

**UJEDINJENE
NACIJE**



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

Predmet br. IT-94-1-A

Datum: 15. juli 1999.

Original: ENGLESKI

PRED @ALBENIM VIJE]EM

U sastavu: predsjedavajući sudija Mohamed Shahabuddeen
sudija Antonio Cassese
sudija Wang Tieya
sudija Rafael Nieto-Navia
sudija Florence Ndepele Mwachande Mumba

Sekretar: g|a Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh

Presuda od: 15. jula 1999.

TU@ILAC

protiv

DU[KA TADI]A

PRESUDA

Tu`ila{tvo:

g. Upawansa Yapa
g|a Brenda Hollis
g. William Fenrick
g. Michael Keegan
g|a Ann Sutherland

Pravni zastupnici `alioca:

g. William Clegg
g. John Livingston

I. UVOD	1
A. Proceduralni kontekst.....	1
1. @albe.....	2
(a) Obavijesti o `albi.....	2
(b) Podno{enje podnesaka.....	2
2. Molbe za izvo enje dodatnih dokaza u skladu sa pravilom 115.....	4
3. Postupak o nepo{tivanju Suda.....	5
B. Osnovi za `albu	6
1. @alba na Presudu	6
2. Protiv`alba.....	6
3. @alba na Presudu o kazni	7
C. Tra`eni pravni lijek.....	8
1. @alba na Presudu	8
2. Protiv`alba.....	8
3. @alba na Presudu o kazni	9
D. Postupak odmjeravanja kazne	10
II. PRVI OSNOV ZA @ALBU ODBRANE: NEJEDNAKOST SREDSTAVA DOVELA JE DO USKRA] IVANJA PRAVI^NOG SU`ENJA	11
A. Navodi strana.....	11
1. Argumentacija odbrane	11
2. Argumentacija optu`be	14
B. Diskusija	16
1. Primjenjivost -lana 20(1) i 21(4)(b) Statuta.....	16
C. Zaklju-ak	22
III. TRE]I OSNOV ZA @ALBU ODBRANE: GRE[KKA SUDA U UTVR\IVANJU ^INJENI^NOG STANJA KOJA JE DOVELA DO OSUJE] ENJA PRAVDE	23
A. Navodi strana.....	23
1. Odbrana.....	23
2. Optu`ba	24
B. Diskusija	24
C. Zaklju-ak	26
IV. PRVI OSNOV ZA PROTIV@ALBU OPTU@BE: ZAKLJU^AK PRETRESNOG VIJE]A DA NIJE DOKAZANO DA SU @RTVE BILE "ZA[TI]ENA LICA" PO ^LANU 2 STATUTA (TE[KE POVREDE).....	27
A. Navodi strana.....	27
1. Argumentacija optu`be	27
2. Argumentacija odbrane	28
B. Diskusija	29
1. Uslovi za primjenu -lana 2 Statuta.....	29
2. Karakter sukoba.....	30
3. Pravni kriterijumi za utvr ivanje kad se u oru`anom sukobu koji je <i>prima facie</i> unutra{nji mo`e smatrati da oru`ane snage djeluju u ime strane sile, -ime sukob postaje me unarodni	32
(a) Me unarodno humanitarno pravo.....	32
(b) Pojam kontrole: potreba da se me unarodno humanitarno pravo dopuni op{tim me unarodnim normama o kriterijumima kada se za pojedince smatra da djeluju kao <i>de facto</i> organi dr`ave	35
(c) Pojam kontrole kako ga je formulisao Me unarodni sud pravde u predmetu <i>Nikaragva</i>	36
(i) Dva preliminarne pitanja	37
(ii) Po kojem se osnovu test iz predmeta <i>Nikaragva</i> ne -ini uvjerljivim	42
4. ^injeni-ni odnos izme u vojske bosanskih Srba i Vojske SRJ.....	56
5. Status `rtava	65
(a) Relevantne odredbe.....	65

(b) ^injeni~ni nalazi.....	66
C. Zaklju~ak.....	67
V. DRUGI OSNOV ZA PROTIV@ALBU OPTU@BE: NALAZ DA NEMA DOVOLJNO DOKAZA ZA U^ESTVOVANJE U UBISTVIMA U JASKI] IMA	68
A. Navodi strana.....	68
1. Argumentacija optu`be	68
2. Argumentacija odbrane	69
B. Diskusija.....	70
1. Naoru`ana grupa kojoj je pripadao `alilac po~inila je ubistva.....	70
2. Individualna krivi~na odgovornost `alioca za ubistva	71
(a) ^lan 7(1) Statuta i koncept zajedni~ke nakane.....	71
(b) Vinost `alioca u ovom predmetu.....	94
3. Nalaz @albenog vije}a.....	96
C. Zaklju~ak.....	96
VI. TRE]I OSNOV ZA PROTIV@ALBU OPTU@BE: NALAZ PRETRESNOG VIJE] A DA SE ZLO^INI PROTIV ^OVJE^NOSTI NE MOGU PO^INITI IZ ^ISTO LI^NIH POBUDA	97
A. Navodi strana.....	97
1. Argumentacija optu`be	97
2. Argumentacija odbrane	98
B. Diskusija.....	99
1. ^lan 5 Statuta	99
2. Zadatak i svrha Statuta	101
3. Sudska praksa kao pokazatelj me unarodnog obi~ajnog prava.....	102
C. Zaklju~ak.....	108
VII. ^ETVRTI OSNOV ZA PROTIV@ALBU OPTU@BE: NALAZ PRETRESNOG VIJE] A DA SVI ZLO^INI PROTIV ^OVJE^NOSTI ZAHTIJEVAJU POSTOJANJE DISKRIMINATORNE NAMJERE.....	109
A. Navodi strana.....	109
1. Argumentacija optu`be	109
2. Argumentacija odbrane	110
B. Diskusija.....	111
1. Tuma~enje teksta ~lana 5 Statuta	111
2. ^lan 5 i me unarodno obi~ajno pravo	113
3. Izvje{taj generalnog sekretara	116
4. Izjave nekih dr`ava u Savjetu bezbjednosti	117
C. Zaklju~ak.....	120
VIII. PETI OSNOV ZA PROTIV@ALBU TU@ILA[TVA: ODBIJANJE ZAHTJEVA TU@ILA[TVA ZA OBJELODANJIVANJE ISKAZA SVJEDOKA ODBRANE	121
A. Navodi strana.....	121
1. Argumentacija Tu`ila{tva	121
2. Argumentacija odbrane	123
B. Diskusija.....	124
1. Razlog za razmatranje ovog osnova za protiv`albu.....	124
2. Ovla{enje da se nalo`i objelodanjivanje prethodnih izjava svjedoka	125
C. Zaklju~ak.....	127
IX. DISPOZITIV	128
X. IZJAVA SUDIJE NIETO-NAVIE	130
XI. IZDVOJENO MI[LJENJE SUDIJE SHAHABUDDEENA	134
A. Da li je postojao me unarodni oru`ani sukob.....	134
1. Sporno pitanje	135
2. <i>Nikaragva</i> pokazuje da je postojao oru`ani sukob izme u SRJ, koja je djelovala posredstvom VRS, i BiH.....	135
3. Stajali{te ve}ine Pretresnog vije}a	138

4. Opšte pitanje odgovornosti države za deliktna djela drugih	138
5. Stav optužbe o primjenjivosti <i>Nikaragve</i>	140
6. Test dokazive veze koji je predložila optužba	141
7. Test intervencije @albenog vijeka	142
B. Postoji li zločin protiv čovječnosti kad optuženi djeluje iz istih motiva	143
C. Da li optužba ima pravo na objelodanjivanje iskaza svjedoka odbrane.....	145
D. Zaključak.....	150
XII. DODATAK A – RJEŠENIK POJMOVA.....	151

I. UVOD

A. Proceduralni kontekst

1. Pred @albenim vije}em Me|unarodnog suda za krivi-no gonjenje lica odgovornih za te{ka kr{enja me|unarodnog humanitarnog prava po-injena na teritoriji biv{e Jugoslavije od 1991. (u daljem tekstu: "Me|unarodni sud" ili "Sud") nalaze se tri `albe na Mi{ljenje i presudu Pretresnog vije}a II¹ od 7. maja 1997. u predmetu *Tu`ilac protiv Du{ka Tadi}a*, br. IT-94-1-T (u daljem tekstu: Presuda²) i na kasniju Presudu o kazni od 14. jula 1997. (u daljem tekstu: Presuda o kazni³). Uz izuzetak presude @albenog vije}a u predmetu *Tu`ilac protiv Dra`ena Erdemovi}a*,⁴ gdje se optu`eni potvrdno izjasnio o krivici, ovo je prvi put da @albeno vije}e rje{ava o `albi na kona-nu presudu Pretresnog vije}a.

2. Izmijenjena i dopunjena optu`nica tereti optu`enog Du{ka Tadi}a po 34 ta-ke za krivi-na djela u nadle`nosti Me|unarodnog suda. Prilikom prvog pojavljivanja pred Pretresnim vije}em 26. aprila 1995, optu`eni se po svim ta-kama optu`nice izjasnio da nije kriv. Kasnije su na su|enju povu-ene tri ta-ke optu`nice. Od preostale 31 ta-ke, Pretresno vije}e je optu`enog proglasilo krivim po devet ta-aka, djelimi-no krivim po dvije ta-ke i nevinim po 20 ta-aka.

3. I Du{ko Tadi} (u daljem tekstu: "odbrana" ili "`alilac") i Tu`ila{tvo (u daljem tekstu: "optu`ba" ili "protiv`alilac") izjavili su `albu protiv razli-itih aspekata Presude (u daljem tekstu: @alba na presudu odnosno Protiv`alba).⁵ Osim toga, odbrana se `ali na Presudu o kazni (u daljem tekstu: @alba na presudu o kazni). Sve te `albe zajedno pominju se u tekstu kao "`albe".

4. @albeno vije}e je usmene argumente o `albi saslu{alo 19, 20. i 21. aprila 1999. Dana 21. aprila 1999, @albeno vije}e je najavilo dono{enje presude za kasnije.

¹ U sastavu: sudija Gabrielle Kirk McDonald (predsjedavaju}i), sudija Ninian Stephen i sudija Lal Chand Vohrah.

² "Mi{ljenje i presuda", *Tu`ilac protiv Du{ka Tadi}a*, predmet br. IT-94-1-T, Pretresno vije}e II, 7. maj 1997. (Popis oznaka i kratica koje se koriste u ovoj presudi nalazi se u Aneksu A – Rje-nik pojmova.)

³ "Presuda o kazni", *Tu`ilac protiv Du{ka Tadi}a*, predmet br. IT-94-1-T, Pretresno vije}e II, 14. juli 1997.

⁴ "Presuda", *Tu`ilac protiv Dra`ena Erdemovi}a*, predmet br. IT-96-22-A, @albeno vije}e, 7. oktobar 1997.

⁵ Valja imati na umu da je Du{ko Tadi} u ovom postupku i `alilac i protiv-respondent. Isto tako, Tu`ila{tvo je i respondent i protiv`alilac. No, u interesu jasno}e izlaganja, u ovoj presudi koristi}e se izrazi "odbrana" odnosno "`alilac" i "optu`ba" odnosno "protiv`alilac".

5. Razmotriv{i pismene i usmene podneske Tu`ila{tva i odbrane, @albeno vije}e

OVIM DONOSI PRESUDU.

1. @albe

(a) Obavijesti o `albi

6. Obavijest o `albi na presudu podnijeta je u ime Du{ka Tadi}a 3. juna 1997. Odbrana je nakon toga, 8. januara 1999, podnijela izmijenjenu obavijest o `albi (u daljem tekstu: Izmijenjena obavijest o `albi na presudu⁶). @albeno vije}e je usmenim nalogom od 25. januara 1999. dijelom odobrilo da se izmijeni obavijest o `albi.⁷

7. Tu`ila{tvo je podnijelo obavijest o `albi na presudu 6. juna 1997. (u daljem tekstu: Obavijest o protiv`albi).⁸

8. Nakon {to su podnijete obavijesti o `albi na presudu, nastavio se postupak odmjeravanja kazne pred Pretresnim vije}em, koje je 14. jula 1997. donijelo presudu o kazni. Kazna je izre-ena po svakoj od 11 ta-aka po kojima je optu`eni progla{en krivim ili djelimi-no krivim, sa tim da se sve kazne izdr`avaju istovremeno. Odbrana je 11. avgusta 1997. podnijela obavijest o `albi na presudu o kazni. Tu`ila{tvo se nije `alilo na presudu o kazni.

(b) Podno{enje podnesaka

9. Kao {to je podrobno izlo`eno ni`e u tekstu, `albeni postupak je znatno produljen opetovanim podno{enjem molbi za produ`enje roka a u vezi sa molbom za izvo|enje dodatnih dokaza koju je odbrana prvi put podnijela 6. oktobra 1997.⁹ Januara 1998, @albeno vije}e je privremeno suspendiralo raspored podno{enja podnesaka u `albenom postupku dok se ne rije{i molba `alioca.¹⁰ Nakon odluke @albenog vije}a o tom pitanju od 15. oktobra 1998,¹¹ postupak se nastavio uobi-ajenim tokom. S obzirom na slo`enu

⁶ "Izmijenjena obavijest o `albi", predmet br. IT-94-1-A, 8. januar 1999.

⁷ Transkript rasprave u predmetu br. IT-94-1-A, *Tu`ilac protiv Du{ka Tadi}a*, 25. januar 1999, str. 307 (T. 307) (25. januar 1999.) (Svi brojevi stranica transkripta navedeni u ovoj presudi odnose se na nezvani-nu, neredigovanu verziju engleskog transkripta. Stoga mogu postojati manja razmimoila`enja izme|u paginacije u presudi i kona-nog engleskog transkripta objelodanjenog javnosti.)

⁸ "Obavijest o `albi", predmet br. IT-94-1-A, 6. juni 1997.

⁹ "Zahtjev za produ`enje roka", predmet br. IT-94-1-A, 6. oktobar 1997.

¹⁰ T. 105 (22. januar 1998.)

¹¹ "Odluka po zahtjevu `alioca za produ`enje roka i izvo|enje dodatnih dokaza", predmet br. IT-94-1-A, 15. oktobar 1998.

situaciju sa dokumentima strana u `albenom postupku, korisno je navesti pismene podneske koje su podnijele strane.

10. Odbrana je zasebno podnijela podnesak kojim se `ali na presudu (u daljem tekstu: `albeni podnesak o presudi) i podnesak kojim se `ali na presudu o kazni (u daljem tekstu: `albeni podnesak o presudi o kazni). Ti podnesci podnijeti su 12. januara 1998.¹² Tu`ila{tvo je odgovorilo na `albene podneske 16. i 17. novembra 1998. (u daljem tekstu: "Odgovor Tu`ila{tva na `albeni podnesak o presudi" odnosno "Odgovor Tu`ila{tva na `albeni podnesak o presudi o kazni").¹³

11. Kao posljedica podno{enja Izmijenjene obavijesti o `albi na presudu, odbrana je 8. januara 1999. podnijela Izmijenjeni podnesak s argumentima (s aneksima) (u daljem tekstu: Izmijenjeni `albeni podnesak o presudi).¹⁴ Taj naknadni podnesak @albeno je vije}e prihvatilo nalogom od 25. januara 1999.¹⁵

12. Osim dokumenata koje je podnio `alilac u vezi sa `albom na presudu i `albom na presudu o kazni, obje strane podnijele su pismene podneske u vezi sa protiv`albom Tu`ila{tva. Podnesak Tu`ila{tva u vezi sa protiv`albom podnijet je 12. januara 1998. (u daljem tekstu: podnesak protiv`alioca).¹⁶ Odbrana je odgovor na podnesak Tu`ila{tva podnijela 24. jula 1998.¹⁷ Tu`ila{tvo je podnijelo repliku 1. decembra 1998. (u daljem tekstu: replika protiv`alioca).¹⁸ Odbrana je zatim podnijela jo{ jedan odgovor na podnesak protiv`alioca (u daljem tekstu: Izmijenjeni odgovor odbrane na podnesak protiv`alioca).¹⁹ Podno{enje tog dodatnog podneska odobreno je nalogom @albenog vije}a od 4. marta 1999.²⁰

¹² "@albeni podnesak o Mi{ljenju i presudi od 7. maja 1997," predmet br. IT-94-1-A, 12. januar 1998, uz popratne anekse koji su podnijeti zasebno; "@albeni podnesak o Presudi o kazni", predmet br. IT-94-1-A, 12. januar 1998.

¹³ "Odgovor protiv`alioca na `albeni podnesak o Mi{ljenju i presudi od 7. maja 1997, podnijet 12. januara 1998," predmet br. IT-94-1-A, 17. novembar 1998; "Odgovor na `albeni podnesak o Presudi o kazni, podnijet 12. januara 1998," predmet br. IT-94-1-A, 16. novembar 1998.

¹⁴ "Izmijenjeni `albeni podnesak", predmet br. IT-94-1-A, 8. januar 1999.

¹⁵ T. 308 (25. januar 1999.)

¹⁶ "Podnesak Tu`ila{tva (protiv`alioca) s argumentima", predmet br. IT-94-1-A, 12. januar 1998. i prilo`eni "Popis pravnih izvora", predmet br. IT-94-1-A, 22. januar 1998. (Vidi tako je "Ispravak Podneska Tu`ila{tva s argumentima podnijetog 12. januara 1998. i Popisa pravnih izvora podnijetog 22. januara 1998," predmet br. IT-94-1-A, 9. septembar 1998.)

¹⁷ "Podnesak respondenta s argumentima o podnesku Tu`ila{tva (protiv`alioca) s argumentima od 12. januara 1998," predmet br. IT-94-1-A, 24. juli 1998.

¹⁸ "Replika Tu`ila{tva (protiv`alioca)", predmet br. IT-94-1-A, 1. decembar 1998.

¹⁹ "Podnesak respondenta s argumentima o podnesku Tu`ila{tva (protiv`alioca) s argumentima od 19. januara 1999", predmet br. IT-94-1-A. 19. januar 1999.

²⁰ "Nalog kojim se prihvata podno{enje izmijenjenog podneska", predmet br. IT-94-1-A, 4. mart 1999. (Vidi tako je "Protivljenje podnesku `alioca od 19. januara 1999. pod naslovom "Podnesak respondenta s argumentima o podnesku s argumentima Tu`ila{tva (protiv`alioca) od 19. januara 1999. (sic)", predmet

13. Obje strane su 19. marta 1999. podnijele shematske prikaze argumenata kojima se uvr{taju i razja{njavaju pozicije strana u odnosu na `albu.²¹

2. Zahtjevi za izvo|enje dodatnih dokaza u skladu sa pravilom 115

14. Odbrana je 6. oktobra 1997. podnijela povjerljivi zahtjev za uvr{enje znatne koli~ine dodatnih dokaza.²² U tom zahtjevu, koji je dopunjen naknadnim podnescima, odbrana je shodno pravilu 115 Pravilnika o postupku i dokazima Me|unarodnog suda (u daljem tekstu: Pravilnik) zatra`ila dozvolu da podnese dodatne pisane materijale i da pozove vi{e od 80 svjedoka da stupe pred Pretresno vije}e.²³ Odbrana je osim toga, ili alternativno, zatra`ila da se zahtjev razmotri kao zahtjev za preispitivanje Presude na osnovu "nove -injenice" u smislu pravila 119 Pravilnika.²⁴

15. Postupak po zahtjevu trajao je ne{to manje od 12 mjeseci. Obje strane su podnijele povelik broj zahtjeva za produ`enje roka.²⁵

br. IT-94-1-A, 21. januar 1999; "Podnesak o Izmijenjenom podnesku `alioca podnijetom 19. januara 1999", predmet br. IT-94-1-A, 24. februar 1999.)

²¹ "Shematski prikaz argumenata - `alba `alioca na osudu", predmet br. IT-94-1-A, 19. mart 1999. ("Shematski prikaz argumenata - `alba `alioca na osudu"); "Shematski prikaz argumenta Tu`ila{tva - `alba na kaznu", predmet br. IT-94-1-A, 19. mart 1999; "Shematski prikaz argumenata Tu`ila{tva", predmet br. IT-94-1-A, 19. mart 1999. ("Shematski prikaz argumenata Tu`ila{tva"). Vidi tako|e "Shematski prikaz argumenata o protiv`albi Tu`ila{tva", predmet br. IT-94-1-A, koji je odbrana prvi put podnijela 19. marta 1999. i ponovo podnijela 20. aprila 1999. ("Shematski prikaz argumenata odbrane o protiv`albi").

²² "Zahtjev za produ`enje roka", predmet br. IT-94-1-A, 6. oktobar 1997.

²³ Pravilo 115 glasi:

"(A) Strana mo`e podneskom zatra`iti da pred @albenim vije}em izvede dodatne dokaze koji joj nisu bili dostupni na su|enju. Taj podnesak mora se uru-iti drugoj strani i dostaviti sekretaru najkasnije petnaest dana prije datuma rasprave."

"(B) @albeno vije}e }e odobriti izvo|enje tih dokaza ako smatra da tako nala`e interes pravde.

²⁴ Pravilo 119 glasi:

"U slu-aju da se otkrije nova -injenica koja nije bila poznata strani koja podnosi zahtjev u vrijeme postupka pred Pretresnim vije}em ili @albenim vije}em, i koja ni uz du`nu revnost nije mogla biti otkrivena, odbrana ili, unutar roka od godine dana nakon izricanja pravomo}ne presude, i tu`ilac, mogu tom vije}u podnijeti zahtjev za preispitivanje presude."

²⁵ "Zahtjev za produ`enje roka", predmet br. IT-94-1-A, 10. septembar 1997; "Zahtjev za produ`enje roka" (povjerljivo), predmet br. IT-94-1-A, 6. oktobar 1997; "Zahtjev za produ`enje roka", predmet br. IT-94-1-A, 17. mart 1998; "Zahtjev za produ`enje roka radi podno{enja dodatnih dokaza u `albenom postupku", predmet br. IT-94-1-A, 1. maj 1998; "Zahtjev za produ`enje roka radi podno{enja replike na odgovor protiv`alioca na podneske `alioca od 9. marta 1998. po zahtjevu za izvo|enje dodatnih dokaza shodno pravilu 115", predmet br. IT-94-1-A, 15. juni 1998; "Zahtjev za produ`enje roka radi podno{enja replike na zahtjev `alioca pod naslovom 'Zahtjev za produ`enje roka'", predmet br. IT-94-1-A, 9. oktobar 1997; "Zahtjev za izmjenu naloga @albenog vije}a od 22. januara 1998", predmet br. IT-94-1-A, 13. februar 1998; "Zahtjev za izmjenu naloga @albenog vije}a od 2. februara 1998", predmet br. IT-94-1-A, 7. maj 1998. Po tim zahtjevima donijeti su sljede}i nalози: "Nalog o rasporedu", predmet br. IT-94-1-A, 24. novembar 1997; "Nalog kojim se udovoljava zahtjevu za produ`enje roka", predmet br. IT-94-1-A, 23. mart 1998; "Nalog kojim se udovoljava zahtjevima za produ`enje roka", predmet br. IT-94-1-A, 13. maj 1998; "Nalog kojim se odobrava produ`enje roka", predmet br. IT-94-1-A, 10. juni 1998; "Nalog kojim se udovoljava zahtjevu za produ`enje roka", predmet br. IT-94-1-A, 17. juni 1998; "Nalog kojim se odobrava za produ`enje roka", predmet br. IT-94-1-A, 9. oktobar 1997; "Nalog kojim se udovoljava zahtjevu za produ`enje roka", predmet br. IT-94-1-A, 19. februar 1998; "Nalog kojim se udovoljava zahtjevima za produ`enje roka", predmet br. IT-94-1-A, 13. maj 1998.

16. Odlukom @albenog vije}a od 15. oktobra 1998, a iz razloga koji su navedeni u odluci, odba-en je zahtjev odbrane za izvo|enje dodatnih dokaza ("Odluka o prihvatljivosti dodatnih dokaza").²⁶ Razmotriv{i zathjev u svjetlu pravila 115 Pravilnika, @albeno vije}e zauzelo je stav da se izvo|enje dodatnih dokaza ne bi trebalo olako dozvoljavati u `albenom postupku. Pri tuma-enju standarda postavljenog tim pravilom uzeto je u obzir da dodatni dokazi nisu prihvatljivi ako nije naveden valjan razlog za{to ti dokazi nisu bili dostupni na su|enju. @albeno vije}e dr`i da nedostupnost dokaza ne smije biti posljedica nedostatka du`ne revnosti od strane branioca koji je branio optu`enog pred Pretresnim vije}em. Razmatraju}i zatim drugi kriterijum prihvatljivosti prema pravilu 115, zaklju-eno je da u ovom predmetu interesi pravde zahtijevaju izvo|enje dodatnih dokaza samo ako su dokazi (a) relevantni za neko materijalno pitanje, (b) uvjerljivi i (c) takvi da se iz njih mo`e sa velikom vjerovatno}om zaklju-iti da osu|uju}a presuda ne bi bila kriva. Primjenjuju}i te kriterijume na dokaze -ije je izvo|enje bilo zatra`eno, @albeno vije}e nije se osvjedo-ilo da interesi pravde zahtijevaju da bilo koji materijali koji nisu bili dostupni na su|enju budu podnijeti u `albenom postupku.

17. Odbrana je 8. januara i 19. aprila 1999. podnijela dalje zahtjeve za izvo|enje dodatnih dokaza shodno pravilu 115.²⁷ @albeno vije}e je zahtjeve odbacilo usmenim nalozima od 25. januara i 19. aprila 1999.²⁸

3. Postupak o nepo{tivanju Suda

18. @albeno vije}e je tokom `albenog postupka pokrenulo postupak protiv g. Milana Vujina, biv{eg glavnog branioca `alioca, u vezi sa navodima o nepo{tivanju Me|unarodnog suda.²⁹ O tim navodima rje{ava se u zasebnom postupku, odvojeno od `albenog postupka.

²⁶ "Odluka po zahtjevu `alioca za produ`enje roka i izvo|enje dodatnih dokaza", predmet br. IT-94-1-A, 15. oktobar 1998.

²⁷ "Drugi zahtjev `alioca za izvo|enje dodatnih dokaza u `albenom postupku shodno pravilu 115 Pravilnika Me|unarodnog suda", predmet br. IT-94-1-A, 8. januar 1999; "Zahtjev (3) za izvo|enje dodatnih dokaza u `albenom postupku shodno pravilu 115 Pravilnika o postupku i dokazima", predmet br. IT-94-1-A, 19. april 1999.

²⁸ T. 307-308 (25. januar 1999); T. 20 (19. april 1999.)

²⁹ *Vidi* "Nalog o rasporedu u pogledu navoda protiv prethodnog branioca", predmet br. IT-94-1-A, 10. februar 1999. Na po-etku `albenog postupka, g. Milan Vujin bio je glavni branilac a pomagao mu je g. R.J. Livingston. Odlukom zamjenika sekretara od 19. novembra 1998, poni{teno je imenovanje g. Milana Vujina za branioca optu`enog, a zamijenio ga je g. William Clegg kao glavni branilac (*vidi* "Odluku

19. Rasprava u postupku o nepoštivanju suda poela je 26. aprila 1999. Predmet se trenutno još uvijek nalazi pred albanskim vijećem.

B. Osnovi za žalbu

1. Žalba na Presudu

20. Kao što je navedeno u Izmijenjenoj obavijesti žalioca o žalbi na presudu i Izmijenjenom albanskom podnesku o presudi, odbrana ističe sljedeća dva osnova za žalbu na presudu:

Osnov (1): Narušeno je pravo žalioca na pravično suđenje jer nije postojala "jednakost sredstava" koja stoje na raspolaganju optužbi i odbrani zbog uslova u kojima je vođeno suđenje.³⁰

Osnov (3): Pretresno vijeće je pogriješilo kad je u paragrafu 397 presude zaključilo da se van svake razumne sumnje osvjedoilo da je optuženi kriv za ubistvo Osmana Didovića i Edina Bećića.³¹

21. Odbrana je tražila dozvolu da Obavijest o žalbi izmijeni uvrštenjem još jednog osnova za žalbu (osnov 2), navodeći da je pravo žalioca na pravično suđenje teško narušeno ponašanjem njegovog bivšeg branioca, g. Milana Vujina.³² albansko vijeće je 25. januara 1999. uskratilo dozvolu da se u izmijenjenu obavijest uvrsti taj osnov,³³ tako da su u albanskom podnesku o presudi ostala samo dva osnova, osnov 1 i osnov 3.

2. Protiv žalba

22. Tužilac je istaklo sljedeće osnove za žalbu na presudu:

Osnov (1): Većina Pretresnog vijeća je pogriješila zaključivši da krive djela koja su pripisana optuženom u Odjeljku III Presude nisu uivale zaštitu rečima teških povreda

zamjenika sekretara o dodjeli branioca i povlaenju glavnog branioca optuženog", predmet br. IT-94-1-A, 19. novembar 1998).

³⁰ Izmijenjena obavijest žalioca o žalbi na presudu, para. 1.1-1.4; Izmijenjeni albanski podnesak o presudi, para. 1.1-1.12.

³¹ Izmijenjena obavijest žalioca o žalbi na presudu, para. 3.1-3.6; Izmijenjeni albanski podnesak o presudi, para. 3.1-3.11.

³² Izmijenjena obavijest o žalbi, para. 2.1-2.4.

³³ T. 307 (25. januar 1999).

međunarodnih konvencija od 12. avgusta 1949. kako ga priznaje član 2 Statuta Međunarodnog suda (u daljem tekstu: Statut).³⁴

Osnov (2): Pretresno vijeće je pogriješilo zaključivši da se na osnovu izvedenih dokaza nije van svake razumne sumnje osvjedočilo da je optuženi imao bilo kakvog udjela u ubistvu bilo kojeg od petorice muškaraca iz sela Jaskići, kako se navodi u tačkama optužnice 29, 30 i 31.³⁵

Osnov (3): Pretresno vijeće je u krivu kad smatra da Tužilaštvo mora, da bi se optuženi proglasio krivim za zločin protiv čovječnosti, dokazati van razumne sumnje da optuženi ne samo da je imao namjeru da počinio osnovno djelo nego je također znao za kontekst računovanih ili sistematskog napada na civilno stanovništvo te da djelo nije počinjeno iz istovrsnih razloga koji nemaju veze sa oružanim sukobom.³⁶

Osnov (4): Pretresno vijeće je u krivu kad smatra da je diskriminatorna namjera element svih zločina protiv čovječnosti prema članu 5 Statuta Međunarodnog suda.³⁷

Osnov (5): Većina Pretresnog vijeća je u svojoj odluci od 27. novembra 1996. pogriješila kad je odbacila zahtjev Tužilaštva za objelodanjivanje iskaza svjedoka odbrane (u daljem tekstu: Odluka o iskazima svjedoka).³⁸

3. Žalba na Presudu o kazni

23. Odbrana ističe sljedeće osnove za žalbu na presudu o kazni:

Osnov (1): Ukupna kazna od 20 godina koju je izreklo Pretresno vijeće nepravilna je.³⁹

(i) Kazna je nepravilna jer je duža nego što traže odnosno zahtijevaju činjenice u tom predmetu.⁴⁰

³⁴ Obavijest o protivžalbi, str. 2; Podnesak protivžaloca, para. 2.1-2.88.

³⁵ Obavijest o protivžalbi, str. 2; Podnesak protivžaloca, para. 3.1-3.33.

³⁶ Obavijest o protivžalbi, str. 3; Podnesak protivžaloca, para. 4.1-4.23.

³⁷ Obavijest o protivžalbi, str. 3; Podnesak protivžaloca, para. 5.1-5.28.

³⁸ Obavijest o protivžalbi, str. 3; Podnesak protivžaloca, para. 6.1-6.32 gdje se pominje "Odluka po zahtjevu Tužilaštva za objelodanjivanje iskaza svjedoka odbrane", predmet br. IT-94-1-T, Pretresno vijeće II, 27. novembar 1996.

³⁹ T. 306 (21. april 1999.)

⁴⁰ T. 303 (21. april 1999.)

(ii) Pretresno vijeće je pogriješilo što nije uzelo u obzir općtu praksu sudova u bivšoj Jugoslaviji pri izricanju zatvorskih kazni, kako tražili član 24 Statuta Međunarodnog suda. Prema toj praksi, kazna od 20 godina je najduža kazna koja se može izreći, i to samo kao alternativa smrtnoj kazni.⁴¹

(iii) Pretresno vijeće nije posvetilo dovoljno pažnje ličnim prilikama Duška Tadića.⁴²

Osnov (2): Pretresno vijeće pogriješilo je kad je preporučilo da se minimalna kazna razina "od kasnijeg od sljedećih dva datuma: datuma Presude o kazni ili datuma konačnog rješenja o eventualnoj žalbi."⁴³

Osnov (3): Pretresno vijeće pogriješilo je što žalocu nije uračunalo vrijeme koje je proveo u zatvoru u Njemačkoj prije nego što je Međunarodni sud zatražio ustupanje nadležnosti u ovom predmetu.⁴⁴

C. Traženi pravni lijek

1. Žalba na Presudu

24. Žalbom na presudu odbrana traži sljedeći pravni lijek:⁴⁵

- (i) da se poništi odluka žalbenog vijeća da je žalilac kriv za zločine koji su mu dokazani;
- (ii) da se naloži ponovno suđenje žalocu;
- (iii) alternativno umjesto pravnog lijeka (i) i (ii), da se odbaci odluka žalbenog vijeća u paragrafu 397 Presude da je žalilac kriv za ubistvo Osmana Didovića i Edina Bečića.
- (iv) da se kazna izrečena žalocu preispita u svjetlu pravnog lijeka pod (iii).

2. Protivžalba

25. Protivžalbom Tužilaštvo traži sljedeći pravni lijek:

- (i) da se poništi većinska odluka Pretresnog vijeća na str. 227, paragraf 607 Presude, prema kojoj četve djela koja su pripisana žalocu u Odjeljku III Presude nisu učivale

⁴¹ Žalbeni podnesak o presudi o kazni, str. 4-6; T. 304 (21. april 1999.)

⁴² Žalbeni podnesak o presudi o kazni, str. 9-10; T. 305 (21. april 1999.)

⁴³ Presuda o kazni, para 76. *Vidi* žalbeni podnesak o presudi o kazni, str. 10.

⁴⁴ *Ibid.*, str. 14.

⁴⁵ Izmijenjena obavijest žaloca o žalbi na presudu, str. 3.

zaštita zabrana propisanih rešimom teških povreda koji je primjenjiv na civile u rukama strane u oružanom sukobu -iji nisu dravljeni (što potpada pod član 2 Statuta Međunarodnog suda);⁴⁶

(ii) da se poništi nalaz Pretresnog vijeća na str. 132, paragraf 373 Presude da se albano vijeće na osnovu izvedenih dokaza nije van razumne sumnje osvjedočilo da je -alilac imao udjela u ubistvu bilo kojeg od petorice muškaraca iz sela Jaski;⁴⁷

(iii) da se poništi odluka Pretresnog vijeća na str. 252-253, paragraf 656 Presude, da Tužilac mora, da bi se optuženi proglasio krivim za zločin protiv -ovječnosti, dokazati van svake razumne sumnje da -alilac ne samo da je imao namjeru da po-ini osnovno djelo nego je takođe znao za kontekst ražirenog i sistematskog napada na civilno stanovništvo te da djelo nije po-injeno iz -isto li-nih razloga koji nemaju veze s oružanim sukobom;⁴⁸

(iv) da se poništi odluka Pretresnog vijeća na str. 250, paragraf 652 Presude, da je diskriminatorna namjera element svih zločina protiv -ovječnosti prema članu 5 Statuta;⁴⁹

(v) da se preispita Odluka o iskazima svjedoka.⁵⁰

3. Alba na Presudu o kazni

26. Albom na Presudu o kazni, odbrana, -ini se, traži i sljedeći pravni lijek:

(i) da se snizi kazna koju je izreklo Pretresno vijeće;

(ii) da se minimalna kazna koju izrekne Pretresno vijeće ra-una od početka pritvora -alioca;

(iii) da se -aliocu ura-una vrijeme koje je proveo u zatvoru u Njemačkoj prije nego što je Međunarodni sud zatražio ustupanje nadležnosti u ovom predmetu.

⁴⁶ Obavijest o protiv- albi, str. 3.

⁴⁷ *Ibid.*, str. 4.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

D. Postupak odmjerenja kazne

27. O`albi na presudu o kazni strane su iznijele usmene argumente. Me|utim, po mi{ljenju Pretresnog vije}a, tu je `albu prikladno razmotriti u vezi sa `alбом Tu`ila{tva koja se odnosi na ta-ke optu`nice po kojima je optu`eni oslobo|en. I Tu`ila{tvo i `alilac saglasili su se da se, bude li `alilac progla{en krivim po tim ta-kama, sprovede zasebni postupak odmjerenja kazne u vezi sa tim. Kao {to je re-eno u daljem tekstu, `alilac je progla{en krivim po tim ta-kama, {to zna-i da }e se u odnosu na te ta-ke trebati odr`ati zaseban postupak odmjerenja kazne. @albeno vije}e smatra da odluku po `albi na presudu o kazni treba, stoga, odlo`iti do zasebnog postupka o odmjerenju kazne.

28. Prema prija{njoj proceduri, nakon izricanja osu|uju}e presude odr`avala se rasprava o kazni. Ta je procedura izmijenjena jula 1998. shodno pravilu 87(C) Pravidnika, koje predvi|a da se kazna izri-e zajedno sa osu|uju}om presudom. Prilikom prvog izricanja kazne, primijenjena je prija{nja procedura, koja je bila na snazi kad je izjavljena `alba. [to se ti-e te promjene, potpravilo 6(D) predvi|a sljede}e:

Izmjene i dopune stupaju na snagu sedam dana nakon izdavanja slu`benog dokumenta Suda koji sadr`i te izmjene i dopune, ali se ne}e primijeniti na na-in koji bi ugrozio prava optu`enog u bilo kojem predmetu koji je u toku.

U konkretnim okolnostima ovog slu-aja, @albeno vije}e smatra da bi prava `alioaca bila naru{ena kad bi se o njegovoj `albi rje{avalo prema novom pravilu. @albeno vije}e }e stoga slijediti prija{nju proceduru za one ta-ke po kojima je `alilac bio oslobo|en od strane Pretresnog vije}a ali je sada progla{en krivim. Stoga }e se o `albi na presudu o kazni rje{avati u zasebnom postupku odmjerenja kazne.

II. PRVI OSNOV ZA @ALBU ODBRANE: NEJEDNAKOST SREDSTAVA DOVELA JE DO USKRAJ IVANJA PRAVI^NOG SU\ENJA

A. Navodi strana

1. Argumentacija odbrane

29. U prvom osnovu svoje `albe na Presudu, odbrana tvrdi da je `alio-evo pravo na pravi-no su|enje bilo naru{eno okolnostima u kojima je vo|eno su|enje. Konkretno, odbrana tvrdi da ju je izostanak saradnje i opstrukcija od strane izvjesnih vanjskih entiteta – vlade Republike Srpske i gradskih vlasti u Prijedoru – sprije-io da na odgovaraju}i na-in iznese svoju argumentaciju na su|enju.⁵¹ Odbrana navodi da su ve}ina svjedoka odbrane bili Srbi koji i dalje borave u Republici Srpskoj, dok su ve}ina svjedoka optu`be bili Muslimani koji borave u zemljama zapadne Evrope i sjeverne Amerike -ije su vlade u potpunosti sara|ivale. Ona tvrdi da je izostanak saradnje koji je pokazala Republika Srpska imao neproporcionalni uticaj na odbranu. Stoga se tvrdi da na su|enju nije bilo "jednakosti sredstava na raspolaganju stranama" izme|u optu`be i odbrane, i da je izostanak te saradnje bio dovoljno ozbiljan da osujeti pravo optu`enog na pravi-no su|enje.⁵² Odbrana stoga od @albenog vije}a tra`i da poni{ti zaklju-ke o krivici optu`enog i nalo`i ponovno su|enje.⁵³

30. Citiraju}i predmete u kojima su presudili Evropska komisija za ljudska prava ("EKomLJP") i Evropski sud za ljudska prava ("ESLJP") na osnovu odredbe Evropske konvencije o ljudskim pravima ("EKonLJP") koja odgovara -lanu 20(1) Statuta, odbrana tvrdi da jamstvo pravi-nog su|enja prema Statutu obuhvata princip jednakosti sredstava.⁵⁴ Odbrana prihvata tvrdnju optu`be da nema sudske prakse koja bi podr`ala uklju-enje stvari koje su van kontrole optu`be i Pretresnog vije}a u sferu principa jednakosti sredstava.⁵⁵ Me|utim, odbrana tvrdi da bi ovaj princip morao obuhvatati ne samo proceduralnu jednakost ili paritet obiju strana pred Me|unarodnim sudom, nego i

⁵¹ Izmijenjeni `albeni podnesak o presudi, para. 1.1-1.3; T. str. 35-40 (19. april 1999).

⁵² Izmijenjeni `albeni podnesak o presudi, para. 1.11.

⁵³ Izmijenjena obavijest o `albi na Presudu, str. 6.

⁵⁴ *Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands*, ESLJP, presuda od 27. oktobra 1993, Series A, no. 274; *Neumeister v. Austria*, ESLJP, presuda od 27. juna 1968, Series A, no. 8; *Delcourt v. Belgium*, ESLJP, presuda od 17. januara 1970, Series A, no. 11; *Borgers v. Belgium*, ESLJP, presuda od 30. oktobra 1991, Series A, no. 214; *Albert and Le Compte v. Belgium*, ESLJP, presuda od 10. februara 1983, Series A, no. 58; *Bendenoun v. France*, ESLJP, presuda od 24. februara 1994, Series A, no. 284; *Kaufman v. Belgium*, Application No. 10938/84, 50 Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights, ("DR") 98; *X and Y v. Austria*, Application No. 7909/74, 15 DR 160.

⁵⁵ T. 30-31 (19. april 1999.).

suštinsku jednakost u interesu osiguravanja pravičnog suđenja. Shodno tome, tvrdi se da bi se @albano vijeće pri utvrđivanju dosega ovog principa trebalo rukovoditi prevashodnim pravom optuženog na pravično suđenje.⁵⁶

31. Oslanjajući se na iste slučajeve o kojima je presuđeno na osnovu EKonLJP, odbrana dalje tvrdi da princip jednakosti sredstava obuhvata minimalno proceduralno jamstvo, definisano članom 21(4)(b) Statuta, na adekvatno vrijeme i sredstva za pripremu odbrane. Odbrana navodi da je nekooperativni stav vlasti Republike Srpske imao efekat uskraćivanja adekvatnog vremena i sredstava `aliocu da se pripremi za suđenje, na šta je imao pravo prema Statutu, a to je rezultiralo nepravičnim suđenjem.

32. U podršku svojim tvrdnjama, odbrana citira paragraf 530 Presude kako bi pokazala da je Pretresno vijeće bilo svjesno da je ograničeni pristup dokaznom materijalu na teritoriji bivše Jugoslavije naokudio objema stranama. Odbrana prihvata da je Pretresno vijeće, priznajući poteškoće sa kojima su se obje strane suočile pokušavajući doći do dokaza, iskoristilo svoje ovlasti iz Statuta i Pravilnika kako bi raznim načinima ublažilo poteškoće. Međutim, ona tvrdi da je Pretresno vijeće priznalo da ta pomoć nije razriješila te poteškoće, nego ih je tek "ublažila". Odbrana navodi da je nejednakost sredstava potrajala uprkos pomoći Pretresnog vijeća i primjeni dužne revnosti zastupnika odbrane, budući da oni nisu bili u mogućnosti da identifikuju i uđu u trag svjedocima odbrane koji su bili relevantni i od materijalne važnosti, a potencijalni svjedoci koji su bili identifikovani odbili su svjedočiti iz straha. Odbrana tvrdi da nepostojanje greške koja bi se mogla pripisati Pretresnom vijeću ili optužbi nije ispravilo nejednakost sredstava, i da je, u tim okolnostima, pravično suđenje bilo nemoguće.⁵⁷

33. Odbrana tvrdi da bi @albano vijeće trebalo usvojiti sljedeći dvostruki test kako bi utvrdilo da li se, na temelju dostupnih činjenica, može ustanoviti široko protumačeno kršenje principa jednakosti sredstava.

1) Da li je odbrana dokazala, ocjenom vjerovatnoće, da je propust gradskih vlasti u Prijedoru i vlade Republike Srpske da sarađuju sa Međunarodnim sudom doveo do toga da zastupnici odbrane nisu izveli relevantne i prihvatljive dokaze, iako su postupali uz dužnu revnost, jer se značajni svjedoci nisu pojavili na suđenju?

⁵⁶ T. 31 (19. april 1999.).

⁵⁷ Izmijenjeni `albani podnesak, para. 1.4-1.6; T. 29-31, 40, 45-48 (19. april 1999.).

2) Ako je tako, da li je neravnote`a stvorena izme|u strana dovoljna da osujeti pravo `alioca na pravi-no su|enje?

34. [ta se ti-e prvog dijela testa, odbrana tvrdi da je @albeno vije}e u svojoj Odluci o prihvatljivosti dodatnih dokaza prihvatilo da su neki svjedoci odbrane bili zastra{eni da se ne pojave pred Pretresnim vije}em. Iako priznaje da je @albeno vije}e odbilo prihva}anje re-enih dokaza na osnovu toga {to je zaklju-ilo da zastupnici odbrane nisu postupali sa du`nom revno{}u kako bi osigurali prisustvovanje tih svjedoka na su|enju, odbrana tvrdi da je va`no to da je @albeno vije}e prihvatilo tvrdnje o zastra{ivanju. Ona dodaje da je @albeno vije}e u toj odluci tako|e prihvatilo da je bilo svjedoka koji nisu bili poznati zastupnicima odbrane tokom su|enja, iako su zastupnici odbrane postupali sa du`nom revno{}u prilikom tra`enja svjedoka. Iz toga odbrana zaklju-uje da bi, da je bilo barem neke saradnje, zastupnici odbrane pozvali barem neke od tih svjedoka. Prema tome, tvrdi se da relevantni i prihvatljivi dokazi koji bi pomogli argumentaciji odbrane nisu predo-eni Pretresnom vije}u. Dalje se tvrdi da je razlog zbog kojega se nije moglo prona}i toliko mnogo svjedoka bio izostanak saradnje od strane vlasti Republike Srpske.⁵⁸

35. [ta se ti-e drugog dijela testa, odbrana tvrdi da je to stvar te`ine i ravnote`e. Iako priznaje da ne mo`e svaka nemogu}nost da se osigura predo-enje dokaza su|enje u-initi nepravi-nim, ona tvrdi, na osnovu -injenica ovog predmeta, da su koli-ina i sadr`aj relevantnog i prihvatljivog dokaznog materijala koji nije mogao biti izveden na su|enju takvi da su stvorili nejednakost sredstava koja je osujetila pravi-no su|enje.⁵⁹

36. Kona-no, odbrana tvrdi da se -injenica da zastupnik odbrane na su|enju nije podnio zahtjev za odlaganje postupka ne smije upotrijebiti da bi se odbrana sprije-ila da u `albi otvori pitanje uskra}ivanja pravi-nog su|enja. U vezi sa time odbrana tvrdi da zastupnici odbrane na su|enju mo`da nisu bili svjesni stepena opstrukcije od strane vlasti bosanskih Srba prilikom spre-avanja otkrivanja svjedoka koji bi pomogli argumentima odbrane.⁶⁰ Dalje se isti-e da je glavni zastupnik odbrane na su|enju u svojoj uvodnoj rije-i naglasio da bi prevladavaju}i uslovi mogli osujetiti pravi-nost su|enja. Zastupnik odbrane izrazio je mi{ljenje da se odluka zastupnika odbrane na

⁵⁸ T. 38-41 (19. april 1999.).

⁵⁹ T. 52-53 (19. april 1999.).

⁶⁰ T. 50-51 (19. april 1999.).

su|enju da ne tra`i odlaganje postupka mo`e pripisati `elji da se ne produ`uje dugi period koji je `alilac proveo u pritvoru prije po-etka su|enja.⁶¹

2. Argumentacija optu`be

37. Optu`ba tvrdi da jednakost sredstava zna-i proceduralnu jednakost. Prema tvrdnjama optu`be, taj princip objema stranama osigurava jednakost pred sudovima i daje im isti pristup ovlastima suda i isto pravo da izvedu svoje dokaze. Me|utim, po njezinom mi{ljenju, ovaj princip ne tra`i izjedna-enje materijalnih i prakti-nih uslova objiju strana. Stoga se tvrdi da tvrdnja odbrane da nije bila u mogu}nosti osigurati prisustvovanje va`nih svjedoka na su|enju ne pokazuje da je bilo nejednakosti sredstava, osim ukoliko je ta nemogu}nost proistekla iz relevantnog nepovoljnog polo`aja odbrane u postupku. Tvrdi se da, iako Pretresno vije}e ima obavezu da objema stranama osigura ravnopravnost u pogledu izvo|enja dokaza, to Vije}e ne mo`e biti odgovorno za faktore koji su van njegovih mogu}nosti ili nadle`nosti.⁶²

38. Optu`ba ne negira da bi, pod izvjesnim okolnostima, progla{enje krivim optu`enog koji nije mogao pribaviti i izvesti neke zna-ajne dokaze na su|enju, moglo predstavljati kr{enje fundamentalne pravi-nosti ili "o-iglednu nepravdu". No, po mi{ljenju optu`be, to je pitanje koje prevazilazi pravilno shva}eni koncept "jednakosti sredstava" i tra`i ispitivanje od slu-aja do slu-aja. Tvrdi se da, u danim -injenim okolnostima, u ovom predmetu nije postojala takva nepravda.⁶³

39. Po mi{ljenju optu`be, pitanje otvoreno ovim osnovom `albe je da li su izostanak saradnje i opstrukcija od strane vlasti Republike Srpske bili takvi da su `alioocu uskratili pravo na pravi-no su|enje.⁶⁴ Optu`ba ka`e da odbrana mora dokazati da je rezultat te nesaradnje bio taj da je odbrana bila sprije-ena da na su|enju izvodi svoje dokaze, i tvrdi da odbrana nije to uspjela dokazati. Ona tvrdi da je odbrana imala razumnu mogu}nost da brani `alioaca pod istim proceduralnim uslovima i sa istim proceduralnim pravima koje je u`ivala i optu`ba, i da je odista pru`ila `ilavu odbranu koriste}i se odbranom alibijem i odbranom pogre{nog identiteta.⁶⁵ Osim toga, primje}uje se da je odbrani pomogla {iroka obaveza objelodanjivanja koju prema Pravilniku ima optu`ba, a koja

⁶¹ T. 45-49 (19. april 1999.).

⁶² Odgovor optu`be na `albeni podnesak o presudi, para. 3.8-3.16, 3.30.

⁶³ Odgovor optu`be na `albeni podnesak o presudi, para. 3.21-3.23; T. 88-89 (20. april 1999.).

⁶⁴ T. 90-91 (20. april 1999.).

⁶⁵ T. 97 (20. april 1999.).

optu`bi name}e obavezu da objelodani sve osloba|aju}e dokaze koji su joj poznati. Nadalje, tvrdi se da je odbrana imala izvjesnu saradnju vlasti Republike Srpske, a optu`ba nije uop{te imala takvu saradnju.⁶⁶ Kona-no, tvrdi se da odbrana nije potkrijepila svoju tvrdnju da je bilo koji izostanak saradnje su{tinski na{kodio odbrani u pore|enju sa optu`bom.⁶⁷

40. Optu`ba dalje tvrdi da je standard, koji odbrana predla`e za ustanovljavanje kr{enja principa jednakosti sredstava ili prava na pravi-no su|enje, prenizak. Ona tvrdi da odbrana ne mo`e dokazati kr{enje tog principa samo tako {to }e pokazati da relevantni dokazi nisu bili izvedeni na su|enju. Po mi{ljenju optu`be, potreban je vi{i standard, prema kojem odbrana ima obavezu da doka`e "zloupotrebu diskrecionog prava" od strane Pretresnog vije}a. Optu`ba tvrdi da odbrana nije ispunila tu obavezu, budu}i da nije dokazano da je Pretresno vije}e postupilo na neodgovaraju}i na-in kad je nastavilo sa su|enjem.⁶⁸

41. Suprotno stajali{tu koje je iznijela odbrana, optu`ba negira da Odluka o prihvatljivosti dodatnih dokaza podr`ava stav da `alilac nije imao pravi-no su|enje. Ona primje}uje da je @albeno vije}e zaklju-ilo da je ve}ina predlo`enih dodatnih dokaza bila dostupna odbrani i na su|enju. Nadalje, kad je rije- o onom dijelu predlo`enih dodatnih dokaza za koje je zaklju-eno da nisu bili dostupni na su|enju, optu`ba primje}uje da je @albeno vije}e nakon pa`ljivog vije}anja zaklju-ilo da interesi pravde ne zahtijevaju da se oni prihvate u `albenom postupku. Prema tome, po mi{ljenju optu`be, umjesto da poka`e uskra}ivanje pravi-nog su|enja, ova je odluka u skladu sa stavom da prava optu`enog u tom smislu nisu bila naru{ena izostankom saradnje vlasti Republike Srpske.⁶⁹

42. Optu`ba dalje nagla{ava da zastupnik odbrane nije podnio zahtjev za odbacivanje predmeta na osnovu toga da je pravi-no su|enje nemogu}e zbog izostanka saradnje vlasti Republike Srpske. Ona primje}uje da, zato {to to nije u-inila, odbrana nije Pretresnom vije}u dala priliku da preduzme dodatne mjere da prevazi|e pote{ko}e sa kojima je bila suo-ena odbrana. Tvrdi se da taj propust odbrane daje daljnji nagovje{taj da ona nije vjerovala da je naru{eno pravo `alioca na pravi-no su|enje.⁷⁰

⁶⁶ T. 90, 98-99 (20. april 1999.).

⁶⁷ Shema argumenata optu`be, para. 10; Odgovor optu`be na `albeni podnesak o presudi, para. 3.29, 6.9.

⁶⁸ Shema argumenata optu`be, para. 6

⁶⁹ T. 96 (20. april 1999.).

B. Diskusija

1. Primjenjivost -lana 20(1) i 21(4)(b) Statuta

43. ^lan 20(1) Statuta odre|uje da se "Pretno vije}e mora pobrinuti da su|enje bude pravi-no i ekspeditivno [...] ". Ova odredba odra`ava odgovaraju}e jamstvo predvi|eno me|unarodnim i regionalnim instrumentima o ljudskim pravima: Me|unarodni pakt o gra|anskim i politi-kim pravima (1966) ("MPGPP"),⁷¹ Evropska konvencija o ljudskim pravima (1950)⁷² i Ameri-ka konvencija o ljudskim pravima (1969).⁷³ Pravo na pravi-no su|enje je od centralne va`nosti za vladavinu prava: ono je jedan od temelja zagaranovanog pravnog postupka. Odbrana tvrdi da zagaranovani pravni postupak ne uklju-uje samo formalni ili proceduralni aspekt, nego i su{tinski aspekt.⁷⁴

44. Strane ne osporavaju da pravo na pravi-no su|enje zajam-eno Statutom obuhvata princip jednakosti sredstava. To je tuma-enje u skladu sa nalazima Komiteta za ljudska prava ("KLJP") prema MPGPP-a. KLJP je u predmetu *Moraël protiv Francuske*⁷⁵ naveo da pravi-na rasprava iz -lana 14(1) MPGPP-a mora, kao minimum, osigurati me|u ostalim jednakost sredstava. Na sli-an na-in, u predmetima *Robinson protiv Jamajke*⁷⁶ i *Wolf protiv Paname*⁷⁷ KLJP je zaklju-io da je postojala nejednakost sredstava {to je predstavljalo kr{enje prava na pravi-no su|enje iz -lana 14(1) MPGPP-a. Isto tako, sudska praksa po EKonLJP-u koju je citirala odbrana prihvata da je taj princip implicitno sadr`an u fundamentalnom pravu optu`enog na pravi-no su|enje. Princip jednakosti sredstava izme|u tu`oca i optu`enog u krivi-nom su|enju zadire u samu su{tinu jamstva pravi-nog su|enja. @albeno vije}e zaklju-uje da nema nikakvog razloga da se koncept pravi-nog su|enja iz -lana 20(1) Statuta razlikuje od njegovog

⁷⁰ T. 100 (20. april 1999.).

⁷¹ ^lan 14(1) MPGPP-a predvi|a izme|u ostalog: "Sve su osobe jednake pred sudovima i tribunalima. Prilikom presu|ivanja o bilo kojoj krivi-noj optu`bi protiv njega, ili o njegovim pravima i obavezama u pravnom sporu, svatko ima pravo na pravi-nu i javnu raspravu pred nadle`nim, nezavisnim i nepristranim tribunalom utemeljenim zakonom. [...]."

⁷² ^lan 6(1) EKonLJP-a predvi|a izme|u ostalog: "Prilikom presu|ivanja o njegovim gra|anskim pravima i du`nostima ili bilo kojoj krivi-noj optu`bi protiv njega, svako ima pravo na pravi-nu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristranim tribunalom utemeljenim zakonom."

⁷³ ^lan 8(1) Ameri-ke konvencije o ljudskim pravima predvi|a izme|u ostalog:

"Svaka osoba ima pravo na raspravu, sa du`nim jamstvima i unutar razumnog roka, pred nadle`nim, nezavisnim i nepristranim tribunalom, ranije utemeljenim zakonom, radi presu|ivanja o bilo kojoj optu`bi krivi-ne prirode koja je iznesena protiv njega ili za presu|ivanje o njegovim pravima i du`nostima gra|anske, radne, finansijske ili druge prirode."

⁷⁴ T. 29-35 (19. april 1999.).

⁷⁵ *Moraël v. France*, Communication No. 207/1986, 28. juli 1989, U.N. Doc. CCPR/8/Add/1, 416.

⁷⁶ *Robinson v. Jamaica*, Communication No. 223/1987, 30. mart 1989, U.N. Doc. CCPR/8/Add.1, 426.

ekvivalenta iz EKonLJP-a i MPGPP-a, kao što su ga prema tim instrumentima interpretirala relevantna pravosudna i nadzorna tijela. Prema tome, apelno vijeće smatra da princip jednakosti sredstava spada u jamstvo pravičnog suđenja iz Statuta.

45. U ovom apelnom postupku treba odlučiti o doseg primjene ovog principa. Odbrana tvrdi da bi on morao uključivati ne samo proceduralnu, nego i suštinsku jednakost.⁷⁸ Po njezinom mišljenju, stvari koje su van kontrole Pretresnog vijeća mogu ugroziti jednakost sredstava ako je njihov efekat to da jedna od strana bude dovedena u nesrazmjerno lošiji položaj. Optužba uzvraća na to da se jednakost sredstava odnosi na jednakost strana pred Pretresnim vijećem. Ona tvrdi da se obaveza Pretresnog vijeća sastoji u tome da osigura da strane uživaju ista proceduralna prava i da djeluju pod istim proceduralnim uslovima na sudu. Prema optužbi, izostanak saradnje vlasti Republike Srpske nije mogao ugroziti jednakost sredstava odbrane na suđenju jer Pretresno vijeće nije imalo kontrolu nad akcijama ili izostankom akcija tih vlasti.

46. Odbrana tvrdi da minimalno jamstvo u članu 21(4)(b) Statuta na adekvatno vrijeme i sredstva za pripremu odbrane na suđenju predstavlja dio principa jednakosti sredstava impliciranog članom 20(1). Ona tvrdi da, budući da vlasti Republike Srpske nisu saradivale sa odbranom, žalilac nije imao adekvatna sredstva za pripremu svoje odbrane (što je ugrozilo njegovo uživanje jednakosti sredstava).

47. Apelno vijeće prihvata argument odbrane da je, u vezi s ovom stvari, odnos između člana 20(1) i člana 21(4)(b) odnos općeg i konkretnog. Tako je se slaže da pravično suđenje mora, kao minimum, dati pravo optuženom na adekvatno vrijeme i sredstva za njegovu odbranu.

48. Prilikom određivanja dosega primjene principa jednakosti sredstava, prvo se mora uzeti u obzir međunarodna sudska praksa. U građanskom postupku *Kaufman protiv Belgije*,⁷⁹ EKonLJP zaključila je da jednakost sredstava znači da svaka strana mora imati razumnu mogućnost da brani svoje interese "pod uslovima koji je ne stavljaju u znatno nepovoljniji položaj u odnosu na protivničku stranu".⁸⁰ U predmetu *Dombo Beheer B.V. protiv Holandije*,⁸¹ tako je građanskom postupku, ESLJP je zauzeo stajalište koje je o jednakosti sredstava izrazila EKonLJP, zaključivši da "kad je rije-

⁷⁷ *Wolf v. Panama*, Communication No. 289/1988, 26. mart 1992, U.N. Doc. CCPR/11/Add.1, 399.

⁷⁸ T, 29-35 (19. april 1999.).

⁷⁹ *Kaufman v. Belgium*, 50 DR 98.

⁸⁰ *Ibid.*, str. 115.

parnici u kojoj su suprotstavljeni privatni interesi, 'jednakost sredstava' implicira da se svakoj strani mora dati razumna mogućnost da iznese svoju argumentaciju – uključujući svoje dokaze – pod uslovima koji je ne stavljaju u značajno nepovoljniji položaj u odnosu na protivničku stranu".⁸² Sud je u krivičnom postupku *Delcourt protiv Belgije*⁸³ odlučio da taj princip objema stranama daje pravo na punu jednakost tretmana, i rekao da uslovi sušenja ne smiju "nepravilno dovesti optuženog u nepovoljniji položaj."⁸⁴ Iz sudske prakse EKomLJP koju je citirala odbrana može se sigurno zaključiti da jednakost sredstava nameće obavezu pravosudnom tijelu da osigura da niti jedna od strana ne bude u nepovoljnom položaju kada iznosi svoju argumentaciju.

49. U sudskoj praksi EKomLJP-a nema ništa bi sugerisalo da je taj princip primjenjiv na uslove van kontrole suda koji su neku stranu spriječili da osigura prisustvovanje nekih svjedoka. Svi predmeti razmatrali su sredstva za koja pravosudno tijelo ima ovlast da ih dodijeli.⁸⁵

50. KLJP je ovaj princip protumačio da je zamišljen tako da strani osigura prava i jamstva koja su po svojoj prirodi *proceduralna*. KLJP je u građanskom postupku *B.d.B. et al. protiv Holandije*,⁸⁶ primijetio da član 14 MPGPP-a "jamči proceduralnu jednakost" kako bi se osiguralo da vođenje pravosudnog postupka bude pravično. U slučajevima gdje su žaljoci bili osuđeni na dugotrajne zatvorske kazne u pravosudnim postupcima održanim bez proceduralnih jamstava, KLJP je ustanovio kršenje prava na pravično suđenje iz člana 14(1).⁸⁷ Dokumenti o odlukama donesenim na osnovu MPGPP-a ne govore ništa o tome da li taj princip obuhvata nemogućnost neke strane da osigura prisustvovanje nekih svjedoka na suđenju kada se taj propust mora pripisati ne sudu, nego nekom vanjskom, nezavisnom entitetu.

⁸¹ *Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands*, ESLJP, presuda od 27. oktobra 1993, Series A, no. 274.

⁸² *Ibid.*, para. 40.

⁸³ *Delcourt v. Belgium*, ESLJP, presuda od 17. januara 1970, Series A, no. 11.

⁸⁴ *Ibid.*, para. 34.

⁸⁵ U *Kaufman v. Belgium*, 50 DR 98, EkomLJP zaključila je da jednakost sredstava ne daje žaljocu pravo da uloži protivmemorandum. U *Neumeister v. Austria*, ESLJP, presuda od 27. juna 1968, Series A, no. 8, Sud je odlučio da se taj princip ne odnosi na razmatranje žalio-evog zahtjeva za privremeno puštanje na slobodu, uprkos tome što je tužilac saslušan *ex parte*. U *Bendenoun v. France*, ESLJP, presuda od 24. februara 1994, Series A, no. 284, Sud je presudio da žalilac koji nije primio kompletan dosijer od poreskog ureda nema na njega pravo na osnovu principa jednakosti sredstava jer je znao njegov sadržaj i nije dao nikakav razlog za taj zahtjev. U *Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands*, ESLJP, presuda od 27. oktobra 1993, Series A, no. 274, Sud je zaključio da je došlo do kršenja principa jednakosti sredstava jer jedinom svjedoku iz prve ruke za kompaniju koja je uložila žalbu nije bilo dozvoljeno da svjedoči, a svjedok banke tuženika je saslušan.

⁸⁶ *B.d.B. et al. v. The Netherlands*, Communication No. 273/1989, 30. mart 1989, U.N. Doc. A/44/40, 442.

⁸⁷ *Nqalula Mpandanjila et al. v. Zaire*, Communication No 138/1983, 26. mart 1986, U.N. Doc. A/41/40, 121.

51. Do sada pomenuta sudska praksa odnosi se na građanske i krivične postupke pred domaćim sudovima. Ti sudovi imaju mogućnost da vrše kontrolu nad stvarima koje bi mogle materijalno uticati na pravnu sudbinu, i to, ako ne direktno, a onda putem velikih sprovedbenih ovlasti države. Sa Međunarodnim sudom je situacija drugačija. Dilema sa kojom je suošen ovaj Sud je to da se, za održavanje sudbinu, mora osloniti na saradnju država, a da nema moć da ih prinudi na saradnju putem sprovedbenih mjera.⁸⁸ Međunarodni sud mora se osloniti na saradnju država jer su dokazi –esto u rukama država i države mogu osujetiti napore pravnih zastupnika strana da pronađu te dokaze. Osim toga, bez policijskih snaga, optuženici mogu biti uhapšeni ili prebašeni do Međunarodnog suda samo putem saradnje država ili, na osnovu pravila 59bis, putem akcije tužila ili odgovarajućih međunarodnih tijela. Budući da nema nezavisna sprovedbena sredstva, krajnje pribjezište Međunarodnog suda u slučaju da neka država ne saraduje, krivi tako svoju obavezu iz člana 29 Statuta, je da tu nesaradnju prijavi Savjetu bezbjednosti.⁸⁹

52. U svjetlu gornjeg razmatranja, @albena vijeće smatra da se principu jednakosti sredstava u Statutu Međunarodnog suda mora dati slobodnije tumačenje od onoga koje se obično daje u postupcima pred domaćim sudovima. Taj princip znači da optužba i odbrana moraju biti jednake pred Pretresnim vijećem. Iz toga slijedi da Pretresno vijeće mora obezbjediti svako praktično sredstvo koje može dati na osnovu Pravilnika i Statuta kad je suošeno sa zahtjevom neke strane za pomoć u izvođenju njegovih dokaza. Pretresna vijeća imaju na umu poteškoće na koje nailaze strane u pronalaganju i pribavljanju dokaza na teritoriji bivše Jugoslavije gdje neke države ne izlaze u susret svojoj pravnoj obavezi saradnje sa Međunarodnim sudom. U Statutu i Pravilniku postoje odredbe koje ublažavaju poteškoće sa kojima su suošene strane tako da obje strane mogu imati jednaki pristup svjedocima. Pretresna vijeća ovlaštena su da izdaju one naloge, sudske pozive, subpoenae, naloge za hapšenje i transfer koji mogu biti nužni za svrhu vođenja istrage ili pripremu i vođenja sudbinu. To uključuje ovlast da se:

(1) usvoje mjere zaštite svjedoka, koje se u od djelimične do pune zaštite;

(2) svjedočenje odvija putem video veze ili uzimanjem vanpretresnog iskaza;

⁸⁸ *Vidi* "Odluku o zahtjevu Republike Hrvatske za preispitivanje odluke Pretresnog vijeća II od 18. jula 1997.", *Tužila protiv Tihomira Blažića*, predmet br. IT-95-14-AR108bis, @albena vijeće, 29. oktobar 1997, para. 26.

⁸⁹ *Ibid.*, para. 33.

(3) pozovu svjedoci i nalo`i njihovo prisustvovanje;

(4) dr`avama izdaju obavezuju}i nalozi za, izme|u ostalog, pribavljanje i dostavu dokaza; i

(5) dr`avama izdaju obavezuju}i nalozi da pomognu strani ili pozovu svjedoka i nalo`e njegovo ili nezino prisustvovanje u skladu sa Pravilnikom.

Jo{ jedno va`no sredstvo koje stoji na raspolaganju u takvim okolnostima jeste:

(6) predsjednik Me|unarodnog suda mo`e, na poticaj Pretresnog vije}a, poslati zahtjev relevantnim dr`avnim vlastima za njihovu pomo} u obezbje|ivanju prisustvovanja svjedoka.

Pored toga, kad god se ispostavi da gorenavedene mjere nisu bile od pomo}i, Vije}e mo`e, na zahtjev strane ili *proprio motu*:

(7) nalo`iti da se postupak odlo`i ili, ako to nala`u okolnosti, prekine.

53. Oslanjaju}i se na princip jednakosti sredstava, odbrana tvrdi da `alilac nije imao pravi-no su|enje jer relevantni i prihvatljivi dokazi nisu bili izvedeni zbog izostanka saradnje vlasti Republike Srpske u obezbje|ivanju prisustvovanja izvjesnih svjedoka. Odbrana se ne `ali da je Pretresno vije}e nemarno odgovorilo na zahtjev za pomo}. @albeno vije}e zaklju-uje da odbrana nije potkrijepila svoju tvrdnju da `aliocu nije dana razumna mogu}nost da izvede svoje dokaze. Nema nikakvih dokaza koji bi pokazivali da mu Pretresno vije}e nije pomoglo kad je dobilo zahtjev da to u~ini. Dapa-e, odbrana priznaje da je Pretresno vije}e pru`ilo svu pomo} koju je moglo pru`iti kad je odbrana to zatra`ila, pa je ~ak dozvolilo i zna-ajnu pauzu nakon zavr{etka izvo|enja dokaza optu`be kako bi pomoglo napore odbrane da u|e u trag svjedocima.⁹⁰ Nadalje, `alilac priznaje da Pretresno vije}e nije zabranilo pojavljivanje bilo kojeg svjedoka odbrane nego je, upravo suprotno, preduzelo gotovo sve tra`ene i potrebne korake unutar svojih ovlasti kako bi `aliocu pomoglo u izvo|enju njegovih svjedo-enja. U Presudi Pretresnog vije}a⁹¹ navode se brojni primjeri odobravanja takvih zahtjeva i naloga Pretresnog vije}a

⁹⁰ T. 47 (19. april 1999.); Presuda, para. 32 ("Nakon pauze od tri sedmice nakon zavr{etka izvo|enja dokaza optu`be kako bi se odbrani omogu}ilo da napravi zavr{ne pripreme, izvo|enje dokaza odbrane zapo-elo je 10. septembra 1996 [...].").

⁹¹ Presuda, para. 29-35.

o pitanjima kao što su zaštitne mjere za svjedoka, odobravanje svjedočenja putem video veze iz Banjaluke u Republici Srpskoj i odobravanje mjera povjerljivosti i bezbjednog prolaza nekolicini svjedoka odbrane. Odluka, Odluka o prihvatljivosti dodatnih dokaza, kojom odbrani nije dozvoljeno da izvodi dodatne dokaze, zasnovana je na činjenici da odbrana nije uspjela dokazati da bi bilo u interesu pravde prihvatiti te dokaze. To indicira da činjenica da odbrana nije mogla izvesti te dokaze nije umanjila pravičnost suđenja.

54. Još jedan primjer mjere Pretresnog vijeća zaštićen da se odbrani pomogne u pripremi i izvođenju dokaza je to da je predsjedavajući sudija Pretresnog vijeća skrenuo pažnju predsjednika Međunarodnog suda na izvjesne poteške u vezi mogućeg prisustvovanja tri svjedoka koje je bila pozvala odbrana.⁹² Predsjedavajući sudija je od predsjednika Međunarodnog suda tražio da pošalje pismo vrhovnosti predsjednika Republike Srpske gospodinu B. Plavčiću i od nje zatraži da pomogne odbrani u obezbjeđivanju prisustvovanja i saradnje tih svjedoka odbrane. Tako je 19. septembra 1996. predsjednik Suda poslao pismo gospodinu Plavčiću. On je u tom pismu pomenuo prepreke na koje je naišla odbrana prilikom obezbjeđivanja saradnje tih svjedoka. U svjetlu, *inter alia*, prava optuženog na pravičnost suđenja, gospodinu Plavčiću time je naloženo da "odmah preduzme svaku potrebnu akciju da se ovo pitanje razriješi tako da odbrana može nastaviti s izvođenjem svojih dokaza."⁹³

55. Obično vijeće može zamisliti situacije gdje pravičnost suđenja nije moguće jer se svjedoci ključni za argumentaciju odbrane ne pojave zbog opstrukcije države. Odbrana u takvim okolnostima, nakon što je iscrpla sve druge gorenavedene mjere, ima opciju podnoženja zahtjeva za prekidanje postupka. Odbrana je na usmenoj raspravi iznijela mišljenje da je razlog zbog kojeg takav potez nije preduzet u ovom predmetu mogao biti to što je zastupnik odbrane na suđenju imao bojazni u vezi dugotrajnog pritvora. Obično vijeće primjećuje da Pravilnik u takvoj situaciji predviđa pravni lijek privremenog puštanja na slobodu koje se, na osnovu potpravila 65(B) može odobriti u "izuzetnim okolnostima". Nije teško zamisliti da bi prekidanje postupka zbog onemogućavanja pravičnog suđenja u okolnostima koje prevladavaju na suđenju moglo predstavljati izuzetne okolnosti iz toga pravila. Strana koja se obavezu da promptno skrene pažnju Pretresnog vijeća na takve poteške kako bi ono moglo utvrditi da li se na osnovu Pravilnika i Statuta može pružiti pomoć koja bi popravila tu

⁹² T. 59, 60 (20. april 1999).

situaciju. Takva strana ne može o tome utjeti, da bi se onda vratila u apelnom postupku i tražila *de novo* suđenje, kao što to odbrana nastoji napraviti u ovom predmetu.

C. Zaključak

56. Apelno vijeće nalazi da žalilac nije pokazao da mu Pretresno vijeće nije pružilo zaštitu koju nudi princip jednakosti sredstava. Prema tome, ovaj osnov apela ne stoji.

⁹³ Pismo predsjednika Cassesea gl. B. Plav{i} od 19. septembra 1996. koje je sudija Shahabuddeen spomenuo na raspravi 20. aprila 1999. (*ibid.*).

III. TRE] I OSNOV ZA @ALBU ODBRANE: GRE[KA SUDA U UTVR\IVANJU ^INJENI^NOG STANJA KOJA JE DOVELA DO OSUJE] ENJA PRAVDE

A. Navodi strana

1. Odbrana

57. Pretresno vije}e je utvrdilo ~injeni-no stanje po kome je `alilac kriv za ubistvo dva muslimanska policajca, Edina Besi}a i ~ovjeka koga su na su|enju zvali po imenu Osman, oslanjaju}i se na svjedo-enje samo jednog svjedoka, Nihada Seferovi}a. Odbrana tvrdi da je Pretresno vije}e pogrije{ilo u svojoj odluci da je njegova krivica za ta dva ubistva utvr|ena van svake razumne sumnje, budu}i da se oslonilo na nepotkrijepljeno svjedo-enje gospodina Seferovi}a. Odbrana smatra da je gospodin Seferovi} nepouzdan svjedok zato {to ga je optu`bi poslala vlada Bosne i Hercegovine, izvor za koga odbrana tvrdi da je kompromitovan, jer je podmetnuo jednog drugog svjedoka optu`be, Dragana Opa-i}a. Za njega je kasnije utvr|eno da nije govorio istinu na su|enju i zbog toga ga je optu`ba povukla.

58. Odbrana tvrdi da je Pretresno vije}e pogrije{ilo kada se oslonilo na svjedo-enje gospodina Seferovi}a jer je isto neuvjerljivo. Gospodin Seferovi}, Musliman koji je `ivio na podru-ju koje su bombardovale srpske paravojne formacije, pobjegao je u planine da bi se spasao. Na su|enju je svjedo-io da je bio toliko zabrinut za sudbinu svojih golubova ljubimaca da se vratio u grad da bi ih nahranio, dok su pripadnici srpskih paravojnih formacija jo{ bili u njemu. Po povratku u grad, vidio je kako je gospodin Tadi} ubio dva policajca. Odbrana je na pretresu osporavala to da je svjedok bio u gradu u vrijeme ubistava.

59. Odbrana dr`i da @albeno vije}e ima pravo da pri razmatranju ~injeni-nih zaklju-aka Pretresnog vije}a uzme u obzir sve relevantne dokaze i da poni{ti zaklju-ak Pretresnog vije}a ukoliko utvrdi da ni jedna razumna osoba ne bi zaklju-ila da iskaz gospodina Seferovi}a dokazuje da je `alilac odgovoran za navedena ubistva.

60. Odbrana tra`i da @albeno vije}e poni{ti zaklju~ak Pretresnog vije}a da je `alilac kriv za ubistvo Edina Besi}a i -ovjeka po imenu Osman.⁹⁴

2. Optu`ba

61. Optu`ba tvrdi da @albeno vije}e kao drugostepeni organ mo`e poni{titi nalaze Pretresnog vije}a o ~injeni-nom stanju samo ako zaklju-i da je odbrana dokazala da ni jedna razumna osoba ne bi mogla do}i do zaklju-ka do kog je do{lo Pretresno vije}e na osnovu dokaza koje je navelo.⁹⁵

62. Optu`ba tvrdi da je odbrana pogre{no predstavila zaklju-ak Pretresnog vije}a u vezi sa Draganom Opa-i}em zato da bi osporila iskaz gospodina Seferovi}a vezuju}i ga uz nepouzdanog svjedoka. Budu}i da je slagao o svojoj porodi-noj situaciji, gospodin Opa-i} je izazvao jasnu zebnju kod optu`be po pitanju kredibiliteta. Stoga je iz predostro`nosti i povu-en kao svjedok. Pretresno vije}e je zatra`ilo od optu`be da istra`i taj slu-aj, a optu`ba je, nakon ispitivanja situacije, zaklju-ila da istraga ne podr`ava tvrdnju odbrane da je bosanska vlada podmetnula gospodina Opa-i}a.

63. Optu`ba navodi da poku{aj da se kredibilitet gospodina Seferovi}a dovede u pitanje tako {to }e se njegova situacija poistovjetiti sa onom gospodina Opa-i}a nije uspio, zato {to je Pretresno vije}e zaklju-ilo da su okolnosti u vezi sa svjedo-enjem gospodina Opa-i}a jedinstvene za njegov slu-aj. Situacija gospodina Seferovi}a nije bila sli-na onoj gospodina Opa-i}a. Nije bilo neophodno zahtijevati potkrepljenje njegovog iskaza zato {to je Pretresno vije}e zaklju-ilo da je on pouzdan svjedok.

B. Diskusija

64. Dvije strane su se slo`ile da je kriterijum koji valja koristiti pri odre|ivanju ispravnosti ~injeni-nog stanja koje je utvrdilo Pretresno vije}e kriterijum nerazumnosti, tj. da li se radi o zaklju-ku koji nijedna razumna osoba ne bi donijela. Zadatak saslu{anja, procjenjivanja i vaganja dokaza koji se izvode na su|enju le`i na sudijama Pretresnog vije}a. Stoga, @albeno vije}e se mora odnositi prema ~injeni-nom stanju koje

⁹⁴ U svojim navodima, odbrana naziva `rtvu koju je Pretresno vije}e identifikovalo samo kao "Osmana" imenom "Osman Didovi}". @albeno vije}e u ovom slu-aju nije pozvano da utvrdi da li je ime kojim se odbrana koristi ta-no ili ne.

⁹⁵ Odgovor Tu`ila{tva na `albeni podnesak o presudi, para. 2.14.

je utvrdilo Pretresno vijeće sa određenom dozom uvažavanja. @albena vijeća može zamijeniti nalaz Pretresnog vijeća svojim nalazom samo u slučajevima gdje dokaze na koje se oslonilo Pretresno vijeće ne bi logički prihvatila ni jedna razumna osoba. Bitno je napomenuti da dvoje sudija, koji oba razumno postupaju, mogu na osnovu istih dokaza doći do različitih zaključaka.

65. @albena vijeća primjećuje da je praksa ovog Suda i Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu ("MKSR")⁹⁶ da kao dokaz prihvati svjedočenje samo jednog svjedoka po pitanju materijalne činjenice, bez potrebe da se njegov iskaz potkrijepi. Odbrana ne spori to da zakon ne traži i potvrdu svjedočenja. Kao što je gore primijećeno, navodi se da se svjedočenje gospodina Seferovića ne može prihvatiti bez potkrepljenja zato što je on došao do optužbe preko vlade Bosne i Hercegovine, istog izvora kao i u slučaju drugog svjedoka, gospodina Opačića, koga je optužba kasnije povukla jer nije govorio istinu. @albena vijeća smatra da veza gospodina Seferovića sa bosanskom vladom njega ne kompromituje. Okolnosti u kojima su se nalazili gospodin Seferović i gospodin Opačić različit su. Za gospodina Opačića je rečeno optužbi dok su ga još uvijek u pritvoru držale bosanske vlasti, dok je gospodin Seferović predstavljen preko bosanske Ambasade u Briselu. Gospodin Seferović je bio podvrgnut napornom unakrsnom ispitivanju od strane odbrane na pretresu. Odbrana ga nije pozvala da ponovo svjedoči na pretresu nakon što je obavijestila da je gospodin Opačić povučen kao svjedok. Osim toga, odbrana na pretresu nije nikako tražila da se svjedočenje gospodina Seferovića odbaci zato što se i on, kao gospodin Opačić, može smatrati kompromitovanim svjedokom. Prema tome, @albena vijeća nalazi da Pretresno vijeće nije pogriješilo oslonivši se na nepotkrijepljeno svjedočenje gospodina Seferovića.

66. Odbrana tvrdi da je Pretresno vijeće pogriješilo kada se oslonilo na svjedočenje gospodina Seferovića jer je neuvjerljivo. Tu se tvrdi da Pretresno vijeće nije postupilo razumno kada je iz svjedočenja gospodina Seferovića zaključilo da je žalilac odgovoran za ubistvo dva policajca. @albena vijeća ne prihvata kao inherentno neuvjerljivu tvrdnju svjedoka da je razlog njegovom vraćanju u grad koji su napadale srpske paravojne formacije i iz kog je prethodno pobjegao, bio taj da nahrani svoje golubove ljubimce. Moguće je da neka osoba učini takvo nešto, iako bi uvijek pomislio da takva aktivnost predstavlja iracionalan rizik. Nakon što je vidjelo svjedoka, odbilo svjedočenje i

⁹⁶ Puni naziv tog suda je Međunarodni sud za krivično gonjenje osoba odgovornih za genocid i ostala teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriji Ruande i građana Ruande odgovornih za genocid i druga takva kršenja počinjena na teritorijama susjednih država u periodu između 1. januara 1994. i 31. decembra 1994. godine.

posmatralo ga za vrijeme unakrsnog ispitivanja, Pretresno vijeće je odlučilo da prihvati njegovo svjedočenje kao pouzdan dokaz. Nema osnova da žalbeno vijeće smatra da je Pretresno vijeće postupilo nerazumno kada se oslonilo na to svjedočenje za svoj nalaz da je žalilac ubio dva vojnika.

C. Zaključak

67. Žalilac nije uspio pokazati da je pouzdanost Nihada Seferovića kao svjedoka sumnjiva, niti da je njegovo svjedočenje inherentno neuvjerljivo. Budući da žalilac nije pokazao da je Pretresno vijeće pogriješilo kada je prilikom utvrđivanja činjeničnog stanja zaključilo da je žalilac ubio dva pomenuta vojnika oslonivši se na iskaz gospodina Seferovića, žalbeno vijeće ne vidi razlog da poništi taj nalaz.

IV. PRVI OSNOV ZA PROTIV@ALBU OPTU@BE: ZAKLJU^AK PRETRESNOG VIJE]A DA NIJE DOKAZANO DA SU @RTVE BILE "ZA[TI] ENA LICA" PO ^LANU 2 STATUTA (TE[KE POVREDE)

A. Navodi strana

1. Argumentacija optu`be

68. U sklopu prve osnove protiv`albe, Tu`ila{tvo osporava osloba|aju}u presudu `aliocu po ta-kama 8, 9, 12, 15, 21 i 32 optu`nice kojima se `alilac tereti za te{ke povrede po -lanu 2 Statuta. @alilac je po tim ta-kama oslobo|en na osnovu toga {to nije dokazano da su `rtve pomenute u tim ta-kama "za{ti}ena lica" shodno primjenjivim odredbama @enevske konvencije IV.⁹⁷

69. Tu`ila{tvo tvrdi da su zadovoljeni svi relevantni kriterijumi shodno -lanu 2 Statuta. Prema tome, Pretresno vije]e je pogrije{ilo kad se, radi utvr|ivanja primjenjivosti odredbi o te{kim povredama relevantne @enevske konvencije, isklju-ivo oslonilo na test "efektivne kontrole" izveden iz *Predmeta koji se ti-e vojnih i paravojnih aktivnosti u Nikaragvi i protiv nje (Nikaragva protiv Sjedinjenih Dr`ava)*.⁹⁸ Tu`ila{tvo tvrdi da je Pretresno vije]e trebalo primijeniti odredbe @enevskih konvencija kao i relevantne principe i izvore me|unarodnog humanitarnog prava koji, po mi{ljenju Tu`ila{tva, propisuju primjenu testa "dokazive veze".

70. Isti-u}i razliku izme|u ove situacije i -injenica u predmetu *Nikaragva*, Tu`ila{tvo primje]uje da se predmet *Nikaragva* odnosio na odgovornost dr`ave a ne na individualnu krivi-nu odgovornost. Nadalje, Tu`ila{tvo tvrdi da je Me|unarodni sud pravde u predmetu *Nikaragva* namjerno izbjegao da se pozabavi pitanjem koji je korpus konvencionih normi primjenjiv. Umjesto toga, sud je kao mjerilo uzeo norme koje su kao potrebni minimum zadate zajedni-kim -lanom 3 @enevskih konvencija, koji je po mi{ljenju tog suda bio primjenjiv na sve sukobe u Nikaragvi, izbjegav{i tako potrebu za izja{njavanjem o tome koji je skup pravnih propisa primjenjiv u tom predmetu.

⁹⁷ @enevska konvencija o za{titi gra|anskih lica u doba rata od 12. avgusta 1949. (@enevska konvencija IV)

⁹⁸ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America) (Merits), Judgment, ICJ Reports (1986), str. 14 ("predmet *Nikaragva*").

71. Tu`ila{tvo tvrdi da je Pretresno vije}e pogrije{ilo kad pri utvr|ivanju individualne krivi-ne odgovornosti za te{ke povrede @enevskih konvencija nije primijenilo odredbe @enevskih konvencija i op{te principe me|unarodnog humanitarnog prava. Prema mi{ljenju Tu`ila{tva, ti izvori tra`e postojanje "dokazive veze" izme|u po-inioca i strane u me|unarodnom oru`anom sukobu koja nije dr`ava -ije dr`avljanstvo imaju `rtve.

72. Tu`ila{tvo tvrdi da -injenice u ovom predmetu zadovoljavaju test "dokazive veze". Ono smatra da je Vojska Srpske Republike Bosne i Hercegovine/Republike Srpske (u daljem tekstu: VRS) imala "dokazivu vezu" sa Saveznom Republikom Jugoslavijom (Srbija i Crna Gora) (u daljem tekstu: SRJ) i Vojskom SRJ (u daljem tekstu: VJ). Posrijedi nije bila puka logisti-ka podr{ka SRJ-a VRS-u.

73. Sem toga, Tu`ila{tvo smatra da je Pretresno vije}e bilo u krivu kad je zaklju-ilo da je jedini test koji je primijenjen u predmetu *Nikaragva* bio test "efektivne kontrole". Sud je u predmetu *Nikaragva* tako|e primijenio test "agenture" koji je, dr`i Tu`ila{tvo, primjereniji standard za utvr|ivanje primjenjivosti odredbi o te{kim povredama.

74. Primijeni li @albena vije}e bilo test "efektivne kontrole" bilo test "agenture", Tu`ila{tvo tvrdi da bi -injenice u ovom predmetu svakako zadovoljile oba. U prilog toj tvrdnji, Tu`ila{tvo me|u ostalim isti-e -injenicu da su nakon 19. maja 1992, kad se Jugoslavenska narodna armija (u daljem tekstu: JNA) formalno povukla iz Bosne i Hercegovine, vojnici VRS nastavili primati platu od vlade SRJ koja je tako|e obezbje|ivala sredstva za isplatu penzija penzionisanim vojnicima VJ koji su slu`ili u VRS. Tu`ila{tvo tako|e navodi brojne druge faktore u prilog svojoj tvrdnji da nakon 19. maja 1992. SRJ nije samo pru`ala logisti-ku podr{ku. Ti faktori obuhvataju -injenicu da su strukture i -inovi u VRS i VJ identi-ni, kao i to da je i nakon tog datuma SRJ vr{ila nadzor nad VRS. Iz tih -injenica Tu`ila{tvo izvodi zaklju-ak da je SRJ vr{ila efektivnu vojnu kontrolu nad VRS.

2. Argumentacija odbrane

75. Odbrana tvrdi da je Pretresno vije}e bilo u pravu kad je primijenilo test "efektivne kontrole" iz predmeta *Nikaragva* i smatra da je test "dokazive veze" neprimjeren. Test koji bi `albena vije}e po mi{ljenju odbrane trebalo primijeniti odbrana

je formulisala na sljedeći način: "Da li su bosanski Srbi djelovali kao organ druge države?"⁹⁹

76. Odbrana tvrdi da izdvajanje predmeta *Nikaragva* zato što se ta odluka odnosi samo na odgovornost država navodi na pogrešan put. Odbrana zastupa tezu da se sud u predmetu *Nikaragva* bavio drugim pitanjem: koji dio međunarodnog humanitarnog prava valja primijeniti na predmetno ponašanje.

77. Razmotre li se činjenice u ovom predmetu, u izvedenim dokazima nema osnova za zaključak da je nakon 19. maja 1992. VRS bila pod efektivnom kontrolom Vlade SRJ niti se može smatrati njenim agentom. Odbrana zastupa tezu da su SRJ i Republika Srpska djelovale u koordinaciji, isključivo kao saveznici. Stoga VRS nije bila organ SRJ.

78. Odbrana smatra da "dokaziva veza" nije test koji bi bilo primjereno primijeniti shodno članu 2 Statuta. Odbrana iznosi argument da taj test nema nikakav autoritet u međunarodnom pravu te da bi ga trebalo odbaciti i iz razloga opšte politike. Kad bi eventualno vijeće prihvatilo test "dokazive veze", to bi moglo dovesti do neželjenog ishoda da se neku državu smatra odgovornom za postupke druge države ili entiteta nad kojim dotična država nema efektivnu kontrolu. Nadalje, odbrana drži da gorepomenuti test unosi nesigurnost u međunarodno pravo, budući da je nejasno koji je stepen veze potreban da bi se zadovoljili uslovi testa.

79. Kad bi test "dokazive veze" bio primjeren, odbrana se slaže da bi činjenice u ovom predmetu zadovoljile njegove uslove.¹⁰⁰

B. Diskusija

1. Uslovi za primjenu člana 2 Statuta

80. Član 2 Statuta obuhvata više različitih kategorija krivičnih djela od kojih svaka uključuje specifične pravne elemente. Pravni elementi koji su svima njima zajednički mogu se kategorizovati na sljedeći način:

⁹⁹ *Vidi* Izmijenjeni odgovor odbrane na podnesak protiv alioca, para 2.6.

(i) *karakter sukoba*. Prema tuma-enju @albenog vije}a u odluci po interlokutornoj `albi odbrane na nadle`nost Suda u ovom predmetu,¹⁰¹ me|unardni karakter sukoba je preduslov za primjenu -lana 2.

(ii) *status `rtve*. Te{ke povrede moraju biti po-injene protiv lica ili imovine koji su definisani kao "za{ti}eni" u jednoj od -etiriju @enevskih konvencija iz 1949. Kako bi se utvrdilo da li je neko lice "za{ti}eno", potrebno se direktno pozvati na relevantne odredbe Konvencija.

81. U ovom predmetu, stoga, na @albenom je vije}u da najprije utvrdi: (i) koji su pravni uslovi da se za oru`ane snage koje se bore u *prima facie* unutra{njem oru`anom sukobu mo`e smatrati da djeluju u ime strane sile i (ii) da li su u ovom predmetu zadovoljeni -injeni-ni uslovi koje zahtijeva mjerodavno pravo.

82. Drugim pitanjem – da li `rtve treba smatrati "za{ti}enim licima" – @albeno vije}e pozabavi}e se samo ako zaklju-i da je sukob bio me|unardni tokom -itavog relevantnog perioda.

2. Karakter sukoba

83. Strane ne osporavaju da je me|unardni karakter sukoba uslov za primjenu re`ima te{kih povreda na osnovu -lana 2 Statuta.

84. Neosporno je da je sukob me|unardni ako se odvija izme|u dvije ili vi{e dr`ava. Sem toga, u slu-aju da na teritoriji neke dr`ave izbije unutra{nji oru`ani sukob, on mo`e postati me|unardni (ili, zavisno od okolnosti, mo`e biti istodobno me|unardni i unutra{nji) ako (i) druga dr`ava sopstvenim trupama interveni}e u sukobu ili alternativno ako (ii) neki od u-esnika u unutra{njem oru`anom sukobu djeluju u ime te druge dr`ave.

85. U ovom predmetu, Tu`ila{tvo tvrdi da se tokom -itavog predmetnog perioda radilo o me|unardnom oru`anom sukobu izme|u dvije dr`ave, odnosno Bosne i

¹⁰⁰ *Vidi* Izmijenjeni odgovor odbrane na podnesak protiv`alioaca, para. 2.1-2.18; T. 219-220 (21. april 1999.)

¹⁰¹ *Vidi* Odluku po interlokutornoj `albi odbrane na nadle`nost, *Tu`ilac protiv Du{ka Tadi}a*, predmet br. IT-94-1-AR72, @albeno vije}e, 2. oktobar 1995. (u daljem tekstu: Odluka o nadle`nosti u predmetu *Tadi}*), para. 79-84 (*Tadi}*) (1995) I ICTY JR 353).

Hercegovine (u daljem tekstu: BiH) i SRJ.¹⁰² Sudija McDonald je u svom različitom mišljenju tako je zaključila da je sukob tokom relevantnog perioda bio međunarodni.¹⁰³

86. Pretresno vijeće je zaključilo da je do 19. maja 1992, kad se JNA formalno povukla iz Bosne i Hercegovine, posrijedi bio međunarodni oružani sukob između BiH i SRJ.¹⁰⁴ Međutim, Pretresno vijeće nije izričito navelo kakav je bio karakter sukoba nakon 19. maja 1992. Kao što ističe Tužilac, "Pretresno vijeće nije donijelo izričit zaključak o kvalifikaciji oružanog sukoba između vojske bosanskih Srba (VRS) i BiH nakon osnivanja VRS maja 1992."¹⁰⁵ Ipak, može se smatrati da je Pretresno vijeće barem implicitno smatralo da je nakon 19. maja 1992. sukob postao unutrašnji.¹⁰⁶

87. U ovom predmetu ima dovoljno dokaza da se opravda činjenični nalaz Pretresnog vijeća da je sukob prije 19. maja 1992. bio međunarodnog karaktera.¹⁰⁷ Pitanje da li je nakon 19. maja 1992. sukob i dalje bio međunarodni ili je postao isključivo unutrašnji zavisi od toga da li se snage bosanskih Srba – u njihovim su rukama

¹⁰² Vidi para. 2.25 podneska protiv alioca:

"SFRJ/SRJ je strana u međunarodnom oružanom sukobu sa [...] BiH na osnovu zaključka Pretresnog vijeća da je do 19. maja 1992. JNA bila umiješana u međunarodni oružani sukob sa BiH, te na osnovu toga da je nakon toga VJ bila neposredno umiješana u oružani sukob sa BiH. Shodno tome, tvrdi se da je jedini zaključak koji se može izvesti taj da je između BiH i SRJ tokom 1992. postojao međunarodni oružani sukob." (naglasak dodati)

¹⁰³ Vidi para. 1 Izdvojenog i protivnog mišljenja sudije McDonald o primjenjivosti člana 2 Statuta, *Tužilac protiv Duška Tadića*, predmet br. IT-94-1-T, Pretresno vijeće II, 7. maj 1997. (u daljem tekstu: Izdvojeno i protivno mišljenje sudije McDonald), u kojem stoji: "Nalazim da je u relevantnom periodu na koji se odnosi Optužnica oružani sukob u opštini Prijedor bio međunarodnog karaktera [...]"

¹⁰⁴ Vidi Presudu, para. 569-608:

"569. [...] Jasno je, na osnovu dokaza pred Pretresnim vijećem, da je, od početka 1992. godine do 19. maja 1992. postojalo stanje međunarodnog oružanog sukoba barem na dijelu teritorije Bosne i Hercegovine. To je bio oružani sukob između snaga Republike Bosne i Hercegovine s jedne strane i snaga Savezne Republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora), odnosno JNA (kasnije VJ), koje su djelovale sa različitim paravojnim snagama i snagama bosanskih Srba, s druge. [...]"

570. Za dokaze o ovome dovoljno je uopšteno se pozvati na dokaze koji se odnose na bombardovanje Sarajeva, sjedišta vlade Republike Bosne i Hercegovine, u aprilu 1992. od strane srpskih snaga, napad tih snaga na gradove duž granice Bosne i Hercegovine sa Srbijom na rijeci Drini i njihov upad u jugoistočnu Hercegovinu iz Srbije i Crne Gore. [...] (naglasak dodati)

¹⁰⁵ Podnesak protiv alioca, para. 2.5.

¹⁰⁶ Vidi Presudu, para. 607-608.

¹⁰⁷ Sem dokaza pomenutih u para. 570 Presude, moguće je takođe uputiti na činjenice koje je citirao sudija Li u svom Izdvojenom mišljenju uz Odluku o nadležnosti u predmetu *Tadić* (para. 17-19). Ovamo npr. spada Deklaracija BiH da postoji ratno stanje sa SRJ, kao i izvještaji raznih stranih tijela u kojima se iznosi mišljenje da je sukob bio međunarodni. Sem toga, u odlukama donijetim shodno pravilu 61 a koje se odnose na sukob između Srba i vlade BiH, u predmetima *Nikolić*, *Vukovarska bolnica*, te, *Karadžić i Mladić*. Pretresna vijeća su zaključila da je posrijedi bio međunarodni oružani sukob. (Vidi "Pregled optužnice shodno pravilu 61 Pravilnika o postupku i dokazima," *Tužilac protiv Dragana Nikolića*, predmet br. IT-94-2-R61, Pretresno vijeće I, 20. oktobar 1995, para. 30 (*Nikolić*) (1995) II ICTY JR 738); "Pregled optužnice shodno pravilu 61," *Tužilac protiv Mileta Mrkijića i ostalih*, predmet br. IT-95-13-R61, Pretresno vijeće I, 3. april 1996, para. 25; "Pregled optužnice shodno pravilu 61 Pravilnika o postupku i dokazima," *Tužilac protiv Radovana Karadžića i Ratka Mladića*, predmet br. IT-95-18-R61, Pretresno vijeće I, 11. juli 1996, para. 88).

bile `rtve u ovom predmetu - mogu smatrati *de iure* ili *de facto* organima strane sile, odnosno SRJ.

3. Pravni kriterijumi za utvr|ivanje kad se u oru`anom sukobu koji je *prima facie* unutra{nji mo`e smatrati da oru`ane snage djeluju u ime strane sile, -ime sukob postaje me|unarodni

(a) Me|unarodno humanitarno pravo

88. Tu`ila{tvo tvrdi da osoba za koju se tvrdi da je po-inilac zlo-ina mora biti "u dovoljnoj mjeri povezan sa stranom u sukobu" da bi potpao pod nadle`nost -lana 2 Statuta.¹⁰⁸ Ono nadalje smatra da je dovoljno "pokazati postojanje dokazive veze izme|u VRS i SRJ ili VJ."¹⁰⁹ Prema mi{ljenju Tu`ila{tva, "takva veza mo`e se, u svakom slu-aju, dokazati tako da se doka`e postojanje nekog op{teg oblika kontrole. Ovaj pravni standard nalazi potvrdu u odredbama @enevskih konvencija, sudskoj praksi su|enja koja su uslijedila nakon 2. svjetskog rata, odlukama Me|unarodnog suda, tekstovima vode}ih pravnih autora i drugim izvorima."¹¹⁰

89. Tu`ila{tvo tako|e tvrdi da uslove za primjenu -lana 2 Statuta treba utvrditi u skladu s odredbama @enevskih konvencija i relevantnim principima me|unarodnog humanitarnog prava. S druge strane, stav je Tu`ila{tva da me|unarodne odredbe o odgovornosti dr`ava nemaju nikakve veze s uslovima za te{ke povrede koji su sadr`ani u relevantnim odredbama @enevskih konvencija. Prema mi{ljenju Tu`ila{tva, "primjena normi o odgovornosti dr`ava za rje{avanje ovog pitanja" (tj. pitanja da li postoji dovoljna povezanost izme|u odre|enih oru`anih snaga i visoke strane ugovornice) "dovela bi do apsurdnih rezultata".¹¹¹

90. Istina, pravno rje{enje pitanja o kojem je rije- moglo bi se na}i u korpusu pravnih odredbi koji je u ve}oj mjeri relevantan za to pitanje, tj. u me|unarodnom humanitarnom pravu. Mogu}e je da taj korpus normi i principa zaista sadr`i pravne kriterijume za utvr|ivanje kada se mo`e smatrati da oru`ane snage, koje se bore u oru`anom sukobu koji je *prima facie* unutra{nji, djeluju u ime strane sile iako formalno nemaju status njenih organa. Ti kriterijumi mogu se razlikovati od standarda koji va`e u op{tem me|unarodnom pravu, odnosno pravu koje se bavi odgovorno{}u dr`ava, a

¹⁰⁸ Podnesak protiv` alioca, para. 2.31.

¹⁰⁹ *Ibid.*, para. 2.30.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*, para. 2.21-2.23.

odnose se na ocjenjivanje djela izvršenih u ime određene države, ali od strane pojedinaca koji nemaju status državnih funkcionera.

91. Međunarodno pravo je se stoga najprije pozabaviti ovim pitanjem sa tačke gledišta međunarodnog humanitarnog prava. Međunarodno pravo je naročito razmotriti uslove pod kojima se može smatrati da oružane snage, koje se bore protiv centralnih vlasti iste države u kojoj žive i djeluju, zapravo djeluju u ime druge države. Drugim riječima, Međunarodno pravo je identifikovati uslove pod kojima se te snage mogu izjednačiti s organima druge države, razlikovati od one na toj teritoriji žive i djeluju.

92. Kao polazište za diskusiju može uzeti standarde za status legitimnih boraca navedene u Ženevskoj konvenciji III iz 1949.¹¹² Prema toj Konvenciji, milicije ili paravojne grupe ili jedinice mogu se smatrati legitimnim borbama ako su "pripadnici oružanih snaga" strane u sukobu (član 4A(1)) ili "pripadaju [...]" "strani u sukobu" (član 4A(2)) i zadovoljavaju ostala dva uslova navedena u članu 4A(2).¹¹³ Jasno je da je glavna svrha te odredbe utvrđivanje kriterijuma za status legitimnih boraca. Ipak, jedna je od logičnih posljedica i ta da, ako u oružanom sukobu paravojne snage "pripadaju" državi koja nije ona protiv koje se bore, sukob je međunarodni i stoga se teška kršenja Ženevskih konvencija mogu klasifikovati kao "teške povrede".

93. Sadržaj uslova "pripadanja strani u sukobu" nije ni izdaleka jasno i precizno definisan. Autoritativan Komentar MKCK-a ne rasvjetljava osobito to pitanje, jer je i on dosta neodređeno sročeno.¹¹⁴ Argumentacija na kojoj počiva član 4 jeste da je nakon 2.

¹¹² Ženevska konvencija o postupanju sa ratnim zarobljenicima od 12. avgusta 1949. (u daljem tekstu: Ženevska konvencija III)

¹¹³ Ta su četiri uslova sljedeća:

- (a) da im na glavu stoji lice odgovorno za svoje podređene;
- (b) da imaju određeni i na daljinu prepoznatljiv znak raspoznavanja;
- (c) da otvoreno nose oružje; i
- (d) da svoje operacije izvode u skladu sa ratnim pravom i običajima.

Moglo bi se tvrditi da su ovi uslovi, koji su nesumnjivo postali dio međunarodnog običajnog prava, zamijenjeni drugačijim uslovima sadržanim u članu 44(3) i 43(1) Dopunskog protokola I (Dopunski protokol uz Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949. o zaštiti ratva međunarodnih oružanih sukoba (Dopunski protokol I), 1977). Ova tvrdnja, naravno, počiva na pretpostavci – koju treba dokazati – da su ta dva člana već prerasla u norme međunarodnog običajnog prava.

Bilo kako bilo, uslov sadržan u članu 43(1) da borci "budu pod komandom odgovornom toj strani za ponašanje svojih podređenih" nije zamijenio uslov "pripada[nja] strani u sukobu" sadržan u članu 4(A)(2) Ženevske konvencije III. O tome generalno Komentar Međunarodnog komiteta Crvenog krsta (MKCK) uz Dopunske protokole (Yves Sandoz *et al* (ur.), Komentar uz Dopunske protokole od 8. juna 1977. uz Ženevske konvencije od 12. avgusta 1949, Međunarodni komitet Crvenog krsta, Ženeva 1987), str. 506-517, para. 1659-1681.

¹¹⁴ Jean Pictet (ur.), Komentar: Ženevska konvencija III o postupanju sa ratnim zarobljenicima, Međunarodni komitet Crvenog krsta, Ženeva, 1960, prvi pretisak, Ženeva 1994, str. 57:

"Treba bi postojati *de facto* odnos između organizacije otpora [ili milicije ili dobrovoljačkih jedinica] i strane [...] koja je u ratnom stanju, no postojanje tog odnosa je dovoljno. On može biti izražen i

svjetskog rata univerzalno odlučeno da bi države trebale da budu odgovorne za ponašanje paravojnih snaga koje podržavaju. Kao što je izraelski vojni sud u Ramallahu ispravno zaključio u odluci od 13. aprila 1969. u predmetu *Kassem et al.*:

No, s obzirom na iskustvo iz dva svjetska rata, nacije svijeta smatrale su potrebnim da dodaju temeljni uslov potpune odgovornosti vlada za djelovanje paravojnih jedinica i na taj način obezbijede da se nekog može pozvati na odgovornost ako ovi ne budu djelovali u skladu sa ratnim pravom i običajima.¹¹⁵

94. Drugim riječima, države su u praksi prihvatile da zarađene strane mogu za vođenje neprijateljstava koristiti paravojne jedinice i druge neredovne snage samo pod uslovom da su zarađene strane spremne da snose odgovornost za sva kršenja koja poine takve snage. Čini se da međunarodne norme i praksa država traže da je za kvalifikaciju paravojnih snaga kao legitimnih boraca potrebno da one budu pod kontrolom strane u međunarodnom oružanom sukobu i da, stoga, između tih paravojnih snaga i te strane postoji odnos zavisnosti i lojalnosti. Gorepomenuti elementi mogu se stoga smatrati komponentama termina "pripadanje strani u sukobu".

95. Čak i ako se stoga smatra da Ženevska konvencija III, propisuje uslov "pripadanja strani u sukobu" iz člana 4, implicitno upućuje na kriterijum kontrole.

96. Ovaj zaključak, utemeljen na slovu i duhu Ženevskih konvencija, potvrđuje sveukupna logika međunarodnog humanitarnog prava. Taj korpus prava nije izgrađen na formalističnim postulatima. On se ne zasniva na ideji da samo oni koji imaju formalni status organa države, odnosno koji su pripadnici oružanih snaga neke države, imaju dužnost da se uzdrže od kršenja međunarodnog prava te da – ako su na položaju vlasti – spriječe ili kazne počinioce takvih zločina. Naprotiv, posrijedi je korpus realističnih pravnih normi, utemeljen na konceptu efektivnosti i inspirisan ciljem da spriječi odstupanje od njegovih standarda koliko je to moguće. Iz ovoga pored ostalog proizilazi da humanitarno pravo smatra odgovornima ne samo one koji su formalno na položaju vlasti nego i one koji *de facto* vrše vlast kao i one koji imaju kontrolu nad počinioćima

prečutnim sporazumom, ako su operacije takve da jasno ukazuju na to na jednoj strani se bori organizacija otpora [odnosno milicija ili dobrovoljačke jedinice]."

¹¹⁵ *Military Prosecutor v. Omar Mahmud Kassem et al.*, 42 International Law Reports 1971, str. 470, na str. 477. Shodno tome, sud je zaključio da optuženi, pripadnici PLO-a zarobljeni od strane izraelskih snaga na teritorijama koje je okupirao Izrael, ne pripadaju nijednoj strani u sukobu. Kao što je navedeno u mišljenju suda, (*ibid.*, str. 477-478):

"U ovom predmetu [...] nijedna vlada sa kojom smo u ratu ne prihvata odgovornost za djela Narodnog fronta za oslobođenje Palestine. Koliko nam je poznato, sama organizacija ne prihvata naredjenja jordanske Vlade, što je očit i iz činjenice da je [organizacija] u Jordanu ilegalna i da je u više navrata bila uznemiravana od strane jordanskih vlasti."

teških kršenja međunarodnog humanitarnog prava. Stoga se u slučajevima kao što je ovaj koji je pred nama za pripisivanje krivine odgovornosti zahtijeva da strana u sukobu ima neku mjeru kontrole nad počinocima.¹¹⁶

97. Ipak, neophodno je *konkretno navesti koji stepen vlasti ili kontrole* strana država mora imati nad oružanim snagama koje se bore u njeno ime da bi oružani sukob koji je *prima facie* unutrašnji postao međunarodni. Doista, kvalifikacija sukoba kao unutrašnjeg ili međunarodnog povlači izuzetno važne pravne posljedice. Ako se sukob na kraju okvalifikuje kao međunarodni, slijedi, između ostalog, da se strana država može u određenim okolnostima smatrati odgovornom za kršenja međunarodnog prava počinjena od strane oružanih grupa koje djeluju u njeno ime.

(b) Pojam kontrole: potreba da se međunarodno humanitarno pravo dopuni optim međunarodnim normama o kriterijumima kada se za pojedince smatra da djeluju kao *de facto* organi države

98. Međunarodno humanitarno pravo ne sadrži nikakve kriterijume koji bi bili jedinstveni za taj pravni korpus, a koji služe za utvrđivanje kada se za grupu pojedinaca može smatrati da je pod kontrolom neke države, odnosno kada dotični pojedinci djeluju kao *de facto* funkcioneri države.¹¹⁷ Shodno tome, potrebno je razmotriti pojam kontrole države nad pojedincima, sadržan u općem međunarodnom pravu, kako bi se utvrdilo da li se za te pojedince može smatrati da djeluju kao *de facto* funkcioneri države. Taj pojam

¹¹⁶ Vidi također Komentar MKCK-a uz član 29 Ženevske konvencije IV (Jean Pictet (ur.), Komentar: Ženevska konvencija IV o zaštiti građanskih lica u vrijeme rata, Međunarodni komitet Crvenog krsta, Ženeva, 1958, prvi pretpisak, 1994, str. 212):

“Nije bitno da li je lice koje je krivo za postupanje u suprotnosti sa Konvencijom agent okupacione sile ili u slučaju okupirane države; ono što je bitno jeste gdje je donijeta odluka o protivpravnom djelu, gdje je stvorena namjera i izdato naređenje. Ako je protivpravno djelo počinjeno na poticaj okupacione sile, onda je odgovorna okupaciona sila; sa druge strane, ako je to posljedica zaista nezavisne odluke lokalnih vlasti, okupaciona sila ne može se pozvati na odgovornost.”

¹¹⁷ Žalbenom vijeću je poznat i drugi pristup pitanju pripisivosti u domenu međunarodnog humanitarnog prava. Žalbeno vijeće upućuje na stav da shodno članu 3 Haške konvencije IV iz 1907. i članu 91 Dopunskog protokola I, međunarodno humanitarno pravo uspostavlja posebni režim odgovornosti država; prema tom *lex specialis*, države su odgovorne za sva djela koja počinju njihove “oružane snage”, bez obzira jesu li te snage djelovale kao funkcioneri države ili kao privatna lica. Drugim riječima, bez obzira na to da li u nekom oružanom sukobu pojedinci djeluju kao privatna lica, njihova djela se pripisuju državi ako su dotični pojedinci dio “oružanih snaga” te države. To mišljenje su autoritativno iznijeli neki članovi Komisije za međunarodno pravo (u daljem tekstu: KMP) (profesor Reuter zapazio je da je “danas princip kodifikovanog međunarodnog prava da su države odgovorne za sva djela svojih oružanih snaga” (Yearbook of the International Law Commission, 1975, sv. I, str. 7, para. 5). Profesor Ago izjavio je da je Haški konvencijom IV iz 1907. “predviđena istinska garancija koja pokriva svu štetu koju bi mogle nanijeti oružane snage, bez obzira da li su djelovale kao organi ili kao privatna lica” (*ibid.*, str. 16, para. 4)). Ovaj stav je također bio energično zastupan u pravnoj literaturi.

Kao što je jasno iz argumentacije žalbenog vijeća kasnije u tekstu ove Presude, čak i ako se usvoji taj pristup, kriterijum kontrole koji je formulisalo ovo žalbeno vijeće i dalje ostaje neophodan da bi se utvrdilo kada se pojedinci koji formalno nisu vojni funkcioneri države mogu ipak smatrati dijelom oružanih snaga te države.

sadržan je u optimalnim međunarodnim normama o odgovornosti država koje formuliraju pravne kriterijume za pripisivanje državama djela koja su počinili pojedinci koji formalno nemaju status funkcionera države.

(c) Pojam kontrole kako ga je formulisao Međunarodni sud pravde u predmetu *Nikaragva*

99. Razmatrajući pitanje pravnih uslova koji moraju biti zadovoljeni da bi se za pojedince smatralo da djeluju u ime države, odnosno kao *de facto* funkcioneri države, Međunarodni sud pravde je u predmetu *Nikaragva* autoritativno sugerisao visok stepen kontrole.

100. Međunarodni sud pravde rješavao je o pitanju da li je strana država, Sjedinjene Američke Države, zbog činjenice da je finansirala, organizovala, obučavala, opremala i planirala operacije organizovanih vojnih i paravojnih grupa pobunjenika u Nikaragvi (tzv. *kontrasa*), bila odgovorna za kršenja međunarodnog humanitarnog prava koja su počinili ti pobunjenici. Sud je zaključio da je za to potreban visok stepen kontrole. Zahtijeva se ne samo (i) da strana efektivno kontroliše vojnu ili paravojnu grupu, nego i (ii) da je vršila kontrolu u odnosu na konkretnu operaciju tokom koje je eventualno došlo do kršenja.¹¹⁸ Sud je čak konstatovao da je, kako bi se utvrdilo da su Sjedinjene Države odgovorne za "djela u suprotnosti sa odredbama o ljudskim pravima i humanitarnim pravom" za koja se tvrdi da su ih počinili nikaragvanski *kontrasi*, potrebno dokazati da su Sjedinjene Države konkretno "dale uputstva ili obezbijedile sprovođenje" tih djela.¹¹⁹

101. Kao što je o-ito, i kao što je s pravom naglasilo Pretresno vijeće II u predmetu *Raji*¹²⁰ a Tužilaštvo ponovilo u ovom predmetu,¹²¹ pitanje koje se postavljalo pred Međunarodni sud pravde odnosilo se na *odgovornost države*; nije se rješavalo o krivini odgovornosti *kontrasa* za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava,

¹¹⁸ *Nikaragva*, para. 115. Kao što je formulisao sud, mora postojati "efektivna kontrola vojnih ili paravojnih operacija tokom kojih su, tvrdi se, počinjena kršenja" međunarodnih odredbi o ljudskim pravima i međunarodnog prava.

¹¹⁹ *Ibid.*, para 115:

"Svi gorepomenuti oblici učestvovanja Sjedinjenih Država, pa čak i opšta kontrola države respondentata nad snagama koje su u velikoj mjeri o njoj ovisne, samo po sebi, bez daljih dokaza, ne bi značilo da su Sjedinjene Države dale uputstva ili obezbijedile sprovođenje djela koja su u suprotnosti s odredbama o ljudskim pravima i humanitarnim pravom a koja navodi država tužiteljica."

¹²⁰ *Vidi "Pregled optužnice shodno pravilu 61 Pravilnika o postupku i dokazima", Tužilaštvo protiv Ivica Rajija*, predmet br. IT-95-12-R61, Pretresno vijeće II, 13. septembar 1996, para. 25.

¹²¹ Podnesak protiv alioca, para. 2.14-2.17.

nego o pitanju da li su *kontrasi* djelovali kao *de facto* organ Sjedinjenih Dr`ava i to na njihov zahtjev, {to bi povla-ilo me|unarodnu odgovornost te dr`ave.

(i) Dva preliminarna pitanja

102. Prije nego {to razmotri da li je test iz predmeta *Nikaragva* uvjerljiv, @albena vije}e mora se pozabaviti sa dva preliminarna pitanja koja su od bitne va`nosti za na{u diskusiju u ovom predmetu.

103. Kao prvo, nastoje}i ograni-iti obuhvat gorepomenutog testa, Tu`ila{tvo je ustvrdilo da je test za utvr|ivanje *odgovornosti dr`ava* razli-it od onog koji je potreban da bi se utvrdila *individualna krivi-na odgovornost*. U prvom slu-aju valja utvrditi da li se te{kra kr{enja me|unarodnog humanitarnog prava od strane privatnih lica mogu pripisati nekoj dr`avi na osnovu toga {to su ti pojedinci djelovali kao *de facto* funkcioneri te dr`ave. U drugom slu-aju, trebalo bi naprotiv utvrditi da li se privatno lice mo`e smatrati krivi-no odgovornim za te{kra kr{enja me|unarodnog humanitarnog prava koja predstavljaju "te{kke povrede".¹²² Shodno tome, tvrdi se, test iz predmeta *Nikaragva*, koji je dodu{e valjan u kontekstu odgovornosti dr`ava, sasvim je irelevantan za pitanje individualne krivi-ne odgovornosti za "te{kke povrede". Uza svo du`no po{tovanje, @albena vije}e ne dijeli ovo mi{ljenje.

104. Predmet ove diskusije uop{te nije razlika izme|u dvije kategorije odgovornosti. Rasprava se zapravo vodi o *preliminarnom pitanju*: pitanju *uslova pod kojima se, prema me|unarodnom pravu, za pojedinca mo`e smatrati da djeluje kao de facto organ dr`ave*. Logi-no je da bi ti uslovi trebali biti isti u slu-aju kad je (i) zadatak suda da ustanovi da li se odre|eno djelo koje je po-inio pojedinac mo`e pripisati nekoj dr`avi, {to bi povla-ilo me|unarodnu odgovornost te dr`ave; kao i u slu-aju kad (ii) sud mora, naprotiv, utvrditi da li pojedinci djeluju kao *de facto* organi dr`ave, ~ime sukob postaje me|unarodni i ispunjava se potrebni preduslov za primjenu re`ima "te{kkih povreda". Ni u jednom od ta dva slu-aja nije u pitanju razlika izme|u odgovornosti dr`ave i individualne krivi-ne odgovornosti. Naprotiv, pitanje je utvr|ivanja kriterijuma za pravnu pripisivost dr`avi djela koja su izvr{ili pojedinci koji nemaju status funkcionera dr`ave. U prvom slu-aju, ako se doka`e da su ta djela pripisiva dr`avi, dr`ava snosi

¹²² Podnesak protiv` alioca, para. 2.16-2.17; Replika protiv` alioca, para. 2.19.

me|unarodnu odgovornost; u drugom slu-aju, posljedica je ta da se oru`ani sukob mora okvalifikovati kao me|unarodni.

105. Kao {to je ranije re-eno, me|unarodno humanitarno pravo ne sadr` i pravne kriterijume o pripisivosti koji bi bili svojstveni samo tom korpusu pravnih normi. Stoga se valja osloniti na kriterijume formulisane op{tim pravilima o odgovornosti dr`ava.

106. Drugo preliminarno pitanje odnosi se na *tuma-enje* presude Me|unarodnog suda pravde u predmetu *Nikaragva*. Prema mi{ljenju Tu`ila{tva, u tom je predmetu sud primijenio "i test 'agenture' i test 'efektivne kontrole'."¹²³ Tu`ila{tvo dr`i da je sud najprije primijenio test "agenture" kad je razmatrao da li se *kontrasi* mogu pravno izjedna-iti sa funkcionerima Sjedinjenih Dr`ava, a da bi se utvrdilo mo`e li se Sjedinjenim Dr`avama, uop{teno govore}i, pripisati odgovornost za djela *kontrasa*. Prema mi{ljenju Tu`ila{tva, taj test je obuhvatao element zavisnosti i element kontrole.¹²⁴ Prema mi{ljenju Tu`ila{tva, sud je zatim primijenio test "efektivne kontrole" kako bi utvrdio da li se Sjedinjene Dr`ave mogu smatrati odgovornima za pojedina djela protiv me|unarodnog humanitarnog prava koja su po-inili *kontrasi*. Test se sastoji u sljede}em: da li su u vezi sa kr{enjima koja su navodno po-inili *kontrasi* izdata ikakva konkretna nare|enja ili instrukcije.¹²⁵

107. @albeno vije}e smatra da se argumenti Tu`ila{tva zasnivaju na pogre{nom i{-itavanju presude Me|unarodnog suda pravde i pogre{nom shvatanju doktrine o odgovornosti dr`ava na kojoj je ta presuda utemeljena.

108. O-ito je da je sud primijenio dva testa, ali su ti testovi svakako bili zami{ljeni druga-ije nego {to to tvrdi Tu`ila{tvo, a sem toga su se u velikoj mjeri rukovodili smjernicama koje diktira me|unarodno obi-ajno pravo. Istina, sud u presudi nije uvijek primjenjivao pravocrtno razmi{ljanje (dok je sudija Ago u svom izdvojenom mi{ljenju usvojio, -ini se, metod primjene sudske prakse koji je svojstveniji me|unarodnom obi-ajnom pravu).¹²⁶ Me|utim, u su{tini sud je najprije ocijenio djela koja su "prema

¹²³ Podnesak protiv` alioca, para. 2.56.

¹²⁴ Prema mi{ljenju Tu`ila{tva (Podnesak protiv` alioca, para. 2.58), sud je primijenio kriterijum "agenture" kad je razmatrao da li djela *kontrasa* povla-e odgovornost Sjedinjenih Dr`ava. Tu`ila{tvo je sa tim u vezi istaklo da sud nije "pominjao nu`nost efektivne kontrole nego naprotiv" – da citiramo rije-i suda kako ih je navelo Tu`ila{tvo – pitanje "da li je taj odnos [...] bio u tolikoj mjeri odnos zavisnosti s jedne strane i kontrole s druge da bi bilo ispravno *kontrase*, u pravnom smislu izjedna-iti sa organom vlade Sjedinjenih Dr`ava ili smatrati da djeluju u ime te vlade." (*Nikaragva*, para. 109)

¹²⁵ Podnesci protiv` alioca, para. 2.57-2.58.

¹²⁶ Vidi *Nikaragva*, str. 187-190.

tvrdnjama *Nikaragve*, na direktniji način povlaćila odgovornost Sjedinjenih Država".¹²⁷ U tu svrhu, razmotrene su dvije kategorije pojedinaca i njihova djela odnosno transakcije. Sud je najprije ustanovio da li su dotični pojedinci bili funkcioneri Sjedinjenih Država, u kom slučaju su se njihova djela mogla neosporno pripisati toj državi. Gotovo u istom dahu, sud je odmah razmotrio različito pitanje da li pojedinci koji nemaju status funkcionera Sjedinjenih Država ali koji navodno primaju platu i instrukcije od organa Sjedinjenih Država mogu, pravno gledajući, povlaćiti odgovornost te države. Dotični pojedinci su bili operativci iz Latinske Amerike, tzv. UCLAs ("jednostrano kontrolisani latinoamerički saradnici" / "*Unilaterally Controlled Latino Assets*"). Sud je zatim prešao na utvrđivanje može li se Sjedinjenim Državama pripisati "manje direktna" odgovornost (da se poslućimo terminom koji je koristio sud). Sud je, dakle, pokušao utvrditi da li su drugi pojedinci, tzv. *kontrasi*, mada formalno nisu bili funkcioneri Sjedinjenih Država, postupali na takav način i bili dovoljno blisko povezani sa SAD da bi se njihova djela mogla pravno pripisati SAD.

109. Čini se, dakle, da je u predmetu *Nikaragva* sud razlućio tri različite kategorije pojedinaca. Prva je obuhvatala pojedince koji su imali status funkcionera: pripadnike vladinih organa ili orućanih snaga Sjedinjenih Američkih Država. [to se tiće tih pojedinaca, sud je bjelodano krenuo od osnovne pretpostavke, koju je isti sud nedavno definisao kao "uvrijećeno pravilo mećunarodnog prava,"¹²⁸ da država snosi odgovornost za djela kojima se krće mećunarodne obaveze a koja poćine pojedinci koji po zakonu te države imaju status organa¹²⁹ ili koji barem pripadaju javnim entitetima koji unutar nacionalnog pravnog sistema te države vrće određene elemente upravne vlasti.¹³⁰

¹²⁷ Vidi *Nikaragva*, para. 75.

¹²⁸ Vidi Savjetodavno mićljenje koje je MSP donio 29. aprila 1999. u predmetu *Difference Relating to the Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, para. 62.

¹²⁹ Stav mećunarodnog obićajnog prava o tom pitanju ispravno je ponovo formulisao u -lanu 5 Nacrta odredbi o odgovornosti država koji je Komisija za mećunarodno pravo UN-a usvojila u prvom -itanju: "Za potrebe ovih odredbi, [Glava II: 'in države' prema mećunarodnom pravu] ponaćanje bilo kojeg organa države koji prema nacionalnom pravu dotićne države ima taj status smatraće se prema mećunarodnom pravu -inom dotićne države, pod uslovom da je u slučaju koji se razmatra organ djelovao u tom svojstvu" (*Report of the International Law Commission on the work of its Forty-Eighth Session* (6. maj – 26. juli 1996.), U.N.Doc. A/51/10, str. 126).

^lan 5 je još jasniji u obliku u kojem ga je 1998. privremeno usvojila Radna grupa za nacрте KMP-a, International Law Commission, 50. zasjedanje, 1998. On glasi (U.N. Doc. A/CN.4/L.569, str. 2):

"1. Za potrebe ovih odredbi, ponaćanje bilo kog organa neke države koji djeluje u tom svojstvu smatraće se po mećunarodnom pravu -inom te države, bez obzira na to da li organ vrći zakonodavnu, izvrćnu, pravosudnu ili bilo koju drugu funkciju, bez obzira na položaj koji ima u organizaciji države i bez obzira na njegov karakter kao organa centralne vlasti ili teritorijalne jedinice države.

2. Za potrebe stava 1, *organ oznaćava bilo koje lice ili tijelo koje u skladu s nacionalnim pravom države ima taj status*". (kurziv dodat).

¹³⁰ Vidi -lan 7 Nacrta odredbi o odgovornosti države koje je Komisija za mećunarodno pravo usvojila u prvom -itanju. On glasi:

Preostale dvije kategorije obuhvatale su pojedince koji, naprotiv, nisu formalno bili organi ili agenti dr`ave. Ovamo spadaju, kao prvo, pojedinci koji nisu bili dr`avljeni Sjedinjenih Dr`ava (UCLA-si) a koji su primali platu i djelovali po direktnim uputstvima i pod nadzorom vojnog ili obavještajnog osoblja Sjedinjenih Dr`ava, izvršavajući konkretne zadatke kao što je miniranje luka i postrojenja u Nikaragvi. Sud je zaključio da se njihova djela mogu pripisati Sjedinjenim Dr`avama, bilo na osnovu činjenice da su, sem što su primali platu od agenata ili funkcionera Sjedinjenih Dr`ava, od tih agenata ili funkcionera dobijali konkretna uputstva i djelovali pod njihovim nadzorom,¹³¹ ili na osnovu toga što su "agenti Sjedinjenih Dr`ava" "učestvovali u planiranju, rukovođenju, podršci i izvođenju" konkretnih operacija (npr. dizanja u zrak podvodnih naftovoda, napada na naftna postrojenja i skladišta itd.)¹³² Druga kategorija pojedinaca koji nisu imali status funkcionera Sjedinjenih Dr`ava obuhvatala je *kontrase*. Sud je upravo *kontrase* i imao u vidu kad se zapitao pod kojim uslovima djela pojedinaca koji nemaju status dr`avnih funkcionera mogu povući odgovornost Sjedinjenih Dr`ava na osnovu toga što su djelovali kao *de facto* agenti dr`ave. Sud je i formulisao doktrinu "efektivne kontrole" upravo imajući u vidu *kontrase*.

110. U dijelu presude koji se odnosi na *kontrase*, sud je, čini se, ustanovio test "zavisnosti i kontrole":

Ono što Sud u ovom trenutku treba da utvrdi jeste da li je odnos između *kontrasa* i vlade Sjedinjenih dr`ava bio u tolikoj mjeri odnos *zavisnosti s jedne i kontrole s druge strane*, da bi, s pravne tačke gledišta, bilo ispravno *kontrase* izjednačiti s organom vlade Sjedinjenih dr`ava, ili smatrati da oni djeluju u ime te vlade.¹³³

"1. Ponašanje organa teritorijalnog upravnog entiteta unutar dr`ave tako je se smatrati činom te dr`ave prema međunarodnom pravu, pod uslovom da je organ djelovao u tom svojstvu u slučaju koji se razmatra.

2. Ponašanje organa entiteta koji nije dio formalne strukture dr`ave ili teritorijalnog upravnog entiteta, ali koji prema nacionalnom pravu te dr`ave ima ovlaštenja da vrši određene elemente upravne vlasti, tako je se smatrati činom dr`ave prema međunarodnom pravu, pod uslovom da je organ djelovao u tom svojstvu u slučaju koji se razmatra."

Vidi First Report on State Responsibility by the Special Rapporteur J. Crawford (22. juli 1998), U.N.Doc. A/CN.4/490/Add. 5, str. 12-16. *Vidi* tako je istu odredbu u obliku u kojem ju je 1998. usvojila Radna grupa za nacрте KMP-a (U.N. Doc. A/CN.4/L.569, str. 2). Tekst čлана 7, u obliku u kojem ga je 1998. privremeno usvojila Radna grupa za nacрте, glasi:

"Ponašanje entiteta koji nije organ dr`ave u smislu člana 5 ali koji po zakonu te dr`ave vrši određene elemente upravne vlasti smatra se činom te dr`ave po međunarodnom pravu, pod uslovom da je entitet djelovao u tom svojstvu u slučaju koji se razmatra." (*ibid.*)

¹³¹ *Vidi Nikaragva*, para. 75-80.

¹³² *Ibid.*, para. 86.

¹³³ *Ibid.*, para. 109 (naglasak dodat).

111. Tu`ila{tvo i sudija McDonald u svom protivnom mi{ljenju zastupaju argument da je tim rije-ima sud ustanovio test "agenture". Prema njihovom mi{ljenju, sud je pribjegao testu "efektivne kontrole" tek nakon {to je utvrdio da izme|u *kontrasa* i Sjedinjenih Dr`ava *nije postojao odnos agenture*, tako da se *kontrasi* ne bi mogli smatrati organima Sjedinjenih Dr`ava. Prema tom argumentu, sud je zatim razmotrio da li se konkretne operacije *kontrasa* mogu pripisati Sjedinjenim Dr`avama, a standard koji je primijenio da bi to utvrdio bio je standard "efektivne kontrole".

112. @albeno vije)e ne pristaje uz ovo tuma-enje. Istina, iz paragrafa 115 presude u predmetu *Nikaragva*, gdje se pominje "efektivna kontrola", nije jasno da li sud predla`e test "efektivne kontrole" kao alternativu testu "zavisnosti i kontrole" iznesenom ranije u paragrafu 109, ili naprotiv ra{-lanjuje uslove istog testa. @albeno vije)e dr`i da je ovo drugo tuma-enje ispravno. U predmetu *Nikaragva*, sud je sem testa "agenture" (koji se, ispravno protuma-en, kao {to }e se vidjeti u idu}em paragrafu, koristi za utvr|ivanje da li neki pojedinac ima formalni status funkcionera dr`ave), formulisao samo jo{ test "efektivne kontrole". U prilog tom zaklju-ku ide i o-ito stroga primjena testa "efektivne kontrole" na osnovu kog je sud utvrdio da se djela *kontrasa* ne mogu pripisati Sjedinjenim Dr`avama.

113. Za razliku od onoga {to Tu`ila{tvo, slijede}i razli-ito protivno sudije McDonald, naziva testom "agenture", test agenture MSP-a sastoji se, naprotiv, u utvr|ivanju da li pojedinci unutar nacionalnog pravnog poretka odre|ene dr`ave imaju status organa ili funkcionera (ili pripadnika javnog entiteta koji vr{i neke elemente upravne vlasti). U vezi sa tim, -ini se da Izdvojeno mi{ljenje sudije Agoa, na koje se oslanjaju i sudija McDonald¹³⁴ i Tu`ila{tvo¹³⁵ zapravo ne podupire to tuma-enje.¹³⁶

114. Premda se distinkcije koje je sud ustanovio mogu na prvi pogled i doimati nejasnima, nakon pomnijivog razmatranja mo`e se opravdano ustvrditi da je sud u biti postavio *dva testa za odgovornost dr`ave*: (i) odgovornost koja proizilazi iz

¹³⁴ Izdvojeno i protivno mi{ljenje sudije McDonald, para. 25.

¹³⁵ Podnesak protiv`alioca, para. 2.58.

¹³⁶ *Vidi* Izdvojeno mi{ljenje sudije Agoa u predmetu *Nikaragva*, para. 14-17. Sudija Ago je ispravno naveo da je zadatak suda najprije da ustanovi da li su pojedinci o kojima je rije- imali status dr`avnih funkcionera ili funkcionera dr`avnih javnih entiteta, a zatim, ako je potrebno, da razmotri jesu li u nedostatku tog statusa djelovali kao *de facto* funkcioneri dr`ave, {to bi povla-ilo odgovornost te dr`ave. U svrhu utvr|ivanja me|unarodne odgovornosti dr`ave, on je identifikovao dvije {iroke kategorije pojedinaca: oni koji imaju status funkcionera dr`ave ili njenih autonomnih tijela, i oni koji nemaju takav status. Sudija Ago o-igledno smatra da se pitanje da li je neki pojedinac djelovao kao *de facto* organ dr`ave postavlja samo u odnosu na ovu drugu kategoriju. Nadalje, sudija Ago okvalifikovao je slu`bu CIA i tzv. UCLA-se druga-ije nego sud (*vidi* para. 15).

protivpravnih djela *dr`avnih funkcionera*; i (ii) odgovornost koja proizilazi iz djela koja su izvr{ila *privatna lica djeluju}i kao de facto organi dr`ave*. Da bi se dr`avi mogla pripisati odgovornost opisana u (ii), potrebno je, prema mi{ljenju suda, ne samo da dr`ava pla}a ili finansira privatna lica i da koordini}e ili nadzire njihove postupke, nego i da dr`ava izdaje konkretna uputstva o izvr{enju doti-nih protivpravnih djela. Primjenjuju}i taj test, sud je zaklju-io da je u okolnostima doti-nog predmeta on zadovoljen, barem {to se ti-e UCLA-sa (koje su pla}ale i nadzirale Sjedinjene Dr`ave i koji su sem toga djelovali po konkretnim uputstvima SAD). S druge strane, slu-aj *kontrasa* ne zadovoljava taj test: njima Sjedinjene Dr`ave nisu izdale nikakava konkretna uputstva o kr{enjima me|unarodnog humanitarnog prava za koja se tvrdi da su ih oni navodno po-inili.

(ii) Po kojem se osnovu test iz predmeta *Nikaragva ne -ini uvjerljivim*

115. Test "efektivne kontrole", koji je formulisao Me|unarodni sud pravde, Pretresno je vije}e II smatralo ispravnim i podr`alo ga u presudi.¹³⁷ Uza svo du`no po{tovanje, @albeno vije}e test iz predmeta *Nikaragva ne* smatra uvjerljivim. Ovaj zaklju-ak temelji se na dva osnova.

a. Test iz predmeta *Nikaragva nije, -ini se, u skladu sa logikom prava o odgovornosti dr`ava*

116. Prvi osnov po kojem se test iz predmeta *Nikaragva* mo`e kao takav smatrati neuvjerljivim temelji se na logici -itavog sistema me|unarodnog prava koje se odnosi na odgovornost dr`ava.

117. Principi me|unarodnog prava koji se odnose na pripisivanje dr`avama djela koja su po-inila privatna lica ne temelje se na rigidnim i jednoobraznim standardima. Ti principi izra`eni su u -lanu 8 Nacrta odredbi o odgovornosti dr`ava koji je Komisija UN za me|unarodno pravo usvojila u prvom -itanju, te, jo{ jasnije, u nacrtu teksta istih odredbi koje je Radna grupa za nacрте KMP-a privremeno usvojila 1998.¹³⁸ Prema tom

¹³⁷ Presuda, para. 584-588.

¹³⁸ ^lan 8 Nacrta glasi:

"Pona{anje lica ili grupe lica tako|e }e se smatrati -inom dr`ave po me|unarodnom pravu:

a) ako se utvrdi da je takvo lice ili grupa lica u stvari djelovala u ime doti-ne dr`ave; ili

b) ako je takvo lice ili grupa lica zaista vr{ila elemente upravne vlasti u odsustvu zvani-nih vlasti i u okolnostima koje su opravdavale vr{enje tih elementata vlasti." (U.N. Doc. A/35/10, para. 34, u *Yearbook of the International Law Commission*, 1980, sv. II (2)).

-lanu, ako se doka`e da pojedinci koji se prema zakonima odre|ene dr`ave ne smatraju organima te dr`ave ipak *de facto* djeluju u ime dr`ave, njihova djela mogu se pripisati dr`avi. Krajnja svrha tog pravila jeste da se dr`avama onemogu}i da izbjegnu me|unarodnu odgovornost tako {to }e privatnim licima povjeriti zadatke koje ne mogu ili ne bi trebalo da obavljaju funkcioneri dr`ave, ili tako {to }e tvrditi da pojedinci koji u stvari u-estvuju u upravnoj vlasti nisu po nacionalnim zakonima dr`avni organi i stoga njihova djela ne povla-e odgovornost dr`ave. Drugim rije-ima, dr`avama nije dozvoljeno da *de facto* djeluju kroz pojedince a da se onda, kad ti pojedinci prekr{e me|unarodno pravo, ograde od tog pona{anja. Uslov koji postavlja me|unarodno pravo da bi se dr`avi pripisala djela privatnih lica jeste da dr`ava vr{i kontrolu nad tim privatnim licima. *Stepen kontrole* mo`e, me|utim, varirati zavisno od -injenica i okolnosti svakog pojedinog slu-aja. @albeno vije}e ne vidi za{to bi u svim zamislivim okolnostima me|unarodno pravo zahtijevalo visoki prag kontrole. Naprotiv, mogu}e je izdvojiti razli-ite situacije.

118. Jedan slu-aj je anga`ovanje privatnog lica od strane dr`ave radi izvr{enja nekih odre|enih nezakonitih djela na teritoriji druge dr`ave (npr. kidnapovanja funkcionera te dr`ave, ubistva nekog zvani-nika ili visokog dr`avnog funkcionera, dizanja u zrak elektrane ili, naro-ito u doba rata, akcija sabota`e). U ovakvom slu-aju valja pokazati da je dr`ava izdala konkretne instrukcije da se po-ini kr{enje kako bi se na taj na-in dokazalo, makar i implikacijom, da je pojedinac djelovao kao *de facto* agent dr`ave. Alternativno, trebalo bi pokazati da je dr`ava retroaktivno odobrila djelo tog pojedinca. Generi-na vlast nad pojedincem ne bi bila dovoljna da se dr`avi pripi{e me|unarodna odgovornost. Do sli-ne situacije mo`e do}i kad neorganizovana grupa pojedinaca po-ini djela u suprotnosti sa me|unarodnim pravom. Da bi se ta djela pripisala dr`avi, -ini se neophodnim dokazati ne samo da je dr`ava nad tim pojedincima imala odre|eni stepen vlasti, nego i to da im je izdala konkretna uputstva o izvr{enju doti-nih djela ili da je *ex post facto* javno podr`ala ta djela.

119. Opisanim situacijama valja dodati jo{ jednu, koja se javlja kad dr`ava privatnom licu (ili grupi lica) povjeri konkretni zadatak da u njeno ime izvr{e neke *zakonite* radnje, da bi zatim ti pojedinci, izvr{avaju}i zadatak, prekr{ili neku me|unarodnu obavezu te

Vidi tako|e First Report on State Responsibility by the Special Rapporteur J. Crawford (U.N.Doc. A/CN.4/490/Add.5, str. 16-24).

Tekst -lana 8 koji je Radna grupa za nacрте KMP-a privremeno usvojila 1998. glasi:

"Pona{anje lica ili grupe lica smatra}e se -inom dr`ave po me|unarodnom pravu ako je lice ili grupa lica, pona{aju}i se na taj na-in, u stvari djelovala po uputstvima ili pod rukovodstvom ili kontrolom te dr`ave." (A/CN.4/L.569, str. 3)

dr`ave (npr. kad dr`avne vlasti anga`uju privatnog detektiva da {titi stranog diplomatu visokog ranga a detektiv ga, izvr{avaju}i zadatak, podvrgne te{kom zlostavljanju). U ovom slu-aju, po analogiji sa normama o odgovornosti dr`ava za djela dr`avnih funkcionera koji postupe *ultra vires*, mo`e se smatrati da dr`ava snosi odgovornost na osnovu toga {to je privatnom licu ili licima povjerila da u njeno ime izvr{e zadatak.

120. Valjalo bi razlikovati slu-aj kad pojedinci djeluju u ime dr`ave bez konkretnih instrukcija i slu-aj kad pojedinci *sa-injavaju organizovanu i hijerarhijski strukturisanu grupu*, npr. vojnu jedinicu ili, u slu-aju rata ili unutarnjeg razdora, naoru`ane bande neregularnih snaga ili pobunjenika. O-ito je da se organizovana grupa razlikuje od pojedinca po tome {to grupa u pravilu ima strukturu, lanac komandovanja, pravila pona{anja a -esto i vanjske simbole autoriteta. ^lanovi grupe u principu ne djeluju na svoju ruku nego se pridr`avaju standarda koji va`e u grupi i podlo`ni su autoritetu vo|e grupe. Shodno tome, da bi se nekoj dr`avi pripisala djela takve grupe, dovoljno je postaviti uslov da je grupa kao cjelina bila pod op{tom kontrolom dr`ave.

121. Ova vrsta kontrole dr`ave nad vojnom grupom i -injenica da se dr`ava smatra odgovornom za djela koja je izvr{ila grupa nezavisno od bilo kojih uputstava dr`ave, ili -ak i protivno uputstvima, u neku ruku izjedna-ava grupu sa pravim dr`avnim organima. Prema pravilima o odgovornosti dr`ava, u obliku u kojem ih je iznova formulisala i provizorno usvojila Komisija za me|unarodno pravo u -lanu 10 Nacrta odredbi o odgovornosti dr`ava,¹³⁹ dr`ava snosi me|unarodnu odgovornost za djela ili transakcije svojih organa kad ovi postupaju *ultra vires*. Drugim rije-ima, ona snosi odgovornost -ak i za djela koja su njeni funkcioneri po-inili van svog podru-ja nadle`nosti ili protivno nalozima dr`ave. Logika na kojoj se temelji ova odredba jeste da se dr`ava mora smatrati odgovornom za djela svojih organa bez obzira da li su se ti organi pridr`avali eventualnih uputstava vi{i vlasti. Uop{teno govore}i, mo`e se tvrditi da je -itav korpus me|unarodnog prava o odgovornosti dr`ava zasnovan na pragmati-nom shva}anju

¹³⁹ ^lan 10, koji je Komisija za me|unarodno pravo usvojila u prvom -itanju, glasi:

“Pona{anje organa dr`ave, teritorijalne upravne jedinice ili jedinice ovla{ene da vr{i elemente upravne vlasti, pri -emu je doti-ni organ djelovao u tom svojstvu, smatra}e se po me|unarodnom pravu -inom dr`ave -ak i ako je u konkretnom slu-aju organ prekora-io svoja ovla{enja prema nacionalnom pravu ili je prekr{iio uputstva za djelovanje.” (*Report of the International Law Commission on the work of its thirty-second session* (5. maj – 25. juli 1980), U.N. Doc. A/35/10, str. 31).

Vidi tako|e *First Report on State Responsibility by the Special Rapporteur J. Crawford*, U.N. Doc. A/CN/490/Add.5, str. 29-31. Tekst -lana 10, kako ga je privremeno usvojila Radna grupa za nacрте Komisije za me|unarodno pravo, glasi:

“Pona{anje organa dr`ave ili entiteta koji ima ovla{enja da vr{i elemente upravne vlasti, pri -emu je takav organ ili entitet djelovao u tom svojstvu, smatra}e se po me|unarodnom pravu -inom dr`ave -ak i ako je u konkretnom slu-aju doti-ni organ ili entitet prekora-io svoja ovla{enja ili postupio protivno uputstvima o na-inu vr{enja tih ovla{enja.” (U.N. Doc. A/CN/4/L. 569, str. 3).

odgovornosti, koje se ne obazire na pravne formalnosti nego mu je cilj obezbijediti da države koje neke funkcije povjere pojedincima ili grupama pojedinaca odgovaraju za njihova djela, -ak i kad su ona suprotna uputstvima koja je izdala država.¹⁴⁰

122. Ista logika trebala bi se primijeniti i na slu-aj koji je pred nama. Kao što je iznijeto u ranijem tekstu, slu-aj organizovane grupe razli-ite je od slu-aja jednog jedinog privatnog lica koje vrši određenu radnju u ime države. Kad je u pitanju organizovana grupa, ona obično obavlja -itav niz aktivnosti. Ako je grupa pod općtom kontrolom države, njene aktivnosti nužno povla-e odgovornost te države, *bez obzira da li je svaka od njih bila posebno nametnuta, zatra`ena ili rukovo|ena od strane države*. Mudre rije-i Komisije za općta potra`ivanja izme|u Sjedinjenih Dr`ava i Meksika u predmetu *Youmans*, koje se odnose na odgovornost država za djela dr`avnih vojnih funkcionera, trebale bi u velikoj mjeri va`iti i za djela organizovanih grupa nad kojima država vrši općtu kontrolu.¹⁴¹

123. Sve što je upravo re-eno ne bi trebalo, dakako, da zamagli ru`nu razliku izme|u razli-itih pravnih situacija koje su opisane. U slu-aju predvi|enom u -lanu 10 Nacrta odredbi o odgovornosti država (kao i u situaciji predvi|enoj -lanom 7, istog nacrta) odgovornost države objektivno se izvodi iz -injenice da pojedinci koji se upuštaju u izvjesna djela protivna me|unarodnom pravu imaju, prema relevantnim odredbama, status dr`avnih funkcionera odnosno funkcionera nekog javnog entiteta države. U slu-aju organizovanih grupa, o kojem je ovdje rije-, odgovornost države je naprotiv objektivan korolar općte kontrole koju država vrši nad tom grupom. Uprkos pravnim razlikama, -injenica ostaje da me|unarodno pravo smatra svaku dr`avu odgovornom za

¹⁴⁰ Ta vrsta "objektivne" odgovornosti države tako|e se javlja i u jednom druga-ijem slu-aju. Prema relevantnim normama o odgovornosti država, sadr`anim u -lanu 7 Nacrta odredbi Komisije za me|unarodno pravo, država snosi odgovornost za djela organa svojih teritorijalnih upravnih jedinica (regija, *Länder*, provincija, federalnih jedinica saveznih država itd.) -ak i ako su prema ustavu doti-ne države ti organi u velikoj mjeri nezavisni ili potpuno autonomni. (Vidi bilješku 130 u gornjem tekstu.)

¹⁴¹ Sjedinjene Dr`ave tvrdile su da je Meksiko odgovoran za ubistvo dr`avljana SAD koje je lin-ovala razularena svjetina uz u-estvovanje meksi-kih vojnika. Meksiko je ulo`io prigovor da, -ak i ako se pretpostavi da su vojnici krivi za u-estvovanje u tome, Meksiko ne bi trebalo smatrati odgovornim za protivzakonita djela vojnika, pošto im je najviši funkcioner u tom mjestu naredio da zaštite ameri-ke gra|ane. No oni su, umjesto da izvrše ta nare|enja, postupili upravo suprotno, što je imalo za posljedicu ubistvo ameri-kih dr`avljana. Komisija za općta potra`ivanja izme|u SAD i Meksika odbacila je prigovor i konstatovala da je Meksiko odgovoran. Prema mišljenju Komisije, kad me|unarodno pravo ne bi dr`avi pripisalo protivzakonita djela koja su po-inili njeni funkcioneri van svog podru-ja nadle`nosti ili postupaju}i suprotno uputstvima, "posljedica bi bila da se nijedno protivzakonito djelo koje po-ini funkcioner ne bi moglo smatrati djelom za koja se njegova vlada mo`e pozvati na odgovornost." Komisija je tako|e dodala da:

"vojnici koji nanose li-ne povrede ili po-injavaju bezobzirno uništavanje ili plja-ku uvijek postupaju protivno nekim pravilima koje je donijela viša vlast. Kad bi se zauzeo stav da se sva djela vojnika koja su protivna uputstvima uvijek smatraju li-nim djelima, ne bi mogla postojati nikakva [me|unarodna]

djela protiv međunarodnog prava koja su počinili (i) pojedinci koji imaju formalni status državnih organa (a to važi i kad ti organi djeluju *ultra vires* ili *contra legem*) ili (ii) pojedinci koji sačinjavaju organizovane grupe koje podliježu kontroli države. Međunarodno pravo zauzima takav stav bez obzira na to da li je država tim pojedincima izdala konkretna uputstva. Očito je da se ovaj pravni propis rukovodi logikom da bi u suprotnom države lako mogle zaniijekati međunarodnu odgovornost, zaklanjajući se iza svog nacionalnog pravnog sistema ili koristeći kao izliku to da nisu izdala nikakva konkretna uputstva.

b. Test iz predmeta *Nikaragva* protivriješi sudskoj i državnoj praksi

124. Postoji još jedan osnov, jednako uopćen kao i onaj koji je upravo izložen, po kojem se test iz *Nikaragve* može smatrati neuvjerljivim. Taj osnov je odlučujući za ovo pitanje. Postoji razmimoilaženje između testa "efektivne kontrole", koji Međunarodni sud pravde uzima kao isključivi i sveobuhvatni test, i međunarodne sudske i državne prakse. Ta praksa, naime, predviđa odgovornost država u okolnostima gdje je postojao neki stepen kontrole nego onaj koji se traži u predmetu *Nikaragva*. Ukratko, kao što se vidjeti u nastavku, praksa potvrđuje valjanost testa iz *Nikaragve* u odnosu na pojedince ili neorganizovane grupe *pojedinaca* koji djeluju u ime države. Naprotiv, kad je riječ o *vojnim ili paravojnim grupama*, praksa primjenjuje drugačiji test.

125. U predmetima gdje je riječ o pripadnicima *vojnih ili paravojnih grupa*, sudovi su očigledno odstupili od pojma "efektivne kontrole" koji je postavio Međunarodni sud pravde (tj. kontrole koja se proteže na izdavanje konkretnih uputstava vezano za razne aktivnosti dotičnih pojedinaca). Tako je, na primjer, u predmetu *Stephens*, Komisija za općta potraživanja između Meksika i SAD Meksiku pripisala djela koja je tokom građanskog rata počinio pripadnik meksičkih "neregularnih pomoćnih snaga" vojske, koje, između ostalog, nisu nosile ni uniforme ni oznake.¹⁴² U tom predmetu, Komisija nije ni ispitala da li su izdala konkretna uputstva o ubistvu državljana Sjedinjenih Država od strane gardista.

odgovornost [države] za takva zlodjela." (*Thomas H. Youmans (U.S.A.) v. United Mexican States*, Odluka od 23. novembra 1926, *Reports of International Arbitral Awards*, sv. IV, str. 116.)
¹⁴² *Vidi United States v. Mexico* (predmet *Stephens*), *Reports of International Arbitral Awards*, sv. IV, str. 266-267.

126. Sli-no tome, u predmetu *Kenneth P. Yeager*,¹⁴³ Tribunal za potra`ivanja izme|u Sjedinjenih Dr`ava i Irana (u daljem tekstu: Tribunal za potra`ivanja) zauzeo je stav da se protivpravna djela pripadnika iranske "revolucionarne garde" odnosno "revolucionarnih *Komiteh-a*" po~injena nad ameri-kim gra|anima izme|u 13. i 17. februara 1979. mogu pripisati Iranu (Tribunal za potra`ivanja naro-ito je pomenuo ~injenicu da su dva pripadnika "Garde" prisilila Amerikance da napuste svoju ku}u kako bi otputovali iz Irana, da su Amerikanci tri dana bili dr`ani u hotelu Hilton dok su "gardisti" ~ivali izlaze, te da su ih kasnije na aerodromu pretra`ili drugi "gardisti" i oduzeli im novac). Iran je kao respondent iznio argument da se mu se ne mo`e pripisati pona{anje "gardista". Iran je priznao da su "pripadnici revolucionarne garde i *Komiteh-a* bili uklju~eni u o~uvanje reda i zakona od januara 1979. i jo{ nekoliko mjeseci nakon februara 1979, budu}i da su vladine policijske snage brzo izgubile kontrolu nad situacijom." Iran je, me|utim, tvrdio da "ti revolucionari nisu djelovali pod imenom Revolucionarni *komiteh* niti Revolucionarna garda i da nisu bili povezani sa Privremenom vladom."¹⁴⁴ Drugim rije~ima, "gardisti" nisu bili "autenti-ni"¹⁴⁵ i stoga se njihovo pona{anje ne bi moglo pripisati Iranu. Tribunal za potra`ivanja smatrao je, naprotiv, da se ta djela mogu pripisati Iranu jer su "garda" odnosno "Komiteh" djelovali kao *de facto* dr`avni organi Irana. Sa tim u vezi Tribunal za potra`ivanja konstatovao je da:

[m]nogi pobornici Ajatolaha Homeinija bili su organizovani u lokalne revolucionarne komitete, tzv. *Komiteh-e*, od kojih su mnogi izrasli iz "lokalnih odbora" koji su formirani prije pobjede revolucije. Ti *Komiteh-i* igrali su ulogu lokalnih snaga bezbjednosti u periodu odmah nakon revolucije. Prema izvje{tajima, oni su hapsili, konfiskovali imovinu i odvodili ljude u zatvore. [...]

Prema me|unarodnom pravu Iran ne mo`e u jednu ruku tolerisati da revolucionarni "*Komiteh-i*" ili "Garda" vr{e upravnu vlasti a u drugu ruku odbijati da preuzme odgovornost za protivpravna djela koja su oni po~inili.¹⁴⁶

127. [to se konkretno ti-e djela "gardista" u predmetu o kojem je rije~, Tribunal za potra`ivanja naglasio je da su dva gardista koji su Amerikance natjerali da napuste svoju ku}u bili "odjeveni u civilnu odje}u ali su [nosili] naro-ite trake na rukavu kao znak

¹⁴³ Vidi *Kenneth P. Yeager v. Islamic Republic of Iran*, 17 *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, 1987, sv. IV, str. 92).

¹⁴⁴ *Ibid.*, para. 23.

¹⁴⁵ *Ibid.*, para. 37.

¹⁴⁶ *Ibid.*, para. 39, 45. Tribunal za potra`ivanja tako |e je konstatovao:

"uprkos `albama na nedostatak discipline u brojnim *Komiteh-ima*, *Ajatoлах Homeini* je stajao iza njih a *Komiteh-i* su u pravilu bili *lojalni njemu i sve{tenstvu*. Ubrzo nakon pobjede revolucije, *Komiteh-i* su, za razliku od ostalih grupa, dobili svoje stalno mjesto u dr`avnoj strukturi a na kraju su uvr{teni kao stalna stavka u dr`avni bud`et." (*ibid.*, para. 39; naglasak dodat).

povezanosti sa novom vladom i [bili su] naoružani puškama.”¹⁴⁷ [to se ti-e onih koji su pretražili Amerikance na aerodromu, Tribunal za potraživanja naglasio je da su “oni” obavljali funkciju carinika, službenika za imigraciju i službenika bezbjednosti.”¹⁴⁸ O-ito je da su ti “gardisti” sa-injavali *organizovane oružane grupe* koje su vršile *de facto* zvanične funkcije. Oni su se dakle razlikovali od iranskih militanata koji su 4. novembra 1979. zauzeli Ambasadu SAD u Teheranu, za koje je Međunarodni sud pravde naveo da su se nakon zauzimanja ambasade prozvali “muslimanskim studentima sljedbenicima politike imama”.¹⁴⁹ Bilo kako bilo, zanimljivo je da Tribunal za potraživanja između Irana i SAD nije pokušao da utvrdi da li su “gardistima” data ikakva *konkretna uputstva* o prisilnom istjerivanju Amerikanaca.¹⁵⁰ Tribunal za potraživanja ovaj je stav zauzeo i u drugim predmetima.¹⁵¹

¹⁴⁷ *Ibid.*, para. 12, 41.

¹⁴⁸ *Ibid.*, para. 61.

¹⁴⁹ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, ICJ Reports (1980), str. 13, para. 17.

¹⁵⁰ Tribunal za potraživanja naveo je sljedeće:

“Tribunal smatra da je u spis zavedeno dovoljno dokaza u prilog presumpciji da su revolucionarni “*Komiteh*-i” odnosno “gardisti” nakon 11. februara 1979. u stvari djelovali u ime nove vlade, ili da su barem u odsustvu zvaničnih vlasti vršili elemente upravne vlasti, i to u operacijama za koje je nova vlada morala znati i kojima se nije specifično usprotivila. U ovim okolnostima, i u odnosu na mjere o kojima je ovdje riječ, respondent snosi teret dokazivanja da pripadnici “*Komiteh*-a” odnosno “gardisti” u stvari nisu djelovali u njegovo ime, odnosno da nisu vršili elemente upravne vlasti, ili pak da ih respondent nije mogao da kontroliše.” (*Kenneth P. Yeager v. Islamic Republic of Iran*, 17 *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, 1987, sv. IV, str. 92, para. 43).

Tribunal za potraživanja tako je ustanovio sljedeće:

“[...] Naprotiv, dokazi upućuju na to da je nova vlada, uprkos povremenim `albama na nedostatak discipline, stajala iza njih [*Komiteh*-a]. Tribunal je stoga ubijedio da su revolucionarni “*Komiteh*-i” odnosno “gardisti” o kojima je riječ u ovom predmetu djelovali “za” Iran.” (para. 44)

Tribunal je zatim zaključio da:

“nadalje, respondent nije dokazao da nije mogao da kontroliše revolucionarne “*Komiteh*-e” odnosno “gardiste” tokom te operacije [prisiljavanja stranaca da napuste zemlju]. Budući da je nova vlada u principu prihvatila njihovu djelatnost i ulogu u održavanju javne bezbjednosti, pozivi na pojačanu disciplinu, sro-eni uopšteno a ne konkretno, ne zadovoljavaju standard kontrole koji je potreban da bi se te grupe efektivno onemogućile u izvršavanju protivpravnih djela protiv građana Sjedinjenih Država. Prema međunarodnom pravu Iran ne može u jednu ruku tolerisati da revolucionarni “*Komiteh*-i” ili “Garda” vrše upravnu vlasti a u drugu ruku odbijati da preuzme odgovornost za protivpravna djela koja su oni počinili.” (para 45).

¹⁵¹ *Vidi William L. Pereira Associates, Iran v. Islamic Republic of Iran*, Award No. 116-1-3, 5 *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports* 1984, str. 198, str. 226. *Vidi tako je Arthur Young and Company v. Islamic Republic of Iran, Telecommunications Company of Iran, Social Security Organization of Iran*, Award No. 338-484-1, 17 *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, 1987, str. 245). Ovdje je Tribunal za potraživanja presudio da u okolnostima ovog predmeta Iran nije odgovoran jer nema uzročno-posljedične veze između djelovanja revolucionarne garde i navodnih kršenja međunarodnog prava. Međutim, Tribunal za potraživanja smatrao je da bi inače Iran mogao snositi međunarodnu odgovornost za djela “naoružanih ljudi koji su na d`epovima nosili načivke koji su ih identifikovali kao pripadnike revolucionarne garde” (para 53). Sličan stav zauzet je u *Schott v. Islamic Republic of Iran*, Award No. 474-268-1, 24 *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, 1990, str. 203, para. 59.

S druge strane, u predmetu *Daley*, Tribunal za potraživanja smatrao je Iran odgovornim za eksproprijaciju automobila na osnovu toga što su petorica pripadnika iranske “Revolucionarne garde” koji su uzeli automobil nosili “uniforme slične vojnicima” na ulazu u hotel koji je nekoliko dana prije toga dospio “pod kontrolu Revolucionarne garde”. (*Daley v. Islamic Republic of Iran*, Award No. 360-1-514-1, 18 *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, 1988, 232, para. 19-20).

128. Sli-an pristup usvojio je Evropski sud za ljudska prava u predmetu *Loizidou protiv Turske*¹⁵² (iako se u tom predmetu radilo o pitanju kontrole suverene dr`ave nad dr`avnim entitetom, a ne o kontroli dr`ave nad oru`anim snagama koje djeluju na teritoriji druge dr`ave). Sud je trebao da utvrdi da li je Turska odgovorna za sistematsko odbijanje pristupa tu`oca njezinoj imovini na sjevernom Kipru, {to je imalo za posljedicu njezin gubitak kontrole nad tom imovinom. Dr`ava respondent, Turska, osporila je nadle`nost suda na osnovu toga da utu`eno djelo nije bilo po~injeno od strane njenih vlasti nego bi se trebalo pripisati Turskoj Republici Sjeverni Kipar (u daljem tekstu: TRSK). Sud je odbacio te argumente i konstatovao da je Turska odgovorna. Pri dono{enju zaklju~ka da se ograni~enja prava vlasni{tva na koja se `alio tu`ilac mogu pripisati Turskoj, sud nije smatrao potrebnim da utvrdi da li su turske vlasti vr{ile "detaljnu" kontrolu nad konkrentom "politikom i akcijama" vlasti TRSK-a. Sud se zadovoljio dokazom da su lokalne vlasti bile pod "efektivnom op{tom kontrolom" Turske.¹⁵³

129. Su{tinski isto stajali{te nedavno je zauzeo *Oberlandesgericht* u D{usseldorfu u odluci od 26. septembra 1997. u predmetu *Jorgi*.¹⁵⁴ [to se ti-e zlo~ina po~injenih u Bosni i Hercegovini od strane bosanskih Srba, sud je smatrao da su bosanski Srbi koji su se borili protiv centralnih vlasti u Sarajevu djelovali u ime vlade SRJ. U prilog tom zaklju~ku, sud je naglasio da je Beograd finansirao, organizovao i opremio vojsku i paravojne jedinice bosanskih Srba te da je izme|u JNA i bosanskih Srba postojala "bliska kadrovska, organizaciona i logisti~ka veza [Verflechtung]", za koju se smatralo da predstavlja dovoljan osnov da bi se sukob okvalifikovao kao me|unarodni.¹⁵⁵ Sud

¹⁵² *Loizidou v. Turkey* (Merits), Eur. Court of H.R., Judgment, 18. decembar 1996. (40/1993/435/514).

¹⁵³ O ovom je pitanju sud u presudi ustanovio sljede}e:

"Nije potrebno utvrditi da li, kao {to tvrde tu`ilac i ciparska vlada, Turska stvarno vr{i detaljnu kontrolu nad politikom i djelovanjem vlasti TRSK-a. Iz velikog broja vojnika na aktivnoj du`nosti u sjevernom Kipru o~ito je [...] da njena vojska vr{i efektivnu op{tu kontrolu nad tim dijelom ostrva. Takva kontrola, prema relevantnom kriterijumu i u okolnostima ovog predmeta, povla-i njenu odgovornost za politiku i djelovanje TRSK-a. [...]" (*ibid.*, para. 56).

¹⁵⁴ 2 StE 8/96 (neobjavljeni kucani transkript koji je pribavljen ljubazno{u njema~ke ambasade u Holandiji i koji je pohranjen u biblioteci Me|unarodnog suda).

¹⁵⁵ Sud je konstatovao sljede}e:

"Sukob u Bosni i Hercegovini bio je me|unarodni za potrebe -lana 2 @enevske konvencije IV. Progla{enjem nezavisnosti i referendumom od 29. februara i 1. marta 1992, te me|unarodnim priznanjem od 6. aprila 1992, Bosna i Hercegovina postala je nezavisna dr`ava, autonomna od Jugoslavije.

Oru`ani sukob koji se odigrao na njevoj teritoriji u periodu koji je uslijedio nije bio unutra{nji konflikt (sukob) u kojem je jedna etni~ka grupa poku{ala da se izdvoji iz postoje}e dr`ave Bosne i Hercegovine i koji [stoga] nije bio me|unarodnog karaktera. Vje{tak Fischer istakao je da je pominjanjem termina "me|unarodno humanitarno pravo primjenjivo na taj sukob", Savjet bezbjednosti UN-a upotrijebio termin koji u me|unarodnoj terminologiji ina-e ozna~ava pravo primjenjivo na me|unarodne oru`ane sukobe. To [prema rije~ima vje{taka] zna-i da je Savjet bezbjednosti taj sukob smatrao me|unarodnim. Vje{tak Fischer naveo je sljede}e okolnosti koje, prema vladaju}em shvatanju me|unarodnog prava, ukazuju na to da je sukob me|unarodni: u-estvovanje organa neke dr`ave u sukobu na teritoriji druge

nije ispitivao da li su konkretna djela koja je počinio optuženi ili drugi bosanski Srbi naredile vlasti SRJ.¹⁵⁶

130. Koji se tačno stepen kontrole države zahtijeva prema međunarodnom pravu za organizovane vojne grupe? Sudeći prema međunarodnoj sudskoj praksi i praksi država, čini se da za utvrđivanje takve kontrole nije dovoljno da grupa prima finansijsku pa čak ni vojnu pomoć od neke države. Ovaj stav potvrđuje međunarodna praksa kad je riječ o pokretima nacionalnog oslobođenja. Premda su neke države pokretima kao što su Palestinski pokret oslobođenja (PLO), Organizacija naroda jugozapadne Afrike (SWAPO) ili Afrički nacionalni kongres (ANC) pružile teritorijalnu bazu ili ekonomsku i vojnu pomoć (koja nije uključivala slanje sopstvenih trupa), druge države, uključujući one protiv kojih su se ti pokreti borili, nisu pripisale međunarodnu odgovornost za djela pokreta država koje su pomagale.¹⁵⁷ Ovo gledajući podržava i predmet *Nikaragva*, budući da Sjedinjenim Državama, premda su *kontrasima* finansijski i na drugi način pomagale, nije pripisana odgovornost za njihova djela (sud je opet, s druge strane, zaključio da su Sjedinjene Države, zbog svoje finansijske i druge pomoći *kontrasima*,

države, npr. učestvovanje oficira u sukobima ili finansiranje i opskrba tehničkim sredstvima jedne strane u sukobu od strane druge države; ovaj drugi element u svakom slučaju, ako je u kombinaciji sa gorepomenutom kadrovskom povezanošću [Verflechtung]. Prema nalazima ovog Vijeća, ti kriterijumi su u ovom predmetu zadovoljeni. Vijeće je utvrdilo da su početkom maja oficiri JNA, koja je u to vrijeme bila sasvim srpska, počeli da zauzimaju Doboj i okolna sela. Stoga nema nikakve sumnje o postojanju međunarodnog oružanog sukoba u tom trenutku. Međutim, ovo Vijeće je takođe ustanovilo da su nakon 19. maja 1992, kad se JNA zvanično povukla iz Bosne i Hercegovine, oficiri JNA i dalje bili zaposleni u Bosni i Hercegovini i primali platu iz Beograda, te da su krajem maja materijalno-tehnička sredstva, oružje i vozila još uvijek pristizala iz Beograda u Bosnu i Hercegovinu. Posljedica toga bilo je održavanje bliske kadrovske, organizacione i logističke povezanosti [Verflechtung] vojske bosanskih Srba, paravojnih grupa i JNA. [tab vojske bosanskih Srba imao je kancelariju za vezu u Beogradu." (*ibid.*, str. 158-160 neobjavljenog kucanog transkripta; nezvanični prevod).

¹⁵⁶ Presudu Vijeća suda u Düsseldorfu podržao je u žalbenom postupku Savezni sud pravde (*Bundesgerichtshof*) presudom od 30. aprila 1999. (neobjavljeno). Jedan od osnovnih pitanja bila je pogrešna primjena materijalnog prava. Taj osnov takođe uključuje pitanje da li je sukob bio međunarodnog karaktera. *Bundesgerichtshof* se nije posebno bavio tim pitanjem, čime je implicitno podržao presudu suda u Düsseldorfu. (*Vidi* naročito str. 19-20 i 23 njemačkog kucanog transkripta (3 StR 215/98) u biblioteci Međunarodnog suda).

¹⁵⁷ *Vidi* npr. rasprave u Savjetu bezbjednosti UN-a 1976, u vezi s upadima Južnoafričke Republike u Zambiju radi uništavanja baza SWAPO-a (*vidi* naročito izvještaje Zambije (SCOR, 1944. zasjedanje od 27. jula 1976, para. 10-45) i Južnoafričke Republike (*ibid.*, para. 47-69); *vidi* takođe rezoluciju Savjeta bezbjednosti br. 393 (1976) od 30. jula 1976.); *vidi* takođe rasprave o izraelskim upadima u Liban juna 1982. (naročito izvještaje Irske (SCOR, 2374. zasjedanje od 5. juna 1982, para. 35-36) i Izraela (*ibid.*, para. 74-78 i SCOR, 2375. zasjedanje od 6. juna 1982, para. 22-67) i zasjedanje od jula/avgusta 1982. (*vidi* izvjavu Izraela, SCOR, 2385. zasjedanje od 29. jula 1982, para. 144-169); *vidi* takođe raspravu o južnoafričkom upadu u Lesoto decembra 1982. (*vidi* naročito izvještaje Francuske (SCOR, 2407. zasjedanje od 15. decembra 1982, para. 69-80), Japana (*ibid.*, para. 98-107), Južnoafričke Republike (SCOR, 2409. zasjedanje od 16. decembra 1982, para. 126-160) i Lesota (*ibid.*, para. 219-227).

Premda, čini se, u tom području ne postoji međunarodna praksa, može se dogoditi da država koja naprosto pruža ekonomsku i vojnu pomoć vojnoj grupi (a da time nužno nad tom grupom ne vrši efektivnu kontrolu) uputi pripadnika grupe ili čitavu grupu da izvrše određeno djelo suprotno međunarodnom pravu, npr. zločin protiv međunarodnog prava kao što je genocid. U tom slučaju bili bismo suočeni sa situacijom sličnom onoj koja je opisana ranije u tekstu, kad neka država izdaje konkretna uputstva pojedincu.

odgovorne za izvršenje principa nemiježanja kao i "obaveze [...] da ne upotrebljavaju silu protiv drugih država."¹⁵⁸ Ovo je o-igledno bio slu-aj odgovornosti za sopstvene organe).

131. Da bi se djela neke vojne ili paravojne grupe pripisala nekoj državi, mora se dokazati da država vrši opštu kontrolu nad tom grupom, ne samo time što je oprema i finansira, nego i tako što koordiniše ili pomaže pri opštem planiranju njenih vojnih aktivnosti. Tek se tada država može smatrati međunarodno odgovornom za prestupe grupe. Međutim, nije potrebno da država vođi ili pripadnicima grupe sem toga još izdaje uputstva za izvršenje konkretnih djela protiv međunarodnog prava.

132. Valja dodati da su sudovi usvojili druga-iji pristup s obzirom na *pojedince ili grupe koji nisu organizovani kao vojna struktura*. Kad je riječ o takvim pojedincima ili grupama, sudovi nisu smatrali dovoljnim postojanje ukupnog ili opšteg stepena kontrole, nego su insistirali na postojanju konkretnih uputstava ili direktiva za počinjenje konkretnih djela, ili su tražili javno odobravanje tih djela nakon što su već počinjena.

133. @albeno vijeće je najprije podsjetiti na predmet *Diplomatsko i konzularno osoblje Sjedinjenih Država u Teheranu*.¹⁵⁹ Tu je Međunarodni sud pravde ispravno konstatovao da iranski studenti (koji nisu sačinjavali organizovanu oružanu grupu) koji su zauzeli američku ambasadu i uzeli kao taoce 52 državljana Sjedinjenih Država, nisu u početku djelovali u ime Irana, jer ih iranske vlasti nisu konkretno uputile da izvrše ta djela.¹⁶⁰ Iranu je ipak pripisana međunarodna odgovornost zato što nije spriječio napad na diplomatsko predstavništvo Sjedinjenih Država i što ga zatim nije prekinuo.¹⁶¹ Iranske vlasti su kasnije formalno odobrile i podržale okupaciju ambasade i zarobljavanje državljana Sjedinjenih Država od strane militantata, te su čak i naložili studentima da ne prekidaju okupaciju. U toj su fazi, prema mišljenju suda, militanti postali *de facto* agenti države Irana te se za njihova djela toj državi može pripisati međunarodna odgovornost.¹⁶²

¹⁵⁸ Vidi predmet *Nikaragva*, para. 239-249, 292(3) i 292(4).

¹⁵⁹ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, ICJ Reports (1980), str. 3 i dalje.

¹⁶⁰ Sud je konstatovao sljedeće:

"Niko nije sugerisao da su militanti u trenutku napada na ambasadu u stvari ikakav zvanjani status kao priznati "agenti" ili organi države Irana. Njihovo ponašanje (organizovanje napada, zauzimanje ambasade i uzimanje osoblja kao talaca) ne može se, stoga, po tom osnovu pripisati državi. Njihovo ponašanje moglo bi se kao takvo direktno pripisati Iranu *jedino ako bi se utvrdilo da su tom prilikom militanti u stvari djelovali u ime države, jer su od nekog nadležnog organa države Irana dobili zadatak da izvrše konkretnu operaciju*. Informacije koje su podastarte pred ovaj sud nisu, međutim, dovoljne da se sa potrebnim stepenom sigurnosti konstatuje da je u to vrijeme postojala takva veza između militantata i bilo kojeg nadležnog organa države." (*ibid.*, str. 30, para. 58; naglasak dodat)

¹⁶¹ *Ibid.*, str. 30-33 (para. 60-68).

¹⁶² Sud je konstatovao sljedeće:

134. Isti pristup usvojio je 1986. sam Međunarodni sud pravde u predmetu *Nikaragva* s obzirom na UCLA saradnike (koje je sud definisao kao "lica koja imaju dravljanstvo neidentifikovanih latinskoameričkih država").¹⁶³ Da bi se konkretna djela tih "lica" protiv međunarodnog prava pripisala Sjedinjenim Državama, sud je ocijenio neophodnim da ta lica ne samo da primaju platu od organa Sjedinjenih Država nego i da djeluju "po uputstvima" tih organa (sem što su pod nadzorom tih organa i od njih primaju logistiku podršku).¹⁶⁴

135. Slična gledišta iznio je 1987. Tribunal za potraživanja između Irana i Sjedinjenih Država u predmetu *Short*.¹⁶⁵ Iranu nije pripisana međunarodna odgovornost za navodno protivpravno istjerivanje podnosioca zahtjeva. Tribunal za potraživanja konstatovao je da iranski "revolucionari" (koji su bili naoružani ali nisu sačinjavali organizovanu grupu) koji su podnosiocu zahtjeva naredili da napusti Iran nisu bili državni organi, te da izjave ajatolaha Homeinija nisu sačinjavale konkretno poticanje "revolucionara" da istjeruju strance.¹⁶⁶

136. Valja dodati da praksa država, čini se, nedvosmisleno podržava gornji pristup.¹⁶⁷

"Politiku koju je tako najavio ajatolah Homeini, a koja se sastojala u nastavku okupacije ambasade i držanju osoblja kao talaca kako bi se izvršio pritisak na vladu Sjedinjenih Država, slijedili su drugi organi vlasti Irana i u višestruko je navrata podržali u izjavama datim u različitim kontekstima. Ta je politika imala za posljedicu suštinsku promjenu pravnog karaktera situacije nastale okupacijom ambasade i uzimanjem njenog diplomatskog i konzularnog osoblja za taoce. Time što su ajatolah Homeini i drugi organi države Irana *odobrili* ta djela i odlučili da se ona nastave, nastavak okupacije ambasade i zatočavanje talaca postali su čini državne. Militanti koji su sproveli invaziju i zatočavanje taoce time su postali agenti države Irana, za čija djela sama država snosi međunarodnu odgovornost [...]" (*ibid.*, str. 35, para 74; naglasak dodat).

¹⁶³ Vidi *Nikaragva*, para. 75.

¹⁶⁴ *Ibid.*, para. 80.

¹⁶⁵ *Alfred W. Short v. Islamic Republic of Iran*, Award No. 312-11135-3, 16 *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports* 1987, str. 76).

¹⁶⁶ Zaključuje se da se djela revolucionara ne mogu pripisati Iranu, Tribunal za potraživanja konstatovao je sljedeće:

"Izjave vođe revolucije, ajatolaha Homeinija, i drugih glasnogovornika revolucionarnog pokreta na koje se poziva podnosilac zahtjeva, takođe ne sadrže bitni element koji bi ih učinio uzrokom odlaska podnosioca zahtjeva u uslovima koji se svode na istjerivanje. Premda je ton tih izjava netrpeljiv prema strancima a naročito Amerikancima, Tribunal konstatuje da su te izjave sročne uopšteno i ne sugeriraju da bi Amerikance trebalo masovno istjerati." (*ibid.*, para. 35).

¹⁶⁷ Primjeri prakse država gdje je, čini se, usvojen taj pristup pitanju pripisivanja mogu se naći npr. u relevantnim dokumentima u predmetu *Cesare Rossi* (talijanski antifašist koji je boravio u [vicarskoj i kojeg su dva druga Talijana, djelujući u ime talijanskih vlasti, varkom navela da prijeđe granicu s Italijom, nakon čega je uhapšen: vidi 1 *Zeitschrift für ausländische öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1929, str. 280-294); predmet *Jacob Salomon* (državljanina Njemačke kojeg je u [vicarskoj kidnapovao drugi državljani Njemačke i odveo ga u Njemačku: vidi relevantne dokumente pomenute u 29 *American Journal of International Law* 1935, str. 502-507, 36 *American Journal of International Law* 1936, str. 123-124). Vidi takođe predmete *Sabotage* o kojem je riječ (avala Mješovita komisija za potraživanja između Sjedinjenih Država i Njemačke (*Leigh Valley Railroad Co., Agency of Canadian Can and Fountry Co., Ltd., and various underwriters (United States) v. Germany, Reports of International Arbitral Awards*, sv. VIII, str. 84 i dalje. (naročito str. 84-87) i str. 225 i dalje. (naročito 457-460). Ti predmeti se odnose

137. Zaključno, albano vlade smatra da kod utvrđivanja da li se pojedinac koji po nacionalnim zakonima nema status državnog funkcionera može smatrati *de facto* organom države, međunarodna pravila ne zahtijevaju uvijek isti stepen kontrole. Potreban stepen kontrole nad naoružanim grupama ili privatnim licima varira. Ako je potrebno utvrditi da li je *jedno* privatno lice ili grupa koja nije vojno organizovana djelovala kao *de facto* organ države u izvršavanju određenog djela, valja ustanoviti da li je ta država dotičnom pojedincu ili grupi izdala konkretna uputstva za izvršenje tog konkretnog djela; alternativno, valja utvrditi da li je država *ex post facto* podržala ili odobrila protivpravno djelo. Naprotiv, kontrola države nad *podređenim vojnim snagama, milicijama ili paravojnim jedinicama* može imati opšti karakter (i mora obuhvatati više od pukog pružanja finansijske pomoći, vojne opreme ili obuke). Taj uslov, međutim, ne ide tako daleko da zahtijeva izdavanje konkretnih naređenja ili rukovođenje svakom pojedinom operacijom od strane države. Prema međunarodnom pravu, nije nipošto potrebno da vlasti koje vrše kontrolu takođe i planiraju sve operacije jedinica koje od njih zavise, da biraju ciljeve ili daju konkretna uputstva za vođenje vojnih operacija i eventualnih kršenja međunarodnog humanitarnog prava za koja se tvrdi da su se dogodila. Može se smatrati da postoji kontrola kakvu traži međunarodno pravo kad država (odnosno, u kontekstu oružanog sukoba, strana u sukobu) igra ulogu u organizovanju, koordinisanju ili planiranju vojnih akcija vojne grupe, uz to što grupu još i finansira, oprema ili joj pruža operativnu podršku. Djela koja je izvršila grupa ili njeni članovi mogu se smatrati djelima *de facto* organa države bez obzira da li je država koja vrši kontrolu izdala ikakva konkretna uputstva za počinjenje svakog od tih djela.

138. Naravno, ako država koja vrši kontrolu nije ona država na čijoj se teritoriji vodi oružani sukob ili u svakom slučaju gdje oružane snage vrše svoja djela, kao što je bio slučaj u predmetu *Nikaragva*, zahtijevaju se općirniji i uvjerljiviji dokazi kako bi se pokazalo da država doista vrši kontrolu nad jedinicama ili grupama, ne samo time što ih

podmetanje postara u terminalu u luci u New Yorku i u postrojenjima preduzeća u New Jerseyu od strane pojedinaca koji su učeli počinili sabotažu u Sjedinjenim Državama, a na zahtjev njemačkih vlasti. Tako je se može pomenuti predmet *Eichmann (Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann)*, 36 *International Law Reports* 1968, str. 277-344; vidi npr. rezoluciju 4349 Savjeta bezbjednosti od 23. juna 1960. i debate u Savjetu bezbjednosti; vidi naročito izjave Argentine (SCOR, 865. zasjedanje od 22. juna 1960, para. 25-27), Izraela (SCOR, 866. zasjedanje od 22. juna 1960, para. 41), Italije (SCOR, 867. zasjedanje od 23. juna 1960, para. 32-34), Ekvadora (*ibid.*, para. 47-49), Tunisa (*ibid.*, para 73), Cejlona (SCOR, 868. zasjedanje od 23. juna 1960, para. 12-13). U mnogima od ovih predmeta, uslov da država izda konkretna uputstva u vezi sa izvršenjem konkretnog djela za koja je pojedinac optužen, odnosno da *ex post facto* javno podrži ta djela, mogu se izvesti iz samih činjenica tog predmeta.

finansira i oprema, nego i tako što im daje opšte smjernice ili pomaže u planiranju akcija.

139. Jednako vrsti dokazi zahtijevaju se i u slučaju kad, premda je dotična država ista ona na toj se teritoriji odvijaju oružani sukobi, vlada opšta pometnja i unutarnji razdor, i vlast države je oslabljena.

140. Prag se može lakše ustanoviti ako je država koja vrši kontrolu ujedno susjedna država sa teritorijalnim pretenzijama prema državi u kojoj se odvija sukob, pri čemu država koja vrši kontrolu pokušava ostvariti teritorijalno povećanje putem oružanih snaga koje kontroliše.

141. Valja dodati da međunarodno pravo ne propisuje samo *test opšte kontrole* koji se primjenjuje na oružane grupe i *test konkretnih uputstava* (ili naknadnog javnog odobravanja) koji se primjenjuje na pojedince i grupe bez vojne organizacije. Čak i više se smatra da međunarodno pravo poznaje i *treći test*. Taj test se sastoji u izjednačavanju pojedinaca sa državnim organima *na osnovu njihovog stvarnog ponašanja unutar državnih struktura (i to bez obzira na eventualni uslov da postoje uputstva izdata od strane države)*. Takav test je najbolje ilustrovati primjerima iz predmeta koji zaslužu da budu pomenuti, makar i ukratko.¹⁶⁸

142. Prvi predmet je *Joseph Kramer et al.* (koji se takođe naziva predmet *Belsen*), vođen pred britanskim vojnim sudom u Luneburgu u Njemačkoj.¹⁶⁹ Među optuženima su bili ne samo Nijemci zaposleni u koncentracionim logorima u Belsenu i Auschwitzu nego i brojni logoraši poljskog državljanstva i jedan austrijski Jevrejin “kog je uprava logora postavila na položaj vlasti nad drugim internircima”. Oni su među ostalim optuženi za ubistvo i druga krivična djela protiv logoraša. Kako stoji u zvanom izvještaju o tom predmetu:

Pobijajući argument da Poljaci nisu mogli da počinu ratni zločin protiv drugih građana država Saveznika, tužilac je rekao da time što su se identifikovali sa vlastima, optuženi Poljaci snose jednaku odgovornost kao i sami SS-ovci. Može da bi

¹⁶⁸ Iako se odnose na ratne zločine (tada još nije postojao pojam “teških povreda”), ti predmeti su ipak relevantni za ovu diskusiju. Oni, naime, sadrže korisne indikacije o uslovima pod kojima se civili mogu izjednačiti sa funkcionerima države.

¹⁶⁹ *Trial of Joseph Kramer and 44 Others*, British Military Court, Luneberg, 17. septembar – 17. novembar 1945, *Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission*, izd. His Majesty's Stationery Office za Komisiju UN za ratne zločine, London 1947 (u daljem tekstu: UNWCC), sv. II, str. 1.

se moglo tvrditi da su se istim tim procesom pribli ili pripadnicima oru`anih snaga Njema-ke.¹⁷⁰

143. Drugi predmet je nešto novijeg datuma. Rije- je o presudi holandskog Kasacionog suda od 29. maja 1978. u predmetu *Menten*.¹⁷¹ Menten, dr`avljanin Holandije koji prethodno nije bio pripadnik njema-kih snaga, bio je optu`en za ratne zlo-ine i zlo-ine protiv -ovje-nosti zato {to je u Poljskoj ubio odre|eni broj civila, uglavnom Jevreja, u ime njema-kih specijalnih snaga (SD ili *Einsatzkommandos*). Sud je zaklju-io¹⁷² da se *Menten u stvari pona{ao kao pripadnik njema-kih snaga* i stoga je bio krivi-no odgovoran za te zlo-ine.¹⁷³

144. Iz drugih predmeta je tako|e o-ito da se privatna lica koja djeluju u sklopu oru`anih snaga ili su sa njima povezana mogu smatrati *de facto* organima dr`ave.¹⁷⁴ Iz tih predmeta proizilazi da se, kad je rije- o odgovornosti dr`ave, djela takvih pojedinaca pripisuju dr`avi a mogu povu}i i individualnu krivi-nu odgovornost.¹⁷⁵

¹⁷⁰ *Ibid.*, str. 152 (naglasak dodat)(austrijski civil Schlomowitz nije progla{en krivim). *Vidi* tako|e *ibid.*, str. 109. Ve}ina optu`enih civila progla{eni su krivima i osu|eni na kaznu zatvora. Iz ovog predmeta o-ito je da se po mi{ljenju suda civili Poljaci mogu poistovjetiti sa njema-kim dr`avnim funkcionerima jer su djelovali kao *de facto* pripadnici njema-ke uprave koncentracionog logora Belsen.

¹⁷¹ *Public Prosecutor v. Menten*, 75 *International Law Reports* 1987, str. 331. i dalje.

¹⁷² Sud je konstatovao sljede}e:

“Budu}i da je Menten, po nare|enju *Befehlshaber Sicherheitspolizei* u Poljskoj, nosio uniformu podoficira te grane [njema-ke] policije kad je bio *dem Einsatzkommando als Dolmetscher zugeteilt* [dodijeljen specijalnim snagama kao prevodilac], [okru`ni] sud [u Amsterdamu u presudi od 14. decembra 1977] opravdano je pretpostavio da su njegov polo`aj i djelovanje u sklopu *Einsatzkommando*-a bili vi{e-manje zvani-nog karaktera. Stoga je Mentenov odnos sa neprijateljem, koji je uklju-ivao povremeno pru`anje usluga, bio takve prirode da se Menten mogao smatrati funkcionerom neprijatelja.” (*ibid.*, str. 347. @albeno vije}e je ispravilo neke pojedinosti engleskog prevoda kako bi vjernije odra`avao holandski original, koji se nalazi u *Nederlandse Jurisprudentie*, 1978, br. 358, str. 1236).

Sud je zaklju-io sljede}e:

“kad se gorepomenutim dokazima dodaju i drugi dokazi iz kojih je o-ito da je jula 1941. Menten u njema-koj uniformi zajedno sa drugim licima u istoj uniformi do{ao u Podhorodce [...] i prisustvovao ubistvima, [mo`e se zaklju-iti] da je tamo bio sa pripadnicima njema-kog {taba i da je tom {tabu pru`ao usluge u vrijeme i u vezi sa tim ubistvima.” (*ibid.*, str. 348)

¹⁷³ Mentena je Okru`ni sud u Rotterdamu osudio na deset godina (presuda od 9. jula 1980, *ibid.*, str. 361). Valja ista}i da je holandski Kasacioni sud morao ispitati da li je Menten bio “u vojnoj, dr`avnoj ili civilnoj slu`bi neprijatelja” budu}i da je to bio element relevantnog holandskog zakona (*ibid.*, str. 346.) @albeno vije}e smatra, me|utim, da je predmet Menten u skladu sa pravilima op{teg me|unarodnog prava o poistovje}ivanju privatnih lica sa funkcionerima dr`ave.

¹⁷⁴ *Vidi* npr. predmet *Daley*, gdje je Tribunal za potra`ivanja izme|u Irana i Sjedinjenih Dr`ava Iranu pripisao me|unarodnu odgovornost za djela petorice pripadnika iranske “revolucionarne garde” u “uniformama sli-nim vojnicima” (18 *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, 1988, str. 238, para. 19).

¹⁷⁵ U vezi s tim mo`e se pomenuti predmet *Stocké* pred Evropskom komisijom za ljudska prava. Njema-ki gra|anin pobjegao je iz Njema-ke u [vicarsku a zatim u Francusku kako bi izbjegao hap{enje u Njema-koj za navodnu utaju poreza. Policijski informant na prevaru ga je naveo da u|e u Njema-ku, gdje je uhap{en. On se zatim pred Evropskom komisijom za ljudska prava `alio da je njegovim hap{enjem prekr{en -lan 5(1) EKLJP. Komisija je konstatovala sljede}e:

“[u] slu-aju dosluha izme|u dr`avnih vlasti, tj. bilo kojeg dr`avnog funkcionera bez obzira na njegovu poziciju u hijerarhiji, i privatnog lica u svrhu vra}anja lica koje `ivi u inostranstvu na teritoriju zemlje u kojoj je krivi-no gonjen, protiv njegove volje i bez saglasnosti zemlje u kojoj boravi, visoka strana ugovornica snosi odgovornost za djela privatnog lica koje *de facto* djeluje u njeno ime. Komisija

145. U svjetlu gornje diskusije, može se sa sigurnošću izvesti sljedeći zaključak. U predmetu koji je pred nama, budući da su oružane snage bosanskih Srba sačinjavale "vojnu organizaciju", vrsta kontrole vlasti SRJ nad tim oružanim snagama koju zahtijeva međunarodno pravo da bi se taj oružani sukob smatrao međunarodnim jeste *opšta kontrola* koja se ne svodi samo na finansiranje i opremanje takvih snaga, nego uključuje učestvovanje u planiranju i nadziranju vojnih operacija. Naprotiv, međunarodna pravila ne zahtijevaju da se ta kontrola proteže na izdavanje konkretnih naređenja ili uputstava za pojedinačne vojne akcije, bez obzira da li su te akcije u suprotnosti sa međunarodnim humanitarnim pravom.

4. ^injenični odnos između vojske bosanskih Srba i Vojske SRJ

146. @albeno vijeće zaključilo je da se u općem međunarodnom pravu mogu primijeniti tri testa za utvrđivanje da li neki pojedinac djeluje kao *de facto* organ države. U slučaju pojedinaca koji pripadaju oružanim snagama ili vojnim jedinicama, kao i u slučaju svih drugih hijerarhijski organizovanih grupa, primjenjuje se test općte kontrole države.

147. Sada je na @albenom vijeću da utvrdi da li je, u okolnostima predmeta koji je pred nama, Jugoslovenska armija 1992. vršila potrebnu mjeru kontrole nad vojskom bosanskih Srba. Odgovor mora biti potvrđan.

148. @albeno vijeće ne vidi nikakvog osnova da odbaci ^injenične nalaze Pretresnog vijeća u ovom predmetu i oslanja se na ^injenične konstatacije u Presudi. ^ini se da između veštine i sudije McDonald, koja takođe prihvata ^injenične konstatacije sadržane u Presudi,¹⁷⁶ nema neslaganja u pogledu ^injenica, nego samo u pogledu pravnog tumačenja tih ^injenica.

149. Međutim, budući da @albeno vijeće smatra da je Pretresno vijeće primijenilo neprimjeren standard u ocjeni pravnih posljedica odnosa između SRJ i snaga bosanskih

smatra da takve okolnosti mogu učiniti hapšenje i zatvaranje te osobe protivzakonitim u smislu člana 5(1) Konvencije." (*Stocké v. Federal Republic of Germany*, Eur. Court H.R., judgment of 19 March 1991, Series A, no. 199, para. 168 (Opinion of the Commission)). Iako su se ti predmeti ticali državne odgovornosti, oni mogu biti od značaja za pitanje krivične odgovornosti pojedinaca koji su počinili teška krivična djela, jer oni navode uslove potrebne da bi se pojedinci mogli smatrati *de facto* državnim organima.

¹⁷⁶ *Vidi* Izdvojeno i protivno mišljenje sudije McDonald, para. 1: "U potpunosti se slažem sa Mišljenjem i presudom, sem s odlukom da se član 2 Statuta ne može primijeniti na optužbe protiv optuženog."

Srba, @albeno vije}e mora gornju analizu primijeniti na ~injenice i iz nje izvu}i nu`ne pravne zaklju~ke.

150. Pretresno vije}e je nedvojbeno ustanovilo da se komandna struktura JNA nije promijenila ni nakon 19. maja 1992, nakon {to je preimenovana i pretvorena u VJ. Nadalje, {to je jo{ va`nije, iz odluke Pretresnog vije}a, a naro-ito iz ocjene dokaza koju je sproveda sudija McDonald u svom Izdvojenom i protivnom mi{ljenju, o-ito je da je ~ak i nakon tog datuma VJ nastavila da kontroli}e vojsku bosanskih Srba u Bosni i Hercegovini, tj. VRS. VJ je imala kontrolu nad politi-kim i vojnim ciljevima, kao i nad vojnim operacijama VRS. Valja podsjetiti na dva "faktora" koji su istaknuti u Presudi: kao prvo, "prebacivanje u 1. kraji{k korpus, kao i u druge jedinice VRS, biv{i}ih oficira JNA koji porijeklom nisu bili bosanski Srbi sa ekvivalentnih polo`aja u odgovaraju}im jedinicama JNA koje su prethodile jedinicama VRS"¹⁷⁷ i drugo, {to se ti-e VRS, "neprekidna isplata plata, kako oficirima koji jesu bosanski Srbi tako i onima koji nisu bosanski Srbi, od strane vlade Savezne Republike Jugoslavije (Srbije i Crne Gore)."¹⁷⁸ Prema mi{ljenju Pretresnog vije}a, ta dva faktora nisu sa-injavala niti ukazivala na efektivnu kontrolu Beograda nad snagama bosanskih Srba.¹⁷⁹ Naprotiv, @albeno vije}e dijeli mi{ljenje koje je iznijela sudija McDonald u svom Izdvojenom i protivnom mi{ljenju, da su ta dva faktora, zajedno sa drugim elementima koje je dokazalo Tu`ila{tvo, indikacija kontrole.¹⁸⁰

151. Ono {to se mo`e sagledati iz ~injenica koje ne osporava Pretresno vije}e a koje pominje sudija McDonald ({to se ti-e strukture komandovanja i rukovo|enja koja se nastavila nakon preimenovanja VRS i nastavka isplate plata oficirima vojske bosanskih Srba od strane SRJ) jeste da VRS i VJ nisu nakon maja 1992. autenti~no bile dvije odvojene vojske. To je dalje potkrijepljeno sljede}im faktorima:

¹⁷⁷ Presuda, para. 601.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ *Ibid.*, para. 601-602.

¹⁸⁰ Kao {to je navela sudija McDonald: "[s]tvaranje VRS [nakon 19. maja 1992.] bilo je pravna fikcija. Jedine promjene do kojih je do{lo nakon rezolucije Savjeta bezbjednosti od 15. maja 1992. bile su premje{tanje trupa, osnivanje Glavnog {taba VRS, promjena imena vojne organizacije i pojedina-nih jedinica, i promjena vojnih oznaka. Ostalo je isto oru`je, ista oprema, isti oficiri, isti komandanti, uglavnom iste trupe, isti logisti-ki centri, isti snabdjeva-i, ista infrastruktura, isti izvor plata, isti ciljevi i zadatak, ista taktika i iste operacije. A {to je osobito va`no, namjera je ostala ista [...] VRS je o-ito nastavila djelovati kao integralan i zna-ajan dio srpskog ratnog poduhvata. [...] Glavni {tab VRS, ~iji su svi ~lanovi bili generali u JNA, a mnoge je General{tab JNA imenovao na njihove polo`aje, odr`avao je direktnu komunikaciju sa General{tabom VJ putem komunikacijske veze iz Beograda. [...]. Sem toga, VRS su nastavili snabdijevati isti snabdjeva-i iz Savezne Republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora) koji su snabdjevali i JNA, iako su trebovanja nakon 19. maja 1992. i{la preko na-elnika {taba VRS koji ih je proslije|ivao za Beograd." (Izdvojeno i protivno mi{ljenje sudije McDonald, para. 7-8).

(i) Reorganizacija JNA i promjena imena nisu bile indikacija promjene vojnih ciljeva i strategija. Komandna struktura JNA i preimenovanje dijela JNA u VRS, sprovedeno kako bi se stvorio privid povinovnja me|unarodnim zahtjevima, u stvari je imalo za cilj da obezbijedi da znatne oru`ane snage etni-kih Srba ostanu u Bosni i Hercegovini.¹⁸¹

(ii) Povrh znatne finansijske, logisti-ke i druge pomo}i i podr{ke za koju je priznato da je VJ pru`ala VRS, Pretresno vije}e nije osporilo da je VRS, kao kreacija SRJ/VJ, imala istu strukturu i -inove kao VJ, kao ni to da je SRJ/VJ rukovodila i nadgledala aktivnosti i operacije VRS.¹⁸² Posljedica toga bila je da je VRS odra`avala strategije i taktike koje je stvorila SRJ/JNA/VJ.

(iii) Nakon 19. maja 1992, elementi FRJ/VJ i dalje su neposredno intervenisali u sukobu u Bosni i Hercegovini, bore}i se rame uz rame sa VRS i pru`aju}i mu kriti- nu borbenu podr{ku. Premda je zauzelo stav da je oru`ani sukob me|unarodnog karaktera postojao samo do 19. maja 1992, Pretresno vije}e je ipak prihvatilo da su i nakon toga "aktivni elementi" oru`anih snaga SRJ, Vojske Jugoslavije (VJ), bili umije}ani u oru`ani sukob u Bosni i Hercegovini.¹⁸³ Bio je stoga o- it znatan *de facto* kontinuitet, u smislu nastavka neprijateljstava,¹⁸⁴ te se

¹⁸¹ U svjetlu zahtjeva Savjeta bezbjednosti od 15. maja 1992. da se smjesta obustavi svako uplitanje jedinica JNA izvan Bosne i Hercegovine, Pretresno vije}e opisalo je dilemu pred kojom se na{la JNA zbog sve ve}eg me|unarodnog nadzora od 1991. nadalje, kao problem kako

"pretvoriti JNA u armiju onog {to je preostalo od Jugoslavije, odnosno armiju Srbije i Crne Gore, a ipak zadr`ati u srpskim rukama kontrolu nad zna- ajnim dijelovima Bosne i Hercegovine i istovremeno se pretvarati da su ispo{tovani me|unarodni zahtjevi za odlazak JNA iz Bosne i Hercegovine. [...] Prona}eno je rje{enje, bar {to se Srbije ti- e, u prekomandovanju u Bosnu i Hercegovinu svih bosanskih Srba, vojnika koji su slu`ili u jedinicama JNA na drugim mjestima, te povla- enju svih ne-Bosanaca iz Bosne i Hercegovine. To je naizgled trebalo zadovoljiti me|unarodne zahtjeve dok bi u Bosni i Hercegovini istovremeno ostale velike srpske oru`ane snage." (Presuda, para 113-114).

Sem toga, generalni sekretar UN, komentiraju}i prividno povla- enje JNA iz Bosne i Hercegovine, u svom je izvje{taju od 3. decembra 1992. zaklju- io da "[p]remda se JNA potpuno povukla iz Bosne i Hercegovine, ostali su biv{i pripadnici JNA, porijeklom bosanski Srbi sa svojom opremom, koji sa- injavaju Vojsku 'Republike Srpske'" (*Report of the Secretary-General concerning the situation in Bosnia and Herzegovina*, U.N. Doc. A/47/747, para. 10).

¹⁸² Presuda, para. 115:

"VRS je zapravo bila proizvod raspada stare JNA i povla- enja njenih nebosanskih dijelova u Srbiju. Me|utim, ve}ina komandanata jedinica biv{e JNA, ako ne i svi, skoro svi Srbi, koji su se 18. maja 1992. sa svojim jedinicama na{li na du`nosti u Bosni i Hercegovini, ostali su na du`nosti kao komandanti svojih jedinica tokom 1992. i 1993. [...]"

Vidi tako |e *ibid.*, para. 590: "Napad na Kozarac izveli su elementi armijskog korpusa sa sjedi{tem u Banja Luci. Ovaj korpus, ranije korpus stare JNA, postao je dio VRS i preimenovan je u "Banjalu-ki" ili "Prvi kraji{k}i" korpus poslije 19. maja 1992, ali je zadr`ao istog komandanta." *Vidi* tako |e *ibid.*, para. 114-116, 118-121, 594.

¹⁸³ *ibid.*, para 118 ("Uprkos objavljenom povla- enju JNA iz Bosne i Hercegovine u maju 1992, aktivni elementi nekada{nje JNA, sada prekr{teni u VJ, [...] ostali su u Bosni i Hercegovini nakon povla- enja u maju i sara |ivali sa VRS tokom 1992. i 1993.") i para 569 ("[...] snage VJ su ostale uklju- ene u oru`ani sukob i nakon tog datuma").

¹⁸⁴ *Vidi* naro- ito *ibid.*, para. 566:

-ini da nema sna`nog -injeni-nog osnova za zaklju-ak Pretresnog vije}a da od 19. maja 1992. nadalje SRJ/VJ vi{e nije imala kontrolu nad VRS.¹⁸⁵

(iv) Vojne operacije JNA pod komandom Beograda koje su zapo-ele prije 19. maja 1992. nisu odmah prekinute. Sa -isto prakti-nog gledi{ta, izuzetno je nevjerovatno da bi ih uop{te bilo mogu}e prekinuti preko no}i.¹⁸⁶

Stvaranje VRS od strane SRJ/VJ nije, dakle, ukazivalo na namjeru Beograda da se odrekne kontrole SRJ/VJ nad vojskom bosanskih Srba. Naprotiv, VRS je formirana kako bi se nastavili postizati sopstveni politi-ki i vojni ciljevi SRJ, a iz dokaza je o-ito da su ti ciljevi ostvarivani vojnim i politi-kim operacijama koje je kontrolisao Beograd i JNA/VJ. Nema dokaza da su se 19. maja 1992. ti ciljevi promijenili.¹⁸⁷

152. Uzeti zajedno, ovi faktori sugeri}u da se odnos izme|u VJ i VRS ne mo`e okarakterisati kao puki odnos koordinacije politi-kih i vojnih aktivnosti. ^ak i ako su kao reakcija na me|unarodni nadzor upra`njavani i usvojeni manje eksplicitni oblici komandovanja vojnim operacijama, veza izme|u VJ i VRS o-ito je obuhvatala mnogo

"Prije, za vrijeme i nakon napada na Kozarac 24. maja 1992. odvijali su se i nastavili da se odvijaju {irom teritorije Bosne i Hercegovine teku}i sukobi izme|u vlade Republike Bosne i Hercegovine s jedne strane i, s druge strane, snaga bosanskih Srba, elemenata VJ koji su djelovali s vremena na vrijeme na teritoriji Bosne i Hercegovine, te razli-itih paravojsnih grupa, a svi su oni okupirali ili se spremali da okupiraju zna-ajan dio teritorije te dr`ave."

Vidi tako|e para. 579: "[P]reuzimanje op{tine Prijedor po-elo je prije povla-enja JNA 19. maja 1992. i nije zavr{eno do poslije tog datuma." Vidi tako|e Protivno mi{ljenje sudije McDonald koja je konstatovala "kontinuitet izme|u JNA i VRS, posebno u vezi s vojnim operacijama na podru-ju op{tine Prijedor [...]." (Izdvojeno i protivno mi{ljenje sudije McDonald, para. 15).

¹⁸⁵ Sem toga, zanimljivo je da je Pretresno vije}e, iako je zaklju-ilo da je JNA/VJ izgubila efektivnu kontrolu nad VRS-om nakon 19. maja 1992, istovremeno pomenulo da tu kontrolu nisu, -ini se, preuzele bosanske vlasti. Konkretno, Pretresno vije}e je na{lo da je "Vlada Republike Bosne i Hercegovine [...] bila suo-ena s velikim problemima: [...] problemom odbrane, koji je obuhvatao kontrolu nad mobilizacijom i operacijama oru`anih snaga." (Presuda, para. 124, naglasak dodat).

¹⁸⁶ Povla-enje iz sukoba i izvla-enje tako velikih snaga bilo bi samo po sebi skop-ano sa prili-nim logisti-kim pote{ko}ama. [to se ti-e obima i stepena umije{anosti velikog broja trupa JNA u Bosni i Hercegovini i nastavljanju njihovih aktivnosti nakon 19. maja 1992, vidi *ibid.*, para. 124-125: "Po-etkom 1992. u Bosni i Hercegovini bilo je oko 100.000 vojnika JNA sa preko 700 tenkova, 1.000 oklopnih transportera, mnogo te{kog naoru`anja, 100 aviona i 500 helikoptera, sve pod komandom General{taba JNA u Beogradu. [...] Dana 19. maja 1992. najavljeno je povla-enje JNA iz Bosne i Hercegovine, ali je VRS nastavila sa napadima."

¹⁸⁷ Vidi naro-ito *ibid.*, para. 116 (u kojem se citira knjiga biv{eg jugoslovenskog saveznog sekretara za odbranu, generala Veljka Kadiveji}a, pod naslovom: *Moje vi/enje raspada: vojska bez dr`ave* (dokazni predmet optu`be 30)):

"[J]edinice i {tabovi biv{e JNA -inili su ki-mu vojske Srpske Republike (Republika Srpska), sa svim oru`jem i opremom [...] [P]rvo je JNA, a zatim armija Republike Srpske koju je JNA postavila na noge, pomogla da se oslobode srpske teritorije, za{titi srpski narod i stvore povoljni vojni preduslovi za ostvarivanje interesa i prava srpskog naroda u Bosni i Hercegovini ..."

Vidi tako|e para. 590:

"Okupacija Kozarca i okolnih sela bila je dio vojne i politi-ke operacije koja je zapo-ela prije 19. maja 1992. preuzimanjem grada Prijedora 29. aprila 1992, u cilju uspostavljanja kontrole nad ovom op{tinom u sastavu kopnenog koridora bosanske teritorije koji je povezivao Saveznu Republiku Jugoslaviju (Srbija i Crna Gora) sa takozvanom Republikom Srpskom Krajinom u Hrvatskoj."

više nego puku koordinaciju ili saradnju između saveznika; u stvari, preimenovana vojska bosanskih Srba i dalje je sa-injavala jednu vojsku pod komandom General{taba VJ u Beogradu.¹⁸⁸ Bilo je o-ito da je i nakon 19. maja 1992. vojska bosanskih Srba nastavila da djeluje na postizanju vojnih ciljeva formulisanih u Beogradu. U vezi sa tim, Pretresnom su vije}u predo-eni o-igledni dokazi o lancu vojnog komandovanja između Beograda i Pala i Pretresno vije}e prihvatilo je da je Glavni {tab VRS imao veze i redovnu komunikaciju sa Beogradom.¹⁸⁹ Uprkos tome, i premda je Pretresno vije}e priznalo mogućnost da su neki pripadnici VRS dobili konkretna uputstva od SRJ da po-ine određena djela ili izvedu neke konkretne zadatke, Pretresno vije}e je zaklju-ilo da "bez dokaza o tome da su primljena nare|enja iz Beograda koja su zaobi{la ili poni{tila ovla{enja komandanta Korpusa, ne mo`e se re}i da su ta djela izvr{ena "u ime" Savezne Republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora)."¹⁹⁰

153. @albeno vije}e smatra da zahtjev da se doka`u konkretna nare|enja kojima su zaobi|ena ili poni{tena nare|enja sa vi{eg mjesta ne samo da se bazira na primjeni pogre{nog testa nego je on tako|e sporan u ovom kontekstu. Za VJ i VRS bilo je karakteristi-no to da *su dijelili iste* vojne ciljeve. Stoga je po samoj biti stvari nevjerovatno da bi nare|enja iz Beograda kojima bi se zaobi{la ili poni{tila ovla{enja lokalnih komandanata korpusa uop{te bila potrebna, budu}i da su te snage bile u svemu saglasne; -ini se da je i Pretresno vije}e implicitno uva`ilo taj element.¹⁹¹

154. Nadalje, konstatovav{i da je plata svih oficira 1. kraji{kog korpusa kao i, pretpostavlja se, plata svih vi{ih komandanata VRS kao biv{ih oficira JNA i dalje

¹⁸⁸ Premda je odnos između JNA i VRS-a mogao uključivati koordinaciju i saradnju, on se ne mo`e svesti samo na to. Kao {to je konstatovalo i samo Pretresno vije}e: "U 1991. godini i dalje tokom 1992, paravojne snage bosanskih Srba i hrvatskih Srba su sarajivale sa JNA i *djelovale pod komandom i u okviru JNA.*" (*ibid.*, para 593; naglasak dodat).

¹⁸⁹ *Ibid.*, para. 598:

"Pretresno vije}e je ve} razmotrilo ogromni zna-aj logisti-ke podr{ke koju je pru`ala Savezna Republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) VRS. [...] [p]ored kanalisanja svih komunikacija VRS na visokom nivou preko sigurnih veza u Beogradu, uspostavljena je i odr`avana svakodnevna komunikaciona veza između Glavnog {taba VRS i Glavnog {taba VRJ u Beogradu.[...]"

¹⁹⁰ *Ibid.*, para. 601.

¹⁹¹ Pretresno vije}e je konstatovalo da:

"[i]z dokaza je jasno da su vojni i politi-ki ciljevi Republike Srpske i Savezne Republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora) bili u velikoj mjeri komplementarni. [...] Politi-ko rukovodstvo Republike Srpske [...] i njihovi stariji vojni komandanti bez sumnje su smatrali uspjeh sveop{teg srpskog ratnog napora preduslovom za njihov iskazani politi-ki cilj ujedinjavanja sa Srbijom i Crnom Gorom u okviru Velike Srbije. [...] U tom smislu nije bilo velike potrebe da VJ i vlada Savezne Republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora) nastoje da ostvare neki stvarni stepen kontrole nad VRS, za razliku od koordinacije sa njom. Sve dok su Republika Srpska i VRS ostale predane zajedni-kim strate{kim ciljevima rata, i dok su Glavni {tabovi dvije vojske mogli da koordiniraju svoje aktivnosti na najvi{im nivoima, bilo je dovoljno da Savezna Republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) i VJ obezbje|uju VRS logisti-ka materijalna sredstva i, gdje je potrebno, popunjavaju bosanske elemente oficirskog kadra VRS

pristizala iz Beograda nakon 19. maja 1992, Pretresno vijeće je uvažilo da bi se, kad su u pitanju pojedinci, moglo zaključiti da plaćanje "može biti izjednačeno sa kontrolom."¹⁹² Pretresno vijeće je ipak taj kontinuitet komandnih struktura, logističke organizacije, strategije i taktike ocijenilo naprosto kao "pitanja kako pogodnosti tako i vojne potrebe" i konstatovalo da takvi dokazi "utvrđuju tek mogućnost kontrole sadržanu u odnosu zavisnosti do kojeg je takvo finansiranje dovelo."¹⁹³ Prema mišljenju @albenog vijeća, međutim, premda se iz dokaza ne vide tačni detalji odnosa VRS i glavne komande u Beogradu, ipak je bitno imati na umu da je postojala nedvojbena namjera da se prikrije komandujuća uloga SRJ, što je optužba obilato i dokazala.¹⁹⁴ Prema mišljenju @albenog vijeća, zaključak Pretresnog vijeća da je odnos između SRJ/VJ i VRS bio odnos saradnje i koordinacije a ne općte kontrole ima tu slabost što nekritički prihvata karakteristike koje je Beograd namjerno ustanovio kako bi se stvorio privid da su Beograd i Pale povezani samo kao partneri koji djeluju u saradnji. Takav pristup ne samo da je pogrešan u konkretnim okolnostima ovog predmeta, nego može dovesti do štetnih posljedica usvoji li se kao općti pristup. Pridavanje neprimjerene važnosti vidljivim strukturama i javnim izjavama zarađenih strana, umjesto istanane analize stvarnog odnosa koji postoji među njima, može prećutno sugerisati grupama koje vrše *de facto* kontrolu nad vojnim snagama da se odgovornost za djela tih snaga može izbjeći povrćnim restrukturisanjem tih snaga ili olakim izjavama da su restrukturisane snage od sada nezavisne od svojih dotadašnjih sponzora.

155. Najzad, valja uočiti da je Pretresno vijeće zaključilo da su razni oblici pomoćni oružanim snagama Republike Srpske od strane Vlade SRJ bili "od ključnog značaja" za ostvarivanje njihovih aktivnosti i da su "te snage skoro u potpunosti zavisile od materijalnih sredstava VJ za sprovođenje ofanzivnih operacija".¹⁹⁵ Uprkos tom nalazu, Pretresno vijeće nije konstatovalo "općtu kontrolu". Velika težina pridana je nedostatku konkretnih dokaza o specifićnim uputstvima. Smatralo se da nema dovoljno dokaza za

nebosanskim oficirima VJ ili bivše JNA, kako bi se osiguralo nastavljjanje ovog procesa." (*ibid.*, para. 603-604).

¹⁹² *Ibid.*, para. 602. O tome Pretresno vijeće tako je konstatuje da:

"s obzirom da je Savezna Republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) preuzela odgovornost za finansiranje VRS, koja se najvećim dijelom sastojala od vojnika i oficira bivše JNA, ne treba se uđiti -injenici što bi takvo finansiranje ne samo uključivalo plate vojnicima i oficirima, već i što bi se nastavilo oslanjanje na postojeće administrativne mehanizme za finansiranje tih vojnika i njihovih operacija poslije 19. maja 1992. [...]" (*ibid.*)

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ U vezi s ovim vidi svjedočenje vještaka Dr. Jamesa Gowa, transkript rasprave u predmetu br. IT-94-1-T, *Tužila protiv Dućka Tadića*, 10. maj 1996, str. 308-309; *ibid.*, 13 maj 1996, str. 330-338.

¹⁹⁵ Presuda, para. 605.

"efektivnu kontrolu",¹⁹⁶ opet na osnovu toga {to Pretresnom vije}u nisu predo-eni eksplicitni dokazi o tome da je Beograd izdavao neposredna uputstva.¹⁹⁷ Me|utim, taj zaklju-ak izveden je na osnovu toga {to je Pretresno vije}e primijenilo pogre{an test.

156. Kao {to je @albena vije}e ve} istaklo, me|unarodno pravo ne postavlja uslov da je za odre|ena djela o kojima je rije- strana dr`ava izdala konkretna uputstva ili direktive odre|enim oru`anim snagama, a da bi se za te oru`ane snage moglo smatrati da djeluju kao *de facto* organi dr`ave. Iz toga proizilazi da u okolnostima ovog predmeta nije bilo potrebno pokazati da je konkretne operacije koje su sprovele snage bosanskih Srba i koje su predmet ovog su|enja (napadi na Kozarac i op{te uzev{i u op{tini Prijedor) konkretno naredila ili planirala Jugoslovenska armija. Dovoljno je pokazati da je ta Armija vr{ila op{tu kontrolu nad snagama bosanskih Srba – {to je optu`ba pred Pretresnim vije}em i pokazala. Ta kontrola se odra`avala ne samo u finansijskoj, logisti-koj i drugoj pomo}i i podr{ci nego tako|e, {to je jo{ va`nije, u u-estvovanju u op{tem usmjeravanju, koordinaciji i nadzoru nad aktivnostima i operacijama VRS. Ta vrsta kontrole dovoljna je da se ispune pravni kriterijumi koje zahtijeva me|unarodno pravo.

157. *Ex post facto* potvrdu ~injenice da je kroz vi{e godina (u svakom slu-aju izme|u 1992. i 1995.) SRJ vr{ila op{tu kontrolu nad Republikom Srpskom u politi-kom i vojnom domenu mogu}e je na}i u procesu pregovora i zaklju-enja Dejtonsko-pari{kog sporazuma 1995. Naravno, sklapanje Dejtonsko-pari{kog sporazuma 1995. ne mo`e predstavljati neposredan dokaz o prirodi veze koja je postojala izme|u vojske bosanskih Srba i vojske SRJ nakon maja 1992. i stoga nipo{to nema odlu-uju}u va`nost za pitanje kontrole u tom periodu. Ipak, Dejtonsko-pari{ki sporazum mo`e se posmatrati kao vrhunac dugog procesa. Taj proces je iziskivao dijalog sa svim politi-kim i vojnim snagama koje su vr{ile stvarnu vlast na terenu (bilo *de facto* bilo *de iure*) kao i stalnu spremnost da se reagira na promjenjivu vojnu i politi-ku situaciju tih snaga. Politi-ki proces koji je kulminirao Dejtonom po-eo je ubrzo nakon izbijanja neprijateljstava i trajao je tokom klju-nog perioda koji ovdje razmatramo. U onoj mjeri u kojoj je obim tog procesa odraz stvarne strukture mo}i koja je postojala u Bosni i Hercegovini tokom

¹⁹⁶ Pretresno vije}e smatralo je da nije dovoljno to {to je VJ "koristila mogu}nosti kontrole sadr`ane u toj zavisnosti' ili *joj je na drugi na-in data efektivna kontrola nad tim snagama [...]*" (*ibid.*, kurziv dodat).

¹⁹⁷ Pretresno vije}e je konstatovalo da je:

"Savezna Republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora), kroz zavisnost VRS od isporuke *borbene tehnike* od strane VJ, imala mogu}nost da ostvaruje veliki uticaj i mo`da -ak i kontrolu nad VRS. [...] [Me|utim], nema dokaza na osnovu kojih ovo Pretresno vije}e mo`e zaklju-iti da su Savezna Republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora) i VJ ikada usmjeravale ili, {to se toga ti-e, ikada osje}ale potrebu da poku{aju da usmjere postoje}e vojne operacije VRS [...]" (*ibid.*)

-itavog sukoba, Dejtonsko-pari{ki sporazum omogu}ava naro-it uvid u politi-ku, strate{ku i vojnu stvarnost koja je vladala u Bosni i Hercegovini do 1995, uklju-uju}i maja 1992. ^injenica da je od 4. avgusta 1994. SRJ, -ini se, prekinula podr{ku Republici Srpskoj jer jugoslovensko vo|stvo nije imalo povjerenja u vlasti RS nije bezna-ajna.¹⁹⁸ U stvari, taj "raskid veza" upravo nagla{ava visoki stepen op{te kontrole SRJ nad Republikom Srpskom jer je ubrzo nakon povla-enja podr{ke SRJ, Republika Srpska uvidjela da nema mnogo izbora sem da se povinuje vlasti SRJ.¹⁹⁹ Stoga Dejtonsko-pari{ki sporazum mo`e *indirektno* osvijetliti stvarno stanje strukture komandovanja i rukovo|enja vojskom bosanskih Srba koja je postojala u vrijeme kad je naizgled prekinuta veza izme|u VRS i VJ, a mo`e pomo}i i u ocjeni da li je i nakon toga SRJ nastavila da kontroli{e vojsku bosanskih Srba.

158. @albeno vije}e sada }e razmotriti specifi-ke karakteristike Dejtonskog sporazuma koje su relevantne za ovo ispitivanje.

159. Sporazumom sklopljenim 29. avgusta izme|u SRJ i Republike Srpske, a koji je pomenut u preambuli Dejtonsko-pari{kog sporazuma, predvi|eno je da }e u Dejtonu pregovarati jedinstvena delegacija. Ta bi se delegacija sastojala od {est osoba, tri iz SRJ i tri iz Republike Srpske. Delegaciju bi vodio predsjednik Milo{evi}, koji bi imao odlu-uju}i glas u slu-aju da glasovi budu prepolovljeni.²⁰⁰ Kasnije, kad je trebalo potpisati razne sporazume sklopljene u Dejtonu, ponovo se ispostavilo da je SRJ bila ta

¹⁹⁸ Vidi *Izvje{taj sapredsjedatelja Upravlja-kog odbora Me|unarodne konferencije za biv{u Jugoslaviju o uspostavi i po-etku rada Misije Me|unarodne konferencije za biv{u Jugoslaviju u Saveznoj Republici Jugoslaviji (Srbija i Crna Gora), S/1994/1074*, 19. septembar 1996, str. 3, gdje se navodi da je od 4. avgusta 1994. Vlada Savezne Republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora) naredila, me|u ostalim, da se prekinu politi-ke i privredne veze sa Republikom Srpskom te da se zatvori granica izme|u Republike Srpske i SRJ za sav promet robe u Republiku Srpsku sem hrane, odje}e i lijekova. Postavljeni su me|unarodni posmatra-i da nadziru po{tivanje tih mjera i sapredsjedatelji su izvijestili da Vlada SRJ, -ini se, "ispunjava svoju obavezu da zatvori granicu izme|u Savezne Republike Jugoslavije (Srbije i Crne Gore) i dijelova Republike Bosne i Hercegovine koji su pod kontrolom snaga bosanskih Srba." (*Izvje{taj sapredsjedatelja Upravlja-kog odbora Me|unarodne konferencije o biv{o}j Jugoslaviji o izvr{enju mjera zatvaranja granice od strane vlasti Savezne Republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora), S/1994/1124*, 3. oktobar 1994, str. 2-3).

¹⁹⁹ Kao {to je opisano kasnije u tekstu, vrhunac tog procesa bio je pristanak Republike Srpske da je na Dejtonskoj konferenciji zastupa SRJ (stav 159 ni`e u tekstu). ^ini se da je to sprovedeno uprkos sna`nom otporu u Republici Srpskoj prema mirovnim sporazumima koje je predlagala me|unarodna zajednica, kao {to se vidi iz -injenice da je mirovni sporazum me|unarodne zajednice za Bosnu i Hercegovinu odba-en golemom ve}inom na referendumu koji je organizovan na teritoriji bosanskih Srba 27. i 28. avgusta 1994. (Vidi *Izvje{taj generalnog sekretara o radu organizacije, UNGAOR*, 49. sjednica, supp. no. 1 (A/49/1), 2. septembar 1994, str. 95.)

²⁰⁰ Tim je sporazumom predvi|eno da }e delegaciju Republike Srpske "voditi predsjednik Republike Srbije g. Slobodan Milo{evi}" (-lan 2). Prema tom sporazumu, vo|stvo Republike Srpske pristalo je da }e "usvojiti obavezuju}e odluke delegacije u pogledu mirovnog plana koje su donijete na plenarnoj sjednici obi-nom ve}inom. U slu-aju prepolovljenih glasova, odlu-uju}i }e biti glas predsjednika g. Slobodana Milo{evi}a." (-lan 3). Da je g. Milo{evi} vodio zajedni-ku delegaciju potvrdio je sam Milo{evi} u svom pismu od 21. novembra 1995. predsjedniku Izetbegovi}u u vezi s aneksom 9 uz Dejtonsko-pari{ki sporazum. (Sporazum je pohranjen u biblioteci Me|unarodnog suda.)

koja je umnogome djelovala kao međunarodni subjekt koji vrši vlast nad Republikom Srpskom. Opšti okvirni sporazum, kojim su Bosna i Hercegovina, Hrvatska i SRJ pristupile različitim sporazumima u aneksu i obavezale se da će poštovati i aktivno podržati ispunjenje obaveza koje iz njih proizilaze, potpisao je predsjednik Milošević. Taj potpis imao je efekat garancije da će Republika Srpska poštovati te obaveze. Nadalje, pismom od 21. novembra 1995. upućenim raznim državama (Sjedinjenim Državama, Rusiji, Njemačkoj, Francuskoj i Ujedinjenom Kraljevstvu), SRJ se obavezala da će "preduzeti sve potrebne korake, u skladu sa suverenitetom, teritorijalnim integritetom i političkom nezavisnošću Bosne i Hercegovine, da obezbijedi da Republika Srpska u potpunosti poštuje i povinuje se odredbama" Sporazuma o vojnim aspektima mirovnog dogovora (Aneks 1 uz Dejtonsko-pariški sporazum).²⁰¹ Sem toga, pismo kojim se Republika Srpska obavezala da će poštovati gorepomenuti sporazum potpisao je 21. novembra 1995. ministar inostranih poslova SRJ, g. Milutinović, za Republiku Srpsku.²⁰²

160. Sve ovo, čini se, ide u prilog tvrdnji da je u stvarnosti SRJ vršila opštu političku i vojnu kontrolu nad Republikom Srpskom, barem između 1992. i 1995. (u ovom kontekstu, kontrola uključuje učestvovanje u planiranju i nadziranju vojnih operacija koje su u toku). Zaista, činjenica da je zadnju riječ u vezi sa preuzimanjem međunarodnih obaveza od strane Republike Srpske imala SRJ, i da se sem toga, na kraju sukoba obavezala da će obezbijediti poštivanje tih međunarodnih obaveza od strane Republike Srpske, potvrđuje (i) da je tokom oružanog sukoba SRJ vršila kontrolu nad tim entitetom i (ii) da se ta kontrola nastavila do kraja sukoba.

161. Ovo bi, dakle, predstavljalo još jednu (mada indirektnu) indicaciju podređene uloge koju su Republika Srpska i njeni funkcioneri igrali naspram SRJ u gorepomenutom periodu, uključujući i 1992.

162. Čak i stoga zaključuje se da u predmetnom periodu (1992.) za oružane snage Republike Srpske treba smatrati da su djelovale pod općom kontrolom i u ime SRJ. Stoga se čak i nakon 19. maja 1992. oružani sukob u Bosni i Hercegovini između bosanskih Srba i centralnih vlasti Bosne i Hercegovine mora klasifikovati kao *međunarodni* oružani sukob.

²⁰¹ To je pismo potpisao ministar inostranih poslova SRJ g. Milutinović, slijedom zahtjeva koji su tri člana "delegacije Republike Srpske" 20. novembra 1995. uputili g. Miloševiću.

²⁰² *Vidi* tekst Dejtonsko-pariškog sporazuma (Opšti okvirni mirovni sporazum za Bosnu i Hercegovinu koji su strane parafirale 21. novembra 1995, U.N.Doc. A/50/790, S/1995/999, 30. novembar 1995.)

5. Status `rtava

163. Ustanoviv{i da je u okolnostima ovog predmeta ispunjen prvi od dva uslova iz `lana 2 Statuta za primjenjivost odredbi o te{kim povredama, tj. uslov da sukob bude me|unarodni, @albeno vije}e sada }e se pozabaviti drugim uslovom – da li su `rtve zlo-ina za koje se tereti bila “za{ti}ena lica”.

(a) Relevantne odredbe

164. ^lan 4(1) @enevske konvencije IV (za{tita civila), koji je primjenjiv na ovaj predmet, defini}e “za{ti}ena lica” – dakle, mogu}e `rtve te{kih povreda – kao ona koja se na|u “u rukama jedne strane u sukobu ili jedne okupacione sile -iji nisu dr`avljeni.” Drugim rije-ima, uz izuzetak odredbi `lana 4(2),²⁰³ Konvencija ima za cilj za{titu civila (na neprijateljskoj teritoriji, okupiranoj teritoriji ili u zoni borbenih dejstava) koji nemaju dr`avljanstvo strane u sukobu u -ijim se rukama nalaze ili koji su lica bez dr`avljanstva. Osim toga, kao {to se vidi iz *travaux préparatoires*,²⁰⁴ ta Konvencija tako|e ima za cilj za{titu, na okupiranoj teritoriji, onih civila koji, premda imaju dr`avljanstvo strane u sukobu u -ijim se rukama nalaze, imaju status izbjeglica i stoga vi}e ne duguju lojalnost toj strani niti u`ivaju njenu diplomatsku za{titu (takva bi bila npr. situacija njema-kih Jevreja koji su prije 1940. izbjegli u Francusku i zatim pali u ruke njema-kih snaga koje su okupirale francusku teritoriju).

165. Stoga ve} 1949. pravna veza dr`avljanstva nije smatrana klju-nom i uzimali su se u obzir posebni slu-ajevi. U gorepomenutom slu-aju izbjeglica, smatralo se da je nepostojanje i odnosa lojalnosti prema dr`avi i diplomatske za{tite od strane dr`ave va`nije od formalne veze dr`avljanstva.²⁰⁵ U slu-ajevima koji su predvi|eni `lanom

²⁰³ ^lan 4(2) @enevske konvencije IV glasi:

“Konvencija ne {titi dr`avljane dr`ave koja nije vezana Konvencijom. Dr`avljeni neutralne dr`ave koji se na|u na teritoriji jedne zara}ene dr`ave i dr`avljeni dr`ave koja sau-estvuje u ratu ne}e se smatrati kao za{ti}ena lica dokle god dr`ava -iji su oni dr`avljeni ima redovno diplomatsko predstavni{tvo kod dr`ave u -ijim se rukama oni nalaze.”

²⁰⁴ *Travaux préparatoires* Konvencije sugeriu da su sastavlja-i imali namjeru da primjenu ove odredbe protegnu izme|u ostalog i na lica koja imaju dr`avljanstvo jedne strane u sukobu a koje je ta strana u sukobu istjerala ili koji su pobjegli u inostranstvo i stekli status izbjeglica. Ako se ta lica kasnije zateknu na teritoriji druge strane u sukobu a koja je okupirana od strane njihove mati-ne dr`ave, oni ipak ne gube status “za{ti}enih lica” (*vidi Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, sv. II, str. 561-562, 793-796, 813-814).

²⁰⁵ *Vidi* tako|e `lan 44 @enevske konvencije IV:

“Pri preduzimanju mjera kontrole predvi|enih ovom Konvencijom, sila koja dr`i za{ti}ena lica ne}e sa izbjeglicama koji stvarno ne u`ivaju za{titu nijedne vlade postupati kao sa strancima neprijateljskim dr`avljanima jedino iz razloga {to oni pravno pripadaju jednoj neprijateljskoj dr`avi.”

Nadalje, *vidi* `lan 70(2):

4(2), uzeto je u obzir, sem dr`avljanstva, i postojanje ili nepostojanje diplomatske za{tite: dr`avljeni neutralne dr`ave ili dr`ave koja sa-estvuje u sukobu ne smatraju se "za{ti}enim licima" van ako su li{eni ili ne u`ivaju diplomatsku za{titu. Drugim rije~ima, ti dr`avljeni nisu "za{ti}ena lica" dok god u`ivaju uobi-ajenu diplomatsku za{titu svoje dr`ave; kad tu za{titu izgube ili je ina-e ne u`ivaju, Konvencija im automatski daje status "za{ti}enih lica".

166. Ovaj pravni pristup, koji vi{e pola`e na su{tinu odnosa nego na formalne veze, postaje sve va`niji u modernim me|unarodnim oru`anim sukobima. Dok su se u ranijim vremenima ratovi uglavnom vodili me|u etabliranim dr`avama, u modernim me|uetni-kim oru`anim sukobima kao {to je onaj u biv{oj Jugoslaviji, nove dr`ave nerijetko nastaju za vrijeme oru`anog sukoba, a kriterijum lojalnosti postaje etni-ka pripadnost a ne dr`avljanstvo. Drugim rije~ima, lojalnost dr`avi mo`e biti zadana etni-kom pripadno}u. U takvoj situaciji, uslov dr`avljanstva postaje jo{ neprimjereniji za definisanje za{ti}enih lica. U takvim sukobima, ne samo tekst i historija sastavljanja Konvencije nego, jo{ va`nije, sam cilj i svrha Konvencije govore u prilog tome da klju-nim testom valja smatrati lojalnost strani u sukobu, ~emu odgovara kontrola te strane nad licima na datoj teritoriji.

(b) ^injeni-ni nalazi

167. U predmetnom slu-aju mo`e se tvrditi da su bosanski Srbi, uklju-uju}i `alioqa, imali isto dr`avljanstvo kao i `rtve, tj. bili su dr`avljeni Bosne i Hercegovine. Me|utim, gore je pokazano da su snage bosanskih Srba djelovale kao *de facto* organi druge dr`ave, odnosno SRJ. Stoga su zadovoljeni uslovi iz -lana 4 @enevske konvencije IV: `rtve su bile "za{ti}ena lica", budu}i da su se zatekle u rukama oru`anih snaga dr`ave ~iji nisu bili dr`avljeni.

168. Moglo bi se tvrditi da su prije 6. oktobra 1992, kad je u Bosni i Hercegovini usvojen Zakon o dr`avljanstvu, dr`avljeni SRJ imali isto dr`avljanstvo kao gra|ani Bosne i Hercegovine, tj. dr`avljanstvo Socijalisti~ke Federativne Republike Jugoslavije. ^ak i ako tu tvrdnju prihvatimo kao ta-nu, situacija se sa pravne ta-ke gledita ne bi

"Dr`avljeni okupiraju}e sile koji su, prije po-etka sukoba, potra` ili pribje`i{te na okupiranoj teritoriji mogu biti hap{eni, progonjeni, osu|ivani ili slati u progonstvo van okupirane teritorije, jedino za djela izvr{ena poslije otpo-injavanja neprijateljstava ili za krivi-na djela op{teg prava izvr{ena prije otpo-injanja neprijateljstava koja bi, prema pravu dr`ave ~ija je teritorija okupirana, opravdavala ekstradiciju i u mirno doba."

promijenila. Kao što je Albano vijeće već navelo, član 4 Ženevske konvencije IV, protumačen u svjetlu svog cilja i svrhe, te i što je moguće većoj zaštiti civila. Stoga se njegova primjenjivost ne ograničava na formalne veze i isto pravne odnose. Njegova glavna svrha jeste obezbijediti zaštitu Konvencije onim civilima koji ne uživaju diplomatsku zaštitu, i shodno tome nisu vezani lojalnošću i kontrolom države u kojima su se rukama zatekli. Pri pružanju te zaštite, član 4 mora uzimati u obzir suštinu neke veze, a ne njenu pravnu kvalifikaciju.

169. Stoga bi, čak i kad bi se u okolnostima ovog slučaja smatralo da počinoci i žrtve imaju isto državljanstvo, član 4 ipak bio primjenjiv. Žrtve naime nisu bile lojalne niti su uživale diplomatsku zaštitu države SRJ u koje su se ime borile oružane snage bosanskih Srba.

C. Zaključak

170. Iz gorenavedenog slijedi da je Pretresno vijeće pogriješilo utoliko što je `alioaca oslobodilo isključivo na osnovu neprimjenjivosti rečima teških povreda Ženevskih konvencija iz 1949.

171. Shodno tome, Albano vijeće nalazi da je `alilac kriv za teške povrede Ženevskih konvencija po tačkama 8, 9, 12, 15, 21 i 32.

V. DRUGI OSNOV ZA PROTIV@ALBU OPTU@BE: NALAZ DA NEMA DOVOLJNO DOKAZA ZA U^ESTVOVANJE U UBISTVIMA U JASKI] IMA

A. Navodi strana

1. Argumentacija optu`be

172. Drugi osnov za `albu optu`be jeste:

Pretno vije}e pogrije{ilo je kada je na stranici 132, u paragrafu 373 [Presude] odlu-ilo da se ne mo`e, na osnovu predo-enih dokaza, uvjeriti van razumne sumnje da je optu`eni na bilo koji na-in u-estvovao u ubistvu bilo kojeg od petorice mu{karaca iz sela Jaski}i.²⁰⁶

173. Optu`ba u cjelosti prihvata ~injeni~ne nalaze Pretresnog vije}a,²⁰⁷ ali iznosi dvije tvrdnje. Prvo, ona tvrdi da je, na osnovu tih ~injenica, Pretresno vije}e pogrije{ilo prilikom primjene prava za standard dokaza van razumne sumnje. Drugo, ona tvrdi da je, utvrdiv{i da optu`ba nije ispunila svoju obavezu dokazivanja, Pretresno vije}e pogrije{ilo prilikom primjene doktrine zajedni~ke nakane.²⁰⁸

174. U vezi sa prvom gre{kom, optu`ba tvrdi da je jedini razuman zaklju~ak koji se mo`e izvu}i iz ~injenica koje je utvrdilo Pretresno vije}e zaklju~ak o krivici.²⁰⁹ Kriterijum dokaza van razumne sumnje je da "dokaz mora biti takav da isklju~uje ne svaku hipotezu ili mogu}nost nevinosti, nego svaku vjerovatnu ili racionalnu hipotezu koja se mo`e izvesti iz dokaza, osim one o krivici."²¹⁰ Prema tvrdnjama optu`be, hipoteza Pretresnog vije}a da postoji "jasna mogu}nost da je ubistvo petorice `rtava moglo biti djelo neke sasvim razli~ite grupe naoru`anih ljudi"²¹¹ nije vjerovatna niti racionalna.²¹² Upotreba izraza kao {to su "puka mogu}nost"²¹³ i "mogla bi ukazati"²¹⁴ ukazuje na pogre{nu primjenu kriterijuma za dokaz van razumne sumnje.²¹⁵

²⁰⁶ Podnesak protiv`alioca, para. 3.6.

²⁰⁷ T. 169 (20. april 1999.).

²⁰⁸ T. 170 (20. april 1999.).

²⁰⁹ T. 176 (20. april 1999.).

²¹⁰ Podnesak protiv`alioca, para. 3.12.

²¹¹ Presuda, para. 373.

²¹² Shema argumenta optu`be, para. 42.

²¹³ Presuda, para. 373: "Puka mogu}nost da su seljani Jaski}a izgubili `ivote prilikom nailaska na dio te velike vojne sile bila bi dovoljna da [...] sprije~i dono{enje zaklju~ka da je optu`eni van svake sumnje bio umije{an u ta ubistva."

²¹⁴ *Ibid.*, para 373: "Injenica da u Sivcima nije bilo ubijanja mogla bi ukazati na mogu}nost da ubijanje seljana nije bilo planirani dio ove konkretne epizode etni-kog -i{jenja u ova dva sela u kojoj je u-estvovao optu`eni [...]."

²¹⁵ T. 172 (20 april 1999.).

175. U vezi sa drugom gre{kom, optu`ba tvrdi da se su{tina doktrine zajedni-ke nakane sastoji u tome da }e osoba koja svjesno u-estvuje u kriminalnoj aktivnosti sa drugima biti odgovorna za sva protivzakonita djela koja su prirodne i vjerovatne posljedice te zajedni-ke nakane.²¹⁶ Pretresno vije}e zaklju-ilo je da je u-estvovanje `alioca u napadu na Sivce i Jaski}e bilo dio oru`anog sukoba na teritoriji op{tine Prijedor izme|u maja i decembra 1992. Glavni aspekt tog napada bila je politika istjerivanja nesrpskog stanovni{tva iz tog regiona izvr{enjem ne-ovje-nih i nasilnih djela nad njima kako bi se postiglo stvaranje Velike Srbije. Prema tvrdnjama optu`be, jedini zaklju-ak do kojeg se razumno mo`e do}i na osnovu svih dokaza je to da su ubistva petorice `rtava bila sasvim predvidiva kao dio prirodnih i vjerovatnih posljedica napada na Sivce i Jaski}e 14. juna 1992.²¹⁷ Optu`ba tvrdi da je ta politika etni-kog -i{)enja sprovedena nad ne-Srbima na cijeloj teritoriji op{tine Prijedor raznim protivzakonitim sredstvima, uklju-uju}i ubistva.²¹⁸ U tom smislu su djela i prisustvo `alioca direktno i su{tinski pomogli toj politici. Iz toga slijedi da je, bez obzira na to koji pripadnik ili pripadnici srpskih snaga su u stvari ubili petoricu `rtava, `alioca trebalo proglasiti krivim prema -lanu 7(1) Statuta.²¹⁹

2. Argumentacija odbrane

176. Odbrana tvrdi da je, u svjetlu svog nalaza da nitko nije ubijen u Sivcima 14. juna 1992, Pretresno vije}e ta-no zaklju-ilo da postoji mogu}nost da je petoricu `rtava u Jaski}ima ubila jedna druga, razli-ita grupa naoru`anih ljudi, posebno imaju}i na umu da se ni{ta ne zna o tome ko je i pod kojim okolnostima ustrijelio `rtve.²²⁰ Shodno tome, standard dokaza van razumne sumnje je ispravno primijenjen.²²¹

177. U vezi s argumentima optu`be o zajedni-koj nakani, odbrana tvrdi da bi trebalo pokazati da je zajedni-ka nakana u kojoj je, tvrdi se, u-estvovao `alioc uklju-ivala ubijanje za razliku od etni-kog -i{)enja drugim sredstvima.²²² Pretresno vije}e je, na osnovu razlike izme|u operacije u Jaski}ima i operacije u Sivcima u kojoj niko nije

²¹⁶ Podnesak protiv `alioca, para. 3.19.

²¹⁷ *Ibid.*, para. 3.24, 3.27.

²¹⁸ Podnesak protiv `alioca, para. 3.27-3.29; T. 179-180 (20. april 1999.).

²¹⁹ Podnesak protiv `alioca, para. 3.29.

²²⁰ Izmijenjeni odgovor odbrane na podnesak protiv `alioca, para. 3.8-3.10; Shema argumenata odbrane o protiv `albi, para. 2(c).

²²¹ T. 251 (21. april 1999.).

²²² Izmijenjeni odgovor odbrane na podnesak protiv `alioca, para. 3.19; Shema argumenata odbrane o protiv `albi, para. 2(d).

ubijen, ispravno zaključilo da nije bilo moguće zaključiti van razumne sumnje da je `alilac bio uključen u zločinački poduhvat sa namjerom da se ubije.²²³

B. Diskusija

1. Naoružana grupa kojoj je pripadao `alilac počinila je ubistva

178. Pretresno vijeće ustanovilo je, među ostalim činjenicama, da je `alilac 14. juna 1992. zajedno sa drugim naoružanim ljudima učestvovao u odvojenju muškaraca koji su bili odvojeni od žena i djece iz sela Sivci u logor Keraterm, i da je također učestvovao u prozivanju stanovnika, razdvajanju muškaraca od žena i djece i premlaivanju i odvojenju muškaraca u selu Jaski.²²⁴ Tako je ustanovilo da su u potonjem selu ubijena petorica muškaraca.²²⁵

179. U podršku svom stavu da nije dokazano van razumne sumnje da je `alilac na bilo koji način učestvovao u ubistvu petorice muškaraca Pretresno vijeće je navelo:

Činjenica da u Sivcima nije bilo ubijanja mogla bi ukazati na mogućnost da ubijanje seljana nije bilo planirani dio ove konkretne epizode etničkog čišćenja u ova dva sela u kojoj je učestvovao optuženi; moguće je prema tome da je njihova smrt bila djelo neke druge grupe naoružanih ljudi, ili da je bila neovlašten i nepredvidljiv čin nekoga od pripadnika vojne sile koja je učestvovala u Sivcima, za što se optuženi ne može smatrati odgovornim.²²⁶

180. U vezi sa mogućnošću da je ubistva izvela neka druga grupa naoružanih ljudi Pretresno vijeće zaključilo je sljedeće. Jedna naoružana grupa ljudi u kojoj je bio `alilac učestvovala je u Jaski. Ta grupa izdvojila je većinu muškaraca od ostalih seljana, pretukla ih i zatim ih prisilno odvela na nepoznatu lokaciju. `alilac je igrao aktivnu ulogu u aktivnostima ove nasilne grupe. Ta grupa pucala je dok se približavala selu i dok ga je napuštala.

181. Već je istaknuto da je Pretresno vijeće također zaključilo da su petorica muškaraca pronađeni mrtvi u Jaski nakon što je naoružana grupa otišla, a četvorica od njih bili su ustrijeljeni u glavu. Ništa drugo nije bilo poznato o tome ko ih je mogao ubiti i u kojim okolnostima. Pretresno vijeće je, međutim, pomenulo veliku vojnu silu srpskih vojnika, kojoj je pripadao `alilac, koja je istoga dana napala obližnje selo Sivci, a da tamo nije ubijen niti jedan seljanin. Zatim je Pretresno vijeće navelo da bi:

²²³ Izmijenjeni odgovor odbrane na podnesak protiv `alilca, para. 3.9-3.10; Shema argumenata odbrane o protiv `albi, para. 2(d).

²²⁴ Presuda, para. 369, 373.

²²⁵ *Ibid.*, para. 370-373.

²²⁶ *Ibid.*, para. 373.

Puka mogućnost da su seljani Jaskija izgubili živote prilikom nailaska na dio te velike vojne sile [srpskih vojnika koja je napala Sivce] bila dovoljna da uz ove dokaze, ili bolje rečeno, nedostatak dokaza, spriječi donošenje zaključka da je optuženi van svake sumnje bio umiješan u ta ubistva.²²⁷

182. Pretresno vijeće nije natuknulo da je bilo koji svjedok sugerisao da bi neka druga grupa naoružanih ljudi mogla biti odgovorna za ubistva petorice muškaraca. Zapravo, niti jedan od svjedoka nije ništa takvo sugerisao.

183. U svjetlu činjenica nalaza Pretresnog vijeća, albano vijeće drži da je, s obzirom na mogućnost da je neka druga naoružana grupa ubila petoricu muškaraca, Pretresno vijeće pogrešno primijenilo test za dokaz van razumne sumnje. Na osnovu utvrđenih činjenica jedini razuman zaključak koji je moglo izvući Pretresno vijeće jeste taj da je petoricu muškaraca u Jaskiji ubila naoružana grupa kojoj je pripadao alilac.

184. U svjetlu ovog nalaza albano vijeće ne treba da razmotri drugu mogućnost koju je navelo Pretresno vijeće, to jest da je ubistvo petorice muškaraca u Jaskiji moglo biti "neovlašten i nepredvidljiv čin nekoga od pripadnika vojne sile koja je učila u Sivce".

2. Individualna krivična odgovornost lica za ubistva

(a) Član 7(1) Statuta i koncept zajedničke nakane

185. Prema tome, postavlja se pitanje da li se prema međunarodnom krivičnom pravu lica može smatrati krivično odgovornim za ubistvo petorice muškaraca u Jaskiji iako nema dokaza da je on lično ubio bilo kojeg od njih. Dva glavna pitanja su:

- (i) da li djela jednog lica mogu dovesti do krivične odgovornosti drugog kada obojica učestvuju u izvršenju zajedničkog zločina; i
- (ii) koji stepen *mens rea* je potreban u tom slučaju.

186. Osnovna pretpostavka mora da bude da je u međunarodnom pravu, baš kao i u nacionalnim sistemima, osnova krivične odgovornosti princip lične vinosti: nikoga se ne može smatrati krivično odgovornim za djela ili transakcije u koja on nije bio lično uključen ili u kojima nije učestvovao na neki drugi način (*nulla poena sine culpa*). U

²²⁷ *Ibid.*

nacionalnim pravnim sistemima ovaj princip ustanovljen je ustavima,²²⁸ zakonima²²⁹ ili sudskim odlukama.²³⁰ U međunarodnom krivičnom pravu ovaj princip ustanovljen je, među ostalim, u članu 7(1) Statuta Međunarodnog suda koji navodi:

Osoba koja je planirala, poticala, naredila, počinila ili na drugi način pomogla i podržava planiranje, pripremu ili izvršenje krivičnih djela navedenog u člancima 2 do 5 ovoga Statuta smatra se *individualno odgovornom* za to krivično djelo. (naglasak dodan)

Ovu odredbu vrlo dobro objašnjava Izvještaj Generalnog sekretara o osnivanju Međunarodnog suda u kojem se navodi sljedeće:

Jedan važan element u vezi sa nadležnošću *rationae personae* (nadležnost nad osobama) Međunarodnog suda je *princip individualne krivične odgovornosti*. Kao što je gore rečeno, Savjet bezbjednosti je u većem broju rezolucija potvrdio da su osobe koje su počinile teška krivična djela međunarodnog humanitarnog prava u bivšoj Jugoslaviji individualno odgovorne za ta krivična djela.²³¹

Član 7(1) takođe ustanovljava parametre individualne krivične odgovornosti prema Statutu. Svako djelo koje spada u jednu od pet kategorija sadržanih u toj odredbi može za sobom povlaćiti krivičnu odgovornost počinioaca i svakoga ko je učestvovao u krivičnom djelu na jedan od načina specificiranih u toj istoj odredbi Statuta.

187. Imajući u vidu gore navedene opšte postavke, mora se utvrditi da li krivična odgovornost za učestvovanje u zajedničkoj kriminalnoj nakani spada u sferu člana 7(1) Statuta.

188. Ova odredba prije svega pokriva fizičko počinjenje krivičnih djela od strane samog prekršioaca, ili ka njivi propust da se učini djelo obavezno po pravilima krivičnog prava. Međutim, počinjenje jednog od krivičnih djela predviđenih članovima 2, 3, 4 i 5 Statuta može se takođe odigrati kroz učestvovanje u ostvarenju zajedničkog plana ili nakane.

189. Tumačenje Statuta zasnovano na njegovom cilju i svrsi dovodi do zaključka da je namjera Statuta da se nadležnost Međunarodnog suda protegne na *sve one* koji su "odgovorni za teška krivična djela međunarodnog humanitarnog prava" počinjena u bivšoj

²²⁸ Primjer za to daje član 27, stav 1 italijanskog ustava ("*La responsabilita penale è personale.*" ("Krivična odgovornost je lična.")) (nezvaničan prevod).

²²⁹ *Vidi* na primjer član 121-1 francuskog *Code pénal* ("*Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait*"), stav 4 austrijskog *Strafgesetzbuch* ("*Strafbar ist nur, wer schuldhaft handelt*") ("Samo onaj ko je kriv može da bude kažnjen") (nezvaničan prevod).

²³⁰ Ova prilično osnovna pretpostavka obično se prećutno podrazumijeva umjesto da se eksplicitno navodi. Međutim, za primjer gdje je ona eksplicitno navedena *vidi*, za Veliku Britaniju, *R. v. Dalloway* (1847) 3 Cox CC 273. *Vidi* takođe razne odluke njemačkog Ustavnog suda, npr. BVerfGE 6, 389 (439) i 50, 125 (133), kao i odluke njemačkog Federalnog suda pravde (npr. BGHSt 2, 194 (200)).

²³¹ *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*, U.N. Doc. S/25704, 3. maj 1993. ("Izvještaj Generalnog sekretara"), para. 53 (naglasak dodan).

Jugoslaviji (~lan 1). Kao što je o-ito iz formulacije kako ~lana 7(1) tako i odredbi u kojima se navode krivi-na djela nad kojima Me|unarodni sud ima nadle`nost (~lanovi 2 do 5), takva odgovornost za teška kr{enja me|unarodnog humanitarnog prava nije ograni~ena tek na one koji zapravo izvrše *actus reus* nabrojanih krivi-nih djela, nego se izgleda prote`e i na druge prekr{ioce (vidi posebno ~lan 2 koji pominje po-injenje ili *nare|ivanje* da se po-ine teške povrede @enevskih konvencija, i ~lan 4 koji navodi razne vrste krivi-nih djela u vezi sa genocidom, uklju~uju}i *zavjeru*, *podsticanje*, *poku{aj* i *sau-esni{tvo}*).

190. Treba napomenuti da je ovaj koncept eksplicitno izre-en u Izvje{taju generalnog sekretara, prema kojem:

Generalni sekretar vjeruje da su sve osobe koje *u-estvuju* u planiranju, pripremi ili izvr{enju teških kr{enja me|unarodnog humanitarnog prava u biv{oj Jugoslaviji individualno odgovorne za ta kr{enja.²³²

Prema tome, svi oni koji su se upustili u teška kr{enja me|unarodnog humanitarnog prava, bez obzira na na-in na koji su oni mo`da po-inili, ili u-estvovali u po-injenju tih kr{enja, moraju se privesti pravdi. Ako je tako, razumno je zaklju-iti da se Statut ne ograni~ava na tome da pru`i nadle`nost nad osobama koje planiraju, podsti-u, nare|uju, fizi-ki po-injavaju zlo-in ili na drugi na-in poma`u i podr`avaju u njegovo planiranje, pripremu ili izvr{enje. Statut ovdje ne staje. On ne isklju-uje one modalitete u-estvovanja u po-injenju zlo-ina do kojih dolazi kada nekoliko osoba sa zajedni-kom nakanom preuzima zlo-ina-ku aktivnost koju onda izvode bilo svi zajedno, bilo neki ~lanovi te grupe osoba. Ko god doprinosi po-injenju zlo-ina od strane grupe osoba ili nekih ~lanova te grupe, u izvr{enju zajedni-ke kriminalne nakane, mo`e se smatrati krivi-no odgovornim, uz izvjesne uslove koji su ni`e navedeni.

191. Gornje tuma~enje ne diktiraju samo cilj i svrha Statuta, nego opravdava i sama priroda mnogih me|unarodnih krivi-nih djela koja se naj-e{}e po-injavaju u ratnim situacijama. Ve}ina tih krivi-nih djela nisu posljedica zlo-ina-ke sklonosti pojedinaca, nego predstavljaju manifestaciju kolektivnog kriminaliteta: zlo-ine ~esto izvr{avaju grupe pojedinaca koji djeluju sprovode}i zajedni-ki kriminalni plan. Iako samo neki od ~lanova grupe mogu fizi-ki po-initi krivi-no djelo (ubistvo, istrebljenje, bezobzirno razaranje gradova, naselja i sela, itd.), u-estvovanje i doprinos drugih ~lanova grupe ~esto je klju-no u omogu}avanju izvr{enja tog krivi-nog djela. Iz ovoga slijedi da moralna te`ina takvog u-estvovanja ~esto nije nimalo manja – zapravo nimalo razli-ita – od moralne te`ine onih koji izvrše navedena djela.

192. U tim okolnostima smatrati krivi-no odgovornom kao izvr{ioaca samo osobu koja fizi-ki izvodi krivi-no djelo zna-ilo bi zanemariti saizvr{ila-ku ulogu svih onih koji su na neki na-in omogu}ili po~iniocu da fizi-ki izvr{i to krivi-no djelo. Istovremeno, ovisno o okolnostima, smatrati ove druge odgovornim samo kao pomaga-e i podr`avatelje moglo bi potcijeniti stepen njihove krivi-ne odgovornosti.

193. Ovo tuma-enje, zasnovano na Statutu i inherentnim karakteristikama mnogih zlo-ina po~injenih u doba rata, opravdava zaklju-ak da me|unarodna krivi-na odgovornost obuhvata akcije koje je po~inila zajednica osoba sprovode}i zajedni-ki kriminalni plan. Mo`e se tako|e primijetiti – kao {to }e biti ni`e spomenuto – da su me|unarodna krivi-na pravila o zajedni-koj nakani su{tinski ukorijenjena, i u velikoj mjeri odra`avaju, stav koji su zauzele mnoge dr`ave svijeta u svojim nacionalnim pravnim sistemima.

194. Me|utim, Statut Me|unarodnog suda ne specificira (niti izri-ito niti implikacijom) objektivne i subjektivne elemente (*actus reus* i *mens rea*) ove kategorije kolektivnog kriminaliteta. Da bi se identifikovali ti elementi moramo se okrenuti me|unarodnom obi-ajnom pravu. Obi-ajna pravila o toj stvari mogu se nazrijeti na osnovu raznih elemenata: uglavnom su to sudska praksa i nekoliko slu-ajeva me|unarodnog zakonodavstva.

195. Mnogi predmeti iz razdoblja nakon Drugog svjetskog rata koji se bave ratnim zlo-inima zasnivaju se na principu da kad dvije ili vi{e osoba djeluju zajedni-ki u sprovo|enju zajedni-ke kriminalne nakane, krivi-na djela koja po~ini bilo ko od njih povla-e za sobom krivi-nu odgovornost svih ~lanova grupe. Pa`ljivo i{-itavanje relevantne sudske prakse pokazuje da, uop{teno govore}i, koncept zajedni-ke nakane obuhvata tri razli-ite kategorije kolektivnog kriminaliteta.

196. Prvu takvu kategoriju predstavljaju predmeti u kojima svi saoptu`eni, djeluju}i u skladu sa zajedni-kim planom, posjeduju istu zlo-ina-ku namjeru; na primjer, formulisanje plana me|u saizvr{iocima da se ubije, kada, sprovode}i u `ivot taj zajedni-ki plan (-ak i ako svaki od saizvr{ilaca izvr{ava razli-itu ulogu u okviru plana), oni svi ipak imaju namjeru da ubiju. Objektivni i subjektivni preduslovi za pripisivanje krivi-ne odgovornosti u-esniku koji nije, ili se ne mo`e dokazati da je, izvr{io ubistvo su

²³² *Ibid.*, para. 54 (naglasak dodan).

sljedeći: (i) optuženi mora dobrovoljno učestvovati u jednom aspektu zajedničkog plana (na primjer, izvršiti nefatalni nasilni čin nad žrtvom, ili pružiti presudnu pomoć saizvršiocima ili pomagati njihove aktivnosti); i (ii) optuženi, čak i ako osobno ne izvrši ubistvo, mora ipak namjeravati taj rezultat.

197. Kad je riječ o toj kategoriji, može se pomenuti predmet *Georg Otto Sandrock et al.* (poznat i kao predmet *Almelo*).²³³ Tamo je britanski sud zaključio da su tri Nijemca koji su ubili jednog britanskog ratnog zarobljenika krivi u skladu sa doktrinom "zajedničkog poduhvata". Bilo je jasno da su svi imali namjeru da ubiju britanskog vojnika, iako je svaki od njih igrao različitu ulogu. Zato su svi oni bili saizvršioци krivih djela ubistva.²³⁴ Slično, u predmetu *Hoelzer et al.* pred kanadskim vojnim sudom, pravni savjetnik suda je u svom rezimeu govorio o "zajedničkom poduhvatu" kad je riječ o ubistvu kanadskog ratnog zarobljenika od strane trojice Nijemaca, i naglasio da su sva trojica znali da je svrha odvođenja Kanadana na jedno mjesto da se on ubije.²³⁵

198. Drugi primjer saizvršitelja ove prirode daje predmet *Jepsen i drugi*.²³⁶ Britanski sud morao je presuditi o odgovornosti Jepsena (jednog od nekoliko optuženih) za smrt interniraca iz koncentracionog logora koji su u nekoliko sedmica prije kapitulacije Njemačke 1945. bili u tranzitu u drugi koncentracijski logor. U vezi s time tužilac je ustvrdio (a pravnik savjetnik vojnog suda to nije osporio) da:

Ako se Jepsen pridružio tom dobrovoljnom klanju oko osamdeset ljudi, pomažući drugima tako što je izvršio svoj dio ubistava, svih otprilike osamdeset ubistava mogu

²³³ *Trial of Otto Sandrock and three others*, British Military Court for the Trial of War Criminals, suđenje održano u Sudu u Almelo, Holandija, 24. do 26. novembra 1945, UNWCC, sv. I, str. 35).

²³⁴ Optuženi su bili njemački podoficiri koji su pogubili britanskog ratnog zarobljenika i jednog holandskog civila u -ijoj se kući skrivao britanski vazduhoplovac. Prilikom svakog od pogubljenja, jedan od Nijemaca ispalio je smrtonosni metak, drugi je dao naređenje, a treći je ostao kod automobila, kojim su se dovezli do čime na rubu holandskog grada Almelo, kako bi spriječio da se ljudi približe dok traje strijeljanje. Tužilac je izjavio da je "analogija koja mu se čini najprikladnijom u ovom predmetu gangsterski zločin u kojem je svaki pripadnik bande jednako odgovoran kao i -ovjek koji je zapravo ispalio metak" (*ibid.*, str. 37). U svom rezimeu pravni savjetnik vojnog suda je istakao da:

"Po mom mišljenju, nije sporno da su sva trojica [Nijemaca] znali šta rade i da su tamo otišli upravo za svrhu da se taj oficir ubije; i, kao što znate, ako su ljudi prisutni svi zajedno u isto vrijeme i učestvuju u zajedničkom poduhvatu koji je protivzakonit, i svatko od njih na svoj način pomaže zajedničku svrhu svijetu, oni su svi sa pravnog gledišta jednako krivi" (*vidi* slušeni transkript, Public Record Office, London, WO 235/8, str. 70; kopija pohranjena u biblioteci Međunarodnog suda; izvještaj u UNWCC, sv. I, str. 40 malo se razlikuje).

Svi optuženi proglašeni su krivim, ali oni koji su naredili da se puca ili pucali osuđeni su na smrt, a drugi su osuđeni na petnaest godina zatvora (*ibid.*, str. 41).

²³⁵ *Hoelzer et al.* Canadian Military Court, Aurich, Germany, Record of Proceedings 25. mart – 6. april 1946, sv. I, str. 341, 347, 349 (RCAF Binder 181.009 (D2474); kopija pohranjena u biblioteci Međunarodnog suda).

²³⁶ *Trial of Gustav Alfred Jepsen and others, Proceedings of a War Crimes Trial held at Luneberg, Germany*, (13 – 23. avgust 1946), presuda od 24. avgusta 1946 (originalni transkript nalazi se u Public Record Office, Kew, Richmond; kopija pohranjena u biblioteci Međunarodnog suda).

se staviti njemu na du{u, kao i na du{u svakog pojedinca koji je na bilo koji na-in pomagao tom djelu.²³⁷

U sli-nom tonu, pravni savjetnik vojnog suda primijetio je u predmetu *Schonfeld* da:

Ako se nekoliko osoba udru`i za neku protivzakonitu svrhu ili za izvr{enje zakonite svrhe protivzakonitim sredstvima, i jedan od njih prilikom postizanja te svrhe ubije -ovjeka, to je ubistvo za sve koji su prisutni [...] ukoliko je smrt izazvo -lan grupe u okviru svojih napora da se postigne zajedni-ka svrha grupe.²³⁸

199. Mo`e se primijetiti kako izgleda da neki predmeti uop{teno uzev{i povezuju koncept zajedni-ke nakane sa konceptom uzro-nosti. S tim u vezi mo`e se pomenuti predmet *Ponzano*,²³⁹ gdje se radilo o ubistvu -etvorice britanskih ratnih zarobljenika u suprotnosti sa pravilima ratovanja. Ovdje je pravni savjetnik vojnog suda usvojio pristup koji je predlo`io tu`ilac²⁴⁰ i naglasio:

[...] zahtjev da optu`eni, prije nego {to ga se mo`e proglasiti krivim, mora biti uklju-en u krivi-no djelo. Biti uklju-en u izvr{enje krivi-nog djela [...] ne zna-i samo da si ti osoba koja je zapravo nanijela fatalnu ozljedu i direktno uzrokovala smrt, bilo pucanjem bilo nekim drugim nasilnim sredstvom; to tako|e zna-i i jedan indirektan stepen u-e{ja [...] Drugim rije-ima, on mora biti {arafi} u to-ku doga|aja koji dovode do rezultata koji se i dogodio. On mo`e pomo}i ostvarivanju tog cilja ne samo izdaju}i nare|enje da se izvr{i krivi-no djelo, nego i raznim drugim sredstvima [...].²⁴¹

Nadalje, pravni savjetnik vojnog suda ustvrdio je da iako umije{anost branjenika u krivi-na djela mora tvoriti vezu u lancu uzro-nosti, nije nu`no da njegovo u-e{e bude *sine qua non*, ili da se krivi-no djelo ne bi dogodilo da nije bilo njegovog u-e{a.²⁴² Me|utim, suglasno dvostrukom zahtjevu za krivi-nu odgovornost u ovoj kategoriji pravni savjetnik vojnog suda je naglasio nu`nost znanja optu`enih o namjeravanoj svrsi zlo-ina-kog poduhvata.²⁴³

²³⁷ *Ibid.*, str. 241.

²³⁸ *Trial of Franz Schonfeld and others*, British Military Court, Essen, 11-26 juni 1946, UNWCC, sv. XI, str. 68 (obrazlo`enje pravnog savjetnika vojnog suda).

²³⁹ *Trial of Feuerstein and others*, Proceedings of a War Crimes Trial held at Hamburg, Germany, (4 – 24. avgusta 1948), presuda od 24. avgusta 1948. (originalni transkript u Public Record Office, Kew, Richmond; kopija pohranjena u biblioteci Me|unarodnog suda).

²⁴⁰ Tu`ilac je izjavio sljede}e:

“Temeljni je princip engleskog prava, dapa-e svog prava, da je -ovjek odgovoran za svoja djela i smatra se da `eli prirodne i normalne posljedice njegovih djela, i ako su ti ljudi [...] pokrenuli ma{ineriju kojom je ustrijeljeno -etvero ljudi, onda su oni krivi za zlo-in ubistva tih ljudi. Nije – nikada nije bilo nu`no da je bilo koji od tih ljudi sam izveo te vojnike i li-no ih pogubio ili da ih je li-no poslao. To uop{te nije potrebno; sve {ta je potrebno da oni budu odgovorni je da su oni pokrenuli ma{ineriju koja je rezultirala pucnjevima koji su ubili -etvoricu ljudi kojima se bavimo” (*ibid.*, str. 4).

²⁴¹ *Ibid.*, obrazlo`enje pravnog savjetnika vojnog suda, str. 7.

²⁴² S tim u vezi pravni savjetnik vojnog suda je primijetio da je: “naravno, sasvim mogu}e da se to [krivi-no djelo] moglo odigrati i bez prisustva svih ovih optu`enih, ali to ne zna-i isto {to i re}i [...] da [optu`eni] nisu mogli biti lanac u vezi uzro-nosti [...]” (*ibid.*, str. 7-8).

²⁴³ Konkretno, zaklju-eno je da je za “uklju-enost u izvr{enje krivi-nog djela” potrebno dokazati: “da je on znao za namjeravanu svrhu kad je u-estvovao u njemu. Da je bilo koji od optu`enih izdao nare|enje za to pogubljenje vjeruju}i da se radi o sasvim legalnom pogubljenju, da je tu -etvoricu vojnika osudio na smrt pravilno konstituisani sud i da stoga nare|enje za pogubljenje nije ni{ta vi{e nego nare|enje da se izvr{i odluka suda, tada taj optu`eni ne bi bio kriv jer ne bi imao nikakvo znanje o krivici. Ali kada [...] je osoba u stvari bila umije{ana i [...] znala namjeravanu svrhu djela, onda je taj optu`eni kriv za krivi-no djelo za koje se tereti” (*ibid.*, str.8).

200. Posljednji predmet koji je vrijedan pomena u vezi sa prvom kategorijom je predmet *Einsatzgruppen*.²⁴⁴ U vezi sa zajedni-kim planom, Tribunal Sjedinjenih Dr`ava koji je zasjedao u Nirnbergu primijetio je da:

mora imati na umu elementarni princip da niti prema Zakonu br. 10 Kontrolnog savjeta, niti prema bilo kojem poznatom sistemu krivi-nog prava krivica za ubistvo nije ograni-ena na -ovjeka koji povu-e obara- ili zakopa le}. U skladu sa priznatim principima koji su zajedni-ki svim civilizovanim pravnim sistemima, stav 2 -lana II Zakona br. 10 Kontrolnog savjeta specificira vi{e vrsta veza sa zlo-inom koje su dovoljne da se ustanovi krivica. Prema tome, nisu krivi samo glavni po-inioci nego i sau-esnici, oni koji sa pristankom u-estvuju u po-injenju zlo-ina ili su povezani sa planovima i poduhvatima povezanim sa po-injenjem, ili oni koji naredi ili podr`e zlo-in, i oni koji pripadaju organizaciji ili grupi uklju-enoj u po-injenje zlo-ina. Ove odredbe ne otjelovljuju nikakve drakonske ili nove principe krivi-ne odgovornosti [...].²⁴⁵

Potrebno znanje svakog od u-esnika, -ak i ako se mo`e zaklju-iti samo implikacija, nagla{eno je i u predmetu *Stalag Luft III, Trial of Max Ernst Friedrich Gustav Wielen and Others*, proceedings of the Military Court at Hamburg, (1 – 3. juli 1947.) (originalni transkript u Public Record Office, Kew, Richmond; kopija predana biblioteci Me|unarodnog suda), gdje se radilo o ubistvu pedeset oficira savezni-kih vazduhoplovnih snaga koji su bili pobjegli iz logora Stalag Luft III u [leziji. Tu`ilac je u svojoj uvodnoj rije-i naglasio da je:

svako, a pogotovo svaki policajac koje god da je vrste, znao veoma dobro da je 25. marta 1944. do{lo do masovnog bijega ratnih zarobljenika [...] [tako] da je svaki policajac znao da su ratni zarobljenici na slobodi. Mislim da je tako|e va`no sjetiti se, pogotovo u vezi sa nekim ni`im pripadnicima Gestapoa koji su optu`eni pred vama, da je va`no sjetiti se zato jer oni mogu re}i da nisu znali ko su bili ti ljudi. Oni mogu re}i da nisu znali da su to bili ratni zarobljenici u bijegu, ali [zapravo] su to svi oni znali [...]” (*ibid.*, str. 276).

Nadalje, u dva predmeta koji se ti-u u-estvovanja optu`enih u nemirima Kristalne no}i, Vrhovni sud Britanske zone naglasio je da nije potrebno da je optu`eni znao za nemire u cijelom *Reichu*. Bilo je dovoljno da je znao za lokalnu akciju, da ju je odobravao i da ju je `elio “kao svoju” (nezvani-an prevod). ^injenica da je optu`eni svjesno u-estvovao u arbitrarnim mjerama uperenim protiv Jevreja bila je dovoljna da ga se smatra odgovornim za zlo-in protiv -ovje-nosti (Predmet br. 66, Strafsenat. Urteil vom 8 Februar 1949 gegen S. StS 120/48, str. 284-290, 286, sv. II). *Vidi* tako|e Predmet br. 17, sv. I, 94-98, 96, gdje je Vrhovni sud smatrao da je neva`no da razmjere maltretiranja, deportacija i razaranja koji su se odigrali u drugim dijelovima zemlje te no}i nisu bile preduzete u tom selu. Bilo je dovoljno da je optu`eni namjerno u-estvovao u toj akciji i da mu “nije bila nepoznata -injenica da je lokalna akcija smi{ljena da se uvede teror koji je tvorio dio progona Jevreja nacionalnih razmjera” (nezvani-an prevod).

²⁴⁴ *The United States of America v. Otto Ohlendorf et al., Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, United States Government Printing Office, Washington, 1951, sv. IV, str. 3.

²⁴⁵ Tribunal je jo{ izjavio:

“Iako ti ljudi [Radetsky, Ruehl, Schubert i Graf] nisu komandovali, oni ne mogu pobje}i -injenici da su bili pripadnici *Einsatz grupa -ija je eksplicitna misija, dobro poznata svim -lanovima, bila da sprovede program ubistva velikih razmjera*. Svaki -lan koji je pomagao u radu tih jedinica, znaju}i {ta se doga|a, kriv je za zlo-ine koje je po-inila ta jedinica. Kuhar u kuhinji piratskog broda ne}e izbje}i vje{alima samo zato jer sam ne vitla sabljom. ^ovjek koji stoji na vratima banke i pomno pregledava okolinu mo`e se u-initi najmirnijim gra|aninom, ali ako je njegov cilj da svoje sadruge plja-ka(e u banci upozori na nailazak policije, njegova krivica je sasvim jasna. I ako pretpostavimo, za potrebe ove rasprave, da su branjenici poput Schuberta i Grafa uspjeli dokazati da je njihova uloga bila pomo}na, oni ipak nisu u ni{ta boljem polo`aju od kuhara ili onoga koji plja-ka{ima -uva stra`u” (*ibid.*, str. 373; naglasak dodan).

U vezi sa time, Tribunal se tako|e pozabavio tvrdnjom da neki od zapovjednika nisu direktno u-estvovali u po-injenim zlo-inima, primijetiv{i da:

“{ta se ti-e branjenika poput Josta i Neumanna, [...] vrlo je [...] vjerovatno da ti branjenici nisu, barem ne veoma -esto, li-no u-estvovali u pogubljenjima. I bilo bi odista -udno da su oni [osobe na polo`ajima vlasti] to -inili. [...] Ne samo da to nije odbrana, niti olakotna okolnost, nego -injenica da [ti branjenici] nisu li-no ustrijelili mnogo ljudi, ve} su se posvetili upravljanjem globalnih operacija *Einsatzgruppen*, upravo slu`i za dokazivanje njihove dublje odgovornosti za zlo-ine ljudi pod njihovom komandom” (*ibid.*).

201. Treba primijetiti da su u mnogim slučajima nakon Drugog svjetskog rata održanim u drugim zemljama sudovi usvojili isti pristup slučajevima zločina u kojima su učestvovali dvije ili više osoba sa različitim stepenom umijećanosti. Međutim, oni se nisu oslanjali na koncept zajedničke nakane ili zajedničkog plana, nego na koncept sazvršilaštva. Ovo se posebno odnosi na italijanske²⁴⁶ i njemačke predmete²⁴⁷.

202. Druga različita kategorija predmeta je umnogome slična onome gore navedenom i obuhvata tzv. predmete "koncentracijskih logora". Koncept zajedničke nakane primijenjen je u slučajevima gdje se teretilo za krivična djela za koja se tvrdilo da su ih počinili pripadnici vojnih ili administrativnih jedinica poput onih koje su upravljale koncentracijskim logorima, to jest grupe osoba koje su djelovale na osnovu organizovanog plana. Ilustrativni predmeti za ovu kategoriju su *Koncentracijski logor Dachau*,²⁴⁸ u kojem je sudio sud Sjedinjenih Država koji je zasjedao u Njemačkoj, i *Belsen*,²⁴⁹ u kojem je sudio britanski vojni sud koji je zasjedao u Njemačkoj. U tim predmetima optuženi su bili na položajima vlasti unutar hijerarhije koncentracijskih logora. Uopšteno govoreći, oni su bili optuženi da su djelovali prema zajedničkom planu da ubijaju i zlostavljaju zatvorenike i stoga ratne zločine.²⁵⁰ U svom rezimeu u predmetu *Belsen*, pravni savjetnik vojnog suda je usvojio tri uslova koje je optužba identifikovala kao potrebne da bi se u svakom slučaju ustanovila krivica: (i) postojanje organizovanog sistema zlostavljanja zatočenika i izvršenja raznih zločina za koje se tereti; (ii) svijest optuženog o prirodi tog sistema; i (iii) činjenica da je optuženi na neki

²⁴⁶ Vidi na primjer sljedeće odluke italijanskog Kasacionog suda koje se odnose na zločine milicija i snaga *Repubblica Sociale Italiana* nad italijanskim partizanima i oružanim snagama: *Annalberti et al.*, 18. juni 1949, u *Giustizia Penale* 1949, dio II, col. 732, no. 440; predmet *Rigardo et al.*, 6. juli 1949, *ibid.*, col. 733 i 735, no. 443; *P.M. v. Castoldi*, 11. juli 1949, *ibid.*, no. 444; *Imolesi et al.*, 5. maj 1949, *ibid.* col. 734, no. 445. Vidi takođe *Ballestra*, 6. juli 1949, *ibid.*, col. 732-733, no. 442.

²⁴⁷ Vidi na primjer odluku njemačkog Vrhovnog suda za Britansku zonu od 10. avgusta 1948. u *K. and A.*, u *Eintscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen*, sv. I, str. 53-56; odluku od 22. februara 1949. u *J. and A.*, *ibid.*, str. 310-315; odluku Okružnog suda (*Landgericht*) u Kölnu od 22. i 23. januara 1946. u *Hessmer et al.* u *Justiz und NS-Verbrechen*, sv. I, str. 13-23, na str. 13, 20; odluku Okružnog suda (*Landgericht*) u Frankfurtu na Majni od 21. decembra 1946. u *M. et al.* (*ibid.*, str. 135-165, 154) i presudu Višeg suda (*Oberlandesgericht*) od 12. avgusta 1947. u istom predmetu (*ibid.*, str. 166-186, 180); kao i odluku Okružnog suda u Braunschweigu od 7. maja 1947. u *Affeldt*, *ibid.*, str. 383-391, 389.

²⁴⁸ *Trial of Martin Gottfried Weiss and thirty-nine of others*, General Military Government Court of the United States Zone, Dachau, Germany, 15. novembar – 13. decembar 1945, UNWCC, sv. XI, str. 5.

²⁴⁹ *Trial of Josef Kramer and 44 others*, British Military Court, Luneberg, 17. septembar – 17. novembar 1945, UNWCC, sv. II, str. 1.

²⁵⁰ Vidi predmet *Dachau Concentration Camp*, UNWCC, sv. XI, str. 14:

"^ini se, dakle, da je ono {to se provla-i kroz cijeli ovaj slu-aj, poput niti, sljede}e: da je u logoru postojao op{ti sistem okrutnosti i ubistava logora{a (koji su ve}inom bili savezni-ki dr`avljan) i da je taj sistem djelovao uz znanje optu`enih, koji su bili pripadnici osoblja logora, i uz njihovo aktivno u-e{e. Sud je onda u ovom predmetu zaklju-io da je takvo pona{anje predstavljalo 'postupanje u skladu sa zajedni-kim planom da se kr{i ratno pravo i obi-aji'. Svako ko je na bilo koji na-in

na-in aktivno u-estvovao u sprovo|enju tog sistema, to jest da je ohrabrivao, pomagao i podr`avao ili u svakom slu-aju u-estvovao u ostvarenju zajedni-kog zlo-ina-kog plana.²⁵¹ Izgleda da je nekoliko optu`enih progla{eno krivim izri-ito na osnovu tih kriterijuma.²⁵²

203. Ova kategorija predmeta (koja o-ito nije primjenjiva na -injenice iz na{eg predmeta) je zapravo jedna varijanta prve kategorije koja je gore razmotrena. Optu`eni su, prilikom progla{avanjima krivim, smatrani saizvr{iocima krivi-nog djela zlostavljanja zbog njihovog objektivnog "polo`aja vlasti" unutar sistema koncentracionog logora i zato jer su "imali ovlasti da nadziru zatvorenike i u-ine njihov `ivot zadovoljavaju}im"²⁵³ a nisu to u-inili.²⁵⁴ ^ini se da je u tim predmetima tra`eni *actus reus* bilo aktivno u-e{}e u sprovo|enju sistema represije, kao {to se mo`e zaklju-iti iz polo`aja vlasti i konkretnih funkcija koje je imao svaki od optu`enih. Element *mens rea* sadr`avao je: (i) znanje o karakteru sistema i (ii) namjera da se sprovodi zajedni-ki stvoren plan zlostavljanja logora{a. Va`no je primijetiti da se u tim predmetima potrebna namjera tako|e mo`e zaklju-iti iz polo`aja vlasti na kojima je bilo osoblje logora. Odisto, gotovo da i nije bilo potrebno dokazati namjeru tamo gdje su visoki -in ili polo`aj vlasti nekog pojedinca sami po sebi sugerirali svijest o

u-estvovao u takvom zajedni-kom planu progla{en je krivim za ratni zlo-in, iako su karakter i razmjeri tog u-estvovanja varirali."

²⁵¹ Pravni savjetnik vojnog suda je uz odobravanje na sljede}i na-in sumirao pravne argumente tu`ioca: "Argumentacija optu`be je da su svi optu`eni koji su radili kao osoblje Auschwitz znali da je na snazi jedan sistem i na-in pona{anja, i da su, na ovaj ili onaj na-in, sprovode}i zajedni-ki dogovor da upravljaju logorom na brutalan na-in, svi ti ljudi u-estvovali u tom na-inu pona{anja. Optu`ba je zatra`ila od suda da individualna djela koja se mogu dokazati ne tretira kao puka krivi-na djela koja su oni sami po-inili, nego i kao dokaze koji jasno pokazuju da je odre|eni prekr{ilac djelovao hotimi-no kao jedan od u-esnika koji su sprovodili taj sistem. Optu`ba je rekla da, ako se sud uvjeri da su oni to -inili, onda svako od njih ponaosob mora preuzeti odgovornost za ono {to se dogodilo." (predmet *Belsen*, UNWCC, sv. II, str. 121.).

²⁵² Posebno se -ini da je optu`eni Kramer osu|en po tom osnovu. (*Vidi ibid.*, str. 121: "Pravni savjetnik vojnog suda je podsjetio sud da su, prilikom razmatranja pitanja krivice i odgovornosti, najja-i dokazi sigurno bili protiv Kramera, a zatim dalje niz listu optu`enih *u skladu s polo`ajima koje su zauzimali.*" (naglasak dodan).

²⁵³ *Ibid.*, str. 121.

²⁵⁴ U istom tonu mo`e se spomenuti i *Case against R. Mulka et al.* ("Predmet koncentracionog logora *Auschwitz*"). Iako je sud do{ao do istog rezultata, nije primijenio doktrinu zajedni-kog plana, nego je umjesto toga imao tendenciju da branjenike tretira kao pomaga-e i podr`avatelje dokle god su oni ostajali unutar okvira uspostavljenog njihovim nare|enjima, i kao glavne po-inioce ukoliko su djelovali van tog okvira. To je zna-ilo da je, ako se nije moglo dokazati da je optu`eni sebe zaista identifikovao sa ciljevima nacisti-kog re`ima, sud njega tretirao kao pomaga-a i podr`avatelja jer nije imao specifi-nu namjeru da "eli krivi-no djelo kao svoje" (*vidi* posebno *Bundesgerichtshof u Justiz und NS-Verbrechen*, sv. XXI, str. 838 i dalje, i osobito str. 881 i dalje). BGH je naveo, na str. 882:

"[Stajali{te] da je svako ko je bio uklju-en u program uni{tenja u [KZ] Auschwitz i djelovao na bilo koji na-in u vezi sa tim programom u-estvovao u ubistvima, i da je odgovoran za sve {ta se dogodilo, nije ta-no. To bi zna-ilo da bi -ak i ona djela koja nisu pomogla glavnom krivi-nom djelu na bilo kakav konkretan na-in bila ka`njiva. Kao posljedica, -ak i doktor koji je bio zadu`en za brigu o stra`arskom osoblju i koji se ograni-io da radi samo to, bio bi kriv za pomaganje i podr`avanje ubistva. Isto bi se odnosilo i na doktora koji je njegovao zatvorenike u logoru i spasio njihove `ivote. ^ak ni oni

zajedni-kom planu i namjeri da se u njemu u-estvuje. Svi koji su osu|eni progla{eni su krivim za ratni zlo-in zlostavljanja, iako je naravno kazna varirala u skladu sa stepenom u-e{a svakog od optu`enih u po-injenju ratnog zlo-ina.

204. Tre}a kategorija obuhvata predmete u kojima je postojao zajedni-ki plan da se slijedi jedan na-in pona{anja gdje jedan od izvr{itelja po-ini djelo koje je, iako van zajedni-kog plana, ipak prirodna i predvidiva posljedica izvr{enja te zajedni-ke nakane. Primjer za to bio bi zajedni-ka namjera koju dijeli cijela grupa da se pripadnici neke etni-ke grupe prisilno uklone iz njihovog grada, sela ili regije (da se izvr{i "etni-ko-i{enje") sa posljedicom da se, u toku izvr{enja toga, jedna ili vi{e `rtava ustrijeli i ubije. Iako ubistvo mo`da nije bilo izri-ito priznato kao dio zajedni-kog plana, ipak je bilo predvidivo da bi prisilno odvo|enje civila pred ni{anima oru`ja moglo rezultirati smr}u jednog ili vi{e tih civila. Krivi-na odgovornost mo`e se pripisati svim u-esnicima zajedni-kog poduhvata kada je rizik da bi moglo do}i do smrti bio predvidiva posljedica izvr{enja zajedni-kog plana i kada se istovremeno optu`eni prema tom riziku odnosio bilo bezobzirno bilo indiferentno. Drugi primjer je zajedni-ki plan da se civili odre|ene etni-ke grupe prisilno istjeraju paljenjem njihovih ku}a; ako neki od u-esnika u tom planu prilikom njegovog izvr{avanja ubiju civile tako {to zapale njihove ku}e, svi drugi u-esnici u planu su krivi-no odgovorni za ubistva ako su smrti bile predvidive.

205. Sudska praksa u ovoj kategoriji bavila se prije svega slu-ajevima nasilja razularene svjetine, dakle situacijama nereda u kojoj vi{e prekr{ilaca djeluje po zajedni-koj nakani, kada svaki od njih po-ini neko krivi-no djelo nad `rtvom, ali kad je nepoznato ili je nemogu}e ustanoviti koja je to-no djela izvr{io koji po-inilac, ili kada je uzro-na veza izme|u svakog djela i kona-ne {tete nanijete `rtvama na sli-an na-in neodrediva. Predmeti koji ilustriraju ovu kategoriju su *Essensko lin-ovanje* i *Ostrvo Borkum*.

206. Kao {to je detaljnije izlo`eno u nastavku, uslovi uspostavljeni u ta dva pravna izvora su dvojake prirode: kriminalna namjera da se u-estvuje u zajedni-kom zlo-ina-kom poduhvatu i predvidivost da }e u-esnici u zajedni-kom planu vjerovatno po-initi i druga krivi-na djela osim onih predvi|enih zajedni-kim zlo-ina-kim planom.

koji su na svojim mjestima stavljali male prepreke na put ovog programa ubistava, iako u podre|enom polo`aju i bez uspjeha, ne bi pobjegli kazni. To ne mo`e da bude pravo." (nezvani-an prevod).

207. Predmet *Essensko lin-ovanje* (tako je poznat pod nazivom *Essen West*) suđen je pred britanskim vojnim sudom iako, kao što je to sud naveo, to "nije bilo suđenje po britanskom pravu".²⁵⁵ S obzirom na važnost ovog predmeta, vrijedno ga je pobliže pogledati. Tri britanska ratna zarobljenika lin-ovani su 13. decembra 1944. od strane razularene njemačke svjetine u gradu Essen-West. Sedam osoba (dva vojna lica i pet civila) optuženo je za izvršenje ratnog zločina time što su bili uključeni u ličavanje i životu trojice ratnih zarobljenika. Među njima je bio i njemački kapetan Heyer koji je trojicu britanskih vazduhoplovaca predao u pratnju njemačkog vojnika koji je zarobljenike trebao odvesti u jednu jedinicu *Luftwaffe* na ispitivanje. Dok je pratnja sa zarobljenicima odlazila, kapetan je naredio da se pratnja ne miješa ako njemački civili budu zlostavljali zarobljenike, dodajući da bi oni trebali biti ustrijeljeni, ili da ih biti ustrijeljeni. Ovo naređenje dano je pratnji sa stepenica kasarne, i to glasno, tako da je svjetina koja se okupila to mogla čuti i znala je tačno šta će se dogoditi. Prema rezimeu Komisije Ujedinjenih nacija za ratne zločine:

dok su ratni zarobljenici vođeni jednom od glavnih ulica u Essenu, svjetina oko njih postajala je sve veća i veća, i počela ih je udarati i bacati palice i kamenje na njih. Jedan neidentifikovani njemački desetar čak je pucao iz revolvera na jednog vazduhoplovca i ranio ga u glavu. Kad su došli na most, vazduhoplovci su na kraju bačeni preko ograde. Jedan od njih je poginuo prilikom pada. Drugi su ostali živi nakon pada ali su ih ubili hici ispaljeni s mosta i ljudi iz svjetine koji su ih utirali i pretukli na smrt.²⁵⁶

208. Odbrana je naglasila potrebu da se dokaže da je svaki od optuženih imao namjeru da ubije. Optužba je zauzela suprotan stav. Major Tayleur, tužilac, rekao je sljedeće:

Moj kolega [zastupnik odbrane] govorio vam je o namjeri koja je potrebna i on kaže da vam nisu predočeni nikakvi dokazi o namjeri da se ubije. Po mom mišljenju, bilo je dosta dokaza o namjeri da se ubije, ali čak i da nije, ja tvrdim *da za dokazivanje ove optužbe nije potrebno dokazati namjeru da se ubije. Ako dokažete namjeru da se ubije, dokazali biste ubistvo. Ali može postojati protivpravno ličavanje i života, što je ubistvo iz nehata, gdje ne postoji namjera da se ubije, nego tek činjenje jednog protivpravnog čina nasilja. Neko može nekoga pljusnuti u lice bez ikakve namjere da ga ubije ali ako zbog nekakve nesretne okolnosti, na primjer, ako ta osoba ima slabu lobanju, ona umre, tvrdim da bi osoba koja je zadala udarac bila kriva za ubistvo iz nehata, a to bi bilo ličavanje i života koje spada unutar formulacije ove optužbe. Ja dakle tvrdim da se vi morate uvjeriti – a teret dokazivanja je naravno na optužbi – da je svaki pojedini optuženi, prije nego što ga možete proglasiti krivim, bio uključen u oduzimanje i života ove trojice neidentifikovanih vazduhoplovaca u okolnostima koje bi po britanskom pravu predstavljale ili ubistvo ili ubistvo iz nehata.*²⁵⁷

Tužilac je zatim još rekao:

optužba tvrdi da je svaka osoba koja je, nakon podsticanja svjetine da ubije te ljude, dobrovoljno preduzela agresivnu akciju protiv bilo kojeg od te trojice

²⁵⁵ *Trial of Erich Heyer and six others*, British Military Court for the Trial of War Criminals, Essen, 18 – 19. i 21 – 22. decembar 1945, UNWCC, sv. I, str. 88, na str. 91.

²⁵⁶ *Ibid.*, str. 89.

²⁵⁷ *Vidi* transkript u Public Record Office, London, WO 235/58, str. 65 (naglasak dodan, kopija pohranjena u biblioteci Međunarodnog suda).

vazduhoplovaca, *kriva utoliko {to je uklju-ena u ubistvo. Nemogu}e je odvojiti bilo koga od njih od drugih. Oni svi zajedno tvore ono {to je poznato kao lin-ovanje. Tvrdim da su, od momenta kad su iza{li iz kasarne, ti ljudi bili osu|eni na propast i svjetina je to znala i svaka osoba iz svjetine koja je zadala udarac je i moralno i krivi-no odgovorna za smrt te trojice ljudi.*²⁵⁸

Budu}i da je Heyer progla{en krivim, mo`e se pretpostaviti da je sud primijenio argumente optu`be o krivi-noj odgovornosti Heyera (u tom predmetu nije bio imenovan pravni savjetnik suda. [ta se ti-e vojnika koji je pratio vazduhoplovce, njegova je du`nost bila ne samo da sprije-i bjekstvo zarobljenika, nego i da se pobrine da ne budu zlostavljani. On je osu|en na pet godina zatvora (iako je tu`ilac sugerisao da on nije krivi-no odgovoran). Prema Izvje{taju Komisije Ujedinjenih nacija za ratne zlo-ine "tri civila progla{eni su krivim [za ubistvo] jer je svaki od njih na ovaj ili onaj na-in u-estvovao u zlostavljanju koje je na kraju dovelo do smrti `rtava, iako niti za jednog optu`enog nije bilo ta-no dokazano da je upravo on pucao ili zadao udarce koji su uzrokovali smrt".²⁵⁹

209. ^ini se da je opravdano iz argumenata strana i presude suda zaklju-iti da je sud potvrdio koncept da su svi optu`eni koji su progla{eni krivim u-estvovali u li{avanju `ivota u razli-itim stepenima; nisu svi od njih namjeravali ubiti, ali su svi oni namjeravali u-estvovati u zlostavljanju ratnih zarobljenika. Oni su ipak svi progla{eni krivim za ubistvo zato jer su svi bili "uklju-eni u li{avanje `ivota". Prema tome, -ini se opravdanim zaklju-iti da je sud pretpostavio da su one osobe progla{ene krivim koje su jednostavno zadale udarac ili implicitno podsticale na ubistvo mogle predvidjeti da }e drugi ubiti zarobljenike – zato su i oni progla{eni krivim za ubistvo.²⁶⁰

²⁵⁸ *Ibid.*, str. 66 (naglasak dodan).

²⁵⁹ UNWCC, sv. I, str. 91. Osim Heyera i pratioca (Koenena), osu|ena su i tri civila. Prvi od optu`enih civila, Boddenberg, priznao je da je udario jednog od vazduhoplovaca na mostu, nakon {to je jedan od njih ve} bio ba-en sa mosta, znaju}i "da su motivi svjetine prema njima [vazduhoplovcima] bili smrtonosni, a ipak joj se pridru`io" (transkript u Public Records Office, London, WO 235/58, str. 67, kopija pohranjena u biblioteci Me|unarodnog suda). Za drugog optu`enog, Kaufera, zaklju-eno je da je "tukao vazduhoplovce" i uzeo "aktivnog u-e{a" u nasilju razularene svjetine nad njima. Osim toga, njega se teretilo da je poku{ao oduzeti pu{ku jednom podre|enom oficiru kako bi pucao na vazduhoplovce ispod mosta i da je izvikivao rije-i u smislu da vazduhoplovci zaslu`uju da ih se ustrijeli. (*ibid.*, str. 67-68). Tre}i, Braschoss, je vi|en kako udara jednog vazduhoplovca na mostu i kako silazi ispod mosta da bi vazduhoplovca koji je jo` bio `iv bacio u rijeku. Osim toga, za njega i jo{ jednog sau-esnika tvrdilo se da su drugog vazduhoplovca bacili sa mosta (*ibid.*, str. 68). Dva optu`ena civila, Sambol i Hartung, oslobo|eni su; prvi, zato jer udarci za koje se tvrdilo da ih je nanio nisu bili posebno te{ki niti blizu smrti vazduhoplovca (bili su to jedni od najranijih udaraoca koji su zadani), a drugi zato jer nije bilo dokazano van razumne sumnje da je uop{te u-estvovao u gunguli, *ibid.*, str. 66-67, UNWCC, sv. I, str. 91).

²⁶⁰ Optu`ba je, strogo pravno govore}i, bila po-injenje ratnog zlo-ina kr{enjem ratnog prava i obi-aja "umije{ano}u u li{avanje `ivota" vazduhoplovaca, a ne ubistvo jer to nije bilo "su|enje po engleskom pravu" (*ibid.*, str. 91). Me|utim, -ini se da je ta optu`ba u svakom pogledu tretirana kao optu`ba za ubistvo, budu}i da se -ini da je tokom postupka prihva}eno da "dokle god svi shvataju {ta se misli rije-ju 'ubistvo' za potrebe ovog su|enja, [nema ... nikakve] pote{koje" (*ibid.*, str. 91-92).

210. Sli-an stav zauzeo je i vojni sud Sjedinjenih dr`ava u predmetu *Kurt Goebell et al.* (zvan i predmet *Ostrvo Borkum*). Dana 4. avgusta 1944. jedna lete}a tvr|ava Sjedinjenih dr`ava prisilno je sletjela na njema-ki otok Borkum. Njenih sedam -lanova posade su zarobljeni i zatim prisiljeni da pod vojnom pratnjom pro|u ulicama Borkuma. Prvo su morali pro}i izme|u pripadnika Radne slu`be *Reicha* koji su ih tukli lopatama po nare|enju njema-kog oficira *Reicharbeitsdiensta*. Zatim su ih tukli civili na ulici. Kasnije, dok su prolazili kroz jednu drugu ulicu, gradona-elnik Borkuma vikao je na njih podsti-u}i svjetinu da ih ubije "kao pse". Zatim su ih tukli civili dok stra`ari iz pratnje ne samo da ih nisu za{titili, nego su poticali napad i u-estvovali u premla}ivanju. Kad su vazduhoplovci do{li do gradske vije}nice jednoga od njih je ustrijelio jedan njema-ki vojnik, a nakon nekoliko minuta njema-ki vojnici ustrijelili su i ostale. Me|u optu`enima su bili nekoliko vi{ih oficira, neki vojnici, gradona-elnik Borkuma, neki policajci, jedan civil i vo|a Radne slu`be *Reicha*. Svi su optu`eni za ratne zlo-ine, i to konkretno, i za "hotimi-no, namjerno i protivpravno ohrabivanje, pomaganje, podr`avanje i u-estvovanje u ubistvu" vazduhoplovaca, i za "hotimi-no, namjerno i protivpravno ohrabivanje, pomaganje, podr`avanje i u-estvovanje u napadima na" vazduhoplovce.²⁶¹ U svojoj uvodnoj rije-i tu`ilac je razvio doktrinu zajedni-kog plana. Naveo je sljede}e:

Kako ja vidim stvari, va`no je utvrditi krivicu svakog od optu`enih u svjetlu konkretne uloge koju je on igrao. *Oni nisu svi u-estvovali na ta-no isti na-in.* Pripadnici razularene svjetine rijetko to -ine. Jedan preuzima jednu posebnu ili odre|enu akciju, a drugi izvodi drugu odre|enu akciju. Skup akcija svih tih ljudi rezultira po-injenjem krivi-nog djela. E sada, svi pravni izvori sla`u se da tamo gdje postoji zajedni-ki plan svjetine i gdje je svjetina sprovela svoju namjeru, ne mo`e se povu}i razlika izme|u -ovjeka s prstom i -ovjeka s obara-em (*sic*). *Nema razlike izme|u onoga koji je svojim djelima uzrokovao da se `rtve predaju na volju razularenoj svjetini i onoga koji je svjetinu podsticao i onih koji su zadali fatalne udarce.* Ovo pravilo prava i zdravog razuma mora postojati. Ina-e mnogi pravi podstreka-i zlo-ina nikada ne bi bili ka`njeni.

Ko mo`e da ka`e koje je konkretno djelo bilo najodgovornije za to {to su ti leta-i na kraju ustrijeljeni? Zar se ne mo`e odista ustvrditi da je bilo koje djelo bilo kojeg od optu`enih mogli biti upravo ono djelo koje je dovelo do kona-nog rezultata? Iako je kona-no djelo moglo biti ne{to u -emu prvotni akter nije direktno u-estvovao, svaki puta kada pripadnik razularene svjetine preuzme bilo kakvu akciju koja naginje prema tome da ohrabri, koja naginje prema tome da obodri nekog drugog ko je tamo prisutan da uzme u-e{a, onda je ta osoba pomogla postizanju kona-nog rezultata.²⁶²

Ukratko, primijetio je tu`ilac, optu`eni su bili "zupci u kota-u zajedni-kog plana, svaki od njih jednako va`an, svaki zubac obavljao je njemu dodijeljenu ulogu. A kota-masovnog ubistva nije se mogao okretati bez svih zubaca".²⁶³ Shodno tome, prema

²⁶¹ *Vidi* Popis optu`bi, u U.S. National Archives Microfilm Publications, I (kopija pohranjena u biblioteci Me|unarodnog suda).

²⁶² *Ibid.*, str. 1186 (naglasak dodan), *Vidi* tako|e str. 1187.

²⁶³ *Ibid.*, str. 1188. *Vidi*, osim toga, fusnotu 240 i propratni tekst u vezi sa komentarima o uzro-nosti u predmetu *Ponzano*.

tu` iocu, ako se doka` e van razumne sumnje "da je svaki od optu` enih igrao *svoju ulogu* u nasilju razularene svjetine koje je dovelo do protivpravnog li{avanja ` ivota sedmorice ameri-kih leta-a, [...] onda [je] pravno gledano *svaki od optu` enih kriv za ubistvo*".²⁶⁴

211. Treba naglasiti da je, usvojiv{i gore navedeni pristup, tu` ilac -vrsto iznio prijedlog doktrine zajedni~ke nakane koja pretpostavlja da su svi u-esnici u zajedni~koj nakani imali istu zlo-ina~ku namjeru, to jest, da po-ine ubistvo. Drugim rije-ima, tu` ilac se priklonio doktrini zajedni~ke nakane pomenutoj gore u vezi sa prvom kategorijom predmeta. Interesantno je primijetiti da su razni zastupnici odbrane zanijekali primjenjivost ove doktrine zajedni~kog plana, ali ne principijelno, nego na osnovu ~injenica predmeta. Na primjer, neki od njih su zanijekali postojanje zlo-ina~ke namjere da se u-estvuje u zajedni~kom planu ustvrdiv{i da puko prisustvo nije dovoljno da se utvrdi postojanje namjere da se u-estvuje u li{avanju ` ivota.²⁶⁵ Drugi zastupnici odbrane tvrdili su da nema dokaza da je postojao sporazum me|u njema~kim oficirima,²⁶⁶ ili su tvrdili da, ~ak i da je takav plan postojao on ne bi uklju~ivao ubijanje vazduhoplovaca.²⁶⁷

212. Niti u ovom predmetu nije bilo pravnog savjetnika vojnog suda da navede pravne odredbe. Me|utim, opravdano je pretpostaviti da je sud potvrdio doktrinu zajedni~kog plana, ali u razli~itom obliku, jer je neke branjenike proglasio krivim i po optu` bama za li{avanje ` ivota i po optu` bama za napad,²⁶⁸ dok su drugi progla{eni krivim samo za napad.²⁶⁹

213. Iz ovog predmeta mo` e se izvu}i zaklju~ak da su svi oni optu` eni koji su progla{eni krivim smatrani odgovornim za sprovo|enje zajedni~kog zlo-ina~kog plana, a namjera je bila da se napadnu ratni zarobljenici. Me|utim, neki od njih su tako|e progla{eni krivim za ubistvo ~ak i kad nije bilo dokaza da su oni odista ubili zarobljenike. Mo` e se pretpostaviti da je to ura|eno na osnovu toga {to su optu` eni bili u polo` aju da, bilo zbog svog statusa, uloge ili pona{anja, predvide da }e taj napad dovesti do ubijanja ` rtava od strane nekih od u-esnika u napadu.

²⁶⁴ *Ibid.*, str. 1190 (naglasak dodan). *Vidi* tako|e str. 1191-1194.

²⁶⁵ *Vidi* npr. *ibid.*, str. 1201, 1203-1206.

²⁶⁶ *Vidi* *ibid.*, str. 1234, 1241, 1243.

²⁶⁷ *Vidi* *ibid.*, str. 1268-1270.

²⁶⁸ Optu` eni Akkerman, Krolikovski, Schmitz, Wentzel, Seiler i Goebbel su progla{eni krivim i po optu` bama za li{avanje ` ivota i po optu` bama za napad i osu|eni su na smrt, s izuzetkom Krolikovskog koji je osu|en na do` ivotu robiju (*ibid.*, str. 1280-1286).

²⁶⁹ Optu` eni Pointner, Witzke, Geyer, Albrecht, Weber, Rommel, Mammenga i Heinemann progla{eni su krivim samo za napad i dobili su kazne zatvora izme|u 2 i 25 godina (*ibid.*).

214. Sada se moraju pomenuti neki predmeti su|eni pred italijanskim sudovima nakon Drugog svjetskog rata koji se ti-u ratnih zlo-ina koje su po-inili civili i vojna lica koja su pripadala oru`anim snagama takozvane *Repubblica Sociale Italiana* ("RSI"), *de facto* vlade pod njema-kom kontrolom koju je fa{isti-ko vodstvo uspostavilo u centralnoj i sjevernoj Italiji nakon {to je Italija objavila rat Njema-koj 13. oktobra 1943. Nakon rata nekoliko osoba dovedeno je pred sud zbog zlo-ina po-injenih izme|u 1943. i 1945. nad ratnim zarobljenicima, italijanskim partizanima i pripadnicima italijanske vojske koja se borila protiv Nijemaca i RSI. Neka od tih su|enja bavila su se pitanjem krivi-ne odgovornosti za djela po-injena od strane grupa osoba kada je samo jedan pripadnik grupe zapravo po-inio sam zlo-in.

215. U *D'Ottavio et al.*, u `albenom postupku na odluku Porotnog suda u Teramu, Kasacijski sud je 12. marta 1947. donio odluku o jednom od tih predmeta. Neki naoru`ani civili protivpravno su progonili dva ratna zarobljenika koji su pobjegli iz koncentracionog logora kako bi ih uhvatili. Jedan pripadnik grupe pucao je na zarobljenike bez namjere da ih ubije, ali jedan je zarobljenik ranjen i kao rezultat toga je kasnije umro. Prvostepeni sud smatrao je da su svi pripadnici grupe odgovorni ne samo za "protivpravno ograni-enje slobode" (*sequestro di persona*) nego i za ubistvo iz nehata (*omicidio preterintenzionale*). Kasacioni sud potvrdio je taj nalaz. On je smatrao da je za postojanje te vrste krivi-ne odgovornosti nu`no da postoji ne samo materijalno va`ni, nego i psiholo{ki "uzro-ni neksus" izme|u rezultata kojeg su svi pripadnici grupe namjeravali posti}i i razli-itih akcija koje su izveli individualni pripadnici grupe. Sud je zatim istaknuo da:

odista, odgovornost u-esnika (*concorrente*) [...] nije zasnovana na konceptu objektivne odgovornosti [...], nego na fundamentalnom principu stjecaja me|uzavisnih uzroka [...] ; kao rezultat tog principa, svi u-esnici odgovorni su za zlo-in i kada ga direktno uzrokuju i kada ga indirektno uzrokuju, u skladu sa dobro poznatim kanon *causa causae est cause causati*.²⁷⁰

Sud je zatim izjavio da je u tom predmetu:

postojao neksus materijalno va`ne uzro-nosti, budu}i da su svi u-esnici direktno sara|ivali u krivi-nom djelu poku{aja "protivpravnog ograni-enja slobode" [...] time {to su, naoru`ani pi{toljem i pu{kom, opkolili i progonili dva ratna zarobljenika u bijegu s namjerom da ih protivpravno uhvate. To krivi-no djelo bilo je indirektan uzrok jednog drugog doga|aja koji je uslijedio, to jest pucanja na jednog od bjegunaca ({ta je uradio samo d'Ottavio), {ta je rezultiralo ranjavanjem i smr}u. Nadalje, postojala je i psiholo{ka uzro-nost, budu}i da su svi u-esnici imali namjeru da po-ine i znanje o stvarnom po-injenju poku{aja protivpravnog ograni-avanja slobode, i *predvidjeli su mogu}e po-injenje razli-itog krivi-nog djela*. To

²⁷⁰ *Vidi* rukom pisani tekst (neobjavljene) presude, str. 6 (nezvani-an prevod; dobiveno ljubazno{}u Italijanskog javnog arhiva, Rim; pohranjeno u biblioteci Me|unarodnog suda). *Vidi* tako|e *Giustizia penale*, 1948, Drugi dio, col. 66, no. 71 (sadr` i uvodnu bilje{ku u presudi).

predvi/anje (previsione) nu`no slijedi iz upotrebe oru`ja: predvidivo je (*dovendo prevedersi*) da bi jedan od u-esnika mogao pucati na bjegunce kako bi postigao zajedni-ku nakanu (*lo scopo comune*) njihovog hvatanja.²⁷¹

216. U jednom drugom predmetu (*Aratano et al.*) Kasacioni sud bavio se sljede}im okolnostima: grupa pripadnika milicije RSI planirala je uhapsiti neke partizane, bez namjere da ih ubiju, me|utim, da bi zapla{io partizane, jedan od pripadnika milicije ispalio je nekoliko metaka u zrak. Kao rezultat toga, partizani su uzvratili vatru, nastala je op{ta pucnjava i na kraju je jedan pripadnik milicije RSI ubio jednog partizana. Sud je smatrao da je prvostepeni sud pogrije{io kad je sve pripadnike milicije proglasio krivim za ubistvo. Po njegovom mi{ljenju, budu}i da je prvostepeni sud zaklju-io da pripadnici milicije nisu namjeravali ubiti partizane:

bilo je jasno da je [ubistvo jednog od partizana] bilo nenamjeravani doga|aj (*evento non voluto*) i da se prema tome ne mo`e pripisati svim u-esnicima: krivi-no djelo koje je po-injeno bilo je te`e od onoga koje je namjeravano i potrebno je pribje}i drugim kategorijama od kategorije hotimi-nog li{avanja `ivota. Ovaj Vrhovni sud ve} je imao priliku izre}i taj isti princip, i primijetio je da je, da bi se neka osoba mogla smatrati odgovornom za li{avanje `ivota po-injeno tokom operacije -i{enja koju sprovodi vi{e osoba, nu`no ustanoviti da je, u-e{em u toj operaciji, do{lo i do hotimi-ne aktivnosti vezane za li{avanje `ivota (*fosse stata spiegata un'attivita` volontaria in relazione anche all'omicidio*) (presuda od 27. avgusta 1947. u re: *Beraschi*).²⁷²

217. Drugi predmeti ti-u se primjenjivosti zakona o amnestiji donesenog Predsjedni-kim ukazom od 22. juna 1946. broj 4. Amnestija se izme|u ostaloga odnosila na krivi-na djela "kolaboracije sa njema-kim okupatorom" ali su krivi-na djela vezana za ubistvo bila isklju-ena. U predmetu *Tossani* pitanje je bilo da li zakon o amnestiji obuhvata osobu koja je u-estvovala u operaciji -i{enja civila za vrijeme koje je jedan njema-ki vojnik ubio jednog partizana. Kasacioni sud je zaklju-io da se amnestija mora primijeniti. Naglasio je da `alilac koji je u-estvovao u toj operaciji nije u njoj uzeo aktivnog u-e{a i da nije nosio oru`je. Osim toga, zaklju-eno je da je to ubistvo bilo "izuzetan i nepredvi|en (*imprevisto*) doga|aj jer je tokom jednog pretresa jedan civil pobjegao kako bi izbjegao zato-enje a njema-ki vojnik ga je ubio.²⁷³ Isti sud je sli-an stav zauzeo u predmetu *Ferrida*. @alilac je u-estvovao, "samo u svojstvu bolni-ara", u operaciji -i{enja tokom koje su ubijeni neki partizani. Sud je zaklju-io da on nije kriv za ubistvo i zakon o amnestiji se na njega mogao primijeniti.²⁷⁴ U predmetu *Bonati et al.* `alilac je tvrdio da je krivi-no djelo ubistva, koje ta grupa osoba nije predvidjela, po-inio jedan drugi pripadnik te grupe. Kasacioni sud je odbio `albu smatraju}i da je

²⁷¹ *Vidi* rukom pisani tekst (neobjavljene) presude, str. 6-7 (nezvani-an prevod, naglasak dodan).

²⁷² *Vidi* rukom pisani tekst (neobjavljene) presude, str. 13-14 (dobiveno ljubazno{u Italijanskog javnog arhiva, Rim; pohranjeno u biblioteci Me|unarodnog suda). Za uvodnu bilje{ku o ovom predmetu *vidi Archivio penale*, 1949, str. 472.

²⁷³ Presuda od 12. septembra 1946. u *Archivio penale*, 1947, Drugi dio, str. 88-89.

²⁷⁴ Presuda od 25. jula 1946. u *Archivio penale*, 1947, Drugi dio, str. 88.

alilac tako je kriv za ubistvo. Iako je to krivi-no djelo bilo te`e nego ono koje su neki od u-esnika (*concorrenti*) namjeravali, "bila je to ipak posljedica, mada indirektna, njegovog u-e{a".²⁷⁵

218. U tim predmetima sudovi su neosporno primijenili koncept prema kojem se neku osobu mo`e smatrati krivi-no odgovornom za krivi-no djelo koje je po-inio neki drugi pripadnik grupe i koje nije bilo predvi`eno zlo-ina-kim planom. Istina, u nekim predmetima nije jasno navedeno koja je *mens rea* potrebna da bi se pripadnika grupe smatralo odgovornim za takvu akciju. Me|utim, u svjetlu drugih presuda donesenih u isto vrijeme o istoj materiji, iako ne u vezi sa ratnim zlo-inima, ipak se mo`e pretpostaviti da su sudovi tra`ili da dogaj bude predvidiv. Sa tim u vezi dovoljno je pomenuti presudu Kasacionog suda od 20. jula 1949. u predmetu *Manelli*, gdje je sud ovako objasnio tra`eni uzro-ni neksus:

Odnos materijalno va`ne uzro-nosti putem koje pravo neke od u-esnika -ini odgovornim za zlo-in koji nije bio predvi`en mora se ispravno shvatiti sa stajali{ta logike i prava i strogo razlikovati od uzgrednog odnosa (*rapporto di occasionalita*). Odista, uzrok, bio on izravan ili neizravan, neposredan ili posredan, simultan ili sukcesivan, ne mo`e se nikada pomije{ati sa pukom koincidencijom. Da bi postojao odnos materijalno va`ne uzro-nosti izme|u krivi-nog djela koje je htio jedan od u-esnika i razli-itog krivi-nog djela koje je po-inio drugi, *nu`no je da ovo drugo krivi-no djelo predstavlja logi-an i predvidiv razvoj prvog (il logico e prevedibile sviluppo del primo)*. Nasuprot tome, kada postoji potpuna nezavisnost izme|u dva krivi-na djela, mo`e se zaklju-iti, u ovisnosti o konkretnim okolnostima, da postoji tek uzgredni odnos (*un rapporto di mera occasionalita*), ali ne i uzro-ni odnos. U svjetlu ovih kriterijuma, onaj koji od nekoga tra`i da rani ili ubije ne mo`e odgovarati za plja-ku koju je po-inila ta druga osoba, jer to krivi-no djelo ne predstavlja logi-an razvoj namjeravanog krivi-nog djela, ve} novu -injenicu koja ima svoju uzro-nu autonomiju i povezana je sa postupanjem koje je htio podstreka-(*mandante*) tek pukim uzgrednim odnosom (naglasak dodan).²⁷⁶

219. Isti koncept iskazao je isti Kasacioni sud i u mnogim drugim predmetima.²⁷⁷ Da je upravo to osnovni koncept koji je potvrdio sud -ini se potvr|uje -injenica da jedini slu-aj gdje je isti sud usvojio druk-iji pristup pomalo upada u o-i.²⁷⁸ Stoga se -ini da je,

²⁷⁵ Vidi rukom pisani tekst (neobjavljene) presude od 5. jula 1946, str. 19 (dobiveno ljubazno{}u Italijanskog javnog arhiva, Rim; pohranjeno u biblioteci Me|unarodnog suda). Vidi tako|e *Giustizia penale*, 1945-46, Drugi dio, cols. 530-532.

²⁷⁶ Vidi *Giustizia penale*, 1950, Drugi dio, cols. 696-697 (naglasak dodan).

²⁷⁷ Vidi npr. Kasacioni sud, 15. mart 1948, predmet *Peveri*, u *Archivio penale*, 1948, str. 431-432; Kasacioni sud, 20. juli 1949, predmet *Manelli*, u *Giustizia penale*, 1949, Drugi dio, col. 906, no. 599; Kasacioni sud, 27. oktobar 1949, predmet *P.M. v. Minafò*, u *Giustizia penale*, 1950, Drugi dio, col. 252, no. 202; 24 februar 1950, predmet *Montagnino*, *ibid.*, col. 821; 19. april 1950, predmet *Solesio et al.*, *ibid.*, col. 822. Nasuprot tome, isti Kasacioni sud je u presudi od 23. oktobra 1946. u predmetu *Minapò et al.* zaklju-io da je neva`no da li je u-esnik u zlo-inu predvidio zlo-ina-ko postupanje koje je izveo drugi pripadnik te zlo-ina-ke grupe (*Giustizia penale*, 1947, Drugi dio, col. 483, no. 382).

²⁷⁸ U predmetu *Antonini* (presuda Kasacionog suda od 29. marta 1949.) prvostepeni sud proglasio je optu`enog krivim ne samo za protivpravno hap{enje nekih civila, nego i za to {to su ih Nijemci kasnije strijeljali, kao "odmazdu" za napad na njema-ke jedinice u Via Rasella u Rimu. Kako je naveo prvostepeni sud, optu`eni nije, uhapsiv{i civile, namjeravao da do|e do njihove smrti, ali je znao da je time stvorio situaciju koja vrlo vjerovatno mo`e dovesti do njihove smrti. Kasacioni sud je poni{tio taj zaklju-ak, smatraju}i da je, da bi se optu`eni mogao proglasiti krivim, nu`no ne samo da je on predvidio nego i htio oduzimanje `ivota. (vidi tekst presude u *Giustizia penale*, 1949, Drugi dio, cols. 740-742).

za element *mens rea* koji je potreban za krivičnu odgovornost osobe za djela počinjena u okviru zajedničke nakane koja nisu bila predviđena zajedničkim planom, sud ili primijenio koncept oslabljenog oblika namjere (*dolus eventualis*) ili tražio visoki stepen nemara (*culpa*).

220. Ukratko, Albano vijeće je mišljenja da je koncept zajedničkog plana kao oblik suesničke odgovornosti vrsto ukorijenjen u međunarodnom običajnom pravu i da ga pored toga potvrđuje, iako u implicitnom obliku, Statut Međunarodnog suda. Kad je riječ o objektivnim i subjektivnim elementima krivičnog djela, sudska praksa pokazuje da se taj koncept primjenjuje na tri različite kategorije slučajeva. Prvo, za slučajeve saizvršilaštva, kada svi učesnici u zajedničkom planu posjeduju istu zločinu namjeru da poine krivično djelo (a jedan ili više njih odista i poine krivično djelo, sa namjerom). Drugo, u takozvanim predmetima "koncentracionih logora" gdje se potrebna *mens rea* sastoji od znanja o prirodi sistema zlostavljanja i namjere da se sprovede zajednički plan zlostavljanja. Ta namjera može se dokazati bilo direktno ili izvlačenjem zaključaka iz karaktera ovlasti optuženog unutar logora ili organizacione hijerarhije. [to se tiče trije kategorije slučajeva, primjena koncepta "zajedničke nakane" umjesna je samo kad su ispunjeni sljedeći uslovi u vezi *mens rea*: (i) namjera da se učestvuje u zajedničkom zločinu poduhvatu i da se – individualno i zajednički – sprovede zločinu nakana tog poduhvata; i (ii) predvidivost mogućeg počinjenja, od strane drugih pripadnika grupe, krivičnih djela koja ne predstavljaju cilj zajedničke zločinu nakane. Znači, učesnici moraju imati na umu namjeru, na primjer da se zlostavlja ratne zarobljenike (čak i ako je takva namjera improvizovana na licu mjesta) i jedan ili neki pripadnici grupe su ih odista i ubili. Međutim, da bi se odgovornost za smrti mogla pripisati i drugima, svako u grupi mora da je bio u stanju *predvidjeti* takav rezultat. Moramo primijetiti da se traži i više od nehaja. Ono što se traži je stanje svijesti u kome je neka osoba, iako nije namjeravala prouzročiti izvjesni rezultat, bila svjesna da će akcije grupe najvjerovatnije dovesti do tog rezultata, a ipak je svojom voljom pristala na taj rizik. Drugim riječima, traži se takozvani *dolus eventualis* (u nekim nacionalnim pravnim sistemima zvan "smotreni nehaj").

221. Osim gorepomenute sudske prakse, koncept zajedničkog plana potvrđuju i barem dva međunarodna ugovora. Prvi je Međunarodna konvencija za sprečavanje terorističke bombaške aktivnosti, koju je konsenzusom usvojila Generalna skupština Ujedinjenih nacija rezolucijom 52/164 od 15. decembra 1997. i koja je otvorena za potpisivanje od 9.

januara 1998. Prema članu 2(3)(c) te Konvencije, krivična djela predviđena Konvencijom može poiniti bilo koja osoba koja:

na bilo koji drugi način [osim učestvovanjem kao sudesnik, ili organizovanjem i upućivanjem drugih da poine krivično djelo] doprinese počinjenju jednog ili više krivičnih djela navedenih u stavovima 1 ili 2 ovog člana od strane grupe osoba koje djeluju sa zajedničkom nakanom; taj doprinos mora biti namjeran i učinjen, ili sa ciljem da se sprovede opšta zloinačka aktivnost ili nakana grupe, ili uz znanje o namjeri grupe da se poini relevantno krivično djelo ili djela.

Pregovarački proces ne baca nikakvo svjetlo na razloge u pozadini usvajanja ovog teksta.²⁷⁹ Čini se da je ta Konvencija značajna jer potvrđuje koncept "zajedničke zloinačke nakane" kao nešto različito od pomaganja i podržavanja (formulisano u smislu "učestvovanje kao sudesnik [u] krivičnom djelu"). Iako ta Konvencija još nije na snazi, ne smije se potcijeniti činjenica da su je sve članice Generalne skupštine usvojile konsenzusom. Stoga se može smatrati da predstavlja značajan dokaz o pravnim pogledima velikog broja država.

222. Jedan suštinski sličan koncept kasnije je utvrđen članom 25 Statuta Međunarodnog krivičnog suda koji je 17. jula 1998. usvojila Diplomatska konferencija u Rimu ("Rimski statut").²⁸⁰ U stavu 3(d) ova odredba potvrđuje doktrinu koju razmatramo na sljedećim način:

[U skladu s ovim Statutom, neka osoba je krivično odgovorna i podliježe kažnjavanju za krivično djelo iz nadležnosti Suda ako ta osoba ...]

(d) Na bilo koji drugi način [osim pomaganjem i podržavanjem ili na drugi način pomaganjem u izvršenju ili pokušaju izvršenja krivičnog djela] doprinese izvršenju ili pokušaju izvršenja tog krivičnog djela od strane grupe osoba koje djeluju sa zajedničkom nakanom. Takav doprinos mora biti namjeran i mora biti ili:

i. učinjen sa ciljem da se sprovede zloinačka aktivnost ili zloinačka nakana grupe, kada ta aktivnost ili nakana uključuje izvršenje krivičnog djela iz nadležnosti ovog Suda; ili

ii. učinjen uz poznavanje namjere grupe da poini krivično djelo.

²⁷⁹ Izvještaj [estog komiteta (25. novembar 1997, A/52/653)] i Službeni zapisnik sjednice Generalne skupštine na kojoj je usvojena ta konvencija, gotovo da i ne pominju član 2 i ne navode detalje o doktrini zajedničke nakane (*vidi* UNGAOR, 72. plenarna sjednica, 52. zasjedanje, ponedjeljak 15. decembar 1997, U.N. Doc. A/52/PV.72). No, japanski delegat je na 33. sastanku [estog komiteta primijetio da "su neki izrazi korišćeni [u Konvenciji] poput [...] 'taj doprinos' (član 2, stav 3(c)) dvosmisleni" (33. sastanak [estog komiteta, 2. decembar 1997, UNGAOR A/C.6/52/SR.33, str. 8, para 77). On je zaključio da je stoga njegova vlada "interpretirati 'taj doprinos' [...] tako da znači potporu, pomoć i druga slična djela definisana japanskim zakonodavstvom" (*bid.*) *Vidi* takođe *Izvještaj ad hoc Komiteta ustanovljenog rezolucijom Generalne skupštine 51/210 od 17. decembra 1996*, UNGAOR, 52. zasjedanje, 37. supp., A/52/37.

²⁸⁰ Rome Statute of the International Criminal Court, U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17. juli 1998.

223. Pravnu te`inu koju sada treba pridati odredbama Rimskog statuta ispravno je utvrdilo Pretresno vije}e II u predmetu *Furund`ija*.²⁸¹ Tamo je Pretresno vije}e istaklo da je Statut jo{ uvijek neobavezuju}i me|unarodni ugovor jer jo{ nije stupio na snagu. No on ipak posjeduje zna-ajnu pravnu vrijednost. Statut je usvojila golema ve}ina dr`ava koje su prisustvovale Rimskoj diplomatskoj konferenciji i u zna-ajnoj mjeri ga je potvrdio [esti komitet Generalne skup{tine Ujedinjenih nacija. To pokazuje da tekst podr`ava veliki broj dr`ava i mo`e se uzeti da on predstavlja pravno stajali{te, to jest *opinio juris* tih dr`ava. To je u skladu sa pogledom da je onaj modalitet sau-esni-ke odgovornosti o kojem se ovdje govori uvrije`en u me|unarodnom pravu i razli-it od pomaganja i podr`avanja.²⁸²

224. Kao {to je gore istaknuto, doktrina djelovanja u sprovo|enju zajedni-ke nakane ukorijenjena je u nacionalnom pravu mnogih dr`ava. Neke dr`ave dr`e se principa da, kad vi{e osoba u-estvuje u zajedni-koj nakani ili zajedni-kom planu, sve su one odgovorne za zlo-ina-ko postupanje koje iz toga proistekne, bez obzira na stepen ili oblik njihovog u-estvovanja uz uslov da su sve imale namjeru po-initi krivi-no djelo predvi|eno zajedni-kom nakanom. Ako jedan od u-esnika po~ini krivi-no djelo koje nije predvi|eno zajedni-kom nakanom, samo }e on biti krivi-no odgovoran za to krivi-no djelo. Me|u tim zemljama su Njema-ka²⁸³ i Holandija.²⁸⁴ Druge zemlje se tako|e dr`e principa da, kada vi{e osoba u-estvuje u zajedni-koj zamisli ili zajedni-kom planu da se po~ini krivi-no djelo, sve su one krivi-no odgovorne za to krivi-no djelo, bez obzira na ulogu koju je svaka od njih odigrala. Me|utim, u tim zemljama, ako jedna

²⁸¹ "Presuda", *Tu`ilac protiv Ante Furund`ije*, predmet br. IT-95-17/1-T, Pretresno vije}e II, 10. decembar 1998, para. 227.

²⁸² ^ak i kad bi se ustvrdilo da se objektivni i subjektivni elementi krivi-nog djela navedeni u ~lanu 25(3) Rimskog statuta razlikuju u izvjesnoj mjeri od onih koje tra`i gore citirana sudska praksa, posljedica ovog odstupanja mo`e se procijeniti jedino na dugi rok jednom kad se Sud osnuje. To je zato {to se na ~lan 25(3) Statuta ne mo`e primijeniti ~lan 10 Statuta koji predvi|a da se "ni{ta u ovom dijelu ne smije protuma-iti kao da na bilo koji na-in ograni-ava ili prejudicira postojea ili *in statu nascendi* pravila me|unarodnog prava za svrhe razli-ite od ovog Statuta". Ova odredba ne obuhvata ~lan 25, budu}i da se taj ~lan pojavljuje u Drugom dijelu Statuta, a ~lan 25 uklju-en je u Tre}i dio.

²⁸³ *Vidi* para. 25(2) *Strafgesetzbuch*: "*Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Tater bestraft (Mittater)*". ("Ako nekoliko osoba po~ine krivi-no djelo kao saizvr{ioci, svaka podlije`e kazni kao glavni izvr{ilac." (nezvani-an prevod) Njema-ka sudska praksa jasno je ustanovila princip da, ako se po~ini krivi-no djelo koje nije bilo predvi|eno zajedni-kim zlo-ina-kim planom, za njega je krivi-no odgovoran samo autor tog djela. *Vidi* BHG GA 85, 270. Prema njema-kom Saveznom sudu (BGH GA 85,270):

"*Mittaterschaft ist anzunehmen, wenn und soweit das Zusammenwirken der mehreren Beteiligten auf gegenseitigem Einverstandnis beruht, wahrend jede rechtsverletzende Handlung eines Mittaters, die uber dieses Einverstandnis hinausgeht, nur diesem allein zuzurechnen ist*". ("Saizvr{ilactvo (*Mittaterschaft*) postoji kada i ukoliko se zajedni-ka akcija nekoliko po~inilaca zasniva na recipro-nom sporazumu (*Einverstandnis*), dok se svaka zlo-ina-ka akcija u-esnika (*Mittater*) koja ide van okvira tog sporazuma mo`e pripisati samo tom u-esniku." (nezvani-an prevod))

²⁸⁴ U Holandiji izraz rezerviran za ovaj oblik krivi-ne odgovornosti glasi "medeplegen". (*Vidi* HR 6. decembar 1943, *NJ* 1944, 245; HR 17. maj 1943, *NJ* 1943, 576; i HR 6. april 1925, *NJ* 1925, 723, W 11393).

od osoba koja u-estvuje u zajedni-kom zlo-ina-kom planu ili poduhvatu po-ini neko drugo krivi-no djelo koje je van zajedni-kog plana, ali ipak predvidivo, te osobe su u potpunosti odgovorne i za to krivi-no djelo. Me|u tim zemljama su sistemi gra|anskog prava kao oni Francuske²⁸⁵ i Italije.²⁸⁶ One obuhvataju i *common law* jurisdikcije kao {to su Engleska i Wales,²⁸⁷ Kanada,²⁸⁸ Sjedinjene dr`ave,²⁸⁹ Australija²⁹⁰ i Zambija.²⁹¹

²⁸⁵ *Vidi* -lan 121-7 *Code pénal* koji glasi:

"Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre". ("Svaka osoba koja je svjesno pomagala u planiranju ili izvr{enju krivi-nog djela ili delikta, bilo pomaganjem ili podupiranjem, sau-esnik je u njemu. Osim toga, svaka osoba koja nudi darove, daje obe}anja, daje naloge ili zloupotrebljava svoj polo`aj vlasti ili ovlasti da potakne krivi-no djelo ili daje uputstva za njegovo izvr{enje isto je tako sau-esnik u njemu." (nezvani-an prevod)).

Osim odgovornosti za krivi-na djela izvr{ena od strane vi{e osoba, Kasacioni sud je predvidio krivi-nu odgovornost za djela koja je po-inio sau-esnik a koja izlaze van okvira zlo-ina-kog plana. S tim u vezi, Sud razlikuje krivi-na djela u kojima ne postoji nikakva veza sa predvi|enim krivi-nim djelom (npr. neka osoba preda revolver sau-esniku u kontekstu oru`ane plja-ke, a sau-esnik iskoristi revolver da ubije nekog njegovog ro|aka), i krivi-nih djela gdje je postupanje u nekoj vezi sa planiranim krivi-nim djelom (npr. kra|a izvedena u obliku plja-ke). U prvoj kategoriji slu-ajeva, francusko pravo ne dr`i relevantnu osobu odgovornom, dok je u drugoj dr`i odgovornom uz neke uslove (kao {to je zaklju-eno u presudi od 31. decembra 1947, *Bulletin des arrêts criminels de la Cour de Cassation*, 1947, no. 270, sau-esnik *"devait prévoir toutes les qualifications dont le fait était susceptible, toutes les circonstances dont il pouvait être accompagné"* ("mora da o-ekuje da }e biti optu`en za sve kvalifikacije dozvoljene zakonom, kao i za sve posljedice koje mogu da proisteknu iz krivi-nog djela" (nezvani-an prevod)). *Vidi* tako|e odluku od 19. juna 1984, *Bulletin, ibid.*, 1984, no. 231.

²⁸⁶ Principi zajedni-ke nakane u osnovi su nazna-eni u sljede}im odredbama *Codice penale*:

"^lan 110: Pena per coloro che concorrono nel reato.- Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti." ("Kazne za one koji u-estvuju u krivi-nom djelu.- Kada vi{e osoba u-estvuje u istom krivi-nom djelu, svaka od njih podlije`e kazni utvr|enoj za to krivi-no djelo, uz uslove navedene u odredbama sljede}ih -lanova." (nezvani-an prevod)); i

"^lan 116: Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti.- Qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento e conseguenza della sua azione od omissione." ("Krivi-na djela koja nisu predvidjeli neki od u-esnika.- Kada se po-ini krivi-no djelo razli-ito od onog koje je namjeravao jedan od u-esnika, i on }e odgovarati za to krivi-no djelo ako je ono bilo posljedica njegovog djela ili propusta." (nezvani-an prevod)).

Treba primijetiti da italijanski sudovi sve vi{e tuma-e -lan 116 kao da predvi|a krivi-nu odgovornost u slu-ajevima predvidivosti. *Vidi* osobito presudu Ustavnog suda od 13. maja 1965, no. 42, *Archivio penale* 1965, Drugi dio, str. 430 i dalje. U nekim predmetima sudovi tra`e takozvanu apstraktnu predvidivost (*prevedibilità astratta*) (*vidi* npr. Kasacioni sud, 3. mart 1978, *Casazione penale*, 1980, str. 45 i dalje; Kasacioni sud, 4. mart 1988, *Casazione penale*, 1990, str 35 i dalje); u drugima tra`e konkretnu (ili specifi-nu) predvidivost (*prevedibilità concreta*) (*vidi* npr. Kasacioni sud, 11. oktobar 1985, *Rivista penale*, 1986, str 421; i Kasacioni sud, 18. februar 1998, *Isic/ Rivista penale* 1988, str. 1200).

²⁸⁷ *Vidi* *R. v. Hyde* [1991] 1 QB 134; *R. v. Anderson*; *R. v. Morris* [1966] 2 QB 110 gdje je Lord Parker CJ smatrao da "kad dvije osobe preduzmu zajedni-ki poduhvat, svaka je odgovorna za djela u-injena prilikom sporovo|enja tog zajedni-kog poduhvata, a to onda obuhvata i odgovornost za neobi-ne posljedice ukoliko one proizlaze iz izvr{enja dogovorenog zajedni-kog poduhvata". Me|utim, odgovornost za takve neobi-ne posljedice ograni-ena je na ona krivi-na djela koja je optu`eni predvidio da bi ih glavni po-inilac mogao po-initi kao mogu}i incident u zajedni-kom protivpravnom poduhvatu, a osim toga, optu`eni je, to predvidjev{i, morao nastaviti u-estvovati u poduhvatu (*vidi Hui-Chi-Ming v. R.* [1992] 3 All ER 897 na 910-911).

²⁸⁸ Krivi-ni zakon, Sekcija 21(2) glasi da kada:

"dvije ili vi{e osoba stvore namjeru da izvedu protivpravnu nakanu i da u tome poma`u jedna drugoj, i kada bilo koja od njih, prilikom izvr{enja zajedni-ke nakane, po-ini neko krivi-no djelo, svaka od tih osoba koja je znala ili trebala da zna da }e izvr{enje tog krivi-nog djela biti vjerovatna posljedica izvo|enja zajedni-ke nakane u-esnik je u tom krivi-nom djelu."

Treba primijetiti da iako ova sekcija pominje uslov objektivne predvidivosti, to je donekle izmijenio Vrhovni sud Kanade kad je zaklju-io da: "u onim slu-ajevima kada se za glavnog po-inioca za *mens rea*

225. Treba naglasiti da pominjanje nacionalnog zakonodavstva i sudske prakse služi samo da bi se pokazalo da koncept zajedničke nakane prihvaćen u međunarodnom krivičnom pravu ima temelja u mnogim nacionalnim sistemima. Upravo suprotno, u području o kome raspravljamo, nacionalno zakonodavstvo i sudska praksa ne mogu prema doktrini o općim pravnim principima priznatih od strane nacija svijeta poslužiti kao izvor međunarodnih principa i pravila: da bi se time smjeli poslužiti, bilo bi nužno pokazati da su većina, ako ne i sve, zemlje usvojile isti koncept zajedničke nakane. Konkretno, trebalo bi pokazati da, u svakom slučaju, glavni pravni sistemi svijeta ovom konceptu prilaze na isti način. Gorenavedeni kratki pregled pokazuje da to nije slučaj. Osim toga, pozivanje na nacionalno pravo u ovom slučaju ne može imati doseg i značaj koji je u općim crtama naznačio Generalni sekretar u svom Izvještaju, gdje se ističe da "je bilo sugestija da Međunarodni sud treba da primjenjuje *domaće pravo* u onoj mjeri u kojoj ono *inkorporira* međunarodno običajno humanitarno pravo".²⁹² U području koje razmatramo, *domaće pravo* ne izvire iz sprovedbe međunarodnog prava već teče paralelno, i sa njim prethodi međunarodnoj regulativi.

226. Običajno vijeće smatra da konzistentnost i uvjerljivost gorepomenute sudske prakse i ugovora, kao i njihova suglasnost sa općim principima krivične odgovornosti ustanovljenim kako Statutom i općim međunarodnim krivičnim pravom tako i nacionalnim zakonodavstvima, opravdava zaključak da sudska praksa odražava običajna pravila međunarodnog krivičnog prava.

trajni standard subjektivne predvidivosti, bilo bi neustavno uesnika proglasiti krivim za isto krivično djelo na osnovu standarda objektivne predvidivosti" (*R. v. Logan* [1990] 2 SCR 731 u 735). U slučaju krivičnih djela poput ubistva, primjenjuje se subjektivni standard. *Vidi* takođe *R. v. Rodney* [1990] 2 SCR 687.

²⁸⁹ Npr. u državi Maine (17 Maine Criminal Code §57 (1997)), Minnesota (Minnesota Statutes § 609.05 (1998)), Iowa (Iowa Code § 703.2 (1997)), Kansas (Kansas Statutes § 21-3205 (1997)), Wisconsin (Wisconsin Statutes § 939.05 (West 1995)). Iako u sudskoj praksi saveznih sudova u SAD nema jasno definisane doktrine zajedničke nakane, slični principi utvrđeni su Pinkertonovom doktrinom. Ova doktrina uvodi krivičnu odgovornost za djela počinjena prilikom sprovođenja zajedničke zločinačke nakane, bez obzira da li su ta djela izričito planirana ili ne, pod uslovom da se je ta djela moglo razumno zamisliti kao vjerovatnu posljedicu ili vjerovatni ishod zajedničke zločinačke nakane (*vidi Pinkerton v. United States*, 328 U.S. 640, 66 S. Ct. 1180, 90 L. Ed. 1489 (1946); *State v. Walton*, 227 Conn. 32; 630 A.2d 990 (1993); *State of Connecticut v. Diaz*, 237 Conn. 518, 679 A.2d 902 (1996)).

²⁹⁰ U australskom pravu, kada dva uesnika preduzmu zajednički zločin, uesnik je se smatrati odgovornim za djelo za koje on otkrije da bi ga drugi uesnik mogao izvršiti u toku poduhvata, čak i ako on nije izričito ni prethodno pristao na izvršenje tog djela (*McAuliffe v. R.* (1995) 183 CLR 108 at 114). Test za određivanje da li krivično djelo spada u okvir relevantnog zajedničkog poduhvata jeste subjektivni test predviđanja: "u skladu sa naglaskom koji pravo sada stavlja na stvarno stanje svijesti optužene osobe, test je postao subjektivan, i obim zajedničke nakane definiše se kao ono što su predviđjeli uesnici koji dijele tu nakanu" (*ibid.*).

²⁹¹ Član 22 Krivičnog zakona navodi:

"Kada dvije ili više osoba imaju zajedničku namjeru da izvedu protivpravnu nakanu u međusobnoj saradnji, i kada se prilikom izvršenja te nakane počinji krivično djelo takve prirode da je njegovo počinjenje bilo vjerovatna posljedica izvršenja te nakane, smatra se da je svaka od tih osoba počinila to krivično djelo."

227. Ukratko, objektivni elementi (*actus reus*) ovog na-ina u-estvovanja u jednom od krivi-nih djela predvi|enih Statutom (u vezi sa svakom od tri kategorije slu-ajeva) navedeni su kako slijedi:

i. *Više osoba*. One ne moraju biti organizovane u vojnu, politi-ku ili upravnu strukturu, kao što jasno pokazuju predmeti *Essensko lin-ovanje* i *Kurt Goebell*.

ii. *Postojanje zajedni-kog plana, zamisli ili nakane koja predstavlja ili uklju-uje po-injenje krivi-nog djela predvi|enog Statutom*. Nema potrebe da taj plan, zamisao ili nakana budu prethodno dogovoreni ili formulisani. Zajedni-ki plan ili nakana mo`e biti improvizovana na licu mjesta, a izvodi se iz -injenice da više osoba djeluje zajedno kako bi sproveli u djelo zajedni-ki zlo-ina-ki poduhvat.

iii. *U-estvovanje optu`enog u zajedni-kom planu koji uklju-uje po-injenje jednog od krivi-nih djela predvi|enih Statutom*. To u-e{}e ne mora uklju-ivati izvr{enje nekog konkretnog krivi-nog djela iz jedne od tih odredbi (na primjer, ubistvo, istrebljenje, mu-enje, silovanje, itd.), nego se mo`e sastojati u pomo}i ili doprinosu izvr{enju zajedni-kog plana ili nakane.

228. Nasuprot tome, element *mens rea* razlikuje se zavisno od kategorije zajedni-kog plana o kome se radi. [to se ti-e prve kategorije, tra`i se umi{l}jaj da se izvr{i odre|eno krivi-no djelo (a taj umi{l}jaj dijele svi saizvr{ioci). [to se ti-e druge kategorije (koja je, kao što smo gore primijetili, zapravo varijanta prve), tra`i se li-na svijest o sistemu zlostavljanja (dokazana bilo eksplicitnim svjedo-enjem bilo izvla-enjem razumnog zaklju-ka na osnovu polo`aja vlasti optu`enog), kao i namjera da se sprovede taj zajedni-ki dogovoren sistem zlostavljanja. [to se ti-e tre}e kategorije, tra`i se *namjera* da se u-estvuje i sprovodi zlo-ina-ka aktivnost ili zlo-ina-ka nakana grupe i da se doprinese zajedni-kom zlo-ina-kom poduhvatu ili u svakom slu-aju izvr{enju krivi-nog djela od strane grupe. Nadalje, do odgovornosti za krivi-no djelo razli-ito od onog koje je dogovoreno zajedni-kim planom dolazi samo ako je, u uslovima tog slu-aja, bilo *previdivo* da }e jedan ili drugi pripadnici grupe po-initi takvo krivi-no djelo i (ii) optu`eni je *hotimi-no pristao na taj rizik*.

²⁹² *Vidi* Izvje{taj Generalnog sekretara, para. 36 (naglasak dodan).

229. Sada je, u svjetlu prethodnog izlaganja, prikladno uočiti razliku između djelovanja prilikom sprovođenja zajedničke nakane ili plana da se poini krivno djelo, i pomaganja i podržavanja.

(i) Pomaga- i podržavalac je uvijek sauesnik u krivnom djelu koje je poinila druga osoba, glavni poinilac.

(ii) U slučaju pomaganja i podržavanja nije potreban dokaz o zajedničkom dogovorenom planu, a pogotovo ne prethodno postojanje takvog plana. Nije potreban nikakav plan niti dogovor; dapače, glavni poinilac ne mora ni da zna za doprinos sauesnika.

(iii) Pomaga- i podržavalac izvršava djela konkretno usmjerena na pomaganje, ohrabrivanje ili davanje moralne podrške poinjenu nekog konkretnog krivnog djela (ubistva, istrebljenja, silovanja, mučenja, bezobzirna razaranja civilne imovine, itd.), i ta podrška ima značajnog uticaja na poinjenu krivnog djela. Nasuprot tome, u slučaju djelovanja prilikom sprovođenja zajedničke nakane ili plana, dovoljno je da sauesnik izvrši djela koja su na neki način usmjerena sprovođenju zajedničkog plana ili nakane.

(iv) U slučaju pomaganja i podržavanja, traženi element svijesti je znanje da djela koja poini pomaga- i podržavalac pomaže u poinjenu konkretnog krivnog djela od strane glavnog poinioca. Nasuprot tome, u slučaju zajedničke nakane ili plana traži se više (to jest, ili umišljaj da se poini krivno djelo ili umišljaj da se sprovede zajednički zloinački plan plus predviđanje da će se vjerovatno poiniti krivna djela van zajedničke zloinačke nakane), kao što je gore navedeno.

(b) Vinost žalioaca u ovom predmetu

230. U ovom predmetu, Pretresno vijeće zaključilo je da je žalilac učestvovao u oružanom sukobu koji se između maja i decembra 1992. odigrao na području Prijedora. Jedan aspekt tog sukoba bila je politika poinjavanja neovještih djela nad nesrpskim civilnim stanovništvom tog područja u okviru pokušaja stvaranja Velike Srbije.²⁹³ Zaključeno je takođe da su, tokom sprovođenja te politike, poinjena neovještina djela nad brojnim žrtvama i to "u skladu sa prepoznatljivim planom".²⁹⁴ Napadi na Sivce i

²⁹³ Vidi Presuda, para. 127-179, gdje se iznosi pozadina sukoba u općini Prijedor.

²⁹⁴ Presuda, para. 660.

Jaski}e 14. juna 1992. bili su dio tog oru`anog sukoba koji je divljao u regionu Prijedora.

231. @alilac je aktivno u-estvovao u zajedni-koj zlo-ina-koj nakani da se iz regiona Prijedora ukloni nesrpsko stanovni{tvo time {to je -inio ne-ovje-na djela. Zajedni-ka zlo-ina-ka nakana nije bila da se ubiju svi nesrpski mu{karci; iz dokaza koji su izvedeni i prihva}eni jasno se vidi da je u okviru napora da se iz regiona Prijedora ukloni nesrpsko stanovni{tvo -esto dolazilo do ubistava. Van svake je sumnje da je `alilac bio svjestan ubistava koja su pratila po-injenje ne-ovje-nih djela nad nesrpskim stanovni{tvom. To je kontekst u kome treba gledati napad na Jaski}e i njegovo u-e{e u tom napadu, kao {to je zaklju-ilo Pretresno vije}e i @albeno vije}e u ranijem tekstu. To {to niko nije ubijen u napadu na Sivce istog dana ne predstavlja promjenu zajedni-ke zlo-ina-ke nakane.

232. @alilac je bio naoru`ani pripadnik naoru`ane grupe koja je, u kontekstu sukoba u regionu Prijedora, 14. juna 1992. napala Jaski}e. Pretresno vije}e zaklju-ilo je sljede}e:

[to se ti-e ubistva petorice mu{karaca u Jaski}ima, svjedokinje Draguna Jaski}, Zemka [ahbaz i Senija Elkasovi} vidjele su pet mrtvih tijela kako le`e u selu kad su `ene mogle iza}i iz ku}a nakon {to su naoru`ani ljudi oti}li; Senija Elkasovi} vidjela je da su -etiri le{a ustrijeljena u glavu. Ona je -ula pucnjavu nakon {to su mu{karci iz njene ku}e odvedeni.²⁹⁵

@alilac je aktivno u-estvovao u tom napadu time {to je sakupljao i pretukao neke od mu{karaca iz Jaski}a. Kao {to je Pretresno vije}e dalje konstatovalo:

Nema sumnje da su se naoru`ani ljudi pona{ali nasilni-ki, budu}i da su mnogima od svjedoka naoru`ani ljudi prijetili smr}u dok su mu{karci odvo}eni iz sela. Osim toga, daljnji dokaz njihovog nasilni-kog pona{anja je i to {to su pretukli mu{karce iz sela, neke od njih do besvijesti.²⁹⁶

Prema tome, jedini mogu}i zaklju-ak koji se mo`e izvu}i jeste da je `alilac imao namjeru sprovesti zlo-ina-ku nakanu uklanjanja nesrpskog stanovni{tva iz regiona Prijedora izvr{avanjem ne-ovje-nih djela nad njima. Da su ne-Srbi mogli biti ubijeni u sprovo|enju ovog zajedni-kog cilja, bilo je predvidivo u okolnostima ovog predmeta. @alilac je bio svjestan da akcije grupe kojoj je pripadao mogu vjerovatno dovesti do takvih ubistava, ali je ipak hotimi-no pristao na taj rizik.

²⁹⁵ *Ibid.*, para. 370.

²⁹⁶ *Ibid.*

3. Nalaz @albenog vije}a

233. Pretresno vije}e pogrije{ilo je kada je zaklju-ilo da se, na osnovu predo-enih mu dokaza, ne mo`e uvjeriti van razumne sumnje da je `alilac na bilo koj na-in u-estvovao u ubistvu petorice mu{karaca iz sela Jaski}i. @albeno vije}e zaklju-uje da je `alilac u-estvovao u ubistvima petorice mu{karaca u Jaski}ima koja su po-injena za vrijeme oru`anog sukoba kao dio rasprostranjenog ili sistematskog napada na civilno stanovni{tvo. @albeno vije}e stoga smatra da je Pretresno vije}e, na osnovu odredbi -lana 7(1) Statuta, moralo `alioca proglasiti krivim.

234. @albeno vije}e zaklju-uje da ovaj osnov protiv`albe stoji.

C. Zaklju-ak

235. U svjetlu nalaza @albenog vije}a da je -lan 2 Statuta primjenjiv, `alilac se progla{ava krivim po ta-ki 29 (te{ko kr{enje u smislu -lana 2(a) Statuta (hotimi-no li{avanje `ivota) i -lana 7(1) Statuta.

236. Nalaz Pretresnog vije}a po ta-ki 30 ukida se. @alilac se progla{ava krivim po ta-ki 30 (kr{enje ratnog prava i obi-aja u smislu -lana 3(1)(a) Statuta (ubistvo)) i -lana 7(1) Statuta.

237. Nalaz Pretresnog vije}a po ta-ki 31 ukida se. @alilac se progla{ava krivim po ta-ki 31 (zlo-in protiv -ovje-nosti u smislu -lana 5(a) Statuta (ubistvo)) i -lana 7(1) Statuta.

VI. TRE] I OSNOV ZA PROTIV@ALBU OPTU@BE: NALAZ PRETRESNOG VIJE]A DA SE ZLO^INI PROTIV ^OVJE^NOSTI NE MOGU PO^INITI IZ ^ISTO LI^NIH POBUDA

238. Od uslova koji moraju biti zadovoljeni prije nego što se nekoga mo`e proglasiti krivim za zlo-ine protiv ~ovje-nosti, Pretresno vije}e je u presudi izdvojilo neophodnost postojanja oru`anog sukoba i nekusa izme|u u-injenih djela i oru`anog sukoba.

239. Kad je rije~ o prirodi veze koja se zahtijeva, Pretresno vije}e smatra da je kod zlo-ina protiv ~ovje-nosti dovoljno da se djelo dogodilo "u toku ili za vrijeme trajanja oru`anog sukoba,"²⁹⁷ ali uz dvije rezerve. Prvo, "djelo mora biti geografski i vremenski vezano za oru`ani sukob."²⁹⁸ Drugo, djelo i sukob moraju biti povezani ili, barem, djelo "ne smije biti nepovezano s oru`anim sukobom"²⁹⁹. Pretresno vije}e je dalje smatralo da se uslov da djelo "ne smije biti nepovezano" s oru`anim sukobom sastoji iz dva aspekta. Prvo, po-inilac mora biti upoznat sa {irim kontekstom u kome se njegovo djelo doga|a.³⁰⁰ Drugo, djelo nije smjelo biti u-injeno iz ~isto li-nih pobuda po-inioca.³⁰¹

A. Navodi strana

1. Argumentacija optu`be

240. Optu`ba navodi da u ~lanu 5 Statuta nema ni-eg što bi sugerisalo da je jedan od uslova za postojanje zlo-ina protiv ~ovje-nosti taj da oni nisu izvr{eni iz ~isto li-nih pobuda. Mi{ljenje je optu`be da se takav uslov ne mo`e izvesti iz uslova da zlo-in mora biti povezan s oru`anim sukobom. U stvari, tuma~iti uslov oru`anog sukoba kao uslov da pobude po-inioca ne budu ~isto li-ne prirode "bi ?...g pretvorilo ne{to što je zapravo puko ograni-enje nadle`nosti shodno ~lanu 5 u su{tinski element *mens rea* za zlo-in protiv ~ovje-nosti."³⁰²

²⁹⁷ Presuda, para. 633.

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ *Ibid.*, para 634.

³⁰⁰ *Ibid.*, paras. 656-657.

³⁰¹ *Ibid.*, paras. 658-659.

³⁰² Podnesak protiv` alioca, para. 4.9.

241. Optu`ba se sla`e da taj nalaz nije uticao na presudu protiv `alioca. Me|utim, isto tako tvrdi da on sadr`i jedno bitno pravno pitanje koje je od op{teg zna-aja za praksu Me|unarodnog suda i da ga stoga treba ispraviti u `albi.³⁰³

242. Optu`ba tvrdi da ve}ina pravnih izvora podr`ava tvrdnju da se zlo-ini protiv -ovje-nosti mogu po-initi iz -isto li-nih razloga, kao i da jedini pravni izvor na koji se Pretresno vije}e oslonilo u prilog svom zaklju-ku u stvari sugerije da se, -ak i tamo gdje su po-inioci iz li-nih pobuda izvr{ili doti-na djela, njihovo postupanje ipak mo`e smatrati zlo-inom protiv -ovje-nosti.³⁰⁴ Kasnije odluke Vojnih tribunala Sjedinjenih Ameri-kih Dr`ava po Zakonu broj 10 Kontrolnog savjeta, kao i dr`avnih sudova, tako|e su u skladu sa stavom da po-inilac zlo-ina protiv -ovje-nosti mo`e tako postupati iz -isto li-nih pobuda.³⁰⁵

243. Najzad, optu`ba tvrdi da zadatak i svrha Statuta Me|unarodnog suda podr`avaju tuma-enje da se zlo-ini protiv -ovje-nosti mogu vr{iti iz -isto li-nih pobuda, tvrde}i da bi zadatak Statuta da omogu}i {iroku primjenu humanitarnog prava ostao neizvr{en uslijed uskog tuma-enja kategorije krivi-nih djela koja su obuhva}ena -lanom 5. Osim toga, ako bi se moralo dokazivati da pobuda nije bila li-ne prirode, mnogi po-inioci zlo-ina protiv -ovje-nosti bi lako mogli izbje}i osudu Me|unarodnog suda tako {to bi u obranu svojih postupaka jednostavno naveli razloge -isto li-ne prirode.³⁰⁶

2. Argumentacija odbrane

244. Suprotno protiv`albi optu`be, odbrana smatra da je odluka Pretresnog vije}a da zlo-in protiv -ovje-nosti ne mo`e biti po-injen iz -isto li-nih pobuda ispravna. Iako prihvata da -lan 5 Statuta ne predvi|a izri-ito da se zlo-ini protiv -ovje-nosti ne mogu vr{iti iz -isto li-nih pobuda, po njezinom mi{ljenju, Pretresno vije}e je ipak ispravno protuma-ilo -lan 5 kada je zaklju-ilo da se zlo-ini protiv -ovje-nosti ne mogu -initi iz -isto li-nih razloga.³⁰⁷

245. Odbrana se ne sla`e sa na-inom na koji optu`ba tuma-i mjerodavnu sudsku praksu, tvrde}i da su u svim navedenim slu-ajevima optu`eni bili povezani sa sistemom

³⁰³ Shematski prikaz argumenata Tu`ila{tva, para. 26.

³⁰⁴ Podnesak protiv`alioca, para. 4.11; T. 150 (20. april 1999.)

³⁰⁵ Podnesak protiv`alioca, para. 4.15 – 4.18.

³⁰⁶ *Ibid.*, para. 4.22; T. 152 (20. april 1999.)

³⁰⁷ Izmijenjeni `albeni podnesak o presudi, para. 4.9; T. 227 (20. april 1999.)

istreblljivanja, što -ini osnovu za zlo-ine protiv -ovje-nosti i da samim tim nisu -inili zlo-ine iz isklju-ivo li-nih pobuda.³⁰⁸ Drugim rije-ima, aktivnosti optu`enih su bile povezane s op{tim aktivnostima koje su spadale u pogrom nad Jevrejima i zato odbrana navodi da djela tih branjenika nisu bila djela po-injena iz -isto li-nih pobuda.

246. Odbrana se tako|e protivi tvdnjama optu`be u vezi sa zadatkom i svrhom Statuta Me|unarodnog suda, tvrde}i da, upravo suprotno, takav stav sugerije da ne bi bilo pravedno da se po-inocu krivi-nog djela rukovo|enom isklju-ivo li-nim pobudama sudi za zlo-ine protiv -ovje-nosti.³⁰⁹

B. Diskusija

247. Ni jedna strana ne tvrdi da je zaklju-ak Pretresnog vije}a da se zlo-ini protiv -ovje-nosti ne mogu -initi iz -isto li-nih pobuda imao uticaja na presudu u smislu -lana 25(1) Statuta Suda.³¹⁰ Ipak, to je stvar od op{teg zna-aja za praksu Me|unarodnog suda. Iz tog razloga, umjesno je da @albeno vije}e iznese svoje mi{ljenje po ovom pitanju.

1. ^lan 5 Statuta

248. @albeno vije}e se sla`e sa Tu`ila{tvom da ni{ta u -lanu 5 ne upu}uje na postojanje uslova da zlo-ini protiv -ovje-nosti ne smiju biti po-injeni iz -isto li-nih pobuda. @albeno vije}e se sla`e da se iz rije-i "usmjerena protiv bilo kojeg civilnog stanovni{tva" u -lanu 5 Statuta mo`e izvesti zaklju-ak da djela optu`enog moraju biti dio obrasca rasprostranjenih ili sistematskih zlo-ina protiv civilnog stanovni{tva³¹¹ i da je optu`eni morao *znati* da se njegova djela uklapaju u taj obrazac. Me|utim, u Statutu nema ni-eg {to bi zahtijevalo postavljanje *dodatnog* uslova da djela ne smiju biti

³⁰⁸ Izmijenjeni `albeni podnesak o presudi, para. 4.12; T. 229 (20. april 1999.)

³⁰⁹ Izmijenjeni `albeni podnesak o presudi, para. 4.17 – 4.18.

³¹⁰ ^lan 25(1) Statuta glasi: "@albeno vije}e razmatra `albe osoba koje su osudila Pretresna vije}a ili `albe Tu`ioca na sljede}im osnovama: (a) gre{ka u primjeni prava koja odluku -ini neva`e}om, ili (b) gre{ka suda u utvr|ivanju -injenih stanja koja je dovela do osuje}enja pravde."

³¹¹ Ovaj je uslov Sud ve} prihvatio u Odluci shodno pravilu 61 u predmetu *Vukovarska bolnica*:

"Zlo-ine protiv -ovje-nosti treba razlikovati od ratnih zlo-ina protiv pojedinaca. Ta-nije, oni moraju biti rasprostranjeni ili pokazivati sistematski karakter. Me|utim, dokle god je u vezi sa rasprostranjenim ili sistematskim napadom na civilno stanovni{tvo i izolovano djelo se mo`e smatrati zlo-inom protiv -ovje-nosti. U takvoj situaciji, pojedinac koji u-ini zlo-in protiv -ovje-nosti protiv jedne `rtve ili ograni-enog broja `rtava mo`e se smatrati krivim za zlo-in protiv -ovje-nosti ukoliko su njegova djela bila dio konkretnog konteksta koji je gore opisan." ("Pregled optu`nice shodno pravilu 61 Pravidnika o postupku i dokazima," *Tu`ilac protiv Mileta Mrk{i}a i ostalih*, predmet broj IT-95-13-R61, Pretresno vije}e 1, 3. april 1996. godine, para. 30).

izvr{ena iz -isto li-nih pobuda, osim u onoj mjeri u kojoj je taj uslov posljedica ili potvr|ivanje druga dva pomenuta uslova.

249. @albeno vije}e se tako|e sla`e sa Tu`ila{tvom da rije-i "po-injeno u oru`anom sukobu" iz -lana 5 Statuta ne zahtijevaju ni{ta vi{e od *postojanja* oru`anog sukoba u relevantnom vremenu i mjestu. Tu`ila{tvo je, -ak {ta vi{e u pravu kada nagla{ava da je uslov oru`anog sukoba element *nadle`nosti*, a ne "su{tinski element *mens rea* za zlo-in protiv -ovje-nosti"³¹² (a ne pravni element subjektivnog aspekta zlo-ina).

250. Ta razlika je bitna zato jer, kako je gore navedeno, ukoliko se isklju-enje pona{anja motivisanog "-isto li-nim" pobudama shvati samo kao ponavljanje dvostrukog uslova da djela optu`enog spadaju u kontekst masovnih zlo-ina i da je optu`eni svjestan te -injenice, tome se ne mo`e uputiti nikakav prigovor; {ta vi{e, to je ispravno navo|enje prava. Me|utim, u slu-aju da se ova fraza ima shvatiti kao zahtjev da pobude optu`enog ("li-ne pobude", po terminologiji Pretresnog vije}a) *ne budu nevezane za oru`ani sukob*, to je pogre{no. Sli-no tome, re-enica nije ispravna ako se tuma-i tako da tra`i dokaz *pobuda* optu`enog, kao ne-eg izdvojenog od umi{ljava optu`enog da u-ini krivi-no djelo i poznavanja konteksta u kome se djelo odvija.

251. Kada je u pitanju ono {to je Pretresno vije}e shvatalo pod "-isto li-nim pobudama", vidi se da je povezalo dva tuma-enja te fraze: prvo, da je djelo nepovezano s oru`anim sukobom, i, drugo, da djelo nije u vezi sa napadom na civilno stanovni{tvo. U tom smislu, u paragrafu 659 Presude stoji sljede}e:

659. Prema tome, ako po-inilac ima svijest, bilo stvarnu ili izvedenu tuma-enjem, o tome da su se ta djela doga|ala na rasprostranjenoj ili sistematskoj osnovi i ne po-ini svoje djelo iz -isto li-nih motiva koji su potpuno *nepovezani sa napadom na civilno stanovni{tvo*, to je dovoljno da se smatra odgovornim za zlo-ine protiv -ovje-nosti. Stoga po-inilac mora znati da postoji napad na civilno stanovni{tvo, znati da se njegovo djelo uklapa u napad i djelo ne smije biti poduzeto iz -isto li-nih motiva koje nisu povezani sa oru`anim sukobom. (naglasak dodan)

Prema tome, ovdje je "napad na civilno stanovni{tvo" izjedna-en s "oru`anim sukobom". Me|utim, ta dva koncepta se ne mogu poistovjetiti zato {to bi se onda zlo-ini protiv -ovje-nosti morali, po definiciji, *uvijek odvijati u oru`anom sukobu*, dok je, prema me|unarodnom obi-ajnom pravu, ove zlo-ine mogu}e po-initi i u vrijeme

³¹² Podnesak protiv` alioca, para. 4.9.

mira.³¹³ Stoga "napad na civilno stanovništvo" i "oružani sukob" – moraju biti dva zasebna pojma, mada, naravno, prema članu 5 Statuta, "napad na bilo koje civilno stanovništvo" može biti dio "oružanog sukoba". Međutim, veza sa djelom optuženog zahtijeva se *samo* kod napada na "bilo koje civilno stanovništvo". Veza između djela optuženog i oružanog sukoba se *ne* zahtijeva, kao što se navodi u Presudi. Uslov oružanog sukoba zadovoljen je dokazom da je *postojao* oružani sukob; to je sve što se prema Statutu zahtijeva, a na taj način Statut zahtijeva više od međunarodnog običajnog prava.

252. Čini se da je Pretresno vijeće dodatno povezalno koncept djela počinjenog iz istolih pobuda sa shvatanjem da djelo ne smije biti u vezi s oružanim sukobom. Izgleda da je Pretresno vijeće smatralo da tvrdnja da "djelo ne smije biti nepovezano s oružanim sukobom"³¹⁴ znači isto što i izjava da djelo "ne smije biti učinjeno iz istolih motiva počinioaca".³¹⁵ Ta dva koncepta, od kojih, prema članu 5 Statuta, ni jedan nije preduslov za krivičnu odgovornost, u svakom slučaju nemaju jednak doseg. Postojeća veza djela s oružanim sukobom može značiti da ono nije počinjeno iz istolih pobuda. Međutim, iz toga ne slijedi da je djelo, ukoliko nije povezano s oružanim sukobom, počinjeno iz isključivo istolih pobuda. Djelo može biti u vrlo bliskoj vezi sa napadom na civilno stanovništvo, to jest, može se tako uklopiti u kontekst progona određene grupe, ali i dalje ne biti u vezi s oružanim sukobom. Pod ovakvim okolnostima bilo bi pogrešno zaključiti da je djelo, budući da nije u vezi s oružanim sukobom, učinjeno iz istolih pobuda. Obrnuto je tako i tačno; to jest, samo zato što se u optužnikovom izvršenju djela mogu identifikovati iste pobude, to ne znači da se tražena veza sa napadom na civilno stanovništvo neizbježno gubi.

2. Zadatak i svrha Statuta

253. Optužba tvrdi da "zadatak i svrha Statuta podržavaju tumačenje da se zločini protiv čovječnosti mogu počiniti iz istolih pobuda". Optužba citira Odluku u predmetu *Tadić* o nadležnosti Suda, u smislu da je "primarna svrha osnivanja Međunarodnog suda ta da 'ne ostane neka njena niti jedna osoba kriva za teško kršenje međunarodnog humanitarnog pravog, bez obzira na kontekst u kojem su ta djela

³¹³ U vezi sa pitanjem da li Statut prekoračuje međunarodno običajno pravo u svom zahtjevu da postoji oružani sukob, pogledati Odluku o nadležnosti u predmetu *Tadić*, para. 141.

³¹⁴ Presuda, para. 634

³¹⁵ *Ibid.*

u-injena."³¹⁶ Me|utim, ovo odmah navodi na pitanje da li zlo-in izvr{en iz ~isto li-nih pobuda *jeste* zlo-in protiv ~ovje-nosti, a samim tim i te{ko kr{enje me|unarodnog humanitarnog prava u smislu ~lana 5 Statuta.

254. @albena vije}e tako|e odbacuje kao jednako upitne i neprimjerene navode tu`ila{tva u vezi sa prete{kim teretom dokazivanja sa kojim bi bilo suo~eno ukoliko bi moralo da doka`e da optu`eni nije djelovao iz li-nih pobuda.³¹⁷ Upitni su zato {to ukoliko je, *arguendo*, prema me|unarodnom krivi-nom pravu, uslov za postojanje zlo-ina protiv ~ovje-nosti ~injenica da optu`eni nije djelovao iz ~isto li-nih pobuda, Tu`ila{tvo bi moralo dokazati postojanje tog elementa, bez obzira predstavlja li to za njega prete`ak teret dokazivanja ili ne. Pitanje je samo da li u me|unarodnom krivi-nom pravu takav uslov postoji ili ne.

3. Sudska praksa kao pokazatelj me|unarodnog obi-ajnog prava

255. Dalje komentari{u}i navode Tu`ila{tva, @albena vije}e se sla`e da ve}ina pravnih izvora podr`ava tvrdnju da se zlo-ini protiv ~ovje-nosti mogu izvr{iti iz ~isto li-nih pobuda, pod uslovom da su zadovoljena dva navedena uslova: da su zlo-ini izvr{eni u kontekstu rasprostranjenih ili sistematskih zlo-ina protiv civilnog stanovni{tva i da je optu`eni *morao znati* da su se njegova djela, prema rije~ima Pretresnog vije}a, "uklapala u odre|eni obrazac".

256. U tom smislu, neophodno je razmotriti sudsku praksu koju navode Pretresno vije}e i Tu`ila{tvo, kao i ostalu relevantnu sudsku praksu, da bi se utvrdilo da li ona ukazuje na pojavu neke norme me|unarodnog obi-ajnog prava u tom pogledu.

257. Tu`ila{tvo ispravno tvrdi da predmet iz 1948. godine koji navodi Pretresno vije}e³¹⁸ podr`ava a ne osporava tvrdnju da se zlo-ini protiv ~ovje-nosti mogu po~initi

³¹⁶ Podnesak protiv`alioaca, para. 4.20.

³¹⁷ *Ibid.*, para. 4.23.

³¹⁸ Odluka Vrhovnog suda za Britansku zonu (Krivi-no vije}e) (9. novembar 1948.), S. StS 78/48, u *Justiz und NS-Verbrechen* II tom, str. 498-499. Optu`eni, *Gospo/a K. i P.*, su potkazali Gestapou *P.* ~ovu suprugu, Jevrejku, zbog njenih antinacisti-kih opaski. Jedina pobuda optu`enih je bila ta da se rije}e *Gospo/e P.* koja nije `eljela pristati na razvod i optu`eni nije vidio drugog na-ina da rije{i taj problem osim da preda *Gospo/u P.* Gestapou. Nakon prijave, *Gospo/a P.* je uhap{ena i odvedena u koncentracioni logor Auschwitz u kome je nekoliko mjeseci kasnije umrla od gladi. Prvostepeni sud je osudio *K. i P.* za zlo-ine protiv ~ovje-nosti. (*vidi* Odluku *Schwurgericht*-a u Hamburgu od 11. maja 1948. godine, (50). 17/48, u *Justiz und NS-Verbrechen* II tom, str. 491-497). Optu`eni su se `alili Vrhovnom sudu Britanske zone koji je odbacio `albu i potvrdio presudu o njihovoj krivici, tvrde}i da su zadovoljeni i materijalni element i element svijesti za zlo-in protiv ~ovje-nosti. (*vidi* Odluku Vrhovnog suda za Britansku zonu od

iz -isto li-nih pobuda, pod uslovom da su ta djela izvr{ena sa svje{u da su "sastavni dio svih masovnih zlo-ina po-injenih u vrijeme progona Jevreja". Prema mi{ljenju Vrhovnog suda za Britansku zonu, "u slu-aju zlo-ina protiv -ovje-nosti koji poprimaju oblik politi-kih denuncijacija, zahtijeva se jedino svijest po-inioca i njegov umi{laj da putem denuncijacije svoju `rtvu preda silama samovolje i terora".³¹⁹

258. Predmet o ubijanju metalno oboljelih pacijenata, u kojem je odlu-ivao isti sud a koji citira optu`ba, tako|e je ubjedljiv pravni izvor za irelevantnost li-nih pobuda u odnosu na sastavne elemente zlo-ina protiv -ovje-nosti.³²⁰

259. Tvrdnje Tu`ila{tva dalje podr`avaju i drugi takozvani slu-ajevi denuncijacije koji su obra|eni pred Vrhovnim sudom Britanske zone i njema-kim dr`avnim sudovima nakon Drugog svjetskog rata, u kojima su privatna lica koja su potkazivala druga bila osu|ena za zlo-ine protiv -ovje-nosti iako su ta djela -inila iz -isto li-nih pobuda.

260. U *Sch.*, po{to su im se pogor{ali odnosi povodom zakupa stana, optu`ena je potkazala vlasnika stana u kome je `ivjela samo "iz osvete i da bi ga sprije-ila da joj dalje {kodi". Ta denuncijacija je dovela do istrage od strane Gestapoa, nakon -ega je vlasnik stana osu|en i pogubljen. Prvostepeni sud je osudio *Sch.* na tri godine zatvora za zlo-ine protiv -ovje-nosti.³²¹ Optu`ena je ulo`ila `albu protiv odluke, tvrde}i da su "zlo-ini protiv -ovje-nosti ograni-eni na u-e{e u masovnim zlo-inima i ... ne

9. novembra 1948., S StS 78/48, u *Justiz und NS-Verbrechen* II tom, str. 498-499, na str. 499). Prema mi{ljenju Vrhovnog Suda, nalazi prvostepenog suda su u dovoljnoj mjeri dokazali da je optu`eni ispunio ovaj mentalni uslov.

³¹⁹ *Ibid.*, str. 499

³²⁰ OGHZ, Vrhovni sud za Britansku zonu (Krivi-no vije}e) (5. mart 1949.), S. StS 19/49, u *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone I*, 1949, str. 321-343. Optu`eni, Dr. P. i ostali bili su, svi osim jednog koji je bio pravnik, ljekari koji su radili u bolnici za mentalno oboljele. Shodno Hitlerovom nare|enju da se mentalno oboljele osobe prebace u druge institucije (gdje su pacijente tajno ubijali u gasnim komorama), optu`eni su u nekoliko slu-ajeva u-estvovali u prebacivanju pacijenata. Me|utim, u ve}ini slu-ajeva, oni su se protivili takvim uputstvima i poku{ali spasiti `ivote svojih pacijenata pu{taju}i ih iz bolnice ili ih registruju}i u kategorijama koje nisu spadale pod Hitlerovu direktivu. Prvostepeni sud je proglasio da optu`eni, kojima se na teret stavljalo da su pomagali i podr`avali ubistvo, nisu krivi, budu}i da se nije moglo dokazati da su djelovali sa neophodnom *mens rea* u vezi s u-e{em u ubistvima pacijenata. Prvostepeni sud nije razmatrao da li bi pona{anje optu`enih moglo da se svrsta u zlo-ine protiv -ovje-nosti. Sa time se Vrhovni sud za Britansku zonu nije slo`io i izdao je nare|enje da se ponovi postupak pred prvostepenim sudom da bi se utvrdilo da li se optu`ene mo`e proglasiti krivima za zlo-in protiv -ovje-nosti. Vrhovni sud je izjavio da je "po-initelj ?zlo-ina protiv -ovje-nostig bilo ko ko doprinese realizaciji elemenata krivi-nog djela, i bez `elje da potpomogne nacional-socijalisti-ku vlast, ?...g ali ko mo`da djeluje iz straha, nezainteresovanosti, mr`nje prema `rtvi ili da bi dobio neku korist. ?To je takog zato {to -ak i kada neko djeluje vo|en takvim pobudama ("Beweggründe"), samo djelo ostaje vezano za taj nasilan i opresivni sistem ("Gewaltherrschaft")" (*ibid.*, str. 341). Na kraju optu`eni nisu osu|eni za zlo-ine protiv -ovje-nosti iz razloga procesualne prirode nevezanih za definiciju krivi-nog djela.

³²¹ Odluka Okru`nog suda u Flensburgu od 30. marta 1948. godine u *Justiz und NS-Verbrechen*, tom II, str. 397-402. *Vidi* ovu odluku za zaklju-ak Okru`nog suda da je denuncijacija bila motivisana li-nim razlozima.

obuhvataju sve one slu-ajeve u kojima je neko preduzeo neke korake protiv jedne osobe isklju-ivo iz li-nih pobuda". Vrhovni sud je odbacio `albu, smatraju}i da ni Nirber{ka presuda, ni izjave tu`ioca pred Me|unarodnim vojnim tribunalom nisu ukazivale na to da bi Zakon broj 10 Kontrolnog savjeta trebalo tako restriktivno tuma-iti. Vrhovni sud je izjavio sljede}e:

Me|unarodni vojni tribunal i Vrhovni sud su smatrali da je zlo-in protiv -ovje-nosti, prema definiciji iz -lana II 1(c) Zakona broj 10 Kontrolnog savjeta, po-injen kad god je uslijed nasilne i tiranske vlasti nacional-socijalista ("Gewalt- oder Willküherrschaft") `rtva o{te}ena do te mjere da je time o{te}eno -itavo -ovje-anstvo. Takva {teta se mo`e dogoditi i kao rezultat napada na `rtvu-pojedince iz li-nih razloga. Me|utim, ovo }e se dogoditi samo u slu-aju da `rtvu po-inilac nije samo povrijedio – to, naime, ne bi bio slu-aj koji bi se ticao -ovje-anstva kao takvog – ve} ukoliko bi karakter, trajanje i opseg te povrede bili odre|eni nacional-socijalisti-kom vla{}u nasilja i tiranije ili ukoliko bi izme|u njih postojala kakva veza. Ukoliko je povrije|eno li-no dostojanstvo `rtve, incident vi{e ne mo`e biti slu-aj koje se ne ti-e -ovje-anstva kao takvog. Ukoliko bi napad jedne osobe na jednu `rtvu iz li-nih pobuda bio u vezi sa nacional-socijalisti-kom vlasti nasilja i tiranije i ukoliko taj napad povrijedi `rtvu na gore pomenuti na-in, tada to tako|e postaje karika u lancu mjera kojima se u vrijeme nacional-socijalisti-ke vladavine namjeravalo proganjati velike grupe stanovni{tva. Nema vidljivog razloga da se optu`eni oslobodi optu`be samo zato {to je djelovao protiv `rtve pojedinca iz li-nih pobuda.³²²

261. Ovakav stav je podr`an u kasnijoj odluci Vrhovnog suda u slu-aju H.H. koji je potkazao svog svekra, V.F., za slu{anje strane radio stanice, navodno zato {to je V.F., koji je bio aristokratskog porijekla, neprestano ismijavao H. zbog njegovog skromnog porijekla i terorisao porodicu svojim neprestanim prezrivim pona{anjem. ^lanovi porodice su navodno smatrali da je denuncijacija jedino mogu}e rje{enje njihovih porodi-nih problema. Nakon potkazivanja, nacisti-ke vlasti su osudile V.F. na tri godine zatvora. V.F., koji je imao neko crijevno oboljenje, umro je u zatvoru. Uprkos -injenici da su kod H. razlozi za denuncijaciju bili li-ne prirode, prvostepeni sud ga je osudio za zlo-in protiv -ovje-nosti, tvrde}i da "se mo`e ostaviti nerije{enim da li se ?...g H. rukovodio politi-kim, li-nim ili drugim razlozima". Pozivaju}i se na uspostavljenu sudsku praksu Vrhovnog suda za Britansku zonu,³²³ prvostepeni sud je smatrao da

³²² Odluka Vrhovnog suda Britanske zone od 26. oktobra 1948, S. StS 57/48, u *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone, Entscheidungen in Strafsachen*, tom I, str. 122-126 na str. 124 (nezvani-ni prijevod). Su{tina ove izjave je ponovljena u Odluci Vrhovnog suda od 8. januara 1949. godine protiv G. (S. StS 109/48, *ibid.*, str. 246-249). G., -lan SA (Juri{ne trupe), koji je u-estvovao u maltretiranju jednog politi-kog protivnika iz -isto li-nih razloga, i to li-ne netrpeljivosti izme|u njegove, -ini se, porodice i porodice `rtve. Ipak, G. je osu|en za zlo-in protiv -ovje-nosti. Vrhovni sud je odbacio G.-ovu `albu protiv ove presude, tvrde}i da je motiv napada nebitan i da se napad protiv jedne `rtve iz -isto li-nih pobuda mo`e smatrati zlo-inom protiv -ovje-nosti ukoliko postoji veza izme|u napada i nacional-socijalisti-ke vlasti nasilja i tiranije (*ibid.*, str. 247).

³²³ Prvostepeni sud se pozvao na Odluku Vrhovnog suda za Britansku zonu od 17. avgusta 1948, S. StS 43/48, *ibid.* str. 60-62 i Odluku od 13. novembra 1948, S. StS 68/48, *ibid.*, str. 186-190. *Vidi* tako|e Odluku Vrhovnog suda Britanske zone od 20. aprila 1949, S. StS 120/49, *ibid.*, str. 385-391, na str. 388.

"pobude ("*Beweggründe*") koje dovedu do denuncijacije nisu odlučujuće (*nicht entscheidend*)".³²⁴

262. Dalji primjer je slučaj V. Godine 1943., *Nu.* je potkazala *Ste.* za njene nekoliko puta ponovljene komentare protiv Hitlera, nacional-socijalističkog sistema i SS-a koje je iznosila u *Nu.*-inoj kući 1942. godine. *Ste.* je bila biološka majka *Nu.*-inog usvojenog sina, tako da je *Nu.* potkazala *Ste.* u nadi da će ponovo pridobiti svog sina koji se sve više udaljavao od svojih usvojitelja i razvijao sve bliži odnos sa biološkom majkom. Nakon denuncijacije, specijalni sud je osudio *Ste.* na dvije godine zatvora. Ovaj sud je planirao njeno kasnije prebacivanje u koncentracijski logor, ali su je savezničke okupacione snage oslobodile prije nego što se to dogodilo. *Ste.* je u zatvoru zadobila teške tjelesne povrede i izgubila vid na jedno oko. Nakon rata, Okružni sud je osudio *Nu.* na šest mjeseci zatvora za denuncijaciju *Ste.* Iako je *Nu.*-in čin potkazivanja bio motivisan ličnim razlozima, sud je smatrao da njena denuncijacija predstavlja zločin protiv čovječnosti.³²⁵

263. Čini se da su odluke Vojnih tribunala Sjedinjenih Američkih Država shodno Zakonu broj 10 Kontrolnog Savjeta koje je citirala optužba³²⁶ manje pertinentne. U tim predmetima se radi o nacističkim zvanicima raznih država, čija su se djela samim time već mogle poistovjetiti sa nacističkim terorističkim režimom. Pitanje da li su oni djelovali "iz ličnih pobuda" se zato direktno ne postavlja, budući da su njihova djela vršena u službenom svojstvu, što negira mogućnost bilo kakve "lične" odbrane koja za svoju pretpostavku ima "neslužbena djela". Pitanje da li je optuženi djelovao iz isključivo ličnih pobuda može se postaviti samo u slučajevima gdje optuženi može tvrditi da je djelovao kao privatna osoba u privatnom, odnosno neslužbenom svojstvu.

³²⁴ Odluka Okružnog suda u Braunschweig-u od 22. juna 1950. godine, u *Justiz und NS-Verbrechen*, tom VI, str. 631-644, na str. 639. Posebno vidjeti nalaz Okružnog suda da je denuncijacija bila motivisana ličnim interesima. Tako je treba pomenuti Odluku *Schwurgericht*-a u Hannover-u od 30. novembra 1948, u predmetu *B.*, S. StS 68/48 (u *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone, Entscheidungen in Strafsachen*, tom I, str. 186-190). *B.*, inspektor državno ureda za crkve obavijestio je svog pretpostavljenog da je jedan od njegovih kolega, *P.*, nekoliko puta izrazio sumnju u političku situaciju u Njemačkoj i neslaganje sa progonom Jevreja, zvanim propagandom, kulturnom politikom i anti-crkvenim stavom nacional-socijalista. Informacija je stigla do Gestapoa koji je uhapsio *P.* Specijalni sud je osudio *P.* na petnaest mjeseci zatvora. *B.*, kome su na teret stavili zločine protiv čovječnosti, bio je oslobođen u prvom stepenu, zato što prvostepeni (*Schwurgericht* Hannover) sud, nakon što je detaljno analizirao pobude ("*Beweggründe*") optuženika, nije mogao odrediti da li je denuncijacija bila motivisana politikom ili religijom. Vrhovni sud za Britansku zonu je odbacio presudu Okružnog suda, izjavivši da je smatrati pobude optuženog važenim "bilo pogrešno i u suprotnosti sa dosljednom sudskom praksom? Vrhovnog suda". (*ibid.*, str. 189).

³²⁵ Odluka Vrhovnog suda za Britansku zonu od 22. juna 1948. godine, S. StS 5/48, u *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone, Entscheidungen in Strafsachen*, tom I, str. 19-25. Odluka Vrhovnog suda se nije direktno ticala optužene *Nu.*, već jedne od saoptuženih. Okružni sud u Hamburgu je osudio *Nu.* za zločin protiv čovječnosti.

³²⁶ *Vidi* Podnesak protiv alioca, para. 4.15, 4.16.

Zato se to pitanje javlja uglavnom u slu-ajevima denuncijacije, gde jedan susjed ili ro|ak potka`e drugog. Me|utim, ova paradigma nije primjenljiva na su|enja nacisti-kim ministrima, sudijama ili drugim dr`avnim zvani-nicima, naro-ito u slu-ajevima gdje se oni nisu poku{ali braniti tako {to su priznali doti-na djela i istovremeno tvrdili da su postupili iz li-nih pobuda. Svaka tvrdnja da je djelo u-injeno iz "isklju-ivo li-nih pobuda" i da se zato ne mo`e smatrati zlo-inom protiv -ovje-nosti prevashodno je stvar koju mo`e pokrenuti odbrana i ne mo`e se o-ekivati od suda da o tom pitanju odlu-uje *proprio motu* i kao *obiter dictum*.

264. Dva dijela predmeta *Ministarstva /Ministries/* na koje se optu`ba poziva,³²⁷ tako|e nisu strogo relevantni, zato {to ponovo navode zakon *sau-esni{tva* – "...g onaj ko u tome u-estvuje ili dovoljno djeluje kriv je za zlo-in protiv -ovje-nosti" – umjesto da se bave pitanjem eventualnog zna-aja -injenice da je optu`eni djelovao isklju-ivo iz razloga li-ne prirode. Isto tako, u predmetu *Pravda /Justice/*,³²⁸ optu`eni nisu pokrenuli pitanje djelovanja iz li-nih pobuda u svoju odbranu.

265. Tu`ila{tvo se tako|e poziva na predmete *Eichmann* i *Finta*. Predmet *Eichmann* nije prikladan jer je optu`eni u tom slu-aju *izri-ito poricao* da je ikada djelovao iz li-nih pobuda, tvrde}i da to {to je -inio "nije -inio sopstvenom voljom, ve} kao jedna od mnogih karika u lancu komandovanja".³²⁹ ^ak {ta vi{e, sud je na{ao da Eichmann, kao {ef odjeljenja za jevrejsko pitanje i evakuaciju i jedan od ljudi koji je prisustvovao na ozlogla{enoj konferenciji u Wannseeu, nije bio "samo manji ili ve}i 'zup-anik' u ma{ineriji koju su pokretali drugi; on je li-no bio jedan od pokreta-a ma{ine".³³⁰ Takav vi{i zvani-nik nikako ne bi mogao biti neko u -ijem bi se slu-aju "-isto li-ni razlozi" uop{te mogli uzeti u obzir.

266. Slu-aj *Finta*³³¹ je bli`i su{tini i to ne samo zato {to je optu`eni bio ni`i zvani-nik – kapetan u Ma|arskoj kraljevskoj `andarmeriji. On je time bio u boljoj poziciji od vi{i}ih zvani-nika da pokrene pitanje svojih -isto "li-nih" pobuda. Taj slu-aj zaista jeste pravni izvor za tvrdnju da su jedini uslovi za zlo-ine protiv -ovje-nosti u tom smislu sljede}i:

³²⁷ *U.S. v. Ernst von Weizsaecker et al.*, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, United States Government Printing Office, Washington, 1951, tom XIV, str. 611, 470-471, citirano u Podnesku protiv`aloca, para. 4.15.

³²⁸ *U.S. v. Altstoetter et al.*, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, United States Government Printing Office, Washington, 1951, tom III.

³²⁹ *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, 36 *International Law Reports* 1968, str. 323.

³³⁰ *Ibid.*, str. 331.

³³¹ *R. v. Finta*, ?1994g 1 SCR 701.

?...g kod optu`enog mora postojati subjektivna svijest u vezi sa fakti-kim stanjem koja ta djela -ini zlo-inima protiv -ovje-nosti. ?...g Element svijesti kod zlo-ina protiv -ovje-nosti mora sadr`avati spoznaju -injenica ili okolnosti koje bi ta djela svrstavala unutar definicije zlo-ina protiv -ovje-nosti.³³²

267. Prema slu-aju *Finta*, osim navedenog, -ini se da se ni{ta drugo ni ne zahtijeva i ne spominje se zna-aj li-nih pobuda optu`enika.

268. Jedan od mogu}ih razloga za{to se navedeni slu-ajevi ne odnose na "pobude" kako je navela odbrana,³³³ je taj da "u ovim slu-ajevima, pitanje nije bilo da li su optu`eni izvr{ili djela iz -isto li-nih pobuda". @albeno vije}e, me|utim, vjeruje da je dalji razlog za{to se ovo pitanje nije postavljalo upravo taj {to je motiv u principu irelevantan u krivi-nom pravu, kao {to je optu`ba i navela na pretresu 20. aprila 1999. godine:

Na primjer, nije bitno da li je optu`eni ukrao novac zato da bi kupio Bo`i}ne poklone za svoju sirotu djecu ili zato da bi zadovoljio svoju naviku kori{enja heroina. Ono {to nas zanima je -injenica da je on ukrao i imao namjeru ukrasti, i to je ono {to se nas ti-e ... ovdje je isti slu-aj. Ne postoji uslov da pobude ne budu li-ne prirode izvan svijesti o kontekstu rasprostranjenog ili sistematskog djelovanja u koje se uklapa optu`enikovo -injenje. Kao generalnu postavku, i to onu koja se mo`e ovdje primijeniti, tu`ilac navodi da su pobude naprosto irelevantne kod krivi-nog prava.³³⁴

269. @albeno vije}e podr`ava tu tvrdnju, uz ogradu da pobuda postaje relevantna u vrijeme izricanja kazne, u smislu ubla`avanja ili ote`avanja iste (na primjer, gore pomenuti lopov bi mogao dobiti manju kaznu da je ukrao da bi kupio poklone svojoj djeci nego da je ukrao da zadovolji svoju naviku uzimanja heroina). Doista, nedoku-ivost pobuda kod krivi-nog prava vidi se na sljede}em primjeru *reductio ad absurdum*-a. Zamislite visokog oficira SS-a koji tvrdi da je u genocidu nad Jevrejima i Romima u-estvovao iz "-isto li-nih" razloga, odnosno `elje da ih istrijebi zbog duboke mr`nje prema njima i da drugih razloga nije imao. I pored ovog su{tinski genocidnog stanja svijesti, optu`enog bi trebalo osloboditi krivice za zlo-ine protiv -ovje-nosti zato {to je djelovao iz "-isto li-nih" pobuda. Sli-no tome, isti -ovjek bi tako|e trebao biti oslobo|en ako ka`e da je u genocidu u-estvovao iz "-isto li-nih" pobuda, straha da }e izgubiti posao. Tako bi pojedinci sa oba kraja ovog spektra bili oslobo|eni. U krajnjoj analizi, svaki optu`eni koji je odigrao ulogu u masovnom ubistvu isklju-ivo iz

³³² Ibid., na str. 819, ve}insko mi{ljenje u presudi koju je donio Cory J.

³³³ Izmjenjen odgovor odbrane na podnesak protiv`alioca, para. 4.16.

³³⁴ T. 152-153 (20. april 1999.)

sopstvenog interesa, bio bi oslobođen. To pokazuje besmislenost svake analize koja zahtijeva dokaz "ne-li-nih" pobuda. Međutim, @albena vijeća ne vjeruje da je Pretresno vijeće namjeravalo donijeti takav zaključak. Zapravo, Pretresno vijeće je uslove da optuženikova djela budu dio konteksta (iroko rasprostranjenih zločina i da on bude svjestan te činjenice netačno nazvalo negativno određenim uslovom da optuženi nije djelovao iz li-nih pobuda. @albena vijeća vjeruje da Pretresno vijeće nije željelo unijeti uslov vezan za "pobude"; jednostavno je ponovilo kontekst i uslov *mens rea*, i pomiješalo ga sa potrebom za vezom s oružanim sukobom, i zato je djelovalo kao da je neopravdano i nenamjerno dodalo novi uslov.

270. Stoga se nameće zaključak da relevantna sudska praksa i duh međunarodnih pravila u vezi sa zločinima protiv čovječnosti jasno pokazuju da, prema običajnom pravu, "isto li-ni razlozi" ne stječu nikakvu relevantnost kod utvrđivanja postojanja zločina protiv čovječnosti.

C. Zaključak

271. Pretresno vijeće je tačno utvrdilo da počinioce zločina koji nisu u vezi sa rasprostranjenim ili sistematskim napadima na civilno stanovništvo ne treba goniti za zločine protiv čovječnosti. Zločini protiv čovječnosti su zločini posebnog karaktera i kojima se pripisuje veći stepen izopačenosti nego (to je to slučaj sa običnim zločinima. Tako, da bi nekoga osudili za zločine protiv čovječnosti, mora se dokazati da su zločini bili u vezi sa napadom na civilno stanovništvo (da su se dogodili za vrijeme oružanog sukoba) i da je optuženi znao da su njegova djela u takvoj vezi.

272. Međutim, iz gore navedenih razloga, @albena vijeća ne smatra nužnim da dalje zahtijeva, kao suštinski element *mens rea*, vezu između određenih djela koja se optuženom stavljaju na teret i oružanog sukoba, ili da traži dokaze optuženikovih pobuda. Stoga je mišljenje @albenog vijeća da uslov da jedno djelo nije učinjeno iz isto li-nih pobuda počinioce ne tvori dio preduslova koji su neophodni da bi se određeno činjenje moglo smatrati zločinom protiv čovječnosti prema članu 5 Statuta Međunarodnog suda.

VII. ^ETVRTI OSNOV ZA PROTIV^ALBU OPTU^BE: NALAZ PRETRESNOG VIJE]A DA SVI ZLO^INI PROTIV ^OVJE^NOSTI ZAHTIJEVAJU POSTOJANJE DISKRIMINATORNE NAMJERE

A. Navodi strana

1. Argumentacija optu`be

273. Tu`ila{tvo navodi da je Pretresno vije]e pogrije{ilo u nalazu da se svi zlo~ini protiv ~ovje~nosti moraju po~initi sa diskriminatornom namjerom. Tu`ila{tvo navodi da se zahtjev za postojanje diskriminatorne namjere primjenjuje samo na vrstu zlo~ina koji potpadaju pod "progon", a ne na sve zlo~ine protiv ~ovje~nosti.³³⁵

274. Tu`ila{tvo podvla~i da ~lan 5 Statuta ne sadr`i nikakav izri~it zahtjev za postojanje diskriminatorne namjere kod svih zlo~ina protiv ~ovje~nosti. Zahtjev za takvom namjerom prisutan je u ~lanu 3 Statuta MKSR-a. Nedostatak sli~ne odredbe u ~lanu 5 Statuta ovog Suda implicira *a contrario* da u vrijeme pisanja Statuta ovog Suda nije bilo namjere da se sli~an zahtjev u njega ugradi.³³⁶

275. Zahtjev za postojanje diskriminatorne namjere kod svih zlo~ina protiv ~ovje~nosti ne postoji ni u me|unarodnom obi~ajnom pravu. Tu`ila{tvo podvla~i da Nirnber{ka povelja i Zakon broj 10 Kontrolnog savjeta, na kojima je baziran ~lan 5, prave razliku izme|u zlo~ina "tipa umorstva" kao {to su ubistvo, istrebljenje, porobljavanje, itd. i zlo~ina "tipa progona" koji se ~ine na politi~koj, rasnoj ili vjerskoj osnovi. Diskriminatorna namjera se mora pokazati samo u vezi sa zlo~inima "progonskog" tipa. Tu`ila{tvo navodi da je Pretresno vije]e pogrije{ilo osloniv{i se na tekst u paragrafu 48 Izvje{taja generalnog sekretara³³⁷ i izjave u kojima su tri od petnaest ~lanica Savjeta bezbjednosti zaklju~ile da se ~lan 5 Statuta ima tuma~iti tako da zahtijeva diskriminatornu namjeru kod svih zlo~ina protiv ~ovje~nosti. Tu`ila{tvo tvrdi da ovi izvori nemaju tendenciju da odra`avaju me|unarodno obi~ajno pravo i zato im kod tuma~enja ~lana 5 ne bi trebalo dati mjerodavnu te`inu koju ne zaslu`uju.³³⁸ Optu`ba smatra da je ~lan 5 nedvosmislen. Prema tome, pripisivanje te`ine ovim

³³⁵ Podnesak protiv`alioca, para. 5.5; T. 161 (20. april 1999.)

³³⁶ Podnesak protiv`alioca, para. 5.6; T. 162 (20. april 1999.)

³³⁷ Ta izjava glasi: "Zlo~ini protiv ~ovje~nosti se odnose na nehumana djela vrlo ozbiljne prirode ?...g po~injena kao dio rasprostranjenog ili sistematskog napada na civilno stanovni{tvo na nacionalnoj, etni~koj, rasnoj ili vjerskoj osnovi."

izvorima zato da bi se razrije{ila dvosmislenost koja, prema optu`bi, ne postoji, dovelo bi do zna-ajne neizvjesnosti u smislu obima i sadr`aja ~lana 5 Statuta.³³⁹

276. Tu`ila{tvo navodi da pravila tuma~enja Statuta tako|e govore protiv zahtjeva za postojanje diskriminatorne namjere kod svih zlo-ina protiv ~ovje-nosti. Tu`ila{tvo tvrdi da, ukoliko bi se diskriminatorna namjera zahtijevala kod svih zlo-ina protiv ~ovje-nosti, to bi zlo-in "progona" iz ~lana 5(h) svelo na rezidualnu odredbu i u-inilo suvi{nom odredbu o "ostalim nehumanim djelima" iz ~lana 5(i). Tu`ila{tvo smatra da Statut treba tuma-iti tako da se dâ odgovaraju}i zna-aj svim njegovim odredbama.³⁴⁰

277. Kona-no, Tu`ila{tvo navodi da zahtjev za diskriminatornom namjerom kod svih zlo-ina protiv ~ovje-nosti nije u skladu sa humanitarnim zadatkom i svrhom Statuta i me|unarodnog humanitarnog prava. Tu`ila{tvo tvrdi da bi zahtjev za diskriminatornom namjerom kod svih zlo-ina protiv ~ovje-nosti stvorio zna-ajnu normativnu *lacunu* time {to ne bi uspio za{tititi civilno stanovni{tvo koje nije obuhva}eno navedenim osnovama za diskriminaciju.³⁴¹

2. Argumentacija odbrane

278. Odbrana tvrdi da odluku Pretresnog vije}a da svi zlo-ini protiv ~ovje-nosti zahtijevaju diskriminatornu namjeru treba podr`ati.

279. To {to je diskriminatorna namjera sadr`ana u Statutu MKSR-a ne zna-i da se ona ne mora pokazati u svrhu primjene ~lana 5 Statuta ovog Suda. [tavi{e, odbrana tvrdi da to pokazuje intenciju Savjeta bezbjednosti da prihvati diskriminatornu namjeru kao zahtjev za postojanje zlo-ina protiv ~ovje-nosti.³⁴²

280. Odbrana navodi da nedostatak odredbi u ~lanu 5 o tome da li se za postojanje zlo-ina protiv ~ovje-nosti zahtijeva diskriminatorna namjera stvara neizvjesnost. Da bi se razrije{ila ta neizvjesnost, prilikom tuma~enja ~lana 5 Statuta, @albeno vije}e bi trebalo pogledati izvore kao {to su *travaux préparatoires* na Statutu. U tom smislu odbrana smatra da je Pretresno vije}e bilo u pravu kada je konsultovalo Izvje{taj

³³⁸ Podnesak protiv` alioca, para. 5.7, 5.8; T. 162, 163 (20. april 1999.)

³³⁹ Podnesak protiv` alioca, para. 5.20, 5.22.

³⁴⁰ Podnesak protiv` alioca, para. 5.24; T. 165 (20. april 1999.)

³⁴¹ Podnesak protiv` alioca, para. 5.26; T. 165 (20. april 1999.)

³⁴² T. 231-232 (21. april 1999.)

generalnog sekretara i izjave članica Savjeta bezbjednosti prilikom utvrđivanja potrebe da se kod svih zločina protiv čovječnosti prema članu 5 Statuta pokazuje diskriminatorna namjera.³⁴³

B. Diskusija

281. Tužilaštvo smatra da je Pretresno vijeće pogriješilo u svom nalazu da svi zločini protiv čovječnosti navedeni u članu 5 zahtijevaju diskriminatornu namjeru. Ono dalje tvrdi da je zbog takvog nalaza Pretresno vijeće "suzilo obim progona u potparagrafu (h) na ona djela koja se ne navode drugdje u optužnici, umjesto da dosudi dodatnu odgovornost za sva djela izvršena po osnovu diskriminacije. Na taj način, izgleda da je kazna protiv optuženog bila znatno umanjena."³⁴⁴ Međutim, Tužilaštvo ne traži da se promijeni kazna koju je izreklo Pretresno vijeće u vezi sa takvima koje se tiču zločina protiv čovječnosti, niti nastoji da poništi presudu Pretresnog vijeća ili nalaz o činjeničnom stanju u tom smislu. Prema tome, izgleda da ovaj osnov za žalbu, *prima facie*, spada pod odredbu člana 25(1).³⁴⁵ Ipak, kao i kod prethodnog osnova za žalbu, žalbeno vijeće nalazi da je ovo pitanje od općeg značaja za sudsku praksu Međunarodnog suda. Stoga je umjesno da žalbeno vijeće iznese svoje mišljenje po tom pitanju.

1. Tumačenje teksta člana 5 Statuta

282. Uprkos činjenici da je sa pravne tačke gledajući Statut MKSJ-a instrument koji se znatno razlikuje od međunarodnog ugovora, prilikom tumačenja Statuta ipak je dozvoljeno voditi se principom koji je Međunarodni sud pravde primjenio na tumačenje ugovora u svom *Savjetodavnom mišljenju o nadležnosti Generalne skupštine za primanje države u Ujedinjene nacije*: "Osnovna dužnost suda koji je pozvan da tumači i primjenjuje odredbe nekog ugovora jeste da pokuša da ih sprovodi prema njihovom prirodnom i uobičajenom značenju u kontekstu u kome se pojavljuju."³⁴⁶

283. Prema uobičajenom značenju člana 5, jasno je da ta odredba ne zahtijeva postojanje diskriminatorne namjere kod svih zločina protiv čovječnosti. Takva namjera se zahtijeva samo kod jedne podvrste tih zločina, i to kod "progona" shodno članu 5(h).

³⁴³ T. 236-239 (21. april 1999.)

³⁴⁴ Shematski prikaz argumenata Tužilaštva, para. 32.

³⁴⁵ *Vidi* Podnesak protiv alioca, para. 7.1(4), gdje Tužilaštvo zahtijeva od žalbenog vijeća da "poništi odluku Pretresnog vijeća, na strani 250, paragraf 652, da je diskriminatorna namjera element svih zločina protiv čovječnosti prema članu 5 Statuta."

³⁴⁶ ICJ Reports (1950), str. 8.

284. Osim takvog tumačenja teksta, logička konstrukcija člana 5 također navodi na zaključak da, uopćeno govoreći, taj zahtjev nije postavljen za sve zločine protiv čovječnosti. Doista, da je drugačije, zašto bi član 5(h) precizirao da "progono" potpadaju pod nadležnost Suda ukoliko su izvršeni "na političkoj, rasnoj i vjerskoj osnovi"? Takvo preciziranje bi bilo nelogično i suvišno. Jedno od osnovnih pravila tumačenja je da odredbu ili dio odredbe ne treba tumačiti kao suvišno i besmisleno: valja pretpostaviti da zakonodavci donose, ili se dogovaraju oko pravila koja su dobro promišljena i smisljena u svim svojim aspektima.

285. Kao što je optužba također navela, tumačenje člana 5 u svjetlu njegovog zadatka i svrhe podržava gore navedene tvrdnje. Cilj autora Statuta je bio taj da učini kašnjenjem sve zločine protiv čovječnosti, uključujući i one koji, iako ispunjavaju sve uslove koje zahtijeva pojam takvih zločina, možda nisu počinjeni na političkoj, rasnoj ili vjerskoj osnovi, kao što je to navedeno u članu 5(h). Imajući u vidu humanitarne ciljeve autora Statuta, nije jasno zašto bi oni bitno ograničili kategoriju zločina koji spadaju u "zločine protiv čovječnosti", i tako van te kategorije ostavili sve moguće slučajeve ozbiljnih, rasprostranjenih ili sistematskih zločina protiv civilnog stanovništva samo zato što im nedostaje diskriminatorna namjera. Na primjer, zahtjev za postojanje diskriminatorne namjere bi onemogućio da se nasumično i neselektivno nasilje u svrhu teroriziranja civilnog stanovništva kažnjava kao zločin protiv čovječnosti. *A fortiori*, zadatak i svrha člana 5 bi bili osuđeni ako bi se smatralo da je traženi diskriminatorni osnov ograničen na onih pet osnova koje je generalni sekretar naveo u svom Izvještaju, a koje su kasnije (uz dodatak pola osobe kao osnova, u jednom slučaju) preuzele u svojim izjavama tri članice Savjeta bezbjednosti.³⁴⁷ Takvo tumačenje člana 5 bi stvorilo ozbiljne *lacune* ostavljajući grupe osoba koje nisu obuhvaćene navedenim diskriminatornim osnovama bez zaštite. Iskustvo nacista u Njemačkoj je pokazalo da zločini protiv čovječnosti mogu biti počinjeni na diskriminatornim osnovama drugačijim od onih koje su navedene u članu 5(h), kao što su fizička ili mentalna hendikepiranost, starost ili nemoć, ili seksualno opredjeljenje. Slično tome, istrebljivanje "klasnih neprijatelja" u Sovjetskom Savezu 1930-ih godina (doduše, kao i postupci nacista prije Drugog svjetskog rata, to se događalo u miru, a ne u vrijeme oružanog sukoba) i deportacija urbanih obrazovanih ljudi u Kambodži za vrijeme vladavine Crvenih Kmera od 1975. do 1979. godine, također predstavljaju slučajeve koji ne bi ušli u okvir zločina protiv čovječnosti na

³⁴⁷ Vidi paragrafe 294-300 dalje u tekstu.

temelju striktno nabrojanih diskriminatornih osnova koje je predložio generalni sekretar u svom Izvještaju.

286. Prigovor da bi ti se ti slu-ajevi svejedno mogli svesti pod kategoriju ratnih zlo-ina ili "kršenja ratnog prava i običaja" shodno članu 3 Statuta ne bi imao smisla. Time se, naime, ne bi moglo objasniti zašto su autori Statuta predvidjeli ne samo ratne zlo-ine već i zlo-ine protiv čovječnosti. Autori Statuta su zapravo namjerno uvrstili obje kategorije zlo-ina, pokazavši tako svoju namjeru da one zlo-ine koji, pored toga što su usmjereni protiv civilnog stanovništva, imaju specijalne karakteristike kao što je činjenica da su dio rasprostranjene ili sistematske prakse, definišu kao zlo-ine protiv čovječnosti koji zaslužuju da se shodno tome i kañjavaju.

2. Član 5 i međunarodno običajno pravo

287. Do istog zaključka je se došlo ukoliko se član 5 analizira u svjetlu principa po kojem u slu-aju sumnje i kada god suprotno nije očigledno iz teksta statutorne ili ugovorne odredbe, takvu odredbu treba tumačiti u svjetlu i u saglasnosti sa međunarodnim običajnim pravom. U slu-aju Statuta, valja pretpostaviti da je, gdje god nije eksplicitno ili implicitno odstupio od općih pravila međunarodnog prava, Savjet bezbjednosti namjeravao ostati u okviru istih.

288. Pažljiv pregled relevantne prakse pokazuje da se prema međunarodnom običajnom pravu diskriminatorna namjera ne zahtijeva za sve zlo-ine protiv čovječnosti.

289. Kao prvo, osnovni međunarodni instrument po ovom pitanju, Londonski sporazum od 8. avgusta 1945. godine, jasno navodi zlo-ine protiv čovječnosti koje ne mora pratiti takva namjera. Član 6(c) tog Sporazuma predviđa dvije kategorije zlo-ina. Jedna od njih sadrži "ubistvo, istrebljenje, porobljavanje, deportaciju i druga nehumana djela počinjena protiv bilo kojeg civilnog stanovništva". To je, dakle, kategorija kojoj nije potrebna nikakva diskriminatorna namjera. Druga kategorija – progoni na političkoj, rasnoj ili vjerskoj osnovi – jasno se temelji na diskriminatornoj namjeri. Identična odredba se može naći u Statutu Međunarodnog tribunala u Tokiju (član 5(c)).³⁴⁸ Slična formulacija se može naći u Zakonu broj 10 Kontrolnog savjeta (član II(1)(c)).³⁴⁹

³⁴⁸ Član 5(c) Statuta Međunarodnog tribunala za Daleki Istok glasi:

"Zlo-ine protiv čovječnosti: odnosno ubistvo, istrebljenje, porobljavanje, deportacija i druga nehumana djela počinjena prije ili za vrijeme rata, ili progoni na političkoj ili rasnoj osnovi

290. Tekst ovih odredbi je jasan i nesporan. Stoga, da se međunarodno običajno pravo razvijalo u pravcu restriktivnijeg dosega odredbi ovih ugovora, koji su na samom izvoru stvaranja pravnih običaja, valjalo bi naći neosporene dokaze. Drugim riječima, i sudska praksa, a možda i dokazi o konzistentnoj državnoj praksi, uključujući državno zakonodavstvo, bili bi neophodni da bi se pokazalo da je običajno pravo odstupilo od ugovornog prava time što je usvojilo u definiciju zločina protiv čovječnosti. Takve sudske i ostale prakse nema. Čak i takve, relevantna sudska praksa upućuje na suprotno. Uopćeno govoreći, međunarodno običajno pravo je postepeno proširilo pojam zločina protiv čovječnosti u odnosu na onaj iz Londonskog ugovora. Kad je riječ o ovom konkretnom pitanju, treba primijetiti da, osim u par izolovanih slučajeva kao što je *Finta*,³⁵⁰ u državnoj sudskoj praksi³⁵¹ ima mnogo predmeta u kojima su sudovi zaključili

počinjeni u sklopu ili u vezi sa bilo kojim zločinom koji spada u nadležnost Tribunala, bez obzira na to da li su time bile prekršene norme domaće prava zemlje u kojoj je izvršen.

³⁴⁹ Član II(1)(c) Zakona broj 10 Kontrolnog savjeta glasi:

"Zločini protiv čovječnosti: zvjerstva i krivična djela, uključujući, ali ne ograničavajući se na ubistvo, istrebljenje, porobljavanje, deportaciju, zatvaranje, mučenje, silovanje, ili druga nehumana djela počinjena protiv bilo kojeg civilnog stanovništva, ili progoni na političkoj, rasnoj ili vjerskoj osnovi bez obzira na to da li su time bile prekršene norme domaće prava zemlje u kojoj su izvršeni."

³⁵⁰ Vrhovni sud Kanade je smatrao sljedeće:

"U vezi sa zločinima protiv čovječnosti, dodatni element je da su nehumana djela zasnovana na diskriminaciji ili progону jedne prepoznatljive grupe ljudi." (R. v. *Finta*, 1994g 1 SCR 701, na str. 813, mišljenje većine u presudi koje je prezentirao Cory J.).

³⁵¹ U tom smislu, mogu se pomenuti i neki drugi predmeti: *Ahlbrecht*, u kome je presudio Holandski specijalni kasacioni sud 11. aprila 1949. godine (*Nederlandse Jurisprudentie*, 1949, broj 425, str. 747-751); *J. and R.*, odluka Njemačkog Vrhovnog suda za Britansku zonu, presuda od 16. novembra 1948. godine, S. StS 65/48, u *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone*, tom I, str. 167-171; *Enigster*, u kome je odlučio Okružni sud u Tel Avivu. Kao što je Okružni sud u Tel Avivu ispravno istakao u predmetu *Enigster*, neki od zločina protiv čovječnosti ne zahtijevaju namjeru proganjanja. U svojoj odluci od 4. januara 1952. godine, Sud je izjavio sljedeće:

"[to se tiče zločina protiv čovječnosti, bez oklijevanja odbacujemo argument odbrane da se svako od djela navedenih u definiciji zločina protiv čovječnosti mora izvršiti sa namjerom proganjanja čovjeka na nacionalnoj, vjerskoj ili političkoj osnovi. Jasno je da se ovaj uslov primjenjuje samo kada je sam progon sastavni element zločina. Zakonodavac je smatrao neophodnim da razdvoji progon od ostalih vrsta djelovanja takozvanom i da ispred riječi "progon" stavi riječi "takođe i", te time jasno odredio da progon stoji sam za sebe i da je jedino on podređen tom uslovu." (18 *International Law Reports* 1951, str. 541).

Valja primijetiti, međutim, da je sud bio očit u krivu u vezi sa takozvanom; dobro je, naime, poznato da je, Protokol od 6. oktobra 1945. godine zamjenio takozvanu sa dvotakom. (Za tekst Protokola vidi *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, tom I, str. XVI-XIX).

Možemo pomenuti i neke predmete u kojima je odlučivao Njemački vrhovni sud za Britansku zonu. @albeno vijeće je samo kratko navesti tri takva predmeta: *R., P. et al.* i *H.*

U odluci od 27. jula 1948. godine (S. StS 19/48), taj sud je presudio u predmetu *R.* Godine 1944., jedan član NSDAP (Njemačka nacional-socijalistička radnička stranka) i NSKK (Nacional-socijalistički motorizovani korpus) potkazaio je jednog drugog člana NSDAP i SA (Jurišnih snaga) za uvredu rukovodstva NSDAP; rezultat ove denuncijacije je bio taj da je čovjek prošao kroz tri suđenja i na kraju je osuđen na smrt. (Kazna nije izvršena zato što su u međuvremenu Rusi okupirali Njemačku). Sud je smatrao da bi se denuncijacija mogla smatrati zločinom protiv čovječnosti ukoliko bi se moglo dokazati da je agent namjeravao predati čovjeku "nekontrolisanu strukturu vlasti nacista-keg stranke i države", znajući da bi rezultat te denuncijacije bio taj da bi čovjek bio uhapšen u jedan proizvoljan i nasilan sistem (*Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone*, tom I, str. 45-49 na str. 47).

da se, s obzirom na okolnosti predmeta, zlo-ini protiv -ovje-nosti nisu nu`no sastojali od progona ili diskriminacije.

291. Zanimljivo je primijetiti da je potreba postojanja diskriminatorne namjere prvo razmatrana pa odbacena od strane Komisije za me|unarodno pravo u njenom Nacrtu kodeksa krivi-nih djela protiv mira i bezbjednosti -ovje-anstva.³⁵² Sli-no tome, iako se o uklju-ivanju diskriminatorne namjere diskutovalo na Pripremnom komitetu za osnivanje Me|unarodnog krivi-nog suda,³⁵³ iz -lana 7 Rimskog Statuta vidi se da su pisci odbili da uklju-e diskriminatornu namjeru.³⁵⁴

292. Ovo navodi na zaklju-ak da me|unarodno obi-ajno pravo, onakvo kakvo je izraslo iz postepenog razvoja me|unarodnih instrumenata i dr`avne sudske prakse u

U odluci od 7. decembra 1948. godine (S. StS 111/48), u predmetu *P. et al.*, isti sud je dao vrlo slobodno tuma-enje pojma zlo-ina protiv -ovje-nosti kako je iznesen u Zakonu broj 10 Kontrolnog savjeta, pro{iriv{i ga na, izme|u ostalog, nehumana djela po-injena protiv pripadnika vojske. U no}i nakon djelimi-ne kapitulacije Njema-ke (5. maja 1945. godine), -etiri njema-ka marinca su poku{ala pobje}i iz Danske natrag u Njema-ku. Sljede}eg dana su ih Danci uhvatili i predali Njema-koj vojsci, koja ih je izvela pred prijeki sud i trojicu od njih osudila na smrt za dezerterstvo; na sam dan op{te kapitulacije Njema-ke, 10. maja 1945. godine, ta trojica su pogubljeni. Vrhovni sud Njema-ke je na{ao da je pet -lanova prijekog suda krivo za sau-esni{tvo u zlo-inu protiv -ovje-nosti. Prema Vrhovnom sudu, upadljiv nesrazmjer izme|u krivi-nog djela i kazne jasno je pokazao brutalan pravni sistem kom je cilj bio zastra{ivanje, i koji je poricao samu su{tinu -ovje-nosti svojim slijepim pozivanjem na navodno superiorne potrebe nacisti-ke dr`ave; radilo se o "nepodno{ljivom svo|enju `rtve ?`rtavag na obi-na sredstva za postizavanje cilja, pa tako i depersonalizaciji i postvarenju ljudskih bi}a." (*Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes f{ur die Britische Zone, ibid, tom I, str. 217-229 na str. 220*). Sljedno tome, osudom tih marinaca na smrt, -lanovi prijekog suda su nanijeli povredu -ovje-anstvu u cjelini.

Kona-no, isto {iroko tuma-enje Zakona broj 10 Kontrolnog savjeta mo`e se na}i u odluci od 18. oktobra 1949. godine (S. StS 309/49) u predmetu *H.* (*Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes f{ur die Britische Zone, tom II, str. 231-246*). U tom predmetu sud se bavio slu-ajem njema-kog sudije koji je predsjedavao u dva su|enja prijekog suda mornarice (*Bordkriegsgericht*) protiv dva oficira Njema-ke mornarice, jednog komandanta podmornice, koga su 1944. godine optu`ili da je kritikovao Hitlera, i jednog kapetana korvete Njema-ke mornarice, koga su 1944. godine optu`ili da je nabavio dvije strane li-ne karte za sebe i svoju suprugu. Doti-ni sudija je glasao da se obojica osude na smrt (prvi je pogubljen, dok je drugom Hitler zamijenio kaznu za 10 godina zatvora). Vrhovni sud je smatrao da sudija mo`e biti optu`en za zlo-ine protiv -ovje-nosti, -ak iako nije djelovao iz politi-kih razloga, utoliko {to je njegovo djelo po-injeno smi{ljeno u vezi sa nacisti-kim sistemom nasilja i terora (*Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes f{ur die Britische Zone, ibid., tom II, str. 233, 238*).

³⁵² *Vidi, na primjer, ILC 1996 Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind, Report of the International Law Commission on the work of its 48th session May 6-July 26, 1996, UNGAOR 51st sess., supp. no. 10 (A/51/10), str. 93-94.*

³⁵³ Dok su neki od delegata tvrdili da je za osudu za zlo-ine protiv -ovje-nosti potrebno dokazati da je optu`eni bio motivisan diskriminatornim umi{ljamem, drugi su tvrdili da bi "uvr{tavanje takvog kriterijuma zakomplikovalo zadatak optu`be tako {to bi joj znatno pove}alo teret dokazivanja jer bi se tra`ili dokazi ovog subjektivnog elementa." Ti delegati su dalje tvrdili da se zlo-ini protiv -ovje-nosti mogu -initi i protiv drugih grupa, uklju-uju}i intelektualce, socijalne, kulturne ili politi-ke grupe, te da takav element nije uslov po me|unarodnom obi-ajnom pravu, kao {to se vidi iz Statuta Me|unarodnog suda za Jugoslaviju. (*Vidi Summary of the Proceedings of the Preparatory Committee During the Period March 25-April 12, 1996, U.N. Doc. A/AC.249/1 (7. maj 1996.), str. 16-17*).

³⁵⁴ ^lan 7(1) Rimskog Statuta glasi: "U ovom Statutu, 'zlo-in protiv -ovje-nosti' zna-i bilo koje od sljede}ih djela kada je po-injeno kao dio rasprostranjenog ili sistematskog napada na civilno stanovni{tvo, uz svijest o napadu: (a) ubistvo ?..g." ^lan 7(1) Statuta Me|unarodnog krivi-nog suda na taj na-in zasniva definiciju zlo-ina protiv -ovje-nosti samo na uzajamnom dejstvu *mens rea* optu`enog i postojanja rasprostranjenog ili sistematskog napada na civilno stanovni{tvo.

opšta pravila, ne pretpostavlja diskriminatornu namjeru ili namjeru progona za sve zlo-ine protiv -ovje-nosti.

3. Izvještaj generalnog sekretara

293. Tuma-enje koje je do sada predlo`eno nije u skladu sa Izvje{tajem generalnog sekretara i izjavama koje su dale tri članice Savjeta bezbjednosti prije nego je Savjet usvojio Statut Suda. @albeno vije}e ipak smatra da ova dva izvora tuma-enja nisu dovoljna da bi se uspostavilo da svi zlo-ini protiv -ovje-nosti moraju biti izvr{eni sa diskriminatornom namjerom.

294. Prvo }emo se osvrnuti na Izvje{taj generalnog sekretara, gdje stoji da su zlo-ini o kojima se radi oni koji su "po-injeni kao dio rasprostranjenog i sistematskog napada na bilo koje civilno stanovni{tvo na nacionalnoj, politi-koj, etni-koj, rasnoj ili vjerskoj osnovi".³⁵⁵

295. Treba napomenuti da Izvje{taj generalnog sekretara nema istu pravnu te`inu kao Statut. Naro-ito nije obavezu}i u istoj mjeri. Izvje{taj je Savjet bezbjednosti u cjelini "odobrio" (*vidi* prvi operativni paragraf Rezolucije Savjeta bezbjednosti 827(1993)), dok je Statut "usvojio" (*vidi* operativni paragraf 2). Time {to je "odobrio" Izvje{taj, Savjet bezbjednosti je o-igledno imao namjeru podr`ati njegovu svrhu kao dokumenta koji obja{njava predlo`eni Statut. Naravno, ukoliko se u-ini da postoji o-igledna protivrje-nost izme|u Statuta i Izvje{taja, nema sumnje da Statut mora prevagnuti. U drugim slu-ajevima, Izvje{taj generalnog sekretara treba shvatiti kao mjerodavno tuma-enje Statuta.

296. [ta vi{e, Izvje{taj generalnog sekretara ne pretenduje na to da bude izjava o stavu me|unarodnog obi-ajnog prava. Kao {to je gore navedeno, na Savjetu bezbjednosti je da usvaja definicije zlo-ina u Statutu koje odstupaju od me|unarodnog obi-ajnog prava, pod uslovom da po{tuje obavezne norme me|unarodnog prava (*ius cogens*).³⁵⁶ Ipak, treba usvojiti kao op{ti princip da se odredbe Statuta koje defini}u zlo-ine u nadle`nosti Suda uvijek tuma-e tako da reflektuju me|unarodno obi-ajno pravo, osim ako namjera da se odstupi od takvih normi ne stoji u samom Statutu ili drugim relevantnim pravnim izvorima. Izvje{taj generalnog sekretara ne nudi dovoljno naznaka da je Savjet

³⁵⁵ Izvje{taj generalnog sekretara, para. 48.

³⁵⁶ Na primjer, izri-it uslov u -lanu 5 da postoji veza s oru`anim sukobom su`ava polje djelovanja u odnosu na zlo-ine protiv -ovje-nosti prema me|unarodnom obi-ajnom pravu.

bezbjednosti imao namjeru napraviti takvo odstupanje od međunarodnog običajnog prava u članu 5 zahtjevom za postojanjem diskriminatorne namjere kod svih zločina protiv čovječnosti. Doista, u ovom slučaju izgleda da je, uprkos upadljivoj razlici između Izvještaja i Statuta, tekst člana 5 dovoljno jasan i nedvosmislen, te da je nepotrebno oslanjati se na sekundarne izvore tumačenja poput Izvještaja generalnog sekretara. Prema tome, doslovno tumačenje člana 5 Statuta, kako je gore navedeno, mora nužno prevagnuti.

297. Dalje, može se tvrditi da je u svom Izvještaju generalni sekretar naprosto opisao pojam zločina protiv čovječnosti na uopćen način, a da nije propisao tehničku pravnu definiciju koja bi trebala biti obavezujuća za Sud. Drugim riječima, stav da su zločini protiv čovječnosti zločini koji su "počinjeni kao dio rasprostranjenog ili sistematskog napada na bilo koje civilno stanovništvo na nacionalnoj, političkoj, etničkoj, rasnoj ili vjerskoj osnovi" svodi se na zapažanje da su *zapravo u većini slučajeva* zločini protiv čovječnosti počinjeni na takvoj diskriminatornoj osnovi. Međutim, postojanje takvog diskriminatornog osnova nije pravni *uslov*. Ovo je bar još jedno moguće tumačenje. Tako je da su u većini slučajeva zločini protiv čovječnosti izvršeni protiv civilnog stanovništva koje je bilo na meti iz nacionalnih, političkih, etničkih, rasnih ili vjerskih razloga.

4. Izjave nekih država u Savjetu bezbjednosti

298. Okrenimo se sada izjavama triju država – Francuske, Sjedinjenih Američkih Država i Ruske Federacije pred Savjetom bezbjednosti nakon usvajanja Statuta.

299. Prije nego što razmotrimo pravno značenje ovih izjava, treba prvo napomenuti nešto važno. Iako se svim izjavama htjelo postići da se u članu 5 uvede kvalifikacija u vezi sa diskriminatornom namjerom iznesenom u paragrafu 48 Izvještaja generalnog sekretara, izjave su se razlikovale u značenju. Izjava predstavnika Francuske je trebala biti dio "nekoliko kratkih komentara" na Statut.³⁵⁷ Suprotno tome, komentar predstavnika Sjedinjenih Američkih Država formulisan je izričito kao "izjava o tumačenju"; osim toga, taj predstavnik je dodao bitan komentar: "Koliko je nama poznato, ostale članice Savjeta bezbjednosti dijele naše mišljenje u pogledu sljedećih

³⁵⁷ On je rekao sljedeće: "U vezi sa članom 5, taj član se odnosi na sva djela koja su tamo navedena ako su počinjena kao kršenje zakona za vrijeme oružanog sukoba na području bivše Jugoslavije, u kontekstu

poja{njenja u vezi sa Statutom”³⁵⁸ uklju-uju}i “poja{njenje” u vezi sa -lanom 5.³⁵⁹ Izjava predstavnika Ruske Federacije u vezi sa -lanom 5 izri-ito je zami{ljena kao izjava o tuma-enju.³⁶⁰ Ipak, ova izjava je data na takav na-in kako bi opravdala tvrdnju da za Rusku Federaciju -lan 5 “obuhvata” zlo-ine po-injene sa “diskriminatornom namjerom”, ali se ipak ne ograni-ava samo na takva djela.

300. Kao prvo, bar kada se radi o pitanju diskriminatorne namjere, @albeno vije}e odbacuje ideju da se ove tri izjave imaju smatrati dijelom “konteksta” Statuta koji bi trebalo uzimati u obzir radi tuma-enja Statuta u skladu s op{tim pravilom tuma-enja definisanim u -lanu 31 Be-ke konvencije o pravu me|unarodnih ugovora.³⁶¹ Te izjave se pogotovo ne mogu smatrati “sporazumom” koji se odnosi na Statut i koji su postigle sve strane u vezi s usvajanjem Statuta. Ta-no je da je predstavnica Sjedinjenih Ameri-kih Dr`ava napomenula da, koliko je njoj poznato, ostali -lanovi Savjeta bezbjednosti dijele njeno mi{ljenje u vezi sa “poja{njenjima” koja je iznijela. Me|utim, u svjetlu teksta druge dvije izjave po ovom konkretnom pitanju, te uzimaju}i u obzir nedostatak bilo kakvog komentara od strane ostalih 12 -lanica Savjeta bezbjednosti, -ini se da bi bilo te{ko zaklju-iti da je u Savjetu bezbjednosti zapravo postignut sporazum sa svrhom poja{njenja obima -lana 5 u vezi sa diskriminatornom namjerom. Mora se naro-ito naglasiti da je predstavnica Sjedinjenih Dr`ava, nabrajaju}i ono {to je ona smatrala neophodnim diskriminatornim osnovama za postojanje zlo-ina protiv -ovje-nosti, u njih uvrstila i jednu (“pol”) koja nije postojala u Izvje{taju generalnog sekretara, na koju se, {to je jo{ bitnije, nije osvrnuo ni francuski ni ruski predstavnik u svojim izjavama u vezi sa -lanom 5. Mo`e se smatrati da je to dodatni dokaz da u

rasprostranjog ili sistematskog napada na civilno stanovni{tvo iz nacionalnih, politi-kih, etni-kih, rasnih ili vjerskih razloga” (U.N. Doc. S/PV. 3217, str. 11).

³⁵⁸ Vidi U.N. Doc. S/PV. 3217, str. 15.

³⁵⁹ Predstavnik Sjedinjenih Ameri-kih Dr`ava je rekao sljede}e u vezi sa -lanom 5: “Smatra se da se -lan 5 odnosi na sva djela nabrojana u tom -lanu, kada su po-injena u suprotnosti sa zakonom tokom trajanja oru`anog sukoba na teritoriji biv{e Jugoslavije, u sklopu rasprostranjenih i sistematskih napada na bilo koje civilno stanovni{tvo na nacionalnom, politi-kom, etni-kom, rasnom, polnom ili vjerskom osnovu” (U.N. Doc. S/PV. 3217, str. 16).s

³⁶⁰ On je rekao sljede}e: “Uz uvjerenje da tekst Statuta govori o zadacima koji se stavljaju pred Me|unarodni sud, te iz tog razloga pru`aju}i mu podr{k, smatramo da je umjesno navesti da, prema na{em shvatanju, -lan 5 obuhvata krivi-na djela po-injena na teritoriji biv{e Jugoslavije u vrijeme oru`anog sukoba – djela koja su bila rasprostranjena ili sistematska, usmjerena protiv civilnog stanovni{tva i motivisana nacionalnom, politi-kom, etni-kom, vjerskom ili drugom pripadno{u tog stanovni{tva” (U.N. Doc. S/PV. 3217, str. 45).

³⁶¹ U -lanu 31(1) i (2) stoji:

1. Me|unarodni ugovor se mora tuma-iti u dobroj vjeri u skladu s uobi-ajenim zna-enjem koje se ima dati uslovima ugovora u njihovom kontekstu i u svjetlu njegovog zadatka i svrhe.
2. Za potrebe tuma-enja ugovora, osim samog teksta, njegovih preambula i aneksa, kontekst }e obuhvatiti i sljede}e:
 - a) svaki dogovor u vezi s ugovorom koji je postignut izme|u svih stranaka u vezi sa zaklju-enjem ugovora;

Savjetu bezbjednosti nije postignut nikakav sporazum u vezi sa kvalifikacijom pomoću diskriminatorne namjere.

301. Moglo bi se zapravo tvrditi da je osnovna svrha tih izjava bila da se naglasi da je postojanje rasprostranjene ili sistematske prakse ono što predstavlja neophodni element zločina protiv čovječnosti. Taj element, koji ne postoji u članu 5, već je pomenut u paragrafu 48 Izvještaja generalnog sekretara.³⁶² Time što su jasno rekle da je ovaj element neophodan, države o kojima je riječ su se osvrnule na relevantni dio Izvještaja generalnog sekretara i u istom dahu pomenule diskriminatornu namjeru koja u praksi često može biti prateći element takvih zločina.

302. Može se takođe dozvoliti argument da je namjera tri države koje su dale ove izjave bila ta da naglasi da su u bivšoj Jugoslaviji zverstva uglavnom bila motivisana mržnjom na etničkoj, rasnoj, političkoj ili vjerskoj osnovi. Te države su tako htjele da skrenu pažnju budućeg Međunarodnog suda na potrebu da se ovaj bitan faktor uzme u obzir. Ne treba, međutim, mijenjati ono što se skoro uvijek dešava (*quod plerumque accidit*) sa striktnim pravnim uslovima.

303. Kako god bilo, budući da se te izjave ne mogu smatrati djelom "konteksta" Statuta, bar ne u pogledu diskriminatorne namjere, može se tvrditi da su one dio *travaux préparatoires*. čak i kada bi to bilo tako, one ne bi bile neophodna pomagala pri tumačenju, bar ne u onoj mjeri u kojoj se odnose na konkretan slučaj diskriminatorne namjere prema članu 5. Prema međunarodnom običajnom pravu, kao što je kodifikovano u članu 32 gore pomenute Bečke konvencije, *travaux* predstavljaju dopunsko sredstvo tumačenja i za njima se može posegnuti tek ako je tekst ugovora, ili bilo kog drugog međunarodnog instrumenta kojim se stvaraju određene norme, *dvosmislen ili opskuran*. Budući da je tekst člana 5 jasan i ne izaziva neizvjesnost, bar ne u vezi sa diskriminatornom namjerom, nema potrebe oslanjati se na te izjave. Ne bi bilo opravdano ni po slovu ni po duhu člana 5 isključiti iz okvira zločina protiv čovječnosti rasprostranjena ili sistematska zverstva samo zato što nisu bila motivisana na namjerom da se progoni ili diskriminira.

b) svaki instrument koji je donešen od strane jedne ili više strana u vezi sa zaključenjem ugovora i prihvaćen od ostalih strana kao instrument koji je u vezi s ugovorom.

³⁶² U svojoj presudi od 7. maja 1997. godine, Pretresno vijeće je takođe ispravno naglasilo da su "rasprostranjen" i "sistematski" dva disjunktivna, a ne kumulativna uslova (*vidi* Presudu, para. 645- 648). *Vidi* takođe Odluku po pravilu 61 u predmetu *Nikolić*, "Pregled optužnice po pravilu 61 Pravila o

304. Gore navedene tvrdnje ne impliciraju da izjave koje su u Savjetu bezbjednosti dale tri gore pomenute dr`ave ili neke druge dr`ave ne bi trebale dobiti te`inu tuma-enja. One mogu pojasniti zna-enje odredbe koja je nejasna, ili se mo`e tuma-iti na razli-ite na~ine. Doista, u svojoj Odluci o nadle`nosti u predmetu *Tadi}*, @albeno vije}e se vi}e puta pozivalo na te izjave i izjave drugih dr`ava. To je u-inilo, na primjer, kada je tuma-ilo ~lan 3 Statuta³⁶³ i kada se izja{njavalo po pitanju da li Me|unarodni sud mo`e da primjenjuje me|unarodne dogovore koji su obavezuju}i za strane u sukobu.³⁶⁴

C. Zaklju~ak

305. Tu`ilac{tvo je bilo u pravu kad je navelo da je Pretresno vije}e pogrije{ilo u nalazu da svi zlo~ini protiv ~ovje~nosti zahtijevaju diskriminatornu namjeru. Takva namjera je neophodni pravni sastojak krivi-nog djela samo u vezi s onim zlo~inima za koje se to izri~ito zahtijeva, tj. za ~lan 5(h), koji se odnosi na razne vrste progona.

postupku i dokazima, *Tu`ilac protiv Dragana Nikoli}a*, predmet broj: IT-94-2-R61, Pretresno vije}e I, 20. oktobar 1995.) (Nikoli} (1995) II ICTY JR 739).

³⁶³ *Vidi* Odluku o nadle`nosti u predmetu *Tadi}*, para. 75 i 88 (gdje se tako |e pominju izjave predstavnika Velike Britanije i Ma|arske).

³⁶⁴ *Vidi ibid.*, para 143 (gdje se pominju izjave predstavnika Sjedinjenih Ameri-kih Dr`ava, Velike Britanije i Francuske).

**VIII. PETI OSNOV ZA PROTIV@ALBU TU@ILA[TVA:
ODBIJANJE ZAHTJEVA TU@ILA[TVA ZA OBJELODANJIVANJE
ISKAZA SVJEDOKA ODBRANE**

A. Navodi strana

1. Argumentacija Tu`ila{tva

306. Peti osnov za proti`albu Tu`ila{tva glasi:

Ve}ina u Pretresnom vije}u, koju su -inili sudija Ninian Stephen i sudija Lal Chand Vohrah, pogrije{ila je u odbijanju Zahtjeva Tu`ila{tva za dostavu izjava svjedoka?³⁶⁵

Ovaj osnov za `albu potekao je iz Odluke po Zahtjevu Tu`ila{tva za dostavu izjava svjedoka odbrane koju je Pretresno vije}e donijelo 27. novembra 1996. godine. Odlukom ve}ine (sudija McDonald je imala protivno mi{ljenje), Pretresno vije}e je odbilo Zahtjev Tu`ila{tva za dostavu jedne prethodne izjave svjedoka odbrane nakon {to je on ve} svjedo-io. Odluka je donijeta na osnovu -injenice da su takve izjave pokrivena povlasticom pravne profesije, koja {titi odbranu od bilo kakve obaveze da ih preda. Tu`ila{tvo navodi da je Pretresno vije}e pogrije{ilo u primjeni materijalnog prava u Odluci o izjavama svjedoka.³⁶⁶

307. Tu`ila{tvo smatra da Pretresno vije}e ima ingerencije da naredi dostavu ranijih izjava svjedoka odbrane u skladu sa pravilom 54, osim ako te svjedoke {titi neka izri-ita ili implicitna povlastica iz Statuta ili Pravilnika.³⁶⁷ To ovla{enje omogu}ava Pretresnom vije}u, kome je povjerena du`nost da iz izvedenih dokaza utvrdi -injenino stanje, da dobije dokazne materijale koji su u potpunosti provjereni.³⁶⁸ Navodi se da bi Pretresno vije}e prilikom dono{enja svojih zaklju-aka trebalo imati priliku da ocijeni nedosljednosti me|u izjavama svjedoka.³⁶⁹

308. Prema Tu`ila{tvu, ukoliko se osvrnemo na -lan 21(4)(g) Statuta i potpravila 70(A), 90(F) i 97 Pravilnika, vidimo da nema izri-ite povlastice koja bi odbranu oslobodila od obaveze objelodanjivanja izjava svjedoka.³⁷⁰ Povlastica koju je usvojio

³⁶⁵ Podnesak protiv`alioca, para. 6.3.

³⁶⁶ *Ibid.*, para. 6.6; T. 190 (20. april 1999.)

³⁶⁷ *Ibid.*, paras. 6.6-6.24.

³⁶⁸ T. 186 (20. april 1999.)

³⁶⁹ T. 186 (20. april 1999.)

³⁷⁰ Podnesak protiv`alioca, paras. 6.7-6.14.

Međunarodni sud u pravilu 97 Pravilnika se ne odnosi na izjave trećih lica date advokatu odbrane, bar ne od onog trenutka kada odbrana odluči da pruži dokaze pozivanjem određenog svjedoka.³⁷¹ Kada odbrana pozove svjedoka, njegovo svjedočenje bi trebalo biti podvrgnuto istoj vrsti ispitivanja kao što je to slučaj sa svjedocima optužbe.³⁷²

309. Tužilaštvo takođe navodi da se iz Pravilnika ne može izvesti nikakva implicitna povlastica po kojoj izjave svjedoka odbrane ne bi morale biti objelodanjene (kao što je smatrao sudija Stephen uz slaganje sudije Vohraha). Po njegovom mišljenju, Pravilnik je u tom smislu nedvosmislen i pozivanje sudije Stephena na povlasticu pravne profesije koja se može naći u nacionalnim pravnim sistemima neispravno je.³⁷³ Tužilaštvo navodi da čak i ako postoji neka dvosmislenost, neispravno ju je razrješavati pozivanjem na najčešće primjere iz sudske prakse pravnih sistema kontradiktornog tipa uprkos očiglednom uticaju pravila kontradiktornog postupka na Pravilnik.³⁷⁴ Potpravilo 89(B) Pravilnika izričito zahtijeva primjenu "pravila o dokazima koja najviše idu u prilog pravnom odlučivanju o stvari koja se nalazi pred vijećem i koja su u duhu Statuta i općih pravnih principa". U skladu sa tom odredbom, Pretresno vijeće se trebalo opredijeliti za tumačenje po kome bi naredilo objelodanjivanje izjava svjedoka odbrane "u slučajevima gdje smatra da bi mu to omogućilo da presudu donese na osnovu svih važnih dokaza".³⁷⁵ Tužilaštvo se naročito oslanja na ograničenja koja je postavio Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država u predmetu *United States v. Nobles* / *Sjedinjene Američke Države protiv Nobles*.³⁷⁶

310. Tužilaštvo takođe navodi da objelodanjivanje prethodnih izjava svjedoka odbrane nije nedosljedno principima pravnog suđenja.³⁷⁷ Posebno, princip jednakosti sredstava ne zahtijeva da se odbrani omoguće bolji uslovi pri zvanju svjedoka nego što ih ima optužba.³⁷⁸ Ukoliko odbrana odluči da pozove svjedoka na suđenje, taj svjedok bi u principu morao biti podvrgnut istoj vrsti ispitivanja kao i svjedok optužbe.³⁷⁹

³⁷¹ T. 187 (20. april 1999.)

³⁷² T. 187 (20. april 1999.)

³⁷³ Podnesak protiv alioca, para. 6.15-6.18.

³⁷⁴ *Ibid.*, para. 6.20.

³⁷⁵ *Ibid.*, para. 6.21.

³⁷⁶ 422 U.S. 225 (1975).

³⁷⁷ Podnesak protiv alioca, para. 6.25-6.31.

³⁷⁸ *Ibid.*, para. 6.31.

³⁷⁹ *Ibid.*

2. Argumentacija odbrane

311. Odbrana smatra da je Pretresno vijeće ispravno odlučilo u Odluci o izjavama svjedoka.

312. Pretresno vijeće je u pravu kada smatra da se Statut i Pravilnik konkretno ne bave ovim problemom.³⁸⁰ Odbrana tako je navodi da, budući da je sistem po kome Sud funkcioniše, uglavnom po pravilima kontradiktornog postupka, pojam "opšti pravni principi" u potpravilu 89(B) treba tumačiti tako da znači "opšti pravni principi koji potiču iz sistema kontradiktornih postupaka."³⁸¹

313. Odbrana navodi da bi se opšti principi o kojima se govori mogli ukratko rezimirati na sljedećim. Prvo, teret dokazivanja navoda je na Tužilaštvu. Ono mora obavijestiti optuženog o tome šta mu se stavlja na teret i kakvi dokazi postoje protiv njega. Optuženi ima pravo na tužnju i da zahtijeva da Tužilaštvo dokaže svoje navode. Odbrana nema obavezu sličnu onoj koja važi za Tužilaštvo, dakle da objelodani svoje dokaze, te se ne odriče povlastice koja se vezuje za izjave svjedoka odbrane kada dotični svjedok bude svjedočio.³⁸²

314. Tako je se navodi da bi dozvola takvog objelodanjivanja produbila nejednakost sredstava dvije strane.³⁸³ Pored toga, odbrana naglašava da, budući da se u većini kontradiktornih pravnih sistema može pozvati na povlasticu kod komunikacije između klijenta i trećih lica u vrijeme trajanja sudskog procesa, takvo objelodanjivanje bi bilo neispravno.³⁸⁴ Odbrana tako je navodi da bi takav uslov za objelodanjivanjem mogao odvratiti svjedoke od svjedočenja uslijed gubitka povjerljivosti, što bi se, pak, tada odrazilo na pravo optuženog da zove svjedoke.³⁸⁵

³⁸⁰ Izmijenjen odgovor odbrane na podnesak protiv alioca, para. 6.3; Shematski prikaz argumetacije optužbe, para. 5(b).

³⁸¹ Izmijenjen odgovor odbrane na podnesak protiv alioca, para. 6.13; Shematski prikaz argumetacije Tužilaštva, para. 5(d).

³⁸² Shematski prikaz argumetacije Tužilaštva, para. 5(f)-(g).

³⁸³ T. 275 (21. april 1999.)

³⁸⁴ T. 275, 278 (21. april 1999.)

³⁸⁵ Shematski prikaz argumetacije Tužilaštva, para. 5(h).

B. Diskusija

1. Razlog za razmatranje ovog osnova za protiv`albu

315. Iako nijedna od strana ne tvrdi da je Odluka o izjavama svjedoka uticala na presudu po bilo kojoj tački, niti da `alba potpada pod član 25(1),³⁸⁶ obje se strane slažu da je ovo stvar od općte važnosti koja utiče na vođenje sudjenja pred Sudom i zato zahtijeva pažnju @albenog vijeća. Tužilaštvo dalje navodi da je Odluka o izjavama svjedoka, onakva kakva jeste, ubjedljiv pravni izvor u kome stoji da se odbrani ne može narediti da objelodani ranije izjave svjedoka.³⁸⁷

316. Shodno članu 25 Statuta, @albeno vijeće nema ingerencije da na bilo koji način odlučuje o odluci Pretresnog vijeća kao da je sama ta odluka predmet `albe. No, pravno pitanje koje se ovdje postavlja je važno, te zavređuje mišljenje @albenog vijeća. Postavljeno pitanje o tome da li Pretresno vijeće ima ingerencije da naredi objelodanjivanje ranijih izjava svjedoka odbrane nakon što je svjedok svjedočio mora se staviti u svoj pravi kontekst. Dalje, @albeno vijeće smatra da ovo pitanje bitno utiče na sposobnost Pretresnog vijeća da, uz dužni obzir prema pravici, ispuni svoju obavezu u potrazi za istinom u svim postupcima koji spadaju u nadležnost Međunarodnog suda. Pravosudnu funkciju na Međunarodnom sudu obavljaju vijeća, a u ovom slučaju je to bilo jedno od pretresnih vijeća, budući da se pitanje pojavilo za vrijeme glavnog pretresa.

317. Zbog toga je neophodno da @albeno vijeće razjasni kontekst unutar koga se postavljeno pitanje razmatra. Pitanje se tiče obaveze Pretresnog vijeća da utvrdi činjenice, razmotri kredibilitet svjedoka i utvrdi nevinost ili vinost optuženog. Međutim, prije nego što odgovorimo na postavljeno pitanje, poželjno je da ispitamo implikacije objelodanjivanja.

³⁸⁶ U članu 25(1) stoji: "@albeno vijeće razmatra `albe osoba koje su osudila Pretresna vijeća ili `albe. Tužilaštvo na sljedećim osnovama: (a) greška u primjeni prava koja odluku čini nevažećom, ili (b) greška u utvrđivanju činjeničnog stanja koja je dovela do osuđenja pravde."

³⁸⁷ T. 185 (20. april 1999.).

2. Ovla}enje da se nalo`i objelodanjivanje prethodnih izjava svjedoka

318. @albeno vije}e smatra da bi doti-na izjava svjedoka odbrane mogla biti zabilje`eni opis doga|aja koji se ti-u optu`nice, a koji je neka osoba sastavila, i potpisala, u svrhu pripreme argumentacije odbrane.

319. Ne postoji *bianco* pravilo po kome bi Tu`ila{tvo imalo pravo vidjeti izjavu svjedoka odbrane. Tu`ila{tvo samo ima pravo zatra`iti objelodanjivanje izjave nakon {to je svjedok svjedo-io, a vije}e ima pravo da o tome odlu-i imaju}i u vidu okolnosti konkretnog slu-aja.

320. Ovla}enje Pretresnog vije}a da naredi objelodanjivanje prethodnih izjava svjedoka odnosi se na pitanje izvo|enja dokaza. Strogo uzev{i, princip jednakosti sredstava nije relevantan za ovaj problem. Isto tako, budu}i da se Statut i Pravilnik izri-ito ne bave tim problemom, na scenu mogu stupiti {iroka ovla}enja koja daje potpravilo 89(B).³⁸⁸ Pitanje koje se postavlja je da li ta ovla}enja uklju-uju i ovla}enje Pretresnog vije}a da naredi objelodanjivanje prethodne izjave svjedoka odbrane.

321. Mandat Me|unarodnog suda prema -lanu 1 Statuta je da krivi-no goni osobe odgovorne za ozbiljna kr{enja me|unarodnog humanitarnog prava po-injena u biv{oj Jugoslaviji. Da bi ispunilo svoj mandat, pretresno vije}e mora utvrditi kredibilitet svih dokaza koji su izvedeni pred njim. Pretresno vije}e tako|e mora voditi ra-una o sljede}im odredbama Statuta: -lan 20(1), koji se odnosi na potrebu da se osigura pravi-no i ekspeditivno su|enje, -lan 21 koji se odnosi na prava optu`enog i -lan 22 koji se odnosi na za{titu `rtava i svjedoka. Dalje smjernice se mogu na}i u -lanu 14 Me|unarodnog pakta o gra|anskim i politi-kim pravima³⁸⁹ i -lanu 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima,³⁹⁰ koji su sli-ni -lanu 21 Statuta.

³⁸⁸ Potpravilo 89(B) glasi:

“U slu-ajevima koji nisu predvi|eni u ovom odjeljku vije}e }e primijeniti pravila o dokazima koja najvi{e idu u prilog pravi-nom odlu-ivanju o stvari koja se nalazi pred vije}em i koja su u duhu Statuta i op{tih pravnih na-ela.”

³⁸⁹ Djelovi -lana 14 glase:

“(1) Sve su osobe pred sudovima i tribunalima jednake. Pri utvr|ivanju bilo kakve krivi-ne optu`be protiv njega, ili njegovih prava i du`nosti u nekom pravnom procesu, svako }e imati pravo na javno i pravi-no su|enje pred nadle`nim, nezavisnim i nepristrasnim tribunalom koji je zakonski uspostavljen. ?...g

(2) Svako kome se na teret stavlja krivi-no djelo ima pravo da ga se smatra nevinim dok mu se ne doka`e krivica prema zakonu.

(3) Pri utvr|ivanju bilo kakve krivi-ne optu`be protiv njega, svako }e imati pravo na sljede}e minimalne garancije, u potpunoj ravnopravnosti: (a) da ga se blagovremeno i detaljno obavijesti na jeziku koji razumije o prirodi i razlogu optu`be koja mu se stavlja na teret; ?...g; (c) da mu se sudi bez nepotrebnog odugovla-enja; (d) da bude prisutan sopstvenom su|enju i da se brani li-no ili uz pravnu pomo} ?...g; (e) da ispita ili da se u njegovo ime ispituju svjedoci koji ga terete, kao i da mu se

322. U na{em slu-aju, nakon {to je svjedok odbrane svjedo-io, na Pretresnom vije}u je da utvrdi kredibilitet njegovog ili njenog svjedo-enja. Ako je on ili ona dao/dala raniju izjavu, Pretresno vije}e, u svojoj potrazi za istinom i da bi se osigurala pravi-nost su|enja, mora biti u mogu}nosti da procijeni svjedo-enje u svjetlu te izjave. Osim {to se mo`e izvesti iz vrlo uop{tenih odredbi potpravila 89(B), ovo ovla{enje je inherentno nadle`nosti Me|unarodnog suda, kao {to je to slu-aj sa nadle`no{u bilo kog krivi-nog suda, nacionalnog ili me|unarodnog. Drugim rije-ima, ovo je jedno od onih ovla{enja koje je @albano vije}e pomenulo u Odluci o *subpoeni* u predmetu *Bla{ki}*, a koja pripadaju sudskom organu -ak i kada nisu izri-ito pomenuta ili implicirana u statutu ili pravilniku o postupku takvog organa zato {to su neophodna za izvr{enje funkcija suda i osiguranje pravi-nog sprovo|enja pravde.³⁹¹

323. Bilo bi pogre{no smatrati da se takvo objelodanjivanje svodi na to da }e odbrana pomagati Tu`ila{tvo u su|enju optu`enom. Niti takvo objelodanjivanje kompromituje uglavnom kontradiktornu prirodu postupaka pred Me|unarodnim sudom, uklju-uju}i i osnovnu ideju da Tu`ila{tvo mora dokazati svoje navode protiv optu`enog. Iako ova odredba nije bila na snazi u vrijeme koje je relevantno za ovo ispitivanje, vrijedi naglasiti da za slu-aj odr`avanja konferencije prije izvo|enja dokaza odbrane, u potpravilu 73ter(B) stoji sljede}e :

?...g Pretresno vije}e mo`e nalo`iti da odbrana, prije po-etka izvo|enja svojih dokaza ali nakon zavr{etka izvo|enja dokaza optu`be, dostavi sljede}e:

?...g

(iii) popis svjedoka koje odbrana namjerava pozvati u kojem se navodi:

(a) ime ili pseudonim svakog svjedoka;

(b) sa`etak -injenica o kojima }e svjedo-iti svaki svjedok;

?...g

omogu}i prisustvo i ispitivanje svjedoka koji svjedo-e u njegovu odbranu i to pod istim uslovima kao za one koji svjedo-e protiv njega; ?...g; (g) da ga se ne primorava da svjedo-i protiv sebe ili da prizna krivicu. ?...g."

³⁹⁰ Dijelovi -lana 6 glase:

"(1) Pri utvr|ivanju njegovih gra|anskih prava i obaveza ili neke optu`be protiv njega, svako ima pravo na pravi-no i javno su|enje u razumnom vremenu ispred nezavisnog i nepristrasnog tribunala, koji je zakonski uspostavljen. ?...g

(2) Svako kome se na teret stavlja krivi-no djelo smatra se nevinim dok mu se ne doka`e krivnja prema zakonu.

(3) Svako kome se na teret stavlja krivi-no djelo ima pravo na sljede}a minimalna prava: (a) da ga se blagovremeno i detaljno obavijesti na jeziku koji razumije o prirodi i razlozima optu`be protiv njega; ?...g; (d) da ispita ili da se u njegovo ime ispituju svjedoci koji ga terete, kao i da mu se omogu}i prisustvo i ispitivanje svjedoka koji svjedo-e u njegovu odbranu i to pod istim uslovima kao za one koji svjedo-e protiv njega; ?...g."

³⁹¹ *Vidi "Odluka po zahtjevu Republike Hrvatske za preispitivanje odluke Raspravnog vije}a II od 18. srpnja 1997. godine", Tu`ilac protiv Tihomira Bla{ki}a, predmet broj: IT-95-14-AR108bis, @albano vije}e, 29. oktobar 1997., para. 25.*

Ovo potpravilo ne zahtijeva da odbrana podnese izjave svojih svjedoka. Ali, suština nije puno drugačija: odredba je napisana zato da bi pomogla Pretresnom vijeću da se pripremi za argumentaciju odbrane, a Tužilaštvo da se pripremi za unakrsno ispitivanje svjedoka.

324. Kao što je gore navedeno, nakon što je odbrana pozvala svjedoka da svjedoči, na Pretresnom vijeću je da utvrdi njegov ili njen kredibilitet. Ukoliko postoji izjava svjedoka, u smislu u kome je gore navedeno, to bi se moralo objelodaniti samo ukoliko bi to zatražilo Tužilaštvo i ukoliko bi Pretresno vijeće smatralo da je pod datim okolnostima ispravno naložiti objelodanjivanje. Odredbe pravila 68 su ograničene na Tužilaštvo i ne protežu se na odbranu. Objelodanjivanje bi se moglo dogoditi tek nakon što je Tužilaštvo završilo svoje izvođenje dokaza. ^ak i tada bi se, na tako objelodanjenu izjavu svjedoka, primjenjivala potpravila 89(C),³⁹² (D)³⁹³ i (E)³⁹⁴, sa posljedicom da bi je pretresno vijeće ipak moglo isključiti. Osim toga, primjenjivale bi se, naravno, i odredbe potpravila 90(F) u vezi sa samo-optuživanjem.

325. @albeno vijeće tako je smatra da se ne može osloniti na zahtjev za povlasticu. Pravilo 97³⁹⁵ se odnosi na povlasticu između advokata i klijenta; ono ne pokriva prethodne izjave svjedoka odbrane.

C. Zaključak

326. Iz gore navedenih razloga, @albeno vijeće smatra da Pretresno vijeće, zavisno od okolnosti slučaja, može nakon glavnog ispitivanja svjedoka narediti objelodanjivanje izjava svjedoka odbrane.

³⁹² Potpravilo 89(C) glasi: "Vijeće može prihvatiti bilo koji relevantni dokaz za kojeg smatra da ima dokaznu vrijednost."

³⁹³ Potpravilo 89(D) glasi: "Vijeće može izuzeti dokaz ako treba da se osigura pravi-no suđenje uvelike nadmašuje njegovu dokaznu vrijednost."

³⁹⁴ Potpravilo 89(E): "Vijeće može zahtijevati potvrdu autentičnosti dokaznog materijala pribavljenog izvan suda."

³⁹⁵ Pravilo 97 djelomično glasi: "Sva komunikacija između advokata i klijenta smatra se privilegovanom i stoga nije podložna objelodanjivanju na suđenju?...g."

IX. DISPOZITIV

327. Iz gorenavedenih razloga, **@ALBENO VIJE] E JEDNOGLASNO**

(1) ODBIJA prvi osnov `albe `alioca na Presudu;

(2) ODBIJA tre}i osnov `albe `alioca na Presudu;

(3) ODLA@E ODLUKU o `albi `alioca na kaznu sve dok se ne zavr{i daljnji postupak o odmjeravanju kazne opisan u potparagrafu (6) ovog dispozitiva;

(4) USVAJA prvi osnov protiv `albe Tu`ila{tva, PREINA^UJE presudu Pretresnog vije}a u tom dijelu i PROGLA[AVA `alioca krivim po ta-kama 8, 9, 12, 15, 21 i 32 optu`nice;

(5) USVAJA drugi osnov protiv `albe Tu`ila{tva, PREINA^UJE presudu Pretresnog vije}a u tom dijelu i PROGLA[AVA `alioca krivim po ta-kama 29, 30 i 31 optu`nice.

(6) ODLA@E izricanje kazne po ta-kama spomenutim u potparagrafima (4) i (5) za daljnju fazu postupka o odmjeravanju kazne;

(7) SMATRA da djelo po~injeno iz ~isto li~nih pobuda po~inioca mo`e predstavljati zlo~in protiv ~ovje~nosti unutar zna~enja ~lana 5 Statuta Me|unarodnog suda koji se odnosi na takve zlo~ine;

(8) NALAZI da je Pretresno vije}e pogrije{ilo zaklju~iv{i da svi zlo~ini protiv ~ovje~nosti zahtijevaju diskriminatornu namjeru i SMATRA da je takva namjera neophodni pravni element tog krivi~nog djela samo u odnosu na one zlo~ine za koje se to izri~ito tra`i, to jest, za onu vrstu krivi~nih djela progona koja se navodi u ~lanu 5(h) Statuta Me|unarodnog suda;

(9) SMATRA da Pretresno vije}e mo`e, u zavisnosti od okolnosti predmeta koji razmatra, nalo`iti objelodanjivanje izjava svjedoka odbrane nakon glavnog ispitivanja tog svjedoka.

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

/potpis na originalu/
Mohamed Shahabuddeen
predsjedavju}i

/potpis na originalu/
Antonio Cassese

/potpis na originalu/
Wang Tieya

/potpis na originalu/
Rafael Nieto-Navia

/potpis na originalu/
Florence Ndepele Mwachande Mumba

Dana 15. jula 1999.
U Hagu, Holandija.

Sudija Nieto-Navia ovoj Presudi prila`e Izjavu.

Sudija Shahabuddeen ovoj Presudi prila`e Izdvojeno mi{ljenje.

[pe-at Me | unarodnog suda]

X. IZJAVA SUDIJE NIETO-NAVIE

1. Ja prila`em svoju izjavu zato {to smatram da je neophodno re}i nekoliko rije-i o -lanu 25 Statuta po kome se optu`ba ili osu|eni mogu `aliti povodom gre{ke u primjeni prava koja bi odluku u-inila neva`e}om, ili gre{ke u utvr|ivanju -injeni-nog stanja {to bi dovelo do osuje}enja pravde. ^ini se da `alba optu`be protiv osloba|aju}e presude po ta-kama 8, 9, 12, 15, 21 i 32, iz kojih se sastoji prvi osnov protiv`albe i ta-kama 29, 30 i 31, iz kojih se sastoji drugi osnov protiv`albe potpada pod -lan 25. Prema rje-niku "Black's Law Dictionary" na-elo kontinentalnog pravnog sistema *non bis in idem*, zna-i da optu`enom "ne}e biti dva puta su|eno za isti zlo-in." Odgovaraju}e na-elo anglosaksonskog prava o *double jeopardy* / doslovni prevod: dvostruka opasnost/ daje optu`enom pravo da "ne bude dva puta doveden u opasnost po pitanju istog krivi-nog djela". Na prvi pogled mo`e izgledati kao da je mogu}nost optu`be da podnosi `albu protiv osloba|aju}e presude, iako dozvoljena prema -lanu 25, kr{enje pravnog na-ela *non bis in idem*. Mene brinu dvije stvari: (1) da li je *non bis in idem* op{te pravno na-elo; i (2) ako jeste, da li je -lan 25 u skladu sa tim na-elom?

2. Treba primijetiti da Statut Me|unarodnog suda i sam priznaje pravni institut *non bis in idem*. ^lan 10 {titi osobu protiv koje je vo|en postupak na Sudu od kasnijeg progona od strane nacionalnog suda. Posljedica je tako|e ta-na: osobu kojoj je sudio nacionalni sud se ne mo`e dovesti na su|enje pred Me|unarodni sud osim ako se utvrdi da je prvobitna optu`ba kategorizovana kao obi-an zlo-in ili da proces pred nacionalnim sudom nije vo|en u skladu sa osnovnim principima krivi-nog prava (tj. da sudski proces nije bio nezavisan i nepristrasan ili da je vo|en zato da bi za{titio optu`enog od me|unarodne krivi-ne odgovornosti ili pak da optu`ba nije prilje`no obavila svoj posao).

3. Da li se op{te pravno na-elo mo`e raspoznati iz prakse doma}ih sudova? U Sjedinjenim Ameri-kim Dr`avama, Vrhovni sud je tuma-io da klauzula o *double jeopardy* iz Petog amandmana³⁹⁶ zna-i da optu`ba ne mo`e ulo`iti `albu na presudu, bez obzira na to da li je u pitanju gre{ka u primjeni prava ili utvr|ivanju -injeni-nog stanja.³⁹⁷ Ova kona-nost koja pripada krivi-im presudama je zami{ljena zato da bi za{titila osloba|enu ili osu|enu osobu od "opresije optu`be". Na-elo *double jeopardy*

³⁹⁶ Peti amandman Ustava Sjedinjenih ameri-kih dr`ava glasi: "niti }e bilo kome dva puta biti su|eno za isto krivi-no djelo, da mu se dva puta `ivot ili tijelo dovodi u opasnost".

³⁹⁷ *Vidi U.S v. DiFrancesco,*

ne spre-ava osu|enu osobu da podnese `albu zato {to tad on/ona odlu-uju da sebe izlo`e ponovnom riziku.

4. Sli-no tome, u Velikoj Britaniji, primjena na-ela *double jeopardy* isklju-uje mogu}nost da optu`ba podnese `albu protiv osloba|aju}e presude, osim u slu-ajevima gdje `alba dovodi u pitanje osloba|aju}u presudu koja je kompromitovana mitom, prijetnjama ili drugim intervencijama kod svjedoka ili porotnika,³⁹⁸ ili gdje je `alba podnijeta na osloba|aju}u presudu suda za prekr{aje u predmetu koji je predat sudu *Divisional Court of the Queen's Bench Division* pri -emu je osnov `albe da je prilikom dono{enja presude do{lo do gre{ke u primjeni prava ili prekora-enja nadle`nosti.

5. ^ini se da time anglosaksonsko pravo daje specijalnu te`inu osloba|aju}im presudama. U Velikoj Britaniji, optu`ba nema pravo na `albu, mada su `albe dozvoljene u nekim jasno odre|enim slu-ajevima. U Sjedinjenim Ameri-kim Dr`avama, `albe protiv osloba|aju}ih presuda su apsolutno nedozvoljene.³⁹⁹

6. Sada bih se osvrnuo na stav zemalja koje imaju tradiciju kontinentalnog prava. Kontinentalno pravo uglavnom dozvoljava `albe protiv prvostepenih odluka. Me|utim, na odluke koje donose sudovi drugog stepena se mo`e `aliti kasacionom sudu samo po pitanju primjene prava. U Francuskoj, optu`ba mo`e podnijeti *pourvoi en cassation* povodom proceduralnih neregularnosti, koji *inter alia*, u sebi sadr`e gre{ku u primjeni prava koju je napravio ni`i sud.⁴⁰⁰

7. U Njema-koj se ne smatra da `albe optu`be na osloba|aju}e presude kr{e princip *non bis in idem* zato {to se smatra da presuda na sudu ne predstavlja kraj krivi-nog postupka.⁴⁰¹ ^ini se da se u Njema-kom pravnom sistemu, opasnost vezuje za optu`bu i traje kroz sve procese koji poti-u od te prvobitne optu`be.⁴⁰² Samim tim, na `albu optu`be na osloba|aju}u presudu se gleda kao na jo{ jedan korak u krivi-nom postupku.

³⁹⁸ *Vidi* s. 54 u Criminal Procedure and Investigations Act 1996.

³⁹⁹ *Vidi supra*, fusnota 2.

⁴⁰⁰ *Vidi* Dadomo, Christian and Farran, Susan, *The French Legal System* (2nd ed., Sweet & Maxwell, London, 1996), 220.

⁴⁰¹ *Vidi* ss. 312 i 333 Njema-kog krivi-nog zakona.

⁴⁰² Sudija Holmes, u svom protivnom mi{ljenju u predmetu *Kepner v. United States*, se zalagao za usvajanje principa "kontinuirane opasnosti". Tvrdio je da se "za -ovjeka ne mo`e re}i da je dva puta stavljen u opasnost istom povodom, koliko god puta mu se sudilo. Opasnost je jedna kontinuirana opasnost od po-etka do kraja uzroka." Ve}ina, zaklju-iv{i da je presuda na pretresu prekinula prvobitnu opasnost, je odbila argumentaciju sudije Holmes-a.

8. Ovaj kratak pregled nacionalne prakse, mada nikako iscrpan, pokazuje da se nijedno op{te pravno na-elo ne mo`e izvoditi iz nacionalne prakse. Za razliku od anglosaksonskog i ameri-kog sistema, kontinentalni sistem ne vidi `albe optu`be na osloba|aju}e presude kao ugro`avanje principa *non bis in idem*.

9. Iz gore navedenog moram zaklju-iti da nema op{teg pravnog na-ela koje bi zabranilo `albe optu`be protiv osloba|aju}ih presuda. Prema tome, nije neophodno analizirati da li je -lan 25 u skladu sa na-elom *non bis in idem*.

10. Izgleda mi kao da je takav zaklju-ak potvr|en -injenicom da obrazlo`enje koje podupire sna`an pristup anglosaksonskog prava nedostaje iz konteksta gonjenja pred Me|unarodnim sudom. Podsticaj za pridavanje specijalne te`ine osloba|aju}im presudama je `elja da se sprije-i da vlada sa svojim ogromnim resursima zloupotrijebi svoju mo} gonjenja optu`enih tako {to }e ponovo izdavati optu`nice sve dok ne uspije dobiti progla{enje krivice.⁴⁰³ Kod Me|unarodnog suda, optu`ba goni u ime me|unarodne zajednice i zato nema podr{kku aparata vlasti sa obilnim resursima. Kao i odbrana, i ona mora zavisiti od saradnje spoljnih tijela. [tavi{e, -lanovi 20(1) i 21(4) garantuju jednakost sredstava svakoj od strana.

11. Sla`em se sa tvrdnjom da se `albe optu`be protiv osloba|aju}ih presuda uklapaju u odredbe -lana 25. Me|utim, smatram da kada @albeno vije}e stigne do faze odmjeravanja kazne, ono treba procijeniti da li bi uspjeh `albe optu`be osobu stavio u goru situaciju od one u kojoj je bila na kraju pretresa ("*reformatio in pejus*").

12. [to se ti-e -etvrtog osnova za protiv`albu, u vezi sa pitanjem da li postoji zlo-in protiv -ovje-nosti u situacijama u kojima je optu`eni -inio iz -isto li-nih pobuda, priklju-ujem se rasu|ivanju i zaklju-ku do koga je do{ao moj u-eni kolega, sudija Shahabuddeen, u svom izdvojenom mi{ljenju. @elio bih samo dodati sljede}e kao obrazlo`enje svog stava. Razlog za{to se zlo-in protiv -ovje-nosti shodno -lanu 5 ne mo`e u-initi iz -isto li-nih razloga koji nije ni u kakvoj vezi sa napadom na civilno stanovni{tvo jeste da, budu}i da je to zlo-in po me|unarodnom pravu, kod njega mora postojati bliska veza izme|u doga|aja i oru`anog sukoba u -ijem okru`enju se odvija. Protivpravni akt koji je u-injen u kontekstu oru`anog sukoba, ali ne u vezi sa neprijateljstvima je obi-an zlo-in prema nacionalnom pravu. ^injenica da je takav zlo-in izvr{en u kontekstu oru`anog sukoba ne -ini ga predmetom me|unarodnog prava.

⁴⁰³ *Vidi Green v. United States, supra* fusnota 2.

13. Kada se radi o pitanju da li optu`ba ima pravo na dobijanje izjava svjedoka odbrane, na {ta se odnosi peti osnov protiv`albe, sla`em se sa odlukom @albenog vije}a iz razloga navedenih u izdvojenom mi{ljenju sudije Shahabuddeen-a.

Sastavljeno na engleskom i francuskom, pri -emu se engleski tekst smatra mjerodavnim.

/potpis na originalu/
Rafael Nieto-Navia

Dana 15. jula 1999. godine
U Hagu
Holandija

XI. IZDVOJENO MIŠLJENJE SUDIJE SHAHABUDDEENA

1. Prije nekog vremena, a opet ne daleko od mjesta gdje su se odigrali događaji u ovom predmetu, došlo je do "sloma reda i zakona". "Bilo je divljakih i nemilosrdnih djela koja su ljudi počinili ne toliko zbog vlastitog probitka, nego zato jer su ih njihove neukrotive strasti ponijele u bratoubilačku borbu". U tom su metodu "uobičajene konvencije civilizovanog života završile u haosu". Nažalost, čini se da su ljudi preuzeli "na sebe da započnu proces opozivanja onih općih zakona i ovjernih koji postoje da daju nadu u spas svima u nevolji, umjesto da ostave te zakone da postoje, imajući na umu da bi moglo doći vrijeme kad će se i oni naći u opasnosti i ustrebatih njihovu zahtitu".⁴⁰⁴

2. Ovu refleksiju velikog antičkog mislioca kasnije je preuzeo i Westlake, rekavši "da ublažavanje rata mora ovisiti o osjećaju zaraćenih strana da pripadaju cjelini koja je veća od njihovih plemena ili država, cjelini koja obuhvata i neprijatelja, tako da se dužnosti koje proizlaze iz tog čireg državljanstva protežu i na njega".⁴⁰⁵ Razvoj osjećaja tog "čireg državljanstva" bio je razočaravajuće spor. Otkako je drevni kroničar govorio o "općim zakonima i ovjernih", koji tada nisu imali pravnu snagu ali su ipak bili prepoznatljivi, trebalo je proći više od dvije hiljade godina da ti "zakoni" poprime oblik obavezujućih normi koje vrijede u cijelom svijetu. U kojoj su mjeri one imale uticaja u ovom predmetu? I, sa kojim posljedicama?

3. Slažem se sa zaključcima do kojih je došlo albensko vijeće i, u velikoj mjeri, sa njegovim argumentima, uz neke ograde koje se odnose na pojedine aspekte (među ostalim i na odnos između Rimskog statuta i razvoja međunarodnog običajnog prava). Namjera mi je da objasnim svoj stav o nekim od takvih o kojima moje rezonovanje možda nije isto.

A. Da li je postojao međunarodni oružani sukob

4. Kao što stoji u paragrafu 83 presude albenskog vijeća, "strane ne osporavaju da je međunarodni karakter sukoba uslov za primjenu režima teških povreda na osnovu člana 2 Statuta". Ta se tačka ovdje ne razmatra.

⁴⁰⁴ Tukidid, prema engleskom prevodu Rexa Warnera: *The Peloponesian War* (Middlesex, 1961), str. 211, gdje se govori o otoku Korkira.

5. [ta se ti-e ta-aka koje se ovdje razmatraju, sla`em se sa @albenim vije}em i sa sudijom McDonald, da je u ovom predmetu postojao me|unarodni oru`ani sukob. Tako|e se sla`em sa op{tim smjerom kojim je po{lo @albeno vije}e, ali, kad se radi o ovom predmetu, nisam posve na~isto sa potrebom da se osporava *Nikaragva (I.C.J.Reports 1986, str. 14)*. Nisam siguran da li se tvrdi da taj mnogo razmatrani predmet ne pokazuje da se u ovom predmetu radilo o me|unarodnom oru`anom sukobu. Ja mislim da pokazuje, i da je po toj ta-ki on bio i ispravan i adekvatan.

1. Sporno pitanje

6. Sporno pitanje u ovom dijelu predmeta jeste da li je nakon 19. maja 1992. postojao "oru`ani sukob" izme|u Savezne Republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora) ("SRJ") i Bosne i Hercegovine ("BiH") u smislu ~lana 2, stav prvi @enevske konvencije o za{titi gra|anskih lica u vrijeme rata ("@enevska konvencija IV"). Ta odredba navodi "... da se ova Konvencija primjenjuje na sve slu-ajeve objavljenog rata ili bilo kojeg drugog oru`anog sukoba do kojeg mo`e do}i izme|u dvije ili vi{e visokih strana ugovornica ...". Stanje objavljenog rata nije postojalo. Ako tako|e nije bilo "oru`anog sukoba" izme|u SRJ i BiH (kao {to je izgleda mislila ve}ina Pretresnog vije}a), @enevska konvencija IV nije se mogla primijeniti, i pitanje da li su `rtve bile za{ti}ena lica u smislu ~lana 4, stav prvi te Konvencije nije se ni postavljalo, a na to je pitanje ve}ina ipak odgovorila. Osobe mogu biti za{ti}ene Konvencijom samo ako je Konvencija primjenjiva na oru`ani sukob koji ih je pogodio.

2. Nikaragva pokazuje da je postojao oru`ani sukob izme|u SRJ, koja je djelovala posredstvom VRS, i BiH

7. Oru`ani sukob *ex hypothesi* uklju-uje upotrebu sile. Stoga je pitanje da li je postojao oru`ani sukob izme|u SRJ i BiH zavisilo od toga da li je SRJ koristila silu protiv BiH posredstvom Vojske Republike Srpske ("VRS"). Zato se okre}em tom pitanju.

8. *Nikaragvu* nije lako ~itati. Bilo je tu mnogo pitanja, a tuma-enja se razlikuju. Op{te je prihva}eno da je Sud presudio da Sjedinjene Dr`ave nisu bile odgovorne za deliktna djela koja su po-inili *kontrasi* zato jer, po mi{ljenju Suda, one nisu imale potreban stepen kontrole nad njima. Me|utim, Sud se oprezno ogradio izjaviv{i da taj

⁴⁰⁵ *The Collected Papers of John Westlake on Public International Law*, ed. L. Oppenheim (Cambridge, 1914), str. 274.

“zaključak ... naravno nije dovoljan da bi se riješilo cijelo pitanje odgovornosti koju Sjedinjene Države snose zbog njihove pomoći *kontrasima*”. (*I.C.J. Reports 1986*, str. 63, para. 110). To nerješeno pitanje odgovornosti dijelom se odnosilo na to da li su, kao što je to tvrdila Nikaragva, “Sjedinjene Države, kr(e)ći svoju obavezu iz općeg i običajnog međunarodnog prava, koristile i koriste silu i prijetnju silom protiv Nikaragve”. (*Ibid.*, str. 19, para. 15(c)). U onoj mjeri u kojoj je taj dio tužbe potkrijepljen pozivanjem na novčana sredstva koja su Sjedinjene Države dostavljale *kontrasima*, Sud je zaključio da “puko finansiranje *kontrasa*, iako je nedvojbeno čin miješanja u unutrašnje poslove Nikaragve, ... samo po sebi ne predstavlja korištenje sile”. (*Ibid.*, str. 119, para. 228).

9. Nasuprot tome, Sud je smatrao da Sjedinjene Države jesu počinile druga djela u vezi sa *kontrasima* koja su predstavljala prijetnju ili upotrebu sile protiv Nikaragve, što valja razlikovati od pukog finansiranja. U paragrafu 228 Presude, Sud je to objasnio ovako:

[to se tiče tvrdnje da aktivnosti Sjedinjenih Država u vezi sa *kontrasima* predstavljaju kršenje principa međunarodnog običajnog prava o nekoristi sile, Sud nalazi da su, ako se stavi na stranu pitanje da li se potezi Sjedinjenih Država mogu opravdati kao korištenje prava na samoobranu, Sjedinjene Države počinile *prima facie* kršenje tog principa svojom pomoći *kontrasima* u Nikaragvi, time što su ‘organizovale ili ohrabrivale organizovanje neregularnih snaga ili naoružanih bandi ... za upad na teritoriju druge države’, i učestvovala u djelima građanskog nereda ... u drugoj državi’, u smislu rezolucije Generalne skupštine 2625(XXV). Prema toj rezoluciji, učestvovanje te vrste je u suprotnosti sa principom zabrane korištenja sile kada ta djela građanskog nereda ‘uključuju prijetnju ili korištenje sile’. Po mišljenju Suda, iako se za naoružavanje i obuku *kontrasa* sigurno može reći da uključuje prijetnju ili korištenje sile protiv Nikaragve, to nije nužno slučaj u vezi sa svom pomoći koju pružila vlada Sjedinjenih Država.

Sud je zatim pomenuo “puko finansiranje *kontrasa*” kao oblik pomoći koji ne predstavlja korištenje sile, iako predstavlja miješanje. Uz tu vrstu izuzetka, Sud je smatrao da naoružavanje i obuka *kontrasa* u okolnostima tog predmeta predstavljaju korištenje sile.

10. Sud se u formalnom dispozitivu predmeta držao tog pogleda. U paragrafu 292(3) svog mišljenja, Sud je odlučio da su se Sjedinjene Države “obukom, naoružavanjem, opremanjem, finansiranjem i snabdijevanjem snaga *kontrasa* i na drugi način ohrabrivanjem, podržavanjem i pomaganjem vojnih i paravojnih aktivnosti u i protiv Nikaragve” umiješale u unutrašnje poslove Nikaragve. Zatim, u paragrafu 292(4), Sud je zaključio da su Sjedinjene Države “djelima miješanja pomenutim u potparagrafu 3 ovog paragrafa koja uključuju korištenje sile, djelovale protiv Republike Nikaragve, kr(e)ći svoju obavezu prema međunarodnom običajnom pravu da ne koriste silu protiv druge države”. Djela miješanja koja uključuju korištenje sile obuhvatala su naoružavanje i obučavanje *kontrasa*, budući da je Sud izričito zaključio da se za “naoružavanje i

obu-avanje *kontrasa* sigurno mo`e re}i da uklju-uju prijetnju ili kori{}enje sile protiv Nikaragve”.

11. To je u skladu sa izjavom Suda, u paragrafu 238 Presude, da su Sjedinjene Dr`ave, budu}i da nisu imale nikakvo zakonsko pravo da upotrebe silu u okolnostima tog predmeta, “prekr{ile princip koji zabranjuje pribjegavanje prijetnji ili kori{}enju sile .. time {to su pomogle *kontrasima* u onoj mjeri u kojoj ta pomo} ‘uklju-uje prijetnju ili kori{}enje sile’ (paragraf 228 gore)”. Relevantni dio paragrafa 228 na koji se Sud pozvao naveden je gore.

12. *Kontrasi* nisu koristili silu isklju-ivo u ime Sjedinjenih Dr`ava; predmet jasno daje do znanja da su koristili silu i u svoje vlastito ime protiv vlade Nikaragve. To se mora imati na umu prilikom razmatranja sljede}e izjave Suda:

Sukob izme|u snaga *kontrasa* i snaga vlade Nikaragve je oru`ani sukob koji ‘nije me|unarodnog karaktera’. Djela *kontrasa* prema ‘nikaragvanskoj vladi’ stoga regulira pravo primjenjivo na sukobe tog karaktera, dok akcije Sjedinjenih Dr`ava u i oko Nikaragve potpadaju pod pravna pravila koja se odnose na me|unarodne sukobe. (*Ibid.*, str. 114, para. 219).

Ne mislim da se i{ta u ovom pasusu protivi zaklju-ku da su Sjedinjene Dr`ave koristile silu protiv vlade Nikaragve posredstvom *kontrasa*, {to je zaklju-ak do kojeg je Sud i do{ao, i koji, -ini mi se, priznaje @albeno vije}e u ovom predmetu (vidi para. 130 Presude). Da bi se prosudilo da li je taj nalaz i ovdje primjenjiv, nu`no je razmotriti -injenice ovog predmeta.

13. Pretresno vije}e je prihvatilo da je nakon {to je sama bila u direktnom oru`anom sukobu sa BiH posredstvom Jugoslavenske narodne armije (“JNA”), SRJ osnovala, obu-ila, opremila, snabdijevala i odr`avala VRS. Osnivanje je izvr{ila SRJ 19. maja 1992, time {to je ostavila dio JNA u BiH da funkcionije kao VRS, i to samo nekoliko dana nakon {to je Savjet bezbjednosti zatra`io od SRJ da se povu-e iz BiH. Vi{i vojni oficiri iz SRJ bili su -lanovi {taba VRS. SRJ je pla}ala plate (i penzije nakon umirovljenja) oficira u VRS koji su do{li iz JNA. Komanda VRS je imala vezu sa komadom Vojske Jugoslavije (“VJ”), kako se tada prozvao jugoslavenski dio stare JNA. VRS je bila uklju-ena u izvr{avanje plana SRJ za etni-ko -i{}enje i izdvajanje dijela teritorije BiH koji bi se na kraju pripojio SRJ i time se realizovala ambicija SRJ da stvori “Veliku Srbiju”.

14. Prema tome, SRJ je uradila vi{e od op{teg finansiranja VRS. Na osnovu *Nikaragve*, ja nemam nikakvih pote{ko}a da zaklju-im da su nalazi Pretresnog vije}a

dovoljni da se pokaže da je SRJ koristila silu protiv BiH posredstvom VRS, čak i ako se pretpostavi da činjenice nisu bile dovoljne da se SRJ pripisuje odgovornost za bilo koja deliktna djela koja je počinila VRS. SRJ i BiH bile su dakle u oružanom sukobu u smislu člana 2, stav prvi Međunarodne konvencije IV, uz posljedicu da se ta Konvencija primjenjuje na taj oružani sukob.

3. Stajališće većine Pretresnog vijeća

15. Citirajući *Nikaragvu*, većina Pretresnog vijeća (sudija Stephen i sudija Vohrah) zaključila je da je test postojanja međunarodnog sukoba pitanje da li je SRJ imala efektivnu kontrolu nad VRS, što se prema mišljenju većine sastoji u rukovođenju i komandovanju. (Presuda Pretresnog vijeća, para. 598 i 600). Većina je zaključila da SRJ nije rukovodila i komandovala sa VRS i da stoga nije imala efektivnu kontrolu nad VRS; po njihovom mišljenju njihov odnos bio je odnos koordinacije i saradnje među saveznicima (a o pravnim implikacijama toga sam ja rezervisao svoje mišljenje). Shodno tome, po mišljenju većine, SRJ nije bila strana u oružanom sukobu u BiH nakon 19. maja 1992. Posljedica toga jeste da nakon tog datuma taj sukob nije bio međunarodni.

16. Uz dužno poštovanje, insistiranje na dokazivanju rukovođenja i komandovanja je previsoki standard za utvrđivanje da li je neka država koristila silu posredstvom stranog vojnog entiteta, što je različito pitanje od toga da li je ta država počinila kršenja međunarodnog humanitarnog prava posredstvom tog entiteta. Sud je u *Nikaragvi* zaključio da su Sjedinjene Države koristile silu posredstvom *kontrase* na osnovu činjenice da su, u okolnostima tog predmeta, naoružavale i obučavale *kontrase*. Sud nije rekao da to predstavlja rukovođenje i komandovanje; da je to rekao, morao bi ustanoviti i odgovornost te države za kršenja međunarodnog humanitarnog prava od strane *kontrasa*, a Sud je konstatovao da to nije bio slučaj.

4. Opšte pitanje odgovornosti države za deliktna djela drugih

17. Međeno vijeće je o pitanju da li su Sjedinjene Države bile odgovorne za deliktna djela *kontrasa* zaključilo da *Nikaragva* nije prikladna i razmotrilo opšte pitanje odgovornosti države za deliktna djela drugih. Meni se, međutim, čini da se to pitanje ne postavlja u ovom predmetu. Pitanje je, i to lako razlučivo, da li je SRJ koristila silu protiv BiH posredstvom VRS, a ne da li je SRJ odgovorna za bilo koje kršenje međunarodnog humanitarnog prava počinjeno od strane VRS.

18. Da bi se ocijenio obim ovako postavljenog pitanja korisno je imati na umu da postoji razlika između pukog korištenja sile i kršenja međunarodnog humanitarnog prava: moguće je koristiti silu a da se pri tom ne krši međunarodno humanitarno pravo. Dokaz o korištenju sile sam po sebi ne predstavlja dokaz o kršenju međunarodnog humanitarnog prava iako, ukoliko je korištenje sile protivpravno, ono može naravno povući odgovornost države. Shodno tome, ono što treba dokazati da bi se ustanovilo kršenje međunarodnog humanitarnog prava je više od onoga što treba dokazati da bi se ustanovilo korištenje sile. Ovo je važno zato što, prema članu 2, stav prvi Ženevske konvencije IV, sve što je trebalo dokazati u ovom predmetu jeste to da je došlo do "oružanog sukoba" između BiH i SRJ koja je djelovala putem VRS, a ne da je SRJ počinila kršenje međunarodnog humanitarnog prava putem VRS.

19. Naprijed izrečeno može se imati u vidu prilikom razmatranja mišljenja Suda u *Nikaragvi* da su Sjedinjene Države, time što su naoružavale i obučavale *kontrase* u okolnostima tog predmeta, koristile silu. Sud se nije izjasnio o karakteru teorije koja stoji u osnovi tog zaključka. Međutim, ja se ne bih iznenadio da je Sud primijenio test efektivne kontrole, ali na fleksibilnoj osnovi da kontrola koja je efektivna za jednu svrhu ne mora biti efektivna za drugu, i tako bih protumačio tu odluku. Prema tome, zaključivši da su Sjedinjene Države koristile silu time što su naoružavale i obučavale *kontrase*, Sud se nije oslonio na *konkretne* instrukcije, što je inače naglašavao u slučajevima kad se tražilo pripisivanje odgovornosti državi za deliktna djela drugih. U ovom predmetu test efektivne kontrole, fleksibilno primijenjen (kao što vjerujem da ga je Sud namjeravao primijeniti), pokazuje da je SRJ koristila silu protiv BiH posredstvom VRS, čak i ako ta kontrola nije bila dovoljno visokog stepena da bi se SRJ mogla pripisati državna odgovornost za bilo koje kršenje međunarodnog humanitarnog prava koje je počinila VRS.

20. A što se tiče općitijeg pitanja da li je u predmetu *Nikaragva* ispravno presuđeno o pitanju odgovornosti države za deliktna djela strane vojne sile, može biti da ima razloga da se taj predmet preispita. Taj bi se predmet moglo protumačiti kao da znači da bi neka država mogla koristiti silu putem stranog vojnog entiteta a da nije odgovorna za deliktna djela koja taj entitet počinji, osim ukoliko su ona počinjena po konkretnim uputstvima te države. Suprotno teoriji koja se temelji na potrebi dokazivanja da su postojala konkretna uputstva, moglo bi biti od koristi razmotriti valjanost argumenta da je odlukom da koristi silu posredstvom nekog entiteta, država preuzela obavezu da se sa dužnom revnošću pobrine da ta upotreba sile ne degenerira u takva kršenja, što je sasvim moguće.

Me|utim, nisam siguran da se u okolnostima ovog predmeta potrebno upu{tati u to pitanje, budu}i da se ovdje ne radi o pitanju odgovornosti dr`ave za kr{enja me|unarodnog humanitarnog prava koja su po-inili drugi.

21. Iz tih razloga, iako se sla`em sa op{tom tendencijom presude @albenog vije}a, ja bih, uz du`no po{tovanje, rezervisao moj stav o novom predlo`enom testu.

5. Stav optu`be o primjenjivosti *Nikaragve*

22. Optu`ba tvrdi da *Nikaragva* nije relevantna. Ona iznosi dvije tvrdnje. Prvo, ona ka`e da se *Nikaragva* bavila odgovorno{u dr`ave za deliktna djela tre}ih lica, a ne krivi-nom odgovorno{u pojedinca. Ja pak mislim da je, bez obzira na kontekst, pitanje {ta predstavlja kori{}enje sile (nu`an element "oru`anog sukoba") toliko fundamentalno da tra`i istovjetnost principa. Razlika izme|u odgovornosti dr`ave i krivi-ne odgovornosti pojedinca je zanimljiva, ali nije relevantna za pitanje {ta predstavlja kori{}enje sile. Taj je pojam sasvim uvrije`en u me|unarodnom pravu.

23. Drugo, optu`ba tvrdi da se *Nikaragva* nije bavila pitanjem da li je sukob bio unutra{nji ili me|unarodni za svrhe @enevskih konvencija iz 1949. Po mi{ljenju optu`be, Sud je zaklju-io da to nije potrebno ispitivati, budu}i da se na osnovu zajedni-kog -lana 3 @enevskih konvencija o spornim pitanjima moglo presuditi pozivanjem na me|unarodno obi-ajno pravo koje se odnosi na primjenjivost minimalnih humanitarnih standarda na upotrebu sile, bez obzira da li do nje do|e tokom me|unarodnog ili unutra{njeg oru`anog sukoba. Tako je i bilo, uz posljedicu da nije bilo potrebe da se Sud izja{njava o tome da li su @enevske konvencije kao takve neprimjenjive zato {to su Sjedinjene Dr`ave isklju-ile multilateralne konvencije prilikom prihva}anja odredbe Statuta Suda o obaveznoj nadle`nosti. (*I.C.J. Reports 1986*, para. 217-220 i 255; vidi i *I.C.J. Reports 1984*, str. 421, para. 67).

24. No to ne zna-i da Sud nije trebao da razmotri da li je do{lo do kori{}enja sile, jer kao {to smo vidjeli, *Nikaragva* je, sasvim odvojeno od pitanja da li je do{lo do kr{enja @enevskih konvencija, tvrdila da su "Sjedinjene Dr`ave, kr{e}i svoju obavezu po op{tem i obi-ajnom me|unarodnom pravu, koristile i koriste silu i prijetnju silom protiv *Nikaragve* ..." (*I.C.J. Reports*, str. 19, para. 15(c)). O tome se ovdje radi. U *Nikaragvi* Sud nije morao utvrditi da li je sukob bio unutra{nji ili me|unarodni, nego je morao utvrditi da li su Sjedinjene Dr`ave putem *kontrasa* koristile silu protiv *Nikaragve* i, po mom tuma-enju, Sud je i konstatovao da je do{lo do takvog kori{}enja sile. Ako je do{lo

do kori{}enja sile od strane jedne dr`ave protiv druge, onda je sukob *ex definitione* bio me|unarodni, bez obzira da li je postojala potreba da se Sud o tome izjasni.

6. Test dokazive veze koji je predlo`ila optu`ba

25. Kao {to je pomenuto u paragrafu 69 Presude @albenog vije}a, optu`ba je ustvrdila da odgovor na pitanje da li je SRJ bila u oru`anom sukobu sa BiH posredstvom VRS ovisi o tome da li je sukob uklju-ivao "dokazivu vezu" izme|u VRS i SRJ ili VJ, {to, -ini mi se, predstavlja bla`i kriterijum u odnosu na oba testa koja smo ranije razmatrali, tj. testa agenture i testa efektivne kontrole. Optu`ba je priznala da nema pravnih izvora koji bi poduprli tu ideju, ali je mislila da }e je op{ta jurisprudencija poduprijeti. U podr{kku ovoj tvrdnji bilo bi mogu}e pozvati se na karakter pominjanja, u -lanu 2, stav prvi @enevske konvencije IV, "svih slu-ajeva objavljenog rata ili bilo kojeg drugog oru`anog sukoba do kojih mo`e do}i izme|u dviju ili vi{e visokih strana ugovornica ...". Kao {to je -esto re-eno, izraz "oru`ani sukob" je -injeni-ni izraz koji ne treba optere}ivati pravnim tehnikalijama: jedan uva`eni komentator govori o njemu kao o "*de facto* konceptu".⁴⁰⁶

26. To je ta-no. Me|utim, postoji razlika izme|u tvrdnje da je pitanje postoji li oru`ani sukob izme|u dr`ava -injeni-no pitanje, i tvrdnje da, iz tog razloga, nije potrebno utvrditi postoji li oru`ani sukob izme|u dr`ava. Bio taj kriterijum -injeni-ni ili ne, ipak ostaje da se utvrdi postoji li oru`ani sukob izme|u dr`ava. Ovdje se ne radi o generalizovanom pitanju da li se sukob "internacionalizirao" u nekom {irokom zna-enju te rije-i, niti se to mo`e utvrditi pozivanjem na beskrajno elasti-ne kriterijume. Radi se o preciznom pitanju da li postoji "oru`ani sukob ... izme|u dvije ili vi{e visokih strana ugovornica ..." @enevske konvencije IV. Ako izme|u njih nema "objavljenog rata", Konvencija se primjenjuje samo ako postoji takav sukob. Ali, postoji li ili ne takav sukob ovisi, *ex hypothesi*, o tome da li jedna dr`ava koristi silu protiv druge. Test dokazive veze mora pru`iti dokaz da li neka dr`ava koristi silu ili ne. Ukoliko test polazi od stanovi{ta da nije potrebno dokazati da dr`ava koristi silu, onda to nije uvjerljiv test.

27. Jo{ va`nije, ako je svrha predlo`enog testa da poka`e da li dr`ava koristi silu putem strane vojske, on mora imati u-inak da pove`e neku dr`avu sa kori{}enjem sile od strane str`ane vojske, a ja ne vidim kako to mo`e u-initi ako nema stepen konkretnosti razmjernan te`ini nalaza da je jedna dr`ava koristila silu protiv druge, uz ozbiljne

⁴⁰⁶ J. S. Pictet, *Humanitarian Law and the Protection of War Victims* (Leiden, 1975), str. 50.

implikacije takvog nalaza za individualnu krivičnu odgovornost, jer, ukoliko je Konvencija primjenjiva, pojedinac podliježe osudi za neka teška krivična djela kojoj inače ne bi bio izvrnut. Ako test ima traženi stepen konkretnosti, ne vidim koju on prednost ima pred drugim testovima koje smo razmotrili. [ta god rekli o ovom testu, ti drugi testovi izgleda da imaju traženu kvalitetu. Prema tome, predloženi test je ili nepotreban ili neadekvatan.

7. Test intervencije apelnog vijeća

28. Apelo vijeće interveniše u ovom dijelu predmeta jer smatra da je Pretresno vijeće primijenilo pogrešan pravni kriterijum. U jednom drugom dijelu predmeta (a u nekom smislu i u ovom), radi se o pitanju procjene žaljenica. Moglo bi biti od koristi reći koju riječ o osnovu na kojem, po mom mišljenju, djeluje apelo vijeće.

29. Ocjenjivanje žaljenica je prvenstveno posao Pretresnog vijeća. No apelni postupci pred apelnim vijećem odvijaju se putem ponovne rasprave, iako ne uključuju raspravu *de novo* pred apelnim vijećem. Stoga apelo vijeće presuđuje i o žaljenicama, iako mora imati na umu da mu je posao otežan time što za razliku od Pretresnog vijeća ne može procijeniti svjedoke iz prve ruke. Osim toga, apelo vijeće je u jednako dobrom položaju kao i Pretresno vijeće da odluči o pravnim zaključcima koji se trebaju izvući iz neosporenih žaljenica, ili iz žaljenica koje su bile osporene ali koje su utvrđene nalazima Pretresnog vijeća.

30. Međutim, kad se pojasni razlika u ocjeni žaljenica, apelo vijeće neje naprosto zamijeniti ocjenu Pretresnog vijeća svojom ocjenom. Kao što je rekao Brierly, "različiti umovi, jednako sposobni, mogu doći a često i dolaze do različitih, a jednako razumnih rezultata".⁴⁰⁷ Isto tako, rečeno je da "dvije razumne [osobe] mogu sasvim razumno doći do suprotnih zaključaka o istom skupu žaljenica a da time ne izgube pravo na to da ih se smatra razumnima ... Nije svaki razumni sud ispravan, i nije svaki pogrešan sud nerazuman".⁴⁰⁸ U svjetlu toga, slažem se sa odgovarajućom primjedbom koju je apelo vijeće izreklo u paragrafu 64 Presude.

⁴⁰⁷ Sir Hersch Lauterpacht and C. H. M. Waldock (ur.), *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers by the Late James Leslie Brierly*, 1958, str. 98.

⁴⁰⁸ *U re W. (An Infant)*, [1971] AC 682, HL, str. 700, Lord Hailsham.

31. Shodno tome, @albeno vije}e }e intervenisati onda kad vidi da niti jedna razumna osoba ne bi mogla zauzeti stav koji je zauzelo Pretresno vije}e. Dakako, @albeno vije}e tako|e mo`e intervenisati ako Pretresno vije}e nije uzelo u obzir relevantne ~injenice, ili je uzelo u obzir irelevantne ~injenice, ili je na utvr|ivanje pravnog zna-aja ~injenica primijenilo krivi pravni kriterijum.

32. Uz du`no po{tovanje, smatram da, kad je rije~ o jednom drugom dijelu ovog predmeta (koji se ti-e Jaski}a), odluku Pretresnog vije}a ne mo`e podr`ati kriterijum razumnosti. No, jo{ konkretnije, smatram da je, kad je rije~ o tome da li je postojao me|unarodni oru`ani sukob, upotrebljen krivi pravni kriterijum.

B. Postoji li zlo-in protiv ~ovje~nosti kad optu`eni djeluje iz ~isto li-nih motiva

33. Motiv je va`an za odmjeravanje kazne. On je uvijek va`an kao dokaz. U izuzetnim okolnostima, kojih ovdje nema, on mo`e biti element krivi-nog djela za koje se tereti, kao {to je to u nekim zemljama u slu-aju krivi-nog gonjenja za klevetu. No, to uglavnom nije slu-aj. Prema tome, ako je Pretresno vije}e mislilo da postojanje li-nih motiva isklju~uje mogu}nost po-injenja zlo-ina protiv ~ovje~nosti kad su dokazani elementi tog krivi-nog djela, te{ko bih to podr`ao. No ja se uz du`no po{tovanje sla`em sa @albenim vije}em da Pretresno vije}e to nije mislilo re}i. Pretresno vije}e je u paragrafu 659 Presude reklo sljede}e:

Prema tome, ako po-inilac ima svijest, bilo stvarnu ili izvedenu tuma-enjem, o tome da su se ta djela doga|ala na rasprostranjenoj ili sistematskoj osnovi i ne po-ini svoje djelo iz ~isto li-nih motiva koji su potpuno nepovezani sa napadom na civilno stanovni{tvo, to je dovoljno da se smatra odgovornim za zlo-ine protiv ~ovje~nosti. Stoga po-inilac mora znati da postoji napad na civilno stanovni{tvo, znati da se njegovo djelo uklapa u napad i djelo ne smije biti poduzeto iz ~isto li-nih razloga koji nisu povezani sa oru`anim sukobom.

34. U ovom pasusu ima pote{ko}a, ali, ako se ~ita kao cjelina i u kontekstu u kojem je napisan, ja ne mislim da on zna-i da je, ako optu`eni zna "da se njegovo djelo uklapa u napad", i to u napad "na civilno stanovni{tvo", puka ~injenica da je on djelovao iz ~isto li-nih pobuda dovoljna da se isklju-i po-injenje krivi-nog djela. Predmeti tipa "denuncijacija", u kojima je optu`eni nastojao da se okoristi situacijom vezanom za napad na civilno stanovni{tvo kako bi sproveo svoje li-ne motive, jesu zlo-ine protiv ~ovje~nosti. I to sasvim ispravno, jer to su predmeti u kojima se, ma koliko motivi bili li-ni, djelo uklopilo u napad na civilno stanovni{tvo, unutar shva}anja ovog izraza kojim se koristilo Pretresno vije}e.

35. Ono što je, po mom mišljenju, Pretresno vijeće imalo na umu jeste jedna drukčija situacija u kojoj, iako je optuženi znao za napad na civilno stanovništvo, on nije u stvari namjeravao povezati svoje djelo sa napadom, nego je djelovao "iz istih ličnih motiva potpuno nepovezanih sa napadom na civilno stanovništvo".⁴⁰⁹ Tako bi, u vrijeme napada na neko civilno stanovništvo, neki ljubomorni muž, pripadnik agresorske grupe, mogao ubiti svoju ženu, pripadnicu napadnutog civilnog stanovništva, iz ta-ko onih razloga, i nikakvih drugih, iz kojih bi je ubio da je ona pripadala njegovoj sopstvenoj grupi. Meni se ne čini da bi pučka činjenica da je on znao za napad na civilno stanovništvo mogla poslužiti za to da se njegov zločin klasifikuje kao zločin protiv čovječnosti, u nedostatku dokaza da je on namjeravao da se njegovo djelo uklopi u organizaciju napada. Taj dokaz očit je u predmetima tipa "denuncijacija". U gorenavedenom primjeru ga nema; pripreme za napad na civilno stanovništvo nisu igrale nikakvu ulogu u izvršenju djela. Da je pravo onakvo kakvim ga tumači optužba, onda bi ličavanje žene supruge, pripadnice agresorske grupe, uvijek bilo obično ubistvo, a ličavanje žene supruge koja je pripadnica napadnutog civilnog stanovništva uvijek bi bilo zločin protiv čovječnosti.

36. Hipoteza ubistva supruge, pripadnice napadnutog civilnog stanovništva, prilagođava se potrebom da optužba dokaže, kao element zločina protiv čovječnosti, da je to ubistvo bilo "usmjereno protiv bilo kojeg civilnog stanovništva", kako traži prvi paragraf člana 5 Statuta. Takvo ubistvo ne bi bilo usmjereno protiv civilnog stanovništva. U slučajevima gdje su dokazi bili te vrste, optužba nije dokazala taj element zločina protiv čovječnosti.

37. Pretresno vijeće je izgleda smatralo da je nepostojanje ličnih pobuda samo po sebi element krivih djela koji optužba treba dokazati. Uz dužno poštovanje, to je bila pogreška. Optužba ne mora negativno dokazati da nije bilo ličnih razloga, ona mora afirmativno dokazati da je krivično djelo bilo usmjereno protiv civilnog stanovništva. Međutim, *dokazni materijal* može pokazati da djelo nije bilo usmjereno protiv civilnog stanovništva iz bilo kojeg od nekoliko razloga, a jedan od njih može biti da je izvršeno iz istih ličnih motiva sasvim nepovezanih sa napadom na civilno stanovništvo, kao što je gore raspravljeno. Tu mogućnost mogu otkriti dokazi bilo optužbe bilo odbrane. Ako su dokazi takvi, propust optužbe da ih prevaziđe znači da optužba nije uspjela dokazati traženi element zločina protiv čovječnosti, to jest, da je djelo bilo usmjereno protiv civilnog stanovništva.

⁴⁰⁹ (naglasak dodan) "Namjera (ili motiv) počinioaca u slučaju 'ubistva' ... mora da bude povezana sa izvršenjem 'državne akcije ili politike'". Vidi Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International*

38. To je nešto sasvim drugo od sugestije, koju je izgleda dalo Pretresno vijeće, da je element krivičnog djela koji optužba treba dokazati, to da djelo optuženog nije bilo diktirano istim motivima. No ne mislim da je Pretresno vijeće bilo u krivu kad je zauzelo stav da, u slučaju da je djelo diktirano istim pobudama sasvim nepovezanim sa napadom na civilno stanovništvo, nije počinjen zločin protiv čovječnosti, čak i ako je optuženi znao za taj napad.

C. Da li optužba ima pravo na objelodanjivanje iskaza svjedoka odbrane

39. Ja se, uz dužno poštovanje, slažem sa odlukom apelnog vijeća o ovoj stvari, ali bih želio dodati nešto o rezonovanju koje se može izvesti iz te materije i o doseg rezultata.

40. Odredbe Statuta Međunarodnog suda o dokazima su štetne. To sugerisuje da ima prostora za oblikovanje ostatka potrebnog sistema prema članu 15 Statuta i pravilima 54 i 89(B) Pravilnika o postupku i dokazima. U nedostatku izmjena i dopuna Pravilnika, koliko daleko sada mogu ići Vijeća?

41. Pravilo 90(E) predviđa povlasticu protiv samooptuživanja a pravilo 97 predviđa povlasticu između advokata i klijenta.⁴¹⁰ Moglo bi se tvrditi da se iz toga može izvući zaključak da ove izričite odredbe isključuju ono što je poznato kao parnična povlastica, što bi imalo za posljedicu da optužbi bude uskraćeno pravo pristupa iskazima svjedoka odbrane. Uskraćivanje te povlastice ostavilo bi Vijeće slobodnim da naloži objelodanjivanje takvih iskaza u okviru svoje potrage za istinom. Međutim, štetnost odredbi o dokazima nalaže oprez prilikom usvajanja tog pristupa.

42. Ja ne mislim da zahtjev protiv objelodanjivanja pruža pravilo 70(A) koje glasi:

Bez obzira na odredbe pravila 66 i 67, izvještaji, memorandumi ili drugi interni dokumenti koje je u vezi s istragom ili pripremom predmeta, izradila neka strana, njezini pomoćnici ili predstavnici, ne podliježu objelodanjivanju ili objavljivanju prema tim pravilima.

Moglo bi se tvrditi da se u zadnjoj formulaciji mislilo samo na prepretresnu fazu, ali ja mislim da je bolje stajalište da ova odredba (kao što se to vidi iz unutarne organizacije Pravilnika Međunarodnog suda) djelimično nastoji poništiti efekat prethodnih odredbi u

Criminal Law, (Dordrecht, 1992), str. 292.

kojima se pretpostavlja, u obimu koji izlazi iz polja primjene tih odredbi, da "izvještaji, memorandumi i drugi interni dokumenti" ne podliježu objelodanjivanju niti u jednoj fazi postupka. Bilo bi štodno da se zaštita koju pruža pravilo 70(A) ograničava samo na pretpretresnu fazu, a da materijal bude podložen objelodanjivanju u bilo kojoj kasnijoj fazi. Nema sumnje da se slična odredba drugdje razumije na drukčiji način. Ali valja se sjetiti da prenošenje domaćeg teksta na međunarodnu ravan ne nosi nužno sa sobom i tehniku okolinu u kojoj je živio originalni tekst. Jer inače se susrećemo sa poteškoćama do kojih dolazi "kad se neko pravilo premjesti iz okvira u kojem je bilo stvoreno u jedan drugi okvir, drugih dimenzija, kojem se ne može prilagoditi onako lako kao što se prilagodilo svom pravom okruženju".⁴¹¹ Sve u svemu, slažem se s optužbom da se mora smatrati da se zaštita pomenuta u pravilu 70(A), budući da ta odredba stoji u okviru Pravilnika Međunarodnog suda, proteže na cijeli postupak.

43. Međutim, ostaje pitanje koje su to kategorije materijala na koje se proteže zaštita koju pruža pravilo 70(A). Početne riječi ove odredbe nisu "Osim izuzetaka navedenih u odredbama pravila 66 i 67 ...". Iskorištena je formula "bez obzira na", koja znači da, "bez obzira na" odredbe pravila 66 i 67, "izvještaji, memorandumi ili drugi interni dokumenti ... ne podliježu objelodanjivanju ...". Ako u te kategorije spadaju i iskazi svjedoka, pa se time odbrani uskraćuje pristup iskazima svjedoka optužbe, onda je to u protivrječu sa pravilom 66(A) prema kojem se kopije iskaza svjedoka optužbe moraju dati na uvid odbrani. Konkretnost pravila 66(A)(ii) sugerije da iskazi svjedoka nisu uključeni u opšte pozivanje na "izvještaje, memorandume ili druge interne dokumente" u pravilu 70(A). Kao rezultat toga, iskazi svjedoka odbrane nisu zaštićeni od objelodanjivanja pravilom 70(A).

44. Ali šta je sa aranžmanom za recipročni pregled materijala? Prema pravilu 66(B), tužilac je na zahtjev odbrane dužan

odbrani dozvoliti da pregleda sve knjige, dokumente, fotografije i predmete koji se nalaze u posjedu ili pod nadzorom tužioca, a koji su bitni za pripremu odbrane, ili ih tužilac namjerava koristiti kao dokaze na suđenju ili su pribavljeni od optuženog ili su mu pripadali.

Ako se odbrana okoristi tim pravom, tužilac ima recipročno pravo prema pravilu 67(C) koje glasi:

⁴¹⁰ Pravila se spominju onakva kakva su onda bila.

⁴¹¹ *Reparation Case, I.C.J. Reports 1949*, str. 215, protivno mišljenju sudije Badawi Pashe.

Ukoliko odbrana podnese zahtjev u skladu s potpravilom 66(B), tu`ilac }e imati pravo pregledati sve knjige, dokumente, fotografije i predmete koji se nalaze u posjedu ili pod nadzorom obrane i koje odbrana namjerava upotrebiti kao dokazni materijal na su|enju.

45. Ove se odredbe odnose na stvarne dokaze, a ne na dokaze o svjedo`enju za kojeg se o-ekuje da }e ga dati svjedok. Jedno {ire zna-enje mo`da sugeriu rije-i "koji su bitni za pripremu odbrane", ali te se rije-i pojavljuju u pravilu 66(B) a ne ponavljaju se u pravilu 67(C). Prema tome, ak i ako nose to {ire zna-enje, ove rije-i ne funkcioniu tako da optu`bi daju pravo da pregleda iskaze svjedoka odbrane.

46. Optu`ba je du`na odbrani dati kopije iskaza svjedoka optu`be i sve osloba|aju}e dokaze. I zato, kad je rije- o toj vrsti materijala, odbrana se ne mora pozvati na reciprocitet da bi dobila pristup materijalu.

47. Mo`e se -initi -udnim i neuravnote`enim da odbrana ima jednostrano pravo da primi kopije iskaza svjedoka optu`be po pravilu 66(A)(ii). Ali ja mislim da je to transformirani ekvivalent prava optu`ene osobe, koje postoji u mnogim pravnim sistemima, da se na ovaj ili onaj na-in prethodno upozna sa dokazima optu`be. Tako|e valja imati na umu da, sasvim neovisno o pitanju da li je kriv ili nije kriv, -ovjek ima pravo da ga se ne optu`i bez valjana razloga.⁴¹² Pravi-nost zahtjeva ovakvu vrstu jednostranosti. ^ovjek koga su optu`ili, i kojem prijeti gubitak slobode, ima pravo da zna koji su to dokazi na osnovu kojih on prolazi kroz pravosudni sistem. Optu`ba nije u tom polo`aju i nema sli-an osnov da zahtijeva pristup dokaznom materijalu odbrane.

48. Po mom mi{ljenju, odredbe o recipro-nosti pravila 67(C), kad se -itaju zajedno sa pravilom 66(B), ne omogu}avaju optu`bi pristup iskazima svjedoka odbrane. Jo{ va`nije, -ini mi se da, *a contrario*, te odredbe impliciraju da je optu`ba isklju-ena od takvog pristupa: materijali do kojih optu`ba mo`e imati pristup, a i tada samo na recipro-nom osnovu, specificirani su, i me|u njima nema iskaza svjedoka odbrane.

49. Novo pravilo 73ter(B), koje nije bilo na snazi u relevantno vrijeme, ovla{u}uje Pretresno vije}e da odbrani nalo`i da, u vrijeme izme|u zavr{etka izvo|enja dokaza optu`be i po-etka izvo|enja dokaza odbrane, dostavi "sa`etak -injenica o kojima }e svjedo-iti svaki svjedok (odbrane)".⁴¹³ To u izvjesnom stepenu ide u smjeru tvrdnji

⁴¹² Vidi pozivanje Lorda Parkera CJ na nedopustivost "bezrazlo`ne optu`be za zlo-in" u *R. v. Martin* [1961] 2 All ER 747.

⁴¹³ Vidi Richard May i Marieke Wierda, "Trends in International Criminal Evidence: Nuremberg, Tokyo, The Hague and Arusha", *Col. J. of Trans. L.*, sv. 37, 1999, no. 3, str. 761.

optu`be u ovom predmetu, ali ne do kraja: to implicira da optu`ba nema pravo pristupa iskazima svjedoka odbrane.

50. To je u skladu sa parni-kom povlasticom ili doktrinom produkta rada. Pravo se gubi samo onda kad odbrana od njega odustane. Do odustajanja dolazi onda kad sama odbrana iznese iskaz svjedoka na raspravu time {to se na njega oslanja za bilo koju svrhu. Takav je bio predmet *Nobles*, 422 U.S. 244. Tamo je zastupnik odbrane prilikom unakrsnog ispitivanja dva svjedoka optu`be nastojao diskvalifikovati njihovu vjerodostojnost pozivaju}i se na usmene izjave koje su oni navodno dali istra`itelju odbrane {to je zabilje`eno u "izvje{taju" istra`itelja odbrane upu}enom advokatu odbrane – ne{to {to ima karakter iskaza svjedoka. Po mi{ljenju Vrhovnog suda Sjedinjenih Dr`ava, sudija koji je vodio su|enje imao je u tim okolnostima pravo nalo`iti odbrani da "izvje{taj" stavi na raspolaganje optu`bi nakon glavnog ispitivanja istra`itelja od strane odbrane. To je, uz du`no po{tovanje, bilo ispravno, jer je "izvje{taj", budu}i da se odbrana oslonila na njega prilikom unakrsnog ispitivanja dva svjedoka optu`be, postao faktor koji }e o-ito u}i u procjenu istine. "Izvje{taj" je tako sama odbrana iznijela na raspravljanje.

51. Na sli-no ograni-enom osnovu Pretresno vije}e ima pravo nalo`iti odbrani da iskaze svjedoka odbrane stavi na raspolaganje optu`bi. Govorim o "ograni-enom osnovu" jer ne podr`avam stajali{te da optu`ba ima neograni-eno pravo da vidi iskaz svjedoka odbrane nakon {to je taj svjedok svjedo-io. Pristup "karte na stol", koji neki zagovaraju, jo{ nije do{ao do te ta-ke prema Pravilniku o postupku i dokazima Me|unarodnog suda. Niti se je do te ta-ke do{lo u globalnom sistemu *common law*-a i globalnom sistemu kontinentalnog prava na planu krivi-nog postupka. Pravo na za{titu nije potro{eno u trenutku kad se zavr{i glavno ispitivanje svjedoka.

52. Ja se, uz du`no po{tovanje, sla`em sa @albenim vije}em da Vije}e mo`e nalo`iti objelodanjivanje iskaza svjedoka odbrane samo kada se uvjerilo da }e mu u konkretnim okolnostima to objelodanjivanje pomo}i prilikom utvr|ivanja istine. Objelodanjivanje putem "pecanja" */fishing expedition/* nije ispravno. Te{ko je vidjeti na koji bi drugi na-in, (osim "pecanjem") optu`ba mogla iskoristiti iskaz svjedoka odbrane ako bi propis glasio da optu`ba ima automatsko pravo na objelodanjivanje nakon zavr{etka glavnog ispitivanja svakog svjedoka. U trenutku objelodanjivanja optu`ba ne}e imati osnova da sumnja da postoji bilo kakva razlika izme|u usmenog svjedo-enja i pismenog iskaza, ona }e samo "pecati" ne bi li ulovila neku razliku.

53. Me|utim, nije jasno da je to ograni-eno i uslovno pravo pristupa iskazu svjedoka odbrane nekonzistentno sa stavom koji je zauzela ve}ina Pretresnog vije}a u relevantnoj odluci od 27. novembra 1996. U prvom paragrafu izdvojenog mi{ljenja koje je prilo`io toj odluci, sudija Vohrah je rekao: "U potpunosti se sla`em sa stavovima koje je izrazio moj kolega sudija Stephen, iz razloga koje je naveo." U drugom paragrafu svog izdvojenog mi{ljenja sudija Stephen je rekao:

Iskaz svjedoka nije ni na koji na-in pomenut prilikom glavnog ispitivanja svjedoka, niti je tokom unakrsnog ispitivanja iskrslilo bilo {ta osim toga da je, odgovaraju}i na pitanje o tome {ta je svjedok rekao kad je davao iskaz, (na koji je odbrana ulo`ila prigovor, koji je odba-en) svjedok izjavio da je "govorio, kako da ka`em, istinu i samo istinu, koliko dugo poznajem Du{ka Tadi}a".

O-ito je da se odbrana ni na koji na-in nije nastojala osloniti na taj konkretni iskaz svjedoka odbrane. Prema tome, zaklju-ak do kojeg je do{la ve}ina, da iskazi svjedoka odbrane nisu dostupni optu`bi, nije bio zami{ljen da se primjenjuje na slu-ajeve kada se odbrana na neki na-in prilikom glavnog ispitivanja pozvala na iskaz ili se na bilo koji drugi na-in na njega oslonila. Situacija sa kojom se pozabavila ve}ina je situacija u kojoj je optu`ba polagala pravo da bezuslovno vidi iskaz svjedoka -im je zavr{ilo glavno ispitivanje svjedoka - -ak i ako se iskaz nije pominjao u tom svjedo-enju. Meni se ne -ini da je ve}ina namjeravala zanijekati da posebne okolnosti mogu opravdati objelodanjivanje.

54. Ima jo{ jedna stvar. Strane su se slo`ile da ni{ta u pravnim lijekovima koje su tra`ile obje strane ne ovisi o presu|ivanju o gorenavedenom pitanju. Ali one su se tako|e slo`ile da va`nost tog pitanja opravdava izja{njavaње @albenog vije}a. Sli-an stav zauzet je i u vezi sa pitanjem da li se za sve zlo-ine protiv -ovje-nosti iz -lana 5 Statuta mora dokazati diskriminatorna namjera.

55. Da li su strane bile u pravu kad su zauzele taj stav? Ja mislim da jesu. Princip se lijepo mo`e ovako izre}i:

@albeni sudovi presu|uju samo o onim pitanjima na koja su njima zapravo ulo`ene `albe, i ni o kakvim drugim, te ne}e davati mi{ljenja o kontroverzama ili izjavljivati pravna na-ela koja ne mogu imati prakti-nog uticaja na presu|ivanje o pravima suprotstavljenih strana. Oni razmatraju samo ona pitanja koja su nu`na za presu|ivanje u predmetu i ne poku{avaju da dalje 'utemelje "smjernicu ili presedan za sud i pravnu profesiju dr`ave". Pitanja koja nisu direktno uklju-ena u `albeni postupak, ili nisu nu`na ili relevantna, ili nisu od materijalne va`nosti u kona-nom presu|ivanju o predmetu, `albena instanca ne}e razmatrati niti o njima odlu-ivati,

osim ukoliko se ne smatra da su ona u javnom interesu ili su važna za profesiju, ili je iz odluke proizaži neki drugi korisni rezultat.⁴¹⁴

56. Ovakav pristup je u skladu s Odlukom o nadležnosti u predmetu *Tadić*, u paragrafu 139. Tamo je odbrana pred Pretresnim vijećem otvorila pitanje koje se ticalo jednog elementa zločina protiv čovječnosti iz člana 5 Statuta Međunarodnog suda. Odbrana se nije ovim pitanjem bavila u žalbenom postupku. Žalbena vijeća je ipak primijetilo "Iako je pred žalbenim vijećem žalilac odustao od tog argumenta ..., žalbena vijeća, u svjetlu važnosti ovog pitanja, smatra prikladnim da ukratko prokomentira doseg člana 5".

57. Po mom mišljenju, kad se uzme u obzir važnost tog pitanja, strane su bile u pravu kad su se složile da se žalbena vijeća o tome može kompetentno očitovati.

D. Zaključak

58. Ove primjedbe tiču se nekih elemenata rezonovanja žalbenog vijeća. Ja o nekim pravnim pitanjima imam različite poglede koje želim zadržati. Ali slažem se sa dispozitivom predmeta kako je naveden u današnjoj Presudi.

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

/potpis na originalu/
Mohamed Shahabuddeen

Dana 15. jula 1999.
U Hagu, Holandija

[pečat Međunarodnog suda]

⁴¹⁴ *Corpus Juris Secundum* (New York), sv. 5, str. 593-608, fusnote izostavljene.

XII. DODATAK A – RJE^NIK POJMOVA

BiH	Bosna i Hercegovina
Dejtonsko-pari{ki sporazum	Op{ti okvirni mirovni sporazum za Bosnu i Hercegovinu koji su strane parafirale 21. Novembra 1995, U.N.Doc. A/50/790, S/1995/999, 30. novembar 1995.
Dopunski protokol I	Dopunski protokol uz @enevske konvencije od 12. Avgusta 1949. o za{titi `rtava me unarodnih oru`anih sukoba (Protokol I), 1977.
DR	European Commission of Human Rights Decisions and Reports
EKomLJP	Evropska komisija za ljudska prava
EKonLJP	Evropska konvencija o ljudskim pravima
ESLJP	Evropski sud za ljudska prava
ICTY JR	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Judicial Reports, Kluwer Law International, The Hague.
Izdvojeno i protivno mi{ljenje sudije McDonald	Mi{ljenje i presuda - Izdvojeno i protivno mi{ljenje sudije McDonald o primjenjivosti -lana 2 Statuta, <i>Tu`ilac protiv Du{ka Tadi}a</i> , predmet br. IT-94-1-T, Pretresno vije}e II, 7. maj 1997.
Izmijenjena obavijest o `albi na presudu	Izmijenjena obavijest o `albi, predmet br. IT-94-1-A, 8. januar 1999.
Izmijenjeni `albeni podnesak	Izmijenjeni podnesak s argumentima `alioca, predmet br. IT-94-1-A, 8. januar 1999.
Izmijenjeni odgovor odbrane na podnesak protiv`alioca	Podnesak respondentata s argumentima o podnesku Tu`ila{tva (protiv`alioca) s argumentima od 19. januara 1999, predmet br. IT-94-1-A. 19. januar 1999.
Izvjektaj Generalnog sekretara	Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), U.N. Doc. S/25704, 3. maj 1993.
JNA	Jugoslavenska narodna armija
KLJP	Komitet za ljudska prava
KMP	Komisija za me unarodno pravo

Komentar MKCK-a uz @enevsku konvenciju III	Jean Pictet (ur.), Komentar: @enevska konvencija III o postupanju sa ratnim zarobljenicima, Me unarodni komitet Crvenog krsta, @eneva, 1960, prvi pretisak, @eneva 1994.
Komentar MKCK-a uz @enevsku konvenciju IV	Jean Pictet (ur.), Komentar: @enevska konvencija IV o za{titi gra anskih lica u vrijeme rata, Me unarodni komitet Crvenog krsta, @eneva, 1958, prvi pretisak, 1994.
Komentar MKCK-a uz Dopunske protokole	Yves Sandoz <i>et al</i> (ur.), Komentar uz Dopunske protokole od 8. juna 1977. uz @enevske konvencije od 12. avgusta 1949, Me unarodni komitet Crvenog krsta, @eneva 1987.
Me unarodni sud	Me unarodni sud za krivi-no gonjenje lica odgovornih za te{ka kr{enja me unarodnog humanitarnog prava po-injena na teritoriji biv{e Jugoslavije od 1991. godine.
MKCK	Me unarodni komitet Crvenog krsta.
MKSR	Me unarodni sud za krivi-no gonjenje osoba odgovornih za genocid i ostala te{ka kr{enja me unarodnog humanitarnog prava po-injena na teritoriji Ruande i gra ana Ruande odgovornih za genocid i druga takva kr{enja po-injena na teritorijama susjednih dr`ava u periodu izme u 1. Januara 1994. i 31. decembra 1994. godine.
MPGPP	Me unarodni pakt o gra anskim i politi-kim pravima
<i>Nikaragva</i>	Predmet <i>Vojne i paravojne aktivnosti u Nikaragvi i protiv nje</i> (Nikaragva protiv Sjedinjenih Ameri-kh Dr`ava) (Merits), Judgment, ICJ Reports (1986), str. 14.
Obavijest o protiv`albi	Obavijest o `albi, predmet br. IT-94-1-A, 6. juni 1997.
Odgovor Tu`ila{tva na `albeni podnesak o presudi	Odgovor protiv`alioca na `albeni podnesak o Mi{ljenju i presudi od 7. maja 1997, podnijet 12. januara 1998, predmet br. IT-94-1-A, 17. Novembar 1998.
Odgovor Tu`ila{tva na `albeni podnesak o presudi o kazni	Odgovor na `albeni podnesak o Presudi o kazni, podnijet 12. januara 1998, predmet br. IT-94-1-A, 16. Novembar 1998.
Odluka o iskazima svjedoka	Odluka po zahtjevu Tu`ila{tva za objelodanjivanje iskaza svjedoka odbrane, <i>Tu`ilac protiv Du{ka Tadi}</i> a, predmet br. IT-94-

1-T, Pretresno vijeće II, 27. novembar 1996.

Odluka o nadležnosti u predmetu <i>Tadić</i>	Odluka po interlokutornoj žalbi odbrane na nadležnost, <i>Tužilaštvo protiv Dužka Tadića</i> , predmet br. IT-94-1-AR72, žalbeno vijeće, 2. oktobar 1995 (Tadić) (1995) I ICTY JR 353).
Odluka o prihvatljivosti dodatnih dokaza	Odluka po zahtjevu žalioca za produženje roka i izvođenje dodatnih dokaza, <i>Tužilaštvo protiv Dužka Tadića</i> , predmet br. IT-94-1-A, žalbeno vijeće, 15. oktobar 1998.
Podnesak protiv žalioca	Podnesak Tužilaštva (protiv žalioca) s argumentima, predmet br. IT-94-1-A, 12. januar 1998.
Pravilnik	Pravilnik o postupku i dokazima Međunarodnog suda
Presuda	Mišljenje i presuda, <i>Tužilaštvo protiv Dužka Tadića</i> , predmet br. IT-94-1-T, Pretresno vijeće II, 7. maj 1997.
Presuda o kazni	Presuda o kazni, <i>Tužilaštvo protiv Dužka Tadića</i> , predmet br. IT-94-1-T, Pretresno vijeće II, 14. juli 1997.
Protiv žalioac	Tužilaštvo
Replika protiv žalioca	Replika Tužilaštva (protiv žalioca), predmet br. IT-94-1-A, 1. Decembar 1998.
Rimski statut	Rome Statute of the International Criminal Court, U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17. juli 1998.
Shematski prikaz argumenata optužbe	Shematski prikaz argumenata Tužilaštva, predmet br. IT-94-1-A, 19. mart 1999.
Shematski prikaz argumenata - žalba žalioca na presudu	Shematski prikaz argumenata - žalba žalioca na presudu, predmet br. IT-94-1-A, 19. mart 1999.
SRJ	Savezna Republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora)
Statut	Statut Međunarodnog suda
Sud	Međunarodni sud za krivično gonjenje lica odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991. godine.
T.	Transkript rasprave u predmetu <i>Tužilaštvo protiv Dužka Tadića</i> , predmet br. IT-94-1-A. Sve stranice transkripta koje se navode u ovoj

presudi odgovaraju paginaciji nezvani-ne i neispravljene verzije transkripta na engleskom jeziku. Mogu postojati male razlike u paginaciji stranica te verzije i finalne verzije na engleskom jeziku koja je objavljena u javnosti.

Tre}a `enevska konvencija	@enevska konvencija o postupanju sa ratnim zarobljenicima od 12. avgusta 1949.
Tribunal za potra`ivanja	Tribunal za potra`ivanja izme u Sjedinjenih Dr`ava i Irana
TRSK	Turska Republika Sjeverni Kipar
UNWCC	Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission, izd. His Majesty's Stationery Office za Komisiju UN za ratne zlo-ine, London 1947.
VJ	Vojska Savezne Republike Jugoslavije
VRS	Vojska Srpske Republike Bosne i Hercegovine/Republike Srpske
@albeni podnesak o presudi	@albeni podnesak o Mi{ljenju i presudi od 7. maja 1997, predmet br. IT-94-1-A, 12. januar 1998.
@albeni podnesak o presudi o kazni	@albeni podnesak o Presudi o kazni, predmet br. IT-94-1-A, 12. januar 1998.
@alilac	Du{ko Tadi}
@enevska konvencija III (Tre}a `enevska konvencija)	@enevska konvencija o postupanju sa ratnim zarobljenicima od 12. avgusta 1949.
@enevska konvencija IV (^etvrta `enevska konvencija)	@enevska konvencija IV o za{titi gra anskih lica u vrijeme rata od 12. avgusta 1949.

