osobe<sup>168</sup>. U situaciji u kojoj bi `rtva ili `rtve u svakom slu-aju trebalo da umru, kao {to je to slu-aj u ovom predmetu gde je strelja-ki vod trebalo da pogubi `rtve, ne bi postojao nikakav razlog da optu`eni `rtvuje svoj `ivot. Optu`eni nije mogao da spase `ivot `rtve time {to bi dao sopstveni `ivot i stoga je, prema ovom argumentu, nepravedno i nelogi-no da zakon o-ekuje od optu`enog da `rtvuje svoj `ivot znaju}i da }e `rtva ili `rtve u svakom slu-aju umreti. Re-eno je da je taj argument prihva}en u italijanskom predmetu *Massetti*<sup>169</sup> o kojem je odluku doneo porotni sud u gradu L’Aquila. Optu`eni u tom predmetu pozvao se na prinudu kao odgovor na optu`bu da je organizovao egzekuciju dva partizana nakon {to je od komandanta bataljona dobio nare|enje da to u-ini. Porotni sud je oslobodio optu`enog na osnovu prinude i utvrdio:

...mogu}e `rtvovanje [`ivota] Massettija i njegovih ljudi [onih koji su bili u sastavu strelja-kog voda] u svakom slu-aju bi bilo uzaludno i ne bi imalo nikakvog efekta utoliko {to ne bi imalo apsolutno nikakvog uticaja na sudbinu osoba koje je trebalo da budu streljane, koje bi u svakom slu-aju bile pogubljene -ak i bez njega [optu`enog].<sup>170</sup>

---

<sup>167</sup> Rosalyn Higgins, “Integrations of Authority and Control”, str. 85, koje se navodi u Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use it* (Clarendon Press, Oxford, 1994.), str. 5.

<sup>168</sup> *Videti* formulaciju rezonovanja koje je u osnovi odbacivanja prinude kao odbrane za ubistvo u engleskom pravu koju je dao Lord MacKay u predmetu *Howe* [1987] All ER 771, str. 798.

<sup>169</sup> Odluka Porotnog suda u L’Aquile, 15. jun 1948. (neobjavljeno; li-ni prevod predsednika Cassesea kopije originala u rukopisu koju je ljubazno dostavio Sekretarijat Apelacionog suda u L’Aquilii).

<sup>170</sup> *Ibid.*, str. 8.

Mi smo dobro proučili ovaj pristup koji ćemo, iz praktičkih razloga, nazvati "pristupom *Massetti*". Iz razloga koje iznosimo u donjem tekstu, mi bismo odbacili pristup *Massetti*.

### 3. Odbacivanje principa utilitarnosti i srazmernosti tamo gde se radi o ljudskom životu

80. Pristup *Massetti* proističe iz polazne tačke strogo utilitarne logike zasnovane na činjenici da, ako je žrtva u svakom slučaju umre, optuženi uopšte nema moralnu krivicu za učešće u egzekuciji; ne postoji apsolutno nikakav razlog zašto bi trebalo da optuženi umre, pošto bi bilo nepravедno da zakon otekuje od optuženog da umre bez razloga. Trebalo bi da odmah bude jasno da tvrdnja da optuženi nema moralnu krivicu u slučaju gde bi žrtva umrla u svakom slučaju zavisi u potpunosti od pogleda na moral zasnovanog na utilitarnoj logici. Ovo se, po našem mišljenju, ne odnosi na stvarne razloge našeg odbijanja prinude kao odbrane za ubistvo nevinih osoba. Pristup koji mi usvajamo ne uključuje vaganje (tete u prilog ili protiv ubistva, ve) se zasniva na primeni, u kontekstu međunarodnog humanitarnog prava, pravila po kojem prinuda ne opravdava ubistvo nevine osobe. Naše stanovište zasniva se na priznanju da međunarodno humanitarno pravo treba da da smernice za postupanje boraca i njihovih komandanata. Moraju postojati zakonske granice za ponašanje boraca i njihovih komandanata u oružanom sukobu. U skladu sa duhom međunarodnog humanitarnog prava, mi odbijamo primenljivost prinude kao potpune odbrane za borce koji su ubili nevine osobe. Čineći to, mi na jasan način dajemo do znanja činjenicu da oni koji ubijaju nevine osobe ne mogu biti u stanju da iskoriste prinudu kao odbranu i da na taj način prođu nekažnjeno za krivična dela koja su počinili oduzevši živote nevinih osoba.

#### (a) Srazmernost

81. U ograničenoj jurisprudenciji o prinudi veoma često se govori o pojmu srazmernosti. Zaista, ključno pitanje u vezi sa pitanjem prinude u odluci o predmetu *Massetti* bilo je da li je zahtev za srazmernost iz člana 54 italijanskog krivičnog zakonik zadovoljen u slučaju oduzimanja života nevinih osoba. U pristupu *Massetti*,

smatra se izgleda da je ubistvo `rtava od strane optu`enog srazmerno sudbini sa kojom je bio suo-en optu`eni ako bi `rtve u svakom slu-aju umrle.

Srazmernost je samo jo{ jedan na-in odno{enja prema utilitarnom pristupu vaganja {tete i ne doprinosi raspravi kad se radi o tome da se moraju odvagnuti ljudski `ivoti i kada zakon mora da utvrdi, jer }e uslediti odre|ena pravna posledica, da li su jedan `ivot ili skupina `ivota vredniji nego drugi. Tu `ila{tvo ukazuje na veliku pote{ko}u u ocenjivanju srazmernosti kada na vagu treba staviti ljudske `ivote:

Odmah se, -ak i sa filozofske ta-ke gledita, vidi izuzetno te{ko odvagivanje kojem bi sud trebalo da pristupi u takvoj okolnosti. To bi zaista bio slu-aj kao u igri na sre}u, ako ho}ete, gde je pitanje: " Da li je bolje ubiti jednu osobu ili spasti deset? Da li je bolje spasti jedno malo dete, recimo, a ne nekog od starijih ljudi? Da li je bolje spasti advokata nego ra-unovo|u?" Bilo bi mogu}e u}i u sve mogu}e izuzetno problemati-ne filozofske diskusije<sup>171</sup> .

Ove te{ko}e su jasne u slu-ajevima gde sud mora da odlu-i da li prinuda jeste ili nije odbrana daju}i direktan odgovor "da" ili "ne". Te{ko}e se, me|utim, donekle izbegavaju kada se od suda umesto toga tra`i ne da odlu-i o tome da li se optu`enom treba ili ne to priznati kao potpuna odbrana ve} da uzme u obzir okolnosti u fleksibilnoj ali efikasnoj opciji ubla`avanja kazne.

#### 4. Ubla`avanje kazne kao jasan, jednostavan i jedinstven pristup

82. Argument koji zagovornici u okviru samog *common law-a* iznose u prilog prihvatanja prinude kao odbrane za ubistvo oslanja se na tvrdnju da zakon ne mo`e da zahteva od osobe vi{e nego {to je razumno, odnosno, ono {to se mo`e o-ekivati od obi-ne osobe u istim okolnostima. Tako su, u predmetu *Lynch v. DPP for Northern Ireland*, lordovi Wilberforce i Edmund-Davies citirali su sa odobravanjem odlomak @albenog odeljenja ju`noafri-kog Vrhovnog suda u predmetu *State v. Goliath*<sup>172</sup> gde je sudija Rumpff nakon {to je napravio komparativnu studiju niza pravnih sistema, ne{to op{irnije utvrdio:

Ako se izrazi mi{ljenje da na}e pravo priznaje prisilu kao odbranu u svim slu-ajevima osim ubistva, a ovo mi{ljenje se zasniva na prihvatanju toga da do

<sup>171</sup> Transkript `albenog postupka, 26. maj 1997, str. 84-85.

<sup>172</sup> *State v. Goliath*, SARL(1972) (3) 465.

osloba|anja od optu`bi dolazi zbog toga {to je strana kojoj je zapre}eno li{ena slobode izbora, onda mi deluje nerazlo`no, u svetlu razvoja prava od vremena starih holandskih i engleskih autora, izuzimati prisilu kao potpunu odbranu od optu`bi za ubistvo ako je lice kome je zapre}eno bilo pod tako sna`nom prinudom da nijedna razumna osoba pod istom takvom prinudom ne bi druga-ije postupila. Jedini osnov za takvo izuzimanje bio bi tada da uprkos tome {to je osoba kojoj je zapre}eno li{ena slobodne volje, -in joj se ipak pripisuje zbog toga {to se nije povinovala onome {to se opisuje kao najvi{i eti-ki ideal. U primeni na{eg krivi-nog prava u slu-ajevima kada se o delima podnosioca `albe sudi na osnovu objektivnih merila, va`i na-elo prema kome se od optu`enika nikad ne mo`e zahtevati vi{e od onoga {to je razumno, a razumno u ovom kontekstu zna-i ono {to se mo`e o-ekivati od obi-ne, prose-ne osobe u odre|enim okolnostima. Op{te je prihva}eno, a s tim se sla`u i eti-ari, da obi-na osoba uop{te uzev smatra svoj `ivot vrednijim od tu|eg. Jedino }e ljudi koji se odlikuju herojstvom svojevotjno ponuditi sopstveni `ivot umesto tu|eg. Ako bi, dakle, krivi-no pravo stalo na stanovi{te da prisila nikad ne mo`e biti odbrana od optu`bi za ubistvo, ono bi zahtevalo da osoba koja je pod prinudom ubila drugu osobu, bez obzira na okolnosti, mora da se pona{a u skladu sa stro`im merilima nego {to su ona koja se o-ekuju od obi-ne osobe. Smatram da ovakav izuzetak od op{teg pravila koje vlada u krivi-nom pravu nije opravdan.<sup>173</sup> . (Naknadno podvu-eno.)

U komentaru na Predlog krivi-nog zakonika Sjedinjenih Ameri-kih Dr`ava ka`e se:

zakon je neefikasan u najdubljem smislu, {tavi{e... licemeran ako po-iniocu koji ima nesre}u da se na|e pred te{kim izborom, name}e standard za koji njegove sudije ne mogu da potvrde da bi oni trebali i mogli da ga ispo{tuju ako bi na njih do{ao red da se suo-e sa tim problemom. Osuda u takvom slu-aju mora da bude neefikasna pretnja; ono {to je, me|utim, zna-ajnije jeste da je ona odvojena od bilo kakve moralne osnove i da je nepravedna<sup>174</sup> .

83. Ovde je potrebno dati niz komentara. Kao prvo, pristup *Massetti*, ako ga ograni-imo na -injeni-nu situaciju u kojoj optu`eni samo u-estvuje u ubijanju `rtvi -iji bi `ivoti usvakom slu-aju bili izgubljeni, nije odgovor na zamerku upu}enu na{em pristupu po kojoj zakon "o-ekuje" od svojih subjekata ono {to nijedna razumna osoba ne mo`e da ispo{tuje. To je stoga {to je jednako nerealno o-ekivati od razumne osobe da `rtvuje sopstveni `ivot ili `ivote onih koje voli u situaciji prinude -ak i ako bi ovom `rtvom bili spaseni `ivoti `rtava. Ili treba prihvatiti prinudu kao odbranu za

---

<sup>173</sup> Videti *Lynch v. DPP for Northern Ireland*, [1975] AC 653 str. 683, 711.

ubistvo nevinih osoba koja se uopšte uzima zasniva na objektivnom kriterijumu toga kako bi obična osoba delovala u istim okolnostima ili je uopšte ne treba prihvatiti kao odbranu za ubistvo. Pristup *Masseti*, po našem mišljenju, stoji na pola puta i ni na koji način ne doprinosi jasnoći u međunarodnom humanitarnom pravu. Taj pristup, strogo primenom utilitarne logike, odbacuje prinudu kao odbranu za ubistvo ali sa izuzetkom ako bi žrtve u svakom slučaju umrle, pa ipak je strogo prema optuženom koji, suočen sa pretnjom životu svog deteta, deluje razumno i odlučuje da se povinuje naredjenju da ubije nevine osobe da bi spasao život svog deteta. Tako odbijanje prinude kao odbrane od ubistva nevinih osoba ne zavisi od toga šta se od razumne osobe očekuje da uradi. Mi bismo utvrdili apsolutni moralni postulat koji je jasan i nepogrešiv za primenu međunarodnog humanitarnog prava.

84. Kao drugo, budući da smo opseg našeg ispitivanja ograničili na pitanje da li prinuda pruža potpunu odbranu vojniku optuženom za ubijanje nekih osoba, na stanovištu smo da se od vojnika i boraca očekuje da ispolje moralnu vrstinu i veći stepen otpora pretnji nego civili, barem kad se pretil njihovim sopstvenim životima. Vojnici su, po samoj prirodi svog zanimanja, morali da predvide mogućnost nasilne smrti u sprovođenju interesa za koji se bore. Relevantno pitanje, shodno tome, mora se postaviti u smislu šta se može očekivati od običnog vojnika u situaciji podnosioca žalbe. [ta se može očekivati od takvog običnog vojnika nije, prema našem pristupu, analizirano u smislu utilitarnog pristupa koji uključuje upoređivanje žrtve. Ono je, radije, zasnovano na pretpostavci da je neprihvatljivo dopustiti običnom borcu, čiji posao nužno povlači za sobom profesionalni rizik od smrti, da se koristi potpunom odbranom za zločine u kojem je on ubio jednu ili više nevinih osoba.

85. Najzad, smatramo, uz dužno poštovanje, da je netačno reći da odbacivanjem prinude kao odbrane za ubistvo nevinih osoba, zakon "očekuje" od osobe koja zna da će žrtve u svakom slučaju umreti da se uzalud odrekne svog života. Kad bi postojala obavezna smrtna kazna koju smo mi morali izreći osobi osuđenoj za ubistvo, s tim da bi jedina mogućnost da se zadovolji pravda prema optuženom bila pomilovanje, moglo bi se zaista reći da zakon "očekuje" heroizam od svojih subjekata. Zaista, takva obavezna doživotna robija bila je propisana u Engleskoj za ubistvo u vreme

---

<sup>174</sup> American Law Institute, Model Penal Code, od. 2.09, komentar 2 (1985).

kada se odlučivalo o relevantnim engleskim predmetima<sup>175</sup> i kada su oni imali istaknuto mesto u razmatranjima sudija. Mi ne moramo da izreknu obaveznu kaznu. Niko ne može povratno da ocenjuje šta zakon "određuje" na osnovu postojanja samo dve alternative: osuda ili oslobođenje. U stvarnosti, zakon primenjuje ublažavanje kazne kao daleko sofisticiraniji i fleksibilniji instrument u svrhu zadovoljavanja pravde u pojedinačnim slučajevima. Zakon, po našem mišljenju, ne "određuje" od osobe kojim se životu pretilo da bude heroj i da žrtvuje svoj život time što je odbiti da počinu krivično delo koje se od njega traži. Zakon ne "određuje" da osoba bude heroj zato što je priznaju ljudsku slabost i pretnju pod kojom je delovao, ublažiti njegovu kaznu. U odgovarajućim slučajevima, počinilac može da ne bude uopšte bitan. Mi bismo se ponovo pozvali na mišljenje Lorda Simona u predmetu *Lynch v. DPP for Northern Ireland*, gde je on utvrdio:

Svaki zdrav i human sistem krivičnog prava mora da bude sposoban da prihvati sve situacije poput sledećih, a ne samo neke od njih. Osobi koja iskreno i razumno veruje da joj je ulepšano uperen napunjen pištolj koji je po svoj prilici bitan upotrebljen ako ne poslušna, naređuje se da počinu *prima facie* zločin. Šta to tome, osoba koja je dete kidnapovano i za koje on iskreno i razumno veruje na osnovu pretnje da je u opasnosti da umre ili da bude osakaćeno ako ne počinu *prima facie* krivično delo. Ili je dete njegovog komšije u takvoj situaciji. Ili bilo koje dete. Ili bilo koje ljudsko biće? Ili su njegova kuća, nacionalna baština, pod pretnjom da će biti dignuti u vazduh? Ili da će biti uništeno ukradeno umetničko remek-delo? Ili da će mu sin biti finansijski uništen? Ili da će učiteljica za sebe i suprugu biti dovedena u opasnost? Drugim rečima, zdrav i human sistem krivičnog prava treba da ima određenu opštu fleksibilnost, a ne samo prividno poštovanje nekih neodređenih i proizvoljno definiranih ljudskih slabosti. Naš sistem krivičnog prava u stvari ima takvu fleksibilnost, pod uslovom da se shvata da se on ne sastoji jedino od pozitivnih zabrana i naloga krivičnog prava, već takođe obuhvata krivične sankcije. Nije li moguće da se beskrajna raznolikost okolnosti u kojima je zakonitost elija počinioča savladana može razmatrati sa daleko većom fleksibilnošću, sa daleko manje anomalija i izbegavajući društvena zla koja bi pratila prihvatanje argumenta podnosioca žalbe (da je prinuda opšta odbrana za krivično delo), uzimajući u obzir ove okolnosti prilikom donošenja sudske presude? Nije li itavo opravdanje prinude kao odbrane za krivično delo to da ono prihvata da čin koji krivični zakon zabranjuje može da bude moralno nevin? Nije li apsolutno oslobođenje od kazne upravo priznanje moralne nevinosti?<sup>176</sup> (Naknadno podvučeno.)

<sup>175</sup> *Lynch v. DPP for Northern Ireland* [1975] AC 653; *R. v. Howe and Others* [1987] 1 All ER 771; *R. v. Abbott* [1977] AC 755.

<sup>176</sup> *Lynch v. DPP for Northern Ireland* [1975] AC 653, str. 687.

86. Drugim re-ima, -injenica da se pravda mo`e zadovoljiti na druge na-ine a ne samo prihvataju}i prinudu kao potpunu odbranu uvek je bila o-igledna sudijama u Engleskoj koji su odbacili prinudu kao odbranu za ubistvo. Oni su dosledno tvrdili da u slu-ajevima ubistva, prinuda u odgovaraju}im predmetima mo`e biti uzeta u obzir kod ubla`avanja kazne, pomilovanja ili preporuke Odboru za uslovne kazne: v. re-i Lorda Hailshama od Marylebonea u *R. v. Howe*<sup>177</sup>.

87. Zaista, primetili bismo da Stephen u svom klasi-nom delu tvrdi da prinuda nikada ne treba da predstavlja odbranu za bilo koji zlo-in, ve} samo osnovu za ubla`avanje kazne<sup>178</sup>. Vrednost ovog stanovi{ta priznao je Lord Morris od Borth-y-Gesta u predmetu *D.P.P. for Northern Ireland v. Lynch*, gde je utvrdio

Odr`ivo gledite mo`e da bude da nikada ne treba smatrati da prinuda pru`a oprost od krivice ve} da samo, u slu-ajevima u kojima je ustanovljena, daje razloge zbog kojih, nakon dono{enja presude, sud mo`e da ubla`i posledice ili da oslobodi optu`enog od kazne. Neki autori, uklju-uju}i Stephena... bili su tog mi{ljenja<sup>179</sup>.

#### E. Na{i zaklju-ci

88. Nakon gornjeg pregleda pravnih izvora u razli-itim pravnim sistemima i istra`ivanja razli-utih politi-kih obzira koja moramo da imamo u vidu, zauzimamo stav da prinuda ne mo`e, prema me|unarodnom pravu, da predstavlja potpunu odbranu za vojnika optu`enog za zlo-ine protiv -ove-nosti ili za ratne zlo-ine koji uklju-uju oduzimanje nevinih `ivota. Mi to -inimo imaju}i u vidu obavezu koja nam je postavljena Statutom da obezbedimo da me|unarodno humanitarno pravo, koje se bavi za{titom -ove-anstva, ni na koji na-in nije ugro`eno.

89. Rezultat je da mi ne smatramo da je izja{njavaenje podnosioca `albe bilo dvosmisleno budu}i da prinuda ne predstavlja, prema me|unarodnom pravu, potpunu odbranu za optu`bu za zlo-in protiv -ove-nosti ili ratni zlo-in koji obuhvata ubijanje nevinih ljudskih bi}a.

---

<sup>177</sup> *R. v. Howe and Others* [1987] 1 All ER 771, str. 781.

<sup>178</sup> Sir J. Stephen, *History of the Criminal Law of England*, supra bel. 161, str. 107-108.

<sup>179</sup> *Lynch v. DPP for Northern Ireland* [1975] AC 653 670; videti tako|e Lord Wilberforce i Lord Simon [u istom predmetu], str. 681 i 694.



90. Naša rasprava o pitanjima vezanim za izja{njevanje podnosioca `albe da je kriv dovoljna je da se re{i pitanje `albe koja se trenutno raspravlja. Nije neophodno da se mi upustimo u razmatranje ostalih pitanja koja su pokrenule stranke. Primetili bismo, me|utim, da je odbacuju}i svedo-enje podnosioca `albe da je po-inio zlo-in pod pretnjom smr}u od strane svog komandanta i, sledstveno tome, odbijaju}i da se okolnost prinude uzme u obzir radi ubla`avanja kazne podnosioca `albe, Pretresno ve}e izgleda tra`ilo da se potkrepi svedo-enje podnosioca `albe kao pravno pitanje. S du`nim po{tovanjem, nijedna odredba u Statutu ili u Pravilniku ne zahteva potkrepljivanje osloba|aju}ih dokaza da bi ti dokazi bili uzeti u obzir za ubla`avanje kazne<sup>180</sup>.

91. Mi bismo prihvatili `albu po osnovi da izja{njevanje nije bilo zasnovano na potpunim informacijama. Time se predmet vra}a pred Pretresno ve}e gde podnosilac `albe mora da dobije mogu}nost da se ponovo izjasni o krivici sa punom sve{}u o posledicama potvrdnog izja{njevanja o krivici samog po sebi i inherentnim razlikama izme|u alternativnih optu`bi.

Sa-injeno na engleskom i francuskom, pri -emu je engleska verzija merodavna.

---

Gabrielle Kirk McDonald

---

Lal Chand Vohrah

Dana 7. oktobra 1997.

Hag

Holandija

[Pe-at Me|unarodnog suda]

---

<sup>180</sup> Videti Tu`ilac protiv Tadi}a, supra bel. 24, paragrafi 535-539.