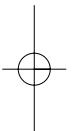
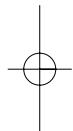


Edicija: Dokumenta

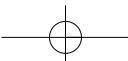
Haški Tribunal V

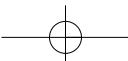
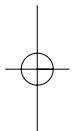
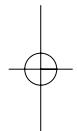
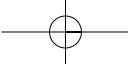
Presude

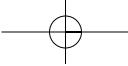
Dražen Erdemović
Goran Jelisić



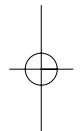
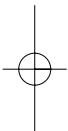
Fond za humanitarno pravo



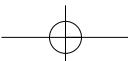


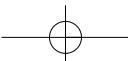
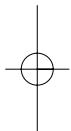
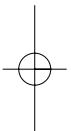
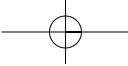


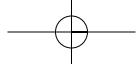
Dražen Erdemović



OSUĐUJUĆA PRESUDA	5
IZDVOJENO I PROTIVNO MIŠLJENJE SUDIJE CASSESEA	57
IZDVOJENO I PROTIVNO MIŠLJENJE SUDIJE STEPHENA	109
IZDVOJENO I PROTIVNO MIŠLJENJE SUDIJE LIJA	139
ZAJEDNIČKO IZDVOJENO MIŠLJENJE SUDIJE MCDONALD I SUDIJE VOHRAHA	153
PRESUDA O KAZNI	223
IZDVOJENO MIŠLJENJE SUDIJE SHAHABUDDEENA	243







PRED PRETRESNIM VIJEĆEM

U sastavu:

predsjedavajući sudija Claude Jorda
sudija Elizabeth Odio Benito
sudija Fouad Riad

Sekretar: gđa Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh

Presuda donesena: 29. novembra 1996.

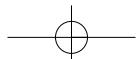
TUŽILAC protiv DRAŽENA ERDEMOVIĆA **OSUĐUJUĆA PRESUDA**

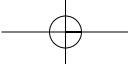
Tužilaštvo:

g. Eric Ostberg
g. Mark Harmon

Odbojka:

g. Jovan Babić





I. POSTUPAK

A. Pregled zbivanja

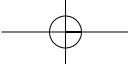
1. Dana 28. marta 1996, sudija Fouad Riad je, postupajući u skladu sa pravilom 90 bis Pravilnika o postupku i dokazima (dalje u tekstu: Pravilnik), naredio da se Dražen Erdemović, koga su u to vrijeme u pritvoru držale vlasti Savezne Republike Jugoslavije u vezi sa krivičnom istragom o ratnim zločinima, počinjenim protiv civilnog stanovništva u Srebrenici i njenoj okolini u julu 1995, prebac i pritvori u pritvorsku jedinicu Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (dalje u tekstu: Međunarodni sud), čime je udovoljio zahtjevu glavnog tužioca Međunarodnog suda koji je smatrao da bi Dražen Erdemović mogao pružiti dodatne dokaze u postupku protiv Radovana Karadžića i Ratka Mladića.

2. Dana 29. maja 1996, tužilac Međunarodnog suda je optužnicu protiv Dražena Erdemovića, podignutu u skladu sa čl. 18 Statuta Međunarodnog suda (dalje u tekstu: Statut), dostavio sudiji na potvrdu. Optuženi Erdemović se u optužnici tereti za zločin protiv čovječnosti (po čl. 5 Statuta) ili za kršenje ratnih zakona i običaja (po čl. 3 Statuta), i to na osnovu sljedećih činjenica: Dražen Erdemović, rođen 25. novembra 1971. u opštini Tuzla (Bosna i Hercegovina), bio je pripadnik X diverzantskog odreda vojske bosanskih Srba u vrijeme kad su se desili navedeni događaji. Dana 16. jula 1995, zajedno s ostalim pripadnicima svoje jedinice, poslan je na poljoprivredno dobro Branjevo u blizini Pilice, sjeverozapadno od Zvornika. Čim su stigli, rečeno im je da će istoga dana na farmu autobusima biti dovezeni muslimanski muškarci stari između 17 i 60 godina. Radilo se o nenaoružanim civilima koji su se bili predali pripadnicima policije ili vojske bosanskih Srba nakon pada Srebrenice, zone pod zaštitom Ujedinjenih nacija. Pripadnici vojne policije izvodili su civile u grupama po deset, sprovodili ih do polja u blizini gospodarskih zgrada, gdje su ih zatim postrojavali leđima okrenute streljačkom vodu. Te su ljudi zatim ubili Dražen Erdemović i drugi pripadnici njegove jedinice, uz pomoć vojnika jedne druge brigade.

Dana 29. maja 1996, Pretresno vijeće II je od vlade Savezne Republike Jugoslavije zatražilo da naloži svojim sudovima da svu istragu i krivični postupak protiv Dražena Erdemovića ustupe Međunarodnom sudu.

3. Istoga dana, u skladu sa čl. 19 Statuta i pravilom 47 Pravilnika, sudija Rustam S. Sidhwa je potvrdio optužnicu.

Dana 31. maja 1996, Dražen Erdemović se po prvi puta pojavio pred ovim Pretresnim vijećem. Na tom se ročištu izjasnio krivim za „zločin protiv čo-



Osudujuća presuda

vječnosti“ koji je naveden u prvoj tački optužnice koja ga tereti. Pošto se uvjeroilo da je optuženi svjesno priznao krivicu i saslušalo njegove dodatne izjave, Vijeće je odlučilo da prihvati izjavu Dražena Erdemovića o krivici. Vijeće je, stoga, uz saglasnost stranaka, riješilo da za preostali dio postupka odustane od druge tačke optužnice, „kršenje ratnih zakona i običaja“, koja je bila navedena kao alternativa prvoj. Vijeće je takođe naložilo da se provede psihološko i psihijatrijsko vještačenje okrivljenika, koji je zadatak povjerilo trojici stručnjaka, od kojih je dvojicu odredio Međunarodni sud, a jedan je odabran sa liste koju je dostavila odbrana. Konačno, u skladu sa pravilom 62(v) Pravilnika, Vijeće je za 8. i 9. jul 1996. zakazalo ročište koje prethodi izricanju kazne.

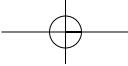
4. Dana 24. juna 1996. održana je sjednica o stanju u postupku kao priprema za ročište koje prethodi izricanju kazne. Vijeće je tom prilikom odlučilo da će se na jednog svjedoka odbrane primijeniti zaštitne mjere.

5. Dana 27. juna 1996, tim vještaka podnio je izvještaj u kojem je zaključio da se Dražen Erdemović zbog svog psihičkog stanja trenutno ne može pojaviti pred Sudom. U zaključku navedenog izvještaja stoji da je: „Komisija medicinskih stručnjaka mišljenja da optuženi DRAŽEN ERDEMOVIĆ, zbog ozbiljnosti posistraumatskog stresa (...) u sadašnjem stanju nije sposoban izdržati suđenje“. Tim je takođe predložio da se Dražen Erdemović ponovo pregleda, i to za šest do devet mjeseci.

6. Na sjednici o stanju u postupku, održanoj 4. jula 1996, Vijeće je saslušalo izlaganje stranaka o gore pomenutom izvještaju vještaka i o tome kako bi trebao da izgleda dalji tok postupka. Prvenstveno stoga što je Dražen Erdemović bio saglasan da sarađuje sa Međunarodnim sudom, te što je to bilo u njegovom interesu, Vijeće je odlučilo da mu dozvoli da svjedoči u okviru postupka po pravilu 61 Pravilnika u predmetu *Tužilac protiv Karadžića i Mladića (IT-95-5-R61 i IT-95-18-R61)*. Takođe je odlučilo da odgodi ročište prije izricanja kazne i naložilo da isti tim stručnjaka izvrši dodatno psihijatrijsko i psihološko vještačenje, te da se izvještaj o tome dostavi najkasnije do 1. oktobra.

7. Dana 5. jula 1996, Dražen Erdemović se pojavio kao svjedok na jednoj od rasprava održanih u sklopu postupka po pravilu 61 Pravilnika u gore pomenu-tim predmetima.

8. U izvještaju podnesenom 17. oktobra 1996, tim vještaka je Dražena Erdemovića proglašio sposobnim za suđenje, te zaključio: „Komisija medicinskih stručnjaka smatra da s obzirom na njegovo trenutno stanje, optuženi Dražen Erdemović može da se smatra sposobnim da podnese suđenje“, te



Presude/Dražen Erdemović

dodao da: „Nije potrebno preduzeti nikakve dodatne mjere za pojavljivanje optuženog pred sudom“.

9. Te su zaključke prihvatile stranke na sjednici o stanju u postupku, održanoj 18. oktobra 1996. Stranke su na toj sjednici takođe prihvatile poziv Vijeća da dostave svoje podneske o rasponu primjenjivih kazni i olaksavajućim i otežavajućim okolnostima, i to najkasnije do 11. novembra 1996. Vijeće je takođe zakazalo raspravu za izricanje kazne, čija su dva ročišta održana 19. i 20. novembra 1996.

Konačno, Vijeće je 18. oktobra i 5. novembra 1996. izdalo dva nalogu u svrhu pružanja zaštite svjedocima odbrane kojima su dodijeljeni pseudonimi X i Y.

B. Izjava o krivici

10. Kao što smo već napomenuli, Dražen Erdemović se, u skladu s odredbama čl. 20 st. 3 Statuta i pravilom 62 Pravilnika, izjasnio krivim za tačku optužnice koja se odnosi na zločin protiv čovječnosti. Takođe je izjavio da se slaže sa verzijom događaja koju je sažeto iznio tužilac. Izjavio je sljedeće:

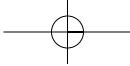
„Poštovani sude, ja sam to morao da radim. Da sam odbio to da radim, ubili bi i mene sa tim ljudima. Kad sam odbijao da radim, rekli su mi: ‘Ako ti je žao, stani i ti sa njima da i tebe ubijemo.’ Meni nije bilo žao mene, meni je bilo žao moje porodice i moga... Moje supruge i moga sina koji je tada imao devet meseci i koji bi isto... da nisam... da sam odbio to da radim... To je sve... što želim...“

Pošto je između ostalog naložilo i vještačenje o mentalnom stanju optuženika, Vijeće smatra da je u ovoj fazi postupka i prije razmatranja činjenica nadležno da razmotri valjanost izjave o krivici. Ta se valjanost mora ocijeniti kako na formalnom, tako i na sadržajnom planu.

1. Formalna valjanost

11. Vijeće se već na prvom pojavljivanju optuženog željelo uvjeriti da je izjava o krivici dana dobrovoljno i uz punu svijest o prirodi optužbe i njenim posljedicama. Takođe je postavljenim stručnjacima uputilo pitanje: „Da li se pregledom otkrilo da subjekt pati od psihijatrijskog ili neuropsihijatrijskog poremećaja ili je u stanju takvog emotivnog rastrojstva koje utiče na njegovo rasuđivanje i volju?“

12. Iako su stručnjaci u svom prvom izještaju, o kojem je govorila odbrana, konstatovali da Dražen Erdemović pati od posljedica postraumatskog stresa, u drugom su zaključili da mu je „svest (...) bistra“ i da „nema poremećaja percepcije“.



Osudujuća presuda

Osim toga, činjenica da je Dražen Erdemović konzistentno izjavljivao da je kriv, ponovivši to 4. jula 1996, te 19. i 20. novembra 1996. na ročištima prije izricanja kazne, odnosno nakon posljednjeg medicinsko-psihološkog vještačenja, to više nego dovoljno potvrđuje.

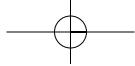
Sudije su, stoga, uvjerene da je Dražen Erdemović bio u stanju da razumije doseg svojih izjava kada se 31. maja 1996. izjasnio da se osjeća krivim.

2. Sadržajna valjanost

13. Vijeće želi prvo podsjetiti da je izbor optuženika da se izjasni krivim ne samo odraz njegove svijesti da je počinio zločin i priznanje istog, već i mogućnost strategije odbrane koja je formalno predviđena važećom procedurom na Međunarodnom sudu i priznata u anglosaksonskim pravnim sistemima. To je priznanje, dakle, dio cijelokupne strategije navedene odbrane. Uostalom, sama činjenica da je optuženi svoju saradnju ostvario na raspravi održanoj u sklopu postupka prema pravilu 61 Pravilnika u predmetu protiv optuženih Karadžića i Mladića, kao i tvrdnje o drugim olakšavajućim okolnostima (pravilo 101 Pravilnika), dio su izbora te strategije odbrane. Iako odbrana ima potpunu kontrolu nad strategijom koju je usvojila kako bi odgovorila na optužbe, Vijeće mora utvrditi da su prava optuženog djelotvorno poštovana, posebno pravo na pomoći branioncu. U konkretnom slučaju to je utvrđeno u skladu s onim što propisuje pravilo 62 Pravilnika.

14. No, i sam sadržaj neke izjave može zbog svog dvosmislenog ili ekvivoknog karaktera da utiče na valjanost izjave o krivici. U objašnjenju svojih postupaka, optuženi se pozvao na obavezu da izvrši naređenje koje mu je izdao nadređeni oficir, kao i na fizičku i moralnu prisilu koja je bila rezultat straha za vlastiti život i za život supruge i djeteta. Sami po sebi ti elementi mogu da ublaže kaznu. A već prema dokaznoj vrijednosti koja im se može pripisati, mogu se smatrati i faktorima koji opravdavaju kriminalno ponašanje, i to do te mjere da isključuju moralni element prekršaja, a time i postojanje samog prekršaja. Kao posljedica, izjava o krivici bila bi ništavna. Vijeće smatra da u ovom trenutku mora ispitati moguću opravdavajuću vrijednost elemenata na koje se optuženi poziva.

15. Opravdanje zasnovano na izvršavanju naređenja nadređenog izričito je predviđeno u čl. 7 st. 4 Statuta. No, to opravdanje ne oslobađa optuženog krivične odgovornosti. Generalni sekretar je u svom izvještaju u kojem predlaže Statut Međunarodnog suda, kojeg je Savjet bezbjednosti usvojio Rezolucijom 827 od 25. maja 1993. (S/RES/827, 1993), u pogledu navedene odredbe precizirao da izvršavanje naređenja može opravdati smanjenje kazne



Presude/Dražen Erdemović

„ako Međunarodni sud utvrdi da je to u interesu pravde“ (S/25704, paragraf 57).

16. No, Statut se ne izjašnjava o fizičkoj i moralnoj prinudi koja se javlja uz naređenje nadređenog, a koja se ponekad definira kao stanje nužde, kako se to navodi u konkretnom slučaju. Taj je institut samo pomenut u paragrafu 57 izvještaja generalnog sekretara koji ga, čini se, poistovjećuje s olakšavajućom okolnosti.

17. Studija poslijeratne sudske prakse, koju je provela Komisija za ratne zločine Ujedinjenih nacija i izložila u izvještaju Komisije za međunarodno pravo za 1996. godinu (dodatak br. 10 (A/51/10), str. 93), pokazuje da su se u devet zemalja poslijeratni vojni sudovi bavili pitanjem prinude koja može imati ekskulpatorni karakter. Putem analize neke dvije hiljade sudske rješenja, Komisija Ujedinjenih nacija izdvojila je tri konstante koje je zatim odredila kao ključne uslove koji se moraju ispuniti kako bi se prinuda mogla prihvati kao opravdavajući faktor kod kršenja međunarodnog humanitarnog prava:

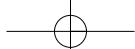
- „(i) Inkriminirano djelo je počinjeno kako bi se izbjegla izravna opasnost koja je istovremeno teška i nepopravljiva;
- (ii) nije bilo drugog adekvatnog načina da se čin izbjegne;
- (iii) izlaz nije bio neproporcionalan u odnosu na zlo.“
(Izvještaj Komisije za međunarodno pravo, godina 1996, dodatak br. 10 (A/51/10) str. 96)

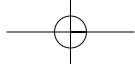
Navedeni kriteriji su prvo bili istaknuti u predmetu *Krupp*.

18. Nadalje, Vijeće ističe da su pomenuti vojni sudovi navedene kriterije okvalifikovali na različite načine. Varijacijama tih kriterija dolazi se do njihove preciznije definicije. Osim toga, u nekim se odlukama pominju i drugi kriteriji, te se na taj način još sužava polje primjene navedenog opravdanja.

Nemogućnost moralnog izbora u više je navrata pominjana kao jedna od ključnih komponenti prinude kada se ista analizira kao ekskulpatorni faktor. Za vojnika se može reći da je lišen svog moralnog izbora pred neposrednom fizičkom opasnošću. Ta fizička opasnost, pod kojom se u sudske prakse podrazumijeva opasnost od smrti ili teškog ranjavanja, mora u nekim slučajevima da udovolji i sljedećim uslovima: mora da bude „*clear and present*“ ili pak „*imminent, real and inevitable*“.

Pomenuti su sudovi u cilju utvrđivanja individualne odgovornosti optuženih koji su bili pripadnici neke vojske ili paravojnih grupa takođe uzimali u obzir





Osudujuća presuda

pitanje dobrovoljnog učešća u „pothvatu koji ne ostavlja mesta sumnji u pogledu njegova ishoda“. Prilikom ocjenjivanja prinude kojoj može biti izložen vojnik kada mora izvršiti naređenje čija je protuzakonitost očita, uziman je u obzir čin osobe koja je izdala naređenje, kao i čin osobe koja je naređenje primila.

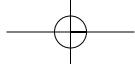
Iako optuženi nije osporavao protuzakoniti karakter naređenja koje je navodno dobio, Vijeće podsjeća da citirana sudska praksa predviđa da bi se u tom slučaju obavezni posluh morao pretvoriti u obavezni neposluh. A obavezni neposluh može uzmaknuti jedino pred najekstremnjom prinudom.

19. Iz navedenog proizlazi da su, kad se ne može u potpunosti isključiti mogućnost opravdanja na osnovu moralne prinude i/ili stanja krajnje nužde kao posljedice naređenja nadređenog, uslovi za primjenu tog opravdanja vrlo striktni. Treba ih tražiti u samoj činjenici da je postojalo naređenje nadređenog, što se prethodno mora dokazati, ali takođe, i naročito, u okolnostima koje karakterišu način na koji je naređenje izdano i primljeno. U tom *in concreto* pristupu (pristupu koji su usvojili poslijeratni vojni sudovi) procjenjivanju objektivnih i subjektivnih elemenata koji karakterišu okolnosti prinude i stanja krajnje nužde, Vijeće mora ispitati nije li optuženi, kad je došao u situaciju da djeluje, trebao pružiti otpor, te da li je imao moralni izbor da to učini ili pokuša da učini. Ovakvim rigoroznim i restriktivnim pristupom Vijeće ne samo da slijedi opšte pravne principe utkane u brojna domaća zakonodavstva i sudske praksu, već putem svog suverenog prava procjenjivanja ukazuje na činjenicu da je u njegovoj nadležnosti da donosi odluke za najteže oblike kršenja međunarodnog humanitarnog prava.

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

20. Međutim, iz *in concreto* analize zbira elemenata predočenih Vijeću proizlazi da dokaz koji bi pokazao da su konkretnе okolnosti bile takve da bi se u potpunosti mogla isključiti odgovornost optuženog nije izведен. Stoga će se opravdanje zasnovano na stanju prinude koja se javlja uz naređenje nadređenog, kao što to, čini se, sugeriše generalni sekretar u svom izvještaju, uzeti na razmatranje zajedno sa drugim opravdanjima u sklopu pregleda olakšavajućih okolnosti.

Na osnovu cijelokupnih činjeničnih i pravnih razloga koji okružuju izjavu o krvici Dražena Erdemovića, Vijeće potvrđuje valjanost te izjave.



Presude/Dražen Erdemović

* * *

21. Kako bi odmjerilo najprikladniju kaznu za ovaj slučaj, Vijeće će sada razmotriti pravni okvir u kojem se prostire njegova nadležnost i utvrditi relevantne pravne principe primjenjive na zločin protiv čovječnosti.

II. PRIMJENJIVO PRAVO I PRINCIPI

22. Nakon pregleda tekstova, Vijeće će odrediti raspon primjenjivih kazni i opšte pravne principe za utvrđivanje kazni za zločin protiv čovječnosti.

A. Primjenjivi zakonski tekstovi

23. U st. 1 čl. 23 Statuta opšti princip koji se odnosi na presudu i kazne postavljen je na sljedeći način:

Presuda

„Pretresno vijeće obznanit će presudu i odrediti kazne svim osuđenima za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava.“

Pravilo 100 Pravilnika u tom pogledu dodaje:

Postupak prije odmjeravanja kazne

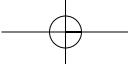
„Nakon izjave ili presude o krivici, tužilac i odbrana mogu pretresnom vijeću dostaviti sve relevantne informacije koje mu mogu pomoći prilikom odmjeravanja odgovarajuće kazne.“

Član 24 Statuta određuje faktore u svjetlu kojih Vijeće provodi svoju nadležnost za odmjeravanje kazni:

Kazne

1. Kazna koju izrekne pretresno vijeće bit će ograničena na zatvorsku kaznu. Pri određivanju uslova zatočenja, pretresno vijeće će uzeti u obzir opštu praksu određivanja zatvorske kazne na sudovima bivše Jugoslavije.
2. Pri izricanju kazne, pretresno vijeće će uzeti u obzir okolnosti kao što su težina krivičnog djela i lične karakteristike osuđenika.
3. Uz zatvorsku kaznu, pretresno vijeće može naložiti povrat zakonitim vlasnicima svake imovine i prihoda stečenih kriminalnim radnjama i sredstvima prinude.“

Pravilo 101 Pravilnika pobliže određuje trajanje kazne i elemente koji se imaju uzeti u obzir kod izricanje svake kazne:



Osudujuća presuda

Kazne

„(A) Optuženiku koji je proglašen kriminom može se izreći kazna zatvora čije trajanje može ići i do doživotnog.

(B) Pri odmjeravanju kazne, pretresno vijeće može uzeti u obzir faktore navedene u čl. 24 st. 2 Statuta, kao što su na primjer:

- (i) postojanje otežavajućih okolnosti;
- (ii) postojanje olakšavajućih okolnosti, uključujući i značajniju saradnju osuđenika sa tužiocem prije ili poslije izricanja osude;
- (iii) uobičajenu praksu izricanja zatvorskih kazni pred sudovima bivše Jugoslavije;
- (iv) vrijeme koje je osuđenik odslužio kao kaznu koju mu je odredio sud pojedine države za isto djelo za koje mu se sada sudi, kao što je opisano u čl. 10 st. 3 Statuta.

(C) Pretresno vijeće će odrediti da li će osuđenik više izrečnih kazni odslužiti istodobno ili jednu poslije druge.

(D) Kazna će biti objavljena javno i u prisustvu osuđene osobe, osim ako potpravilom 102(B) nije predviđeno drugačije.

(E) Osuđeniku će se uračunati period, ako ga je bilo, u kojem je bio zatvoren za vrijeme izručenja suda ili za vrijeme suđenja ili žalbenog postupka.“

24. Član 27 Statuta govori o načinu izdržavanja zatvorskih kazni:

Izvršenje presuda

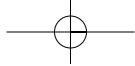
„Osuđenik će izdržavati zatvorskou kaznu u državi koju odredi Međunarodni sud sa liste država koje su Savjetu bezbjednosti izrazile spremnost da prihvate osuđene osobe. Izvršenje zatvorske kazne bit će u skladu sa zakonima koji se primjenjuju u toj državi, te će biti pod nadzorom Međunarodnog suda.“

Pravilo 103 Pravilnika ponavlja odredbe iz čl. 27 Statuta u pogledu mjesta izdržavanja kazne i određuje:

Mjesto izdržavanja kazne zatvora

„(A) Kazna zatvora izdržavat će se u državi koju odredi Međunarodni sud sa liste država koje su iskazale spremnost da prihvate osuđenike.

(B) Osuđene osobe će biti premještene u tu državu čim prođe rok za podnošenje žalbi.“



Presude/Dražen Erdemović

Član 28 Statuta govori o pomilovanju ili ublažavanju kazne:

Pomilovanje ili ublažavanje kazne

„Ako, prema zakonu države u kojoj osuđenik izdržava kaznu zatvora postoje uslovi za pomilovanje ili smanjenje kazne, ta će država o tome obavijestiti Međunarodni sud. Predsjednik Međunarodnog suda će o tome odlučiti u dogovoru sa sudijama, vodeći se pri tom interesima pravde i opštim pravnim principima.“

Pravilo 104 Pravilnika predviđa da nadzor nad služenjem zatvorske kazne ima Međunarodni sud:

Nadzor nad izvršenjem kazne zatvora

„Sve zatvorske kazne nadgledat će Međunarodni sud ili tijelo koje on odredi.“

B. Raspon kazni koje se primjenjuju kada je optuženi proglašen krivim za zločin protiv čovječnosti

25. U skladu s odredbama Statuta i Pravilnika, Međunarodni sud može izreći samo kazne zatvora, čije trajanje može ići do doživotnog. Isključena je, dakle, mogućnost izricanja bilo kojeg drugog oblika krivičnih sankcija (smrtna kazna, prisilni rad, novčane kazne...). Iste se odredbe primjenjuju na sve zločine u nadležnosti Međunarodnog suda: teške povrede Ženevske konvencije (čl. 2 Statuta), kršenja ratnog prava i običaja ratovanja (čl. 3 Statuta), genocid (čl. 4 Statuta) i zločini protiv čovječnosti (čl. 5 Statuta).

Vijeće u ovom predmetu odmah isključuje mogućnost primjene st. 3 čl. 24 Statuta, budući da ni u toku postupka ni na raspravama nije tvrđeno, dokazano ili priznato da je optuženi kriminalnim radnjama stekao imovinu ili prihode.

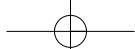
Optuženi Dražen Erdemović se izjasnio krivim za počinjeni zločin protiv čovječnosti predviđen u čl. 5(a) Statuta:

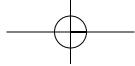
Član 5

Zločini protiv čovječnosti

„Međunarodni sud ima ovlašćenje voditi krivični postupak protiv osoba odgovornih za sljedeće zločine počinjene u oružanom sukobu, kako međunarodnom tako i unutrašnjem, a koji su upereni protiv civilnog stanovništva:

- a) ubistvo ...“





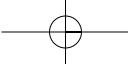
Osudujuća presuda

26. Vijeće primjećuje da, izuzev upućivanja na opštu praksu određivanja kazni zatvora na sudovima u bivšoj Jugoslaviji, o kojoj će biti riječi kasnije, i doživotnog zatvora, ni Statut ni Pravilnik ne govore ništa o trajanju zatvorske kazne koja se može izreći počiniocima zločina u nadležnosti Međunarodnog suda, ovdje konkretno za zločine protiv čovječnosti. Kako bi ispitalo raspon kazni primjenjivih za zločin protiv čovječnosti, Vijeće će utvrditi karakteristike tog zločina i kazne koje za isti predviđaju kako međunarodno pravo, tako i nacionalna prava, koja su odraz opštih pravnih principa koje priznaju svi narodi svijeta.

27. Zločin protiv čovječnosti se, uopšteno gledajući, smatra vrlo teškim zločinom koji potresa kolektivnu savijest. U optužnici koja je teretila okrivljene u niranberškom procesu navodi se, vezano za zločine protiv čovječnosti, da „te metode i ti zločini predstavljaju kršenja međunarodnih konvencija, nacionalnih prava, te opštih principa krivičnog prava kakvi proizlaze iz krivičnih prava svih civilizovanih naroda.“ (*Proces protiv teških ratnih zločinaca pred Međunarodnim vojnim sudom, Niranberg, 14. novembar 1945 - 1. oktobar 1946*, svezak I, presuda (dalje u tekstu: MVS), str. 69). U svom izvještaju u kojem predlaže Statut Međunarodnog suda, generalni sekretar Ujedinjenih nacija navodi da su „zločini protiv čovječnosti izuzetno teška nečovječna djela, poput ubistva sa predumišljajem, mučenja ili silovanja, počinjena u sklopu rasprostranjenog ili sistematskog napada na bilo koje civilno stanovništvo, i to iz nacionalnih, političkih, rasnih ili vjerskih pobuda“ (S/25704, paragraf 48) (kurziv dodan). Godine 1994, Komisija za međunarodno pravo je utvrdila da „definicija zločina protiv čovječnosti obuhvata nečovječna djela izuzetno teške prirode koja uključuju vrlo rasprostranjena ili sistematska kršenja usmjerena protiv cjeline ili dijela nekog civilnog stanovništva“ (Izvještaj Komisije za međunarodno pravo iz 1994. godine, dodatak br. 10, (A/49/10), komentar člana 20 Nacrta statuta za međunarodni krivični sud, paragraf 14) (kurziv dodan).

28. Zločini protiv čovječnosti obuhvataju teška nasilna djela koja vrijeđaju ljudsko biće tako što napadaju samu njegovu bit: njegov život, slobodu, fizički integritet, zdravlje i dostojanstvo. Riječ je o nečovječnim djelima čiji razmjer ili težina prelaze granice koje može tolerisati međunarodna zajednica na kojoj je zatim da za njih traži sankcije. No, zločini protiv čovječnosti nadilaze čovjeka kao pojedinca jer je napadom na čovjeka napadnuto i negirano samo čovječanstvo. Upravo je identitet žrtve, čovječanstvo, ono što daje poseban karakter zločinu protiv čovječnosti.

29. U skladu s odredbama člana 27 svoje Povelje, niranberški je sud, po donošenju presude o krivici za zločin protiv čovječnosti na osnovu člana 6(c), mogao izreći smrtnu kaznu ili bilo koji drugi oblik kažnjavanja koji je smatrao



Presude/Dražen Erdemović

pravednim. Od 22 optuženika kojima se sudilo u Nirnbergu, šesnaestorica su osuđena za zločine protiv čovječnosti, dvanaestorici je izrečena kazna vješanjem, a četvorici kazna zatvora, od kojih je jedan osuđen na doživotnu robiju, dvojica na dvadeset, a jedan na petnaest godina zatvora. Osim toga, smrtnе kazne brojnim počinjocima zločina protiv čovječnosti izrekli su i drugi vojni sudovi osnivani nakon drugog svjetskog rata u zonama okupacije u svrhu suđenja ratnim zločincima snaga Osovine.

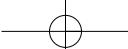
30. Po uzoru na međunarodno pravo, države koje su uvele zločin protiv čovječnosti u svoje zakonodavstvo predviđele su u slučajevima izvršenja jednog takvog zločina izricanje najstrože kazne koju dopušta njihov pravni sistem. U pogledu relevantnih odredbi zakonodavstva bivše Jugoslavije, koje ćemo kasnije potanko razmotriti, dovoljno je u ovom trenutku napomenuti da je Krivični zakon Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (dalje u tekstu: Krivični zakon bivše Jugoslavije) predviđao najstrože kazne upravo za djela genocida i ratne zločine protiv civilnog stanovništva.

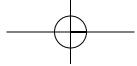
31. Vijeće, dakle, može ustanoviti da su, prema jednom opštem pravnom principu, zajedničkom svim narodima, za zločine protiv čovječnosti u nacionalnim sistemima predviđene najstrože kazne, te zaključuje da u međunarodnom pravu postoji jedna norma prema kojoj se zločin protiv čovječnosti smatra osobito teškim zločinom koji zahtijeva, ukoliko ne postoje olakšavajuće okolnosti, izricanje najstrožih kazni.

32. Takođe se može tvrditi da se prilikom određivanja kazni za zločin protiv čovječnosti sud može voditi kaznama koje se primjenjuju za konkretni zločin koji je počinjen u sklopu zločina protiv čovječnosti. U slučaju ove optužnice, konkretni zločin je ubistvo (čl. 5(a) Statuta). No, Vijeće odbacuje takvu analizu. Identifikacija kazni primjenjivih za zločin protiv čovječnosti, jedini za koji je ovdje nadležan Međunarodni sud, ne može se zasnovati na kaznama predviđenim u svrhu represije nekog određenog zločina i koje ne zahtijevaju postojanje napada na čovječanstvo.

33. Vijeće predlaže da sada razmotri referencu koja se navodi u st. 1 čl. 24 Statuta i st. (A) pravila 100 Pravilnika koji predviđaju da će vijeće „... uzeti u obzir opštu praksu određivanja zakonske kazne na sudovima bivše Jugoslavije“. U tom smislu, Vijeće će se zadržati na značenju pojma „opšta praksu određivanja zakonskih kazni“ i na prirodi samog upućivanja na istu.

34. Prvobitno tumačenje bi moglo upućivati na relevantne zakonske odredbe u bivšoj Jugoslaviji koje su bile na snazi kada su se desili navedeni događaji.





Osudujuća presuda

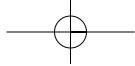
Riječ je o odredbama iz glave XVI Krivičnog zakona bivše Jugoslavije kojima se zločini protiv čovječnosti i međunarodnog prava definisu kao krivična djela. Krivični zakoni bivših jugoslavenskih republika ne sadrže odredbe u tom smislu. Članovi od 141 do 156 glave XVI Krivičnog zakona bivše Jugoslavije odnose se na „genocid i ratne zločine protiv civilnog stanovništva“. Prema odredbama navedenih članova, ti se zločini kažnjavaju kaznom zatvora od najmanje pet do najviše petnaest godina ili smrtnom kaznom. Umjesto smrtnе kazne, u posebno teškim slučajevima utvrđenim zakonom može se izreći kazna zatvora od dvadeset godina.

35. Vijeće podsjeća da zločin protiv čovječnosti, kako ga definiše čl. 5 Statuta Međunarodnog suda, nije striktno previđen odredbama Krivičnog zakona bivše Jugoslavije. Vijeće će iz svog pregleda zadržati samo princip po kojem su za slična krivična djela koja su tamo definisana, na primjer genocid, predviđene najstrože krivične sankcije.

36. Vijeće je svjesno mogućnosti direktnе i jednostavnе primjene te prve interpretacije koja upućuje samo na zakonske odredbe. No, taj se pristup udaljava od striktnog teksta odredbi Statuta i Pravilnika koje upućuju na „opštu praksu određivanja zakonske kazne na sudovima bivše Jugoslavije“ (čl. 24 Statuta) ili „uobičajenu praksu“ (pravilo 101(B)(iii) Pravilnika) (kurziv dodan).

37. To se, dakle, pozivanje na opštu praksu određivanja kazni može interpretirati kao upućivanje na jurisprudenciju sudova u bivšoj Jugoslaviji. Vijeće, pak, primjećuje da ne postoje sudske odluke koje bi se odnosile na predmete slične onome što ga rješava Međunarodni sud, a koji predmeti bi mogli da posluže kao presedani u našem slučaju. Vijeće nije imalo na raspolaganju elemente krivičnog djela koji karakterišu slučajevе kakve razmatraju nacionalni sudovi bivše Jugoslavije i koje oni uzimaju u obzir prilikom određivanja trajanja zatvorske kazne. Ako se tome pridoda mali broj sudskeih odluka, Vijeće ne može izvući značajne zaključke o praksi izricanja kazni za zločine protiv čovječnosti u bivšoj Jugoslaviji. Ni podnesci stranaka nisu u tom pogledu dali ni jedan novi element.

38. No, Vijeće ipak mora interpretirati pomenutu referencu i pri tom joj priznati logičnu i praktičnu svrhu. Može se tvrditi da je upućivanje na opštu praksu izricanja zatvorskih kazni potrebno u skladu sa principom *nullum crimen nulla poena sine lege*. No, opravdati upućivanje na opštu praksu navedenim principom značilo bi ne prepoznati kriminalni karakter koji se svugdje pripisuje zločinu protiv čovječnosti, ili, u najboljem slučaju, učiniti to upućivanje

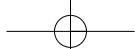


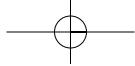
Presude/Dražen Erdemović

redundantnim. Vijeće je zapravo pokazalo da je zločin protiv čovječnosti već odavno dio međunarodnog pravnog poretka i da su za isti predviđene najstrože kazne. Stoga bi navedenu referencu bilo pogrešno interpretirati navedenim principom legaliteta koji je kodificiran u st. 1 čl. 15 Međunarodne konvencije o građanskim i političkim pravima, a prema kojem „...niko ne može biti osuđen za djelo ili propust koje nacionalno ili međunarodno pravo ne smatra deliktom u trenutku izvršenja...“. U st. 2 istog člana se, uostalom, navodi i sljedeće: „... ništa u ovom članu nije protivno suđenju ili kažnjavanju svih lica za djela ili propuste koji su u trenutku izvršenja, u skladu s opštim pravnim principima koje priznaju svi narodi, smatrani krivičnim djelima.“ Posebni žalbeni sud Holandije se godine 1949, postupajući u predmetu koji se odnosio na zločin protiv čovječnosti i u kojem se odbrana pozivala na princip *nulla poena sine lege*, izrazio na sljedeći način:

„Ukoliko podnositelj žalbe smatra da je kazna koja mu je određena nezakonita zato što za delo koje je počinio nije bila precizno predviđena i propisana sankcija, u tom slučaju ova primedba ne стоји. Načelo da ni jedno delo nije kažnjivo ukoliko nije zakonom predviđeno kao takvo, ima za cilj da garantuje pravnu sigurnost i individualnu slobodu. Ti pravni interesi bili bi ugroženi ako bi se dela za koja postoji sumnja da li podležu kažnjavanju, bila naknadno smatrana kažnjivim nakon izvršenja. Ovo načelo se, međutim, ne može apsolutno i bezuslovno primenjivati. Njegova primena može biti ograničena nekim drugim načelima čijim se priznavanjem štite podjednako važni interesi pravde. Ovi interesi nalažu da se izuzetno teške povrede opštih prihvaćenih načela međunarodnog prava (čiji je krivični karakter bez ikakve sumnje već bio utvrđen u vreme izvršenja) ne mogu smatrati nekažnjivim jedino zbog toga što nije postojala prethodna pretnja kaznom.“ (Predmet Rauter, Posebni žalbeni sud Holandije, 12. januar 1949, *ILR*, 1949, str. 542-543).

39. Budući da u nacionalnim jurisprudencijama nema značajnih presedana, te s obzirom na pravne i praktične prepreke za striktnu primjenu odredbe koja upućuje na opštu praksu izricanja kazni zatvora na sudovima u bivšoj Jugoslaviji, Vijeće smatra da ta odredba ima karakter smjernice, odnosno da nije obavezujuća. To mišljenje potkrepljuje tumačenje generalnog sekretara Ujedinjenih nacija koji je u svom izvještaju istakao da „[u svrhu] određivanja trajanja zatvorske kazne, pretresno vijeće bi se trebalo voditi opštom praksom izricanja zatvorskih kazni na sudovima u bivšoj Jugoslaviji“ (S/25704, paragraf 111) (kurziv dodan). Osim toga, kako to primjećuje generalni sekretar, pomenuto upućivanje se ograničava na trajanje zatvorske kazne.





Osudujuća presuda

40. Vijeće je, dakle, mišljenja da se upućivanje na opštu praksu izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije javlja kao odraz opštег principa međunarodnog prava kojeg priznaju svi narodi, a prema kojem se za zločine protiv čovječnosti mogu izreći najstrože kazne. Ta referenca u praksi znači da je krivična odgovornost dovoljno predvidljiva za sve okrivljene koji su počinili zločine na teritoriji bivše Jugoslavije, te da ni jedan okrivljeni ne može tvrditi da mu u trenutku izvršenja nije bio poznat kriminalni karakter djela kojeg je počinio i težina kazni koje su za to djelo zapriječene. Međunarodni sud će uvijek kada to bude moguće razmotriti relevantnu sudsку praksu u bivšoj Jugoslaviji, ali se neće ni na koji način smatrati vezanim za istu prilikom izricanja kazni i sankcija za zločine u njegovoj nadležnosti.

C. Principi kojima se rukovodi prilikom određivanja kazne

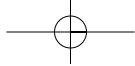
1. Faktori sudske individualizacije kazne

41. Nakon što je utvrdilo raspon kazni koje se mogu izreći za zločine protiv čovječnosti, Vijeće sada mora utvrditi faktore koji omogućavaju individualizaciju kazne. Zločini koji *in abstracto* mogu izgledati slični, razlikuju se *in concreto*, i to po okolnostima izvršenja, te po ličnosti i situaciji počinjoca, odnosno žrtve. Principi individualizacije i proporcionalnosti kazne nalažu, dakle, nametanje različitih sankcija s obzirom na relevantne faktore.

42. Iz gore citiranih primjenjivih odredbi proizlazi da Pretresno vijeće prilikom individualizacije kazne uzima u obzir faktore kao što su težina krivičnog djela, lična situacija osuđenika i postojanje otežavajućih ili olakšavajućih okolnosti, uključujući i značajniju saradnju koju je optuženi pružio tužiocu (st. 2 čl. 24 Statuta i potpravilo B pravila 101 Pravilnika).

43. Vijeće konstatuje da ni Statut ni Pravilnik ne nameću obavezu uzimanja u obzir svih faktora nabrojanih u navedenim odredbama. Osim toga, ni Statut ni Pravilnik ne ograničavaju Vijeće na razmatranje samo tih faktora. Ukoliko Vijeće sazna za neke dodatne elemente za individualizaciju, ono ih, u sklopu provođenja svog suverenog prava procjenjivanja, može uzeti na razmatranje.

44. Što se tiče faktora na koje se Statut izričito poziva, Vijeće smatra da se, s jedne strane, o težini prekršaja već iscrpno raspravljalo. S druge strane, lična situacija osuđenika, koju Statut pominje bez daljeg pojašnjenja, obuhvata velik broj faktora čija relevantnost varira zavisno od okolnosti. Bez pretenzija da nudi konačnu listu, Vijeće primjećuje da osobnu situaciju optuženika može okarakterisati ili odrediti, uopšteno gledajući, njegovo ponašanje u trenutku



Presude/Dražen Erdemović

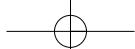
izvršenja krivičnog djela ili u nekom vremenski bliskom trenutku, dob, fizičko i psihičko stanje, stupanj namjere, ciljevi, motivi ili duševno stanje, ličnost, prošlost, te eventualna grižnja savjesti koju je pokazao nakon zločina. Zaključci iz izvještaja psihološkog i psihijatrijskog vještačenja, podnesenog Vijeću, mogu se pokazati osobito relevantnim u tom pogledu.

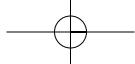
45. Vijeće smatra da se, što se tiče zločina protiv čovječnosti, o postojanju eventualnih otežavajućih okolnosti ne mora raspravljati. Statut ne sadrži nikakvu referencu ili definiciju u tom pogledu, a stav Vijeća je sukladan onome što je odlučio vojni sud u Nirnbergu kad je dvanaestoricu optuženih za zločin protiv čovječnosti osudio na najstrožu kaznu, smrtnu kaznu, osim ako na zadovoljavajući način nisu dokazane olakšavajuće okolnosti. No, Vijeće zauzvrat mora, u skladu s odredbama čl. 24 Statuta, razmotriti one okolnosti izvršenja zločina koje karakteriziraju njegovu težinu i koje mogu biti prepreka ublažavanju kazne zbog olakšavajućih okolnosti.

46. Situacija je posve drugačija kada su u pitanju olakšavajuće okolnosti koje pominje potpravilo (B)(ii) pravila 101 Pravilnika. One su ovdje od izuzetne važnosti budući da se radi o zločinu protiv čovječnosti koji je po definiciji težak zločin. No, Vijeće naglašava da svako smanjenje kazne koje je rezultat primjene olakšavajućih okolnosti nimalo ne umanjuje težinu zločina, te prihvata obiter *dictum* američkog vojnog tribunalja koji se prilikom izricanja kazne u predmetu uzimanja talaca ovako izrazio:

„U toku celog postupka imali smo prilike da se pozabavimo pitanjima koja se uzimaju u razmatranje prilikom umanjenja kazne. Stepen umanjenja kazne zavisi od mnogih faktora, kao što su priroda zločina, starosna dob i iskustvo lica na koje se kazna odnosi, motivi krivičnog dela, okolnosti pod kojima je delo počinjeno i postojanje eventualne provokacije koja je doprinela da se to delo izvrši. *Međutim, mora se napomenuti da umanjenje kazne ne znači ni u kom smislu umanjenje stepena zločina. Umanjenje kazne je više pitanje milosti nego odbrane. Drugim rečima, određena kazna nije pravi kriterijum koji treba uzeti u obzir pri procenjivanju sudskih nalaza koji se odnose na veličinu i težinu zločina.*“ (kurziv dodan) (SAD protiv Wilhelma Lista (predmet uzimanja talaca) XI Trial of War Criminals (dalje u tekstu: T. W. C. 757 (str. 1317).

47. U tom smislu, Statut i Pravilnik predviđaju okolnosti koje su, ako se dokažu, takve prirode da mogu smanjiti stepen vinosti optuženog i opravdati ublažavanje kazne. Jedino je ublažavanje kazne zbog djelovanja po naređenju nadređenog izričito predviđeno u Statutu, u st. 4 čl. 7 koji kaže da „činjenica





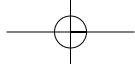
Osudujuća presuda

da je djelovala po naređenju vlade ili svoga nadređenog, neće oslobođiti optuženu osobu krivične odgovornosti, ali joj kazna može biti ublažena ako Međunarodni sud utvrdi da tako zahtijeva pravda“.

48. Budući da je Međunarodni sud po prvi puta suočen sa priznanjem krivice koje je popraćeno zahtjevom da se uzmu u obzir olakšavajuće okolnosti, i to one koje se zasnivaju na naređenju nadređenog koje je moglo ograničiti slobodu izbora optuženika u trenutku izvršenja zločina, Vijeće smatra da je potrebno provjeriti da li je u presedanima iz relevantne sudske prakse pozivanje na naređenje nadređenog uistinu omogućilo ublažavanje izrečene kazne. Vijeće takođe primjećuje da je tekst čl. 8 Statuta Nirnberškog suda, kao i tekst člana II 4 b) Zakona br. 10 Kontrolnog savjeta saveznika od 20. decembra 1945, po sadržaju identičan st. 4. čl. 7 Statuta.

49. Činjenica da je optuženi djelovao po naređenju nadređenog često je pomnjana pred međunarodnim i nacionalnim vojnim sudovima nakon Drugog svjetskog rata u cilju smanjenja krivične odgovornosti po donošenju osudujuće presude. Argumenti koji su se najčešće iznosili svode se na tvrdnje da je okrivljeni djelovao u skladu sa naređenjem čije izvršenje nije mogao odbiti. Ponekad se tome može pridodati element prinude, u kojem smislu je moguće tvrditi da bi okrivljeni bio ubijen ili izvrgnut teškom kažnjavanju ili odmazdi prema bližnjima, da nije poslušao. Međutim, često je bilo teško praviti razliku između raznih oblika ovog osnova odbrane i reći koji je tačno, ako već ne svi, uticao na odmjerenu kaznu.

50. Nirnberški je sud smatrao opšte prihvaćenom dopustivost pozivanja na naređenje nadređenog u svrhu smanjenja kazne, naglašavajući pri tom da su „odredbe tog člana (čl. 8 Statuta) u skladu s običajnim pravom zemalja članica. Naređenje koje je dobio neki vojnik da vrši ubistva ili mučenja, kršeći pri tom međunarodno pravo rata, nikada nije smatrano opravdanjem za takve surove činove. Takvo se naređenje, po odredbama Statuta, može iskoristiti samo u svrhu smanjenja kazne. Pravi kriterij za krivičnu odgovornost, onaj kojeg u različitom oblicima nalazimo u krivičnom pravu većine zemalja, nije ni na koji način u vezi sa primljenim naređenjem, već leži u moralnoj slobodi, u sposobnosti počinjocu da izabere djelo koje mu se stavlja na teret.“ (MVS, str. 235 i 236) No, isti sud nije zadržao naređenje nadređenog kao motiv za smanjenje kazne ni za jednog od viših zapovjednika, naglasivši u slučaju optuženog Keitela da „zapovijedi nadređenih čak i kada su izdate vojniku ne mogu predstavljati olakšavajuće okolnosti tamo gdje su počinjeni tako odvratni i brojni zločini, i to svjesno, nemilosrdno i bez ikakva opravdanja“, a u slučaju optuženog Jodla da „nijedan vojnik nikada nije morao učestvovati u takvim



Presude/Dražen Erdemović

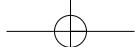
zločinima i da Jodl ne može opravdati to što je uradio zaklanjajući se iza tajanstvene krinke slijepo vojne poslušnosti“. (MVS, str. 309 i 349)

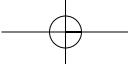
51. Vijeće je mišljenja da se činjenica da je Nirnberški sud odbacio mogućnost korišćenja naređenja nadređenog u svrhu smanjenja kazne za optužene može protumačiti njihovim visokim položajima u hijerarhiji, te da je, stoga, vrijednost presedana njihovih presuda umanjena u slučaju optuženika koji su imali niži čin.

52. Što se tiče ostalih sudova koji su se izjasnili po pitanju optuženih na raznim položajima u hijerarhiji, Vijeće primjećuje da su naređenja nadređene osobe, bez obzira da li se optuženi u početku bunio ili ne, bila prihvaćena kao olakšavajuća okolnost i da su dovela do izricanja značajno ublaženih kazni. Primjerice: *UK protiv Eckha i dr. (predmet Peleus)*, I L.R.T.W.C., str. 21; *SAD protiv Sawade i dr.*, V L.R.T.W.C. 1, str. 13-14; *SAD protiv Von Leeba i dr. (predmet Visoka komanda)*, XII L.R.T.W.C. 1, XI Trial of War Criminals (str. 563); *Francuska protiv Carla Bauera i dr.*, VIII L.R.T.W.C. 15; *SAD protiv Wilhelma Lista i dr.*, (predmet uzimanje talaca), XI L.R.T.W.C. 34 (str. 74-76); *SAD protiv Ohlendorfa i dr. (predmet Einsatzgruppen)* (1948) 4 T.W.C. 1.

53. Vijeće primjećuje da su u praksi sudovi zadržali naređenje nadređenog kao valjan motiv za smanjenje kazne. Općenitost te tvrdnje se ipak mora precizirati činjenicom da su sudovi imali tendenciju da budu blagi u slučajevima kada je optuženi, koji je za ispriku koristio naređenje nadređenog, imao nizak čin u vojnoj ili civilnoj hijerarhiji. No, Vijeće ipak inzistira na činjenici da se podređenom, koji svoju odbranu zasniva na naređenju nadređenog, može odmjeriti blaža kazna samo u slučajevima kada naređenje nadređenog zaista smanjuje stepen njegove krivice. Ukoliko naređenje nije imalo nikakva uticaja na protuzakonito ponašanje, budući da ga je optuženi bio spremjan izvršiti, tada u tom pogledu nema olakšavajućih okolnosti.

54. Naređenje nadređenog mora se ispitati u svjetlu instituta prinude koja je s njim usko povezana. Generalni sekretar, svjestan ove veze, u svom je izvještaju sugerisao da se činjenica da je osoba postupila po naređenju neke vlade ili sebi nadređene osobe „može ispitati zajedno sa drugim vrstama opravdanja, kao što su prinuda ili nepostojanje moralnog izbora“ (S/25704, paragraf 57). Vijeće primjećuje da su u slučajevima kada prinuda nije uzeta kao osnov za oslobođanje od krivične odgovornosti (ta je analiza usvojena prilikom razmatranja izjave o krivici), sudovi ipak prznali da ona može predstavljati olakšavajuću okolnost koja vodi izricanju blaže kazne. U predmetu *Gustav Alfred Jepsen i drugi*, jedan je britanski vojni sud, zasjedajući u Luneburgu, utvrdio sljedeće:





Osudujuća presuda

„Ova razmatranja poprimaju jedan drugi aspekt kada se razmatra stepen gnusnosti a ne pitanje odgovornosti; čovek koji učini nešto pod pretnjom može slobodno da traži više milosti od onog koji je učinio nešto jer to voli da radi. To je jedno drugo pitanje koje pokreće neka razmišljanja za koja nema mesta u vašem sadašnjem većanju kada odlučujete o pitanju krivice ili nevinosti“ (Britanski vojni sud u Luneburgu, 13-23. avgust 1946, *L.R.T.W.C.*, svezak XV, str. 172)

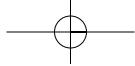
Ne radi se, dakle, o tome da se dovodi u pitanje princip krivične odgovornosti, već da se ispituje njen stupanj. Ako podređeni počini krivično djelo protiv svoje volje jer se boji da bi nepokoravanje naređenju moglo imati ozbiljne posljedice po njega ili njegovu porodicu, Vijeće onda može smatrati da je stupanj njegove krivične odgovornosti manji i ublažiti zapriječenu kaznu. U slučaju da postoji sumnja da li je optuženi zaista postupio pod teretom prinude, sudovi su prinudu radije posmatrali kao olakšavajuću okolnost. (*predmet Gustav Alfred Jensen i drugi, ibid.*)

55. Iako Statut to ne spominje, Pravilnik predviđa, u smislu olakšavajućih okolnosti, ozbiljnost i opseg saradnje optuženog sa tužiocem prije ili poslije izjave o krivici (pravilo 101 (B)(ii)). Vijeće smatra da bi moglo uzeti u obzir činjenice da se optuženi dobrovoljno predao Međunarodnom sudu, da je priznao, izjavio da se osjeća krivim, da je pokazao iskrenu i stvarnu grižnju savjeti ili kajanje, te da je izjavio da je spreman dostaviti vrijedne dokaze protiv drugih pojedinaca za zločine u nadležnosti Međunarodnog suda, i to u onoj mjeri u kojoj bi takvo postupanje povoljno uticalo na provođenje pravde, podsticalo saradnju svjedoka u budućnosti i bilo u skladu s uslovima koje postavlja pravično suđenje.

56. Vijeće ne može isključiti i druge situacije koje bi mogle opravdati ublažavanje kazne, a ne pominju se u Statutu i Pravilniku. No, primjećuje da, uopšteno gledajući, nacionalna kaznena praksa dozvoljava uzimanje u obzir svih osnova odbrane koji su odbačeni kao motiv za oslobođanje optuženika od krivice.

2. Svrha i funkcije kazne

57. Pošto je identifikovalo faktore individualizacije kazne i uzelo u obzir jedinstveni karakter Međunarodnog suda, Vijeće se sada mora zapitati o svrsi i funkcijama kazne za zločin protiv čovječnosti, konkretno o zatvorskoj kazni. Ni Statut, ni izvještaj generalnog sekretara, ni Pravilnik ne navode izričito ciljeve koji se žele postići ovom kaznom. Stoga se, u svrhu njihove identifikacije, prikladno pozvati na predmet i cilj postojanja samog Međunarodnog suda,

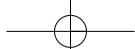


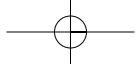
Presude/Dražen Erdemović

onako kako ih vide Savjet bezbjednosti, njegovi članovi i sam Međunarodni sud. Vijeće će nakon toga ispitati svrhu i funkcije kazne za zločin protiv čovječnosti u svjetlu presedana u međunarodnom krivičnom pravu i u nacionalnim krivičnim sistemima, uključujući i bivšu Jugoslaviju, te će se na kraju i samo izjasniti o svrsi i funkcijama kazni zatvora za zločin protiv čovječnosti.

58. Savjet bezbjednosti je osnivanjem Međunarodnog suda, provodeći na taj način svoje ovlašćenje da preduzima mjere potrebne za održanje međunarodnog mira i bezbjednosti (član 39 Povelje Ujedinjenih nacija), nastojao stati na kraj kršenjima međunarodnog humanitarnog prava u bivšoj Jugoslaviji i „djelotvorno ispraviti njihove posljedice“ (S/RES/827, 1993). Iz izjava članica Savjeta bezbjednosti prilikom usvajanja Rezolucije 827 vidljivo je da su one u Međunarodnom судu vidjele snažno sredstvo kojim će se nametnuti vladavina prava i odvratiti sukobljene strane u bivšoj Jugoslaviji od daljih zločina ili ih uvjeriti da ih više ne čine. Osim toga, u izjavama nekolicine članica Savjeta bezbjednosti utisнутa je ideja kazne kao proporcionalnog kažnjavanja i kao osude međunarodne zajednice onih koji budu proglašeni krivim za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava. U godišnjem izvještaju Međunarodnog suda Generalnoj skupštini i Savjetu bezbjednosti, ti se ciljevi ponovo ističu, te se dodaje da će nekažnjavanje krivaca samo raspirivati želju za osvetom u bivšoj Jugoslaviji, čime će se dovesti u opasnost povratak „zakonitosti“, „pomirenja“ i ponovne uspostave „mira dostojnog te riječi“. (Godišnji izvještaj, A/49/342, S/1994/1007, 29. avgust 1994, paragrafi od 11 do 16) Zadaci Međunarodnog suda, kako ih je video Savjet bezbjednosti, opšta prevencija (odvraćanje), reprobacija, retrubacija (zaslužena kazna), kao i kolektivno pomirenje, uklapaju se u opšti zadatok Savjeta bezbjednosti: održati mir i sigurnost u bivšoj Jugoslaviji. Ta svrha i te funkcije Međunarodnog suda, kako ih je opisao Savjet bezbjednosti, mogu poslužiti kao smjernica prilikom određivanja kazne za zločin protiv čovječnosti.

59. Jedini presedani u međunarodnom krivičnom pravu kojima bi se Međunarodni sud mogao inspirisati - odluke međunarodnih vojnih sudova u Nirlbergu i Tokiju - ne navode izričito svrhu i funkcije izricanja kazni za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti. No ipak, pregled izjava potpisnika Londonskog ugovora od 8. avgusta 1945. i analiza jurisprudencije pomenutih vojnih sudova pokazuju da se kaznama, čini se, htjelo postići opšte odvraćanje i retrubacija. Nirlberški sud je izjavio da „su ljudi (...) koji čine zločine ti za koje se traži represija, u vidu sankcije međunarodnog prava“. (MVS, svezak I, str. 235)





Osudujuća presuda

60. Svrhu i funkcije kažnjavanja u nacionalnim krivičnim sistemima često je teško precizno identificirati. Motivi kojima se vode zakonodavci kada moraju kaznom sankcionisati kriminalno ponašanje kompleksni su i dvosmisleni. Uostalom, izgleda da svrha i funkcije kažnjavanja uključuju opštu prevenciju (ili odvraćanje), pri čemu kazna služi da odvrti članove društvene zajednice od krivičnih prekršaja, zatim posebnu prevenciju čija je zadaća zaštiti osuđenika kako bi se spriječio recidiv, retribuciju (ili „zasluženu kaznu“, koja je u savremenoj verziji ublažena principom prema kojem kazna mora biti proporcionalna težini zločina i moralnoj krivici optuženika), rehabilitaciju osuđenika (ili tretman, preodgoj ili reintegraciju u društvo), te zaštitu društva (neutralizacijom osuđenika). Važnost i prikladnost svake od navedenih funkcija razlikuju se od epohe do epohe i od jednog do drugog pravnog sistema. Osim toga, izgleda da se kaznom često želi postići više svrha ili funkcija čija težina ovisi o prirodi zločina i ličnoj situaciji osuđenika.

61. Ova višestruka svrha je uostalom i kodifikovana u čl. 33 Krivičnog zakona bivše Jugoslavije koji je bio na snazi u trenutku događaja:

„U okviru opšte svrhe krivičnih sankcija (član 5, stav 2), svrha kažnjavanja je:

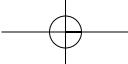
- 1) sprečavanje učinjoca da čini krivična dela i njegovo prevaspitavanje;
- 2) vaspitni uticaj na druge da ne čine krivična dela;
- 3) jačanje morala socijalističkog samoupravnog društva i uticaj na razvijanje društvene odgovornosti i discipline građana.“

A u čl. 5 st. 2 je stajalo:

„Opšta svrha propisivanja i izricanja krivičnih sankcija je suzbijanje društveno opasnih delatnosti kojima se povređuju ili ugrožavaju društvene vrednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom.“

62. Ako se prilikom određivanja svrhe kazne zatvora za zločine protiv čovječnosti Vijeće može voditi funkcijama kažnjavanja u nacionalnim krivičnim sistemima, to treba učiniti uz dužan oprez. Nadležnost *ratione materiae* Međunarodnog suda bitno je različita od nadležnosti nacionalnih sudova koji moraju sankcionisati sve oblike krivičnih djela, a uglavnom se radi o običnim zločinima. Imajući na umu tu rezervu, korisno je pogledati koje su svrhe i funkcije kazne na nacionalnim sudovima kada se presuđuje za krivična djela koja su iste prirode kao i zločin protiv čovječnosti.

Sudovi koji su nakon Drugog svjetskog rata uspostavljeni u zonama okupacije i koji su osudili počinioce krivičnih djela koja su bila iste prirode kao i zločin protiv čovječnosti, nisu izričito navodili svrhu i funkcije koje su se imale postići kaznama, no veliki broj smrtnih kazni navodi na pomisao da je traženi cilj bilo

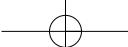


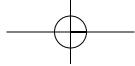
Presude/Dražen Erdemović

odvraćanje i retribucija. Što se tiče nacionalnih civilnih sudova (ne računajući odluke u predmetima *Barbie* i *Touvier* budući da francuski prvostepeni sud ne daje obrazloženja odluke), možemo primjetiti da je u Izraelu, u predmetu *Eichmann*, retribucija igrala važnu ulogu kod izricanja kazne upravo za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti. Sudije Vrhovnog suda Izraela su, potvrđujući osudu i kaznu koju je izrekao okružni sud, izjavile: „... kako u ljudskom jeziku ne postoji riječ za opis takvih djela kao što su ona koja je počinio žalilac, tako i u ljudskom zakonu ne postoji dovoljno teška kazna koja bi bila proporcionalna krivici žalioca.“

63. Sudovi u bivšoj Jugoslaviji koji su izricali presude osobama odgovornim za zločine protiv civilnog stanovništva u ratu, aludirali su, primjenivši odredbe gore citiranog čl. 33 Krivičnog zakona, na svrhu kazne u svjetlu njene individualizacije. Tako je, na primjer, Okružni sud u Šapcu, osudivši na pet godina zatvora osobu koja je na smrt pretukla jednog civila godine 1943., potvrdio da je kazna izrečena u svrhu represije zločina koji ne zastarijeva imala za cilj „doprineti sprečavanju optuženog kao učinjoca da čini krivična dela i njegovom prevaspitavanju, vaspitno uticati na druge (...) uticati na razvoj društvene odgovornosti i discipline građana“, i to pored otežavajućih i olakšavajućih okolnosti koje su uzete u obzir (između ostalog, dob optuženika (19 godina) u trenutku zločina). U jednom drugom predmetu, Okružni sud u Zagrebu, izrekavši godine 1986. najtežu (smrtnu) kaznu jednom bivšem ministru Hrvatske koji je za vrijeme Drugog svjetskog rata naredio deportaciju i smrt stotine civila, izjavio je da je za takve zločine najvažniji princip „generalne preventcije, kao opomena i memento“. Godine 1982., Vrhovni sud Srbije potvrdio je kaznu zatvora na 20 godina optuženiku koji je za vrijeme rata ubio tri civila, zaključivši, pošto je uzeo u obzir okolnosti zločina, način na koji je zločin počinjen, činjenicu da je optuženi učestvovao u ubistvu tri osobe i da je priznao jedno krivično djelo, da kazna koju je izrekao prvostepeni sud „odgovara težini krivičnog dela i društvenoj opasnosti optuženog“. Pregledom osuda za zločine protiv civilnog stanovništva dolazi se do zaključka da su sudovi u bivšoj Jugoslaviji, čini se, najveću pažnju poklanjali preventivnoj funkciji kazne.

64. U svjetlu pregleda međunarodnih i nacionalnih presedana koji se odnose na zločine protiv čovječnosti (ili zločine slične prirode), Vijeće primjećuje važnost koju imaju pojmovi odvraćanja i retribucije. Nadalje, Vijeće takođe smatra da je u kontekstu teških kršenja ljudskih prava koja su počinjena u mirnodopsko vrijeme, ali koja su zbog svoje težine bliska zločinima u nadležnosti Međunarodnog suda, reprobacija (stigmatizacija) jedna od prikladnih svrha kažnjavanja. Jedna od funkcija kazne za zločin protiv čovječnosti leži upravo u stigmatizaciji kriminalnog ponašanja koje je narušilo jednu od temeljnih vrijednosti ne samo





Osudujuća presuda

doticnog društva, već i čovječanstva u cjelini. Takvo je shvatanje inspirisalo i rad ovog Vijeća tokom postupka u skladu sa pravilom 61, s tim da se ni u kojem slučaju nije radilo o osudi, i zatim izrečenoj kazni.

65. S obzirom na gore izložena razmatranja, Međunarodni sud u reprobaciji i javnoj stigmatizaciji od strane međunarodne zajednice, koja na taj način izražava svoje gnušanje nad odvratnošću ovih zločina i žigoše njihove počinioce, vidi jednu od ključnih funkcija kazne zatvora za zločine protiv čovječnosti. Osim toga, ako se sprijeći da krivci izbjegnu zaslужenu kaznu čak i u ograničenoj mjeri, to bi trebalo doprinijeti pomirenju i dozvoliti da napačeno stanovništvo ožali nepravedne smrti.

Usko vezana uz reprobativnu funkciju je opšta prevencija koja je u svim presudama poslijeratnih međunarodnih vojnih sudova imala istaknuto ulogu, kao što smo gore istakli. Vijeće takođe usvaja retribuciju ili „zasluženu kaznu“ kao legitiman motiv prilikom izricanja presude za zločine protiv čovječnosti, pri čemu kazna mora biti proporcionalna težini zločina i moralnoj krivici optuženika.

66. Konačno, čini se da specifičnosti zločina u nadležnosti Međunarodnog suda isključuju mogućnost razmatranja bilo kakve rehabilitativne funkcije kazne. Ipak, zatvorski tretman kojem bude podvrgnut osuđenik u skladu sa čl. 27 Statuta može imati tako nešto za cilj. Bez namjere da kaznu liši svake rehabilitativne funkcije i funkcije popravljanja osuđenika, pogotovo s obzirom na dob optuženog, njegovo fizičko ili psihičko stanje, nivo njegovog angažmana u jednom organizovanom pothvatu (ili sistematskoj radnji) koji je doveo do izvršenja zločina protiv čovječnosti, Vijeće je mišljenja da u ovom trenutku odmjeravanja kazne, ta svrha kažnjavanja mora ustupiti mjesto stigmatizaciji najtežih kršenja međunarodnog humanitarnog prava upravo zato da bi se spriječilo ponavljanje djela.

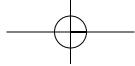
Sudije, naravno, ne bi razmatrali relevantna pravna pitanja u cjelini da ih ne zaokuplja konkretno izvršenje kazne.

D. Izvršenje kazne

67. Prije nego odredni kaznu, Vijeće mora, imajući na umu inherentnu složenost izvršavanja kazne od strane zemalja članica, razmotriti pitanje mesta i režima izvršenja kazne.

1. Nadležnost Pretresnog vijeća

68. Prema Statutu i Pravilniku, kazna zatvora se izdržava u zemlji članici koju odredi Međunarodni sud.



Presude/Dražen Erdemović

Čl. 27 Statuta i pravilo 103 Pravilnika izričito spominju izvršenje kazne i mjesto zatočenja. Vijeće primjećuje da čl. 27 Statuta određuje mehanizam koji se primjenjuje kod izvršenja kazni: odabir zemlje i nadzor Međunarodnog suda nad uslovima zatočenja. Osim toga, Statut i Pravilnik predviđaju da se zatočenje odvija u skladu sa pravilima dotične zemlje, uz nadzor Međunarodnog suda.

69. Vijeće prije svega želi podsjetiti da je u nadležnosti sekretara Međunarodnog suda da pregovara o sporazumu koji Međunarodni sud mora sklopiti sa zemljama u kojima će se eventualno izdržavati kazna. Posebnu ulogu treba dati predsjedniku Suda, koji u tom smislu, kao i predsjednik pre-tresnog vijeća, ima neke ovlasti. Vijeće, stoga, smatra da mjesto izdržavanja kazne treba da odredi sekretar Suda nakon dogovora sa predsjednikom Suda, te uz odobrenje predsjednika vijeća koje je kaznu izreklo.

70. U želji da poštuje princip legaliteta, obezbijedi ispravno provođenje pravde i ravnopravan tretman osuđenika, Vijeće će ovdje ipak razmotriti pitanje mesta i uslova izvršenja kazne.

No, istaknimo prethodno da Vijeće dijeli mišljenje generalnog sekretara da se kazne moraju služiti izvan područja bivše Jugoslavije (S/25704, paragraf 121). Nadalje, smatra da, imajući u vidu situaciju koja vlada u tom području, nije moguće obezbjediti sigurnost osuđenika ili puno poštovanje odluke Međunarodnog suda po tom pitanju.

Princip legaliteta *nulla poena sine lege* mora omogućiti svakom optuženiku da bude upoznat ne samo sa posljedicama eventualne osude za međunarodni zločin i sa zapriječenom kaznom, već i s uslovima izvršenja kazne koja mu bude izrečena.

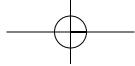
Vijeće se, osim toga, želi pobrinuti da se razlike do kojih može doći prilikom izvršenja kazni smanje.

I na koncu, Vijeće smatra da mora formulisati jedan određeni broj orientira kojima će se osigurati izvršenje sudske odluke u međunarodnom kontekstu i poštovanje prava osuđenika.

2. Temeljna razmatranja

a) Primat Međunarodnog suda

71. Vijeće primjećuje da, prilikom osnivanja Međunarodnog suda, nije predviđena ni jedna odredba koja bi mu dala institucionalna sredstva kojima bi mogao izravno uticati na izvršenje kazni koje je izrekao. Statut i Pravilnik su paralelno nadoknadili taj institucionalni nedostatak tako što su predviđeli jedan indirektni i zajednički instrument izvršenja kazni. Po tom instrumentu,



Osudujuća presuda

kazne Međunarodnog suda izvršavaju se u državama, a njihovo izvršavanje nadzire Međunarodni sud; to se odvija u kontekstu obaveza koje su preuzele sve države da će preuzeti sve mjere potrebne kako bi se izvršile odluke Međunarodnog suda (S/25704, paragraf 125).

Statut i Pravilnik izričito zahtijevaju da države pruže pomoć Međunarodnom суду u izvršenju kazni. Države moraju u tom smislu dati na znanje Savjetu bezbjednosti da su spremne primiti osuđenike u skladu sa čl. 27 Statuta kako bi „obezbjedile izvršenje kazni zatvora u skladu sa svojim internim pravom i procedurama i pod kontrolom Međunarodnog suda“ (S/25704, paragraf 121).

Iz toga slijedi da će država koja se ponudila i koja je za tu svrhu određena osigurati izvršenje izrečene kazne *u ime Međunarodnog suda*, pri čemu će primjeniti međunarodno, a ne svoje interno pravo. Stoga ta država ne može ni u kojem slučaju, čak ni putem izmjene zakona, promjeniti prirodu kazne, kako se ne bi doveo u pitanje njen istinski međunarodni karakter.

Mišljenje Vijeća podupire Rezolucija 3074 (XXVIII) Generalne skupštine Ujedinjenih nacija od 3. decembra 1973. kojom je predviđeno da „države neće preuzimati nikakve zakonodavne ili kakve druge mjere kojima će se moći uticati na međunarodne obaveze koje su države preuzele u pogledu pronalaženja, hapšenja, izručenja i kažnjavanja osoba odgovornih za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti“ (kursiv dodan). (Principi međunarodne saradnje u pronalaženju, hapšenju, izručenju i kažnjavanju osoba odgovornih za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti, paragraf 8)

b) Jednoobraznost i dosljednost

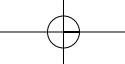
72. Vijeće smatra da iz principa jednakosti pred zakonom proizlazi da ne smije biti bitnih razlika od države do države u izvršenju kazni koje je izrekao neki međunarodni sud, te preporučuje određeni stepen jednoobraznosti i dosljednosti u izvršenju međunarodnih krivičnih sankcija.

Vijeće zaključuje da iz međunarodnog karaktera kazni zatvora koje je odredio Međunarodni sud proizlaze dva ključna elementa: poštovanje trajanja kazne i pridržavanje međunarodnih propisa koji se odnose na uslove zatočenja.

3. Trajanje kazne

73. Čl. 27 Statuta predviđa da će „izvršenje zatvorske kazne biti u skladu sa zakonima koji se primjenjuju u toj državi“, pri čemu se državama daje nadzor nad nekim aspektima izvršenja kazni. Vijeće podsjeća da Međunarodni sud takođe ima nadležnost u izvršenju kazni na osnovu opštег prava nadzora koje mu daje isti član.

Budući da kompetencije Međunarodnog suda i odabrane države nisu jasnije



Presude/Dražen Erdemović

određene, Vijeće je mišljenja da nikakva mjera koju bude preduzela neka država neće moći rezultirati ukinućem zatvorske kazne ili promjenom u smislu smanjenja.

Što se tiče mjera koje utiču na izvršenje kazne, kao što su oprost jednog dijela kazne ili uslovno puštanje na slobodu, koje su na snazi u nekim zemljama, Vijeće može samo preporučiti da se to ima na umu prilikom odabira zemlje. Vijeće izražava želju da sa svim takvim mjerama bude prethodno upoznat predsjednik Međunarodnog suda, koji u skladu sa čl. 28 Statuta ima pravo da bude obaviješten o pomilovanju ili ublažavanju kazne prije nego se pristupi izvršenju takve mjere.

4. Postupanje sa zatvorenicima

74. Međunarodni sud zasniva svoje pravo nadzora nad načinom na koji se postupa sa osuđenicima na temelju čl. 27 Statuta i pravilu 104 Pravilnika.

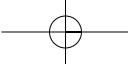
Vijeće smatra da izrečena sankcija i njeno izvršenje moraju uvijek biti u skladu sa najosnovnijim principima humanosti i dostojanstva koji prožimaju međunarodne norme na polju zaštite prava osuđenika, a koje su utvrđene u čl. 10 Međunarodne konvencije o građanskim i političkim pravima, u čl. 5 st. 2 Američke konvencije o ljudskim pravima, a konkretnije kad se radi o kaznama, u čl. 5 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima i čl. 3 Evropske konvencije o ljudskim pravima.

Vijeće se takođe poziva na sljedeće dokumente: Skup minimalnih pravila postupanja sa pritvorenicima; Temeljni principi koji se odnose na postupanje sa pritvorenicima; Skup principa zaštite svih osoba u bilo kojem obliku pritvora ili zatvora; Evropski zatvorski propisi i Pravilnik o pritvorskom postupku prema osobama koje čekaju na redovni sudski ili žalbeni postupak pred Međunarodnim sudom ili su iz nekog drugog razloga pritvorene po ovlašćenju Međunarodnog suda.

Važnost tih principa leži u činjenici da osoba koja je krivično osuđena nije samim time lišena svih svojih prava. U Temeljnim principima koji se odnose na postupanje sa pritvorenicima predviđeno je da „osim kada se radi o ograničenjima koja su nužna posljedica zatočenja, svi pritvorenici moraju i dalje uživati sva ljudska prava i temeljne slobode navedene u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima“ (paragraf 5).

Konačno, Vijeće smatra da kazna izrečena osobama koje su proglašene krimim za teška kršenja humanitarnog prava ne smije biti otežana uslovima izvršenja kazne.

75. Vijeće, osim toga, upozorava na neizbjegnu izolaciju u kojoj će se naći osuđenici koji će morati izdržavati kazne u institucijama često vrlo udaljenim



Osudujuća presuda

od rodnih mjesta. Tome se još moraju pridodati kulturološke i jezičke razlike koje će ih odvajati od ostalih zatvorenika. Ova je situacija još izraženija za osuđenike koji su sarađivali sa tužiocem jer se može prepostaviti da će oni biti isključeni iz grupe kojoj bi inače pripadali.

* * *

U svjetlu principa koje je upravo istaklo, Vijeće će sada razmotriti zbir relevantnih elemenata i podataka koji se odnose na konkretni slučaj, a koji su izneseni i argumentovani od strane zastupnika na raspravama, kako bi u skladu s odredbama pravila 100 Pravilnika moglo donijeti odgovarajuću presudu.

III. SLUČAJ

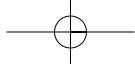
A. Relevantne činjenice

76. Vijeće podsjeća da su djela za koja se tereti Dražen Erdemović počinjena u kontekstu događaja koji su uslijedili nakon pada srebreničke enklave. O tim je događajima javno svjedočeno na raspravama održanim u okviru pravila 61 Pravilnika u predmetu *Tužilac protiv Radovana Karadžića i Ratka Mladića*. Tom su prilikom navedena krivična djela potvrđena od velikog broja svjedoka, uključujući i optuženog. Vijeće želi istaći da Dražen Erdemović nije sporio navedene događaje ni u svojoj izjavi o krivici.

Dana 6. jula 1995, srebreničku enklavu napala je vojska bosanskih Srba. U to vrijeme, enklava je na osnovu Rezolucije 819 Savjeta bezbjednosti Ujedinjenih nacija bila proglašena zaštićenom zonom koja ne smije biti izložena nikakvoj vojnoj ofanzivi, niti kakvom drugom neprijateljskom činu. Napad je trajao do 11. jula 1995, kojeg datuma je Srebrenica pala u ruke snaga bosanskih Srba.

Nakon pada enklave uslijedio je bijeg hiljada muslimanskih civila: jedni su potražili sklonište u bazi UN u Potočarama, a drugi, njih oko petnaest hiljada, bježali su kroz šumu u pravcu Tuzle, odnosno teritorija pod kontrolom bosanske vlade.

Nakon što su ih pripadnici vojske i policije bosanskih Srba odvojili od žena i djece, jedan je broj muslimanskih muškaraca, koji su potražili sklonište u Potočarama, autobusima iz enklave odvezeni na razne lokacije kako bi tamo bio pogubljen. Od onih muškaraca koji su bježali u pravcu Tuzle, veliki je broj uhvatila vojska ili policija bosanskih Srba ili su se sami predali. Neki su pogubljeni na licu mesta, a drugi su razvrstani u grupe i na kraju ubijeni na raznim lokacijama.



Presude/Dražen Erdemović

77. Prema iskazu koji je jedan svjedok, istražitelj iz Ureda tužioca, dao na raspravi, identifikovano je nekoliko takvih mjesta. Tvrđnje tog svjedoka zasnivaju se na izjavama optuženog koje su potvrđene u istrazi i nalazima Tužilaštva. Riječ je, ponajprije, o farmi Branjevo u Pilici, gdje su, prema iskazu optuženog na raspravi, vojnici jedinice kojoj je pripadao i sam optuženi pogubili oko 1.000 Muslimana; Dražen Erdemović je priznao svoje učešće u tim masakrima. Ekshumacijama koje su vršene na licu mjesta otkrivena su 153 leša, od kojih je polovica imala ruke vezane na leđima, te lične karte koje su pripadale žrtvama, bosanskim Muslimanima rodom iz srebreničke regije. Istragom na licu mjesta došlo se i do „određene količine odjeće, cipela, ljudskih ostataka, što sve ukazuje na to da se u blizini nalazi masovna grobnica“. Postojanje te masovne grobnice je uostalom potvrđeno i zračnim snimcima koji su sačinjeni na dan kad su se desili događaji, a Vijeću su prikazani na raspravi 19. novembra. Drugo takvo mjesto je Dom kulture u Pilici, u opštini Zvornik, gdje su pripadnici X diverzantskog odreda, prema iskazu optuženog, pogubili oko 500 Muslimana. Službenici Tužilaštva su imali priliku posjetiti tu zgradu i njihovi nalazi potvrđuju da se tamo mogao desiti masakr. Osim toga, Vijeću su na raspravi podnesene fotografije na kojima se vide tragovi metaka, krvi, ostataka ljudskih tijela i kose.

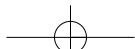
78. Vijeće će sada iznijeti djela za koja se tereti Dražen Erdemović onako kako su navedena u optužnici i kako ih je optuženi formalno priznao kad je dao izjavu o krivici i to pojasnio na raspravama 19. i 20. novembra 1996.

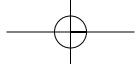
Ujutro 16. jula, Dražen Erdemović i sedam pripadnika X diverzantskog odreda vojske bosanskih Srba dobili su naređenje da napuste bazu u Vlasenici i odu na farmu u Pilici, sjeverozapadno od Zvornika. Po dolasku na određeno mjesto, njihovi nadređeni su ih obavijestili da će iz Srebrenice tokom cijelog dana stizati autobusi sa civilima, bosanskim Muslimanima, starim od 17 do 60 godina, koji su se predali policiji ili vojsci bosanskih Srba.

U 10 sati ujutro, pripadnici vojne policije počeli su iz prvih autobusa u grupama po deset izvoditi civile, sve muškarce, i sprovoditi ih do polja u blizini gospodarskih zgrada gdje su ih zatim postrojili leđima okrenute streljačkom vodu. Streljački vod u sastavu pripadnika X diverzantskog odreda, među kojima je bio i Dražen Erdemović, zatim ih je strijeljao, i to, u slučaju optuženog, iz automatskog oružja. Smaknuća su se nastavila do otprilike 15 sati.

Optuženi je procijenio da je bilo ukupno dvadesetak autobusa s otprilike po 60 muškaraca i dječaka. Takođe procjenjuje da je on sam ubio oko 70 osoba.

79. Kad je riječ o posebnim okolnostima koje su navele optuženog da počini zločin koji mu se stavlja na teret, Vijeće će ih navesti onako kako su bile izne-





Osudujuća presuda

sene u prilog njegove odbrane. Vijeće će zatim ispitati kakva im je dokazna vrijednost i eventualni olakšavajući karakter.

Dražen Erdemović je izjavio da je nakon služenja vojnog roka u vojnoj policiji u JNA u Beogradu bio poslan u Slavoniju. Dalje, izjavljuje da je tamo služio zajedno sa vojnicima različitog porijekla, Slovencima, Mađarima, Srbima i Albancima, sve do marta 1992.

U maju ili julu 1992. dobio je, kako tvrdi, poziv da pristupi vojsci Bosne i Hercegovine, iako nije želio učestvovati u ratu. U tom smislu naglašava činjenicu da se nije odazvao na jedan prethodni poziv kasarne u Tuzli. Navedenu je vojsku napustio u novembru iste godine.

Zatim je, po vlastitim riječima, mobilisan u tada osnovano Hrvatsko vijeće obrane (HVO) gdje je služio do 3. novembra 1993. kada je tu vojsku napustio. Njegova je situacija u HVO-u postala neizvjesna, pogotovo nakon što su ga vojnici HVO-a uhapsili i tukli jer je pomagao srpskim ženama i djeci da pređu na svoju teritoriju.

Optuženi dalje izjavljuje da je otišao u Republiku Srpsku u Bosni gdje je od jednog čovjeka trebao dobiti lične dokumente koji bi mu omogućili da zajedno sa suprugom ode u Švicarsku.

Pošto ga je taj čovjek iznevjerio, Dražen Erdemović je nekih pet mjeseci lutao po Republici Srpskoj i Srbiji u nastojanju da izbjegne odlazak u rat.

Optuženi izjavljuje da se vojsci bosanskih Srba priključio u mjesecu aprilu 1994. godine. Njegov izbor da se priključi toj vojsci posljedica je činjenice da mu je trebao novac da prehrani sebe i suprugu, da je želio dobiti lične dokumente kako bi se mogao slobodno kretati i „osigurati neki status kao Hrvat u Republici Srpskoj“. Kaže da je odabrao X diverzantski odred jer u njemu nije bilo samo Srba već i „nekoliko Hrvata, jedan Slovenac i jedan Musliman“.

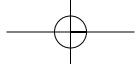
O zadacima tog odreda optuženi izjavljuje da je odred bio zadužen samo za akcije izviđanja položaja Armije Bosne i Hercegovine, obilaske njihovog teritorija i postavljanje eksploziva u njihovo artiljerijsko naoružanje.

Optuženi tvrdi da je imao prilike spasiti život jednom čovjeku. Ta je osoba o tom događaju i svjedočila pred ovim Vijećem.

Dražen Erdemović tvrdi da je u toj vojsci dobio čin poručnika ili narednika, te da je vršio dužnost komandira jedne male jedinice.

Izjavljuje, zatim, da nije imao nikakvih problema do oktobra 1994. kada su jedinici pristupili nacionalistički orientirani vojnici i kada je imenovan novi zapovjednik jedinice, poručnik Milorad Pelešić. Takođe je rekao da je tom poručniku nadređeni bio pukovnik Salapura iz obavještajnog centra VRS.

Optuženi tvrdi da je čin izgubio dva mjeseca nakon što ga je dobio, uglavnom zato što je odbio izvršiti zadatok koji je mogao dovesti do „civilnih žrtava“. Nakon oduzimanja čina, optuženi, kako tvrdi, nije bio više u poziciji da se suprotstavlja naređenjima nadređenih.



Presude/Dražen Erdemović

80. Dana 16. jula 1995, Dražen Erdemović je, prema vlastitim riječima, od Brane Gojkovića, koji je zapovijedao operacijama na farmi Branjevo u Pilici, dobio naređenje da se zajedno sa još sedmoricom pripadnika svoje jedinice pripremi za jedan zadatak o kojem tada nisu ništa znali. Optuženi tvrdi da su pripadnici jedinice tek po dolasku na lice mjesta bili obaviješteni da će morati ubiti na stotine Muslimana. Tvrdi da je odmah odbio da to uradi, ali da mu je odmah priječeno smrću: „Ako nećeš, stani tamo s njima ili daj drugima pušku da pucaju u tebe“. Optuženi izjavljuje da je siguran da bi bio ubijen, ili da bi njegova žena i dijete bili direktno ugroženi da nije izvršio naređenje. Tvrdi da je vidio kad je Milorad Pelemiš naredio da netko ko je odbio naređenje bude ubijen. Usprkos svemu, optuženi je, kako tvrdi, pokušao spasiti jednog čovjeka starog između 50 i 60 godina koji je tvrdio da je spasio neke Srbe iz Srebrenice. Brano Gojković mu je tada odgovorio da ne želi da bude živih svjedoka zločina.

81. Dražen Erdemović tvrdi da se nakon toga suprotstavio naređenju jednog potpukovnika da učestvuje u egzekuciji pet stotina Muslimana koji su bili zatočeni u Domu kulture u Pilici. Taj je zločin bio u stanju izbjegći jer su ga u odbijanju naređenja podržala trojica drugova.

Prema vlastitim riječima, optuženoga je, zajedno sa još dvojicom drugova, nekoliko dana nakon ovih događaja pokušao iz vatrenog oružja ubiti Stanko Savanović, jedan od njegovih kolega. Optuženi tvrdi da je taj čin bio kazna za to što je odbio da učestvuje u smaknućima i sumnjiči Stanka Savanovića da je djelovao po naređenju pukovnika Salapure.

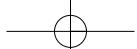
Teško ranjen, optuženi se liječi prvo u bolnici u Bijeljini, a zatim i u Beogradu. Izjavljuje da je po izlasku iz vojne bolnice u Beogradu, gdje je boravio oko mjesec dana, mučen svim onim što mu se desilo, stupio u kontakt sa jednom novinarkom kojoj je povjerio svoju priču.

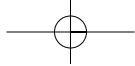
Dva dana nakon toga, uhapsila ga je, kako tvrdi, Služba državne bezbjednosti Republike Srbije, nakon čega je iz Novog Sada prebačen na Međunarodni sud kako bi mu se tamo sudilo.

U Hag je stigao 30. marta 1996. Odmah je sve priznao službenicima Tužilaštva, kao što je to prethodno uradio i pred sudom u Novom Sadu.

Sve vrijeme davanja iskaza na raspravi, optuženi je ponavljao kako mrzi rat i nacionalizam i kako se duboko kaje zbog svog kriminalnog postupka. Više puta je rekao da je imao prijatelje raznog porijekla, Srbe, Hrvate i Bosance.

82. Vijeće smatra da zbir navedenih događaja, onako kako se stavljuju na teret Draženu Erdemoviću i kako ih je sam ispričao u svoju odbranu, predstavljaju elemente koji će Vijeću omogućiti da utvrdi i težinu krivičnog djela i okolnosti koje bi mogle smanjiti kaznu. Sada ćemo razmotriti sve te elemente kako bismo mogli obrazložiti kaznu.





Osudujuća presuda

B. Obrazloženje i osnov za izricanje kazne

1. Inkriminacija

83. Vijeće podsjeća da se o inkriminaciji za zločin protiv čovječnosti ne može valjano raspravljati budući da se Dražen Erdemović izjasnio krivim za tu tačku optužnice. Osim toga, zbir činjenica koje se odnose na pad Srebrenice i u čiji se okvir smješta učešće optuženog okvalifikovan je zločinom protiv čovječnosti u predmetu protiv Radovana Karadžića i Ratka Mladića u odluci koju je ovo Pretresno vijeće donijelo 11. jula 1996. u skladu sa pravilom 61 Pravilnika. Vijeće smatra da se individualna odgovornost optuženog zasniva na čl. 1 i 7.1 Statuta na temelju kojih Međunarodni sud ima punu nadležnost da sudi ne samo, kao što to tvrdi i odbrana optuženog, *velikim zločincima* kao u Nurnbergu, već i izvršiocima.

2. Obrazloženje i osnov za utvrđivanje težine krivičnog djela, olakšavajućih okolnosti i svih drugih elemenata relevantnih za odmjeravanje kazne

84. U skladu sa pravnim principima koje je gore u tekstu istaklo (II.C.1), Vijeće predlaže da sada razmotri sve faktore koji su takve prirode da omogućuju individualizaciju kazne. Vijeće će u tu svrhu iznijeti sve elemente koji mogu karakterisati težinu počinjenog zločina protiv čovječnosti, kao i elemente lične situacije optuženog, posebno što se tiče olakšavajućih okolnosti na koje se poziva, te će analizirati dokaznu vrijednost tih elemenata.

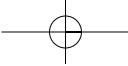
a) Težina krivičnog djela

85. Tužilac je težinu krivičnog djela naglasio u podnesku kojeg je podnio Vijeću 11. novembra 1996. i na raspravi u svojoj završnoj riječi: „Ubistvo 1.200 nenaoružanih civila u vremenu od pet sati, 16. jula 1995, zločin je pričineno velikih razmjera. Prema svojim tvrdnjama, g. Erdemović je odgovoran za ubistvo između 10 i 100 lica. Njegova uloga u toj masovnoj egzekuciji je, dakle, značajna“. Vijeće primjećuje da je korišteno automatsko naoružanje. Vijeće smatra da je izuzetna težina zločina, počinjenog pod opisanim okolnostima, utvrđena.

b) Olakšavajuće okolnosti

86. Vijeće razlikuje dvije kategorije olakšavajućih okolnosti koje su kao najvažnije naveli Dražen Erdemović i njegov branilac i koje je pomenuo i tužilac:

- okolnosti koje su istovremene sa krivičnim djelom: stanje neuračunljivosti na koje se pozivala odbrana, stanje krajnje nužde u kojem se našao Dražen



Presude/Dražen Erdemović

Erdemović proisteklo iz prinude uslijed naređenja i prijetnji nadređenih, te njegov potčinjeni položaj u vojnoj hijerarhiji;

- okolnosti koje su nastale nakon počinjenih krivičnih djela, a odnose se na držanje optuženog: grižnja savjesti i saradnja sa Tužilaštvom.

Vijeće će, nadalje, razmotriti neke elemente ličnosti Dražena Erdemovića u svjetlu njegovog svjedočenja, iskaza koje su na raspravi dali svjedoci X i Y, izvještaja medicinskih vještaka i završne riječi njegovog branioca.

i) Okolnosti istodobne sa krivičnim djelom

87. Prije nego pređe na analizu olakšavajućih okolnosti, Vijeće želi podsjetiti na pravilo 89 (C) Pravilnika koje predviđa da „Vijeće može dopustiti izvođenje svakog relevantnog dokaza za koji smatra da ima dokaznu vrijednost“. U tom smislu Vijeće zahtijeva potvrdu optuženikovih izjava posebnim dokazima.

a. Mentalno stanje optuženog u trenutku zločina

88. Branič optuženog je u završnoj riječi istakao da „... je nakon dobijanja naredbe i neuspelog odbijanja izvršenja kod optuženog Erdemovića zbog egzistencijalnog straha nastupilo pomračenje svesti, da on bukvalno nije imao niti mogao imati svoju slobodnu volju, niti je po slobodnoj volji htio delo, već je to bila volja i htjenje komande“.

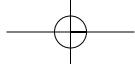
Vijeće napominje da se iz dva izvještaja vještaka, koja su podnesena Vijeću 27. juna i 4. jula 1996, ne mogu izvući nikakvi zaključci o duševnom stanju optuženog u trenutku zločina.

Vijeće zaključuje da ni svjedočenja, ni izvještaji vještaka ne potvrđuju da se Dražen Erdemović u trenutku događaja nalazio u takvom stanju kakvo je opisao njegov branič.

b. Stanje krajnje nužde proisteklo iz prinude i naređenja nadređenog

89. U skladu sa principima koje je Vijeće već navelo u vezi sa relevantnim elementima za koje traži dokaz, Vijeće je tokom rasprava 19. i 20. novembra postavilo određen broj pitanja:

- Da li je optuženi mogao izbjegići situaciju u kojoj se zatekao?
- Da li je optuženi bio suočen sa nepremostivim naređenjem od kojeg se nikako nije mogao izvući?
- Da li je optuženi, ili neki član njegove uže porodice, bio u neposrednoj ili kratkoročnoj smrtnoj opasnosti?
- Da li je optuženi imao moralnu slobodu da se suprotstavi dobijenom naređenju? Da li ju je mogao imati, da li je pokušao da se suprotstavi naređenju?



Osudujuća presuda

90. Kao što je već istaklo, Vijeće je svjesno da su izjave optuženog omogućile Tužilaštvu da pokrene i usmjeri istrage u vezi sa padom Srebrenice i pokoljima na farmi Branjevo i u Domu kulture u Pilici. Čini se, stoga, da se cijelokupnom iskazu optuženog može pripisati određena vjerodostojnost. Osim toga, Vijeću je poznata opšta atmosfera koja je vladala u Srebrenici u trenutku navedenih događaja.

91. No, Vijeće mora da konstatuje da za okolnosti koje optuženog lično impliciraju, i koje bi, kad bi bile dokazane, tvorile osnov za priznavanje olakšavajućih okolnosti, odbrana nije izvela nijednog svjedoka, nije dostavila nikakav izvještaj o vještačenju ili kakav drugi element koji bi potvrdio njene navode. Sudije, stoga, smatraju da ne mogu da prihvate odbranu koja se zasniva na krajnjoj nuždi.

c. Potčinjeni položaj u vojnoj hijerarhiji

92. Vijeće uzima na znanje činjenicu da je optuženi na raspravama 5. jula, te 19. i 20. novembra 1996. izjavio da je dobio čin narednika i da je obavljao dužnosti komandira jedne manje jedinice, kao i činjenicu da je, prema vlastitim riječima, taj čin izgubio prije nego što su se desili događaji koji mu se stavljuju na teret. No, Vijeće konstatuje da ni jedan dokument sa sigurnošću ne utvrđuje njegov čin u vojnoj hijerarhiji.

93. Vijeće primjećuje, osim toga, da je tužilac u svojoj završnoj riječi potvrdio da je „gospodin Erdemović bio pripadnik nižeg ranga vojske bosanskih Srba koji je slijedio naređenja“.

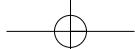
94. Vijeće primjećuje da optužnica, koja Dražena Erdemovića opisuje kao „vojnika X diverzantskog odreda“, optuženom ne pripisuje nikav čin i podsjeća da se optuženi izjasnio krivim za djela onako kako su opisana u optužnici.

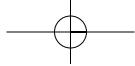
95. Sudije, stoga, smatraju da Dražen Erdemović, star 23 godine u trenutku događaja, nije imao nikakav položaj vlasti.

ii) Okolnosti nakon izvršenja krivičnih djela

a. Grižnja savjesti

96. Osjećaj grižnje savjesti Dražena Erdemovića, koji tužilac smatra iskrenim, mora se analizirati u svjetlu iskaza, njegovog držanja i mišljenja medicinskih vještaka.





Presude/Dražen Erdemović

Vijeće, prije svega, primjećuje koherentnost različitih verzija događaja koje je iznio optuženi. On je, i to u više navrata, priznao svoje učešće u pokolju u Srebrenici i nedvosmisleno, na spontani način, izrazio svoju odgovornost za navedena djela. Na raspravi koja je održana u skladu sa pravilom 61 Pravilnika, izjavio je da „želi svjedočiti za svoju savjest“ i da žali što se to desilo. Zatim je na raspravama u njegovom predmetu ponovio da mu je žao što je učestvovao u tim egzekucijama.

97. Vijeće, nadalje, uzima na znanje činjenicu da je optuženi pokazao grižnju savjesti djelom i ponašanjem, i to na postojan način. Ti elementi se očituju, s jedne strane, u njegovoј volji da se bez prigovora preda Međunarodnom sudu kako bi odgovarao za svoja djela, a s druge strane, u činjenici da je izjavio da se osjeća krivim, što ga je dovelo u situaciju da bude osuđen.

98. Konačno, iz nalaza vještaka koje pominje odbrana, može se zaključiti da je Dražen Erdemović godinu dana nakon događaja patio do posttraumatskog šoka koji se manifestirao depresivnim stanjima praćenim osjećajem krivice zbog ponašanja za vrijeme rata u bivšoj Jugoslaviji.

Vijeće će prilikom utvrđivanja kazne uzeti u obzir osjećaj grižnje savjesti.

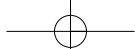
b. Saradnja sa Tužilaštvom

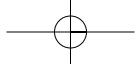
99. U podnesku Vijeću, kao i na raspravi, tužilac je više puta pomenuo saradnju optuženog, koju je okarakterisao kao značajnu, „punu i sveobuhvatnu“. Prema mišljenju tužioca, „g. Erdemović je znatno pomogao Tužilaštvu, a njegova je saradnja bila i ostala spontana i bezuslovna“. Istakao je da Tužilaštvo optuženom nije dalo nikakva obećanja u zamjenu za saradnju.

Tužilac je sažeto iznio informacije koje mu je dao optuženi. U tom pogledu je izjavio da ga je Dražen Erdemović upoznao sa četiri događaja. To su:

1. smaknuće po kratkom postupku jednog civila Muslimana u Srebrenici 11. jula 1995;
2. smaknuće po kratkom postupku jednog muslimanskog zarobljenika u Vlasenici;
3. detalji o pokolju na farmi Branjevo u Pilici gdje je ubijeno 1.200 civila;
4. detalji o pokolju u Domu kulture u Pilici gdje je ubijeno oko 500 civila.

Tužilac je podvukao činjenicu da nije znao za navedene događaje prije nego što mu ih je optuženi ispričao. Osim toga, izjavio je da je Tužilaštvo na osnovu tih informacija provelo istragu na licu mjesta koja je uvelike potvrdila istinitost tih navoda.





Osudujuća presuda

Tužilac je tokom rasprave Vijeću prezentirao određen broj dokaznih predmeta koji su potvrdili događaje na farmi Branjevo i uz pomoć kojih je bilo moguće uspostaviti vezu između farme i škole u Pilici. Tužilac je takođe izjavio: „Bez svjedočenja Dražena Erdemovića mi ne bismo mogli samo istragom otkriti mjesto egzekucije zarobljenika koji su bili zatvoreni u školi u Pilici.“

Nadalje, u sklopu istrage o događajima koji su uslijedili nakon pada Srebrenice, tužilac je svratio pažnju Vijeća na činjenicu da su „informacije koje je dao g. Erdemović omogućile da se stekne bolji uvid u geografsko područje gdje su se desili masakri i potvridle druge dokaze kojima je raspolagalo Tužilaštvo u vezi s egzekucijom civila iz Srebrenice“. Te su izjave takođe „omogućile da se potvrdi da su ubistva bila planirana i sistematična“. Prema iskazu svjedoka iz Ureda tužioca, informacije koje je dao optuženi imale su „posljedice koje su bile od osobitog interesa za istragu o logističkoj podršci koja je pokrenuta kako bi se obavile egzekucije“.

100. Što se tiče kvalitete dostavljenih informacija, tužilac je naznačio da optuženi ne samo da je sarađivao po pitanju samih događaja, već je dostavio i određeni broj imena osoba koje su za te događaje odgovorne. Tužilac je naglasio važnost informacija o Drinskom korpusu i strukturi vojske bosanskih Srba.

Konačno, optuženi je svojim iskazom dao ključni doprinos raspravama koje su održane u skladu sa pravilom 61 Pravilnika u predmetu protiv Radovana Karadžića i Ratka Mladića, koje su rezultirale izdavanjem međunarodnih potjernica.

101. S obzirom na sve što smo ovdje iznijeli, Vijeće je mišljenja da se saradnji optuženog sa Tužilaštvom mora dati značajna uloga u ublažavanju kazne.

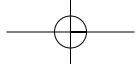
iii) Crte ličnosti

102. Dražen Erdemović je rođen u Tuzli, u Bosni i Hercegovini, Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija, godine 1971. Bosanski je državljanin i smatra se Hrvatom iz Bosne i Hercegovine. Ti podaci nisu osporavani ni kontradicirani.

103. Dražen Erdemović je završio osam godina osnovne škole i tri godine srednje tehničke škole, gdje je stekao zvanje bravara.

104. Njegova nevjenčana supruga, Srpkinja iz Bosne i Hercegovine, majka je njegovog muškog djeteta, rođenog 21. oktobra 1994.

105. Prema vlastitom iskazu, optuženi je odrastao u multietničkom okruženju u nenacionalističkoj atmosferi. Prije rata, imao je prijatelje iz svih



Presude/Dražen Erdemović

etničkih grupa, Srbe, Hrvate i Muslimane, sa kojima je bio u srdačnim odnosima. Za vrijeme služenja vojnog roka u JNA (vojska SFRJ), počevši od decembra 1990., družio se sa vojnicima raznog etničkog porijekla, Slovencima, Srbima, Mađarima i Albancima. Uostalom, izjavio je da je radije pristupio X diverzantskom odredu vojske Republike Srpske nego nekoj drugoj jedinici, zato što je tamo bilo „nekoliko Hrvata, jedan Slovenac i jedan Musliman“. Tvrdi da je na izborima u Tuzli glasao za reformiste koji su bili protivnici rata.

106. Dok je bio u vojnoj policiji HVO-a, Dražen Erdemović je navodno, kako sâm kaže, pomagao Srbima da pređu na teritorij pod kontrolom bosanskih Srba, zbog čega je bio kažnjen i nakon čega je napustio HVO. U trenutku događaja, bezuspješno se zalagao za jednog Muslimana koji je tvrdio da je pomagao Srbima.

107. Svjedok X je izjavio da je Dražena Erdemovića poznavao kad su bili u istoj jedinici vojne policije HVO-a. U avgustu 1994. uhapsila ga je jedna jedinica vojske Republike Srpske, a Dražen Erdemović mu je navodno „spasio život“ tako što je intervenisao da ga oslobode.

108. Svjedok Y je rekao da poznae Dražena Erdemovića od januara 1993, iz jednog društva gdje je bilo pripadnika raznih etničkih grupa. Prema riječima ovog svjedoka, optuženi je bio miran i vedar čovjek „koji je volio društvo“, „mrzio rat i vojsku a (...) morao je otići u rat“ i nije bio nacionalista.

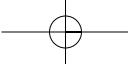
109. U trenutku događaja, Dražen Erdemović je imao 23 godine.

110. U psihološkim i psihijatrijskim izvještajima, koje je citirala i odbранa, na pitanja koja su postavile sudije u vezi s opasnošću koju predstavlja optuženi po okolinu, njegovoj sposobnosti da primi kaznu i izgledima za budućnost, izričito je odgovoreno da optuženi „nije osoba opasna za okolinu „ i da se nje-govo sadašnje fizičko i psihičko stanje normalizovalo.

S obzirom na sve razmotrene okolnosti, Vijeće je odlučilo će na pozitivan način uzeti u obzir relativno mladu životnu dob optuženog u vrijeme događaja, njegovu trenutnu porodičnu situaciju, činjenicu da nije opasan, pomoć koju je na licu mjesta pružio svjedoku X i zbir crta ličnosti koje ukazuju na osobu koja se može popraviti.

* * *

Na kraju analize svih elemenata koje je imalo na raspolaganju i koje su strane iznijele na raspravama kontradiktornog karaktera, Vijeće smatra da, s



Osudujuća presuda

obzirom na inherentnu težinu zločina koje je počinio i individualne okolnosti izvršenja zločina, u slučaju Dražena Erdemovića treba uzeti u obzir olakšavajuće okolnosti koje se, s jedne strane, zasnivaju na sljedećim elementima:

- dobi optuženika u trenutku događaja i potčinjenom položaju koji je imao u vojnoj hijerarhiji;
 - grijžnji savjesti koju je pokazao, volji da se preda Međunarodnom sudu, izjavi o krivici i saradnji koju je pružio Tužilaštvo;
 - činjenici da sada nije opasan za okolinu, te popravljivom karakteru njegove ličnosti;
- s druge strane,
- na činjenici da će izrečenu kaznu izdržavati u zatvoru udaljenom od svoje zemlje.

C. Određivanje kazne

Tužilac je u svojoj završnoj riječi predložio da kazna zatvora koju izrekne Vijeće ne prelazi 10 godina.

Odbrana je, u prvom redu, tražila oslobođenje od kazne, a kao alternativu, ublaženje kazne koja može ići do godine dana.

Vijeće smatra, uvezši u obzir pravne elemente i iznesene činjenice koje je ispitalo i zadržalo, da Dražena Erdemovića treba osuditi, u svrhu kažnjavanja zločina protiv čovječnosti za koji se izjasnio krivim, na kaznu zatvora u trajanju od deset godina, u koju se ima uračunati vrijeme provedeno u pritvoru, u skladu s odredbama pravila 101 (E) Pravilnika.

IV. DISPOZITIV ODLUKE

Pretresno vijeće I

IZ NAVEDENIH RAZLOGA

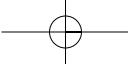
na javnoj raspravi u prisustvu stranaka i na prvostepenom procesu,

U SKLADU SA članovima 23, 24 i 27 Statuta i pravilima 100, 101 i 103 Pravilnika,

S OBZIROM NA optužnicu koja je potvrđena 29. maja 1996,

S OBZIROM NA izjavu Dražena Erdemovića od 31. maja 96, kada je izjavio da se osjeća krivim za zločin protiv čovječnosti, prema članu 5(a) Statuta,

RAZMOTRIVŠI podneske objiju strana,



Presude/Dražen Erdemović

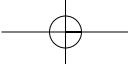
SASLUŠAVŠI završnu riječ Tužilaštva i odbrane,
U SVRHU KAŽNJAVAÑJA ovog zločina
OSUĐUJE Dražena Erdemovića, rođenog 25. novembra 1971. u Tuzli,
na zatvorsku kaznu u trajanju od deset godina;
ODLUČUJE da će se od ukupne kazne oduzeti razdoblje koje je osuđeni proveo
u pritvoru prije nego što je bio prebačen na Međunarodni sud i prije nego što
mu je ovo Vijeće izreklo presudu, odnosno od 3. marta 1996. do današnjeg
dana;
ODLUČUJE da će sekretar Suda nakon savjetovanja sa predsjednikom Suda i
uz odobrenje predsjednika ovog Pretresnog vijeća odrediti državu u kojoj će se
kazna služiti;
ODLUČUJE da ova presuda stupa na snagu odmah.

Sastavljeno na francuskom i engleskom, od kojih se francuska verzija smatra
originalom.

/potpis na originalu/
Claude Jorda, predsjednik Pretresnog vijeća I

Dana 29. novembra 1996.
U Hagu, Nizozemska

[pečat Međunarodnog suda]



PRED ŽALBENIM VIJEĆEM

U sastavu:

predsjedavajući sudija Antonio Cassese,
sudija Gabrielle Kirk McDonald
sudija Haopei Li
sudija Ninian Stephen
sudija Lal Chand Vohrah

Sekretar: gđa Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh

Presuda od: 7. oktobra 1997.

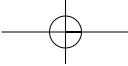
TUŽILAC protiv DRAŽENA ERDEMOVIĆA **PRESUDA**

Tužilaštvo:

g. Grant Niemann
g. Payam Akhavan

Odbojna podnosioca žalbe:

g. Jovan Babić



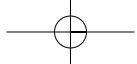
I. UVOD

1. Pred Žalbenim vijećem Međunarodnog suda za krivično gonjenje lica odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava, počinjena na teritoriji bivše Jugoslavije (dalje u tekstu: Međunarodni sud), nalazi se žalba koju je podnio Dražen Erdemović (dalje u tekstu: podnositelj žalbe) protiv Presude o kazni koju je donijelo Pretresno vijeće I dana 29. novembra 1996. (dalje u tekstu: presuda). Tom je presudom Pretresno vijeće osudilo podnositoga žalbe na zatvorsku kaznu u trajanju od 10 godina, nakon što se podnositelj žalbe izjasnio krivim za zločin protiv čovječnosti po jednoj tački optužnice, za učestvovanje u pogubljenju oko 1.200 nenaoružanih muslimanskih civila na poljoprivrednom dobru Branjevo u blizini mjesta Pilice u istočnoj Bosni 16. jula 1995, nakon pada Srebrenice koja je tada bila „bezbjedna zona“ Ujedinjenih nacija.

2. Činjenice relevantne za ovu žalbu mogu se iznijeti ovako. Podnositelj žalbe je prebačen u pritvor Međunarodnog suda 30. marta 1996. vezano za tužiočevu istragu o teškim kršenjima međunarodnog humanitarnog prava koja su navodno počinjena nad civilnim stanovništvom u Srebrenici i u njenoj okolini u julu 1995. Prije premještaja, podnositelj žalbe se od 2. marta 1996. nalazio u pritvoru vlasti Savezne Republike Jugoslavije i to vezano za njihovu istragu tih istih događaja. Dana 29. maja 1996, Pretresno vijeće II zatražilo je od Savezne Republike Jugoslavije da ustupi Međunarodnom судu nadležnost za vođenje svih istraga i krivičnih postupaka u vezi sa teškim kršenjima međunarodnog humanitarnog prava koja je podnositelj žalbe navodno počinio u Srebrenici i u njenoj okolini u julu 1995.

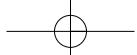
3. Protiv podnositoga žalbe je 29. maja 1996. podignuta optužnica u kojoj se po jednoj tački tereti za zločin protiv čovječnosti, a u alternativnoj tački za kršenje ratnog prava i običaja. U optužnici se navode sljedeće činjenice:

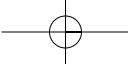
1. Dana 16. aprila 1993, Savjet bezbjednosti Ujedinjenih nacija, postupajući u skladu sa glavom VII Povelje UN, usvojio je Rezoluciju 819 kojom je zahtijevao da sve sukobljene strane u Republici Bosni i Hercegovini tretiraju Srebrenicu i okolno područje kao zaštićenu zonu koja ne smije biti izložena nikakvom oružanom napadu ili drugom neprijateljskom činu. Rezolucija 819 ponovo je potvrđena Rezolucijom 824 od 6. maja 1993. i Rezolucijom 836 od 4. juna 1993.
2. Dana 6. jula 1995. ili približno tog datuma, vojska bosanskih Srba započela je napad na Srebrenicu - zonu pod zaštitom UN. Ovaj napad je trajao do 11. jula 1995, kada su prve jedinice vojske bosanskih Srba ušle u Srebrenicu.



Presuda Žalbenog vijeća

3. Na hiljade bosanskih Muslimana - civila, koji su ostali u Srebrenici za vrijeme ovog napada, pobjeglo je u bazu UN u Potočarama i potražilo zaklon unutar i oko baze.
4. Između 11. i 13. jula 1995. godine, vojne snage bosanskih Srba su po kratkom postupku pogubile nepoznat broj bosanskih Muslimana u Potočarama i Srebrenici.
5. Između 12. i 13. jula 1995. godine, bosanski Muslimani - muškarci, žene i djeca, koji su potražili zaštitu unutar i oko baze UN u Potočarama, ukrcani su u autobuse i kamione pod kontrolom vojnih i policijskih snaga bosanskih Srba i odvezeni izvan srebreničke enklave. Pre ulaska u autobuse i kamione, bosanski Muslimani - muškarci su razdvojeni od žena i djece a zatim transportovani u razne sabirne centre oko Srebrenice.
6. Druga grupa od otprilike 15.000 bosanskih Muslimana - muškaraca, sa nešto žena i djece, krenula je 11. jula 1995. iz Srebrenice u dugoj koloni, kroz šumu, u zbeg prema Tuzli. Veliki broj bosanskih Muslimana - muškaraca koji su krenuli u ovoj koloni u zbeg je uhvaćen ili se predao vojsci ili policiji bosanskih Srba.
7. Hiljade bosanskih Muslimana - muškaraca koji su ili razdvojeni od žena i djece u Potočarama ili uhvaćeni ili se predali vojnim ili policijskim snagama bosanskih Srba odvedeno je na razna sabirna mjesta izvan Srebrenice, između ostalog, u hangar u Bratuncu, na fudbalsko igralište u Novoj Kasabi, u skladištu u Kravicama, u osnovnu školu i gimnaziju „Veljko Lukić-Kurjak“ u Grbavcima, opština Zvornik, i na razna polja i livade uz put Bratunac-Milići.
8. Između 13. jula 1995. i približno 22. jula 1995. pripadnici vojske bosanskih Srba i policije bosanskih Srba su po kratkom postupku pogubili na hiljade bosanskih Muslimana - muškaraca na različitim lokacijama, između ostalog, u skladištu u Kravicama, na livadi i kod brane u blizini Lažete i na raznim drugim mjestima.
9. Dana 16. jula 1995. ili približno tog datuma, DRAŽEN ERDEMOVIĆ i drugi pripadnici Desetog diverzantskog odreda vojske bosanskih Srba dobili su naređenje da odu na poljoprivredno dobro u blizini Pilice. To poljoprivredno dobro se nalazi sjeverozapadno od Zvornika, opština Zvornik.
10. Dana 16. jula 1995. ili približno tog datuma, DRAŽEN ERDEMOVIĆ i drugi iz njegove jedinice obavešteni su da će autobusi puni bosanskih Muslimana - muškaraca, civila iz Srebrenice, koji su se predali vojnim ili policijskim snagama bosanskih Srba, tokom cijelog dana pristizati na ovo poljoprivredno dobro.
11. Dana 16. jula 1995. ili približno tog datuma, autobusi sa bosanskim





Presude/Dražen Erdemović

Muslimanima - muškarcima stigli su na poljoprivredno dobro u Pilici. Svi autobusi su bili puni bosanskih Muslimana - muškaraca, približne starosne dobi između 17 i 60 godina. Nakon svakog dolaska autobusa na poljoprivredno dobro, bosanski Muslimani - muškarci odvođeni su u grupama od po deset u pratrni pripadnika X diverzantskog odreda na polje pored zgrada poljoprivrednog dobra gdje bi ih poredali ledjima okrenutim DRAŽENU ERDEMOVIĆU i drugima iz njegove jedinice.

12. Dana 16. jula 1995. ili približno tog datuma, DRAŽEN ERDEMOVIĆ je pucao, ubio i zajedno sa drugim pripadnicima svoje jedinice i vojnicima jedne druge brigade učestvovao u pucanju na nenaoružane bosanske Muslimane i ubijanju istih - muškaraca na poljoprivrednom dobru u Pilici. Posledica ovih smaknuća po kratkom postupku jeste smrt stotina bosanskih Muslimana - muškaraca civila.

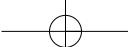
4. Kad se prvi put pojavio pred sudom 31. maja 1996, podnositelj žalbe se izjasnio da je kriv po tački optužnice koja ga tereti za zločin protiv čovječnosti. Podnositelj žalbe je dodao ovo obrazloženje svojoj izjavi o krivnji:

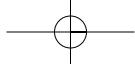
„Poštovani sude, ja sam to morao da radim. Da sam odbio to da radim, ubili bi i mene sa tim ljudima. Kad sam odbijao da radim, rekli su mi: ‘Ako ti je žao, stani i ti sa njima da i tebe ubijemo.’ Meni nije bilo žao mene, meni je bilo žao moje porodice i moga... Moje supruge i moga sina koji je tada imao devet mjeseci i koji bi isto... da nisam... da sam odbio to da radim... To je sve... što želim...“

Pretresno vijeće je prihvatiло izjavu o krivnji podnosioca žalbe i odbacilo drugu tačku optužnice u kojoj ga se teretilo za kršenje ratnog prava i običaja.

5. Na kraju njegovog prvog pojavljivanja pred sudom, Pretresno vijeće je naložilo da se provede psihijatrijsko i psihološko vještačenje podnosioca žalbe. Tim od tri eksperta je 26. juna 1996. podnio izvještaj, u kojem je zaključio da podnositelj žalbe pati od posttraumatskog stresnog sindroma, te da je njegovo duševno stanje u to vrijeme takvo da mu se ne može suditi pred Pretresnim vijećem. Stoga je Pretresno vijeće odložilo ročište o izricanju kazne i naložilo da se za tri mjeseca provede drugo vještačenje podnosioca žalbe. Drugi je izvještaj podnesen 17. oktobra 1996, i u njemu se zaključuje da se stanje podnosioca žalbe popravilo u dovoljnoj mjeri, te da je on sada „dovoljno sposoban da mu se sudi“.

6. U međuvremenu je podnositelj žalbe saradivao sa istražiteljima Ureda tužioca, te je u julu 1996. svjedočio na ročištu održanom u skladu sa pravilom 61 Pravilnika o postupku i dokazima Međunarodnog suda (dalje u tekstu: Pravilnik) u predmetu *Tužilac protiv Radovana Karadžića i Ratka Mladića*.





Presuda Žalbenog vijeća

Transkript svjedočenja podnosioca žalbe u tom predmetu priložen je sudskom spisu uz saglasnost svih strana.

7. Pretresno vijeće je 19. i 20. novembra 1996. održalo ročište o izricanju kazne. Od strana je zatražilo da prije tog ročišta dostave podneske o „opštoj praksi u pogledu zatvorskih kazni i olakšavajućih i otežavajućih okolnosti“.

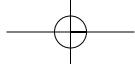
8. Kad je svjedočio pred Pretresnim vijećem, podnositac žalbe je detaljno opisao činjenice koje se navode u paragrafima 9-12 optužnice (v. tačku 3 ove presude). Pretresno vijeće je njegovo svjedočenje o tim činjenicama rezimiralo ovako:

Ujutro 16. jula, Dražen Erdemović i sedam pripadnika X diverzantskog odreda vojske bosanskih Srba dobili su naređenje da napuste bazu u Vlasenici i odu na farmu u Pilicu, sjeverozapadno od Zvornika. Po dolasku na određeno mjesto, njihovi nadređeni su ih obavijestili da će iz Srebrenice tokom cijelog dana stizati autobusi sa civilima, bosanskim Muslimanima, starim od 17 do 60 godina, koji su se predali policiji ili vojsci bosanskih Srba.

U 10 sati ujutro, pripadnici vojne policije počeli su iz prvih autobusa u grupama po deset izvoditi civile, sve muškarce, i sprovoditi ih do polja u blizini gospodarskih zgrada gdje su ih zatim postrojili leđima okrenute streljačkom vodu. Streljački vod u sastavu pripadnika X diverzantskog odreda, među kojima je bio i Dražen Erdemović, zatim ih je strijeljao, i to, u slučaju optuženog, iz automatskog oružja. Smaknuća su se nastavila do otprilike 15 sati.

Optuženi je procijenio da je bilo ukupno dvadesetak autobusa s otprilike po 60 muškaraca i dječaka. Takođe procjenjuje da je on sam ubio oko 70 osoba. Nadalje:

Dražen Erdemović je, prema vlastitim riječima, od Brane Gojkovića, koji je zapovijedao operacijama na farmi Branjevo u Pilici, dobio naređenje da se zajedno sa još sedmoricom pripadnika svoje jedinice pripremi za jedan zadatak o kojem tada nisu ništa znali. Optuženi tvrdi da su pripadnici jedinice tek po dolasku na lice mjesta bili obaviješteni da će morati ubiti na stotine Muslimana. Tvrdi da je odmah odbio da to uradi, ali da mu je odmah prijeđeno smrću: „Ako nećeš, stani tamo sa njima ili daj drugima pušku da pucaju u tebe“. Optuženi izjavljuje da je siguran da bi bio ubijen, ili da bi njegova žena ili dijete bili direktno ugroženi, da nije izvršio naređenje. Tvrdi da je vidio kad je Milorad Pelemiš naredio da netko ko je odbio naređenje bude ubijen. Usprkos svemu, optuženi je, kako tvrdi, pokušao spasiti jednog čovjeka starog između 50 i 60 godina koji je tvrdio da je spasio neke Srbe iz Srebrenice. Brano Gojković mu je tada odgovorio da ne želi da bude živih svjedoka zločina.



Presude/Dražen Erdemović

Dražen Erdemović tvrdi da se nakon toga suprotstavio naređenju jednog potpukovnika da učestvuje u egzekuciji pet stotina Muslimana koji su bili zatočeni u Domu kulture u Pilici. Taj je zločin bio u stanju izbjegći jer su ga u odbijanju naređenja podržala trojica drugova.

Podnositelj žalbe je takođe svjedočio o tome kakva je bila njegova lična situacija i u kakvim se okolnostima nalazio prije i nakon zločina. Osim toga, dva svjedoka pod pseudonimom koje je pozvala odbrana svjedočila su o njegovom karakteru.

9. Tužilac je pozvao jednog svjedoka, Jean-René Rueza, istražitelja u Uredu tužioca, koji je svjedočio o lokacijama gdje su izvršena pogubljenja sa čijim postojanjem ga je upoznao podnositelj žalbe. Te su informacije potvrdile istrage koje je proveo Ured tužioca. On je posebno posvjedočio da je istraga potvrdila postojanje masovne grobnice na poljoprivrednom dobru Branjevo kraj Pilice; podnositelj žalbe je ustvrdio da je ondje počinio zločin o kojem je riječ. Istraga je takođe potvrdila da je možda izvršen i masakr u jednoj javnoj zgradi u Pilici, gdje je, kako je posvjedočio podnositelj žalbe, oko 16. jula 1995. pogubljeno oko 500 Muslimana.

10. Prihvativši izjavu podnosioca žalbe da je kriv po tački optužnice koja ga tereti za zločin protiv čovječnosti, Pretresno vijeće ga je osudilo na 10 godina zatvora. Pretresno vijeće je izreklo tu kaznu zatvora uvezši u obzir izuzetnu težinu zločina, te niz olakšavajućih okolnosti.

(a) Izuzetna težina zločina

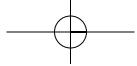
Pretresno je vijeće zauzelo stav da je objektivna težina zločina takva da „u međunarodnom pravu postoji jedna norma prema kojoj se zločin protiv čovječnosti smatra osobito teškim zločinom koji zahtijeva, ukoliko ne postoje olakšavajuće okolnosti, izricanje najstrožih kazni“.

Takođe je uzelo u obzir i subjektivnu težinu zločina, naglašenu činjenicom da je podnositelj žalbe imao značajnu ulogu u masovnom pogubljenju 1.200 nenaoružanih civila u periodu od pet sati, te posebno to što je odgovoran za ubistvo između 10 i 100 ljudi.

Treba primijetiti da je Pretresno vijeće takođe zauzelo stav da se pri utvrđivanju kazne za ove zločine u obzir ne mogu uzeti nikakve otežavajuće okolnosti, upravo zbog izuzetne težine zločina protiv čovječnosti *per se*.

(b) Olakšavajuće okolnosti

Što se tiče olakšavajućih okolnosti, koje su postojale u vrijeme kad je zločin počinjen, a to su „stanje neuračunljivosti na koje se pozivala odbrana [i] stanje krajnje nužde u kojem se navodno našao [podnositelj žalbe] , proisteklo iz



Presuda Žalbenog vijeća

prinude uslijed naređenja i prijetnji nadređenih, te njegov potčinjeni položaj u vojnoj hijerarhiji“, Pretresno vijeće je ustanovilo da one nisu u dovoljnoj mjeri dokazane, pošto svjedočenje podnosioca žalbe o tome nije potvrđeno dokazima iz drugih izvora.

Što se tiče olakšavajućih okolnosti nakon počinjenog zločina, Pretresno vijeće je uzelo u obzir gržnju savjesti podnosioca žalbe, želju da se preda Međunarodnom sudu, izjavu o krivnji, njegovu saradnju s Uredom tužioca, kao i „činjenicu da sada nije opasan za okolinu, te popravljiv karakter njegove ličnosti“.

Pretresno vijeće je takođe prihvatiло kao olakšavajuću okolnost mladost podnosioca žalbe, koji je u vrijeme kad je počinio zločin imao 23 godine i njegov nizak položaj u vojnoj hijerarhiji vojske bosanskih Srba.

II. ŽALBA

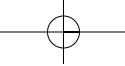
A. Razlozi žalbe

11. Podnositac žalbe je u Obrazloženju žalbe na presudu koje je branilac optuženog Dražena Erdemovića podnio 14. aprila 1997. (dalje u tekstu: obrazloženje žalbe) zatražio od Žalbenog vijeća da preinači presudu:

- (a) tako što će oglasiti Dražena Erdemovića krivim za djelo koje mu se optužbom stavlja na teret, ali ga osloboditi služenja kazne zbog toga što je zločine počinio pod prinudom i bez mogućnosti drugog moralnog izbora, tj. u krajnjoj nuždi, i zbog toga što nije bio uračunljiv u vrijeme kad je počinjen zločin, te što zločin nije bio počinjen sa predumišljajem,
ili, alternativno,
- (b) „[tako što će uvažiti] Žalbu i, uvezvi u obzir sve žalbene navode i olakšavajuće okolnosti iz prvostepene presude [preinačiti] presudu ... tako što će optuženom Draženu Erdemoviću izreći znatno blažu kaznu“.

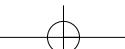
12. Osnove za podnošenje žalbe na koje se poziva podnositac žalbe mogu se rezimirati ovako:

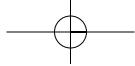
- (a) Pretresno vijeće je pogrešno utvrdilo činjenice i počinilo sudsku pogrešku kad je u svojoj presudi ustvrdilo da je „[drugo] takvo mjesto Dom kulture u Pilici u opštini Zvornik gdje su priпадnici X diverzantskog odreda, prema iskazu optuženog danom na ročištu, pogubili oko 500 Muslimana“, a podnositac žalbe je bio pripadnik tog odreda. Nema dokaza da je X diverzantski odred učestvovao u tom pogubljenju.



Presude/Dražen Erdemović

- (b) Pretresno vijeće je pogrešno utvrdilo činjenice što je dovelo do sudske pogreške kad je povjerovalo podnosiocu žalbe „da je učestvovao u strijeljanju Muslimana ali mu nije povjerovalo da je to učinio pod neodoljivom prinudom beskompromisnog naređenja pretpostavljenog vojnog starještine, da je za njega drugi moralni izbor bio samo smrt njegova i njegove porodice, te da djelo nije bilo njegova voljna radnja već volja komande“. Pretresno vijeće je posebno pogriješilo u tome što je tražilo potvrdu za tvrdnju podnosioca žalbe da je djelovao pod prinudom, mada je prihvatio njegov nepotvrđen iskaz da je učestvovao u ubijanju Muslimana. Time je ocjena Pretresnog vijeća o podnosičevom iskazu „i nedosljedna i nekorektna“.
- (c) Pretresno vijeće je pogrešno primijenilo pravo kad nije prihvatio argument podnosioca žalbe da je djelo počinio pod prinudom ili u stanju krajnje nužde, te, posebno, „da je naredba koja mu je izdata od njegovog starještine, imala takvo dejstvo na njegovu volju koja je, po objektivnim mjerilima, dovela do toga da je on izgubio kontrolu nad svojim ponašanjem i da je time slomljena njegova ličnost“, tako da optuženi nije imao „moralne alternative“, već je morao počiniti djelo „protivno svojoj volji i namjeri“. U svjetlu toga, podnosioca žalbe je „trebalo oglasiti krivim za izvršeno djelo, ali ga osloboditi od kazne“ zbog zakona koji se odnosi na odgovornost vojnika za izvršenje naredbe nadređenog, prinude kojoj je bio podvrgnut podnosiac žalbe i nepostojanja moralnog izbora u vrijeme kad je počinio djelo, uvjernjivosti njegovog iskaza i ispunjenja svih elemenata „krajnje nužde kao opšte prihaćenog krivičnopravnog instituta u nacionalnim zakonodavstvima [i] međunarodnom krivičnom pravu“.
- (d) Pretresno je vijeće pogrešno utvrdilo činjenice što je dovelo do sudske pogreške kada je utvrdilo da se „ne mogu izvući nikakvi zaključci o duševnom stanju optuženog u trenutku zločina“ iz dva izvještaja stručnih lječarskih komisija o psihijatrijskom i psihološkom vještačenju optuženog, koji su dostavljeni Pretresnom vijeću 26. juna i 17. oktobra 1996, kao niti iz svjedočenja optuženog. Nadalje, ako je zaista bio slučaj da nije bilo dovoljno dokaza o duševnom stanju podnosioca žalbe u vrijeme kad je djelo počinjeno, Pretresno je vijeće moralo, u interesu pravde, zatražiti od tima stručnjaka da to utvrdi; to što Pretresno vijeće nije to učinilo predstavlja grešku u smislu člana 25 Statuta Međunarodnog suda (dalje u tekstu: Statut).

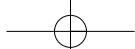


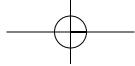


Presuda Žalbenog vijeća

13. Slijedi, u kratkim crtama, stav Tužilaštva u odnosu na gore navedene razloge žalbe, a koji su oni iznijeli u Obrazloženju odgovora na žalbu, podnesenom 28. aprila 1997. (dalje u tekstu: obrazloženje odgovora na žalbu) i tokom rasprave pred Žalbenim vijećem:

- (a) Što se prvog razloga tiče, Tužilaštvo ističe da Pretresno vijeće nigdje u svojoj presudi ne tvrdi da je podnositelj žalbe učestvovao u pogubljenju 500 Muslimana u javnoj zgradbi u Pilici u opštini Zvornik, tj. da je Pretresno vijeće pomenulo taj događaj u kontekstu opisa događaja koji su uslijedili nakon pada srebeničke enklave, te nadalje, da je Pretresno vijeće razmotrilo taj događaj „kako bi potvrdilo autentičnost svjedočenja podnosioca žalbe, a ne da bi mu još otežalo krivnju. Prema navodu Tužilaštva, dakle, Pretresno vijeće nije taj događaj uzelo u obzir kao otežavajuću okolnost pri odmjeravanju kazne podnosiocu žalbe.
- (b) Što se tiče drugog razloga, Tužilaštvo ističe da pri ocjenjivanju probativne vrijednosti dokaznog materijala Pretresno vijeće ima vrlo široko diskreciono pravo, koje je ono primijenilo na korektan i dosljedan način. Tužilaštvo posebno naglašava da, kad je Pretresno vijeće navelo da mu je potrebna potvrda podnosičevog iskaza dokazima iz drugog izvora, ono nije time navelo pravilo o dokazima, već je izrazilo svoje „najdublje uvjerenje“ o tome u kojoj je mjeri zadovoljno dokazima.
- (c) Što se tiče trećeg razloga, Tužilaštvo je mišljenja da je Pretresno vijeće „bilo u pravu kad je zaključilo da je podnositelj žalbe imao slobodu moralnog izbora kod pogubljenja Muslimana na poljoprivrednom dobru Branjevo i da njegovo svjedočenje nije pokazalo postojanje relevantnih elemenata da bi se krajnja nužda, koja je proizšla iz prinude i naredbi nadređenog lica, uzela u obzir kao olakšavajuća okolnost. Nadalje, Pretresno vijeće jeste uzelo u obzir naredbe nadređenih lica kao olakšavajuću okolnost kod odmjeravanja kazne zbog podređenog položaja podnosioca žalbe u vojnoj hijerarhiji“.
- (d) Što se tiče četvrtog razloga, Tužilaštvo ističe da je na podnositelju žalbe bilo da izvede dokaze koji će podržati tvrdnju da je u vrijeme zločina bio u stanju smanjene uračunljivosti. Pošto podnositelj žalbe nije izveo takve dokaze, Tužilaštvo tvrdi da on stoga ne može tvrditi da su pogrešno utvrđene činjenice ili primjenjeno pravo, pošto nije bilo na Pretresnom vijeću da priredi takve dokaze.





Presude/Dražen Erdemović

(e) Konačno, Tužilaštvo tvrdi da zatvorska kazna u trajanju od 10 godina, koju je izreklo Pretresno vijeće, nije tako očevidno previsoka da bi Žalbeno vijeće trebalo intervenisati, „imajući u vidu težinu krivičnog djela, okolnosti podnosiočevog učestovanja u zločinu i bespomoćnost žrtava zločina“. Tužilaštvo posebno naglašava da podnositelj žalbe nije dokazao da je težina kazne koju je izreklo Pretresno vijeće neproporcionalna u odnosu na druge kazne koje su izricane za taj tip krivičnog djela.

B. Molba da se dozvoli izvođenje dodatnih dokaza

14. Podnositelj žalbe je u obrazloženju žalbe predložio Žalbenom vijeću da „prikupe sljedeće dodatne dokaze za raspravu o žalbi“, navodno u skladu sa pravilom 115 Pravilnika, tako što će:

- (a) imenovati „jednog od eminentnih univerzitetskih profesora etike [koji će dati] mišljenje i stav nauke po pitanju mogućnosti moralnog izbora običnog vojnika u izvršavanju krivičnog djela po naređenju pretpostavljenog u ratu“; te
- (b) pribaviti novo vještačenje duševnog stanja optuženog od istog tima eksperata koji su izvršili psihološki pregled prije ročišta na kojem je izrečena kazna, s time da će ovog puta odgovoriti na pitanje o „psihičkom stanju optuženog Erdemovića u vrijeme izvršenja krivičnog djela, takođe u smislu navoda žalbe“.

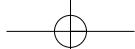
15. Pravilo 115 glasi:

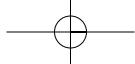
(A) Svaka strana može podnijeti zahtjev Žalbenom vijeću za iznošenje dodatnih dokaza koji joj nisu bili na raspolaganju za vrijeme suđenja.

...

(B) Žalbeno vijeće će dozvoliti izvođenje takvih dokaza ako smatra da je to u interesu pravde.

Imajući u vidu odredbe pravila 115, Žalbeno vijeće odbacilo molbu podnositelja žalbe za izvođenje dodatnih dokaza, i to iz sljedećih razloga. Po mišljenju Žalbenog vijeća, dokazi nisu relevantni za donošenje odluke po ovoj žalbi, pa stoga nema potrebe da se dozvoli izvođenje dodatnog materijala u interesu pravde. U svakom slučaju, ako je odbrana smatrala da su ti dokazi išli njoj u prilog, trebala je te dokaze podastrijeti Pretresnom vijeću na razmatranje na ročištu o kazni. Svrha žalbenog postupka pred Međunarodnim sudom nije da se stranama da poprave vlastite greške ili propuste počinjene





Presuda Žalbenog vijeća

tokom suđenja ili postupka izricanja kazne. Nadalje, podnositelj žalbe nije podnio nikakve ovjerene izjave ili drugi materijal kojim bi ukazao šta bi bila suština mišljenja koje bi bilo „eminentni profesor etike“ bilo tim eksperata podastreo Žalbenom vijeću. Toliko o toj molbi.

C. Granice drugostepenog postupka pred Žalbenim vijećem: pitanja koja se postavljaju *proprio motu* i preliminarna pitanja

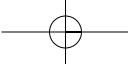
16. Žalbeno vijeće je *proprio motu* pokrenulo neka pitanja, u skladu sa inherentnim ovlašćenjima žalbenog tijela koje je primilo na razmatranje žalbu koju je u skladu sa članom 25 Statuta uložila jedna od strana. Žalbeno vijeće ne nalazi ništa ni u Statutu ni u Pravilniku, niti u praksi međunarodnih institucija ili nacionalnih pravosudnih sistema, što bi ga ograničilo da, prilikom razmatranja žalbe, razmatra samo ona pitanja koja su formalno pokrenule strane. Preliminarna pitanja odnose se na pitanje valjanosti izjave o krivnji koju je dao podnositelj žalbe. To je pitanje o kojem se odluka mora donijeti *in limine*. Razmatrajući *proprio motu* valjanost izjave podnosioca žalbe o krivnji, Žalbeno vijeće je stranama postavilo tri preliminarna pitanja u svom Nalogu o rasporedu od 5. maja 1997:

- (1) Može li, pravno gledano, prinuda predstavljati osnov za potpunu odbranu za zločine protiv čovječnosti i/ili ratne zločine tako da se, ako se ta odbrana dokaze na suđenju, optuženog mora osloboditi krivnje?
- (2) Ako je odgovor na prvo pitanje potvrđan, da li je izjava o krivnji koju je dao optuženi na prvom pojavljivanju pred sudom dvosmislena utoliko što se optuženi, mada se izjasnio krivim, pozvao na prinudu?
- (3) Da li je prihvatanje izjave o krivnji bilo valjano u svjetlu duševnog stanja optuženog u vrijeme kad je tu izjavu dao? Ako nije, da li je ta pogreška ispravljena izjavama koje je optuženi dao u daljem toku postupka?

III. OBRAZLOŽENJE

17. Kod odgovora na preliminarna pitanja koja se odnose na valjanost izjave podnosioca žalbe o krivnji, članovi Žalbenog vijeća imaju različito mišljenje o nizu pitanja, i što se tiče rezonovanja i što se tiče ishoda. Stoga su pogledi svakog od članova Žalbenog vijeća o pojedinim pitanjima detaljno izneseni u zasebnim mišljenjima koja se nalaze u prilogu ove presude, pa su ovdje samo rezimirana.

18. Žalbeno vijeće, iz razloga koji su izneseni u Zajedničkom zasebnom mišljenju sudije McDonald i sudije Vohrha, jednoglasno zaključuje da je podnositelj žalbe izjavu o krivici dao dobrovoljno.



Presude/Dražen Erdemović

19. Iz razloga koji su izneseni u Zajedničkom zasebnom mišljenju sudije McDonald i sudske Vohraha, te u Zasebnom i protivnom mišljenju sudije Lija, većina članova Žalbenog vijeća nalazi da prinuda ne predstavlja potpunu odbranu za vojnika optuženog za zločin protiv čovječnosti i/ili ratni zločin koji uključuje ubijanje nevinih ljudskih bića. Stoga, većina članova Žalbenog vijeća nalazi da podnosičeva izjava o krivici nije dvosmislena. Sudija Cassese i sudija Stephen ne slažu se sa tim stavom, iz razloga koji su iznijeli u svojim zasebnim i protivnim mišljenjima.

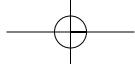
20. Međutim, Žalbeno vijeće, iz razloga koji su izneseni u Zajedničkom zasebnom mišljenju sudije McDonald i sudske Vohraha, nalazi da podnositelj žalbe, kad je dao izjavu o krivnji, nije bio svjestan svih implikacija tog čina, pa stoga ovaj predmet vraća pretresnom vijeću, ali ne onom istom koje je osudilo podnosiča žalbe, kako bi mu se tako dala prilika da se ponovo izjasni da li je kriv ili nije. Sudija Li ne slaže se sa tim stavom iz razloga koji su izneseni u njegovom zasebnom i protivnom mišljenju.

21. Molba podnosiča žalbe da mu Žalbeno vijeće izmjeni kaznu stoga se odbacuje većinskom odlukom. Žalbeno vijeće takođe jednoglasno odbacuje podnosičevu molbu da ga se osloboodi.

IV. DISPOZITIV

ŽALBENO VIJEĆE

- (1) Jednoglasno ODBACUJE podnosičevu molbu da ga Žalbeno vijeće osloboodi;
- (2) sa četiri glasa (sudske Cassese, McDonald, Stephen i Vohrah) prema jednom (sudija Li) ODBACUJE podnosičevu molbu da mu Žalbeno vijeće preinači kaznu;
- (3) sa četiri glasa (sudske Cassese, McDonald, Stephen i Vohrah) prema jednom (sudija Li) NALAZI da podnositelj žalbe nije bio svjestan svih implikacija tog čina kad je dao izjavu o krivnji pred Pretresnim vijećem I;
- (4) sa tri glasa (sudske McDonald, Li i Vohrah) prema dva (sudske Cassese i Stephen) NALAZI da prinuda ne predstavlja potpunu odbranu za vojnika koji se tereti za zločin protiv čovječnosti i/ili ratni zločin koji uključuje ubijanje nevinih ljudskih bića, pa da stoga podnosičeva izjava o krivnji koju je dao pred Pretresnim vijećem I nije dvosmislena;



Presuda Žalbenog vijeća

(5) sa četiri glasa (sudije Cassese, McDonald, Stephen i Vohrah) prema jednom (sudija Li) SMATRA da se predmet mora vratiti na razmatranje pretresnom vijeću, ali ne onom istom koje je osudilo podnosioca žalbe kako bi se podnosiocu žalbe dala prilika da se ponovo izjasni da li je kriv ili ne sa punom svijeću o prirodi optužbi kojima se tereti i o posljedicama svoje izjave.

(6) NALAŽE sekretaru, da u konzultaciji sa predsjednikom Međunarodnog suda, preduzme sve neophodne mjere da bi što prije započeo proces pred pretresnim vijećem koje neće biti Pretresno vijeće I.

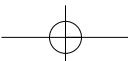
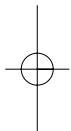
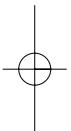
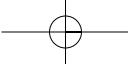
Sastavljeno na engleskom i francuskom jeziku, s time da se engleski tekst smatra mjerodavnim.

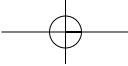
/potpis na originalu/
Antonio Cassese, predsjedavajući sudija

Sudije Cassese, Li i Stephen prilažu svoja zasebna i protivna mišljenja ovoj presudi. Sudije McDonald i Vohrah prilažu svoje zajedničko zasebno mišljenje ovoj presudi.

Dana 7. oktobra 1997.
U Hagu, Holandija

[pečat Međunarodnog suda]





PRED ŽALBENIM VIJEĆEM

U sastavu:

predsjedavajući sudija Antonio Cassese
sudija Gabrielle Kirk McDonald
sudija Haopei Li
sudija Ninian Stephen
sudija Lal Chand Vohrah

Sekretar: gđa Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh

Presuda od: 7. oktobra 1997.

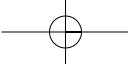
TUŽILAC protiv DRAŽENA ERDEMOVIĆA **IZDVOJENO I PROTIVNO MIŠLJENJE SUDIJE CASSESEA**

Tužilaštvo:

g. Grant Niemann
g. Payam Akhavan

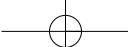
Obrana podnosioca žalbe:

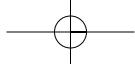
g. Jovan Babić



SADRŽAJ

I. POJAM POTVRDNOG IZJAŠNJAVANJA O KRIVICI (ODNOSNO: U KOJOJ MJERI MEĐUNARODNI KRIVIČNI SUDOVI MOGU DA SE OSLANJAJU NA NACIONALNO PRAVO)	61
A. Opšte primjedbe	61
B. Pojam potvrđnog izjašnjavanja o krivici u svjetlu Statuta Međunarodnog suda	66
II. PRNUDA U MEĐUNARODNOM KRIVIČNOM PRAVU (ODNOSNO: DA LI MEĐUNARODNO KRIVIČNO PRAVO PODRŽAVA PRISTUP PRINUĐI KOJI SE PRIMJENjuJE U COMMON LAW KADA JE U PITANJU UBISTVO)	69
A. Uvod	69
B. Pojam i uslovi za ustanovljavanje prinude	71
C. Može li prinuda predstavljati odbranu od optužbi za kršenja humanitarnog prava koja uključuju ubijanje	73
1. Tvrđnja Tužilaštva	74
2. Kritička ocjena argumenata Tužilaštva na osnovu sudske prakse	76
3. Slučajevi u kojima sudovi nisu izuzeli kršenja humanitarnog prava koja uključuju ubijanje iz opsega i dometa prinude	87
4. Slučajevi u kojima su sudovi prihvatali prinudu kao odbranu od optužbe za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti koji uključuju nezakonito ubijanje	90
5. Zaključci koji se iz sudske prakse mogu izvesti o prinudi kada su u pitanju ratni zločini i zločini protiv čovječnosti koji uključuju ubijanje ljudi	101
6. Završne primjedbe	106
D. Primjena na presudu protiv koje je podneta žalba	108





Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

Iako sam glasao u prilog tačaka 1, 2, 3 i 5 Dispozitiva, sa žaljenjem konstatujem da se ne slažem ni sa stavovima ni sa rezonovanjem većine članova Žalbenog vijeća. Pošto svoje neslaganje ne mogu da iznesem *in extenso*, ograničiću se na dva pitanja koja mi se čine posebno značajnim:

- (i) U kojoj mjeri se naš Međunarodni sud može osloniti na nacionalno pravo u razjašnjavanju pojma „potvrđnog izjašnjanja o krivici“. Iako su stavovi većine i moji stavovi po ovom pitanju sve bliži i bliži (što je uobičajena pojava u radu jednog kolegijalnog tijela), i dalje smatram da treba da iznesem svoj pristup ovoj stvari, koji sam od početka zastupao.
- (ii) Može li se prinuda izneti i prihvati kao odbrana od optužbe za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti ako krivično djelo koje leži u njihovoj osnovi uključuje ubijanje nevinih lica. Po ovom pitanju se suštinski ne slažem sa većinom, te stoga prilažem svoje protivno mišljenje.

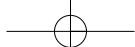
I. POJAM POTVRDNOG IZJAŠNJAVAÑA O KRIVICI

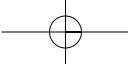
(ODNOSNO: U KOJOJ MJERI SE JEDAN MEĐUNARODNI KRIVIČNI SUD MOŽE OSLANJATI NA NACIONALNO PRAVO PRI TUMAČENJU MEĐUNARODNIH ODREDBI)

A. Opšte primjedbe

1. Moja je tvrdnja da se odredbe Statuta Međunarodnog suda („Statut“) i Pravilnika o postupku i dokazima („Pravilnik“) - i to član 20, paragraf 3 Statuta i pravilo 62 Pravilnika - koji se odnose na izjašnjavanje optuženog o krivici, ne pozivaju nužno na zakonodavstvo i sudsku praksu zemalja *common lawa*. Ovakvo pozivanje na nacionalno pravo nije neophodno, budući da se pojma „potvrđnog izjašnjavanja o krivici“ može bez većih poteškoća izvesti na osnovu Statuta. Pozivanju na nacionalno pravo, ako je ono uopšte i potrebno, može se pribjeći samo da bi se, uz neophodnu opreznost, ukazalo na obilje nijansi koje su predložili nacionalni sudovi. Takvo pozivanje na nacionalno pravo moglo bi donekle osvijetliti moguće implikacije i ramifikacije pojma, ali se taj pojam u krajnjoj liniji mora samostalno izvesti na osnovu međunarodnih odredbi Statuta.

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





Presude/Dražen Erdemović

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

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

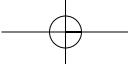
S tim u vezi treba primjetiti da se međunarodni sudovi dosljedno pridržavaju stanovišta da se čak i u slučaju međunarodnih pravila u kojima su otjelovljeni pojmovi iz nacionalnog prava mora pokušati da se ti pojmovi protumače u svjetlu cilja i svrhe međunarodnih pravila ili njihovog duha uopšte. Oslanjanje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

Primjera radi, pozivanje na nacionalno pravo podrazumjeva se u običajnom međunarodnom pravilu po kome jedna država ima pravo da diplomatski štiti svoje državljane ili da u njihovo ime pokrene međunarodni sudski postupak¹. Radi primjene ovog međunarodnog pravila, odnosno da bi odredio da li je određeno lice državljanin neke države, međunarodni sudija nužno mora da prouči i primjeni nacionalno zakonodavstvo dotične države².

Kad god se pozivanje na nacionalno pravo izričito ne zahtjeva, niti se neizbjježno podrazumjeva, pribjegavanje nacionalnom zakonodavstvu ne može se opravdati. U tom pogledu možda će biti dovoljno pomenuti dva slučaja. U svom savjetodavnom mišljenju u predmetu *Exchange of Greek and Turkish Populations* [Razmjena grčkog i turskog stanovništva], Stalni sud međunarodne pravde upitao se da li mora da se pozove na nacionalno zakonodavstvo prilikom tumačenja izraza „nastanjeno“, kojim je u VI lozanskoj konvenciji od 30. januara 1923. opisan deo grčkog stanovništva Carigrada. Zaključio je da ne mora, primjetivši da takvo pozivanje „ne bi bilo u duhu Konvencije“; Sud je dalje rekao da je „Konvencija [dokument] za sebe“ i stoga se pri donošenju odluke o tome šta je „naseljeni stanovnik“ „mora oslanjati na prirodno

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

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



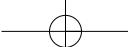
Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

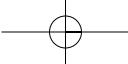
značenje riječi³. Sličan stav zauzela je u svojoj odluci od 25. juna 1952. Francusko-italijanska komisija pomirenja. Komisija je trebalo da protumači riječi „s pravom prebivanja“ u članu 79, paragraf 1 pod c Mirovnog ugovora od 10. februara 1947. između savezničkih i pridruženih sila i Italije. Jasno je da je „prebivanje“ stručni izraz u većini nacionalnih sistema i moglo se очekivati da će Komisija primeniti nacionalno pravo relevantne države. I zaista, francuska vlada tvrdila je da glagol „prebivati“ podrazumjeva pozivanje na nacionalno zakonodavstvo države prebivanja ili navodnog prebivanja. Komisija je ovu tvrdnju odbacila, rekavši:

Pošto Mirovni ugovor ne određuje izričito šta se podrazumeva pod prebivanjem, tumač mora takvo određenje izvesti na osnovu svrhe koju su savezničke i pridružene sile namjenile članu 79, paragraf 6 pod c⁴.

Mogli bismo se zapitati zašto međunarodni sudovi pokazuju toliku opreznost u pribjegavanju nacionalnom pravu pri određivanju značenja pojmljova i termina iz nacionalnog prava. Štaviše, moglo bi se smatrati da je takva opreznost u raskoraku sa činjenicom da čitav korpus međunarodnog prava veoma mnogo duguje nacionalnim ili municipalnim pravilima: dobro je poznato da su tokom vremena međunarodne norme mnogo toga pozajmljivale od domaćeg prava suverenih država, a naročito od nacionalnog privatnog prava. Međutim, uprkos ovom istorijskom prelivanju sadržaja jedne grupe pravnih sistema u međunarodno javno pravo, ovi su pravni sistemi (pravo država s jedne strane i međunarodno pravo s druge) ipak suštinski različiti: različiti su im struktura, subjekti, kao i izvori i mehanizmi sprovođenja. Iz toga slijedi da bi *u principu* bilo neprimjereno i neprikladno da se u međudržavnom pravnom kontekstu

- 3 P.C.I.J., serija B, br. 10, str. 20. Sud je prvo razmatrao „sadrži li Konvencija bilo kakvo izričito ili implicitno upućivanje na nacionalno zakonodavstvo radi odlučivanja o tome koja lica treba smatrati ‘nastanjenim’ (*ibid.*, str. 19). Primjetivši da izričito upućivanje nije nađeno, Sud se upitao da li Konvencija implicitno upućuje na nacionalno zakonodavstvo. S tim u vezi, Sud je podvukao da „ne sledi nužno da, s obzirom na prirodu situacije koju Konvencija razmatra, mora postojati implicitno pozivanje na nacionalno zakonodavstvo. Dok se državljanstvo lica koje pripada jednoj državi može zasnivati samo na zakonima te države, te stoga svaka konvencija koja se tim statusom bavi mora implicitno da se poziva na nacionalno zakonodavstvo, nema razloga da se lokalne veze na koje upućuje izraz ‘naseljen’ određuju primjenom nekog posebnog zakona. Lako je moguće da je Konvencija imala u vidu puko činjenično stanje, koje je i u samoj Konvenciji u dovoljnoj meri definisano bez ikakvog posezanja za nacionalnim zakonodavstvom. Mišljenje je Suda da je to slučaj u pogledu stanja koje se podrazumjeva rečju „nastanjen“ u članu 2 Konvencije. (...) Malo je vjerovatno da se htio utvrditi kriterijum putem pozivanja na ‘nacionalno zakonodavstvo’.“ (*Ibid.*, str. 19-20.)
- 4 Moj prijevod. Originalni francuski tekst nalazi se u: *U.N. Reports of International Arbitral Awards*, XIII tom, str. 398.





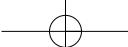
Presude/Dražen Erdemović

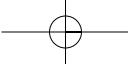
primjenjuje neki nacionalni pravni pojam kao takav, to jest sa svojim prvočinim opsegom i smisлом. Korpus prava u koji bismo mogli biti skloni da pre-sadimo pojam iz nacionalnog prava nužno mora da presađeni pojam odbaci, jer se on osjeća kao strano tijelo u čitavom sklopu pravnih ideja, tvorevina i mehanizama koji vladaju u međunarodnom kontekstu. Stoga, međunarodni sudovi obično pokušavaju da pojam iz nacionalnog prava asimiluju ili transformišu, kako bi ga prilagodili zahtjevima i osnovnim načelima međunarodnog prava.

4. Drugi razlog u prilog velikoj obazrivosti pre nego što se pojmovi iz nacionalnog prava prenesu u međunarodno pravo neraskidivo je povezan upravo sa materijom o kojoj je ovdje riječ. Istaknute međunarodne sudije, kao što su McNair⁵ i Fitzmaurice⁶, upozorili su na to da nacionalne pojmove ne treba „đuture“ unositi u međunarodnu oblast. Obojica su govorila o pojmovima iz *privatnog* prava. Njihovo gledište treba *a fortiori* primjeniti i na *krivično* pravo. Međunarodni krivični postupak proizvod je postepenog prelivanja nacionalnih krivičnih pojmoveva i pravila u međunarodnu posudu. Međutim, međunarodni krivični postupak ne vodi porijeklo od jednoobraznog pravnog korpusa. On je u znatnoj mjeri nastao stapanjem dva različita pravna sistema, onoga koji je na snazi u zemljama *common lawa* i sistema koji preovlađuje u zemljama građanskog prava (premda iz istorijskih razloga na međunarodnom nivou trenutno postoji očigledna neravnoteža u korist *common law* pristupa). Stoga je prirodno da se u međunarodnim krivičnim postupcima ne podržava filozofija koja se nalazi u osnovi jednog od dva nacionalna krivična sistema, a isključuje onaj drugi; niti ovi postupci proističu iz naporednog korišćenja elemenata ova dva sistema. Pre bi se moglo reći da oni na prilično srećan način kombinuju i sjedaju kontradiktorni ili akuzatori sistemi (mahom usvojen u zemljama *common lawa* sa brojnim značajnim elementima istražnog pristupa (koji se uglavnom primjenjuje u državama kontinentalne Evrope i drugim zemljama sa tradicijom građanskog prava). Ovo je jedinstvena kombinacija ili amalgam, iz kojeg se rađa pravna logika kvalitativno različita od logike oba nacionalna krivična sistema: filozofija koja se nalazi u osnovi međunarodnih suđenja bitno odstupa od filozofije oba ova nacionalna sistema. Tako se i Statut i Pravilnik Međunarodnog suda u svom opštem prikazu krivičnog postupka pred pretresnim i žalbenim vijećima ne pozivaju na određeni nacionalni pristup krivičnom postupku već preuzimaju akuzatori (ili kontradiktorni) sistem i prilagođavaju ga međunarodnom postupku, dok istovremeno podržavaju neke elemente istražnog sistema.

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

6 Vidi njegovo izdvojeno mišljenje u predmetu *Barcelona Traction*, *supra*, bel. 1, str 66-67.



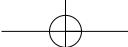


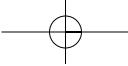
Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

Iz ovoga slijedi da bi bilo neumjesno mehanički unositi u međunarodne krivične postupke ideje, pravne tvorevine, pojmove ili stručne izraze koji pripadaju isključivo određenoj grupi pravnih sistema, odnosno *common lawa* ili građanskom pravu - osim ako to same odredbe međunarodnog krivičnog prava izričito ili implicitno ne nalažu. Oslanjanje na jedan sistem može se prihvati samo kada ga nedvosmisleno nameće sama formulacija neke međunarodne norme, ili kada se iz čitavog konteksta i duha međunarodnih normi ne može izvesti autonomni pojam.

5. Treći razlog protiv mehaničkog unošenja pojmove iz nacionalnog prava u međunarodne krivične postupke jeste u tome da bi se takvim procesom mogla izmjeniti ili izoblikiti posebnost tih postupaka. Međunarodna suđenja pokazuju brojne odlike po kojima se razlikuju od nacionalnih krivičnih postupaka. Sve ove odlike povezane su sa činjenicom da se međunarodna krivična pravda dijeli u opštem kontekstu koji se bitno razlikuje od konteksta nacionalnih sudova: međunarodni krivični sudovi nisu dio državnog aparata koji funkcioniše na određenoj teritoriji i ima vlast koja se prenosi i na sudove. Međunarodni krivični sudovi djeluju na međudržavnom nivou. Oni svoju djelatnost obavljaju unutar zajednice koju čine suverene države. Pojedinci nad kojima ovi sudovi imaju nadležnost pod vlašću su i kontrolom suverenih država. Iz ovakvog stanja stvari proizilaze mnoge značajne posljedice. Ovdje ću podvući samo najizrazitiju: jedan međunarodni krivični sud nema neposrednog načina da svoje naloge, sudske pozive i druge odluke sproveđe u djelu; ako želi da primora pojedince pod vrhovnom vlašću neke države da se povinuju njegovim izričitim naložima, mora se osloniti na saradnju te države. Ako se izgubi iz vida ovaj temeljni uslov, te se prosto presade u međunarodno pravo pojmovi nastali u nacionalnim pravnim sistemima, može doći do krupnih nesporazuma i zabuna. U osnovi svih nacionalnih krivičnih postupaka, bez obzira da li im je pristup *common law* ili građanskopravni, nalazi se filozofija koja je svojstvena samo tim konkretnim postupcima, a proističe iz činjenice da nacionalni sudovi djeluju u kontekstu u kome tri osnovne funkcije (zakonodavnu, sudsку i izvršnu) vrše centralni organi na koje je prenesena neposredna vlast države nad pojedincima. Takva se logika ne može prosto presaditi na međunarodni nivo: tamo drugačija logika, nametnuta drugačijim položajem i ulogom sudova, nužno mora nadahnjivati međunarodne krivične postupke i njima upravljati.

6. Smatram da izneseni obziri opravdavaju sljedeće tvrdnje. Kada god međunarodne odredbe sadrže pojmove i stručne izraze koji potiču iz nacionalnog krivičnog prava, tumač mora prvo da odredi da li je tim pojmovima ili izrazima dato potpuno autonomno značenje u međunarodnom kontekstu, to jest, da li





Presude/Dražen Erdemović

su oni prenošenjem na međunarodni nivo iznova zaživjeli i postali apsolutno nezavisni od svog prvobitnog značenja. Ako je odgovor na ovo pitanje negativan, međunarodni sudija mora da provjeri da li presađivanje u međunarodnu proceduru povlači za sobom *adaptaciju* ili *prilagođavanje* pojma ili izraza karakterističnim odlikama međunarodnih postupaka. Ova provera preduzima se ispitivanjem da li opšti kontekst međunarodnog postupka i cilj odredbi koje njime upravljaju dovoljno precizno određuju opseg i svrhu pojma i njegovu ulogu u međunarodnom kontekstu. Jedino ako ovo ispitivanje doveđe do negativnih zaključaka može se posegnuti za nacionalnim zakondavstvom i sudskom praksom i primjeniti nacionalna pravna tvorevina ili izraz onako kako su zamišljeni i protumačeni u nacionalnom kontekstu.

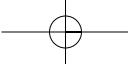
Po pravilu se ni prva ni treća pretpostavljena situacija ne javlaju: vjerovatnije je, i u skladu sa svrhom i duhom međunarodnog postupka, da će preovladati druga situacija.

Dobar primjer pruža nam pojam „potvrdnog izjašnjavanja o krivici“, kao što će u nastavku pokušati da pokažem.

B. Pojam potvrdnog izjašnjavanja o krivici u svjetlu Statuta Međunarodnog suda

7. Očito je da sistem prema kome se optuženik izjašnjava o tome osjeća li se krivim za djela navedena u optužnici ili ne, a koji je propisan u članu 20, paragraf 3 Statuta i iznesen u pravilu 62 Pravilnika, potiče iz krivičnog postupka zemalja *common lawa*. U tradiciji građanskog prava ne postoji praksa direktno analogna ovoj, već je tu priznanje krivice prosti deo dokaznog materijala, koji sud razmatra i procjenjuje. Međutim, i pored toga što je ovaj pojam ponikao u određenom nacionalnom kontekstu, njegov smisao i opseg mogu se sagledati bez nužnog pozivanja na zakonodavstvo i sudsku praksu zemalja *common lawa*.

8. Iz sveukupnog duha Statuta i Pravilnika jasno se vidi da su pojmom pozitivnog izjašnjavanja o krivici njihovi sastavljači namjeravali da optuženom (kao i tužiocu) pruže mogućnost da izbjegne potencijalno dugotrajno suđenje, sa svim poteškoćama koje ga prate. Ove poteškoće - nije zgoreg podvući - još su izraženije u međunarodnim postupcima, gdje je sakupljanje dokaznog materijala često izuzetno naporno i iziskuje ogroman utrošak vremena. Pored toga, nadležni službenici međunarodnog suda po svaku cijenu moraju da obave preko potreban, ali tegoban zadatak zaštite žrtava i svjedoka. Nadalje, međunarodni krivični postupci su skupi, što je posljedica potrebe da se učesnicima pruži čitav niz usluga (simultano prevođenje na razne jezike; obezbjeđivanje transkriptata postupka, takođe na raznim jezicima; prevoz žrtava i svjedoka iz udaljenih zemalja; pružanje raznih oblika pomoći žrtvama i svjedocima tokom



Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

suđenja, itd.). Tako optuženik koji izjavi da se osjeća krivim nesumnjivo doprinosi javnoj koristi. Istovremeno, optuženik može ustanoviti da je priznavši krivicu poboljšao i vlastiti položaj. Prije svega, na taj način može ublažiti grižu savjesti i okajati svoje nedjelo. Drugo, izbjegći će sramotu i potencijalno obeshrabrujući efekat suđenja, kao i psihološku patnju kojoj bi bio izložen prilikom ispitivanja i unakrsnog ispitivanja svjedoka (a možda i samog sebe kao svjedoka); uz to će izbjegći i izlaganje javnosti do koga može doći pri suđenju, te njegove negativne posljedice po sopstveni društveni položaj i život porodice i rođaka. Treće, optuženi može očekivati da će sud priznati njegovu spremnost na saradnju i smanjiti kaznu koju bi mu izrekao da se nije izjasnio da je kriv: drugim riječima, optuženi se može nadati da će sud većom popustljivošću nagraditi njegovo priznanje krivice.

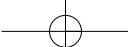
9. Ne smije se, međutim, dopustiti da ova proceduralna „priječica“ ograniči prava optuženog ili, šire gledano, da ide na štetu opštег načela pravednog suđenja. To zabranjuje član 20 paragraf 1 Statuta, u kome se kaže:

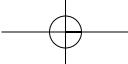
Pretresno vijeće će se postarati da suđenje bude pravedno i brzo, te da se postupak odvija u skladu sa Pravilnikom o postupku i dokazima, uz puno poštovanje prava optuženog i s dužnom brigom o zaštiti žrtava i svjedoka.

Drugim riječima, prema odredbama Statuta potreba za brzinom i efikasnošću ne smije ugrožavati ili negativno uticati na zahtjeve pravde. Treba posebno skrenuti pažnju na odredbe člana 21, a naročito na paragafe 2, 3 i 4 (g)⁷. Ovim odredbama propisuju se temeljna prava optuženog, koja čine *apsolutni minimum garancija*. Ako optuženi, izjavivši da se osjeća krivim, odluči da se odrekne svog prava na suđenje, takvo se odricanje može prihvati samo pod veoma strogim uslovima.

10. Iz gore iznesenog slijedi da izjašnjavanje o krivici mora biti *svojevoljno*, odnosno da ne smije biti iznuđeno prijetnjama, nagovaranjem ili obećanjima. Pozitivno izjašnjavanje o krivici podrazumjeva da se optuženi odriče svog prava na propisno suđenje, odnosno na postupak u kome će se smatrati nevinim dok mu se krivica ne dokaže van svake sumnje i u kome će imati pravo na ispitivanje i unakrsno ispitivanje svjedoka, kao i na sve pravosudne garancije propisane članom 21 Statuta. Dakle, ovo odricanje od jednog

7 „Član 21 (Prava optuženog): ... (2) Pri utvrđivanju optužbi, optuženi ima pravo na pravedan i javan pretres, u skladu sa članom 22 Statuta. (3) Optuženi se smatra nevinim dok mu se ne dokaže krivica u skladu s odredbama ovog Statuta. (4) Pri utvrđivanju bilo koje optužbe protiv optuženog u skladu sa ovim Statutom, optuženi ima pravo na slijedeći minimum jednakov vrijednih garancija: ... (g) da ne smije biti prisiljen da svjedoči protiv sebe ili da prizna krivicu.“





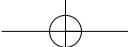
Presude/Dražen Erdemović

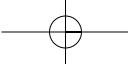
temeljnog prava nužno mora biti slobodno i svojevoljno. Ovakav zaključak podržava jedna značajna činjenica: ni Statut ni Pravilnik namjerno ne predviđaju mogućnost sporazuma o izjašnjavanju o krivici - odnosno barem ne mogućnost da sudska vijeća podrže ili priznaju takvu nagodbu sklopljenu izvan suda. To znači, između ostalog, da su sastavljači Statuta i Pravilnika imali za cilj da sprječe iskriviljavanja slobodne volje optuženog koja mogu biti povezana s nagodbama o njegovom izjašnjavanju.

Pored toga, o krivici mora da se izjasni optuženi koji je *compos sui*, odnosno čije se mentalno zdravlje ne dovodi u sumnju. Priznanje krivice ne smije biti proizvod poremećenog stanja uma, u kome optuženi priznaje izmišljene zločine ne bi li zadovoljio psihološku sklonost ka umišljenom samokažnjavanju. Jasno je da bi prihvatanje ovakvog priznanja predstavljalo sudske pogrešku. Da bi se ova opasnost izbjegla, sud je dužan da se uvjeri da je Tužilaštvo sakupilo dovoljno dokaznog materijala da se njime može potkrijepiti ili potvrditi priznanje krivice; drugim riječima, sud se mora uvjeriti da je Tužilaštvo dokazalo da za priznanje krivice postoji dovoljna činjenična osnova.

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

Još jedna posljedica koja proistiće iz gore izloženih načela jeste to da priznanje krivice ne smije biti neodređeno ili dvosmisленo. Ne može se dozvoliti da optuženi s jedne strane prizna krivicu, a da u isti mah ponisti svoje priznanje tvrdeći da je djelo počinio u samoodbrani, u činjeničnoj zabludi, ili iz nekog drugog razloga koji bi ga oslobodio krivice. U tom slučaju bi optuženi, priznajući da je počinio zločin, istovremeno i poricao odgovornost. Pravna logika pokazuje da se ovakvo priznanje krivice mora odbaciti kao nevaljano (sud ne može prihvati izjašnjavanje o krivici koje je po svojoj suštini kontradiktorno). Ali postoji i drugi, još uvjerljiviji razlog da se odbaci izjašnjavanje o krivici koje sadrži opisanu grešku. Kad god su ispunjeni svi navedeni uslovi da se priznanje krivice smatra valjanim, sud, u namjeri da potom pređe na određivanje kazne, može prihvatiti priznanje da je lice o kome je riječ zaista počinilo zločin. Motivisan interesom javnosti, sud može prihvati „samooptuženje“ kao valjano i prijeći na fazu izricanja kazne. Međutim, faza samog suđenja ne smije se preskočiti u pogledu postojanja ili nepostojanja odbrane koja se poziva na odsustvo *mens rea* ili koja, u najmanju ruku, predstavlja izgovor ili opravdanje. Da li se takva odbrana može ili ne može izneti *in casu*, to se mora pokazati pred sudom, kroz sudske postupak, jer ako se navedena odbrana pred sudom potkrijepi, iz toga slijedi da optuženi nije kriv i da se mora osloboediti krivice.





Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

To su moji zaključci u pogledu uslova koji se moraju zadovoljiti da bi pretresno vijeće moglo da prihvati priznanje krivice. Do njih se dolazi razmatranjem jedinstvenog cilja i svrhe jednog međunarodnog krivičnog suda i ograničenja kojima je takav sud podvrgnut, a ne pozivanjem na nacionalne krivične sudove i njihovu sudsku praksu. Tvrdim da se primjenom prvog od ta dva pristupa može pokazati da je potonji ne samo nepotreban već i neprikladan.

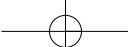
II. PRINUDA

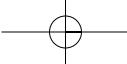
(ODNOSNO: DA LI MEĐUNARODNO KRIVIČNO PRAVO PODRŽAVA PRISTUP PRINUĐU KOJI SE PRIMJENJUJE U COMMON LAW KADA JE U PITANJU UBISTVO)

A. Uvod

11. Uz dužno poštovanje, ne slažem se ni sa zaključcima većine članova Žalbenog vijeća u pogledu prinude, iznesenim u Zajedničkom izdvojenom mišljenju časnih sudija McDonald i Vohrah, i to iz slijedećih razloga:

- (i) Pošto je konstatovala da nije formulisano nikakvo konkretno međunarodno pravilo o tome da li prinuda pruža potpunu odbranu od optužbi za ubijanje nevinih lica, većina je trebalo da otuda izvede jedini zaključak koji nameću pravo i logika, to jest, da treba primjeniti opšte pravilo o prinudi - pod uslovom, naravno, da su zadovoljeni nužni kriterijumi. U logici, ako nije dokazano postojanje izuzetaka od opšteg pravila, prevladaće opšte pravilo. U pravu, slično tome, ako se traži posebno pravilo koje se tiče posebnog aspekta nekog pitanja, pa se dođe do zaključka da takvo pravilo nije formulisano, može se zaključiti jedino da posebni aspekt potпадa pod pravilo koje reguliše to pitanje uopšte.
- (ii) Umjesto da dođe do ovog jednostavnog zaključka, većina članova Žalbenog vijeća upustila se u detaljno ispitivanje „praktičnih obzira“, koje je zaključila podržavši „praktične obzire“ u velikoj mjeri zasnovane na engleskom pravu. Smatram da takvo ispitivanje ne spada u zadatke našeg Suda. Ovaj Međunarodni sud dužan je da primjenjuje međunarodno pravo, a posebno naš Statut, te načela i pravila međunarodnog humanitarnog prava i međunarodnog krivičnog prava. Naš Međunarodni sud je pravni sud; obavezuje ga jedino međunarodno pravo. Stoga bi se on morao uzdržavati od upuštanja u



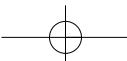


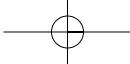
Presude/Dražen Erdemović

metapravne analize. Pored toga, morao bi se uzdržavati i od isključivog oslanjanja na pojmove, praktične obzire ili filozofske osnove zemalja common law sistema, bez uzimanja u obzir njihovih ekvivalenta iz građanskopravnog ili drugih pravnih sistema. Što je još važnije, kada se u krivičnom pravu primjenjuje praktično motivisan pristup, to se kosi sa temeljnim običajnim principom *nullum crimen sine lege*. Zasnovani na međunarodnim načelima i pravilima, moji zaključci o prinudi značajno se razlikuju od zaključaka većine članova Žalbenog vijeća. Dalje u tekstu izneću pravne razloge koji, vjerujem, potkrepljuju moje neslaganje.

12. Ukratko, smatram da: (1) prema odredbama međunarodnog krivičnog prava prinuda se uopšte uzev može izneti kao odbrana, pod uslovom da su ispunjeni određeni strogi uslovi; ako se prinuda ne može prihvatiti kao odbrana, ona se ipak može uzeti u obzir kao olakšavajuća okolnost; (2) u pogledu ratnih zločina ili zločina protiv čovječnosti kojima je u osnovi ubistvo ili, u širem smislu, lišavanje ljudi života⁸, o tome ne postoji određeno pravilo ili običajni međunarodni zakon; shodno tome, čak i u pogledu ovih zločina primjenjuje se *opšte pravilo o prinudi*; iz toga slijedi da prinuda može predstavljati odbranu ako su zadovoljeni strogi uslovi za to predviđeni. Istina je, međutim, da u slučaju zločina koji uključuju ubijanje jedan od uslova (koji se razmatra u paragrafu 42) - srazmernost - obično nije ispunjen. Pa ipak, u izuzetnim okolnostima bi se ovaj uslov mogao ispuniti, na primjer kada bi ubijanje u svakom slučaju izvršila druga lica, a ne lice koje postupa pod prinudom (jer tada ne bi bilo riječi o spasavanju vlastitog života ubijanjem drugog lica već prosti o spasavanju vlastitog života u situaciji u kojoj će drugo lice neizbjegno

- 8 Jedna terminološka primjedba: ključno pitanje koje ovde treba razmotriti jeste da li prema odredbama međunarodnog prava prinuda može predstavljati potpunu odbranu od optužbi za zločine protiv čovječnosti ili ratne zločine kojima je u osnovi ubijanje nevinog lica. Ovu formulaciju upotrebljio je tužilac u odgovoru na žalbu od 28. aprila 1997, i ona odražava zločin za koji se podnosič žalbe tereti. Treba, međutim, napomenuti da optužnica tereti podnosioca žalbe za zločin protiv čovječnosti (**ubistvo**) i, alternativno, kršenje ratnog prava i običaja (**ubistvo**). Termin „ubistvo“ nije definiran u Statutu, niti u zajedničkom članu 3 Ženevskih konvencija iz 1949, kojim se zabranjuje „ubistvo“. Takođe, definicija „ubistva“ nije ista u različitim nacionalnim pravosuđima; neka od njih, na primjer država Pensilvanija u sastavu Sjedinjenih Američkih Država, priznaju i do tri različita stepena ubistva. Za potrebe ovog mišljenja, glavno pitanje je može li prinuda predstavljati odbranu od optužbi za ubijanje nevinih lica. Što se ovog pitanja tiče, smatram da je potpuno svejedno da li se zločin naziva „ubijanjem“, „nezakonitim ubijanjem“ ili „ubistvom“, dokle god se pod tim podrazumeva ubijanje nevinih lica bez zakonitog izgovora ili opravdanja (osim, eventualno, odbrane prinudom), koje mi ovdje razmatramo. Slično tome, za naše potrebe nije bitno da li je lice optuženo za ubistvo, ubistvo iz nehata, itd. kao glavni počinilac ili kao saučesnik.





Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

umreti, što možda i nije „nesrazmjerne“ sredstvo); (3) stoga bi Žalbeno vijeće trebalo da vrati predmet jednom pretresnom vijeću da razmotri pitanje prinude (kao i zbog toga što priznanje krivice nije dato sa punom sviješću), uputivši pretresno vijeće da u ime Dražena Erdemovića („podnositac žalbe“) doneše izjavu da se ne osjeća krivim i da potom u sudskom postupku ustanovi da li je podnositac žalbe postupao pod prinudom ili ne i, shodno tome, da li se može ili ne može opravdati.

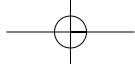
13. Prije nego što se zadržim na konkretnom pitanju prinude u vezi sa zločinima kod kojih se nevina lica lišavaju života, smatram da će biti korisno, pa čak i neophodno, da ukratko objasnim opšti pojам prinude i uslove njegove primjenjivosti u međunarodnom krivičnom pravu.

B. Pojam i uslovi za ustanovljavanje prinude

14. Prinuda, odnosno postupanje pod prijetnjom teške i nepopravljive štete po život ili tjelesni integritet od strane trećeg lica, povlači za sobom nepostojanje krivične odgovornosti lica koje postupa pod prijetnjom. Prinuda se često naziva „nuždom“, kako u nacionalnom zakonodavstvu tako i u slučajevima koji se tiču ratnih zločina ili zločina protiv čovječnosti. I ja ću se ponekad služiti ovim izrazima bez razlike. Međutim, kako pravilno primjećuje *British Manual of Military Law* [Britanski priručnik vojnog prava], s tehničkog stanovišta nužda u užem smislu pokriva i situacije u kojima pojedinac nije izložen prijetnjama trećeg lica, na primjer situaciju gdje lice „u stanju krajnje izglađnjelosti ubije [drugo lice] kako bi ga pojelo“⁹. Drugim riječima, nužda je širi pojam od prinude i obuhvata prijetnju životu i tjelesnom integritetu *uopšte*, a ne samo kada je izvor prijetnje neko drugo lice.

15. Takođe je važno napomenuti da se u sudskoj praksi pozivanje na prinudu često javlja u sprezi sa naređenjima nadređenih. Ovo dvoje, međutim, nije nužno povezano. Nadređeni mogu izdavati naređenja koja ne sadrže *nikakve* prijetnje životu i tjelesnom integritetu. U takvim okolnostima, ako je naređenje nadređenog očigledno protivno odredbama međunarodnog prava, potčinjeni je dužan da odbije da se naređenju poviňuje. Ako se, nakon odbijanja, naređenje ponovi, ovaj put uz prijetnju životu ili tjelesnom integritetu, može se govoriti o prinudi, a naređenja nadređenog tada više nisu pravno relevantna. Isto tako, prinuda se može navesti sasvim nezavisno od naređenja nadređenog, na primjer kada prijetnja potiče od vojnika istog ranga. Tako, kada se pozivanje na prinudu javi u sprezi sa očigledno nezakonitim naređe-

9 *The Law of War on Land*, 1958, paragraf 630, bel. 1.



Presude/Dražen Erdemović

njima nadređenog, takva odbrana je prihvatljiva jedino ako je optuženi prvo odbio da izvrši naređenje nadređenog, da bi ga potom izvršio tek nakon prijetnje životu ili tjelesnom integritetu.

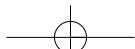
16. Pogledajmo sada koji se uslovi mogu primjeniti pri odbrani prinudom. Relevantna sudska praksa gotovo jednoglasno zahtjeva da se moraju ispuniti četiri stroga uslova kako bi se prinuda mogla prihvati kao odbrana, i to:

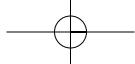
- (i) djelo za koje se optuženi tereti počinjeno je pod neposrednom prijetnjom teške i nepopravljive štete po život ili tjelesni integritet;
- (ii) nije bilo adekvatnog načina da se takvo zlo sprijeчи;
- (iii) počinjeni zločin nije bio u nesrazmjeri sa zlom kojim je zaprećeno (do ovoga bi, na primjer, došlo u slučaju ubijanja radi sprečavanja napada); drugim riječima, da ne bi bio nesrazmjeran, zločin počinjen pod prinudom mora, kad se sve uzme u obzir, predstavljati manje od dva zla;
- (iv) prinuđeno lice nije smjelo svojevoljno prouzrokovati situaciju koja je dovela do prinude.¹⁰

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

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

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





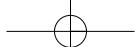
Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

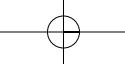
17. Vrijedi insistirati na upravo navedenom četvrtom uslovu, kako bi se podvukla njegova posebna primjenljivost u ratnim situacijama. Prema sudskej praksi iz oblasti međunarodnog humanitarnog prava, prinuda ili nužda ne mogu oslobođiti krivične odgovornosti lice koje namjerava da se posluži takvom odbranom ako je ono svjesno i svojevoljno pristupilo jedinicu, organizaciju ili grupi čija je institucionalna svrha djelovanje suprotno međunarodnom humanitarnom pravu.¹²

C. Može li prinuda predstavljati odbranu od optužbi za kršenja humanitarnog prava koja uključuju ubijanje

18. Gore sam iznio, radi veće jasnoće, koji su opšti uslovi čije ispunjenje, po mom mišljenju, zahtjeva sudska praksa kako bi se prinuda mogla priznati kao odbrana. U daljem tekstu ću detaljnije govoriti o nekim od tih uslova.

- 12 Pored predmeta *Einsatzgruppen, supra*, bel. 10, i *Trial of Erhard Milch* (dalje u tekstu „predmet Milch“), *Trials of War Criminals*, III tom, str. 964 (u *Law Reports*, VIII tom, str. 91, i VII tom, str. 40, tim redom), pri čemu su u oba ova slučaja presuđivali sudovi Sjedinjenih Američkih Država koji su zasjedali u Nurmbergu, za ovo pitanje su od posebnog značaja neki predmeti koji su se nakon II svjetskog rata našli pred njemačkim sudovima, i to zbog toga što su i ovi sudovi djelovali u skladu sa Zakonom br. 10 Kontrolnog savjeta - međunarodnim instrumentom koji je u velikoj mjeri postao dio običajnog prava. Tako su, u jednom predmetu o kome je odlučivao njemački vrhovni sud u britanskoj zoni, dvojica optuženih bili pripadnici Nacionalsocijalističke partije, pri čemu je jedan bio pukovnik (*Standartenführer*) u SA, a drugi član komiteta NSDAP (nacističke partije). Učestvovali su u napadima na sinagoge 10. novembra 1938. (*Kristallnacht*) i u zlonamjernoj paljevini. Optuženi su tvrdili da su postupali prema naređenjima nadređenih, a uz to i pod prinudom (*Notstand*). Sud je njihovu tvrdnju odbacio, podvukavši: „Kao stari član [Nacionalsocijalističke] partije, T. je bio upoznat sa programom NSDAP i njenim metodama borbe. Ako se uprkos tome stavio na raspolaganje kao zvanični *Standartenführer*, morao je od početka računati na to da će mu biti naređeno da počini takve zločine. Takođe, s obzirom da je za stanje nužde sam odgovoran, nije se mogao pozvati na eventualno nerazumjevanje okolnosti koje ga je moglo navesti da se prevari u pogledu nužde ili prinude. Vidi *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen*, 1. tom, 1949, str. 201 (moj prijevod). Vidi i sljedeće njemačke predmete: odluka *Oberlandesgericht* Frajburga im Brajsgau od 17. februara 1949. (tekst u *Höchstrichterliche Entscheidungen. Sammlung der Oberlandesgerichte und der Obersten Gerichte in Strafsachen*, II tom, str. 200-203), kao i odluku njemačkog vrhovnog suda u britanskoj okupacionoj zoni od 5. septembra 1950. (*ibid.*, 1. tom, str. 129-130). Mogu se pomenuti i brojni slučajevi izneseni pred italijanski kasacioni sud: vidi, na primjer, odluku od 24. septembra 1945. u predmetu *Spadini* (u *Rivista penale*, 1946, str. 354), odluku od 10. maja 1947. u predmetu *Toller* (*ibid.*, 1947, str. 920), odluku od 24. februara 1950. u predmetu *Fumi* (*ibid.*, 1950, II tom, str. 380). Isti stav nedavno je zauzeo apelacioni sud u Versaju u predmetu *Touvier* (odluka od 2. juna 1993). Sud je bio stanovišta da „ni na kakvo opravdanje, bilo ono zasnovano na stanju nužde ili na odbrani trećeg lica, ne može se pozvati pripadnik milicije poput Touviera, koji je po svom službenom položaju prirodno bio dužan da se povinuje zahtjevima nacističkih vlasti. Sama priroda ovog posla, za koji se on slobodno opredjelio, podrazumjevala je redovnu saradnju sa organizacijama kao što su SD ili Gestapo“ (neobjavljeni tekst, moj prevod).





Presude/Dražen Erdemović

Prije nego što iznesem razloge svog neslaganja, trebalo bi da ukratko podsećim na činjenicu da se Tužilaštvo i većina članova Žalbenog vijeća razmimoilaze u svojim stavovima o međunarodnim pravnim normama koje se odnose na prinudu u slučajevima koji uključuju ubijanje nevinih lica. Tužilaštvo tvrdi da se u međunarodnom pravu razvilo običajno pravilo, ili izuzetak, kojim se izričito isključuje odbrana prinudom kod takvih zločina. Nasuprot tome, većina članova Žalbenog vijeća smatra da takvo posebno pravilo ne postoji; oni, međutim, tvrde da u odsustvu takvog pravila treba primjeniti opšte praktične obzire; njihovom primjenom dolazi se do istog rezultata do kojeg je Tužilaštvo došlo drugim putem: takođe, većina članova Žalbenog vijeća smatra da se prinuda ne može prihvati kao odbrana od optužbi za zločine koji uključuju ubijanje, već se može navesti jedino kao motiv za ublažavanje kazne.

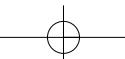
Ne slažem se ni sa jednim od ova dva stava. Jasnoće radi, počeću od argumenta koje je iznelo Tužilaštvo.

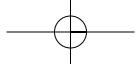
1. Tvrđnja Tužilaštva

19. Tužilaštvo smatra da postoji „dovoljno jasna norma“ običajnog međunarodnog prava kojom se izričito sprečava pozivanje na prinudu pri odbrani od optužbi za kršenja humanitarnog prava pri kojima se nevina lica lišavaju života¹³. Tužilaštvo je do tog zaključka došlo ovakvim rezonovanjem:

- (i) Autoritativni izvor na osnovu koga se može odrediti da li se ovoj stvari razvilo neko međunarodno pravilo jeste sudska praksa vojnih sudova okupacionih snaga koji su zasedali posle II svjetskog rata. Ova sudska praksa ima veći značaj od nacionalne sudske prakse u određivanju presedana, pošto su ti vojni sudovi uspostavljeni u skladu sa Zakonom br. 10 Kontrolnog savjeta od 20. decembra 1945, koji je postao sastavni dio običajnog međunarodnog prava.
- (ii) Tri predmeta iznesena pred ove sudove imaju presudnu težinu pošto se o pitanju prinude nije odlučivalo po principu *obiter dictum* već primjenom *ratio decidendi*, a uz to su presude ovih sudova podržane i pravnim izvorima. U pitanju su predmeti *Stalag Luft III*¹⁴ i *Feurstein*¹⁵, u kojima su presude donijeli bri-

13 Vidi Odgovor o preliminarnim pitanjima tražen Nalogom o rasporedu od 5. maja 1997, zavedeno u arhivi, *Tužilac protiv Dražena Erdemovića*, predmet br. IT-96-22-A, 20. maja 1997, str. 2-8; transkript, *Tužilac protiv Dražena Erdemovića*, predmet br. IT-96-22-A (dalje u tekstu: „Transkript žalbenog postupka“), 26. maja 1997, str. 16-23.





Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

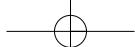
tanski sudovi u Njemačkoj, kao i *Hölzer et al.*¹⁶, u kome je presudu doneo kanadski sud u Njemačkoj.

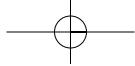
Tužilaštvo smatra da dva druga predmeta, u kojima je zauzet suprotan stav - konkretno *Jepsen*¹⁷, u kome je presudio britanski sud koji je zasjedao u Njemačkoj, i *Einsatzgruppen*¹⁸, u kome je presudio američki sud koji je zasjedao u Nirnbergu - ne treba uzeti u obzir. Prvi zbog toga što nije potkrijepljeno pravnim izvorima, a uz to je vremenski prethodio već pomenu tim britanskim predmetima, koji su ga kao *lex posterior* prevazišli; drugi zbog toga što američki sud nije uzeo u obzir prethodne britanske i kanadske predmete, nije potkrijepio svoj *ratio decidendi* pravnim izvorima, te je u velikoj mjeri „arbitrarno protumačio“ zakon.

- (iii) Tri navedena slučaja odražavaju ne samo opšta pravna načela, već i običajno međunarodno pravo; stoga je opravдан zaključak prema kome u međunarodnom pravu postoji običajno pravilo kojim se isključuje prinuda kao odbrana od optužbe za ubistvo.

Uz dužno poštovanje, nalazim da je argumentacija Tužilaštva u potpunosti neosnovana.

14. Vidi *Trial of Max Wielen and 17 Others, Proceedings of a Military Court Held at Hamburg* (dalje u tekstu „predmet Stalag Luft III“), 1. juli 1947 - 1. septembar 1947, presuda od 2-3. septembra 1947 (dosjei WO 235/424-32 u Public Record Office, Kew, Richmond), (predao sam biblioteci Međunarodnog suda dijelove zapisnika koje pominjem u ovom mišljenju); *Law Reports*, XI tom, str. 31.
- 15 Vidi *Trial of Valentin Feurstein et al., Proceedings of a Military Court held at Hamburg*, 4-24. avgust 1948, Public Record Office, Kew, Richmond, dosje br. WO 235/525 (dalje u tekstu „Feurstein et al.“), (predao sam biblioteci Međunarodnog suda sve dijelove zapisnika koje pominjem u ovom mišljenju); *Law Reports*, XV tom, na str. 173.
- 16 Vidi *Record of Proceedings of the Trial by Canadian Military Court of Robert Hölzer and Walter Weigel and Wilhelm Ossenbach held at Aurich, Germany* (dalje u tekstu „Hölzer et al.“), 25. mart - 6. april 1946, 1. tom. (Zahvalan sam kanadskom Ministarstvu odbrane - Kancelariji vrhovnog vojnog sudije - što su mi obezbjedili primjerak ovih dokumenata, koji je sada pohranjen u biblioteci Međunarodnog suda.)
- 17 Vidi predmet *Jepsen*, *supra*, bel. 10.
- 18 Vidi predmet *Einsatzgruppen*, *supra*, bel. 10.





2. Kritički prikaz argumenata Tužilaštva na osnovu sudske prakse

20. Moje primjedbe na račun tvrdnji Tužilaštva zasnivaju se (i) na sudskoj praksi na koju se Tužilaštvo poziva i (ii) na sudskoj praksi na koju se ono ne poziva.

21. Što se tiče sudske prakse na koju se oslanja Tužilaštvo, počeo bih od jedne primjedbe manjeg značaja. Jednostavno, nije ispravno tvrditi da su vojni sudovi okupacionih snaga o kojima govori tužilac „bili pravosudni organi jednakih ovlasti“ uspostavljeni u skladu sa Zakonom br. 10 Kontrolnog savjeta, koji je stekao status običajnog međunarodnog prava; te da njihove odluke o stvari o kojoj se ovdje raspravlja shodno tome imaju veću težinu od odluka nacionalnih pravosudnih organa.¹⁹ Nasuprot onome što tvrdi Tužilaštvo, tri britanska vojna suda uspostavljena su Kraljevskom uredbom od 14. juna 1945. i Pravilnikom o suđenjima ratnim zločincima koji joj je pridodat.²⁰ To su, dakle, bili nacionalni pravosudni organi. Slično tome, kanadski vojni sud koji je presudio u predmetu *Hölzer et al.* uspostavljen je u skladu sa Pravilnikom o ratnim zločinima (Kanada)²¹, te je i on pripadao nacionalnom pravosuđu. I britanski sudovi i kanadski sud primjenjivali su *vlastite nacionalne zakone* u vezi s pitanjima koja međunarodnim krivičnim pravom nisu bila pokrivena, kao što je prinuda²². Nasuprot tome, američki II vojni sud, koji je zasjedao u Nurnbergu - i koji je sudio u predmetu *Einsatzgruppen* - uspostavljen je prema odredbama Zakona br. 10 Kontrolnog savjeta. Stoga se od svih pomenutih sudova jedino on može smatrati međunarodnim - barem u pogledu nastanka. Uz to, u razmatranju pitanja koja tim zakonom nisu bila pokrivena primjenjivao je njemačko pravo (pravo optuženih), a oslanjao se i na sovjetsko pravo (pravo teritorije na kojoj je počinjena većina zločina, odnosno *lex loci delicti commissi*).

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

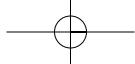
Što se tiče britanskih vojnih predmeta, Tužilaštvo tvrdi da su nad presudom u predmetu *Jepsen* - kojom je u principu dopušteno pozivanje na prinudu kod kršenja humanitarnog prava koja uključuju ubijanje - kasnije prevladale pre-

19 Transkript žalbenog postupka, supra, bel. 13, str. 53.

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

21 P.C. 5831 od 10. septembra 1945.

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



Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

sude iz predmeta *Stalag Luft III* i *Feurstein et al.* Pokazaču da to jednostavno ne stoji. I *Stalag Luft III* je ostavio otvorenu mogućnost da se prinuda primjeni kao odbrana od optužbi za nezakonito ubijanje. Što se tiče predmeta *Feurstein et al.*, *dictum* o prinudi predsjedavajućeg sudije bio je *obiter*, pošto se nijedan od optuženih u svojoj odbrani nije pozvao na prinudu.

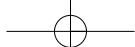
23. Kao što je tužilac priznao, predmet *Jepsen*²³ predstavlja tvrdnju da prinuda može biti odbrana čak i kada je u pitanju zločin koji uključuje ubijanje nevinih lica. Ovaj predmet ticao se ubistva šest logoraša od strane izvjesnog Jepsena, Danca koji je radio kao stražar u njemačkom koncentracionom logoru. Aprila 1945, dok su se približavale savezničke trupe, njemačke vlasti su naredile da se logoraši prebace u drugi logor, i to zdravi pješice, a bolesni vozom. Jepsen je bio jedan od stražara u pratnji voza. Za vrijeme prebacivanja bilo je nekoliko vazdušnih napada i veliki broj logoraša je stradao, pri čemu su mnogi umrli od bolesti ili gladi. U jednom trenutku je naređeno da se 52 preživjelih logoraša strijeljaju, „kako bi se spriječio tifus“. Jepsen je učestvovao u strijeljanju, ubivši šest logoraša. Iako u svom iskazu pod zakletvom nije pominjao prinudu²⁴, za vrijeme sudskog procesa, a potom i pred izricanje presude, tvrdio je da ga je njemački Obermaat Engelmann, koji je izdao naređenje da se svi logoraši ubiju, pod prijetnjom vatrenog oružja naterao da učestvuje u strijeljanju logoraša²⁵. Njegov branilac pozvao se, između ostalog, na stanje nužde (*Notstand*), o kome govori odjeljak 54 njemačkog Krivičnog zakonika²⁶. U svom izlaganju iskaza obe strana, predsjedavajući sudija je izjavio da je u ovom slučaju mogućno poziva-

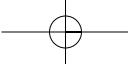
23 Predmet *Jepsen*, *supra*, bel. 10.

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

25 Treba primjetiti da se njegove dve verzije ovog incidenta bitno razlikuju. Za vrijeme sudskog procesa, optuženog je njegov branilac upitao šta se dogodilo kad je odbio da izvrši naređenje Obermaata Engelmannu da se logoraši strijeljaju. On je odgovorio da mu je Obermaat rekao: „Pa ti si esesovac a esesovi su uvijek tako brutalni i grubi“. Prema Jepsenu, rekao je i: „Ovo naređenje važi za tebe koliko i za sve druge“, te „Ako ne budeš učestvovao [u strijeljanju] i ti ćeš smjesta na licu mesta biti strijeljan“ (*ibid.*, str. 233-251, na str. 250). Nasuprot tome, nakon što je proglašen krivim, a pre izricanja presude, Jepsen je izjavio: „Nisam imao nikakve veze sa tim transportom, a Engelmann mi je uperio pištolj u prsa i rekao da će brojati do tri, pa ako dotle ne odem da pomognem u strijeljanju logoraša, pucaće u mene“ (*ibid.*, str. 363).

26 *Ibid.*, str. 338-341. Odjeljak 54 njemačkog Krivičnog zakonika u velikoj mjeri se podudara sa odjeljkom 35 (1) danas važećeg njemačkog Krivičnog zakonika. U odjeljku 54 njemačkog Krivičnog zakonika iz 1871. stajalo je da: „Osim u slučajevima samoodbrane, neki postupak ne predstavlja zločin ako je počinjen u situaciji nužde koju sam počinilac nije skrivio i koja se nije mogla na drugi način izbjegći, a s namjerom da se odvrati neposredna opasnost po život ili tjelesni integritet samog počinjocu ili nekog od njegovih bliskih rođaka“ (moj prijevod).





Presude/Dražen Erdemović

nje na prinudu, pod uslovom da su ispunjeni potrebni uslovi²⁷. Sud je Jepsena proglašio krivim, ali pošto je, kako je to rekao predsjedavajući sudija, postojao „elemenat sumnje o tome da li [on] jeste ili nije postupao pod određenim stepenom prisile“, osuđen je na doživotnu robiju, a ne na smrt²⁸. Kao što ću u daljem tekstu podvući (*vidi paragraf 43*), ono što se u ovom predmetu čini posebno relevantnim jesu specifične činjenične okolnosti u kojima je došlo do navodne prinude, to jest, neizbjegnost smrti žrtava.

24. Pređimo sada na predmet *Stalag Luft III*, o kome je odlučivao britanski vojni sud koji je zasjedao u Hamburgu, Njemačka²⁹. Osamnaestorica optuženih, svi pripadnici SS, odvojeno su učestvovali u ubijanju 50 pripadnika RAF koje je, nakon što su pobegli iz zarobljeničkog logora (*Stalag Luft III*), ponovo uhvatila njemačka kriminalistička policija (*Kripo*). Neki od optuženih tvrdili su, između ostalog, da su postupali pod prinudom: da se nisu povinovali tajnom Himmlerovom naređenju da se pobiju svi bjegunci, bili bi ubijeni i potpali bi pod tzv. *Sippenhaft* (odgovornost svih članova porodice za zločine jednog člana)³⁰. U svom izlaganju iskaza obeju strana, predsjedavajući sudija je pomenuo njihovo pozivanje na prinudu i na početku kao reper citirao „našu pravnu Bibliju“, odnosno *Archbolds Criminal Law*, prema kojoj prinuda nije zakonito opravdanje u slučajevima ubistva. Međutim, on je potom razmotrio izvore iz međunarodnog prava, „koji su od veće pomoći“, i citirao stručnjaka za međunarodno pravo sira Herscha Lauterpachta, koji je izjavio da „stepen prisile koji se mora podrazumjevati u slučaju vojnika ili oficira koji se, odbivši da izvrši naređenje, izložio neposrednoj smrtnoj opasnosti *isključuje pro tanto odgovornost optuženog*“ (naknadno podvučeno). Ovome je dodata sljedeće:

Osim ako doista ne prihvatimo stanovište, koje se ne može tek tako odbaciti, da lice kome se prijeti takvim kažnjavanjem po kratkom postupku nema pravo da spase sopstveni život na račun žrtve ili, naročito, brojnih žrtava³¹.

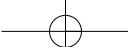
27 „Prinuda retko može predstavljati odbranu; ona to nikad ne može biti osim ako je prijetnja pod kojom je nezakonito djelo počinjeno prijetnja neuporedivo većim neposrednim zlom nego što je zlo do koga bi došlo kada bi se naređenje izvršilo... Ako razmatrate mogućnost da bi ova prijetnja smrću mogla činiti odbranu, zamolio bih vas da odluku u tom smislu ne donesete osim ako smatrate da je on [tj. optuženi] zaista bio u neposrednoj smrtnoj opasnosti i da je zlo koje mu je prijetilo bilo veće, kada se sve uzme u obzir, od zla koje se od njega zahtjevalo da počini“ (*ibid.*, str. 357-359).

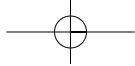
28 *Ibid.*, str. 363.

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

30. *Ibid.*, dosije br. 235/429, str. 22.

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





Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

Lauterpacht je razmatrao mogućnost isključivanja prinude kada je riječ o spasavanju vlastitog života na račun tuđeg, ali se nije izjasnio o njenoj osnovanosti, osim što je rekao da je ne treba „tek tako odbaciti“. Dalji odlomci iz Lauterpachtovog teksta, koje je predsjedavajući sudija s odobravanjem citirao, jasno pokazuju da je Lauterpacht ostavio prostora za prihvatanje odbrane prinudom u slučaju kada je optuženi „postupio pod neposrednim uticajem straha od drastičnih posljedica“³². Tako predsjedavajući sudija nije nedvosmisleno isključio mogućnost da se prinuda smatra odbranom od optužbi za nezakonito ubijanje; on je u stvari pružio objašnjenje kako relevantnog britanskog zakona tako i prilično dvomislenog stanja međunarodnog prava, kako ga je izneo Lauterpacht³³. Od suštinskog je, dakle, značaja - a suprotno tužiočevim tvrdnjama - da predmet *Stalag Luft III* ne predstavlja stanovište da prinuda ne može biti odbrana od optužbi za ubijanje nevinih lica. On, dakle, po ovom pitanju nema veću težinu od predmeta *Jepsen*.

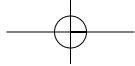
Radi potpunog uvida u motive suda, treba da podvučemo i da je predsjedavajući sudija insistirao na tome da odbrana, uprkos zahtjevu tužioca, faktički nije navela nikakve primjere prinude za kojom su uslijedili smrt ili „kolektivno kažnjavanje porodice“. Isto tako, predsjedavajući sudija pokazao je da je u mnogim pojedinačnim slučajevima koji su razmatrani bilo krajnje neizvjesno da li su optuženi uopšte bili podvrgnuti prinudi³⁴. Isto je to i tužilac upečatljivo istakao u svojoj završnoj besedi³⁵. Skoro svi optuženici, uključujući i one

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

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

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

35 U predmetu o kome je riječ, tužilac je u svojoj završnoj besedi pomenuo prinudu i citirao „englesko pravo“; međutim, on nije isključio mogućnost njegove primjene u konkretnom slučaju zato što je u pitanju bilo ubijanje; on je prinudu proglašio neprihvatljivom zato što, po njegovom mišljenju, optuženi ni na koji način nisu prisiljavani, a pored toga gotovo nikо od njih nije u ubijanju bjegunaca odigrao „podređenu ulogu“ (*Ibid.*, zapisnik četrdeset sedmog dana suđenja, str. 40-42). Značajno je bilo i to da su svi optuženi osim jednog bili pripadnici SS; zbog toga bi se primjenjivao izuzetak koji se odnosi na dragovoljno članstvo u



Presude/Dražen Erdemović

koji su se branili prinudom, osuđeni su na smrt, iz čega se jasno vidi da sud nije vjerovao da su optuženi postupali pod bilo kakvim oblikom prisile, jer bi u protivnom imali pravo na blažu kaznu.

25. U predmetu *Feurstein et al.*³⁶ Tužilaštvo je petoricu njemačkih viših oficira teretilo za ubistvo nenaoružanih zarobljenih britanskih vojnika. Konkretno, svi su optuženi za učešće u strijeljanju dvojice ratnih zarobljenika u italijanskom mjestu Poncano, kod La Specije; pored toga, dvojica od njih su optužena i za učešće u ubistvu dvojice britanskih ratnih zarobljenika na prevozu La Ćiza u Italiji. U svojoj uvodnoj besjadi, tužilac je istakao da optuženici ne mogu, pozivanjem na tzv. „Firerovo naređenje“, tvrditi kako su bili pod prisilom, pošto su bili oficiri, a ne obični vojnici kojima je stavljeno u zadatku da učestvuju u streljačkom stroju. Međutim, tužilac je očito ostavio prostora za mogućnost da se optuženi ipak pozovu na prinudu. Rekao je:

Postavlja se pitanje o tome da će se - i to neizbjježno - neki od oficira na optuženičkoj klupi, ako ne i svi, braniti tvrdeći da su bili pod jednakom prisilom kao i obični vojnici od kojih se sastojao streljački vod. Na vama je, i samo na vama, da o tome odlučite i, naravno, ako ustanovite da je to tako, onda ćete ih oslobođiti optužbi“ (naknadno podvučeno).³⁷

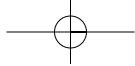
Tužilac je dalje kazao:

U to vrijeme je postojalo posebno naređenje poznato kao ... ekspedicionalo naređenje ili Firerovo naređenje, a koje je nametalo posebne obaveze svim oficirima koji su imali posla sa specijalnim kategorijama vojske ... Moguće je, naravno, da optuženi - neki ili svi - mogu navesti u svoju odbranu da su postupali po naređenjima nadređenih. Rekao bih da se o tome može jasno i tačno kazati sljedeće: da naređenja nadređenih sama po sebi nikad nisu činila odbranu od optužbe. Ni u ovom sudu ... a pogotovo ne u engleskim krivičnim sudovima, ne možete sa optuženičke klupe ili sa mjesta za svjedoček reći u svoju odbranu „taj i taj mi je kazao da to učinim“. Čovjek je za svoja djela lično odgovoran. Ono što može predstavljati odbranu, razume se, jeste toliko snažna prisila da čovjeka potpuno liši slobodne volje, a opet u pogledu ovih ljudi i tog ekspedicionalog naredenja na vama je da odlučite da li je postojanje ekspedicionalog naređenja

kriminalnim organizacijama, o kome je bilo riječi gore. (Vidi *ibid.*, tužiočeva završna beseda, str. 40.)

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

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

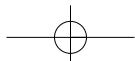


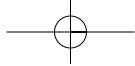
Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

bilo koga od njih istinski stavilo pod tako snažnu prisilu da im nije ostalo ništa drugo do da učine ono što su i učinili (naknadno podvučeno).

Iako je tužilac na početku suđenja očekivao da bi moglo doći do odbrane pozivanjem na prinudu, to nije učinio niko od optuženih³⁸. Dakle, kada je u svom izlaganju o iskazima obeju strana predsjedavajući sudija isključio mogućnost da se prinuda navede kao odbrana od optužbe za ubistvo, to je bio *obiter dictum*³⁹. Takođe, uputstvo predsjedavajućeg sudije bilo je veoma usko postavljeno, pošto se zasnivalo na jednoj jedinoj britanskoj sudskej odluci - u predmetu *Dudley and Stephens*⁴⁰. Sud je na kraju oslobodio krivice trojicu optuženih, dok je drugu dvojicu osudio na šestomjesečnu kaznu zatvora.⁴¹ Iz ovoga se da zaključiti da ni *Stalag Luft III* ni predmet *Feurstein et al.* ne podržavaju tvrdnju da se optuženi za nezakonito ubijanje ne može pozivati na

- 38 Dvojica optuženih (Knesebeck i Von Menges) naveli su kao odbranu naređenja nadređenih, u vezi sa Firerovim naređenjem. (Vidi *ibid.*, dokaz broj 38 i dokaz broj 39).
- 39 Predsjedavajući sudija je izjavio: „Odbranu ‘prinudom i prisilom’ zakon ne priznaje. Čak i ako želite da spasete vlastiti život, nemate pravo da drugoga lišite života. S tim u vezi, podsetio bih vas na predmet poznat pod nazivom *Mignonette* [odnosno predmet *Dudley and Stephens*], u kome je izvjestan broj mornara brodolomnika, izgubivši nadu da će dosjeti do kopna, odlučio da ubije jednog od svojih drugova i pojede ga. Kockom je odabrana žrtva i na kraju je namjera ostvarena, a jedan od mornara na taj način je stradao. Na svoju sreću, ili nesreću, mornari su spaseni i naposljetku im je sudeno ... i upravo su se na ovaj način branili. Rekl su: ‘Da nismo ubili i pojeli svog druga, svi bismo umrli od gladi i nijedan od nas ne bi danas bio živ.’ Ovu je odbranu, gospodo, sud odbacio, rekavši da čovjek ne smije drugoga lišiti života da bi spasao svoj život“ (*ibid.*, dosije WO 235/525, str. 6).
- 40 R. v. *Dudley and Stephens*, 1884, 14 QBD 273, poznat i kao predmet *Mignonette*. Pored toga, iako se ovaj predmet često navodi da bi se potkrijepio stav da nužda ne predstavlja odbranu u slučaju ubistva, sud je u ovom slučaju došao do zaklučka da ubistvo žrtve zapravo i nije bilo nužno. Kao što je istakao lord Coleridge, vrhovni sudija: „Mogao ih je narednog dana spasti neki brod koji je tuda prolazio; moglo se dogoditi da i ne budu spaseni; očito je da bi u oba slučaja dječakovo ubistvo bilo izlišan i beskoristan čin“ (naknadno podvučeno). Drugim riječima, nužnost ubijanja žrtve bila je u tom trenutku čista spekulacija od strane optuženih. Zanimljivo je primjetiti da je u Francuskoj jedan prilično sličan dogadaj, kada je 1816. godine 15 preživjelih brodolomnika na splavu *Meduze* ubilo i pojelo nekoliko svojih drugova, imao drugačiji sudske ishod. Nisu podignute optužnice za ubijanje i jedenje, ali je 1817. pokrenut sudske postupak protiv kapetana broda, zato što je prouzrokovao brodolom i napustio brod. Vidi P. Moriaud, *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, 1889, str. 9-10; E. Sermet, *L'état de nécessité en matière criminelle*, 1903, str. 23; H. de Hoon, „*De l'état de nécessité en droit pénal et civil*“, *Revue de droit belge*, 1911, str. 30-31; Ph. Masson, *L'affaire de la Méduse - le naufrage et le procès*, 1972, naročito str. 111 i dalje. Vidi i Schadewaldt, „*Lodyssée du „Radeau de la Méduse“: Un exemple classique de l'état de nécessité*“, *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1969, br. 2, str. 119 i dalje; J. Graven, „*L'état de nécessité justificatif des naufragés. R propos du Radeau de la Méduse*“, *ibid.*, str. 135 i dalje.
- 41 Feurstein, *supra*, bel. 15, str. 26-28.





Presude/Dražen Erdemović

prinudu; oni dakle ne čine *lex posterior* veće težine od presude u predmetu *Jepsen*, kako to tvrde Tužilaštvo i većina članova Žalbenog vijeća.

26. Sljedeći predmet koji će biti razmotren, budući da se Tužilaštvo u svojoj argumentaciji na njega pozivalo, jeste *Hölzer et al.*, o kome je 6. aprila 1946. doneo presudu jedan kanadski vojni sud koji je zasjedao u Aurihu, Njemačka, a primjenjivao kanadske zakone⁴². Marta 1945. trojica kanadskih avijatičara napustili su svoj oštećeni avion nedaleko od Opladena u Njemačkoj, da bi ih potom zarobili njemački vojnici. Jednog od Kanađana, koji je bio ranjen, ubila su trojica optuženih Nijemaca. Oni su se u svojoj odbrani pozvali na naređenja nadređenih, kao i na prinudu, tvrdeći da ih je poručnik Schaefer (koji nije bio među optuženima) pod pretnjom vatre nog oružja natjerao da ubiju ranjenog avijatičara⁴³. *Hölzerov* branilac insistirao je na prinudi, kako u svojoj uvodnoj, tako i u završnoj besjeti. Oslanjao se uglavnom na međunarodno pravo⁴⁴, ali je po pitanju prinude citirao njemačke zakone, a naročito članove 52 i 54 njemačkog Krivičnog zakonika⁴⁵. I branioci druge dvojice optuženih insistirali su na ovakvoj odbrani.⁴⁶

Tužilac je, međutim, napao tu odbranu u svojoj završnoj besjeti: citirajući engleske zakone, isključio je mogućnost odbrane prinudom u slučajevima lišavanja života nevinih lica⁴⁷. Citirajući zakonske odredbe članovima sudskega vijeća, predsjedavajući sudija zauzeo je isti položaj kao i tužilac: i on se pozvao na engleske zakone kako bi potkrijepio tvrdnju da prinuda nikada ne može opravdati ubijanje nevinih lica⁴⁸. Sud je *Hölzera* i još jednog optuženog

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

43 Hölzer je u svom iskazu pod zakletvom tvrdio da je Schaefer „izvadio pištolj, prislonio ga uz [njega] i rekao ‘Hoćeš li ili nećeš?’“; pošto se Hölzer pretvarao da mu se pištolj zaglavio, poručnik mu je „ponovo priprijetio pištoljem“ (vidi *ibid.*, II tom, str. 26). Njegov branilac izjavio je pred sudom da je Hölzer prinuđen da puca nakon što mu je Schaefer zaprijetio smrću (*ibid.*, I tom, str. 289-299).

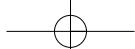
44 *Ibid.*, str. 295.

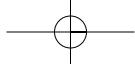
45 Vidi *ibid.*, Uvodna besjeta, II tom, str. 1-4; Završna besjeta, I tom, str. 289-290, 291-292, 304.

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

47 *Ibid.*, I tom, str. 315.

48 Predsjedavajući sudija je rekao: „Prijetnje koje se razmatraju kao moguća odbrana jesu neposredne prijetnje smrću ili ozbiljnim oštećenjem tjelesnog integriteta od strane fizički prisutnog lica[,] ali takva je odbrana neprihvatljiva kad je riječ o gnusnim zločinima ili kada je lice kome je zaprećeno pripadalo nekoj organizaciji ili učestvovalo u nekoj zavjeri, što bi sud u ovom slučaju mogao ustanoviti. Što se tiče pravnih odredbi primjenjivih u slučaju prisile prijetnjom, skrenuo bih sudu pažnju da nema nikakve sumnje u to da čovjek ima pravo da štiti vlastiti život i tjelesni integritet i da time može opravdati mnogo toga što bi





Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

(Weigela) osudio na smrt, a trećeg optuženog (Ossenbacha) na petnaest godina zatvora.⁴⁹

Sve u svemu, ovo je jedini predmet u kome su tužilac i predsjedavajući sudija jasno podržali - i to nesumnjivo putem *ratio decidendi* - stav da prinuda nikada ne može opravdati kršenja humanitarnog prava koja uključuju ubijanje nevinih lica. Time su tužilac i predsjedavajući sudija primjenili tradicionalni stav iz *common lawa*, prema kome je prinuda isključena prilikom optužbi za ubijanje nevinih lica. Međutim, težinu ove odluke umanjuje činjenica da je u svom izlaganju o iskazima obeju strana predsjedavajući sudija izričito rekao da bi sud trebalo da primjeni kanadski Pravilnik o ratnim zločinima i kanadsko pravo, a ne međunarodno pravo. Navodeći kanadski Pravilnik kao zakon kojim se u ovom predmetu treba rukovoditi, istakao je da on

ništa ne dodaje međunarodnom pravu niti uspostavlja nove međunarodne odredbe, već uređuje stvari koje se tiču postupka i dokazivanja, o kojima međunarodno pravo ništa ne kaže, te svaka država ima pravo da ih uredi onako kako nađe za potrebno i umjesno.⁵⁰

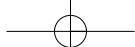
Među ovim stvarima koje se tiču postupka i dokazivanja, predsjedavajući sudija naveo je pitanje naređenja nadređenih, uređeno pravilom 15; potom, kada je došao do pitanja prinude, predsjedavajući sudija naveo je britanske predmete kao važeće presedane za kanadsko pravo, rekavši da su to pravne odredbe koje treba primjeniti⁵¹. Jasno je, dakle, da je i sam bio svjestan da sud po pitanju prinude ne primjenjuje međunarodno pravo.

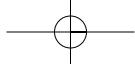
inače bilo kažnivo. Svakodnevno nailazimo na slučajeve ljudi koji se brane da su prisiljeni da počine neki zločin. Uvid u pravne izvore ne ostavlja mesta sumnji da prisila čini odbranu kada zločin nije gnušne prirode. Ali ubistvo nevine osobe nikad se ne može opravdati. (...) Sljedstveno tome, ako sud nađe da je Höller pucao nakon što mu je najozbiljnije zaprećeno smrću, o čemu se svjedočanstva razmimoilaze, čak i tada se on zbog navedenih temeljnih načela ne može opravdati, već je pravilnije da se to uzme u obzir pri eventualnom izricanju blaže kazne“ (naknadno podvučeno, *ibid.*, I tom, str. 345-346). Predsjedavajući sudija je svoju tvrdnju potkrnjepio britanskim predmetima (vidi *ibid.*, str. 346).

49 Vidi *ibid.*, I tom, str. 354. Treba primjetiti da Ossenbach nije neposredno učestvovao u ubistvu kanadskog avijatičara.

50 *Ibid.*, str. 338

51 *Ibid.*, str. 345-346. Treba primjetiti da Pravilnik razmatra pitanje naređenja nadređenog, ali ne kaže ništa o prinudi; dakle, predsjedavajući sudija je u velikoj mjeri sugerirao rješavanje ovog pitanja u skladu sa kanadskim pravom. Treba primjetiti i to da je predsjedavajući sudija neiskreno postupio sugerijući da odbrana spada u stvari koje se tiču postupka i dokazivanja i o kojima međunarodno pravo ništa ne kaže. Pitanje mogućnih odbrana - koje seže u samu srž krivice i nevinosti - očito je stvar materijalnog prava, o kojоj međunarodno pravo možda i jeste dvosmisleno, kao što je gore pokazano, ali za koju se ne može reći da ono o njоj „ništa ne kaže“.





Presude/Dražen Erdemović

27. Međutim, američki II vojni sud, koji je zasjedao u Nirnbergu, zauzeo je suprotan stav u predmetu *Einsatzgruppen*.⁵² Kao što sam već istakao, za razliku od ostalih dosad navedenih sudova, ovaj je djelovao u skladu sa odredbama Zakona br. 10 Kontrolnog savjeta, te stoga njegove odluke imaju veću težinu od odluka nacionalnih sudova koji su se upravljali nacionalnim zakonodavstvom. Štaviše, pošto se Zakon br. 10 Kontrolnog savjeta može smatrati međunarodnim sporazumom između četiri okupacione sile (koji je docnije u velikoj mjeri pretvoren u običajno pravo), djelovanje sudova koji su uspostavljeni tim zakonom ili su postupali prema njegovim odredbama poprima međunarodnu relevantnost koju ne mogu imati nacionalni sudovi koji donose odluke isključivo na temelju nacionalnog prava. Međutim, pošto neke stvari, kao na primjer prinuda, nisu bile obuhvaćene Zakonom br. 10 Kontrolnog savjeta, postavilo se pitanje koji zakon treba primjeniti. U predmetu *Einsatzgruppen*, branilac prvooptuženog Ohlendorfa ustvrdio je u svojoj uvodnoj besjedi da pitanje prinude (ili nužde, kako ju je nazvao) treba razmatrati na osnovu tri pravna sistema: američkog prava (pravo zemlje koja o dotičnom predmetu sudi), njemačkog prava (pravo optuženih) i sovjetskog prava (pravo zemlje u kojoj su navodni zločini počinjeni).⁵³ Primjenom sva tri sistema, on je zaključio da se pozivanje na nuždu može dopustiti.⁵⁴ U razmatranju odbrane prinudom, vojni sud se pozivao i na sovjetsko i na njemačko pravo,⁵⁵ i zauzeo stav da se prinuda može navesti kao odbrana čak i u slučajevima nezakonitog ubijanja, pod uslovom da su ispunjeni određeni uslovi. Vrijedi citirati najvažniji dio presude:

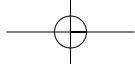
Kaže se da prema vojnom pravu čak i ako potčinjeni shvata da je čin koji se od njega zahtjeva zločin, on ne može odbiti da ga izvrši, a da ne izazove ozbiljne posljedice po sebe, pa to, dakle, predstavlja prinudu. *Recimo odmah da nema zakona koji od nevinog čovjeka zahtjeva da žrtvuje svoj život ili pretrpi teška oštećenja kako bi izbjegao da počini zločin koji osuđuje.* Prijetnja, međutim, mora biti neposredna, stvarna i neizbjegzna. Nijedan sud neće kazniti čovjeka kome je uz glavu prislonjen napunjen pištolj i koji je na taj način prinuđen da povuče smrtonosnu polugu. Niti je potrebno da opasnost bude toliko neposredna da bi se izbjegla kazna. Međutim, da li je iko od optuženih nateran da ubija Jevreje pod prijetnjom da će i sam biti ubijen ako njegova ubilačka misija ne uspije? Da bi se o tome odlučilo, treba ustanoviti da li je

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

53 *Ibid.*, str. 56-59.

54 *Ibid.*, str. 61-82.

55 *Ibid.*, str. 462-463, 471-472.



Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

potčinjeni postupao pod prinudom ili je i sam odobravao načelo na kome se naređenje zasniva“ (naknadno podvučeno).⁵⁶

Tužilaštvo je pred našim Žalbenim vijećem izjavilo da ovaj stav ne treba uzeti u obzir, pošto ga vojni sud nije potkrijepio pozivanjem na bilo kakve pravne izvore. Uz dužno poštovanje, s ovim se ne slažem. Jasno je iz čitave presude da sud nije morao da navodi nikakve primjere iz sudske prakse jer, kako je gore navedeno⁵⁷, on se u velikoj mjeri oslanjao na njemačko pravo, u kome se prinuda prihvata kao odbrana od bilo kakvih optužbi.⁵⁸ Treba dodati da *in casu* vojni sud nije prihvatio odbranu prinudom, te je većinu optuženih osudio na smrt.

28. Na osnovu gornjeg pregleda sudske prakse na koju se pozivalo Tužilaštvo reklo bi se da je neosnovana tvrdnja kako po ovom pitanju postoji izuzetak od običajnog pravila prema kome prinuda može biti odbrana od optužbi za zločin, odnosno da su zločini koji uključuju nezakonito ubijanje izvan opsega prinude. Ovaj navodni izuzetak mogao bi naći potvrdu samo u jednom predmetu, *Hölzer et al.*, a bio bi u suprotnosti sa predmetom *Einsatzgruppen*, koji ima veću pravnu težinu.

29. Doduše, stav zauzet u predmetu *Hölzer et al.* prihvaćen je i u dva vojna priručnika. Jedan je britanski *Military Manual*, čiji paragraf 629 kaže:

Lice koje je izvršilo neko djelo pod uticajem neposrednog i osnovanog straha za vlastiti život ne smatra se krivično odgovornim, *pod uslovom da tim djelom* nevina lica nisu lišena života. U tom slučaju se prijetnje ne mogu prihvati kao odbrana od optužbi za ratne zločine, ali se mogu uzeti u obzir radi eventualnog izricanja blaže kazne (naknadno podvučeno).

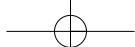
Drugi je američki *Manual for Courts-Martial* iz 1984, u kome se prinuda prihvata kao odbrana „za bilo koje krivično djelo osim ubistva nevine osobe“.⁵⁹ Stav koji

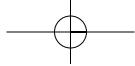
56. *Ibid.*, str. 480.

57. Vidi *supra*, paragraf 21.

58. Iako sud u svom razmatranju prinude nije naveo nikakve posebne njemačke zakonske odredbe, u više navrata je pominjao njemačke odredbe kada je razmatrao više uopćeno pitanje naređenja nadređenih (koja katkad nije razlikovala od prinude); vidi *Trials of War Criminals, supra*, bel. 10, str. 471-473, 483-488.

59. Vidi pravilo 916 (h), *Rules for court-martial*: „(h) Prisila ili prinuda: U slučaju bilo kog krivičnog djela osim ubistva nevinog lica može se prihvati kao odbrana to da je optuženi učestvovao u krivičnom djelu pod uticajem osnovane strepnje da će, ako djelo ne počini, biti odmah ubijen on ili neko drugo lice, ili da će odmah pretrppjeti ozbiljne tjelesne povrijede. Nužno je da strepna potraje za sve vrijeme izvršenja djela. Ako je optuženom pružena bilo kakva razumna mogućnost da izbjegne izvršenje djela, a da sebe ili drugo nevino lice ne izloži opasnosti kojom mu je zaprećeno, ovakva se odbrana neće prihvati.“





Presude/Dražen Erdemović

podržavaju sudska praksa i upravo pomenuti vojni priručnici očigledno je pod snažnim uticajem engleskog krivičnog prava, koje po tradiciji odbija mogućnost da se prinudom ikad može opravdati ubistvo nevinog lica,⁶⁰ i to uglavnom na temelju starih autoriteta *Halea*, *Blackstonea* i *Stephena*.⁶¹ Međutim, skorašnje tendencije ukazuju na kolebanja u ovoj oblasti engleskog prava⁶². Uz to, kako je sudija Stephen uvjerljivo podvukao u svom Zasebnom i protivnom mišljenju, sudska praksa zemalja *common lawa* razmatra jedino situacije u kojima je pred optuženim izbor između vlastitog i tuđeg života, za razliku od slučajeva u kojima je izbor između smrti jednog i smrti oba. Možda je to zato što se ova potonja situacija, koja se javlja u tipičnom obliku onda kada je optuženi protiv svoje volje pripadnik stroja za masovno strijeljanje, gotovo nikad ne javlja u nekoj naciji u mirnodopsko vrijeme, već samo onda kada je ta nacija u ratu. U svakom slučaju, bilo bi neopravdano zaključiti, na osnovu jednog predmeta u kome je presuda doneta prema kanadskim zakonima (*Hölzer et al.*) i međunarodnih vojnih pravila dveju država, da se u međunarodnom krivičnom pravu uobičilo običajno pravilo kojim se krivična djela tipa ubistva izuzimaju iz opsega prinude.

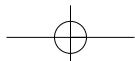
30. Pored oskudnosti „dokaznog“ materijala u prilog tvrdnjama Tužilaštva, postoji jedan još uvjerljiviji razlog za njihovo odbacivanje. Tužilaštvo je prošlo da pomene brojne druge slučajeve kršenja međunarodnog prava koji uključuju ubijanje, a u kojima su se optuženi branili prinudom, i koji idu u prilog suprotnom zaključku. Prema ovim slučajevima, koji su u skladu s krivičnim pravom relevantnih država,⁶³ ako su ispunjeni neki osnovni uslovi (koji odgovaraju uslovima što sam ih ja izneo u paragrafima 16-17), prinuda se može smatrati odbranom čak i kada su nevine osobe lišene života.

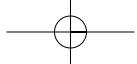
60 Vidi, na primjer, *R. v. Howe and others* [1987], 1 AC 417, House of Lords.

61 Lord Hale, *Pleas of the Crown* (1800), I tom, str. 51; *Blackstones Commentaries on the Laws of England*, 4 BI Com (izdanje iz 1857) 28; Sir J. Stephen, *History of the Criminal Law of England*, 1883. Vidi komentar A. Dienstaga: „Pristup *common law* može se shvatiti kao naslede jedne ranije pravne nauke, ali se njegove dogmatske zapovijesti danas ne mogu prihvati“ („Fedorenko v. United States: War Crimes, the Defence of Duress, and American Nationality Law“, *Columbia Law Review*, 82. tom, str. 120-183, na str. 145).

62 Pored toga, čak i u *common law* pravosudu „težina komentara pravnih stručnjaka ide u prilog tome da se ukine izuzimanje ubistva iz odbrane prinudom“ (Dienstag, *loc. cit.*, fnsnota 72).

63 Kao primjere nacionalnih krivičnih odredbi u kojima se prinuda uzima u obzir kod svih krivičnih djela, uključujući i ubistvo, vidi čl. 10 austrijskog Krivičnog zakonika iz 1975; čl. 71 belgijskog Krivičnog zakonika iz 1867; čl. 25 brazilskog Krivičnog zakonika iz 1969; čl. 25 i čl. 32 grčkog Krivičnog zakonika iz 1950; čl. 54 italijanskog Krivičnog zakonika iz 1930; čl. 40 holandskog Krivičnog zakonika iz 1881; čl. 122-2 francuskog Krivičnog zakonika; odjeljak 34 i čl. 35 njemačkog Krivičnog zakonika iz 1975; čl. 85 peruanskog Krivičnog zakonika iz 1924; čl. 8 španskog Krivičnog zakonika iz 1944; čl. 34 švajcarskog Krivičnog zakonika iz 1937; čl. 4, glava XXIV švedskog Krivičnog zakonika; čl. 10 Krivičnog zakonika Socijalističke Federativne Republike [bivše] Jugoslavije dopuštao je „krajnju nuždu“ kao





Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

Prvo ću posjetiti pažnju primjerima iz sudske prakse u kojima su sudovi prihvatali prinudu kao pravno načelo, ali su je odbacili na osnovu činjenica. Potom ću dati pregled primjera iz sudske prakse u kojima je zaključeno da se prinuda može prihvati *in casu*.

3. Slučajevi u kojima sudovi nisu izuzeli kršenja humanitarnog prava koja uključuju ubijanje iz opsega i dometa prinude

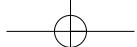
31. Prije nego što pružim kratak pregled slučajeva u kojima je odbrana prinudom odbačena samo na osnovu činjenica, želio bih da posebno istaknem dvije stvari. Prvo, svi ovi slučajevi tiču se nezakonitog ubijanja. Drugo, svi sudovi koje ću pomenuti nesumnjivo su pošli od pretpostavke da odbrana prinudom jeste *prihvativljiva* u slučajevima nezakonitog ubijanja. Oni to nisu morali *izričito* da navedu iz prostog razloga što su primjenjivali relevantne odredbe svojih krivičnih zakonika, u kojima se prinuda određuje kao odbrana *uopšte*, pri čemu lišavanje života nevinih lica ne predstavlja izuzetak. S toga je za njih bilo *izlišno raspravljanje* o tome može li se prinuda prihvati kao odbrana od optužbi za lišavanje života nevinih lica. Ovi su sudovi primjenjivali svoje nacionalne zakone i zaključili da *in casu* uslovi postojanja prinude nisu bili ispunjeni.

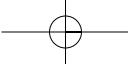
32. Prinuda je navođena kao odbrana još 1921. pred lajpciškim vrhovnim sudom, u predmetu *Llandovery Castle*. Sud je ustanovio da su dvojica optuženih krivi za ubistvo brodolomnika, koje su počinili po naređenju svog pretpostavljenog. Sud je, između ostalog, uzeo u obzir tvrdnju odbrane o tome da su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

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

odbranu za bilo koje krivično djelo. Ovaj član ušao je neizmenjen u Krivični zakonik Savezne Republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora), Kazneni zakonik Republike Hrvatske i Krivični zakonik Bosne. Vidi i čl. 17 Krivičnog zakonika Tanzanije i predmet *Josia v. Republic*, odluka apelacionog suda u Dar Es Salamu od 27. oktobra 1971, u *East Africa Law Reports*, 1972 (EA), str. 157-158.

64 Originalni tekst u *Verhandlungen des Reichstages. I Wahlperiode 1920, Band 368. Anlagen*





Presude/Dražen Erdemović

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

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

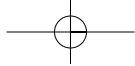
Slično tome, u predmetu *Eichmann* izraelski vrhovni sud, u kontekstu razmatranja pravnih odredbi o naređenjima nadređenih, nije isključio prinudu ili nuždu kao odbranu od optužbi protiv Eichmanna (uključujući i zločine protiv čovečanstva) za učešće, između ostalog, u masovnom ubijanju Jevreja, iako se Eichmann u svojoj odbrani nije izričito pozivao na prinudu. Vrhovni sud je zaključio da se nužda u Eichmannovom slučaju ne može primeniti zbog toga što on ne samo da nije bio prinuđen da organizuje istrebljivanje Jevreja, već je u njemu učestvovao sa entuzijazmom. Sud je rekao:

Kao što je rečeno, prihvatljivost ovih odbrana [prinudom ili nuždom] u oslobođanju od odgovornosti za krivična djela u nadležnosti [izraelskog] Zakona iz 1950. [o nacistima i njihovim saradnicima (kažnjavanje)] isključuje se u njegovom II odjeljku. Međutim, čak i kad bi Zakon dopuštao optuženom da se brani time da je izvršavajući naređeni zločin postupao u okolnostima „prinude“ ili „nužde“, on to ne bi mogao učiniti osim ako bi se dokazale sljedeće dvije činjenice: (1) da je njegov život bio u neposrednoj opasnosti; (2) da je zločinački zadatak obavio iz жељe da spase vlastiti život i zbog toga što nije video drugog načina da to učini. I američki sud II A, koji je primjenjivao

zu den Stenographischen Berichten Nr 2254 bis 2628, Berlin, str. 2586; engleski prijevod (koji sam neznatno revidirao) nalazi se u 16 A.J.I.L., 1922, str. 722-723. Odjeljak 52 (1) njemačkog Krivičnog zakonika iz 1871. (koji su zamjenili odjelci 34 i 35 danas važećeg Krivičnog zakonika) propisivao je: „Djelo ne predstavlja zločin ako je počinilac bio prinuđen da djelo izvrši, primjenom neodoljive sile ili prijetnjom neposredne opasnosti koja se odnosi na život ili tjelesni integritet počinioца ili nekog njegovog bliskog rođaka, a koja se opasnost nije drugačije mogla izbjegći“ (moj prevod).

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

66 4. jula 1949. *Ibid.*



Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

Zakon br. 10 Kontrolnog savjeta, insistirao je na ova dva uslova [u predmetu *Einsatzgruppen*]... U ovom slučaju nije ispunjen nijedan od ovih uslova. Posebno, međutim, naglašavamo neispunjeno drugog uslova, jer se svaka od pomenutih dviju odbrana tiče pitanja motiva kojim se optuženi rukovodio pri počinjenju krivičnog djela - motiva da se spase vlastiti život - a i zbog toga što se okružni sud uglavnom oslanjao na svoju konstataciju da je podnosič žalbe u svakom trenutku izvršavao naređenje za istrebljenje *con amore*, što će reći sa punom revnošću i posjećenošću tom zadatku. ... On nije bio primoran da učini to što je učinio, niti mu je život bio u opasnosti, jer, kako smo vidjeli, činio je mnogo više nego što su od njega zahtjevali ili očekivali njegovi pretpostavljeni u lancu komandovanja.⁶⁷

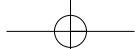
Značaj ovog stava izraelskog vrhovnog suda zaslужuje da se posebno istakne, budući da proističe iz anglosaksonskog pravnog sistema uobičenog prema engleskom pravu, odnosno iz izraelskog prava nakon britanskog mandata u Palestini. Pored toga, iako se može tvrditi da navedeni deo teksta predstavlja *obiter dictum*, on je značajan zato što odražava stav izraelskog vrhovnog suda prema primjenjivom pravilu međunarodnog prava: prema odredbama međunarodnog prava iskazanim u predmetu *Einsatzgruppen*, prinuda se može primjenjivati i kod zločina koji uključuju ubijanje.

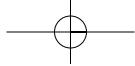
34. Među predmetima u kojima je sud dopustio mogućnost da prinuda predstavlja odbranu od optužbe za ubistvo nevinih ljudi, mada je u tim predmetima odbacio takvu odbranu *na osnovu činjenica*, nalaze se *Touvier i Papon*, pred francuskim sudovima,⁶⁸ *Priebke*, pred italijanskim sudom,⁶⁹ *Retzlaff et*

67 36 I.L.R., 318, na str. 340.

68 O predmetu *Touvier*, vidi odlomak iz presude apelacionog suda u Versaju od 2. juna 1993, naveden *supra*, bel. 12. Treba primjetiti da je apelacioni sud ovako sažeо tvrdnju optuženog da je postupao „iz nužde: ... Touvier se bez okljevanja oslanja na pritisak Nijemaca, na osnovu koga tvrdi da je postojalo stanje nužde koje može činiti opravdanje...“ Odluku apelacionog suda potvrdio je kasacioni sud (odлука od 21. oktobra 1993) (vidi *Bulletin Criminel*, 1993, br. 307, str. 770-774). Što se tiče predmeta *Papon* (Papon je, između ostalog, bio optužen za saučesništvo u istrebljivanju Jevreja), u svojoj presudi od 18. septembra 1996. *Chambre d'accusation* apelacionog suda u Bordou izjavio je da se „Maurice Papon ne može pozivati na prinudu. Zapravo, iako je moguće da su njemački zahtjevi izneseni energično i odlučno, kao i da su u nekim slučajevima propraćeni prijetnjom odmazde prema francuskim policajcima, na osnovu istrage ne može se zaključiti da je pritisak koji je na taj način nastao bio dovoljno snažan da bi mogao činiti prinudu kojom je Maurice PAPON lišen slobodne volje“. (Moj prijevod: str. 151 neobjavljenog transkripta, *Cour d'appel de Bordeaux, Chambre d'accusation, Arrêt du 18 septembre 1996*, br. 806).

69 U predmetu *Priebke* presudu je donio vojni sud u Rimu 1. avgusta 1996. (presuda je zavedenia 30. septembra 1996). *Priebke* je optužen za učešće u strijeljanju 335 civila 1944.





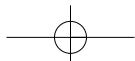
Presude/Dražen Erdemović

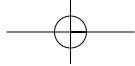
al., pred sovjetskim sudom,⁷⁰ zatim niz njemačkih predmeta,⁷¹ te jedan predmet o kome je nedavno presuđivao vojni sud u Beogradu.⁷²

4. Slučajevi u kojima su sudovi prihvatali prinudu kao odbranu od optužbe za ratne zločine ili zločine protiv čovječnosti koji uključuju nezakonito ubijanje

35. Sada ću pomenuti nekoliko slučajeva u kojima je sud prihvatio prinudu kao odbranu od optužbi za nezakonito ubijanje.

godine. On je pred sudom u Rimu tvrdio da nije mogao da odbije naređenje pošto je, *inter alia*, kapetan koji je komandovao operacijom rekao drugim potčinjenim oficirima „da oni koji ne žele da učestvuju u strijeljanju nemaju drugog izbora sem da stanu uz zatvorenike i poginu s njima“ (moj prijevod, na osnovu neobjavljenog kucanog teksta, str. 21, koji sam predao biblioteci Međunarodnog suda). Sud je odbacio ovu verziju događaja, ali je priznao da bi se ona, ako bi se dokazala, ipak mogla prihvati kao potpuna odbrana od optužbi. Primjetivši da optuženi, da mu je zaista neposredno zaprečeno smrću, više ne bi bio obavezan da odbije naređenje, pošto bi postupao iz nužde, sud je dalje rekao: „U tom slučaju [neposredne pretjene smrću] on je mogao odstupiti od svog odbijanja da posluša naređenje i učestvovati u strijelanjima samo zato da bi spasao vlastiti život, braneći se nuždom, što je dozvoljeno u svim pravosudnim sistemima, uključujući i njemački zakon; štaviše, u tom slučaju niko ne bi mogao da očekuje da se Priebke ponaša kao heroj i da žrtvuje vlastiti život kako bi izbjegao učešće u nečovječnom strijeljanju. Dakle, u svim mogućnostima koje smo razmotrili Priebke je imao izlaza: međutim, kao izlaz se svakako ne može prihvati nje-govo povinovanje sasvim očigledno nezakonitom naređenju, osim ako mu je život bio u neposrednoj opasnosti; pošto postojanje takve opasnosti u ovom predmetu nije uverljivo pokazano, iz toga slijedi da je on za čitav masakr u punoj mjeri odgovoran, kao saučesnik, zajedno sa ostalim učešnicima u strijeljanju [a titolo di concorso con gli altri esecutori]“ (naknadno podvučeno) (moj prijevod, *ibid.*, str. 80-81). Odlukom od 6. novembra 1996. kasacioni sud je ponишto rješenje vojnog suda u Rimu iz proceduralnih razloga (kasacioni sud je podržao zahtjev da se diskvalificuje predsjednik vojnog suda). Vojni sud u Rimu, kome je predmet vraćen, spojio ga je sa predmetom jednog drugog njemačkog oficira optuženog za učešće u strijeljanju, po imenu K. Hass. U svojoj presudi od 22. jula 1997, zavedenoj 15. septembra 1997 (*Hass i Priebke*) sud je na osnovu činjenica odbacio odbranu prinudom (*stato di necessit*). Primjetivši da optuženi tvrde kako su „ubijali samo da bi izbjegli opasnost od izvođenja pred sud SS“, sud je ustanovio da, suprotno tvrdnjama optuženih, u stvari ni pukovnik Kappler ni kapetan Schutz nisu pretili optuženima da će ih ubiti ako ne izvrše naređenje. Sud dalje kaže da bi „bilo sasvim neopravdano reći da je optuženima na neki način prečutno pretilo samo ustrojstvo SS, kojо su oni dobrovoljno pristupili i u kojoj su došli do veoma uticajnih položaja“. Sud potom zaključuje: „Napokon, isključivo celovitosti radi, treba dodati da u svakom slučaju pred primjenjivošću odbrane prinudom stoji jedna ogromna prepreka, a to je očigledna nesrazmjera između opasnosti koja je optuženima pretila ex hypothesi i krivičnog djela koje su navodno prisiljeni da počine“ (moj prijevod, str. 55-57 kucanog teksta, koji sam dobio ljubaznošću predsjednika suda u Rimu i predao biblioteci Međunarodnog suda). Nije jasan značaj ove posljednje izjave (koja očigledno predstavlja *obiter dictum*); naročito je nejasno na šta se odnosi „nesrazmjera“: da li na eventualnu smrt (ubijanjem) optuženih s jedne strane i njihovo učestvovanje u strijeljanju s druge? Ili se pak odnosi na strah optuženih da će im suditi vojni sud SS s jedne strane i njihovo učestvovanje u strijeljanju s druge?

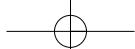


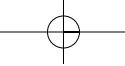


Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

Prvo ću navesti nekoliko italijanskih predmeta, od kojih se svi tiču strijeljanja partizana za vrijeme II svjetskog rata od strane milicije ili vojnika takozvane *Repubblica Sociale Italiana* (Socijalna Republika Italija ili „RSI“), tvorevine koju su 1943. u srednjoj i sjevernoj Italiji uspostavili ekstremni fašisti uz odlučujuću pomoć i podršku nacističke Njemačke i pod njenom kontrolom.⁷³ U svim ovim slučajevima, milicija ili grupe vojnika RSI strijeljali su grupe partizana po naređenju nadređenih vlasti ili pod pretnjom smrću.

- 70 Vidi predmet *Retzlaff et al.*, u kome je 18. decembra 1943. presudu donio sovjetski vojni sud koji je zasjedao u Harkovu. Optuženi, trojica njemačkih oficira i sovjetski vozač, teretili su se za zvjerstva počinjena u Harkovu za vrijeme njemačke vojne okupacije tog grada. U svojim završnim iskazima, svi su optuženi tvrdili da ih je diktatorska priroda nacističkog režima prinudila da počine zvjerstva; da nisu izvršili naređenja, bili bi osuđeni na smrt (*The Peoples Verdict. A Full Report of the Proceedings at the Krasnodar and Kharkov Atrocity Trials*, London-New York, bez datuma, str. 118-120). Međutim, iako je odbrana tražila da optuženi budu pošteleni, vojni sud je u svojoj presudi sve optužene osudio na smrt vješanjem (*ibid.*, str. 124).
- 71 Vidi, na primjer, predmet *Wernicke i Wieczorek*, odluka vrhovnog suda u Berlinu (*Kammergericht*) od 24. avgusta 1946, u *Justiz und NS-Verbrechen, Sammlung Deutscher Strafurteile wegen National-sozialistischer Tötungsverbrechen 1945-1966*, I tom, 1968, str. 42; takozvani predmet *Euthanasie*, odluka okružnog suda u Frankfurtu na Majni od 21. decembra 1946, *ibid.*, str. 158-159, koju je potvrdio apelacioni sud u Frankfurtu na Majni odlukom od 17. avgusta 1947, *ibid.*, str. 179-180; predmet *Kaufmann G. et al.*, odluka okružnog suda u Frankfurtu na Majni od 30. januara 1947, *ibid.*, str. 255-257, koju je potvrdio *Oberlandesgericht* (apelacioni sud) odlukom od 16. aprila 1948, *ibid.*, str. 15; odluka okružnog suda u Frankfurtu na Majni od 21. marta 1947. u predmetu *Adolf Wahlmann et al.*, *ibid.*, str. 352-355, koju je potvrdio apelacioni sud svojom odlukom od 20. oktobra 1947, *ibid.*, str. 373-374; odluka okružnog suda u Frankfurtu na Majni od 5. aprila 1950. u predmetu *Heinrich Baab*, *ibid.*, VI tom, str. 396; odluka okružnog suda u Frankfurtu na Majni od 27. maja 1955. u predmetu *Dr. Gerhard P.*, *ibid.*, XIII tom, str. 187; odluka okružnog suda u Vajdenu/Opf. od 14. novembra 1955. u predmetu *Nies Adolf*, *ibid.*, str. 429; odluka okružnog suda u Vajdenu od 29. maja 1956. u predmetu *Dr. Fischer Hermann*, *ibid.*, str. 754-758; odluka okružnog suda u Ulmu od 29. avgusta 1958. u predmetu *Bernhard Fischer-Schweder et al.*, *ibid.*, XV tom, str. 246-251; odluka okružnog suda u Berlinu od 9. marta 1960. u predmetu *Fritz Franz Hermann Knop et al.*, *ibid.*, XVI tom, str. 369-370; odluka okružnog suda u Tbingenu od 10. maja 1961. u predmetu *Hans Richard Weichert et al.*, *ibid.*, XVII tom, str. 395; odluka okružnog suda u Detmoldu od 22. decembra 1965. u predmetu *Karl Dietrich*, *ibid.*, XXII tom, str. 482-483.
- 72 Vidi predmet *Sabljić et al.*, u kome je presudu donio vojni sud u Beogradu 26. juna 1992. Jedan od optuženih, Cibarić, bio je optužen za ratni zločin protiv civila prema odredbama člana 142, paragraf 1, jugoslovenskog Krivičnog zakonika: navodno je po naređenju drugog optuženog, Sablića, ubio četvoro civila. Cibarićev branilac je pred sudom tvrdio da je Cibarić „strijeljao bračni par i dvije žene po naređenju optuženog Sablića i jednog vojnog policajca, koji su mu prijetili da mora da izvrši sva naređenja ili ‘ode ti glava’“ (neobjavljeni tekst; nezvanični prijevod, str. 37). Sud je, međutim, odbacio pozivanje na prinudu i osudio Cibarića na smrt (*ibid.*, str. 126, 130-131).
- 73 *Repubblica Sociale Italiana* (RSI) uspostavljena je 1. decembra 1943. u sjevernoj i srednjoj





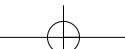
Presude/Dražen Erdemović

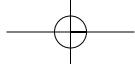
Prvi je bio predmet *Bernardi i Randazzo*, o kome su odlučivala dva porotna suda i, u dva navrata, kasacioni sud (za nas je bitna odluka od 14. jula 1947).⁷⁴ Dvojici policijskih oficira, kapetanu i poručniku, naredili su njihovi pretpostavljeni (*prefetto*, tj. predstavnik centralnih vlasti u okrugu, i *questore*, tj. šef policije) da organizuju strijeljanje trojice uhvaćenih partizana. Kada je provincijski sekretar fašističke partije prenio naređenje *prefetta* kapetanu Bernardiju, on je odbio da ga izvrši, te ga je *questore* pozvao kod sebe i, zajedno sa *prefetom*, strogo ukorio. Usljedila je žestoka svađa, prilikom koje je *prefetto*, prema riječima jednog svjedoka, rekao Bernardiju: „Ako odbijete, strijeljaču i vas i trojicu partizana“ (naknadno podvučeno).

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

Italiji, ali se postepeno smanjivala usled pobjedonosnog prodora saveznika i italijanskog pokreta otpora, tako da je naposljetku jedino imala vlast nad većim dijelom sjeverne Italije. Prestala je da postoji 25. aprila 1945. Prema međunarodnom pravu, RSI se može smatrati *de facto vladom* koja se borila protiv italijanske kraljevske vlade i Komiteta za narodno oslobođenje sjeverne Italije (CLNAI), koji je obuhvatao razne grupe italijanskih partizana, a italijanska kraljevska vlada ga je priznala kao svog predstavnika na sjeveru zemlje. Alternativno, RSI bi se mogla smatrati marionetskom vladom pod tako snažnom njemačkom vojnom kontrolom da bi se moglo uzeti da su njeni organi djelovali za račun i u ime Njemačke. Shodno tome, oružani sukob između pokreta otpora i kraljevske vlade s jedne strane i RSI s druge strane mogao bi se okarakterisati kao građanski rat, ili pak kao međunarodni sukob između italijanske vlade (u koju spadaju razne partizanske grupe) i saveznika s jedne strane i Njemačke i RSI s druge. U svakom slučaju, za nas je bitno (a o tome izještava jedan veliki autoritet, M. S. Giannini, *Repubblica sociale italiana, Enciclopedia del diritto*, XXXIX tom, 1988, str. 901) da su suprotstavljene snage razmjenile note o tome da svaka strana smatra vojne odrede protivničke strane borcima u skladu sa zakonima ratovanja, te da one *inter se* primjenjuju te zakone.

- 74 Predmet je prvo iznesen pred porotni sud u Verčeliju, koji je dvojicu optuženih osudio na 20 godina zatvora. Po žalbi, kasacioni sud je 18. decembra 1946. poništio presudu na temelju proceduralnih nedostataka, a i stoga što u presudi kapetanu Bernardiju nisu navedeni nikakvi razlozi po pitanju prinude (*stato di necessitr*). Predmet je stoga vraćen porotnom суду u Torinu, koji je 25. marta 1947. osudio dvojicu optuženih na 16 godina zatvora. Optuženi su se žalili kasacionom суду, tvrdеći da bi, na osnovu činjenica u koje se uverio prvostepeni суд, kasacioni суд trebalo da prihvati odbranu prinudom.
- 75 Vidi neobjavljeni, rukom pisani tekst presude istražnog suda u Torinu, str. 3-12 (tekst sam dobio ljubaznošću torinskog arhiva i predao ga biblioteci Međunarodnog suda). Sud je brižljivo i detaljno ispitao činjenice i zaključio da se optuženi sa stanovišta činjenica ne mogu pozivati na prinudu (*stato di necessitr*).
- 76 Prema članu 54 (1) italijanskog Krivičnog zakonika, prinuda predstavlja potpunu odbranu od bilo koje optužbe: „Niko ne može biti kažnjen za djela počinjena pod prisilom nužnosti da sebe ili druge spase neposredne opasnosti ili ozbiljnog tjelesnog oštećenja, ako tu opasnost





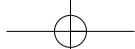
Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

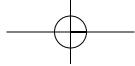
Isti stav zauzeo je kasacioni sud u dva druga predmeta: oba se tiču oficira kojima je, pošto su odbili da zapovijedaju strijeljačkim odredom, zaprećeno da će i sami biti strijeljani: u oba slučaja sud je bio mišljenja da takva situacija potpada pod pojmom prinude.⁷⁷ U predmetu *Sra et al.*, Sra je komandovao streljačkim strojem kome je bilo naređeno da ubije uhvaćenog partizana, a druga dvojica bili su pripadnici streljačkog stroja. U pogledu Sra, sud je poniošto odluku posebnog porotnog suda u Komu kojom je optuženi proglašen krivim za ubistvo, zbog toga što je porotni sud iznio činjenice koje bi mogle opravdati pozivanje na prinudu, a nije naveo nikakvu pravnu argumentaciju svoje odluke da to ne prihvati.⁷⁸ S tim u vezi, kasacioni sud je naglasio da je na osnovu dokaznog materijala, koji je prvostepeni sud pregledao, očigledno da kada je Sra odbio da izvrši naređenje svog pukovnika, pukovnik mu je zaprijetio da će i sam biti strijeljan; ovu prijetnju je potom potvrdio i kapetan (Sraov neposredni prepostavljeni), kome je Sra raportirao. Stoga je kasacioni sud, smatrajući da bi činjenični uslovi za prinudu mogli biti ispunjeni, vratio pred-

nije voljno skrивio i ako se ona nije mogla na drugi način odvratiti, kao i pod uslovom da su počinjena djela u srazmjeri sa oštećenjem kojim je zaprećeno" (moj prijevod). Sud je bio mišljenja da povredu kojom su nadređene vlasti prijetile treba smatrati ozbilnjom; s tim u vezi, podsjetivši na već pomenute prijetnje prefetta, sud je podvukao da: (i) je prefetto bio dobro poznat kao „nagao i okrutan čovjek, progonitelj antifašista“; (ii) dvojica optuženih su, u stvari, bili u kontaktu sa pripadnicima pokreta otpora koje su snabdjevali informacijama i oružjem - otuda i njihova izrazita nevoljnost da strijeljaju trojicu partizana; (iii) s obzirom na činjenicu da su u to vrijeme prefetti imali snažan uticaj na vojne sudove i vlast nad njima, ono što je prefetto rekao kapetanu Bernardiju mora se protumačiti kao ozbiljna prijetnja; (iv) u datim okolnostima dvojica optuženika nikako nisu mogla da okolišaju ili na bilo koji drugi način izbjegnu izvršenje naređenja. Sud je smatrao da u slučaju prinude „prisila ne mora biti tako apsolutna da se njome potpuno ukida sposobnost razumjevanja i volje, kao da osoba pod prinudom gubi svaku kontrolu nad sobom i postaje puko oruđe tuđe volje... Prinuda ostavlja netaknute sve elemente krivične uračunljivosti. Lice o kome je riječ postupa sa smanjenom mogućnošću odlučivanja, ali postupa voljno, kako bi izbjeglo neposrednu i neizbežnu ozbiljnu opasnost po svoj život i tjelesni integritet.“ (Moj prijevod. Tekst uvodne beleške u *Rivista penale*, 1947, str. 921-922. Služio sam se prevashodno neobjavljenim, rukom pisanim tekstom odluke kasacionog suda od 14. jula 1947, koji sam dobio ljubaznošću centralnog rimskog arhiva; primjerak teksta predao sam biblioteci Međunarodnog suda).

77 Vidi odluku od 6. novembra 1947, predmet *Sra et al.*, u *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione*, sez. pen., 1947, br. 2557, str. 414; odluku od 17. novembra 1947, predmet *Masetti*, u *Massimario della Seconda Sezione della Cassazione*, 1947, str. 416, br. 2569. U oba slučaja su objavljene samo uvodne bilješke. Ja sam se služio originalnim, rukom pisanim tekstom obeju odluka, koji sam dobio ljubaznošću centralnog rimskog arhiva (jedan primjerak je predat biblioteci Međunarodnog suda).

78 Treba dodati i to da je kasacioni sud poniošto odluku posebnog porotnog suda i zbog toga što ovaj sud nije dokazao da su trojica optuženih imala svjesnu namjeru da strijeljaju partizana.





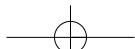
Presude/Dražen Erdemović

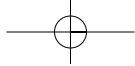
met drugom prvostepenom sudu, porotnom суду u Milanu. Ovaj суд je ustanovio da su svi optuženi postupali pod prinudom i oslobodio ih je optužbi.⁷⁹

Sličan stav zauzeo je kasacioni суд u predmetu *Masetti*.⁸⁰ Treba primjetiti da je i ovdje prvostepeni суд, kome je predmet vraćen sa kasacionog суда, ustanovio da je optuženi postupao pod prinudom kada je komandovao streljačkim odredom; stoga ga je oslobodio optužbi.⁸¹ Prvostepeni суд je, između ostalog, primjetio da:

eventualno žrtvovanje [vlastitih života] od strane Masettija [optuženog] i njegovih ljudi [članova streljačkog odreda] u svakom slučaju ne bi imalo ni svrhe ni efekta (*vano ed inoperoso*) utoliko što nikako ne bi uticalo na položaj [dva] lica koja je trebalo da budu strijeljana, *a koja bi ionako bila pogubljena čak i bez njega [optuženog]* (naknadno podvučeno).⁸²

- 79 Vidi neobjavljeni, rukom pisani tekstu presude od 28. septembra 1948. (tekst sam dobio ljubaznošću apelacionog porotnog суда u Milanu i predao sam ga biblioteci Međunarodnog судa). Dok je kasacioni суд vratio predmet po dva osnova, od kojih se jedan ticao sve trojice optuženih (prethodni prvostepeni суд nije ponudio nikakvu pravnu argumentaciju o tome da li su optuženi znali da je osoba koju su strijeljali partizan), a drugi samo optuženog Sra (odsustvo pravne argumentacije po pitanju prinude), porotni суд u Milanu smatrao je da je drugi osnov zapravo preliminarni, jer se, u stvari, tiče sve trojice optuženih i mogao bi biti odlučujući u ovoj stvari. Sud se stoga izjasnio o ovom osnovu i zaključio da se trojica optuženih mogu braniti prinudom.
- 80 Posebni porotni суд u Forliju je 11. oktobra 1946. osudio Masettija na 30 godina zatvora zbog toga što je komandovao streljačkim strojem odgovornim za pogubljenje dvojice partizana. Kasacioni суд je ustanovio da je prvostepeni суд pobrkao pitanje naređenja nadređenih sa pitanjem prinude; potom je konstatovao i da je prvostepeni суд bio nedosledan pošto je prvo uspostavio i izneo sve činjenične uslove neophodne za prihvatanje odbrane prinudom, da bi potom zaključio da je optuženi krv. Stoga je predmet vraćen porotnom суду u L'Akvili. Po pitanju prinude, суд je primjetio da je prvostepeni суд ustanovio sljedeće činjenice: primivši naređenje da strijelja partizane, Masetti je odbio da posluša, te je zbog toga „izbila svađa, uz viku i prijetnje, između komandanta bataljona i Masettija“; prijetnja upućena Masettiju i stanje nužde u kome se on na taj način našao bili su utoliko ozbiljniji što su ga njemačke vojne vlasti (koje su zapravo nametnule komandanu italijanskog bataljona naređenje da strijelja partizane) odabrale kao najmlađeg, što znači i najranjivijeg oficira u tom bataljonu“ (str. 3-4 rukom pisanih teksta).
- 81 Vidi odluku porotnog суда u L'Akvili od 15. juna 1948. (neobjavljena; kopiju rukom pisanih originala dobio sam ljubaznošću sekretarijata apelacionog суда u L'Akvili i predao biblioteci Međunarodnog судa). Pošto je brižljivo pregledao dokazni materijal, суд je, između ostalog, naglasio da je optuženi i fizički prisiljen da komanduje streljačkim strojem, kada ga je jedan njemački oficir sa svojom jedinicom sprječio da izbjegne naređenje za strijeljanje dvojice partizana i zapravo ga naterao da u strijeljanju učestvuje.
- 82 *Ibid.*, str. 8 neobjavljenog teksta (moj prijevod).





Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

36. Treba pomenuti i nekoliko presuda njemačkih sudova. Posebno treba istaći četiri upečatljive odlike ovih predmeta.

Prvo, njemački sudovi koji su se posle II svjetskog rata izjašnjavali o odbrani prinudom obično su takvu odbranu odbacivali, nalazeći da osnovni uslovi za postojanje prinude nisu ispunjeni *in casu* (vidi *supra*, beleška 71); predmeti koje će sada pomenuti predstavljaju *izuzetke* od ove opšte tendencije - što ih, razumje se, čini utolik značajnijima. Uz to treba podvući i da u mnogim od brojnih slučajeva, koje će sada razmotriti ili pomenuti, prinuda nije prihvaćena u cijelosti i bez ograda, već samo u pogledu nekih optuženika, dok je kod drugih odbačena, što znači da nije automatski primjenjivana.

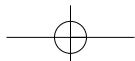
Drugo, u prvoj grupi predmeta o kojima je riječ, a to su predmeti rješavani u periodu između 1946. i 1950, njemački sudovi presuđivali su na osnovu Zakona br. 10 Kontrolnog savjeta (iako je Zakon formalno ukinut 1956, britanske i francuske okupacione snage su još 1951. godine ukinule svoje zakonske odredbe kojima je njemačkim sudovima dato pravo da izriču presude pozivajući se na član III Zakona).⁸³ Drugim riječima, ovi su sudovi postupali na osnovu jednog međunarodnog sporazuma i u velikoj mjeri primjenjivali međunarodno pravo.

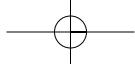
Treće, skoro svi ovi predmeti tiču se streljačkih odreda ili grupe, pri čemu je odbrana prinudom prihvaćena u slučaju izvršilaca nižeg ranga, a odbijena u slučaju naredbodavaca ili viših oficira koji su, izvršavajući naređenja sa najvišeg mjesto, i sami naredili strijeljanje nevinih lica.

Četvrti, prinudu su razni sudovi prihvatali bilo kao stanje nužde prouzrokovano neposrednom i neizbjegnom opasnošću po život i tjelesni integritet (*Notstand*) ili kao stanje nužde prouzrokovano prisilom od strane trećeg lica (*Nötigung*) ili kao pretpostavljenu prisilu (*Putative Nötigung*).

37. U prvom predmetu, *Wülfing i K.*, dvojica optuženih bili su oficir i narednik njemačke vojske na službi u specijalnim jedinicama (*Truppensonderdienst*). Optuženi su za zločin protiv čovječnosti, odnosno da su 13. aprila 1945, dok su se američke trupe približavale njemačkom gradu u kome su bili stacionirani, ubili jednog njemačkog civila, protivnika nacionalsocijalizma, koga su smatrali krivim za huškanje na dezterterstvo. Oficir je drugom optuženom (K.)

83 O promjenljivoj судбини Zakona br. 10 Kontrolnog savjeta vidi, između ostalog, H. Ostendorf, „Die - widersprüchlichen - Auswirkungen der Nürnberger Prozesse auf die westdeutsche Justiz“, Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen - Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen, G. Hankel i G. Stuby (prir.), Hamburg, 1995, str. 75. Vidi i H. Meyrowitz, La Répression par les Tribunaux Allemands des Crimes Contre l'Humanité et de l'Appartenance à une Organisation Criminelle, 1960, str. 114 i 118.





Presude/Dražen Erdemović

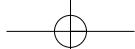
i jednom nižem oficiru naredio da strijeljaju njemačkog civila; oficir ga je potom dokrajčio pištoljem. U odluci od 4. avgusta 1947, okružni sud u Hagenu, koji je djelovao u skladu sa Zakonom br. 10 Kontrolnog savjeta, ustanovio je da to ubistvo (*Mord*) predstavlja zločin protiv čovječnosti i stoga osudio Wülfinga na doživotnu robiju; nasuprot tome, našao je da K., koji se u svakom slučaju mogao smatrati odgovornim samo za namjerno ubistvo (*Totschlag*),⁸⁴ nije kriv jer je postupao u zabludi (vjerovao je da učestvuje u izvršenju smrтne presude koju je donio redovni sud), te da je uz to djelovao pod prinudom (*Notstand*) (plašio se da će ga, ako ne izvrši naređenje i ne puca, ubiti oficir koji je stajao kraj njega sa pištoljem u ruci).⁸⁵

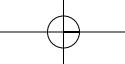
I u jednom drugom predmetu (S. i K.), o kome je presuđivao *Landgericht* u Ravensburgu, sud je primjenio svoju nadležnost na osnovu Zakona br. 10 Kontrolnog savjeta. U ovom slučaju, jedan od optuženih, S., pripadnik Gestapoa, učestvovao je aprila 1945. u strijeljanju trojice Nijemaca pritvorenih u jednom Gestapoovom zatvoru. Upravnik zatvora, *Hauptscharführer SS*, naredio je S. i još dvojici zatvorskih stražara da izvedu trojicu zatvorenika u šumu i tamo ih strijeljaju s leđa. Svakom stražaru naređeno je da ubije po jednog zatvorenika. Upravnik zatvora krenuo je za njima, kako bi provjerio da li su izvršili naređenja. Sud je ustanovio da je optuženi S.-u iako se njegov postupak ne može okvalifikovati kao *Mord* već samo kao *Totschlag* (namjerno ubijanje), postupio pod prinudom (*Notstand*). S. je dvaput primio naređenje da učestvuje u ubijanju, a naređenje je propraćeno prijetnjom da svako odbijanje izvršenja za sobom povlači smrt. Prema mišljenju suda, opuženi je, dakle, bio suočen sa neizbjegnom i ozbiljnom prijetnjom po sopstveni život i tjelesni integritet, čime mu je ukinuta sloboda izbora i nametnuta mu je „tuđa volja“. Sud je isto tako podvukao i to da je s jedne strane upravnik zatvora bio „nasilni grubijan“, dok s druge strane S. nije imao izbora osim da izvrši naređenje, a pogotovo nije bio u mogućnosti da pobegne. Slijedstveno tome, S. je oslobođen optužbe.⁸⁶

84 U njemačkom krivičnom pravu *Totschlag* znači namjerno ubistvo, dok je *Mord* namjerno ubistvo koje se odlikuje bilo niskim pobudama bilo određenim otežavajućim okolnostima (na primjer surovošću).

85 Tekst u *Justiz und NS-Verbrechen*, I tom, 1968, str. 605-621; dio o prinudi nalazi se na str. 620-621. Odluku je potvrdio *Oberlandesgericht* u Hamu 15. aprila 1948. (*ibid.*, str. 622-628).

86 Odluka od 21. maja 1948, *ibid.*, II tom, 1969, str. 521 i dalje, na str. 526-527. Odluku je potvrdio *Oberlandesgericht* u Tbingenu 30. novembra 1948. (*ibid.*, str. 528 i dalje), koji je posebno podržao konstataciju o prinudi, mada je istakao da je ona izlišna, pošto je prvosteni sud ionako zauzeo stav da S. „nije posjedovao svijest o nezakonitosti (*das erforderliche Bewusstsein der Rechtswidrigkeit*) svog postupka“ (str. 533-534). Treba primjetiti i da je *Tribunal supérieur* francuskih vojnih vlasti 6. decembra 1950. poništio obe odluke zbog toga što je njima prekršen Zakon br. 10 Kontrolnog savjeta (izgleda da je razlog za poništenje bio

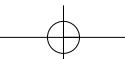


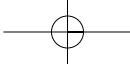


Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

I u trećem predmetu (*K. et al.*), sud (porotni sud u Ahenu) je presuđivao na osnovu Zakona br. 10 Kontrolnog savjeta. Ovaj predmet posebno je značajan zbog toga što je, pre nego što će razmotriti pitanje prinude, sud ispitao relevantno primjenljivo pravo, naročito međunarodno pravo (nasuprot tome, drugi sudovi primjenjivali su njemačke zakonske odredbe o prinudi, a da se prethodno nisu upitali da li je to prema odredbama Zakona br. 10 Kontrolnog savjeta opravdano). Činjenice su sljedeće: septembra 1944. u Ahenu, dok je istraživao slučajevе pljačke i nedozvoljenog zadržavanja na gradskom području, jedan načelnik Gestapoa (Ba.) naišao je na njemačkog civila (pogrebnik Salvini) koji mu se učinio sumnjivim. Pošto je Salvini odbio da kaže svoje ime i adresu, grupa gestapovaca ga je teško premlatila; potom je Ba., s pištoljem u ruci, naredio dvojici pripadnika pogranične policije koji su djelovali pod kontrolom Gestapoa (od kojih je jedan bio K.) da strijeljaju Salviniјa. Tužilac je optužio K. za zločin protiv čovječnosti, odnosno namjerno ubijanje (*Totschlag*) Salviniјa. Pošto se njegov branilac pozvao na prinudu, sud je pošao za tim da ustanovi koje je pravo primjenljivo. Prvo je isključio prostu primjenu njemačkog krivičnog prava: pošto je djelovao u skladu sa Zakonom br. 10 Kontrolnog savjeta, koji u velikoj mjeri pripada međunarodnom pravu, sud je podvukao da se rješenje mora naći u tom pravnom korpusu. Potom je izveo složenu i prilično zavojitu argumentaciju, koja bi se mogla sažeti na slijedeći način: (1) Statut i presude Međunarodnog vojnog suda u Nirnbergu, kao i Zakon br. 10 Kontrolnog savjeta, ne priznaju odbranu pozivanjem na naređenja nadređenih, ali ne isključuju nuždu; (2) pošto, međutim, pojam prinude u Zakonu nije izričito uređen, treba posegnuti za opštim načelima krivičnog prava četiri savezničke sile koje su Zakon donijele; time se dolazi do zaključka da ni evropsko kontinentalno ni angloameričko pravo ne uskraćuju potčinjenima koji izvršavaju naređenja pretpostavljenih mogućnost da se u odbrani pozovu na prinudu; međutim, angloameričko pravo ne dozvoljava mogućnost da se prinudom pravdaju veoma ozbiljni zločini i u slučaju takvih zločina zahtjeva „samožrtvovanje“; (3) uprkos tome, ni slovo ni duh Zakona ne podržavaju angloameričke stavove, o čemu svjedoči i istorijat sastavljanja (*Entstehungsgeschichte*) Zakona: očito je da međunarodna pravila ne priznaju i ne podržavaju „restriktivno stanovište“ (*einschränkende Stellungnahme*)

u tome što su dva njemačka suda na osnovu njemačkog krivičnog prava odlučivala o tome predstavljaju li relevantne činjenice krivična djela, umjesto da primjene odredbe Zakona br. 10 Kontrolnog savjeta o zločinima protiv čovječnosti). *Tribunal supérieur* je stoga vratio predmet na ponovno suđenje u *Landgericht* u Rotvajlu. Ovaj je sud, međutim, odlučio da obustavi postupak, pošto je u međuvremenu pravilo br. 154 francuskog visokog komesara od 1. juna 1950, na osnovu koga je *Tribunal supérieur* uživao takvo ovlašćenje, ukinuto pravilom br. 171 od 31. avgusta 1951. (vidi tekst odluke koju je *Landgericht* u Rotvajlu doneo 18. februara 1952, *ibid.*, str. 535).





Presude/Dražen Erdemović

angloameričkog prava; (4) pošto u međunarodnom pravu ne može naći nikakve naznake o pravnom regulisanju prinude, izuzev činjenice da angloamerički stav nije prihvaćen, jednom суду ne ostaje ništa drugo do da primjeni „opšte priznata pravila krivičnog prava“; pošto restriktivna ograničenja angloameričkog prava, koja nisu opšte prihvaćena, ne treba uzeti u obzir, dolazi se do toga da je po opšte prihvaćenim pravilima prinuda prihvatljiva kada god postoji ozbiljna, neposredna i neizbjegna prijetnja životu ili tjelesnom integritetu; (5) ovo pravilo je u skladu sa relevantnim krivičnim odredbama njemačkog zakona (odjeljci 52 i 54 njemačkog Krivičnog zakonika).⁸⁷ Sud je potom primjenio pojam prinude na konkretan predmet i našao da je K. postupio pod prisilom kako bi spasao život, te ga stoga treba osloboditi optužbe.⁸⁸

Još jedan predmet u kome je presudjivano na osnovu Zakona br. 10 Kontrolnog savjeta ticao se zločina protiv čovječnosti u vidu eutanazije protiv Nijemaca (predmet *M. et al.*). Izvjestan broj lica optužen je za učešće u sproveđenju takozvanog programa eutanazije u nekim krajevima Njemačke 1939. i 1940. Većina optuženih proglašena je krivima. Petorica od njih pozvala su se na prinudu. U svojoj odluci od 5. jula 1949, porotni sud u Tbingenu, kome je predmet povjeren, prvo je primjetio da „prema preovlađujućem stavu, od koga nema razloga da se odstupa, pa tako i u slučajevima zločina kojima se krši Zakon br.10 Kontrolnog savjeta, moguće je osloniti se na opšte razloge izuzimanja od krivice koji su izneseni u odjeljcima 52 i 54 njemačkog Krivičnog zakonika“.⁸⁹ Sud je zatim oslobođio dvojicu optuženih (W. i H.) zato što su postupali pod prisilom (*Nötigung*).⁹⁰ Presudu je potvrdio vrhovni sud u Tbingenu 14. marta 1950.⁹¹

38. Nakon što su okupacione sile povukle ovlašćenje njemačkim sudovima da donose presude na osnovu člana III Zakona br. 10 Kontrolnog savjeta, njemački sudovi su o ratnim zločinima i zločinima protiv čovječnosti uglavnom presudjivali na osnovu njemačkog prava. I dalje su u mnogim predmetima koji su se ticali ratnih zločina prihvatali prinudu ili prisilu. Ovi predmeti mogu se klasifikovati prema vrsti ratnih zločina.

Neki predmeti ticali su se *ubijanja stranih civila ili ratnih zarobljenika u Njemačkoj od strane pripadnika SS ili Gestapoa ili bar pripadnika njemačkih*

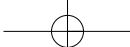
87 Odluka od 6. januara 1949, *ibid.*, III tom, 1969, str. 721-723. Kompletan tekst odluke nalazi se na str. 713-724.

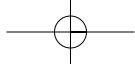
88 *Ibid.*, str. 723.

89 *Ibid.*, V tom, 1970, str. 103.

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

91 Vidi *ibid.*, str. 123.





Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

policajskih ili vojnih jedinica pod kontrolom Gestapoa. Primjera radi, pomenuću predmet Z. et al. U Kaselu je 31. marta 1945. grupi policajaca, pripadnika Volkssturmkommando jedinice, naredio jedan Sturmbannführer SS da strijeljaju 78 italijanskih civila, radnika, uhapšenih zbog pljačke voza kojim su prevožene namirnice za vojsku. Zapovednik policajaca preneo je svojoj grupi naređenje za strijeljanje, koje je i izvršeno. Porotni sud u Kaselu našao je da uprkos tome što je naređenje bilo nezakonito, šestoricu od sedam optuženih treba oslobođiti optužbi za namjerno ubijanje (*Totschlag*), kako zbog toga što su bili nesvesni nezakonite prirode naređenja (vjerovali su da je naređenju za strijeljanje prethodilo uredno suđenje), tako i stoga što su u svakom slučaju postupali pod prisilom (*Nötigung*), jer su se plašili da će i sami biti ubijeni ako ne izvrše naređenje.⁹² Ovaj stav potvrdio je i Oberlandesgericht u Hesenu svojom odlukom od 4. maja 1950.⁹³ I u brojnim drugim predmetima sudovi su zauzimali sličan stav.⁹⁴

Drugi predmeti tiču se *ubijanja zatvorenika u koncentracionim logorima ili logorima smrti*.⁹⁵ Postoji i kategorija predmeta u koju spadaju slučajevi *ubijanja stranih civila ili ratnih zarobljenika na okupiranim teritorijama*. Na primjer, u predmetu Varšavski geto, 19 optuženih bili su pripadnici jedne njemačke policijske čete koja je u junu i julu 1942, po naređenju rukovodstva SS u Poljskoj, strijeljala 110 Jevreja koji su iz varšavskog geta izvedeni u obližnju šumu. U odluci od 31. marta 1954, porotni sud pri okružnom судu u Dortmundu prvo je ustanovio da optužene treba smatrati samo saučesnicima (*Gehilfen*) u ubistvu,⁹⁶ a potom se opširno pozabavio pitanjem prinude. Sud je

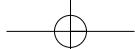
92 Vidi *ibid.*, V tom, 1970, str. 507-511 (dio o prisili nalazi se na str. 510).

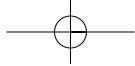
93 Vidi *ibid.*, str. 512-516, a нарочито str. 515.

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

95 Vidi, na primjer, odluku okružnog suda u Frankfurtu na Majni od 25. avgusta 1950, *ibid.*, VII tom, str. 285-287 (od dvojice optuženih koji su navodno učestvovali u programu istrijebljenja u logoru Sobibor, jedan je osuđen na doživotnu robiju, a drugi je oslobođen jer je vjerovao da se nalazi u situaciji u kojoj bi inače njegov vlastiti život neminovno bio u opasnosti). Vidi i odluku okružnog suda u Menhen-Gladbahu od 15. novembra 1951, *ibid.*, IX tom, str. 70-71; odluku porotnog suda u Štutgartu o Buhenthalu, donetu 5. jula 1952, a koju je 19. februara 1952. potvrdio Bundesgerichtshof, *ibid.*, IX tom, str. 780 i 782, tim redom; odluku porotnog suda u Hagenu od 18. jula 1952, koju je 3. decembra 1953. potvrdio Bundesgerichtshof, *ibid.*, X tom, str. 40-44; odluku porotnog suda u Diseldorfu o Treblinki, donetu 3. septembra 1965, *ibid.*, XXII tom, str. 210-212.

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





Presude/Dražen Erdemović

zauzeo stav da su svi optuženi izuzev jednog postupali pod prinudom, te da ih stoga treba osloboditi optužbe.⁹⁷

U predmetu *Wetzling et al.*, šestorica optuženih, svi oficiri jedne iste divizije, teretila su se za tri masovna strijeljanja u kojima je 21. marta 1945. stradalo 208 ruskih i poljskih državljana, deportovanih na rad u Njemačku. Svi su optuženi za ubistvo ili saučesništvo u ubistvu. Četvorica optuženih pozvala su se na prinudu. Porotni sud u Arnzbergu je u odluci od 12. februara 1958. prihvatio prinudu samo u odbrani trojice optuženih (A., G. i Z.).⁹⁸ Treba primjetiti da je sud podvukao kako je u donošenju zaključka uezio u obzir načela koja se uvijek naglašavaju u njemačkoj sudskej praksi, a prema kojima se prinuda može prihvati samo pod najstrožim uslovima,

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

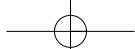
Prinuda je uzeta u obzir i u mnogim drugim predmetima koji su se ticali ubijanja civila ili ratnih zarobljenika na teritorijama pod njemačkom okupacijom.¹⁰⁰

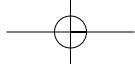
97 Vidi *ibid.*, str. 346-348. Sud je posebno naglasio da su u to vrijeme optuženi bili pod posebnom nadležnošću sudova SS i policijskih sudova, te da su znali da takvi sudovi u slučajevima neposlušnosti izriču najteže kazne; pored toga, kada je stigla u Varšavu, četa je moral da prisustvuje osuđivanju na smrt i pogubljenju dvojice članova policijskog bataljona koji je zamjenila; dalje, neki od optuženih morali su da prisustvuju postupku pred posebnim policijskim i SS sudom, što je očito imalo za cilj da ih zastraši i upozori. Sud je naglasio i to da optuženi nisu imali izbora: niti su mogli da izbjegnu naređenje bekstvom, niti su mogli da odbiju da ga izvrše praveći se da su bolesni, niti su imali ma kakvog drugog načina da izbjegnu učešće u strijeljanju. Treba primjetiti da je odluku potvrđio *Bundesgerichtshof* svojom odlukom od 21. septembra 1955. (4 StR 225/55, navedeno u *ibid.*, str. 351, bilješka 1)

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

99 *Ibid.*, str. 623 (moj prijevod).

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





Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

39. Valjalo bi da dodam i jednu opštu primjedbu o njemačkoj sudske praksi koju sam prikazao. Ona van svake sumnje pokazuje da su brojni sudovi prihvatali prinudu kao odbranu od optužbi za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti u čijoj je osnovi ubijanje, ili učestvovanje u ubijanju, nevinih lica. Međutim, razmatranje pravnog značaja ovih primjera iz sudske prakse ne znači da treba biti slijep za njihove nedostatke sa istorijskog stanovišta; drugim riječima, mada je opravданo uzimati u obzir pravnu težinu ovih predmeta, mogu se jednakopravljeno gajiti ozbiljne sumnje u istinitost činjeničnih prepostavki ili osnova većine ovih predmeta.¹⁰¹

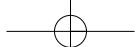
5. Zaključci koji se iz sudske prakse mogu izvesti o prinudi kada su u pitanju ratni zločini i zločini protiv čovječnosti koji uključuju ubijanje ljudi

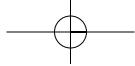
40. Prethodno sam pomenuo tvrdnju Tužilaštva da se u međunarodnom običajnom pravu razvio izuzetak kojim se isključuje prinuda kao prihvatljiva odbrana od optužbi za zločine koji uključuju ubijanje nevinih lica. Ova tvrdnja nalazi potkrijepljenje samo u jednom kanadskom predmetu (*Hölzer et al.*, pomenut u paragrafu 26, *supra*), kao i u vojnim pravilnicima Ujedinjenog Kraljevstva i Sjedinjenih Američkih Država. Ove elemente prakse treba uporediti sa obiljem suprotnih primjera iz sudske prakse koje sam upravo prikazao, kao i sa oprečnim zakonodavstvom velikog broja zemalja građanskog prava (vidi bilješku 63, *supra*).¹⁰²

Moje je mišljenje da ova očigledna nedoslijednost u praksi država opravdava odbacivanje tvrdnje Tužilaštva: *u međunarodnom pravu se nije razvilo nikakvo posebno običajno pravilo* o tome može li se prinuda prihvati kao odbrana od optužbi za zločine koji uključuju ubijanje ljudi.

101 Dobro je poznato da se može izraziti ozbiljna sumnja u to da su njemačkim pripadnicima policije ili vojske njihovi prepostavljeni zaista prijetili smrću, a ne prosto, u većini slučajeva, prebacivanjem na Istočni front ili disciplinskim kaznama. Svjedočanstva očeviđača ukazuju na to da je dolazio do ove potonje situacije. Vidi, na primjer, P. Levi, *The Drowned and the Saved*, 1988, str. 13-17, 42-43, 50-51; upor. i D. Rousset, *L'univers concentrationnaire*, 1965, str. 149-150. Skorašnja istorijska istraživanja uglavnom potvrđuju takva svjedočanstva. Vidi, na primjer, D.J. Goldhagen, *Hitlers Willing Executioners - Ordinary Germans and the Holocaust*, 1996, str. 239-280, 375-415. Pored toga, treba imati u vidu, u opštem smislu, i kritički prikaz njemačke sudske prakse iz pera tako uglednog njemačkog autora kao što je H. Ostendorf, „*Die - widersprüchlichen - Auswirkungen der Nürnberger Prozesse auf die westdeutsche Justiz*“, op. cit., str. 73-95.

102 Ovi primjeri iz sudske prakse pokazuju i da lord Salmon nije bio u pravu kada je, iznoseći savjetodavno stanovište Tajnog savjeta u predmetu *Abbot v. The Queen*, tvrdio da se pozivanje na prinudu u slučaju ratnih zločina koji uključuju ubijanje nevinih lica „uvijek i svuda odbacivalo“ (*Abbot v. The Queen* [1976] 3 All E.R. pod 146).

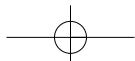


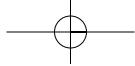


Presude/Dražen Erdemović

41. Kako sam već istakao, većina članova Žalbenog vijeća došla je do istog zaključka, mada na osnovu različitih argumenata. Međutim - ni ovdje se ja ne slažem sa većinom - većina članova Žalbenog vijeća iz nepostojanja tog posebnog pravila ne izvodi jedini logički opravdan zaključak: da se u svakom slučaju ponaosob mora primjenjivati opšte pravilo o prinudi za sve kategorije zločina, bilo da uključuju ubijanje ili ne. U daljem tekstu ču se pozabaviti onim što smatram - uz dužno poštovanje - manjkavostima većinskog stava. Sada ču se prvo zadržati na logičnom zaključku koji sam upravo pomenuo, odnosno, da čak i u slučajevima ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti koji uključuju ubijanje, suočen sa odbranom pozivanjem na prinudu, jedan međunarodni krivični sud mora primjeniti najmanje ona četiri kriterijuma o kojima je gore bilo riječi (vidi paragraf 16, *supra*), to jest: (1) ozbiljna prijetnja životu i tjelesnom integritetu; (2) odsustvo adekvatnog načina da se prijetnja izbegne; (3) srazmjernost sredstva kome se pribjeglo da bi se prijetnja izbjegla; (4) situacija prinude ne smije biti prouzrokovana od strane optuženog.

42. Treći kriterijum - srazmjernost (što znači da sredstvo kojim se prijetnja izbjegava ne smije biti u nesrazmjeri sa prouzrokovanim zlom, odnosno da se od dva zla mora izabrati manje) - u praksi će se najteže zadovoljiti u slučajevima krivičnih djela koja uključuju ubijanje nevinih lica. Moguće je - mada o tome treba da odluči pretresno vijeće ili sudija - da on *nikad* neće biti zadovoljen u slučajevima kada optuženi spasava vlastiti život *na račun svoje žrtve*, jer se javljaju ogromne, možda čak i nepremostive, filozofske, moralne i pravne poteškoće kad čovjek na ovaj način važe svoj život prema tuđem: kako sudija da se uvjeri u to da je smrt jednog lica manje zlo od smrti drugog? Nasuprot tome, međutim, tamo gdje *nije* u pitanju neposredan izbor između života lica koje postupa pod prinudom i života žrtve - što će reći, u situacijama gdje postoji velika vjerovatnoća da prinuđeno lice ni na koji način neće moći da spase živote žrtava - odbrana prinudom može uspjeti. O tome opet treba da odluči sudija ili sud, na osnovu dokaznog materijala koji o tome postoji. Sud u konkretnom slučaju može odlučiti da optuženi nije učinio sve što je mogao kako bi spasao žrtve pre nego što je popustio pod prinudom, ili pak da je suviše spekulativno tvrditi da bi one u svakom slučaju stradale. Bitno je, međutim - a to je osnovni izvor mog neslaganja sa većinom - da o ovom pitanju treba da odlučuje pretresno vijeće pred koje su iznete sve činjenice. Odbrani ne treba apsolutno i *a priori* uskratiti mogućnost pozivanja na prinudu odlukom ovog Međunarodnog suda prema kojoj, po zakonu, postupanje pod prinudom *nikada* ne može činiti odbranu u slučaju ubijanja nevinih lica. Ovakav stav ne samo da je suviše dogmatski, već ga ne podržava ni međunarodno pravo, u kome nema pravila u ovom smislu; u međunarodnom pravu postoji samo opšte pravilo koje kaže da prinuda može predstavljati odbranu ako su ispunjeni određeni uslovi.





Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

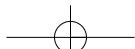
43. Ovi zaključci do kojih sam došao na osnovu sudske prakse nalaze podršku u sljedećim obzirima:

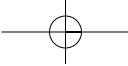
Prvo, izuzetno je teško ispuniti uslove za prinudu kada je u pitanju zločin koji uključuje ubijanje nevinih ljudi. To zaključujem na osnovu činjenice da sudovi veoma rijetko prihvataju odbranu prinudom u slučajevima nezakonitog ubijanja, čak i kada su *u načelu* priznali mogućnost primjene ovakve odbrane.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

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

Drugo, relevantno je da li bi zločin *u svakom slučaju* počinio neko drugi, a ne lice koje postupa pod prinudom. O tome svjedoči poređenje između dve različite grupe predmeta. U predmetima kao što su *Hölzer et al.*, gdje optuženi nije ništa govorio o tome da bi žrtve u svakom slučaju stradale, odnosno gdje je prinudu navodio prosto kao izbor između svog života i života žrtve, odbrana je *u načelu odbijena*, primjenom klasične formulacije da se vlastiti život ne smije spasavati na račun tugeg (vidi paragraf 26, *supra*). Međutim, tamo gdje se optuženi teretio za *učešće* u kolektivnom ubijanju, koje bi bilo sprovedeno bez obzira na njegovo učešće, odbrana je *u načelu dopuštena*. U takvim sluč-

103 U oba predmeta su u pitanju bili njemački industrijalci koji su, u okviru „programa ropskog rada“, što su ga ustanovile njemačke vlasti, koristili desetine hiljada civila deportovanih iz drugih zemalja, kao i zatvorenicke iz koncentracionih logora i ratne zarobljenike. Oni su optuženi (kao prvooptuženi ili saučesnici) za učešće u porobljavanju i deportaciji stranih civila, porobljavanju i deportaciji gigantskih razmjera. Posebno su optuženi za to da su pomenute radnike eksplorativali u nečovječnim uslovima. Američki sudovi ustanovili su da su neki od optuženih postupali pod prinudom i oslobodili su ih optužbe (o predmetu *Flick* vidi *Trial of Friedrich Flick and Five Others, Trials of War Criminals*, VI tom, str. 1197 i 1201; o predmetu *Farben* vidi *United States v. Carl Krauch, ibid.*, VIII tom, str. 1175). U predmetu *Krupp*, jedan drugi američki sud došao je do suprotnog zaključka, ali samo u pogledu činjenica (vidi *United States v. Alfred Krupp, ibid.*, IX tom, str. 1439-1448).





Presude/Dražen Erdemović

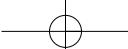
jevima, ako odbrana prinudom ne bi uspjela, to je bilo zato što sudovi nisu bili uvjereni u to da je optuženi stvarno bio pod prinudom, a ne zato što je u izbjegavanju zla primjenjeno sredstvo nesrazmjerne izbjegnutom zlu. U pogledu uslova srazmjernosti, u svim tim slučajevima bi zlo nastalo neizvršavanjem nezakonitog naređenja bilo mnogo veće od zla nastalog njegovim izvršenjem. Takav stav očito je bio u osnovi svih slučajeva prihvatanja prinude od strane italijanskih i njemačkih sudova nakon II svjetskog rata (vidi paragrafe 35-59, *supra*).¹⁰⁴ Moglo bi se ustvrditi i da je isto rezonovanje primjenio predsjedavačući vojni sudija u predmetu *Jepsen*, kada je u načelu prihvatio da prinuda može biti odbrana od optužbi za ubistvo zato što, prema tome kako je optuženi izložio činjenice, on nikako nije mogao da spase živote žrtava, a da je odbio da izvrši naređenje samo bi postigao da uz njihove živote bude žrtvovan i njegov. Međutim, sud, tj. porota, očito nije povjerovao Jepsenovoj verziji događaja, te ga je proglašio krivim (vidi paragraf 23, *supra*).

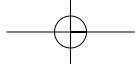
44. Izgleda, dakle, da sudska praksa čini izuzetak u slučajevima kada je - sudeći po činjenicama - veoma vjerovatno, ako ne i izvjesno, da bi zločin u svakom slučaju počinili drugi, čak i da je lice koje je postupalo pod prinudom odbilo da ga počini. Najuobičajeniji primjer takvog slučaja je situacija koja nastaje kada se形成 streljački stroj radi ubijanja žrtava, a optuženi u ovom ili onom vidu učestvuje u streljačkom stroju, bilo kao njegov aktivni pripadnik,¹⁰⁵ bilo kao organizator,¹⁰⁶ mada samo pod prijetnjom smrti. U tom slučaju, ako pojedini pripadnik streljačkog stroja prvo *odbjije da se povinuje naređenju*, a potom bude prinuđen da to učini, mogućno ga je opravdati: štaviše, bez obzira da li je on ubijen ili ne, civilni, ratni zarobljenici, itd. *u svakom slučaju bi bili strijeljani*. Ako bi se povinovao svojoj zakonskoj obavezi da ne ubija nevine ljude, ugrozio bi sopstveni život, a *da od toga niko ne bi imao koristi niti bi to imalo bilo kakvog efekta*, osim što bi se čovečanstvu pružio herojski primer (što od njega zakon ne može tražiti): žrtvovao bi vlastiti život sasvim izlišno. U ovom slučaju prijeteće zlo (prijetnja njegovom životu, a zatim i njegova smrt) bilo bi veće od sredstva da se to zlo izbjegne (njegovo uzdržavanje od počinjenja zločina, tj. od učestvovanja u strijeljanju).

104 I u predmetu *Priebke* (presuda od 1. avgusta 1996), gde je prinuda prihvaćena u načelu, ali *in casu*, to je bilo na osnovu teorije prema kojoj bi žrtve strijeljanja u svakom slučaju stradale, čak i da je sam *Priebke* odbio da učestvuje u njihovom strijeljanju (vidi presudu od 1. avgusta 1996, *supra*, bel. 69).

105 Vidi, na primjer, predmet *Stalag Luft III*, *supra*, bel. 14, kao i dva njemačka predmeta navedena *supra*, parografi 37-38, to jest *S. i K. i Varsavski geto*.

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





Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

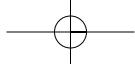
Ukratko, običajno pravilo međunarodnog prava koje se tiče prinude, a koje se razvilo na osnovu sudske prakse i vojnih pravilnika nekih država, ne *isključuje* primjenljivost prinude kao odbrane od optužbi za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti kada je u njihovoј osnovi ubistvo ili nezakonito ubijanje. Međutim, pošto je pravo na život najosnovnije ljudsko pravo, ovo pravilo zah-tjeva da se opšti uslovi postojanja prinude *posebno strogo* primjenjuju u slučaju ubijanja nevinih lica.

45. Primjetna je tendencija u sudskej praksi da se pri ocjenjivanju činjeničnih okolnosti koje mogu biti relevantne za postojanje prinude načini razlika između različitih činova u vojnoj ili civilnoj hijerarhiji. Kao što je primjetio Vrhovni sud Kanade u predmetu *Finta*, što je niži čin lica kome se pod pri-nudom izdaje naređenje, to je manja vjerovatnoća da mu je pružena mogućnost stvarnog moralnog izbora.¹⁰⁷ Kao što je naglasio tužilac u predme-tu *Feurstein et al.*, to bi moglo biti posebno tačno kad je riječ o običnim vojnici-ma u sastavu streljačkog stroja: on je tvrdio da ih *po pravilu ne treba smatrati odgovornima za zločin koji im je možda naređeno da počine*.¹⁰⁸

46. Pored toga, prvostepeni sud koji presuđuje o pozivanju na prinudu mogao bi uzeti u obzir i jedan drugi činilac, odnosno da li je i u kojoj mjeri lice koje tvrdi da je postupalo pod prinudom voljno učestvovalo u počinjenju krivičnog djela. Da bi to ustanovio, sud može da se rasprita o tome da li je lice koje je navodno postupalo pod prinudom *prvom prilikom priznalo počinjeno djelo i prijavilo ga nadležnim vlastima*. Ako lice o kome je riječ to nije učinilo, moglo

107 Kao što je rekao sudija Cory, u ime većine: „Što je niži čin primaoca naređenja, veći će biti osećaj prinude, a manja mogućnost da će pojedinac imati osećaj stvarnog moralnog izbora. Ne može se smetnuti s uma činjenica da se sveukupna koncepcija vojske u izvesnoj mjeri zasniva na prinudi. Naređenja se moraju izvršavati. Pitanje moralnog izbora javljaće se mnogo manje u slučajevima redova optuženih za ratni zločin ili zločin protiv čovječnosti nego u slučajevima generala ili drugih visokih oficira“. *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R, pod 838.

108 Tužilac je podvukao da su sva petorica optuženih bili oficiri različitih činova, koji su prosto pokrenuli mehanizam za strijeljanje četvorice ratnih zarobljenika, mada nisu lično učestvo-vali u streljačkim odredima. Rekao je zatim da pošto se vojnici koji čine streljački stroj ne mogu smatrati odgovornima, pitanje je može li se smatrati da ni oficiri nisu krivično odgo-vorni. (Tužiočeva uvodna besjeda, *Feurstein et al.*, supra, br. 15, dosije WO 235/525, str. 4). Vidi i „Report to the President of June 6, 1945“, u *Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials*, gde se kaže, pri-lilikom razmatranja naređenja nadređenih: „Nesumnjivo postoji oblast u kojoj bi odbrana pozivanjem na izvršavanje naređenja nadređenih trebalo da prevagne. Ako vojnik koji je regrutiran ili se javio u vojsku bude raspoređen u streljački stroj, ne treba ga smatrati odgov-ornim za valjanost presude koju izvršava... Medutim, situacija može biti sasvim drugačija kada čovjeku čin ili širina naređenja pružaju slobodu odlučivanja“ (naknadno podvučeno).



Presude/Dražen Erdemović

bi se opravdano zaključiti da se sa djelom koje je počinilo pod prinudom slagalio, odnosno da je u njemu voljno učestvovalo.¹⁰⁹

6. Završne primjedbe

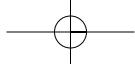
47. Tvrdim da je u međunarodnom pravu pitanje prinude u slučaju ubistva regulisano na realističan i fleksibilan način, kako sam pokušao da pokažem na osnovu sudske prakse. Isto tako, u njemu se očekivanja društva uzimaju u obzir u većoj mjeri nego što je to slučaj kod pravila kakvo je predložilo Tužilaštvo i onog koje je iznijela većina.

Zakon se zasniva na onome što društvo s pravom može očekivati od svojih pripadnika. On ne bi smio da postavlja *nedostižne standarde ponašanja* koji od čovječanstva zahtjevaju mučeništvo, a da svako ponašanje koje ne doseže takve standarde osudi kao kriminalno.

Razmotrimo sljedeći primjer. Vozač kombija bez svoga znanja prevozi žrtve na mjesto strijeljanja. Po dolasku mu krvnici kažu da mora da ubije jednu od žrtava, u protivnom će i sam biti ubijen. Razumije se, to je zato da bi se obezbjedila njegova čutnja, pošto će na taj način i sam biti umešan u nezakonito ubijanje. Žrtve na stratištu u svakom slučaju će biti strijeljane. Može li društvo s pravom da očekuje da vozač u takvim okolnostima žrtvuje vlastiti život? U takvim situacijama, možda je preterano očekivati od osobe pod prinudom da ne počini krivično djelo. Treba da dodam da nam rat u bivšoj Jugoslaviji pruža tako mnogo primjera sličnih zvjerstava da ovaj Međunarodni sud ne bi smio nijedan mogući scenario da odbaci kao nevjerojatan ili nategnut.

Razmotrimo jedan drugačiji slučaj, varijaciju primjera kakav se pojavio u posljepotku pred istim ovim Međunarodnim sudom. Zatvorenik u koncentracionom logoru, koga su mjesecima izgladnjivali i tukli, nakon još jednog divljačkog prebijanja dobije naređenje da ubije drugog zarobljenika, koji je već pretučen metalnim šipkama i svakako će ubrzo biti nasmrt prebijen, a ako to odbije, na licu mjesta će mu iskopati oči. On, dakle, ubije drugog zatvorenika. Možda bi jedan heroj prihvatio brzu smrt metkom u čelo da bi izbjegao da nekoga ubije, ali ako bi prihvatio da mu iskopaju oči, bio bi to sasvim izuzetan - a možda i nemoguć - herojski čin. Može li se istinski reći da je čovjek u ovom primjeru trebalo da dozvoli da mu iskopaju oči i da je *kriminalac* zato što to nije učinio? Ovaj primjer, a možemo zamisliti i još gore, jedan je od onih retkih slučajeva u kojima, po mom mišljenju, prinudu treba prihvati kao potpunu odbranu.

109 Uporedi predmet *Einsatzgruppen*, *supra*, bel. 10, str. 481.



Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

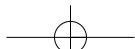
Svaki odgovor na pitanje prinude treba da bude primjenljiv na primjere kakvi su nastali u jugoslovenskom ratu - i ratovima širom svijeta - i kakvi će, nažalost, i dalje u ratovima nastajati.¹¹⁰

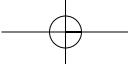
48. Još jedna primjedba čini se umjesnom. Ne vidim zašto bi se tvrdilo da, pošto se prinuda može navesti kao motiv za izricanje blaže kazne, sud treba da situaciju o kojoj je upravo bilo riječi uzme u obzir tako što će lice koje je postupalo pod prinudom osuditi na *minimalnu ili simboličnu kaznu*. Takva tvrdnja zanemarila bi nezaobilaznu i suštinsku činjenicu da je svrha krivičnog prava, uključujući i međunarodno krivično pravo, da kažnjava ponašanje koje je *kriminalno*, to jest moralno neprihvatljivo ili štetno po društvu, a ne da osuđuje ponašanje koje predstavlja „proizvod istinski neodoljive prinude“¹¹¹ ili izbor manjeg od dva zla. Koliko god da sud ublaži optuženom kaznu, ostaje temeljna činjenica da ga je on osudio, da njegovo ponašanje smatra *kriminalnim*, te da vjeruje da je on trebalo da postupi drugačije. Pokušao sam da pokažem da ovo može biti nepravično i neosnovano u situaciji kad optuženi žrtvovanjem vlastitog života nikako ne može da doprinese spasenju žrtava. Mislim da nije prihvatljivo ni pribjegavanje nekom vidu *otpusta*, što je po mom mišljenju krajnje sumnjivo sredstvo. Moglo bi se predložiti da otpust ide toliko daleko da se osuda čak i ne zabilježi. No, upravo tu se potpuno gubi krivično pravo. Ako se osuda ne zabilježi, šta je to onda ako ne oslobođanje od optužbi? Pored toga, ovim se izbjegava ključno pitanje: da li je, u mom primjeru, optuženi trebalo da prihvati da mu se iskopaju oči? Da li je on kriminalac zato što to nije učinio? Smatram da svaka razložna presuda o ovoj stvari mora da se tim pitanjem pozabavi.

49. Dosadašnje izlaganje dovodi me do zaključka da međunarodno krivično pravo u pogledu prinude nije ni dvosmisленo ni nejasno. U tome je suština mog neslaganja sa većinom članova Žalbenog vijeća. Tačno je da je u slučaju odbrane prinudom od optužbi za ratni zločin ili zločin protiv čovječnosti koji se sastoji od ubijanja nevinih lica za međunarodnog sudiju posebno teško da ustanovi postoje li relevantne činjenice i da li su ispunjeni nužno strogi uslovi koje zakon propisuje. To, međutim, treba da ispita sudija prvostepenog suda.

110 Na ovo se ne može odgovoriti tvrdnjom da zatvoreniku iz ovog primjera ne bi ni bilo suđeno. Tačno je da će se u zemljama *common lawa*, gde je na snazi doktrina tužiočevog diskrepcionog prava, tužilac obično odlučiti da ne pokrene sudski postupak ako postoje ubjedljivi dokazi o postojanju prinude. Tako mnogi predmeti u kojima bi prinuda bila prihvaćena kao odbrana prosto i ne stignu do faze sudjenja. Međutim, ovo upravo ide u prilog tvrdnji da osoba u takvoj situaciji, koja postupa pod prinudom, nije kriminalac kome po zahtjevu društva treba suditi i kazniti ga.

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





Presude/Dražen Erdemović

Koliko god da je njegova sudska istraga teška i zamršena, pravo ga ne prepusta samom sebi: naprotiv, on iz međunarodnog prava može izvući prilično precizne smjernice, ustanovljene u brojnim nacionalnim predmetima koji se tiču ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti (kako sam pokazao u paragrafima 27 i 36-37 *supra*, neki od ovih predmeta zasnivali su se na Zakonu br. 10 Kontrolnog savjeta, što im daje veću pravnu težinu).

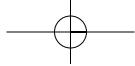
Ne treba se, dakle, iznenaditi što ja ne dijelim stavove većine članova Žalbenog vijeća, koji tvrde da je međunarodno krivično pravo po ovom pitanju dvosmisленo ili nejasno, te da stoga mogu doneti odluku motivisanu praktičnim obzirima i osloniti se na „razloge koji se tiču društvene i ekonomске politike“. Ne slažem se, ne samo zato što prema mom mišljenju, a to sam više puta već rekao, međunarodno pravo nije ni dvosmisленo ni nejasno, već i zato što bi se prihvatanjem izbora zasnovanog na praktičnim obzirima u ovoj oblasti krivičnog prava prekršilo običajno načelo *nullum crimen sine lege*. Međunarodni sud mora primjenjivati *lex lata*, odnosno postojeća pravila međunarodnog prava, uobličena kroz izvore međunarodnog pravnog sistema. Ako umjesto toga posegne za praktičnim obzirima ili moralnim načelima, onda postupa *ultra vires*.

U svakom slučaju, čak i pod pretpostavkom da u međunarodnom pravu ovo pitanje nije jasno uređeno, može se tvrditi da je većina članova Žalbenog vijeća trebalo da se osloni na zakone primjenljive u bivšoj Jugoslaviji. U bivšoj Jugoslaviji i u današnjim državama na tom području relevantno krivično pravo dopušta da prinuda (koja se naziva „krajnjom nuždom“) može predstavljati potpunu odbranu od optužbi za svaki zločin, bez obzira da li on podrazumjeva ubijanje ljudi ili ne.¹¹² Državljanin neke od tih država koji je učestvovao u oružanim sukobima bio je dužan da poznaje nacionalne krivične odredbe i da svoja očekivanja na njima zasniva. Da je međunarodno krivično pravo *ex hypothesi* zaista dvosmisленo po pitanju prinude, pa čak i da u njemu postoji *praznina*, bilo bi umjesno i razborito - u krajnjem slučaju - posegnuti za nacionalnim zakonodavstvom *optuženog*, a ne za moralnim obzirima ili praktičnim načelima. U konkretnom slučaju koji se razmatra, gdje je riječ o državi iz bivše Jugoslavije, u prilog ovakvom pristupu išlo bi i opšte pravilo *in dubio pro reo* (što bi u ovom slučaju značilo *in dubio pro accusato*).

D. Primjena na presudu protiv koje je podneta žalba

50. S obzirom na moju gore navedenu konstataciju da se u izuzetnim okolnostima prinuda može navesti kao *odbrana* od optužbi za zločine protiv čo-

112 Vidi član 10 Krivičnog zakonika Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, izmjenjenog i dopunjeno 1990., i istovetni član 10 Krivičnog zakonika Savezne Republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora) iz 1993.



Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Cassesea

vječnosti ili ratne zločine, slijedi da je potvrđna izjava o krivici podnosioca žalbe bila dvosmislena.¹¹³ Stoga je Pretresno vijeće trebalo da u zapisnik unese da se optuženi ne osjeća krivim i da održi suđenje. Shodno tome, ja bih predmet vratio jednom pretresnom vijeću kako bi se unio negativan iskaz o krivici i utvrdilo da li podnositac žalbe jeste ili nije postupao pod prinudom kada je počinio zločin, tako da prema odredbama člana 7 Statuta Međunarodnog suda on ne bi bio krivično odgovoran.¹¹⁴

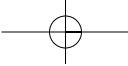
Konkretno, smatram da u primjeni pravnih zaključaka do kojih sam u prethodnom tekstu došao pretresno vijeće kome se predmet vratí mora pre svega da ustanovi da li je podnositac žalbe svojevoljno prouzrokovao situaciju u kojoj je došlo do prinude. Sudsko vijeće posebno mora da se uvjeri u to da je vojna jedinica kojoj je on pripadao i kojoj se dobrovoljno priključio (10. diverzantski odred) bila namjenjena djelatnostima suprotnim međunarodnom humanitarnom pravu i da li je podnositac žalbe to znao, ili je prilikom pristupanja jedinici trebalo da to zna, ili pak, ako je toga tek kasnije postao svjestan, da nije napustio jedinicu, niti se na drugi način izvukao od takvih djelatnosti. Ako je to tako, onda se podnositac žalbe ne može braniti prinudom. Isto tako, ne može se na ovaj način braniti ako se na bilo koji način svjesno stavio u situaciju za koju je znao da će dovesti do nezakonitog strijeljanja civila.

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

- (i) da li je podnositac žalbe postupao pod prijetnjom neposredne, ozbiljne i nepopravljive štete po život ili tjelesni integritet svoj ili svoje porodice, kada je ubio oko 70 nenaoružanih Muslimana na farmi Branjevo kod Pilice u Bosni, 16. jula 1995;
- (ii) da li podnositac žalbe nije imao mogućnost da tu prijetnju odvrati na drugi način osim strijeljanjem pomenutih civila;

¹¹³ Prilikom prvog pojavljivanja pred sudom, podnositac žalbe je svom iskazu o krivici dodao sljedeći izjavu: „Poštovani sude, ja sam to morao da radim. Da sam odbio to da radim, ubili bi i mene sa tim ljudima. Kad sam odbio, rekli su mi: 'Ako ti je žao, stani i ti sa njima da i tebe ubijemo ... Da sam odbio to da radim i mene bi ubili.'“ Vidi Transkript, *Tužilac protiv Dražena Erdemovića*, predmet br. IT-96-22-T, 31. maj 1996, str. 9.

¹¹⁴ Situaciju dodatno komplikuje i činjenica da je Pretresno vijeće, nakon što je podnositac žalbe izjavio da se oseća krivim, održalo neku vrstu suđenja, to jest niz ročišta na kojima su svjedočili, a među njima i podnositac žalbe, svjedočili, da bi potom Vijeće donijelo presudu. Međutim, ova ročišta ne mogu se smatrati suđenjem, i to iz dva razloga: (1) uslijedila su nakon pozitivnog iskaza o krivici, što prema Pravilniku znači da se suđenje ne održava; i (2) Pretresno vijeće nije tražilo da se krivica dokaže „van svake sumnje“, što je dokazni standard na koji optuženi ima pravo ako postoji mogućnost da nije kriv.



Presude/Dražen Erdemović

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

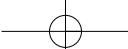
51. Pored toga, ako imamo u vidu, kao što je gore rečeno, da je vojnik utoliko skloniji da se povinuje prinudi ukoliko je njegov čin niži, Pretresno vijeće treba pri odlučivanju o tome da li je podnositac žalbe postupao pod prinudom da uzme u obzir i njegov vojnički čin. Nadalje, Pretresno vijeće treba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

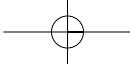
Sastavljeno na engleskom i francuskom jeziku, pri čemu se engleski tekst smatra mjerodavnim.

/*potpis na originalu/*
Antonio Cassese

Dana 7. oktobra 1997.
u Hagu, Holandija

[pečat Međunarodnog suda]





PRED ŽALBENIM VIJEĆEM

U sastavu:

predsjedavajući sudija Antonio Cassese
sudija Gabrielle Kirk McDonald
sudija Haopei Li
sudija Ninian Stephen
sudija Lal Chand Vohrah

Sekretar: gda Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh

Presuda od: 7. oktobra 1997.

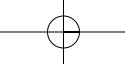
**TUŽILAC protiv DRAŽENA ERDEMOVIĆA
IZDVOJENO I PROTIVNO MIŠLJENJE SUDIJE
STEPHENA**

Tužilaštvo:

g. Grant Niemann
g. Payam Akhavan

Odbojna podnosioca žalbe:

g. Jovan Babić



Presude/Dražen Erdemović

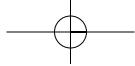
1. Brojni aspekti ove žalbe na presudu i pretresnog vijeća ovog Međunarodnog suda u predmetu Dražena Erdemovića (dalje u tekstu „podnositelac žalbe“), o kome se iscrpniji prikaz činjenica i okolnosti može naći u drugim mišljenjima, zahtjevaju posebno razmatranje. Svi se oni tiču iskaza podnosioca žalbe o tome da se smatra krivim, čemu je Pretresno vijeće posvetilo znatnu pažnju u uvodnom djelu svoje presude o kazni od 29. novembra 1996.

2. Optužnica od 29. maja 1996. (dalje u tekstu „optužnica“) teretila je podnosioca žalbe za ubistvo kao zločin protiv čovječnosti i, alternativno, ubistvo kao kršenje ratnog prava ili običaja ratovanja, pri čemu se pod ubistvom podrazumeva učešće podnosioca žalbe, u svojstvu pripadnika streljačkog odreda, u ubistvu strijeljanjem velikog broja nenaoružanih bosanskih Muslimana u grupama od po deset, a u trajanju od nekoliko sati.

3. Ovaj predmet ističe se ne samo time što je optužnica utemeljena isključivo na iskazima koje je podnositelac žalbe dao istražiteljima iz Tužilaštva Međunarodnog suda, već i time što Pretresno vijeće pred sobom nije imalo nikakvog dokaznog materijala o zbivanjima na kojima se zasniva optužba, izuzev opširnog svjedočenja samog podnosioca žalbe, datog u više navrata. Ako su Pretresnom vijeću i predočeni drugi dokazi, osim onih o karakteru optuženog, u takve dokaze spada još samo iskaz jednog istražitelja iz Tužilaštva, koji je kasnije obišao mjesto zbivanja i čija su tadašnja zapažanja i naknadni razgovori sa dvojicom bosanskih Muslimana koji su preživjeli strijeljanje uglavnom potvrđili iskaz podnosioca žalbe o ubijanju u kome je učestvovao i o drugim događajima od 16. jula 1995, mada se nisu dotakli okolnosti pod kojima podnositelac žalbe kaže da je tog dana primoran da se aktivno uključi u streljački odred.

4. Dana 31. maja 1996. podnositelac žalbe doveden je pred Pretresno vijeće, pročitana mu je optužnica i od njega je zatraženo da se izjasni o svojoj krivici po tačkama optužnice. Tom prilikom, kao i pri svim kasnijim pojavljinama, podnosioca žalbe predstavljao je advokat koga je sam izabrao, g. Jovan Babić, član jugoslovenske Advokatske komore. Podnositelac žalbe izjavio je da se osjeća krivim po prvoj od dve alternativne tačke optužnice, kojom se tereti za zločin protiv čovječnosti. Tužilaštvo (dalje u tekstu: „tužilac“) prihvati je ovu njegovu izjavu, te je povuklo alternativnu optužbu za kršenje ratnog prava ili običaja ratovanja.

5. Imao sam prilike da pročitam Zajedničku zasebnu odluku poštovanih sudi-ja McDonald i Vohraha, u kojoj su detaljno ispitali tri uslova valjanosti izjave o



Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Stephena

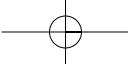
krivici, to jest da bude dobrovoljna, data s razumjevanjem i nedvosmislena. S dužnim poštovanjem, slažem se s njihovim zaključkom da je u ovom slučaju zadovoljen uslov dobrovoljnosti, ali da izjava nije data s razumjevanjem svih implikacija. To činim iz istih razloga koje su navele poštovane sudije, istovremeno svjestan veoma realnih teškoća s kojima je Pretresno vijeće u ovom predmetu bilo suočeno, trudeći se da obezbjedi da podnositelj žalbe i njegov branilac - kojima pojам iskaza o krivici nije blizak, a našli su se u relativno malo poznatoj oblasti međunarodnog humanitarnog prava - pravilno shvate posledice izjave o krivici. Shodno tome bih, već i samo zbog toga, prihvatio ovu žalbu. Međutim, ne slažem se sa poštovanim sudijama u pogledu trećeg uslova na koji su upozorili, odnosno da izjava o krivici mora biti nedvosmislena; moje neslaganje ne tiče se uslova kao takvog već pitanja o tome da li je on u ovom slučaju ispunjen. Po mom mišljenju nije; smatram da je izjava dvosmislena, i to je još jedan razlog zbog koga bih ovu žalbu prihvatio. Dvosmislenost proističe iz mog stava o mogućnosti podnosioca žalbe da se u svojoj odbrani pozove na prinudu, a u svjetlu njegovih više puta ponovljenih izjava u kojima je izneo okolnosti na koje bi se takva odbrana mogla osloniti.

Radi veće detaljnosti, ukratko ću opisati šta se dogodilo kada je podnositelj žalbe prvi put pozvan da se izjasni o krivici i kasnije, prilikom njegovih naknadnih pojavljivanja pred Pretresnim vijećem.

6. Nakon što se podnositelj žalbe izjasnio kao kriv, Tužilaštvo je sažeto iznijelo činjenične navode protiv njega, a podnositelj žalbe je potom izjavio da se slaže sa svime što je Tužilaštvo kazalo i da tome ima još nešto da doda, konkretno:

„Poštovani sude, ja sam to morao da radim. Da sam odbio to da radim, ubili bi i mene sa tim ljudima. Kad sam odbijao da radim, rekli su mi: 'Ako ti je žao, stani i ti sa njima da i tebe ubijemo.' Meni nije bilo žao mene, meni je bilo žao moje porodice i moga... Moje supruge i moga sina koje je tada imao devet mjeseci i koji bi isto... da nisam... da sam odbio to da radim... To je sve... što želim...“

7. Prilikom izjašnjavanja, podnositelj žalbe djelovao je pometeno, te je Pretresno vijeće, nesumnjivo na osnovu njegovog ponašanja, naložilo da se on podvrgne psihijatrijskom vještačenju. To je i učinjeno, te je u tu svrhu sazvana komisija sastavljena od medicinskih stručnjaka. Komisija je 24. juna 1996. izjestila Pretresno vijeće o tome da podnositelj žalbe pati od posttraumatiskog stresnog sindroma, i to tako ozbiljnog da mu se u to vrijeme ne može suditi. Preporučila je da se kroz šest do devet mjeseci podnositelj žalbe ponovo pregleda.



Presude/Dražen Erdemović

8. Dana 4. jula 1996, optuženi se ponovo pojavio pred Pretresnim vijećem na sjednici o stanju u postupku i tom prilikom je upitan da li želi da preinači svoj iskaz o krivici ili i dalje stoji iza njega; potvrdio je da se i dalje izjašnjava kao kriv. Na toj sjednici je iskazao i svoju spremnost da svjedoči u postupku koji je trebalo da se održi u skladu sa pravilom 61 Pravilnika o postupku i dokazima Međunarodnog suda (dalje u tekstu: „Pravilnik“), a koji se ticao dvojice drugih optuženika, Radovana Karadžića i Ratka Mladića. Shodno tome, narednog dana, 5. jula 1996, svjedočio je pred I pretresnim vijećem u tom postupku, kojom prilikom je ponovo opisao svoje učešće u streljačkom odredu 16. jula 1995, rekavši da kad mu je komandir odreda Brano Gojković naredio da strijelja prvu grupu zatvorenika, on je naređenje izvršio:

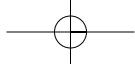
Ali sam prvo odbio, a Brano Gojković mi je rekao ako mi je žao tih ljudi da stanem sa njima; i znao sam da to nije puka prijetnja već da bi se stvarno moglo desiti, jer je u našoj jedinici situacija bila takva da je komandir grupe imao pravo da na mjestu strijelja svakog pojedinca koji ugrožava bezbjednost grupe ili se na bilo koji način suprotstavlja komandiru grupe koga je postavio komandant Milorad Peleš.

9. Oktobra 1996. ponovo je obavljeno psihijatrijsko vještačenje podnosioca žalbe, a komisija je nakon toga u svom izvještaju od 17. oktobra 1996. zaključila da je u svom tadašnjem stanju podnositelj žalbe dovoljno sposoban da mu se sudi.

10. Shodno tome, 19. i 20. novembra 1996. Pretresno vijeće je održalo ročište o izricanju kazne. Na početku je pročitan relevantni dio transkripta sjednice o stanju u postupku od 4. jula 1996, na kojoj je podnositelj žalbe potvrdio da se osjeća krivim. Zatim je, 19. i 20. novembra, podnositelj žalbe opširno svjedočio o događajima od 16. jula 1995. Na početku svog svjedočenja od 19. novembra, podnositelj žalbe je još jednom ponovio da nije želio da učini ono što je učinio, ali da mu je izdato naređenje; u slučaju da mu se nije povinovao, njegovoj porodici bi bilo učinjeno nažao, a ništa se ne bi promjenilo. Nakon toga je svjedočio o tome, kad su ga odredili da bude član streljačkog odreda, a pre nego što je stigao prvi autobus natovaren zatvorenicima:

Odmah sam rekao da neću u tome da učestvujem i rekao sam: „Jeste li vi normalni? Znate li šta radite?“ Ali nikو me nije slušao i rekli su mi: „Ako nećeš, ako - slobodno idи i stani s njima. Daj nam svoju pušku.“

11. Na kraju ročišta o izricanju kazne 20. novembra 1996, podnositelj žalbe ovako je prepričao razgovor koji je vodio sa svojim braniocem, g. Babićem, o



Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Stephena

tome zašto je sve vrijeme stajao pri svom iskazu o krivici:

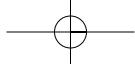
Kao što je rekao g. Babić, u Saveznoj Republici Jugoslaviji sam pred vlastima, sudskim organima i organima Ministarstva unutrašnjih poslova priznao šta sam učinio, kao i ovdje. Kad je ovamo došao, g. Babić mi je rekao: „Dražene, možeš li da se predomisliš, da promjeniš svoju odluku? Ne znam šta može da se desi. Ne znam šta će se desiti.“ Rekao sam mu da zbog tih žrtava, zbog moje savjesti, zbog mog života, zbog mog djeteta i žene, ne mogu da promjenim ono što sam rekao onoj novinarki i što sam rekao u Novom Sadu, zbog mirne savjesti, moje duše, mog poštenja, zbog žrtava i rata i svega.

Iako sam znao da će moja porodica, moji roditelji, brat, sestra, zbog toga imati problema, nisam htio to da mijenjam. Strašno mi je krivo zbog svega što se dogodilo, ali ništa nisam mogao da uradim. Kad sam nešto mogao da uradim, uradio sam. Hvala vam. Nemam ništa više da kažem.

12. Odmah se postavlja pitanje da li iskaz podnosioca žalbe o tome da se osjeća krivim, kada mu se doda izjava, koju je kasnije dopunio, o tome da je postupao po naređenju svog prepostavljenog i pod prijetnjom da će smjesta biti ubijen ako se naređenju ne povinuje, postaje tako dvosmislen da bi Pretresno vijeće moralо da u zapisnik unese negativan iskaz o krivici i da potom održi suđenje, umjesto što je prihvatiло pozitivan iskaz o krivici i prešlo na izricanje kazne.

13. Pretresno vijeće je dobro znalo da se na osnovu konkretnih okolnosti mora postaviti ovakvo pitanje, pa je na početku svoje presude o kazni iznijelo razloge zbog kojih je prihvatiло izjavu podnosioca žalbe o tome da se osjeća krivim. Prvo je skrenulo pažnju na član 7 paragraf 4 Statuta Međunarodnog suda (dalje u tekstu „Statut“), u kojem se kaže da postojanje naređenja nadređenih ne čini odbranu, ali se može navesti kao osnov za izricanje blaže kazne. Dalje je priznalo da, u sprezi sa fizičkom i moralnom prinudom, ovi činioци mogu ne samo da ublaže kaznu već „zavisno od svoje probativne vrijednosti i jačine“ mogu činiti i odbranu time što će eliminisati „mens rea krivičnog djela, te tako i samo krivično djelo“. U takvom slučaju, zaključilo je, pozitivan iskaz o krivici postao bi nevaljan. U skladu s tim, Vijeće je ispitalo „elemente na koje je ukazano“, kako ih je nazvalo.

Pri tom je primjetilo da, za razliku od slučaja naređenja nadređenih, Statut ne pruža nikakve smjernice o prihvatljivosti odbrane prinudom. To je, razumije se, tačno; Statut uopšte ne govori o raspoloživim mogućnostima odbrane, osim što поминje naređenja nadređenih. Međunarodnom суду je ostavljeno da u postupcima koji se pred njim vode primjenjuje postojeći korpus međunarodnog humanitarnog prava.



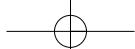
Presude/Dražen Erdemović

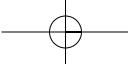
14. Pretresno vijeće je shodno tome pregledalo odluke vojnih sudova iz perioda posle II svjetskog rata i primjetilo da je u brojnim slučajevima prinuda prihvaćena kao potpuna odbrana, a da je u nekoliko navrata odsustvo moralnog izbora prouzrokovano neposrednom fizičkom opasnošću priznato kao suštinska komponenta odbrane prinudom. U ovim odlukama, primjetilo je Vijeće, pominjala su se tri činioца kao suštinski značajni uslovi za prihvatanje odbrane prinudom, a to su postojanje neposredne opasnosti, kako ozbiljne tako i nepopravljive, odsustvo bilo kakvog načina bekstva i činjenica da sredstvo izbjegavanja zla nije bilo u nesrazmjeru sa samim zlom. Pomenuta su i još dva činioца, voljno učešće optuženog u poduhvatu o čijem krajnjem ishodu nije moglo biti sumnje, kao i činovi lica koje je izdalо, odnosno primilo, očito nezakonito naređenje.

15. Pretresno vijeće se tada pozabavilo činjenicama u konkretnom predmetu i izjavilo da se podnosiac žalbe nije suprotstavio očito nezakonitoj prirodi naređenja koje mu je navodno izdato i da, sudeći prema sudskej praksi koju je pregledalo, u slučaju očito nezakonitog naređenja „dužnost je ne poslušati naređenje, a ne povinovati mu se“, pri čemu se ta dužnost može povući jedino pred najekstremnijom prinudom. Postupak je vođen na francuskom jeziku i prevoden za potrebe podnosioca žalbe i njegovog branjaca. Kada je kasnije ovaj deo presude o kazni preveden na engleski, tamo gdje se govori o propustu podnosioca žalbe da se suprotstavi nezakonitoj prirodi naređenja u prijevodu stoji da se nije suprotstavio „očito nezakonitom naređenju“, što nije sasvim tačno. U jedinom materijalu koji je Pretresno vijeće imalo pred sobom, to jest ranije pomenutim izjavama podnosioca žalbe, vidi se da se on jeste suprotstavio dotičnom naređenju, mada ne izričito njegovoj nezakonitoj prirodi. Na tom suprotstavljanju i pretnji koju je ono izazvalo zasniva se čitavo pitanje prinude u ovom predmetu.

16. Nakon ovih preliminarnih primjedbi, Pretresno vijeće iznijelo je svoj zaključak po pitanju prinude. Njega bi najbolje bilo citirati u cijelosti, kako slijedi:

Shodno tome, iako se ne isključuje sasvim mogućnost potpune odbrane zasnovane na moralnoj prinudi i/ili stanju nužde koje proističe iz naređenja nadređenih, uslovi za njeno prihvatanje posebno su strogi. Treba ih tražiti ne samo u samom postojanju naređenja nadređenih - koje prvo treba dokazati - već takođe, i naročito - u konkretnim okolnostima izdavanja i prijema naređenja. Kada se svakom predmetu ovako priđe pojedinačno - kao što su to činili ovi posleratni sudovi - pri proceni objektivnih i subjektivnih elemenata koji karakterišu prinudu ili stanje nužde, Pretresno vijeće mora da ispita da nije





Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Stephena

optuženi u situaciji u kojoj se našao bio dužan da ne posluša naređenje, da li je imao mogućnost moralnog izbora da to učini ili pokuša da učini. U primjeni ovog strogog i restriktivnog pristupa, Pretresno vijeće oslanja se ne samo na opšta načela prava iskazana u brojnim nacionalnim zakonima i primjerima iz sudske prakse, već bi željelo i da svojim neograničenim pravom odlučivanja jasno stavi do znanja da opseg njegove nadležnosti od njega zahtjeva da pre- suđuje o najozbiljnijim kršenjima međunarodnog humanitarnog prava.

U pogledu zločina protiv čovječnosti, mišljenje je Pretresnog vijeća da život optuženog i život žrtve nisu sasvim ekvivalentni. Za razliku od običnog prava, ovdje predmet kršenja nije više fizičko blagostanje same žrtve već čitavog čovječanstva.

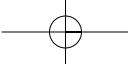
Na osnovu ovakvog zasebnog pristupa svakom pojedinačnom slučaju i u svjetlu svih elemenata koji su mu predočeni, Pretresno vijeće nalazi da nije pružen dokaz o postojanju specifičnih okolnosti koje bi optuženog u potpunosti osloboidle odgovornosti. Dakle, odbrana pozivanjem na prinudu koja prati naređenje nadređenih uzeće se u obzir, kako se čini da generalni sekretar predlaže u svom izvještaju, istovremeno sa drugim činiocima prilikom razmatranja olakšavajućih okolnosti.

Zaključujemo da Pretresno vijeće, zbog svih činjeničnih i pravnih razloga koji se tiču izjave Dražena Erdemovića o tome da se osjeća krivim, smatra ovu izjavu valjanom.

17. Koliko ja vidim, Pretresno vijeće je u ovom dijelu teksta iznijelo dva razloga zbog kojih smatra da je iskaz podnosioca žalbe o krivici valjan, a ne dvo-smislen i kao takav bezvrijedan, uprkos tome što je on više puta pomenuo da je bio podvrgnut prinudi, što bi, kako je Vijeće priznalo, u određenim okolnostima moglo predstavljati potpunu odbranu.

Ova dva razloga zapravo djeluju kumulativno. Sastoje se u tome, prvo, da podnositelj molbe nije podneo dokaze o prinudi koji bi zadovoljili stroge uslove koji se postavljaju u slučaju takve odbrane i, drugo, da pošto je ovdje riječ o zločinu protiv čovječnosti, ne može biti ispunjen uslov srazmernosti, koji je Pretresno vijeće prethodno opisalo u smislu da sredstvo izbjegavanja zla ne smije biti nesrazmerno prema samom zлу.

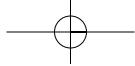
18. S dužnim poštovanjem, ovakvo rezonovanje ne mogu da prihvatom. Ukratko, smaram da su razlozi zbog kojih je Pretresno vijeće prihvatilo pozitivan iskaz o krivici pogrešni, i to iz sljedećih razloga. Za Pretresno vijeće se pitanje dovoljnosti ili nedovoljnosti dokaza o prinudi i ne postavlja. U onoj fazi postupka do koje se došlo kada se podnositelj žalbe izjasnio kao kriv, nije ni bilo govora o stvarima kao što su dokazi i dokazni materijal; podnositelj žalbe nije se bio zakleo, nije svjedočio, niti je imao prilike da svjedoči o krivici ili nevi-



Presude/Dražen Erdemović

nosti, jer je to nešto do čega dolazi tek na samom suđenju. Shodno tome, bilo je sasvim očigledno da „nije pružen dokaz o postojanju specifičnih okolnosti koje bi optuženog u potpunosti osloboidle odgovornosti“, te da se to nije ni moglo očekivati; odsustvo takvih dokaza ne bi, dakle, moglo predstavljati osnov za to da se iskaz o krivici ocijeni kao nedvosmislen. Istina je da je za vrijeme dugotrajnog postupka, čija je dužina Pretresnom vijeću nametnuta kako prvobitnim psihičkim stanjem podnosioca žalbe tako i njegovom ulogom svjedoka u postupku protiv drugih optuženika održanom u skladu sa pravilom 61, podnositac žalbe prilikom postupka po pravilu 61, a zatim i na svom ročištu o izricanju kazne, svjedočio pod zakletvom (što se, u stvari, svelo na ponavljanje njegove prvobitne izjave, samo u iscrpnijem obliku), ali je dотле njegov iskaz o tome da se osjeća krivim odavno već bio zaveden i preostajalo je još samo da mu se odredi kazna. Čitavo njegovo svjedočenje dato je, i od strane Pretresnog vijeća primljeno, na temelju pozitivnog iskaza o krivici i tako da se odnosi jedino na određivanje kazne.

19. Što se tiče pitanja srazmjernosti, i to je u suštini nešto o čemu treba da se odluci jedino na osnovu sveukupnih dokaza podnetih na suđenju. Ako se pri iznošenju dokaza pokaže da se dokazi slažu sa ponovljenim izjavama podnosioca žalbe o tome da nije bio u prilici da bira između smrti žrtava i sopstvene smrti, već između njihove smrti i njihove smrti zajedno sa sopstvenom, onda se čitavo pitanje srazmjernosti mora nužno pokazati kao besmisленo; tada ne bi bilo riječi o vaganju jednog života spram drugog ili drugih, već bi izbor, ako se to može opisati kao izbor, bio između mnogo života i mnogo života plus jedan, sopstveni. Podnositac žalbe bio je samo jedan od pripadnika streljačkog stroja i, prema njegovim izjavama, nijedan drugi pripadnik nije ga podržao kada se pobunio. Niti se može realno pretpostaviti, budući da je on bio Hrvat u jedinici vojske bosanskih Srba, da bi, u slučaju da je nakon svog protesta predao oružje i pridružio se prvoj grupi muslimanskih civila za strijeljanje, ostali pripadnici streljačkog stroja odbili da izvrše naređenje i sve ih strijeljaju. Čak i da je neko od njih odbio, što su, prema riječima podnosioca žalbe, neki učinili kasnije, kada je posle četiri sata ubijanja odredu naređeno da ubije još petsto civila zatvorenih u obližnjem domu, tu su bili i drugi, voljni krvnici, koji su bili spremni da ubiju tih petsto ljudi, i koji su ih i ubili. Štaviše, za vrijeme prva četiri sata ubijanja civila, streljačkom odredu, u kome je bio podnositac žalbe, pridružili su se pripadnici jedne druge jedinice, koji ne samo da su učestvovali u naređenom strijeljanju, već su žrtve tukli i maltretirali pre nego što bi ih ubili. Sigurno je teško pretpostaviti da bi eventualni junački čin samopožrtvovanja od strane podnosioca žalbe, Hrvata, spriječio vojsku bosanskih Srba da izvrši započeti zadatak istrijebljenja muslimanskih civila.

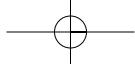


Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Stephena

20. Prihvatajući iskaz podnosioca žalbe o tome da se osjeća krivim, Pretresno vijeće je navelo pravo optuženog da sam odabere strategiju odbrane, čiji bi jedan elemenat mogao biti i iskaz o krivici. Jasno je da nijedan prvostepeni sud, suočen sa izyjesnim neslaganjem između pozitivnog iskaza o krivici i onoga što optuženi odabere da tome doda o počinjenju krivičnog djela za koje se tereti, ne može situaciju da riješi tako što će prosto prihvatići iskaz o krivici. Odlučujući o tome kakve je prirode iskaz optuženog, sud mora imati u vidu njegovo pravo da odabere određenu strategiju; optuženi može odlučiti da je u njegovom interesu da se izjasni kao kriv, insistirajući na tome, ma koliko to bilo neprikladno u ovoj fazi postupka, da pomene olakšavajuće okolnosti ili da dâ izjavu kojom praktično poriče krivicu, u nadi da će mu se time ublažiti kazna, i to mu se mora dozvoliti. U značajnom predmetu *North Carolina v. Alford*, Vrhovni sud SAD je prilično detaljno razmatrao ovo pitanje prava optuženog da mu se pozitivan iskaz o krivici prihvati uprkos tome što tvrdi da nije počinio zločin za koji se tereti. Većinskom odlukom je zaključio da u slučaju kada se pozitivan iskaz o krivici može protumačiti kao sasvim razložan zbog jačine dokaza kojima raspolaže tužilaštvo, a o čemu se prvostepeni sud uvjerio, kao i onda kada bi se optuženi koji je izjavio da se osjeća krivim mogao osuditi samo na dugotrajnu zatvorsku kaznu, dok bi u redovnom sudskom postupku nužno bio osuđen na smrtnu kaznu, tada se iskaz o krivici može prihvatići uprkos očitom neslaganju između samog iskaza i činjenice da optuženi poriče krivicu.

21. Slučaj pred nama sasvim je različit; Pretresnom vijeću nije predočen nikakav materijal o okolnostima u kojima je podnositelj žalbe ubio muslimanske civile osim njegovog opisa zbivanja, niti su izneseni bilo kakvi dokazi koji bi doveli u sumnju izjave podnosioca žalbe o prinudi, niti je podnositelj žalbe pred ovim Međunarodnim sudom suočen sa teškim izborom između zatvorske i smrтne kazne. Iz onoga što je branilac podnosioca žalbe iznio na ročištu pred ovim Žalbenim vijećem jasno je da se podnositelj žalbe izjasnio kao kriv protivno savjetu svog branioca, koji mu je rekao da nema dokaza o tome da je počinio krivično djelo, ali je podnositelj žalbe insistirao na tome da se izjasni kao kriv zbog moralnog stava koji je zauzeo, a na temelju činjenice da on jeste učestvovao u strijeljanju muslimanskih civila. Ovaj stav podnosioca žalbe potvrđuju i dijelovi iz njegovih izjava koje sam ranije naveo. Kako su tvrdili i podnositelj žalbe i njegov branilac, nije bilo sporazuma o krivici, niti išta ukazuje na to da je njegov iskaz o krivici deo nekakve strategije; pre bi se reklo da je u pitanju izraz osjećanja moralne krivice, koji nema nikakve veze sa postojanjem mogućnosti odbrane prinudom.

22. U svojoj presudi o kazni Pretresno vijeće je imalo priliku da iznese razloge zbog kojih je prihvatile iskaz o krivici podnosioca žalbe uprkos tome što pri-



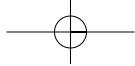
Presude/Dražen Erdemović

znaje da je moguće pozvati se na prinudu prilikom odbrane od optužbi u vezi s kojima je podnositac žalbe izjavio da se osjeća krivim. Pri tom je Vijeće moralo da pregleda jedini materijal koji mu je predočen, odnosno izjave podnosioca žalbe, ali je smatralo da mu zadatak nije prosti da odredi da li se na osnovu njega na suđenju može eventualno dozvoliti odbrana prinudom, već radije da odluci o tome da li je postojanje specifičnih okolnosti koje bi podnosioca žalbe u potpunosti oslobođile ogovornosti utvrđeno na osnovu dokaza. Izgleda da je pri tom Vijeće odlučilo da je na podnosiocu žalbe da obezbjedi dokaze, te da je to učinilo u fazi izjašnjavanja o krivici, pre nego što je uopšte pokrenuto pitanje svjedočenja. U toj fazi, pošto je podnositac žalbe već iznio znatne dokaze o postojanju okolnosti koje bi prilikom suđenja mogle predstavljati dovoljnu osnovu za odbranu prinudom, smatram da je Pretresno vijeće trebalo da zaključi pregledanje raspoloživih dokaza, koje je nužno moralo biti kratko, i da u zapisnik unese negativan iskaz o krivici. Tada bi Pretresno vijeće imalo priliku da na suđenju pomnije i brižljivije pregleda sve raspoložive dokaze koji bi tada bili podneseni i da razmotri relevantna pravna pitanja. Pored toga, stav koji je Pretresno vijeće iznijelo o tome da u slučaju zločina protiv čovječanstva život optuženog ne može biti u potpunosti ekvivalentan životu žrtve svakako je doprineo prihvatanju iskaza o krivici, naročito kad se ovome doda i ranije donet zaključak o tome da je srazmjerost jedan od osnovnih uslova za prihvatanje odbrane prinudom. Kao što sam već rekao, smatram da su pogrešni svi ovi pristupi pronalaženju odgovora na pitanje da li je iskaz o krivici bio dvosmislen. Po mom mišljenju, izjave podnosioca žalbe očigledno ukazuju na dvosmislenost koja iziskuje da se u zapisnik unese negativan iskaz o krivici, pod uslovom da međunarodno pravo zaista dopušta da se neko ko je optužen za ubistvo okvalifikovan kao zločin protiv čovječnosti u svojoj odbrani poziva na prinudu.

23. Tamo gdje postoji dvosmislenost, jasno je da je treba razrešiti. Kao što su nedavno, u predmetu *Maxwell v. The Queen*, rekle poštovane sudije Dawson i McHugh iz australijskog vrhovnog suda:

Iskaz o krivici mora, međutim, biti nedvosmislen i ne smije nastati u okolnostima koje bi ukazivale na to da nije riječ o istinskom priznanju krivice. Ako se prvostepenom sudiji iz bilo kog razloga učini da iskaz o krivici nije istinit, on ili ona mora (ovo nije stvar slobodne odluke) pribaviti nedvosmislen iskaz o krivici ili izdati uputstvo da se u zapisnik unese negativan iskaz o krivici.

Stigao sam tako i do onog aspekta ove žalbe po kome se, na svoju nesreću, ne slažem sa zajedničkim zasebnim mišljenjem sudija McDonald i Vohrah, odnosno da li u međunarodnom pravu prinuda može biti odbrana od optužbe za ubistvo ili bilo koje optužbe koja se tiče ubijanja nevinih lica. Stav je

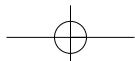


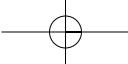
Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Stephena

Tužilaštva da ne može i da prinuda u najboljem slučaju može predstavljati olakšavajući okolnost. Ono tvrdi da ogromna većina materijala o suđenjima za ratne zločine u periodu posle II svjetskog rata pokazuje da se prinuda nikad ne može navesti kao odbrana od optužbi za ubistvo. Tužilaštvo priznaje da su odluke na koje se poziva u najvećoj mjeri odluke sudova poniklih iz anglosaksonskog prava, ali tvrdi da je doktrina kojom se odbacuje prinuda kao odbrana od optužbi za ubistvo danas sastavni dio međunarodnog prava, uprkos činjenici da vodi porijeklo iz anglosaksonskog prava.

24. Po mom mišljenju, Tužilaštvo nije u pravu kad tvrdi da ogromna većina ovakvih odluka pokazuje kako u međunarodnom pravu prinuda ne čini odbranu od optužbe za ubistvo. Poštovani sudija Cassese veoma je pomno razmotrio ovo pitanje i ja se slažem sa njegovim zaključkom da pažljiv uvid u ove odluke ne podržava tvrdnju Tužilaštva. Ono što, po mom mišljenju, ove odluke pokazuju jeste to da u pogledu prinude postoji snažna tendencija da se primjenjuju načela krivičnog prava izvedena iz analognih municipalnih odredbi određenog suda, i to uprkos malobrojnim odstupanjima od ove tendencije, kao što su *obiter dictum* vojnog sudije u predmetu *Einsatzgruppen* i primjedbe vojnog sudije u predmetu *Stalag Luft III*. Izgleda da vojni sudovi posle II svjetskog rata nisu svoj stav o prinudi svjesno uskladivali sa direktivama međunarodnog prava, kao što su, na primjer, to činili u svom tretmanu doktrine o naređenjima nadređenih. Čini mi se da se ne može reći da je u primjeni jednog ili drugog načela u pojedinačnim predmetima postojalo *opinio iuris sine necessitate*, neophodno da bi se uspostavilo bilo kakvo pravilo običajnog međunarodnog prava.

25. Sada ću, dakle, govoriti o onim „opštim pravnim načelima što ih priznaju civilizovane države“, a koja se u članu 38 (1) (c) Statuta Međunarodnog suda pravde navode kao još jedan izvor međunarodnog prava. Kako kaže Bogdan u svom članku „Opšta pravna načela i problem praznina u međunarodnom javnom pravu“, da bi se popunile praznine nije neophodno da neko načelo bude prihvaćeno od strane svih država koje pripadaju glavnim pravnim sistemima; dovoljno je da „preovlađujući broj država u svakoj od glavnih pravnih porodica“ prizna to načelo. Kao što je rečeno u predmetu *Taoci*, ako se ustanovi da je neko načelo „opšte prihvaćeno kao temeljno pravilo pravde u municipalnom pravu većine država, čini se da je sasvim opravданo proglašiti ga pravilom međunarodnog prava“. Detaljno ispitivanje nacionalnih krivičnih zakonika, sprovedeno u Zajedničkom zasebnom mišljenju sudija McDonald i Vohrah, pokazuje da je odbrana od optužbi za ubistvo pozivanjem na prinudu dopuštena u većini ispitanih pravnih sistema, sa izuzetkom anglosaksonskog prava. U ovim sistemima se prinuda, kako god da je opisana, uz malobrojne



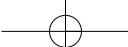


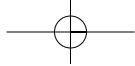
Presude/Dražen Erdemović

izuzetke tretira kao opća odbrana i može se reći da je u tim sistemima ovo prihvaćeno kao opće načelo. Nerijetko je ova odbrana ograničena restrikcijama, koje se često, mada ne uvijek, tiču pitanja srazmjernosti, ali se ne predviđa poseban izuzetak u slučaju ubistva, mada u nekim slučajevima do njegovog izuzimanja može doći zbog određenog stupnja srazmjernosti koji se zahtjeva. U sistemima anglosaksonskog prava kaže se da za prinudu, koja se danas, zahvaljujući zbivanjima u ovom vijeku, uopće uzev smatra odbranom kod većine optužbi za krivična djela, u slučaju ubistva ipak važi izuzetak, barem u zemljama Komonvelta. Međutim, nadam se da će pokazati da je ovo ograničeno izuzeće, i samo čest predmet kritike, zasnovano na predmetima u kojima je optuženik bio u prilici da bira između svog i tuđeg života, a ne na predmetima u kojima takav izbor nije imao, već je u pitanju bila ili smrt jednog ili smrt oboje.

26. Da u anglosaksonskom pravu nema ovog izuzetka u pogledu ubistva (a kada to kažem, iz ovoga isključujem neke američke države, na šta će se kasnije vratiti), mislim da bi bilo gotovo izvjesno da prinudu, premda uz odgovarajuća ograničenja, treba i u međunarodnom pravu tretirati kao opšte pravno načelo koje civilizovane države priznaju kao prihvatljivu odbranu od optužbi za sve vrste zločina. Da ovo nije samo stvar pristupa građanskopravnih sistema već prosti stvar pravde, možda se najbolje može pokazati primjerom, postavljenim u kontekst domaćeg, a ne međunarodnog humanitarnog prava, budući da se anglosaksonski pristup razvio upravo u domaćem kontekstu. Ako bi civila, pri obavljanju zakonitih djelatnosti, iznenada presreo naoružan čovjek i naredio mu, pod prijetnjom neposredne i inače neizbjegne smrti, a bez objašnjenja, da na licu mjesta ubije osobu koja se tu nalazi, pri čemu mu je ta osoba sasvim nepoznata i protiv nje ne može imati nikakve zle namjere, zaista bi bila neobična ona pravda koja bi tom civilu uskratila mogućnost odbrane prinudom. A opet, ako se povinuje naređenju i ubije nepoznatu osobu, šta je to, prema anglosaksonском pravu, ako ne ubistvo, u kom slučaju prinuda, njegova jedina odbrana, ne predstavlja odbranu?

27. Razumije se, moglo bi se reći da ni u kom razumnom sistemu sproveđenja zakona ovaj civil ne bi bio optužen za ubistvo. Ali to samo pokazuje koje su posljedice izuzimanja prinude kao odbrane od optužbi za ubistvo; umjesto sudske odluke o krivici ili nevinosti imamo neizvjesnost slobodne odluke tužioca. Moglo bi se opet reći - ako to dozvoljava dotični sistem krivičnog prava - da bi u tim okolnostima i uprkos osudi za ubistvo, kazna mogla biti u tolikoj mjeri ublažena da bi počinilac dobio ili veoma blagu ili nikakvu kaznu; to, međutim, jedva da bi bilo bolje, pošto bi on i dalje nosio pečat osude za ubistvo. Postojala bi i mogućnost da se utvrdi nepostojanje *mens rea* prilikom





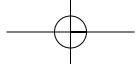
Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Stephena

ubistva žrtve, te da se on osloboди krivice, ali čim se uvede pitanje namjere, istovremeno se na mala vrata, da tako kažem, uvodi i prinuda, za koju neki autori smatraju da poništava *mens rea*.

28. Navedeni slučaj ne odnosi se, dabome, na podnosioca žalbe u našem predmetu; primjer zadovoljava sve stroge uslove za koje se kaže da su neophodni u slučaju odbrane prinudom, a o tome da li i podnositac žalbe zadovoljava te uslove treba da odluče sudije na suđenju. Ovaj primjer, međutim, pokazuje da treba potanko ispitati na čemu se u anglosaksonском праву temelji apsolutno izuzimanje prinude u slučajevima ubistva, pre nego što se dozvoli da ono utiče na međunarodno pravo.

29. Ako, dakle, izuzimanje prinude u slučajevima ubistva u anglosaksonском праву dovodi do sumnji u pogledu prinude u međunarodnom pravu, vjerujem da je jasno, ako ništa drugo, barem to da u anglosaksonском праву nema zadovoljavajućeg i rezonovanog načела o izuzimanju prinude u slučaju veoma teških zločina, među koje spada i ubistvo. U predmetu *Lynch v. D.P.P. for Northern Ireland*, lord Edmund-Davies je, po mom mišljenju, sasvim opravданo primjetio da uvid kako u stroge zakonske odredbe tako i u praktično-političke smjernice u onoj mjeri u kojoj one utiču na odbranu prinudom u engleskom pravu „otkriva krajne žalosnu pravosudnu zbrku“. Slično tome, u predmetu *R. v. Howe* lord Brandon od Oakbrook-a rekao je o anglosaksonском приступу принуди: „Nije logično, a mislim da ne može biti ni pravedno, da se prinuda prihvata kao potpuna odbrana od optužbi za sva krivična djela manje težine od ubistva, a da se kod optužbi za to krivično djelo ne može prihvati čak ni kao delimična odbrana“. Takođe je, u predmetu *R. v. Gotts*, lord Lowry govorio o tome da i sudije i tekstopisci ističu da je zakon u pogledu prinude i neodređen i nejasan, te je citirao iz Stephenove *History of the Criminal Law of England*, gdje je, više od sto godina ranije, rečeno da „jedva da postoji grana engleskog prava koja je oskudnija ili manje prihvatljiva od prava koje se tiče ovog pitanja“.

30. Položaj prinude u engleskom pravu posebno je važan zbog toga što su engleske odluke i tekstovi odigrali značajnu ulogu svojim uticajem na razvoj običajnog prava o prinudi širom Komonvelta. Štaviše, kako se ističe u presudama u predmetu *Lynch*, odredbe o prinudi u brojnim krivičnim zakonnicima širom Komonvelta uobičajene su pod neposrednim uticajem izveštaja engleske Komisije za krivično pravo iz 1879. Stoga tretman prinude u ovim zakonnicima nosi obilježja pravne misli od pre više od jednog stoljeća. Od tog doba, kako je istakao lord Wilberforce u predmetu *Lynch*, i kako su ponovo podvukli on i lord Edmund-Davies u svojoj zajedničkoj presudi u predmetu *Abbot v. The Queen*,



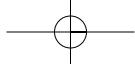
Presude/Dražen Erdemović

stav anglosaksonskog prava prema prinudi znatno se promenio. Dok je Stephen 1883. mogao da izjavi da „prinuda prijetnjom ni u kom slučaju ne treba da se prihvati kao opravdanje za zločin, mada može - i treba - da djeluje na ublažavanje kazne u većini slučajeva, mada ne u svim“, danas se prinuda prihvata kao mogućna odbrana kod najrazličitijih zločina, pri čemu su jedini izuzeci, kako se čini, ubistvo i neki slučajevi izdaje, premda je po pitanju ubistva bilo mnogo različitih mišljenja.

31. Prvi engleski pravni izvori u oblasti krivičnog prava uspostavili su obrazac kasnijeg tretmana prinude u vezi sa ubistvom, koji se proširio kroz pravosuđe tadašnje Britanske imperije. Počevši od dela *Pleas of the Crown*, koje je 1800. napisao lord Hale, kasniji pravni izvori prihvatali su njegov stav da čovjek podvrgnut prinudi na taj način da „mora da umiri bes svog napadača tako što će ubiti prisutnu nedužnu osobu, ako to djelo počini, strah i primjenjena sila ne mogu ga osloboditi odgovornosti za zločin ubistva i odgovarajuće kazne; jer je trebalo radije da i sam pogine nego da ubije nedužnu osobu“, te stoga ne samo da se ne može braniti pozivanjem na prinudu već, kako kaže lord Hale, mora da bude kažnen „kaznom za ubistvo“, a tada je to, razumije se, bila smrtna kazna; ovdje nije bilo mjesta prinudi čak ni kao eventualnom motivu za ublažavanje kazne. Lord Wilberforce primjećuje, u predmetu *Lynch*, kako bi autori iz prošlog vijeka svakako priznali da su pravna misao i praksa od njihovog vremena daleko odmakle, te ističe da je razlog što lord Hale nije uopšte dopuštao odbranu prinudom kod optužbi koje uključuju ubistvo u tome što licu podvrgnutom prinudi „zakon pruža dovoljan lek od takvih strijepnji time što od sudova i pravosudnih službenika može tražiti nalog ili naredbu *de securitate pacis*“. Ako je ovo ikad i bio prihvatljiv razlog za prihvatanje nekog pravila u domaćem pravu, on to svakako ne može biti kada je riječ o pravilu međunarodnog prava koje se primjenjuje u situaciji oružanog sukoba.

32. Kada je donosio presudu u čuvenom predmetu *R. v. Dudley and Stephens*, vrhovni sudija lord Coleridge oslanjao se upravo na „veliki autoritet lorda Halea“ i kasnijih autora koji su ga slijedili. I zaista, odjek riječi lorda Halea izrečenih pre sto pedeset godina može se čuti čak i u brojnim suđenjima za ratne zločine pred britanskim vojnim sudovima nakon II svjetskog rata.

33. Suštinu izuzetka u pogledu ubistva u anglosaksonском праву чини појам еквивалентности о коме говори lord Hale, здо до кога долази при покушају да се један живот извага спрам другог. То он није могао да приhvati; стога, човјек подvrgnut prinudi „treba radije da i sam pogine nego da ubije nedužnu osobu“ ако је у пitanju izbor između vlastitog i tugeg života. Ovim shvatanjem prožeti су и радovi kasnijih pravnih autora iz oblasti anglosaksonskog prava,



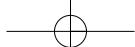
Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Stephena

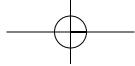
koji nikada nisu morali da razmatraju situaciju u kojoj se pred optuženim ne postavlja izbor između jednog ili drugog života već između jednog života ili oba života, što je upravo situacija u kojoj se, sudeći po svojim izjavama, našao podnositelj žalbe u ovom predmetu.

34. Predmet *R. v. Dudley and Stephens*, u kome je bilo riječi o nuždi prije nego o prinudi, ticao se slučaja mornara koji su doživjeli brodolom i koji su se našli u čamcu nasred okeana. Ubili su jednog od svojih drugova, dječaka, pojeli njegovo tijelo i popili mu krv, ne bi li sebe spasli smrti, a kada su naposljetku spaseni i izvedeni pred sud pod optužbom za ubistvo, branili su se pozivanjem na nuždu. Uprkos tjesnoj načelnoj povezanosti nužde i prinude, ovaj predmet zapravo nema mnogo zajedničkog sa predmetom koji mi razmatramo; bio je to primjer izbora „on ili ja“, nalik na često citirani izmišljeni primjer dvojice ljudi u vodi, kojima prijeti davljenje a imaju na raspolaganju dasku koja je dovoljno velika samo za jednog od njih. Problem kojim je lord Coleridge bio toliko zaokupljen, samjerljivost uporedne vrijednosti životâ, i koji je on riješio prihvativši mišljenje lorda Halea da čovjek treba sam da pogine radije nego da ubije nedužnu osobu, uopšte se i ne postavlja ako će nedužna osoba u svakom slučaju stradati.

35. Iako su engleski pravni izvori dugo bili jednoglasni u neprihvatanju prinude kao bilo kakve odbrane od optužbi za ubistvo, čini se da je sve do predmeta *Lynch*, sedamdesetih godina ovog vijeka, u proteklih sto pedeset godina zabilježen jedan jedini neposredno relevantan predmet, *R. v. Tyler and Price*. On je sam po sebi indikativan jer je zabilježeno da je vrhovni sudija Denman tom prilikom izjavio: „Ne može se dovoljno puta ponoviti da strah od opasnosti po sebe nije nikakvo opravdanje za pomaganje u počinjenju bilo kog protivzakonitog djela“. Isključivši tako očigledno odbranu prinudom u slučaju svih protivzakonitih djela, izjava lorda Denmana ne odražava razvoj zakonskih odredbi u Engleskoj u ovom vijeku ništa više nego što to čine već navedeni Stephenovi stavovi pedesetak godina kasnije.

36. U predmetu *Lynch* prvi put u ovom vijeku Gornji dom se našao u situaciji da odlučuje o primjenljivosti odbrane prinudom u slučaju ubistva, mada drugostepenog ubistva, i o tome da li je pravilno da se po ovom pitanju razlikuje ubistvo od drugih teških zločina. U predmetu *Lynch* radilo se o izboru između jednog i drugog života, što je upravo situacija na koju se odnosi mišljenje lorda Halea. Uprkos tome, većina lordova nije u predmetu *Lynch* našla osnova za uskraćivanje odbrane prinudom. Lord Morris je postavio pitanje o tome postoji li „ikakav razlog što odbrana prinudom, koja se priznaje kao odbrana u slučaju najraznovrsnijih zločina, ne može eventualno biti odbrana od optužbe



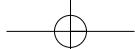


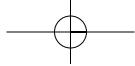
Presude/Dražen Erdemović

za drugostepeno ubistvo“. On nije vidio nikakvog razloga i zaključio je da „i rezonovanje uopće i zahtjevi pravde“ vode zaključku da prinuda može biti odbrana u slučaju drugostepenog ubistva o kakvom se radi u predmetu *Lynch*.

37. Lord Wilberforce došao je do istog zaključka. Uzalud je tražio načelan razlog za izuzimanje ubistva iz niza zločina za koje je poslednjih godina prihvaćena mogućnost odbrane prinudom. Jedini iole prihvatljiv razlog koji se nametao ticao se posebne gnušnosti ubistva, a opet, kako je lord Wilberforce primjetio, gnušnost je izraz koji se odnosi na stepen nečega i teško da može opravdati apsolutno izuzimanje prinude u svim slučajevima ubistva. Ako bi se prinuda u potpunosti isključila kao odbrana od optužbi za ubistvo, ne postoji načelo kojim bi se to moglo opravdati, već bi se takvo izuzeće, zaključio je, moralo zasnivati ili na pravnim izvorima ili na zauzimanju općeg stava. Lord Wilberforce pozabavio se i jednim i drugim. Nije našao direktne engleske pravne izvore koji bi podržali izuzeće prinude u slučaju ubistva, pomenuo je suprotne odluke žalbenog suda u predmetima koji su se ticali ubistva, ali se nije sudilo glavnim počiniocima, a pomenuo je i predmete iz država Komonvelta i naveo u cijelosti jedan dio iz odluke sudske Rumpffa u južnoafričkom predmetu *State v. Golath*. Sudija Rumpff na tom mjestu ispituje pravo mnogih država i sistema, a naročito engleske i građanskopravne izvore pod čijim se uticajem oblikovalo južnoafričko pravo, i kaže:

Ako se izrazi mišljenje da naše pravo priznaje prisilu kao odbranu u svim slučajevima osim ubistva, a ovo mišljenje se zasniva na prihvatanju toga da do oslobođanja od optužbi dolazi zbog toga što je strana kojoj je zaprećeno lišena slobode izbora, onda mi djeluje nerazložno, u svjetlu razvoja prava od vremena starih holandskih i engleskih autora, izuzimati prisilu kao potpunu odbranu od optužbi za ubistvo ako je lice kome je zaprećeno bilo pod tako snažnom prinudom da bilo koja razumna osoba pod istom takvom prinudom ne bi drugačije postupila. Jedini osnov za takvo izuzimanje bio bi tada da uprkos tome što je osoba kojoj je zaprećeno lišena slobodne volje, čin joj se ipak pripisuje zbog toga što se nije povinovala onome što se opisuje kao najviši etički ideal. U primjeni našeg krivičnog prava u slučajevima kada se o djelima podnosioca žalbe sudi na osnovu objektivnih mjerila, važi načelo prema kome se od optuženika nikad ne može zahtjevati više od onoga što je razumno, a razumno u ovom kontekstu znači ono što se može očekivati od obične, prosečne osobe u određenim okolnostima. Opće je prihvaćeno, a s tim se slažu i etičari, da obična osoba uopće uzev smatra svoj život vrednjim od tuđeg. Jedino će ljudi koji se odlikuju herojsvom svojevoljno ponuditi sopstveni život umjesto tuđeg. Ako bi, dakle, krivično pravo stalo na stanovište da





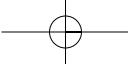
Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Stephena

prisila nikad ne može biti odbrana od optužbi za ubistvo, ono bi zahtjevalo da osoba koja je pod pritiskom ubila drugu osobu, bez obzira na okolnosti, mora da se ponaša u skladu sa strožim mjerilima nego što su ona koja se očekuju od obične osobe. Smatram da ovakav izuzetak od općeg pravila koje vlada u krivičnom pravu nije opravdan.

Lord Wilberforce je zaključio da su pravni izvori, barem u slučajevima koji se ne tiču prvostepenog ubistva, skloniji da prihvate odbranu pritiskom. Pošto je u oblasti običajnog prava zadatak sudija uvek da postavljaju mjerila razboritih ljudi uobičajene moralne čvrstine i ljudskosti na nivo koji ljudi mogu da prihvate i poštuju, lord Wilberforce je zaključio da se u konkretnom slučaju može prihvati odbrana pritiskom, a da će se slučajevi prvostepenog ubistva razmatrati kako se budu javljali. Takav jedan slučaj veoma se brzo pojavio u predmetu *Abbot v. The Queen*, o kome će biti riječi nešto kasnije.

38. Lord Edmund-Davies, treći zastupnik većinskog mišljenja u predmetu *Lynch*, govorio je o današnjoj tendenciji u anglosaksonском праву да se prihvata odbrana pritiskom kod najraznovrsnijih zločina i naveo pravne izvore koji ilustruju tu tendenciju. Potom je detaljno pregledao slučajeve koji predstavljaju presedane i zaključio da „ne može da prihvati da je u pravu, logici, etici ili društvenoj praksi uspostavljen bilo kakav osnovoj kojim bi se opravdalo uskraćivanje odbrane pritiskom u ovom predmetu“.

39. Dvojica zastupnika manjinskog mišljenja, lord Simon od Glaisdalea i lord Kilbrandon, zauzeli su suprotan stav. Lord Simon se oslanjao na ono što je smatrao neposredno relevantnim pravnim izvorom, predmetom *R. v. Dudley and Stephens*, iako je tu u pitanju bila nužda, a ne istinska pritiska; smatrao je da se ne može napraviti razlika između prvooptuženih za ubistvo i drugooptuženih, pozvao se na istaknute autore djela o krivičnom pravu iz prošlog vijeka koji nisu prihvatali odbranu pritiskom, i zaključio da bilo kakve izmjene u onome što je smatrao ustaljenim pravom treba da se uvode zakonodavnim putem, a ne na sudu. I lord Kilbrandon polazio je od stava da ono što je smatrao odavno ustaljenim zakonom nije poželjno menjati presudom, već zakonodavnim aktima. Govorio je i o opštoj politici i činjenicama u konkretnom predmetu, koji je stigao po žalbi iz Sjeverne Irske, gdje prisila može poslušne građane pretvoriti u ubice protiv sopstvene volje, te je zaključio da su pitanja opšte politike „toliko duboko usađena u pravnu doktrinu koju mi treba da preispitamo“ da je većinska presuda zapravo proglašao o opštoj politici, što jednom sudu ne priliči, već tako što treba rješavati zakonodavnim putem.

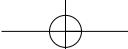


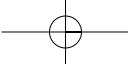
Presude/Dražen Erdemović

40. Većinskom presudom u predmetu *Lynch* ni u kom slučaju nije konačno rješeno ovo pitanje. Dve godine kasnije, u predmetu *Abbott v. The Queen*, koji je stigao pred vrhovno vijeće po žalbi iz Trinidada i Tobaga, lord Wilberforce i lord Edmund-Davies, ovaj put u manjini, primjenili su svoje rezonovanje u predmetu *Lynch* na slučaj počinioца prvostepenog ubistva, ne našavši logičnog osnova za razlikovanje takvog slučaja od slučaja saučesništva. Većina, u kojoj su se lordu Kilbrandonu sada pridružili lord Hailsham i lord Salmon, koji je izrekao presudu većine, izrazila je veoma ozbiljno neslaganje sa predmetom *Lynch*, naglasivši da je tu bilo u pitanju samo sučesništvo u ubistvu, i pozvala se na *Blackstone* i kasnije priručnike, kao i na krivične zakonike širom Komonvelta, zatim na neprihvatanje - kako su to protumačili - odbrane pozivanjem na naređenje nadređenih i na prinudu prilikom suđenja za ratne zločine poslije II svjetskog rata, te su ponovili strahovanja lorda Simona u predmetu *Lynch* da bi dopuštanje ovakve odbrane služilo kao „ovlašćenje teroristima, predvodnicima zločinačkih bandi i otmičarima“. Uz dužno poštovanje, čini se da ova strahovanja ispuštaju iz vida stroge uslove koji se obično postavljaju pri odbrani prinudom, uslove koji, u primjerima eventualne zloupotrebe prinude koje navodi lord Simon, ne bi bili zadovoljeni, te odbrana prinudom ne bi ni uspjela. Takođe se ispušta iz vida i činjenica da se u zemljama građanskog prava priznaje prinuda, a da njih ipak nisu zadele ove strašne posljedice.

41. Smatram da su u svojoj zajedničkoj presudi dvojica pripadnika manjine, lord Wilberforce i lord Edmund-Davies, uvjerljivo pobili sve ove tačke, koje su u predmetu *Lynch* već bile pretresane. Takođe su ukazali i na činjenicu da sve do 1898. optuženik u Engleskoj nije mogao da svjedoči u svoju korist, te u svakom slučaju nije mogao da se brani prinudom tako što bi poroti objasnio da je postupio onako kako je postupio uslijed prinude kojoj je podvrgnut.

42. Deset godina nakon predmeta *Abbott* usledio je predmet *R. v. Howe*, kojim je oborenna odluka u predmetu *Lynch*, a u englesko običajno pravo ponovo je uvedeno neprihvatanje prinude kao odbrane od optužbi za ubistvo, s tim što su petorica članova sudskog vijeća, mada jednoglasni u svojoj odluci, naveli donekle različite razloge kojima su se pri tom rukovodili. Lord Hailsham se pozivao na istaknute autore iz devetnaestog vijeka, na manjinsko mišljenje u predmetu *Lynch*, na predmet *R. v. Dudley and Stephens*, te na član 8 Statuta Međunarodnog vojnog suda u Nirnbergu, koji govori o naređenjima nadređenih, a ne o prinudi, s tim što je, po mišljenju lorda Hailshama, pod nacističkim režimom razlika između ova dva pojma bila zanemarljiva. Zaključio je da se većinsko mišljenje u predmetu *Lynch* ne može opravdati ranijim pravnim izvorima i da pravo treba vratiti u prvobitno stanje, a o pred-





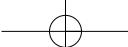
Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Stephena

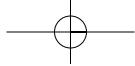
metu *Lynch* rekao je da je lišio „nedužne žrtve zaštite krivičnog prava“, da bi „zaštitnički zaogrnuo kukavice i ništarije“.

43. Lord Bridge je prihvatio mišljenje da postupanje pod prinudom čovjeka ne lišava volje u tolikoj mjeri da dovodi do odsustva zločinačke namjere nužne za ubistvo; u slučaju *Lynch* opredelio se za stav manjine, a ne većine, i u potpunosti se složio sa besjedama koje su održali lord Griffiths i lord Mackay od Clashferna. Lord Brandon od Oakbrooka takođe se složio sa besjedom lorda Mackaya, mada nije bio zadovoljan ishodom. Primjetio je, a to sam već citirao, da tretman prinude u anglosaksonskom pravu nije ni logičan ni pravedan, ali je pristao da se složi sa mišljenjem lorda Mackaya zato što se u ovom pogledu ne može napraviti valjana razlika između prvostepenog i drugostepenog ubistva; tokom vijekova, rekao je, anglosakonsko pravo razvijalo se na osnovu jednog nelogičnog i nepravednog ishoda, te ako treba da se mijenja sadašnje stanje zakona, to treba učiniti zakonodavnim putem, a ne sudskom odlukom.

44. Lord Griffith je pregledao i dijela autoriteta i sudske predmete iz prošlosti, o kojima je detaljno raspravlјano u izveštaju Pravne komisije iz 1977, koji preporučuje da se prinuda prihvati kao odbrana od optužbi za sve zločine, uključujući ubistvo, ali je primjetio da Parlament nije izmijenio zakon shodno tome, zatim je pomenuo „plimu nasilja i terorizma“ protiv koje zakon mora čvrsto da se postavi i, „čvrsto uvjeren“ da ubici ne treba da stoji na raspolažanju odbrana prinudom, nije našao nikakvog pravičnog i pouzdanog načina da se napravi razlika između raznih učesnika u ubistvu. Stoga se i on složio sa obaranjem odluke u predmetu *Lynch*. Lord Mackay od Clashferna pozvao se na autore koji su o ovome ranije pisali i odbio je, u skladu sa svojom konceptijom pravilne primjene doktrine o presedanima, da dopusti prinudu u slučajevima prvostepenog ubistva, ali je prihvatio stav da se ne može razložno praviti razlika između počinilaca različitih stepena ubistva. Zaključio je da, ako bi se dopustila odbrana prinudom u slučaju prvostepenog ubistva, u praksi se ovakva odbrana nikad ne bi mogla dokazati. Međutim, naveo je škotskog pravnog stručnjaka Humea, koji je u djelu *Commentaries on the Law of Scotland respecting Crimes*, govoreći o jednom predmetu u kome je prinuda navedena kao odbrana od optužbe za oružanu pljačku, rekao:

Ali uopće uzev, i s obzirom na uobičajene okolnosti jednog dobro uređenog društva, gdje svako uživa zaštitu zakona i ima načina da toj zaštiti pribjegne, ovo je u najmanju ruku donekle teško opravdanje i jedva da može biti od koristi kod suđenja za bilo koji užasan zločin, osim ako se podrži sljedećim uslovima: neposredna prijetnja smrću ili teškim tjelesnim oštećenjem;





Presude/Dražen Erdemović

nemogućnost odupiranja nasilju; nevoljno i podređeno učešće u počinjenju, te otkrivanje djela prvom bezbjednom i zgodnom prilikom, uz vraćanje plijena.

Lord Mackay od Clashferna je inače izneo argumente slične argumentima ostalih zastupnika većinskog mišljenja. Međutim, navedeni citat iz Humea zanimljiv je zbog toga što pruža primjer u kome škotsko pravo, koje ne vodi porijeklo od običajnog prava, zauzima stav donekle sličan stavu zemalja građanskog prava.

45. U predmetu *R. v. Gotts*, Gornji dom je, u drugačijem sastavu, ponovo trebalo da razmatra prinudu, ovaj put kao odbranu od optužbe za pokušaj ubistva. Sa tri glasa prema dva, zauzeo je stav da je takva odbrana neprihvatljiva. Besjede lordova koji su o tome odlučivali još jednom pokazuju, ako je to uopšte potrebno, na kakve se teškoće nailazi u tretmanu prinude u anglosaksonском праву. Kako je rekao lord Keith, jedan od zastupnika manjinskog mišljenja:

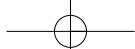
Čini mi se da su složenosti i anomalije s kojima se suočavamo u razmatranju odbrane prinudom takve prirode da bi bilo mnogo bolje prepustiti Parlamentu da se njima pozabavi u svjetlu širih političkih obzira.

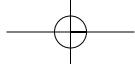
Sa ovim stavom se lord Templeman, zastupnik većinskog mišljenja, izričito složio, a i drugi članovi su iznijeli slične stavove. Štaviše, lord Lowry, pripadnik manjine, iznio je veoma uvjerljivu primjedbu o tome da se u anglosaksonском приступу odbrani prinudom u slučaju ubistva

odbrana uskraćuje uz obrazloženje da je zločin tako gnušan da se ne može umanjiti; a ipak, ako se dozvoli da okolnosti ublaže izrečenu kaznu, to je u suprotnosti sa načelom kojim se uskraćuje odbrana prinudom.

46. Priznati prinudu uopšte kao motiv za ublažavanje kazne, a u potpunosti je isključiti kao odbranu u slučaju ubistva zaista djeluje nelogično. Ne manje čudno je i insistiranje na nevinosti žrtve, što se obično čini prilikom raspravljanja o prinudi u ovakvim slučajevima, kada se vrlo često koristi izraz „nevina žrtva“, a gubi se iz vida činjenica da u manje ozbiljnim zločinima, gde se dozvoljava odbrana prinudom, žrtve vjerovatno nisu ništa manje nevine. Sama po sebi, nevinost žrtve ne može biti osnov za to da se ubistvo tretira različito od drugih zločina. Niti zla namjera može predstavljati takav osnov. Kao što je rekao lord Keith:

Teško mogu da prihvatom da lice koje postupa pod prinudom stvarno ima zle namjere. Ono ne želi smrt žrtve. Ako čovjeka, pod prijetnjom da će se nanijeti zlo njegovoj ženi i djeci, neko natera da vozilo krcato eksplozivom odveze do





Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Stephena

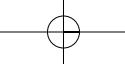
određenog kontrolnog punkta, pri čemu je cilj da se ubiju stražari koji su тамо na dužnosti, pa ako taj cilj srećom ne bude ispunjen, vozač će ovakav ishod vjerovatno isto tako obradovati kao i bilo koga drugog.

Sudeći po tome kako je podnositelj žalbe opisao događaje, isto bi važilo i za njega, da kojim slučajem strijeljanje muslimanskih žrtava nije sprovedeno.

47. Koliko je meni poznato, odlukom u predmetu *Gotts* zaključeno je preispitivanje pravnih odredbi o prinudi od strane engleskih sudova. U svim tim slučajevima dužnost sudova bila je da razmotre predmete na koje bi se lako moglo primjeniti mišljenje lorda Halea, predmete u kojima je u pitanju „jedan ili drugi život“, a ne „jedan život ili oba“, što je bio izbor pred kojim se, kako to sam kaže, našao podnositelj žalbe. Anglosaksonske pravne izuzime odbranu prinudom u slučajevima ubistva kada je u pitanju izbor između jednog ili drugog života, a inače prihvata prinudu, mada ograničenu strogim uslovima, kao odbranu u slučaju drugih krivičnih djela.

48. U Sjedinjenim Američkim Državama, odjeljak 2.09 Prijedloga krivičnog zakonika, kojim se dozvoljava odbrana prinudom, usvojen je, koliko je meni poznato, u 32 države, s tim da se u 12 država prinuda prihvata u slučajevima ubistva, kao i kod drugih zločina; u druge dve države prinuda može uticati na preinačenje optužbe za ubistvo u ubistvo iz nehata. U preostalih 18 država koje su usvojile Zakonik ubistvo čini izuzetak od prihvatanja odbrane prinudom, a mislim da je tako i u državama koje Zakonik do danas nisu usvojile.

49. Smatram da predmet *Lynch*, u kome su trojica zastupnika većinskog mišljenja podrobno ispitala razvoj prinude u anglosaksonском праву, sadrži najprincipijeljnije pravno rezonovanje o tretmanu prinude u slučaju ubistva u anglosaksonском праву. Iako je naknadno oboren u predmetu *Howe*, rezonovanje u predmetu *Lynch* i dalje dovodi u ozbiljnu sumnju cijelokupnu osnovu za izuzimanje prinude u slučaju ubistva kada je u pitanju izbor između „jednog ili drugog života“. Možda su najuvjerljivije razloge da se zanemare efekti predmeta *Howe* kasnije iznijeli Smith i Hogan, autori uticajnog djela *Criminal Law*, koje sadrži pregled predmeta iz Engleske i Komonvelta i gdje autori, pošto su svaki razlog iznesen u predmetu *Howe* u prilog obaranju predmeta *Lynch* analizirali i pobili, zaključuju da „nijedan od ovih razloga nije uvjerljiv“. Pored toga, autori su pokazali i, kako kažu, „tehničke i absurdne“ razlike koje su povučene između ubice i saučesnika - *supra*. Brojne istaknute engleske sudije, koji su u raznim gore opisanim predmetima tvrdili da prinuda ne čini odbranu od optužbe za ubistvo, i sami su primjetili da nema nikakvog solidnog osnova za pravljenje razlike između ubice i saučesnika.



Presude/Dražen Erdemović

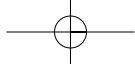
50. U svom nedavnom članku u časopisu *Journal of Transnational Law and Policy*, Reed zastupa mišljenje slično mišljenju Smitha i Hogana. Ispitavši pitanje prinude u engleskoj pravnoj nauci, on sadašnji stav engleskog prava opisuje kao „nečuven“. Zalaže se za to da se prinuda prizna kao odbrana od optužbi za ubistvo, kao što je to slučaj u Prijedlogu krivičnog zakonika Sjedinjenih Američkih Država.

51. U svom predavanju iz serije Hamlyn 1989. godine, „Opravdanje i izvinjenje u krivičnom pravu“, jedan od dvojice autora priručnika *Criminal Law*, sir John Smith, detaljno je ispitao sveukupno pitanje prinude u anglosaksonском праву, izložio kritici rezonovanje u predmetu Howe i založio se za to da se odbrana prinudom dopusti u slučajevima kada bi prosječna osoba razumne moralne čvrstine podlegla prijetnji koja joj je upućena. Smith primjećuje da preovlađujući stav o prinudi u engleskom pravu predstavlja „nacrt za teoriju svjetlosti, tačnije herojstva“.

52. Što je izuzetno relevantno za žalbu o kojoj je ovdje riječ, on ističe da su protivnici odbrane prinudom u slučaju ubistva obično pretpostavljali „da postoji neposredan izbor između života lica pod prinudom i života žrtve“, te dodaje: „To nipošto ne mora da bude slučaj.“ Niti je to slučaj, kao što sam već rekao, u našem primjeru. Značajno je da je u svim zabilježenim predmetima bio prisutan ovaj izbor, izbor optuženog između života žrtve i sopstvenog života, tako da mišljenje lorda Halea - da optuženi treba „radije da i sam pogine nego da ubije nedužnu osobu“ barem ima nekog smisla, bez obzira na sve primjedbe koje mu se mogu staviti. Ovo pitanje izbora, koje je inherentno u uslovu srazmjernosti i moralnim pitanjima koja su uz to vezana, nužno igra značajnu ulogu u rezonovanju o prinudi. Dato mu je istaknuto mjesto u predmetu *R. v. Dudley and Stephens*, a potom i u kasnijim predmetima koje sam ovdje pominjao. Podnositelj žalbe u našem slučaju, sudeći po njegovoj verziji događaja, nalazio se u sasvim drugačijoj situaciji, u kojoj je on mislio, i to vjerovatno s pravom, da nikakav njegov izbor ne može promjeniti sudbinu muslimanskih žrtava i da on treba da odabere da li će da pogine s njima ili da ostane živ, što je situacija o kojoj zabilježeni predmeti ne govore, a ona ipak očito spada u opštu klasifikaciju prinude.

53. O tome koliko je ovo relevantno za naš predmet jasno govori lord Mackay od Clashferna u predmetu Howe, kada kaže:

Čini mi se da razlog što su uticajni autori toliko dugo odbijali mogućnost odbrane prinudom kod optužbi za ubistvo sasvim očigledno leži u vrhunskom značaju koji pravo pridaje zaštiti ljudskog života, te je stoga izgledalo sasvim



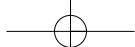
Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Stephena

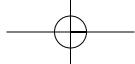
neprihvatljivo da bi pravo moglo bilo kog pojedinca, u bilo kakvim i ma kako ekstremnim okolnostima, ovlastiti da odlučuje o tome da se ubije jedna nevina osoba, a ne druga.

54. Sudeći prema izjavama podnosioca žalbe, njemu ovakav moralni izbor nije bio dostupan. Za šta god da se opredjelio, nevini ljudi izgubili bi živote, a on nije bio u stanju da to sprijeći. U tom smislu se može reći da podnositelj žalbe nije imao mogućnost moralnog izbora. Naravno da jeste imao izbor: da li da položi svoj život zarad najviših etičkih načela ili ne. Ali, to nije vrsta izbora koju bi krivično pravo trebalo kaznenim mjerama da nameće; u okolnostima o kojima govori podnositelj žalbe, nagon za samoodržanjem nije samo nagonski već i razložan, a zakon koji bi zahtjevao da mu se čovjek suprotstavi u raskoraku je, kako kaže lord Morris, sa iracionalnim pravnim sistemom koji „u punoj mjeri uzima u obzir mjerila čestitih i razboritih ljudi“.

55. U svom predavanju, sir John navodi dva izuzetno upečatljiva primjera, i to ne hipotetična već stvarna, koji ilustruju njegovo mišljenje da je englesko izuzimanje prinude u slučajevima ubistva neosnovano: jedan primjer tiče se nesreće trajekta, a u drugom je riječ o planinarima. U prvom su se putnici potonulog trajekta našli u vodi i prijetila im je opasnost da se udave. Lestvice od konopca pružale su im mogućnost da se spasu, ali je na lestvicama jedan čovjek stajao nepomično, skamenjen od zime ili straha; sam nije bio u stanju da se popne, a pri tom je preprečivao put drugima. Napokon, poslije nekih desetak minuta, drugi su ga gurnuli s ljestvica u vodu, gdje se vjerovatno udavio, a ostalima je to omogućilo da se popnu uz ljestvice i spasu. Istražni sudija je poroti objasnio da je ovo bio razložan čin samoodržanja, koji se ne mora uopšte smatrati ubistvom. Nije bilo predloga da se protiv bilo kog od učesnika podigne optužnica, a opet, kako ističe sir John, prema pravnim izvorima ono što se dogodilo ne može se pravno ni opravdati ni oprostiti. On zaključuje da je pravo izgubilo dodir sa stvarnošću ako se ovaj čin guranja čovjeka sa ljestvica smatra ubistvom. Za razliku od predmeta *R. v. Dudley and Stephens*, kaže on, ovdje nije bilo istinskog izbora između jednog i drugog života, jer da je čovek ostao da stoji nepomično, preprečujući put ka spasenju, svi bi se udavili.

56. U drugom njegovom primjeru riječ je o dva britanska planinara, po imenu Yates i Simpson, koji su bili povezani istim konopcem. Simpson je pao sa jedne litice i visio je u vazduhu jedan sat, a sve slabiji Yates ga je držao dok na kraju, shvativši da će i sam skliznuti preko ruba litice, nije presjekao konopac. Ni ovdje ne može biti govora o izboru između jednog života i dva: radio se, zapravo, o izboru između života jednog i života obojice, pri čemu je





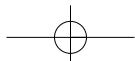
Presude/Dražen Erdemović

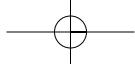
početnim padom izbor zapravo predodređen. Planinar koji je pao ipak je preživio, pošto se zaustavio na neprimećenom ledenom mostu nešto niže; ali da je poginuo, to bi, prema trenutnom stanju stvari u anglosaksonskim pravnim izvorima, trebalo smatrati ubistvom koje je počinio Yates.

57. Sličnost ovog potonjeg primjera sa našim predmetom posebno je očigledna jer je u pitanju izbor između jednog života ili dva, a ne jednog života ili drugog, a oba primjera pokazuju koje bi bile posljedice ako bi se u slučajevima gdje nema govora o istinskom izboru između jednog života i drugog primjenili presedani kod kojih je takav izbor postojao. Kod prinude, u onoj mjeri u kojoj su se njome bavili predmeti u okviru anglosaksonskog prava, takav izbor je postojao, što sudu pruža priliku da od optuženog zahtjeva herojstvo i smrt. Šta god mislili o pravednosti takvih predmeta, oni ništa ne govore o predmetima u kojima takvog izbora nema.

58. Iako bi bilo pravilnije smatrati primjere koje navodi sir John ilustracijama nužde, a ne prinude, uticaj prijetnje na um optuženog, bilo da ta prijetnja potiče iz nekog prirodnog izvora ili od drugog ljudskog bića, istovetan je. Štaviše, kako su prihvatali i anglosaksonski sudovi i zakonici raznih pravnih sistema, načela u osnovi nužde i prinude u suštini su ista. Ovi su primjeri, dakle, vrlo bliski, i pravno i činjenično, okolnostima u kojima se našao podnosič žalbe; pod neposrednom prijetnjom smrću i suočen sa nevoljnim učešćem u ubijanju nedužnih ljudi, a nemoćan da njihove živote spase žrtvujući vlastiti život.

59. Karakterističan primjer logičkih poteškoća vezanih za pristup prinudi u anglosaksonском праву представљају, како kaže Dinstein у svojoј студији *Odbrana pozivanjem na naređenja pretpostavljenih u međunarodnom pravu*, промјенljivi stavovi истакнутог прavnог стручњака Lauterpachta о наређенијим надређеним пропраћеним prisilom. Godine 1944. Lauterpacht је написао да је непосредна пријетња смрћу у slučaju неповинovanja наређењу довољан основ за ослобађање војника од одговорности за извршење тог наређења. Међутим, 1952. године, пошто су најкрупнији нацистички ратни злочinci изведени пред суд, Lauterpacht је промјенио став и одбacio идеју да pojedinac smije da спасе властити живот нарачун тудиhih живота. Кomentarišući ову промјenu става, Dinstein је сматрао да nije nužno „tražiti одговор на пitanje да ли међународно право признаје valjanost bilo koje odbrane zasnovane na prisili i, ako признаје, koja ograničenja tu važe“. Управо је то, међутим, nužnost која стоји пред Žalbenim вijećем при решавању ове жалбе. Dinstein даље kaže да, по njegovom mišljenju, „postavka koja proistiće iz doktrine apsolutne odgovornosti nije prihvatljiva“. Izlažući уkratко своје stavove, он kaže:





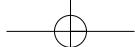
Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Stephena

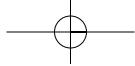
Možemo zaključiti da se činjenica povinovanja naređenjima nadređenih može uzeti u obzir u svrhu odbrane u odgovarajućim slučajevima, ali samo u okviru drugih vrsta odbrane, i to pozivanjem na pravne greške i prisilu, u onoj mjeri u kojoj ove potonje zaista predstavljaju valjane vrste odbrane prema međunarodnom pravu.

On smatra da naređenja nadređenih sama po sebi ne čine odbranu, ali da doprinose, u spremi sa drugim činjenicama, potkrijepljenju odbrane kakva se u međunarodnoj sferi priznaje.

60. Dinsteinova studija niranberškog suđenja vođama Trećeg rajha posebno je vrijedna zbog toga što razmatra način na koji je tom prilikom Međunarodni vojni sud govorio o „moralnom izboru“. Kada je taj sud, raspravljajući o članu 8 svog Statuta, kojim se ne isključuje mogućnost odbrane pozivanjem na naređenja nadređenih, rekao da „pravo mjerilo, koje se u različitom stepenu nalazi u krivičnom pravu većine zemalja, nije postojanje naređenja već eventualna mogućnost moralnog izbora“, on je time dodao odbacivanju odbrane pozivanjem na naređenja nadređenih, koje je sadržano u članu 8, i sopstveni doprinos, kako to Dinstein kaže, u vidu mjerila moralnog izbora. Prema Dinsteinovom tumačenju ovog mjerila, zasnovanom i na francuskom i na engleskom tekstu presude Suda, „ako ne postoji mogućnost moralnog izbora - ili moralne slobode (*liberté morale*) i sposobnosti izbora (*faculté de choisir*), kako stoji u francuskoj verziji - optuženog treba osloboditi krivične odgovornosti, a ne samo osuditi na blagu kaznu“. Dinstein potom ispituje okolnosti u kojima nema moralnog izbora i zaključuje:

Kada neko zaista postupa pod prisilom, odnosno kada ga neodoljiva sila fizički primora da se ponaša na određen način, on nema izbora. U svakom drugom slučaju, pred njim zapravo стоји izbor. Čak i ako postupa pod prijetnjom oružja i u strahu od neposredne smrti, još uvijek na raspolaganju ima izbor - počinjenje djela i život, ili nepočinjenje i smrt. Život ili smrt uslijediće kao ishod izbora, no bez obzira na to, izbor postoji. Pa ipak, u mnogim slučajevima je nemoguće, s moralne tačke gledišta, očekivati da će se neko opredijeliti za smrt. S moralne tačke gledišta, čovjek u tom slučaju nema izbora: unaprijed se mirimo s tim da će se on opredijeliti za postupak koji će mu spasti život. Stoga se može reći da on nema mogućnost moralnog izbora. Nije u svakom slučaju prisile čovjek lišen moralnog izbora, jer po definiciji ovdje moralno stanovište određuje kada čovjek nema izbora do da se pokori sili. Bez sumnje, međutim, barem u nekim slučajevima prisile moralni izbor biva eliminisan, i jasno je da se mjerilo koje je postavio Međunarodni vojni sud odnosi na prisilu.



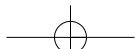


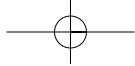
Presude/Dražen Erdemović

Vrijedno je pažnje da se čak ni ovaj odlomak, u kome se priznaje da u nekim slučajevima prisile moralni izbor biva eliminisan, ne ide dalje od izbora između života žrtve i života počinjoca podvrgnutog prinudi. Ne kaže se ništa o slučaju, koji je nužno uvjerljiviji, kada je sudska žrtve zapečaćena, a počinjocu jedino ostaje da bira hoće li umrijeti zajedno sa žrtvom ili ne.

61. U jednom članku u časopisu *Columbia Law Review*, u kome je pisala o američkim iskustvima u vezi s prinudom kao odbranom od optužbi za ubistvo, Dienstagova je prepričala takozvani „*black letter law*“, kojim se uskraćuje odbrana prinudom u bilo kom slučaju ubistva, da bi potom rekla kako je „savremeniji pristup ubistvu pod prinudom ne samo intelektualno prihvatljivi već i pošteniji“. Ona navodi Prijedlog krivičnog zakonika, o čijem sam prihvatanju od strane brojnih američkih država već govorio, kao paradigmu novije formulacije odbrane prinudom. Ovaj Zakonik ne predviđa izuzetak u slučaju ubistva, pod uslovom da je sila kojom se preti tolika da joj „osoba razumne moralne čvrstine u takvoj situaciji ne bi mogla odoljeti“. Dienstagova smatra da su moralni argumenti u prilog prihvatanju odbrane prinudom uvjerljivi i primjećuje da je i nepravedno i licemjerno kažnjavati optuženog za ponašanje „koje je prouzrokovano pritiskom kakvom bi i same sudije koje mu sude vjerovatno podlegle“, te zaključuje da se „pristup anglosaksonskog prava može shvatiti kao nasljeđe starije pravne nauke, ali se njene dogmatske zapovjesti danas ne mogu prihvativi“. Međutim, iz razloga opšte politike, ona bi ratne zločine tretirala kao zasebnu kategoriju. Primjetivši da su u znatnom broju suđenja za ratne zločine američki vojni sudovi prihvatali odbranu prinudom, nakon što je Međunarodni vojni sud usvojio moralni izbor kao „istinsko mjerilo“ za ustanovljavanje prinude, ona ukazuje na to da u suđenjima u kojima je takva odbrana prihvaćena optuženi industrijalci nisu bili počinjoci okrutnih zločina. Ona se zalaže za pristup koji ne priznaje odbranu prinudom i nema sumnje da se štošta može reći u prilog njenom stavu, ali, po mom mišljenju, činjenice u našem predmetu, barem u ograničenoj mjeri u kojoj su nam dostupne na osnovu svjedočenja podnosioca molbe, pokazuju koliko je nepravedno svako apsolutno ukidanje mogućnosti da se prinuda upotrebi kao odbrana u slučaju ubistva. Potpuno uskraćivanje prinude kao odbrane u slučaju ratnih zločina sračunato je na uskraćivanje pravde u onim slučajevima, ma koliko bili rijetki, koji zadovoljavaju stroge uslove koji uvijek treba da budu ispunjeni kako bi odbrana prinudom uspjela, uključujući i uslov srazmjernosti.

62. Vjerujem da u svakom razmatranju prihvatljivosti prinude kao odbrane od optužbi za ubistvo mnogo toga zavisi od pitanja srazmjernosti, od poređenja između zla koje biva počinjeno ako se učini ono što prinuditelj zahtjeva i štete



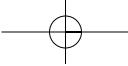


Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Stephena

koju će pretrpjeti lice izloženo prinudi ako taj zahtjev ne ispunii. Ako je moguće načiniti takvo poređenje, moguće je i procjeniti i u moralnom pogledu izvagati ta dva ishoda. Međutim, tamo gdje otpor zahtjevu neće spriječiti zlo već će ga samo uvećati, jer će od njega stradati i lice pod prinudom, srazmernost ne igra više nikakvu ulogu. Kao što sam već pokušao da pokažem, to je upravo situacija u kojoj se, sudeći po njegovom iskazu, našao podnositac žalbe.

63. Ako sam u ovom mišljenju iole precizno opisao kako anglosaksonsko pravo pristupa prinudi kao odbrani od optužbi za ubistvo, a bez obzira na kritike koje bi se takvom pristupu mogle uputiti, ostaje pitanje o tome da li zbog toga u svim okolnostima prinudu treba isključiti kao odbranu u slučaju ubistva u međunarodnom pravu zato što se ne može reći da je to opšte pravno načelo koje prihvataju glavni pravni sistemi u svijetu. U traganju za opštim pravnim načelom mora se ići dalje od konkretnih pravila; moraju se potražiti uzroci njihovog ustanavljanja i ispitati način njihove primjene. Pri razmatranju prinude u slučaju određenog zločina, sudovi u zemljama anglosaksonskog prava, na primjer, uzimaju u obzir i primjenjuju pravna načela koja se tiču prinude i nužde, primjenjiva na sve ostale kategorije zločina, iako će konačni zaljučak zavisiti od primjenljivih pravnih izvora i praktično-političkih obzira ili od zakonodavne intervencije. Slično tome, u sistemima građanskog prava koji slijede opšti model francuskih i njemačkih zakonika, odredbe o „prinudi“, „prisili“, „sili“ ili „nuždi“ najčešće se mogu naći u onom dijelu zakonika koji se bavi opštim odredbama i jednakost se primjenjuju na sve kategorije zločina o kojima je riječ u posebnim odredbama koje za tim slijede, s tim što se kod nekih zločina u relevantnim dijelovima zakonika mogu predvidjeti posebni izuzeci. Stoga je vjerovatnije da će se opšta načela koja upravljaju prinudom naći u tim opštim pravilima nego u posebnim izuzecima koji postoje kod pojedinih zločina.

64. Iako je naizgled jasno da su načela koja se nalaze u osnovi odbrane prinudom i nuždom „prihvaćena kao temeljna odredba pravde u municipalnom pravu većine zemalja“, opseg njihove primjene u međunarodnom pravu dovodi se u pitanje, kako sam već rekao, samo zato što anglosaksonsko pravo čini izuzetak u slučajevima ubijanja nevinih ljudi. Nema sumnje da u pronalaženju nekog opštег načela jedan međunarodni sud ne smije, kako to kaže jedan autor, „da vrši nasilje nad temeljnim pojmovima bilo kog od tih sistema“. Međutim, ako ne računamo izuzetak u pogledu ubistva, odbrana prinudom danas je „temeljni pojam“ anglosaksonskog prava, a osnove njenog izuzimanja u slučaju ubistva dobro je opisao lord Mackay u predmetu *Howe* (odломak sam citirao u paragrafu 53, *supra*), rekavši da se sudije u sistemu anglosaksonskog prava rukovode vrhunskim značajem koji pravo pridaje zaštiti ljudskog života, te da im je zato



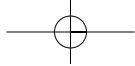
Presude/Dražen Erdemović

sasvim neprihvatljiva mogućnost da pravo „bilo kog pojedinca, u bilo kakvim i ma kako ekstremnim okolnostima, ovlasti da odlučuje o tome da se ubije jedna nevina osoba, a ne druga“. Nijedan od ovih motiva ne može biti relevantan u slučaju optuženika koji ne može ni na koji način da spase život koji zakon teži da zaštići, te pred njim uopšte ne stoji mogućnost izbora između nevinih života. U takvom slučaju se gubi osnov na kome počiva izuzetak kojim anglosaksonsko pravo odstupa od inače opšte prihvaćenog priznanja odbrane prinudom, a ostaje uloga prinude u oslobađanju osuđenog od krivične odgovornosti onda kada su strogi uslovi za to ispunjeni. Takođe, u takvom slučaju nema ničega ni u načelima anglosaksonskog prava ni u predmetima u kojima su ta načela primjenjivana čime bi se isključila odbrana prinudom; načelo koje ovo isključivanje podržava u slučaju ubijanja nedužnih ljudi ovdje nije prisutno. Ako se u međunarodnom pravu prizna odbrana prinudom u takvim slučajevima, time se ne vrši nasilje nad temeljnim načelima anglosaksonskog prava. Da li se ovakva odbrana u međunarodnom pravu može prihvati u drugim okolnostima kod zločina pri kojima dolazi do ubijanja nedužnih ljudi, o tome treba da se odlučuje nekom drugom prilikom i u nekom drugom predmetu.

65. Došavši do ovakvog zaključka, imao sam u vidu Brownlievu primjedbu da jedan međunarodni sud poput našeg u izvođenju argumenata iz opštih pravnih načela može da uzme u obzir pravno rezonovanje i analogni tretman sličnih zločina u domaćem kontekstu, ako mu to može pomoći u unapređenju „realnog i zrelog medunarodnog prava“. Istovremeno imam u vidu i brigu koju su izrazili ostali članovi Žalbenog vijeća o potrebi da se zaštite nedužni životi u sukobima kao što je sukob u bivšoj Jugoslaviji, u kojima nedužnim životima prijeti tako velika opasnost. Po mom mišljenju, međutim, ovaj cilj se ne može ostvariti tako što će se uskratiti pravedna odbrana licu koje nije u mogućnosti da sopstvenom voljom zaštiti nedužne živote.

66. Iz gore navedenih razloga zaključujem da se, uprkos tome što anglosaksonsko pravo čini izuzetak u pogledu prihvatljivosti odbrane prinudom u slučajevima ubistva u kojima se zaista javlja izbor između jednog i drugog života, odbrana prinudom može usvojiti u međunarodnom pravu jer potiče od opštег pravnog načela koje priznaju glavni pravni sistemi u svijetu, barem u slučajevima kada navedeni izuzetak nije primjenljiv.

67. Strogi uslovi koji se uvijek postavljaju u slučaju ovakve odbrane moraće da budu ispunjeni, uključujući i zahtjev da učinjeno zlo ne bude u nesrazmjeri sa zlom kojim je zaprećeno. Slučaj optuženika primoranog da ubija nedužne ljudi koje ne može da spase, i koji može samo povećati broj žrtava tako što će žrtvovati sopstveni život, sasvim je u skladu sa ovim uslovom.



Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Stephena

68. Iz ovoga slijedi da se slažem sa zaključcima koje je sudija Cassesse izneo u IV dijelu svog mišljenja u pogledu prirode iskaza o krivici podnosioca žalbe, kao i sa uslovima koje je on nabrojao kao neophodne da bi se mogla prihvati odbrana prinudom.

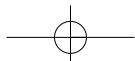
69. Iz ovoga što sam napisao slijedi da bih odbio i zahtjev da ovo Žalbeno vijeće oslobodi podnosioca žalbe, kao i zahtjev da mu preinači kaznu. Pošto sam, kako je već rečeno, zaključio da se podnositelj žalbe nije sa punom sviješću izjasnio o krivici, predmet bi trebalo vratiti jednom pretresnom vijeću, kako bi podnositelj žalbe imao priliku da se ponovo izjasni o krivici, s punom sviješću o posledicama svog iskaza.

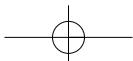
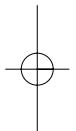
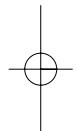
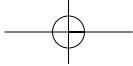
Sastavljeno na engleskom i francuskom jeziku, pri čemu se engleski tekst smatra mjerodavnim.

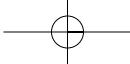
/potpis na originalu/
Sudija Ninian Stephen

Dana 7. oktobra 1997.
u Hagu, Holandija

[pečat Međunarodnog suda]







PRED ŽALBENIM VIJEĆEM

U sastavu:

predsjedavajući sudija Antonio Cassese
sudija Gabrielle Kirk McDonald
sudija Haopei Li
sudija Ninian Stephen
sudija Lal Chand Vohrah

Sekretar: gđa Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh

Presuda od: 7. oktobra 1997.

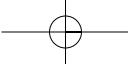
**TUŽILAC protiv DRAŽENA ERDEMOVIĆA
IZDVOJENO I PROTIVNO MIŠLJENJE
SUDIJE LIJA**

Tužilaštvo:

g. Grant Niemann
g. Payam Akhavan

Odbojana podnosioca žalbe:

g. Jovan Babić



Presude/Dražen Erdemović

1. Po pitanju žalbe Dražena Erdemovića (dalje u tekstu „podnositac žalbe“), moj se stav razlikuje od stava nekih mojih učenih kolega, i to u dvije stvari: prvo, da li prinuda, odnosno izvršavanje naređenja nadređenih pod prijetnjom smrću, može predstavljati potpunu odbranu u slučaju masakra nedužnih civila; i drugo, da li ovaj predmet treba vratiti pretresnom vijeću. Pošto su ova dva pitanja značajna s pravnog stanovišta, napisao sam ovo zasebno i protivno mišljenje kako bih obrazložio svoj stav.

I. MOŽE LI PRINUDA PREDSTAVLJATI POTPUNU ODBRANU U SLUČAJU MASAKRA NEDUŽNIH CIVILA

2. U pogledu ovog pitanja, ni ugovorno ni običajno međunarodno pravo ne sadrže odredbe primjenljive pri njegovom rješavanju.

3. Nacionalni zakoni i praksa raznih zemalja po ovom pitanju takođe se razilaze, tako da se iz njih ne može izvući nikakvo opšte pravno načelo koje prihvataju civilizovane zemlje. Ovo pokazuje činjenica da neki pravni sistemi prihvataju prinudu kao opštu i potpunu odbranu, dok je drugi prihvataju samo kao olakšavajuću okolnost. Na primjer, zakoni i praksa Francuske i Njemačke priпадaju prvoj kategoriji, a Poljske i Norveške drugoj.

A. Francuska

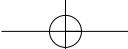
Član 122-2 francuskog Krivičnog zakonika iz 1992. propisuje:

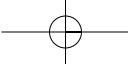
Lice nije krivično odgovorno ako je postupalo pod uticajem sile ili prinude kojoj se nije moglo oduprijeti.

B. Njemačka

Odjeljak 35 (1) njemačkog Krivičnog zakonika iz 1975. (izmjenjenog i dopunjeno 15. maja 1987) propisuje:

Ako počini nezakonito djelo kako bi izbjegao neposrednu i inače neizbjegnu opasnost po život, tjelesni integritet ili slobodu, bilo svoju ili sebi bliske osobe, počinilac ne snosi odgovornost. Ovo nije slučaj ako se u konkretnim okolnostima od počinjoca s pravom može očekivati da se izloži riziku; to se od njega s pravom može očekivati ako je on sam prouzrokovao opasnost ili ako stoji u posebnom pravnom odnosu prema toj opasnosti. U potonjem slučaju, kaznu mu se može ublažiti u skladu sa odjeljkom 49 (1).





Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Lija

C. Poljska

Član 5 poljskog Zakona o kažnjavanju ratnih zločinaca od 11. decembra 1946. propisuje:

Činjenica da je određeno djelo ili nečinjenje prouzrokovano prijetnjom, naredbom ili zapovješću ne oslobađa od krivične odgovornosti.

U ovakvom slučaju sud može ublažiti kaznu, uzimajući u obzir okolnosti počinioца i djela.

D. Norveška

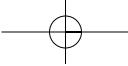
Član 5 norveškog Zakona o kažnjavanju stranih ratnih zločinaca od 15. decembra 1946. glasi ovako:

Nužda i naređenja nadređenih ne mogu se navoditi kao osnov za oslobođanje od krivice za bilo koji zločin koji se pominje u članu 1 ovog Zakona. Sud, međutim, može uzeti u obzir okolnosti i izreći kaznu manju od minimalne kazne predviđene za dotični zločin, ili može odrediti blaži oblik kažnjavanja. Kod naročito olakšavajućih okolnosti kazna se može u potpunosti oprostiti.

4. Pošto se o ovoj stvari ne može naći opšte pravno načelo, treba posegnuti za odlukama vojnih sudova, kako međunarodnih tako i nacionalnih, koji primjenjuju međunarodno pravo. U tom pogledu na prvom mjestu treba pomenući presudu Međunarodnog vojnog suda u Nirnbergu iz 1946. godine. U razmatranju člana 8 Statuta Međunarodnog vojnog suda kaže se:

Ono što se ovim članom propisuje u skladu je sa pravom svih zemalja. To da je vojniku naređeno ubijanje ili mučenje, čime je prekršeno međunarodno ratno pravo, nikad se nije priznavalo kao odbrana kod tako brutalnih djela, premda, kako ovdje predviđa Statut, naređenje se može navesti kao eventualni osnov za izricanje blaže kazne. Pravo mjerilo, koje se u različitom stepenu nalazi u krivičnom pravu većine zemalja, nije postojanje naređenja već da li je postojala mogućnost moralnog izbora.

Međutim, iako je Međunarodni vojni sud istakao moralni izbor kao mjerilo, on ga nikada nije primjenio, a budući da je donekle neodređeno, ovo mjerilo su različiti autori različito tumačili. Stoga se na njega ne možemo u potpunosti osloniti pri rješavanju ovog pitanja. Moramo konsultovati i odluke američkih vojnih sudova u Nirnbergu u postupcima koji su potom održani u skladu sa Zakonom br. 10 Kontrolnog savjeta, kao i odluke vojnih sudova koje su druge zemlje ustanovile u istu svrhu.



Presude/Dražen Erdemović

5. Proučavanjem ovih odluka može se doći do sljedećih načela: po pravilu, prinuda može predstavljati potpunu odbranu ako su ispunjeni sljedeći uslovi: (a) djelo je počinjeno da bi se izbjegla neposredna opasnost, koja je i ozbiljna i nepopravljiva, (b) nije bilo drugog odgovarajućeg načina bekstva, i (3) sredstvo izbjegavanja zla nije bilo u nesrazmjeri sa samim zlom. Postoji jedan značajan izuzetak od ovog opštег pravila: ako je u pitanju gnusan zločin, na primjer, ubistvo nedužnih civila ili ratnih zarobljenika, prinuda ne može predstavljati potpunu odbranu, već jedino osnov za ublažavanje kazne, ako to pravda zahtjeva.

6. Opšte pravilo izvodi se iz predmeta *Flick, I.G. Farben i Krupp*. Ovi predmeti tiču se njemačkih industrijalaca optuženih, između ostalog, za korišćenje prisilne radne snage. U svoju odbranu oni su naveli prinudu, tvrdeći da su bili dužni da ispune proizvodne kvote koje je propisala njemačka vlada, a u tu svrhu su morali da koriste prisilnu radnu snagu kojom ih je vlada snabdjevala, pošto druge radne snage nije bilo, a da su to odbili da učine snašle bi ih teške, štetne i neizbjježne posljedice. U presudama američkih vojnih sudova prinuda je prihvaćena kao potpuna odbrana jer zločin korišćenja prisilne radne snage nije gnusan zločin.

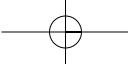
7. S druge strane, izuzetak se može ilustrovati predmetima *Hölzer, Feurstein i Jepsen*.

Na suđenju Robertu Hölzeru pred kanadskim vojnim sudom u Aurihu, Njemačka, 1946. godine, optuženi je tvrdio da je postupao po naređenju nadređenih, koje je bilo isto što i prisila ili prinuda. Predsjedavajući sudija ovako je savjetovao sud:

Sud može ustanoviti da je Hölzer ispalio metak u avijatičara pod teškom prinudom od strane Schaefera, zapravo pod prijetnjom vatre nog oružja. Prijetnje koje se razmatraju kao moguća odbrana jesu neposredne prijetnje smrću ili ozbiljnim oštećenjem tjelesnog integriteta od strane fizički prisutnog lica, ali takva je odbrana neprihvatljiva kad je riječ o gnusnim zločinima. Što se tiče pravnih odredbi primjenljivih u slučaju prisile prijetnjom, skrenuo bih sudu pažnju da nema nikakve sumnje u to da čovjek ima pravo da štiti vlastiti život i tjelesni integritet i da time može opravdati mnogo toga što bi inače bilo kažnjivo. Uvid u pravne izvore ne ostavlja mjesta sumnji da prisila čini odbranu kada zločin nije gnusne prirode. Ali ubistvo nevine osobe nikad se ne može opravdati.

Lord Hale postavio je strogo pravilo:

„Ako čovjek bude žestoko napadnut i nađe se u smrtnoj opasnosti, pa ne može drugačije da se spase osim tako što će, da bi umirio bes svog napadača, ubiti prisutnu nedužnu osobu, ako to djelo počini, strah i primjenjena sila ne



Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Lija

mogu ga oslobođiti odgovornosti za zločin ubistva i odgovarajuće kazne; jer je trebalo radije da i sam pogine nego da ubije nedužnu osobu.“

Slijedstveno tome, ako sud nađe da je Hölder pucao nakon što mu je najozbiljnije zaprijećeno smrću, čak ni tada se on zbog navedenih temeljnih načela ne može opravdati, već je pravilnije da se to uzme u obzir pri eventualnom izricanju blaže kazne.

Tako je optuženi osuđen na smrt.

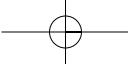
Isto načelo primjenili su u svojim presudama britanski vojni sud u Luneburgu, 1946. godine, u predmetu Jepsen, i britanski vojni sud u Hamburgu, 1948. godine, u predmetu Feuerstein.

8. Po mom mišljenju, i pravilo i izuzetak su razložni i ispravni, i ovaj Međunarodni sud treba da ih primjenjuje. Međutim, pošto se ovaj žalbeni predmet tiče primjenljivosti izuzetka, o tome treba reći još nekoliko riječi.

Kao prvo, glavni cilj međunarodnog humanitarnog prava je zaštita nedužnih civila, ratnih zarobljenika i drugih lica *hors de combat*. Pošto je život nedužnog ljudskog bića *sine qua non* njegove egzistencije, međunarodno humanitarno pravo mora da se stara o njegovoj zaštiti i spriječava njegovo uništenje. Prihvatići prinudu kao potpunu odbranu ili opravdanje u slučaju masakra nedužnih lica znači ohrabriti potčinjenog izloženog prinudi da nekažnjeno ubije takva lica, a ne odvratiti ga od tako stravičnog zločina, pri čemu se i njegovom nadređenom pruža pomoć u pokušaju da ta lica ubije. Ovakvo antiljudsko pravno usmjerjenje međunarodna zajednica nikad ne može tolerisati, niti ga ovaj Međunarodni sud može prihvati.

Drugo, kao što je već pokazano, važeći municipalni zakoni raznih zemalja razmimoilaze se u pogledu prikladnosti ili nužnosti prihvatanja izuzetaka od ovog pravila. S jedne strane, pravni sistemi Britanskog Komonvelta i neki sistemi građanskog prava prihvataju izuzetak. S druge strane, u drugim sistemima građanskog prava to se ne predviđa. U takvim okolnostima, ovaj Međunarodni sud ne može a da se ne opredeli za rješenje koje najviše pogoduje zaštiti nedužnih lica.

9. U prilog tvrdnji da prinuda može predstavljati potpunu odbranu u slučaju masakra nedužnih civila navodi se predmet *Einsatzgruppen*. Činjenice u ovom predmetu su sljedeće: optuženi Ohlendorf i još 23 lica bili su zapovjednici ili niži oficiri specijalnih jedinica SS poznatih kao *Einsatzgruppen*, koje su za vrijeme II svjetskog rata pratile njemačku vojsku prilikom prodora u sovjetsku Rusiju i istrebljivale Jevreje, Cigane, duševne bolesnike, komunističke funkcionere i takozvana „azijatska niža i asocijalna bića“, pri čemu su sve žrtve bile civili ili ratni zarobljenici. Ove jedinice SS prouzrokovale su smrt oko milion takvih lica na ruskim teritorijama pod njemačkom okupacijom. Glavna



Presude/Dražen Erdemović

optužba u ovom predmetu bila je za ubistvo, s tim što su optuženi u svoju odbranu naveli prinudu.

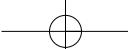
10. U svojoj presudi, američki vojni sud u Nirnbergu izjavio je:

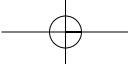
Kaže se, međutim, da prema ratnom pravu čak i ako potčinjeni shvata da je čin koji se od njega zahtjeva zločinački, on ne može odbiti da ga izvrši, a da ne izazove ozbiljne posljedice po sebe, pa to, dakle, predstavlja prinudu. Recimo odmah da nema zakona koji od nevinog čovjeka zahtjeva da žrtvuje svoj život ili pretrpi tešku štetu kako bi izbjegao da počini zločin koji osuđuje. Prijetnja, međutim, mora biti neposredna, stvarna i neizbjježna. Nijedan sud neće kazniti čovjeka kome je uz glavu prislonjen nabijen pištolj i koji je na taj način prinuđen da povuče smrtonosni okidač. Niti je potrebno da opasnost bude toliko neposredna da bi se izbjegla kazna.

Ovo, međutim, nije ništa više od neobavezujućeg mišljenja. Nadalje, odbrana prinudom odbijena je uz obrazloženje da „ako su u planiranju i izvođenju protivzakonitog čina jednako korišćene mentalne i moralne sposobnosti nadređenog i podređenog, onda nakon toga podređeni ne može tvrditi da je nateran da učestvuje u protivzakonitom poduhvatu“. Shodno tome, svi su optuženi proglašeni krivima. Ohlendorff i mnogi drugi osuđeni su na smrt vješanjem, dok su ostali osuđeni na zatvorske kazne od 10 do 20 godina. Ovaj predmet, dakle, ne predstavlja konačno stanje prava po pitanju prinude u slučaju gnusnih zločina.

11. Dalje se tvrdi da bi u našem predmetu, čak i da je podnositelj žalbe odbio da izvrši naređenje pod prijetnjom smrti, sve nedužne Muslimane ionako pobili ostali članovi njegove jedinice, te bi se njegov čin time mogao opravdati. Očigledna je absurdnost ove tvrdnje, jer bi se na taj način mogao opravdati svaki pripadnik zločinačke grupe koji je učestvovao u zajedničkom masakru nedužnih lica. Pored toga, takva tvrdnja ne nalazi potkrijepljenje apsolutno nigdje u pravnim izvorima.

12. Na osnovu gore iznesenog, o ovom pitanju zaključujem da prinuda u slučaju masakra nedužnih lica može biti samo olakšavajuća okolnost, a ne odbrana. Ovaj stav slaže se sa Zajedničkim zasebnim mišljenjem sudija McDonald i Vohraha i podržava ga.





II. DA LI OVAJ PREDMET TREBA VRATITI NEKOM PRETRESNOM VIJEĆU NA RAZMATRANJE

13. Mišljenja sam da bi vraćanje ovog predmeta nekom pretresnom vijeću predstavljalo pravnu pogrešku, pošto je jasno da se podnositac žalbe poziva na prinudu samo radi ublažavanja kazne, a ne da bi se na taj način u potpunosti odbranio ili opravdao, te je njegov iskaz o tome da se osjeća krivim nedvosmislen. Sljedeće činjenice to u dovoljnoj mjeri dokazuju.

14. Prilikom intervjeta sa novinarom g. Janukovićem, ubrzo pošto je prebačen u Hag, podnositac žalbe upitan je da li je svjestan da bi se mogao smatrati odgovornim za ubistvo izvjesnih muslimanskih civila ako bi pred Međunarodnim sudom priznao ovaj zločin. Odgovorio je potvrđno, rekavši da u potpunosti prihvata odgovornost za ono što je učinio. Ova izjava jasno pokazuje da podnositac žalbe nije imao namjeru da se poziva na prinudu kako bi svoj zločin opravdao.

15. Nakon što je podnositac žalbe izjavio da se osjeća krivim, predsjedavajući sudija Pretresnog vijeća veoma mu je jasno izneo pravne posljedice takvog iskaza o krivici, rekavši:

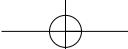
Ako izjavite da se ne osjećate krivim, imaćete pravo na suđenje, prilikom koga ćete se, naravno, sa svojim advokatom, braniti od optužbi i navoda koje tužilac bude protiv vas iznio; međutim, pošto ste se izjasnili kao kriv, od ovog trenutka se odričete prava da vam se sudi kako bi se ustanovilo da li ste krivi ili ne.

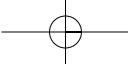
Pošto je saslušao ovo objašnjenje, podnositac žalbe ostao je pri svom iskazu o krivici, još jednom pokazavši da namjerava da se pozove na prinudu kako bi mu se kazna ublažila.

16. U ovoj žalbi, branilac podnosioca žalbe zatražio je od našeg Vijeća da preinači presudu na sljedeći način:

- (a) da optuženog proglaši krivim za počinjeni zločin, ali da ga osloboди kazne zbog postojanja krajne nužde; ili
- (b) da mu izrekne blažu kaznu nego što mu je izreklo Pretresno vijeće.

Tražena preinačenja jasno pokazuju da se podnositac poziva na prinudu kako bi mu se ublažila kazna, što njegov iskaz o tome da se osjeća krivim ne čini dvosmislenim.





Presude/Dražen Erdemović

17. Najzad, na ročištu pred ovim Žalbenim vijećem 26. maja 1997. branilac podnosioca žalbe izjavio je:

Moj branjenik me je zamolio da od ovog Žalbenog vijeća zatražim da ne poništi presudu i ne vrati predmet na ponovno suđenje. On smatra da bi ovo Vijeće trebalo još jednom da razmotri sve činjenice koje sam iznio i preispita sve olakšavajuće okolnosti, a naše je mišljenje da je moguće uzeti u obzir ovu žalbu i izreći mu blažu kaznu.

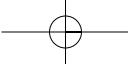
Ako treba da prihvatom stav svog branjenika, što sam dužan, zamolio bih ovo Vijeće da to prihvati kao olakšavajuću okolnost i izrekne blažu kaznu.

Ukazao bih na minimalnu kaznu koju za to previđa jugoslovenski Krivični zakonik, a to je zatvorska kazna u trajanju od pet godina.

Ove izjave ne mogu biti jasnije. One pokazuju da je stvarna namjera podnosioca žalbe bila da se na prinudu pozove samo radi ublaženja kazne, a ne da bi se na taj način potpuno odbranio. Da je njegov branilac u okviru svoje strategije tretirao prinudu kao osnov za potpunu odbranu, onda bi, po pravu, dužnost ovog Vijeća bila da to ne uzme u obzir, pošto je i sam branilac priznao da je morao da prihvati stav svog branjenika. Stoga, nema apsolutno nikakvog razloga da se iskaz o krivici smatra dvosmislenim i nevaljanim, i da se predmet vrati Pretresnom vijeću.

18. Kaže se, međutim, da se djelo klasifikovano kao zločin protiv čovječnosti kažnjava strože nego kada se vodi kao ratni zločin, jer se kaže da zločin protiv čovječnosti nije samo zločin protiv ubijenih lica već i „protiv sveukupnog čovječanstva“. Tvrdi se da se do istog zaključka može doći i tumačenjem člana 5 Statuta ovog Međunarodnog suda. Pošto se podnositelj žalbe izjasnio kao kriv za teži zločin, vjerovatno mu nije predočena razlika između ova dva zločina, čime je stavljen u nepovoljan položaj. Stoga je nužno da se predmet vrati Pretresnom vijeću.

19. Što se tiče ovih argumenata, tvrdim, na prvom mjestu, da težinu zločina, a otuda i težinu kazne, određuje suštinska priroda samog djela, a ne njegova klasifikacija u jednu ili drugu kategoriju. Uzmimo predmet koji je pred nama: podnositelj žalbe ubio je sedamdeset do sto nedužnih muslimanskih civila. Bez obzira na to da li ovo djelo klasifikujemo kao zločin protiv čovječnosti ili kao ratni zločin, šteta pričinjena pojedincima i društvu istovjetna je, ni za dlaku manja ni veća. Zašto ga onda kazniti težom kaznom ako je njegov zločin okvalifikovan kao zločin protiv čovječnosti, a ne kao ratni zločin?



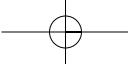
Presuda Žalbenog vijeća / Izdvajeno i protivno mišljenje sudije Lija

20. Drugo, neosnovano je tvrditi da je zločin protiv čovječnosti nužno teži od ratnog zločina. Uporedimo zločin protiv čovječnosti podnosioca žalbe sa ratnim zločinom neke druge osobe, optužene, u skladu sa članom 3 (c) Statuta ovog Međunarodnog suda, za bombardovanje nezaštićenog grada, čime je prouzrokovana smrt milion civila. Možemo li reći da je zločin protiv čovječnosti podnosioca žalbe teži od ovog ratnog zločina?

Ovo je zbog toga što svi ratni zločini nabrojani u članu 3 Statuta ovog Međunarodnog suda nisu krivična djela manje težine, već naročito ozbiljna kršenja ratnog prava. Štaviše, Dinstein je ukazao na rasprostranjenu zabludu onih koji smatraju da svako kršenje ratnog prava nužno mora biti ratni zločin. A s obzirom na njihovu posebno ozbiljnu prirodu, oni očito ne mogu biti krivična djela manje težine nego što su to zločini protiv čovječnosti. Naravno, odlika je zločina protiv čovječnosti to da im je počinjenje sistematsko ili velikih razmjera. Međutim, i ratni zločini se mogu počiniti na taj način. Na primjer, ubijanje ratnih zarobljenika može biti sistematsko i velikih razmjera, što je bio slučaj kod uobičajenih i surovih smaknuća ratnih zarobljenika od strane nacističkog režima za vrijeme II svjetskog rata.

21. Treće, zločin protiv čovječnosti vodi porijeklo iz Statuta Međunarodnog vojnog suda u Nurnbergu, priloženog Londonskom sporazumu od 8. avgusta 1945, koji su sklopili vlada Sjedinjenih Američkih Država, privremena vlada Republike Francuske, vlada Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Irske, i vlada Saveza Sovjetskih Socijalističkih Republika, radi gonjenja i kažnjavanja glavnih ratnih zločinaca iz zemalja evropske Osovine. Kao što je dobro poznato, član 6 (a), (b) i (c) stavlja zločine protiv mira, ratne zločine i zločine protiv čovječnosti u nadležnost Međunarodnog vojnog suda.

Prije II svjetskog rata, u međunarodnom pravu postojali su samo ratni zločini, a ne i zločini protiv čovječnosti. Ratni zločini moraju biti počinjeni za vrijeme rata i prevashodno protiv boraca i ratnih zarobljenika protivničke zaraćene zemlje, te civila na okupiranoj teritoriji. Međutim, prije i za vrijeme tog rata nacistički režim i njegovi zastupnici ne samo da su počinili ogromne i čudovišne ratne zločine, već su počinili i brojna strahovita zvjerstva protiv vlastitih državljana, naročito njemačkih Jevreja i antinacistički nastrojenih njemačkih političara i intelektualaca. Prema međunarodnom pravu od prije tog rata, ova zvjerstva nisu predstavljala ratne zločine, te stoga nisu mogla spadati u nadležnost Međunarodnog vojnog suda u Nurnbergu. Međutim, savjest čovječanstva toliko je njima bila zgrožena da su savezničke vlade bile rješene da krive kazne. To je jedini razlog zbog koga se u Statutu pored ratnih zločina predviđa još i kategorija zločina protiv čovječnosti, a Međunarodnom vojnom sudu daje nadležnost nad ovim zločinima. Otuda član 6 (c) Statuta izričito određuje da „ubistvo, istrijebljenje, porobljavanje, deportacije i druga



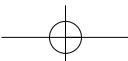
Presude/Dražen Erdemović

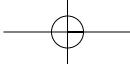
nečovječna djela počinjena protiv bilo kog civilnog stanovništva prije ili za vrijeme rata, ili pak progon na političkoj, rasnoj ili vjerskoj osnovi prilikom počinjenja bilo kog zločina u nadležnosti Suda ili u vezi s njim, bez obzira da li predstavljaju prekršaj domaćeg prava zemlje u kojoj su počinjeni“, smatraju se zločinima protiv čovječnosti.

Uprkos tome, potrebno je istaći da Statut, predviđajući kategoriju zločina protiv čovječnosti, ne stvara zločin veće težine od ratnog zločina, jer „ubistvo, istrijebljenje, porobljavanje, deportacije i druga nečovječna djela počinjena protiv bilo kog civilnog stanovništva“, koja prema članu 6 (c) Statuta predstavljaju zločine protiv čovječnosti, smatraju se ratnim zločinima ako su počinjena u vrijeme rata protiv civilnog stanovništva neprijateljske zemlje. Ovi ratni zločini mogu se naći u Lieberovom zakoniku iz 1863, Haškim konvencijama iz 1899. i 1907, i Ženevskim konvencijama iz 1864. i 1929, mnogo prije nego što je Statut usvojen. Mora se naglasiti da, pošto su krivična djela u okviru ovih zločina u Statutu bila identična, i njihova težina nužno mora biti identična.

Stoga je u presudi Međunarodnog vojnog suda u Nurnbergu s jedne strane izričito naglašeno da „započinjanje agresorskog rata nije samo međunarodni zločin, već je to najteži međunarodni zločin, koji se od drugih ratnih zločina razlikuje jedino po tome što u sebi sadrži nagomilano zlo svih ostalih“, a s druge strane ništa nije rečeno o tome da su zločini protiv čovječnosti teže prirode od ratnih zločina, iako su mnogi optuženi proglašeni krivima i za jedne i za druge zločine. Ovo pokazuje da ih je Međunarodni vojni sud u Nurnbergu smatrao zločinima istog reda.

22. Četvrti, ubrzo posle Londonske povelje, članom II (c) Zakona br. 10 Kontrolnog savjeta od 20. decembra 1945. predviđeno je da se ratni zločini, zločini potiv mira i zločini protiv čovječnosti mogu kazniti smrtnom kaznom. I ovo pokazuje da ratni zločini nisu ništa manje težine od zločina protiv čovječnosti. Dalje, pri praktičnoj primjeni ove odredbe od strane američkog vojnog suda u Nurnbergu, sva 24 optužena, koji su osuđeni na smrt, proglašeni su krivima za ratne zločine, a u nekim slučajevima i za zločine protiv mira i zločine protiv čovječnosti. Ali nijedan optuženi nije osuđen na smrt za zločine protiv čovječnosti, a da istovremeno nije proglašen krivim za ratne zločine. U predmetu *Justice*, u kome je presudjivao američki vojni sud, optuženi Oswald Rothaug proglašen je krivim za zločine protiv čovječnosti, ali uprkos tome što vojni sud nije ustanovio postojanje olakšavajućih okolnosti osuđen je na doživotnu robiju, a ne na smrt. Ovim je nepobitno dokazano da je vojni sud smatrao zločine protiv čovječnosti koje je optuženi počinio čak i manje ozbiljnim od ratnih zločina.





Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Lija

23. Peto, nedavno usvojeni američki Zakon o ratnim zločinima iz 1996., prema kome će počinilac teškog kršenja Ženevskih konvencija iz 1949. koji je prouzrokovao smrt žrtve biti kažnjen smrću, takođe pokazuje da ratni zločin nije ništa manje težine od zločina protiv čovječnosti.

24. Šesto, Konvencija o nezastarevanju ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti, koju je Generalna skupština Ujedinjenih nacija usvojila 26. novembra 1968., a stupila je na snagu 11. novembra 1970., ne smatra zločine protiv čovječnosti ozbiljnijima od ratnih zločina.

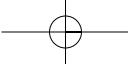
U preambuli ove Konvencije naglašava se, između ostalog, da su „ratni zločini i zločini protiv čovječnosti među najozbiljnijim zločinima u međunarodnom pravu“, te da je „djelotvorno kažnjavanje ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti značajan elemenat sprečavanja takvih zločina, zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda, podsticanja povjerenja i unapređenja saradnje među ljudima, kao i međunarodnog mira i bezbjednosti“.

Član 1 ove Konvencije kaže:

Zastarevanje se ne primjenjuje kod sljedećih zločina, bez obzira na to kada su počinjeni:

- (a) ratni zločini, kako su definisani u Statutu Međunarodnog vojnog suda u Nurnbergu od 8. avgusta 1945., i potvrđeni rezolucijama Generalne skupštine Ujedinjenih nacija broj 3 (1) od 13. februara 1946. i broj 95 (1) od 11. decembra 1946., a naročito „teške povrede“ pobrojane u Ženevskim konvencijama od 12. avgusta 1949. za zaštitu žrtava rata;
- (b) zločini protiv čovječnosti, bilo da su počinjeni za vrijeme rata ili u doba mira, kako su definisani u Statutu Međunarodnog vojnog suda u Nurnbergu od 8. avgusta 1945., i potvrđeni rezolucijama Generalne skupštine Ujedinjenih nacija broj 3 (1) od 13. februara 1946. i broj 95 (1) od 11. decembra 1946., proterivanje oružanim napadom ili okupacijom, te nečovječna djela koja proističu iz politike aparthejda, kao i zločin genocida, kako je definisan u Konvenciji o spriječavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948., čak i kada takva djela ne predstavljaju kršenje domaćih zakona zemlje u kojoj su počinjena.

25. Sedmo, i jugoslovenski Krivični zakonik pokazuje da su po ozbiljnosti zločini protiv čovječnosti izjednačeni sa ratnim zločinima. Prema odredbama članova 141-143 navedenog zakonika, koje se tiču zločina genocida, te ratnih



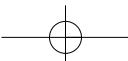
Presude/Dražen Erdemović

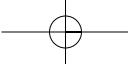
zločina protiv civilnog stanovništva, ranjenika i bolesnika, kazne za ove zločine su iste: od pet do dvadeset godina zatvora.

26. Osmo, nije tačno da je zločin protiv čovječnosti zločin protiv čitavog ljudskog roda. Ovo je Schwebel veoma uvjerljivo objasnio na sljedeći način: Reč *Ihumanité* ima barem dva različita značenja, od kojih jedno označava čitav ljudski rod ili čovječanstvo uopšte, a drugo čovječnost, odnosno određenu odliku ponašanja. Tvrdi se da se u Statutu, kao i u drugim osnovnim dokumentima o kojima će biti riječi u ovom članku, reč *humanité* upotrebljava u ovom drugom smislu. Stoga, nije nužno da je određeno djelo naškodilo čitavom čovječanstvu da bi se ono moglo okvalifikovati kao zločin protiv čovječnosti. Zločin protiv čovječnosti predstavlja kršenje nekih opštih pravnih načela koje pod određenim okolnostima postaje problem međunarodne zajednice, odnosno kada njegovi odjeci prelaze preko međunarodnih granica, ili kada po veličini i divljaštvu prevazilazi sve granice onoga što savremene civilizacije tolerišu.

27. Iz gore iznesenog sledi moj konačni zaključak: iskaz podnosioca žalbe o tome da se oseća krivim nedvosmislen je i valjan, pošto je od samog početka njegovo pozivanje na prinudu imalo za cilj samo da mu se ublaži kazna. Budući da je u svojoj presudi o kazni Pretresno vijeće utvrdilo postojanje olakšavajućih okolnosti, Žalbeno vijeće bi trebalo da prihvati molbu podnosioca žalbe i da preispita njegov predmet, kako bi odlučilo da li je kazna koju mu je izreklo Pretresno vijeće pravična i primjerena. Shodno tome, odluka da se predmet vrati Pretresnom vijeću pogrešna je utoliko što ne vodi ničemu korisnom, već samo produžava postupak. Mora se napomenuti i to da je otezanje postupka u suprotnosti sa potrebom da se sudjenje odvija bez nepotrebnog odugovlačenja, kako propisuje član 21, paragraf 4 (c) Statuta ovog Međunarodnog suda u cilju zaštite prava optuženog.

Izlišnost vraćanja predmeta nekom pretresnom vijeću biće više nego očigledna ako pomislimo koji će biti ishod ponovnog suđenja čak i ako podnositelj žalbe izmijeni svoj iskaz o krivici i izjavi da se ne osjeća krivim. Pošto Pretresno vijeće mora da slijedi većinsku odluku Žalbenog vijeća, po kojoj prinuda može predstavljati samo olakšavajuću okolnost u slučaju masakra nedužnih civila, kakav se drugi ishod može očekivati od vraćanja predmeta i ponovnog suđenja?





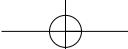
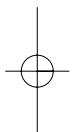
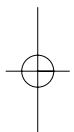
Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno i protivno mišljenje sudije Lija

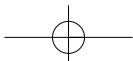
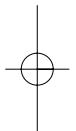
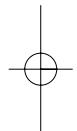
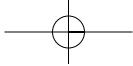
Sastavljen na engleskom i francuskom jeziku, pri čemu se engleski tekst smatra mjerodavnim.

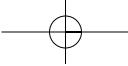
/potpis na originalu/
Sudija Haopei Li

Dana 7. oktobra 1997.
u Hagu, Holandija

/pečat Međunarodnog suda/







PRED ŽALBENIM VIJEĆEM

U sastavu:

predsjedavajući sudija Antonio Cassese
sudija Gabrielle Kirk McDonald
sudija Haopei Li
sudija Ninian Stephen
sudija Lal Chand Vohrah

Sekretar: gđa Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh

Presuda od: 7. oktobra 1997.

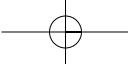
**TUŽILAC protiv DRAŽENA ERDEMOVIĆA
ZAJEDNIČKO IZDVOJENO MIŠLJENJE
SUDIJE MCDONALD I SUDIJE VOHRAHA**

Tužilaštvo:

g. Grant Niemann
g. Payam Akhavan

Odbojna podnosioca žalbe:

g. Jovan Babić



I. UVOD

1. Žalbeno vijeće je u svojoj presudi postavilo pitanja koja se razmatraju u ovoj žalbi. Po našem mišljenju, pravilna odluka po ovoj žalbi treba da otpočne ispitivanjem potvrdnog izjašnjavanja o krivici podnosioca žalbe.

II. POTVRDNO IZJAŠNJAVANJE O KRIVICI

A. Pravilno tumačenje pojma potvrdnog izjašnjavanja o krivici u skladu sa Statutom i Pravilnikom

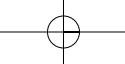
2. Možemo reći nekoliko riječi da bismo razjasnili zašto nas brine izjašnjavanje podnosioca žalbe o krivici, imajući u vidu činjenicu da se Pretresno vijeće prilično iscrpno bavilo izjavom o krivici u Odluci o kazni od 29. novembra 1996. („odлука o kazni“) i da se uvjerilo u valjanost izjave. Koncept izjašnjavanja o krivici sam po sebi je specifičan proizvod kontradiktornog sistema *common lawa* koji priznaje prednost koju od njega ima društvo time što se minimiziraju troškovi, štedi na vremenu suda i izbegavaju problemi za mnoge, posebno za svjedoke. Ova institucija potvrdnog izjašnjavanja o krivici iz *common lawa* treba, po našem mišljenju, da nađe svoje mjesto na međunarodnom krivičnom forumu poput Međunarodnog suda pred kojim se vode postupci koji su, po samoj svojoj prirodi, veoma složeni i nužno zahtjevaju dugo suđenje ukoliko do njega dođe, u uslovima veoma ograničenih finansijskih sredstava koja dodjeljuju Ujedinjene nacije koje, sa svoje strane, zavise od doprinosa država.

1. Pravilno tumačenje Statuta i Pravilnika

3. Žalbeno vijeće ima zadatak da interpretira značenje potvrdnog izjašnjavanja o krivici na osnovu Statuta i Pravilnika. Mi bismo iskoristili ovu priliku da definišemo koji je, po našem mišljenju, pravilan način na koji treba tumačiti Statut i Pravilnik. Kao polazište, čini nam se da prvi korak u pravilnom tumačenju Statuta u Pravilnika mora uvijek da uključuje ispitivanje odredaba samog Statuta i Pravilnika. Termini korišćeni u ovim dokumentima moraju se tumačiti prema njihovom jasnom i običnom značenju. Naš pristup u skladu je sa članom 31 Bečke konvencije o ugovornom pravu¹ koja predviđa da će se „sporazum tumačiti u dobroj vjeri u skladu sa običnim značenjem koje treba dati terminima korišćenim u sporazumu u datom kontekstu i u svjetlosti njezina cilja i svrhe“.

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

1 Bečka konvencija o ugovornom pravu, 23. maj 1969, 1155 U. N. T. S. 331.



Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

Moguće je pribjeći dodatnim sredstvima za tumačenje, uključujući pripremni rad na sporazumu i okolnosti njegovog zaključivanja, da bi se potvrđilo značenje koje je rezultat primjene člana 31, ili da bi se odredilo značenje tamo gdje tumačenje prema članu 31:

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

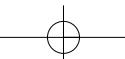
4. Drugi korak u pravilnom tumačenju Statuta i Pravilnika podrazumjeva razmatranje izvora međunarodnog prava koji mogu da pruže dodatno objašnjenje značenja termina upotrebljenih u Statutu i Pravilniku. Mi, međutim, to kažemo uz rezervu da se ne može dati kredibilitet takvim međunarodnim pravnim izvorima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

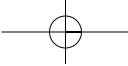
5. U slučaju da međunarodni izvor uopšte ne postoji ili da je nedovoljan, može se pribjeći nacionalnom pravu radi pomoći u tumačenju termina i koncepata upotrebljenih u Statutu i Pravilniku. Ponovo bismo naglasili da se ne može dati kredibilitet nacionalnim pravnim izvorima ako oni nisu u skladu sa duhom, ciljem i svrhom Statuta i Pravilnika. Ovo je treći korak u pravilnom tumačenju ovih osnovnih dokumenata, te termina i koncepata koji se u njima koriste. Koliko smo uspjeli primjetiti, u međunarodnom pravu ne postoji zabrana koja bi nas spriječila da se pozivamo na nacionalno pravo radi rukovođenja u pogledu istinskog značenja koncepata i termina koji se koriste u Statutu i Pravilniku. U predmetu *Razmjena grčkog i turskog stanovništva*² o kojem je odluku doneo Stalni međunarodni sud pravde, kao i u odluci Francusko-italijanske komisije za pomirenje od 25. juna 1952.³, afirmisano je načelo prema kojem je oslanjanje na pravne koncepte u nacionalnim pravnim sistemima opravdano tamo gdje se međunarodna pravila eksplicitno pozivaju na nacionalne zakone ili gdje se takvo pozivanje nužno podrazumjeva na osnovu same sadržine i prirode tog koncepta. Nadalje, Sud pravde Evropskih zajednica smatrao je u predmetu *Assider v. High Authority*⁴ da kada se u sporazumima koriste tehnički pravni termini koji proističu iz zakonodavstava zemalja članica, Sud će prirodno razmotriti zakone tih zemalja članica da bi ustanovio značenje termina.

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

3 U. N. Reports of International Arbitral Awards, tom XIII, str. 398-399.

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





Presude/Dražen Erdemović

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

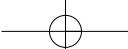
6. Postupak izjašnjavanja o krivici prilično je dvomisленo pomenut u čl. 20 st. 3 Statuta koji propisuje da će „pretresno vijeće pročitati optužnicu, uvjeriti se da su prava optuženog ispoštovana, potvrditi da optuženi razumije optužnicu i uputiti optuženog da se izjasni o krivici. Potom će pretresno vijeće odrediti datum suđenja.“

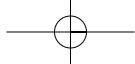
Nejasan i neprecizan jezik čl. 20 st. 3 može da sugerira u prvom trenutku da će se suđenje održati čak i ako se optuženi izjasni da je kriv. Međutim, član 15 Statuta upućuje sudije Međunarodnog suda da sastave pravilnik o postupku i dokazima radi vođenja postupaka pred Međunarodnim sudom. Pravilo 62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

Po transferu u sedište Suda, optuženi će, bez odlaganja, biti doveden pred pretresno vijeće i biće formalno optužen. Pretresno vijeće će:

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

Primjećujući da ne postoji nikakva međunarodna sudska praksa ili pravni izvor koji bi nam bili od dodatne pomoći u tumačenju izjašnjavanja o krivici prema Statutu i Pravilniku, mišljenja smo da možemo da razmotrimo nacionalne pravne izvore sistema *common lawa* radi rukovođenja u pogledu stvarnog značenja izjašnjavanja o krivici i uslova koji treba da budu ispunjeni za njeno prihvatanje. Izrazi „izjasniti se o krivici“ i „izjasniti se da jeste ili da nije kriv“, koji se pojavljuju u Statutu i Pravilniku, a to su dokumenti koji obrazuju infrastrukturu za naša međunarodna krivična suđenja, nužno podrazumevaju, po našem mi-





Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

šljenju, pozivanje na nacionalne jurisdikcije iz kojih je proistekao pojam izjašnjanja o krivici. Pored toga, ispitivanje pripremnog rada u vezi sa pravljenjem nacrta Pravilnika otkriva odakle potiče izraz „izjasniti se da jeste ili da nije kriv“ u pravilu 62. Pravilo 62 u suštini odražava pravilo 15 *Prijedloga koje je dala Vlada Sjedinjenih Američkih Država, Pravilnik o postupku i dokazima za Međunarodni krivični sud za krivično goniđenje osoba odgovornih za teška kršeњa međunarodnog humanitarnog prava počinjena u bivšoj Jugoslaviji*⁵. U skladu sa tim, ne vidimo da je na bilo koji način neprikladno razmotriti *common law* radi rukovođenja u pogledu pravog značenja koje treba dati izjašnjanju o krivici i radi neophodnih preduslova za njeno prihvatanje.

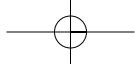
B. Potvrđno izjašnjavanje o krivici u postupku Međunarodnog suda

7. Institucija potvrđnog izjašnjavanja o krivici, iako obezbeđuje „administrativnu efikasnost“, ne smije ni na koji način da ide na štetu prava podnosioca žalbe, kao što je predviđeno u čl. 20 st. 1 Statuta:

1. Pretresna vijeća će osigurati pravično i brzo suđenje i omogućiti da postupak teče u skladu sa Pravilnikom o postupku i dokazima uz puno poštovanje prava optuženog, kao i uz odgovarajuću brigu o zaštiti žrtava i svjedoka.

Iako Statut i Pravilnik uglavnom ništa ne kažu o prirodi i opsegu ovih prava, mi ne predlažemo iscrpno i definitivno utvrđivanje prava izvan onoga što je strogo neophodno za donošenje odluka u ovom slučaju. Prava optuženog sadržana su u članu 21 Statuta koji se zasniva, gotovo doslovce, na članu 14 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima⁶. Relevantni dijelovi člana 21 glase :

- ...
 2. Prilikom utvrđivanja optužbi protiv njega, optuženi ima pravo na pravičnu i javnu raspravu, u skladu sa članom 22 Statuta [zaštita svjedoka] .
 3. Optuženi se smatra nevinim sve dok mu se ne dokaže krivica u skladu s odredbama Statuta.
 4. Pri utvrđivanju bilo koje optužbe protiv optuženog u skladu s ovim Statutom, optuženom se, u punoj ravnopravnosti, garantuje sljedeći minimum prava:
- 5 Virginia Morris & Michael P. Scharf, *An Insiders Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, (Transnational Publishers, New York, 1995), tom 2, str. 531-532.
- 6 Vidjeti Odluku o zahtjevu odbrane za podnošenje interlokutorne žalbe na nadležnost, *Tužilac protiv Tadića*, predmet br. IT-94-1-A, Žalbeno vijeće, 2. oktobar 1995, paragraf 46.



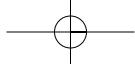
...
(e) da ispita ili traži da se ispitaju svjedoci koji ga terete, kao i to da se dovedu i svjedoci odbrane i ispitaju pod istim uslovima kao i svjedoci koji ga terete;

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

8. Na taj način, direktnе posljedice koje zadesе optuženog koji se izjasni da je kriv jesu da se on odriče svog prava da mu se sudi, pravo da se smatra nevinim dok mu se ne dokaže krivica, pravo da stavi na probu predmet Tužilaštva kroz unakrsno ispitivanje svjedoka optužbe i pravo da izloži sopstvene dokaze. Shodno tome, slijedi da se moraju zadovoljiti određeni preduslovi prije nego što se može potvrđno izjasniti o krivici. Po našem mišljenju, minimalni preduslovi su sljedeći:

- (a) Potvrđno izjašnjavanje o krivici mora da bude dobrovoljno. Optuženi koji se izjašnjava da je kriv mora da bude mentalno sposoban da shvati posljedice izjašnjavanja o krivici i ne smije da bude pod uticajem bilo kakvih prijetnji, nagovora ili obećanja.
- (b) Kod potvrdnog izjašnjavanja o krivici, optuženi mora da shvati prirodu optužbi protiv njega i posljedice potvrdnog izjašnjavanja o krivici za njih. Optuženi mora da zna za šta se izjašnjava da je kriv.
- (c) Potvrđno izjašnjavanje o krivici ne smije da bude dvosmisленo. Ono ne smije da bude praćeno riječima koje predstavljaju odbranu kojom se poriče priznanje krivične odgovornosti.

9. Obilatu potporu za naš stav da tri gore navedena preduslova moraju da budu ispunjena nalazimo u konzistentnom i davno uspostavljenom nizu pravnih izvora koji vrijede u *common law* jurisdikcijama širom svijeta. Htjeli bismo, međutim, da ponovimo da mi ni na koji način ne smatramo da su autoriteti *common lawa* obavezujući za nas; mi jednostavno smatramo da su oni relevantan materijal, koji baca svjetlost na pravilno tumačenje koje treba dati potvrdom izjašnjavanju o krivici kakvo se primjenjuje u postupku Međunarodnog suda i koji potkrijepljuje zaključke do kojih smo došli u pogledu preduslova za prihvatanje potvrdnog izjašnjavanja o krivici da bi se obezbjedila zaštita prava optuženog koja su konkretno utvrđena u Statutu i Pravilniku.



Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

C. Da li je potvrđno izjašnjavanje o krivici bilo dobrovoljno?

10. U svim jurisdikcijama *common lawa* postoji zahtjev da potvrđno izjašnjavanje o krivici bude dobrovoljno⁷. Dobrovoljnost podrazumjeva dva elementa. Kao prvo, optuženi je morao biti mentalno sposoban da shvati posljedice svog djelovanja kada se izjasnio da je kriv. Na primjer, u kanadskom predmetu *R. v. Hansen*⁸, sud je smatrao da optuženi smije da povuče svoje priznanje krivice za obično ubistvo i naloženo je da se održi novo suđenje jer je optuženi bio poremećenog uma u vrijeme izjašnjavanja i bio je pod pogrešnim utiskom da će, ukoliko se ne izjasni da je kriv, Državno tužilaštvo pokrenuti postupak za ubistvo s umišljajem.

Kao drugo, izjašnjavanje ne smije da bude rezultat bilo kakve prijetnje ili drugog podsticaja osim očekivanja da će mu zahvaljujući potvrđnom izjašnjavanju o krivici biti u izvesnoj mjeri smanjena kazna. Na primjer, u predmetu *Brady v. United States*, Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država je utvrdio:

Potvrđno izjašnjavanje o krivici koje daje lice sa punom sviješću o neposrednim posljedicama, uključujući stvarnu vrijednost bilo kakvih obećanja koje mu je dao sud, tužilac ili njegov branilac, mora da ostane važeće osim ukoliko je iznuđeno prijetnjama (ili obećanjima da će se prestati sa nekorektnim maltretiranjem), pogrešnim predstavljanjem situacije (uključujući neispunjena ili neispunjiva obećanja), ili možda obećanjima koja su po svojoj prirodi nekorektna budući da nisu u korektnoj vezi sa tužiočevim poslom (na primjer mito).⁹

Sud je u tom predmetu takođe utvrdio da se potvrđna izjašnjavanja o krivici ne mogu tretirati kao nedobrovoljna samo zato što su bila

motivisana željom branjenika da prihvati izvesnost... niže kazne radije nego... [suđenje koje može da rezultira? osudom i težom kaznom].¹⁰

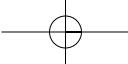
11. U *Odluci o kazni*, Pretresno vijeće je na sledeći način razmotrilo dobrovoljnost izjave o krivici u odjeljku pod naslovom „Formalna valjanost“. Ono je naznačilo da je imenovalo grupu psihijatrijskih stručnjaka da razmotre mentalno stanje podnosioca žalbe, navodno zbog njegove duševne poremećenosti na prvom pojavljivanju. Značajno je da se upravo na tom prvom pojavljivanju podnositelj tužbe izjasnio da je kriv.

7 Vidjeti, na primjer, Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice* (Sweet & Maxwell, London, 19950, paragraf 4-91 („Archbold“), *Adgey v. The Queen* (1973) 13 CCC (2.) 177, 23 CRNS 298 (SCC).

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

9 *Brady v. United States*, 90 S. Ct. 1463 (1970).

10 *Ibid.*

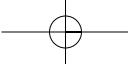


Presude/Dražen Erdemović

Relevantno pitanje koje je Pretresno vijeće postavilo grupi stručnjaka bilo je: Da li se pregledom otkrilo da subjekt pati od psihijatrijskog ili neuropsihijatrijskog poremećaja ili je u stanju takvog emotivnog rastrojstva koje utiče na njegovo rasuđivanje i volju? Ukoliko to jeste slučaj, molimo da ga opišete i naznačite tačno na koje se ponašanje to odnosi. (*Psihijatrijski izvještaj*, 24. jun 1996, str. 1) U svom izvještaju od 24. juna 1996, grupa stručnjaka zaključila je da podnositelj žalbe nije u svom „trenutnom stanju“ sposoban da mu se sudi jer pati od poremećaja posttraumatskog šoka koji je poprimio oblik depresija praćenih osjećajem krivice povodom njegovog ponašanja tokom rata u bivšoj Jugoslaviji.¹¹ Pretresno vijeće je potom utvrdilo da se podnositelj žalbe dobrovoljno izjasnio da je kriv, iz dva razloga koji su navedeni u paragrafu 12 odluke o kazni. Kao prvo, Pretresno vijeće je objasnilo da je u drugom psihijatrijskom izvještaju podnetom 17. oktobra 1996. naznačeno da je podnositelj žalbe bio „bistre svijesti“ i da nije pokazao „nikakve znake poremećaja pamćenja“. Kao drugo, Pretresno vijeće je naglasilo da je podnositelj žalbe ponovio svoju izjavu o krivici u više navrata, poslednji put na ročištu pred donošenje presude 19. i 20. novembra 1996., u vrijeme kada je u drugom psihijatrijskom izvještaju ustanovljeno da je podnositelj žalbe mentalno sposoban da mu se sudi.

12. Priznajemo, smatramo problematičnom tvrdnju da činjenica da je drugi psihijatrijski izvještaj pokazao da je podnositelj žalbe bio bistre svijesti i da nije patio od bilo kakvih oštećenja pamćenja, na neki način rješava i pitanje da li je podnositelj žalbe bio mentalno sposoban da se izjasni kao kriv, kao što izgleda da Pretresno vijeće tvrdi u paragrafu 12 odluke o kazni. Mi uistinu nalazimo da je ubjedljiv tužiočev podnesak dat kao odgovor na treće preliminarno pitanje, da se psihijatrijski izvještaj pre svega usredstvilo na žaliočevu sposobnost da izdrži teškoće suđenja i da ne treba da predstavlja jedinu osnovu za bilo kakve zaključke da podnositelj žalbe nije bio u stanju da se izjasni kao kriv. Ukoliko, međutim, još postoje bilo kakve sumnje u vezi sa mentalnom sposobnošću podnosioca žalbe da se izjasni o krivici koje proističu iz zaključaka izvještaja, ove sumnje ublažene su činjenicom da je podnositelj žalbe dosljedno ponavljao da je kriv, naročito nakon što je u drugom psihijatrijskom izvještaju utvrđeno da je on sposoban da izdrži suđenje. Smatratи da je izjava o krivici podnosioca žalbe nevažećа zbog njegove neuračunljivosti na prvom pojavlјivanju, kada je on jasno potvrdio svoju izjavu nakon što je utvrđeno da jeste uračunljiv, bilo bi protivno zdravom razumu i zahtjevalo bi da podnositelj žalbe pretrpi još jedan krug dugotrajnih procedura prilikom kojih ne bi dao drugaćiju izjavu, kao što je jasno pokazano kroz njegove kasnije tvrdnje.

11 Odluka o kazni, *Tužilac protiv Dražena Erdemovića*, predmet br. IT-96-22-T, Pretresno vijeće I, 29. novembar 1996. („Odluka o kazni“), paragraf 98.



Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

13. Čini se da je Pretresno vijeće takođe ustanovilo da potvrđno izjašnjavanje o krivici nije bilo iznuđeno bilo kakvom prijetnjom ili nagovorom, na osnovu sljedećeg razgovora tokom prvog pojavljivanja:

PREDSJEDAVAJUĆI SUDIJA: G. Erdemoviću, molim Vas da ponovo ustanete. U ime svojih kolega i u ime Međunarodnog suda, htio bih da Vas pitam da li ste, prije nego što ste odlučili da li ćete se izjasniti da jeste ili da niste krivi, bili izloženi prijetnjama ili dobili bilo kakva obećanja, koji bi Vas orientisali u jednom radije nego u drugom pravcu? Da li Vam je, na primjer, rečeno da morate da se izjasnite da ste krivi, ili da morate da učinite ovo ili ono? Ovo je pitanje koje moram da Vam postavim.

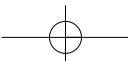
OPTUŽENI ERDEMOVIĆ: Ne, niko mi nije prijetio.¹² /prijevod transkripta s engleskog/

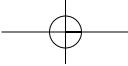
Iako izgleda da se podnositelj žalbe u svom odgovoru nije pozabavio pitanjem da li mu je bilo šta obećano da bi dao svoju izjavu, u odsustvu bilo kakve sugestije da je izjava iznuđena na neprikladan način, mi bismo ustanovili da se podnositelj žalbe dobrovoljno izjasnio da je kriv, dok je bio mentalno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

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

14. Činjenica da je podnositelj žalbe bio mentalno sposoban da shvati posljedice izjašnjavanja da je kriv ne znači nužno da je potvrđno izjašnjavanje o krivici bilo zasnovano na potpunim informacijama. Zaista, sve jurisdikcije *common lawa* insistiraju na tome da optuženi koji se izjasni da je kriv mora da razume prirodu i posljedice svoje izjave i za šta se tačno izjašnjava da je kriv¹³. U jednom malezijskom pravnom izvoru nalazi se izjava koja koncizno i precizno izriče to pitanje. U *Huang Chin Shin v. Rex*, sudija Spenser Wilkinson je rekao:

- 12 Transkript suđenja, *Tužilac protiv Dražena Erdemovića*, predmet br. IT-96-22-T, Pretresno vijeće I, maj 1996 („Transkript suđenja“), str. 11-12.
- 13 Federalna pravila o krivičnom postupku, pravilo 11(c)(1) koje određuje da sud mora „da se direktno obrati branjeniku na javnoj sjednici i da obavijesti branjenka o ... prirodi optužbi za koje se traži njegova izjava i utvrdi da ih branjenik razumije“, kao i da lično obavijesti branjenika o mogućim posljedicama njegove izjave, kao što je maksimalna kazna koju predviđa zakon. *Vidjeti takođe Halsburys Laws of England*, (Butterworths, London, 4. izdanje, 1990), tom 11(2), str. 823; malezijski Zakonik o krivičnom postupku, glava XIX, odjeljak 173 (b): „Ukoliko se optuženi izjasni da je kriv po tački optužnice ... izjava će biti registrirana i on se na toj osnovi može osuditi: pod uslovom da prije nego što se registruje izjava o krivici sud potvrdi da optuženi razumije prirodu i posljedice svoje izjave i da namjerava da prizna, bez kvalifikacije, optužbu za koju se tereti“.





Presude/Dražen Erdemović

Po mom mišljenju, od ključne je važnosti za valjanost potvrdnog izjašnjavanja o krivici da optuženi u potpunosti razume za šta se izjašnjava da je krov.¹⁴ U pogledu tekućeg predmeta, potvrđeno izjašnjavanje o krivici, zasnovano na potpunim informacijama, zahtjevalo bi da podnositelj žalbe razumije

- (a) prirodu optužbi protiv njega i posljedice potvrdnog izjašnjavanja o krivici uopšte; i
- (b) prirodu i razliku između alternativnih optužbi i posljedice potvrdnog izjašnjavanja o krivici za jednu ili za drugu.

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

15. Prije nego što je od podnositelja žalbe zatražio da se izjasni o krivici, predsjedavajući sudija objasnio je posljedice potvrdnog izjašnjavanja o krivici sljedećim riječima:

PREDSJEDAVAJUĆI SUDIJA: Da li ste spremni da se izjasnite o krivici, s obzirom na činjenicu da bi Međunarodni sud htio da Vas podsjeti da se možete izjasniti bilo da jeste ili da niste krivi? Ovo je postupak koji je usvojen u ovom Međunarodnom sudu pri čemu se, naravno, podrazumjeva da posljedice nisu iste. Objasniću Vam ih.

Ako se izjasnите da niste krivi, imate pravo na suđenje tokom kojeg ćete, naravno, sa Vašim advokatom, osporavati optužbe i navode kojima Vas tereti tužilac, kao što ću Vas podsjetiti. Alternativno, radi se o jednim ili drugim kršenjima, o zločinu protiv čovječnosti ili o ratnom zločinu, kršenjima ratnog prava ili običaja ratovanja.

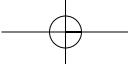
Ako se izjasnите da ste krivi, suđenje će se nastaviti, ali na potpuno drugačiji način, koji sam siguran da shvatate, ali koji moram da Vam objasnim. U tom slučaju, na drugom ročištu, koje će se održati dana koji ćemo u tom slučaju odrediti u dogоворu sa svima, imaćeće priliku da se izjasnите da ste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

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

OPTUŽENI ERDEMOVIĆ: Časni sude, rekao sam svom advokatu da se izjašnjavam da sam kriv.¹⁵

14 Huang Chin Shin v. Rex /1952/ M. L. J. 7.

15 Transkript suđenja, 31. maj 1996, str. 6-7.



Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

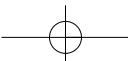
Naš je stav da nismo u stanju da utvrdimo sa bilo kakvom sigurnošću da je podnositelj žalbe adekvatno obaviješten o posljedicama potvrdnog izjašnjanja o krivici kroz objašnjenje koje je dato na prvom ročištu. Podnositelju žalbe nije jasno saopšteno da će, ako se izjasni da je kriv, izgubiti pravo na suđenje, pravo da bude smatrana nevinim dok mu se ne dokaže krivica i da dokazuje svoju nevinost i nepostojanje krivične odgovornosti za krivična djela na bilo koji način. Podnositelju žalbe je objašnjeno da će, ako se izjasni da nije kriv, morati da osporava optužbe dok će, ako se izjasni da je kriv, dobiti mogućnost da objasni okolnosti pod kojima je počinjeno krivično djelo.

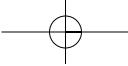
16. Štaviše, čini nam se da je branilac neprestano iznosio argumente kojima se poriče priznanje krivice i krivične odgovornosti koji su implicitni u izjavi o krivici. Da je odbrana zaista shvatila prirodu izjave o krivici, ona ne bi insistirala na svojim argumentima koji očigledno nisu bili u skladu sa takvom izjavom. U svom završnom izlaganju na ročištu o donošenju presude, branilac je tvrdio da nepotkrijepljeno svjedočenje podnositelja žalbe nije dovoljna osnova da se proglaši krivim. On je tvrdio:

Erdemovićevo izjava o krivici i objašnjenje koje je dao njegov branilac moraju da budu potvrđeni da bi Sud mogao da izrekne objektivnu i pravno prihvatljivu presudu izvan svake sumnje. Moja namjera nije bila da osporavam Erdemovićevu izjavu u njegovo ime. Međutim, prema principu *in dubio pro reo*, juče su pokrenuta određena pitanja... Ako postoji i najmanja sumnja u odgovor na to pitanje, onda odluka Suda treba da ide u prilog optuženom Erdemoviću, budući da bez obzira na njegovo izjašnjavanje da je kriv, ukoliko njegova izjava nije potkrijepljena, navedeni zločin se ne može dokazati, a krivična odgovornost se ne može utvrditi.¹⁶

Kao što njegova gore navedena izjava pokazuje, zastupnik odbrane izgleda nije smatrao da je potvrđeno izjašnjavanje o krivici bilo od odlučujućeg značaja za pitanje osude ili oslobođanja od krivice. Zastupnik odbrane je izgleda iznosio argumente kako nema dovoljno dokaza da bi se osudio podnositelj žalbe i tražio njegovo oslobođanje na ročištu o izricanju kazne nakon što se podnositelj žalbe izjasnio da je kriv. Pretresno vijeće uistinu nije učinilo ništa da bi odgovorilo zastupnika odbrane od ovakvog djelovanja budući da je samo reklo da ukoliko se podnositelj žalbe izjasni da je kriv, „suđenje će se nastaviti, ali potpuno drugačije“, i da će on imati priliku da objasni olakšavajuće okolnosti. Ovim zamršenim pitanjem o tome da li je odbrana iznijela argumente kojima se poriče izjava o krivici pozabavilićemo se kasnije, kada budemo raz-

16 Ibid., 20. novembar 1996, str. 61-62.





Presude/Dražen Erdemović

matrali pitanje da li je izjava podnosioca žalbe dvosmislena ili nije. Jasno nam je, međutim, do sada da podnositac žalbe nije razumio stvarnu prirodu i posljedice potvrdnog izjašnjavanja o krivici.

2. Da li je podnositac žalbe razumio prirodu optužbi protiv njega?

17. Tokom prvog pojavljivanja podnosioca žalbe, predsjedavajući sudija postavio je zastupniku odbrane pitanje u vezi sa optužnicom:

PREDSJEDAVAJUĆI SUDIJA: Prije svega, htio bih da se obratim g. Babiću: gospodine Babiću, da li ste dobili kopiju optužnice na jeziku koji razumijete i koji, naravno, razumije optuženi? ...

G. BABIĆ: Da... Dobili smo tekst optužnice na srpskohrvatskom i razumjeli smo ga i optuženi i ja.

PREDSJEDAVAJUĆI SUDIJA: Da li ste dugo vremena raspravljali sa optuženim o sadržini ove optužnice i objasnili mu koja se strategija odbrane može koristiti, i koju ćete koristiti sa njim?

G. BABIĆ: Proveo sam neko vrijeme sa svojim klijentom, nekoliko sati, proučavajući optužnicu i proučavajući njegova prava prema Statutu i Pravilniku Međunarodnog suda. Mislim da je imao dovoljno vremena da razumije za šta je optužen u ovoj optužnici i da na osnovi toga razumije svoja prava.¹⁷

Predsjedavajući sudija je tada direktno podnosiocu žalbe uputio pitanja u vezi sa optužnicom:

PREDSJEDAVAJUĆI SUDIJA: Čuli ste šta je upravo rekao Vaš branilac. U ime mojih kolega i u ime Međunarodnog suda, htio bih da Vam postavim isto pitanje, pitanje koje sam postavio Vašem braniocu: da li ste pročitali optužnicu, da li ste imali priliku, da li ste imali vremena da o njoj razgovarate sa g. Babićem? Da li su Vam činjenice iz optužnice predočene, da li su Vam one predočene na jeziku koji razumijete, odnosno srpskohrvatskom?

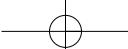
OPTUŽENI ERDEMOVIĆ: Da, časni sude. Da.¹⁸

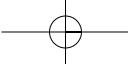
Tada je sekretar pročitao optužnicu, a predsjedavajući sudija je nastavio da ispituje podnosioca žalbe:

PREDSJEDAVAJUĆI SUDIJA: G. Erdemoviću... Prema onome što ste ranije rekli, Vi razumijete ono što je sadržano u ovoj optužnici, kao i optužbe protiv

17 Ibid., 31 maj 1996, str. 3.

18 Ibid.





Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

Vas, one optužbe kojima Vas tereti tužilac. Da li ste razgovarali o ovim optužbama sa Vašim branicom g. Babićem? Sada Vam postavljam pitanje.

OPTUŽENI ERDEMOVIĆ: Da.¹⁹

18. Pretresno vijeće je kroz ovaj razgovor utvrdilo samo to da je podnosioca žalbe njegov branilac obavijestio o optužnici prije nego što se izjasnio da je kriv, da je optužnica na raspolaganju podnosiocu žalbe na jeziku koji razumeje i da je podnosioc žalbe razumio da ga optužnica tereti sa dva krivična djela. Nema nikakve naznake da je podnosioc žalbe razumio prirodu optužbi. Zapravo, postoje sve naznake da podnosioc žalbe nije imao nikakvu predstavu o tome šta znači ratni zločin ili zločin protiv čovječnosti u smislu pravnih elemenata bilo kojeg od ova dva krivična djela. Naš zaključak je potkrijepljen onim što je izgleda bilo pogrešno shvaćeno i od strane samog zastupnika odbrane u pogledu prirode optužbi. Kada ga je predsjednik Međunarodnog suda pitao na ročištu od 26. maja 1997. o elementima ratnog zločina, došlo je do sljedećeg razgovora:

G. BABIĆ: Nismo imali opciju ratnog zločina, jer elementi — svi elementi krivičnog djela ratnog zločina nisu bili prisutni. Tako da smo razgovarali o tom pitanju.

PREDSJEDNIK CASSESE: Izvinjavam se. Mogu li da Vas pitam — nisam Vas dobro razumio. Rekli ste da neki elementi ratnih zločina nisu bili prisutni. Koji elementi ratnih zločina nisu bili prisutni?

G. BABIĆ: Da.

PREDSJEDNIK CASSESE: Koji?

G. BABIĆ: Prisustvo civilnog stanovništva nije element ratnog zločina; to je element zločina protiv čovječnosti.

PREDSJEDNIK CASSESE: Hoćete da kažete da se u oružanom sukobu, bez obzira na njegovu klasifikaciju, bilo da se vodi kao unutrašnji ili međunarodni sukob, ubijanje civila ne mora smatrati za ratni zločin? Hoću da kažem, ako pogledate sudsku praksu —

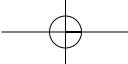
G. BABIĆ: U toku borbenih operacija da, u toku borbenih operacija.

PREDSJEDNIK CASSESE: U redu. Hvala.²⁰

Izjave zastupnika odbrane ukazuju na nedovoljno razumjevanje krivičnog djela ratnog zločina. Stoga mi smatramo da podnosioc žalbe nije shvatio prirodu optužbi sa kojima je suočen, kao ni optužbu za koju se izjasnio da je

19 Ibid., str. 6.

20 Transkript žalbenog postupka, *Tužilac protiv Dražena Erdemovića*, predmet br. IT-96-22-A, Žalbeno vijeće, 26. maj 1997. („Transkript žalbenog postupka“), str. 36-37.



Presude/Dražen Erdemović

kriv. Iako podnositelj žalbe jeste u više navrata ponovio svoje izjašnjavanje da je kriv, on je u svakoj od tih prilika ostao, a vjerovatno i do današnjeg dana, u neznanju u pogledu stvarne prirode svake od dve optužbe protiv njega, budući da mu to nikada nisu adekvatno objasnili ni Pretresno vijeće, niti zastupnik odbrane.

3. Da li je podnositelj žalbe razumio razliku između alternativnih optužbi i posljedice izjašnjavanja da je kriv za jednu a ne za drugu optužbu?

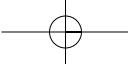
19. Po našem mišljenju, upravo odgovor na ovo pitanje određuje pitanje valjanosti izjašnjavanja podnositelja žalbe da je kriv. Nakon što je podnositelj žalbe izjavio da je kriv na prvom ročištu, predsjedavajući sudija Pretresnog vijeća pitao je podnositelja žalbe za koju tačku optužnice se osjeća krivim:

PREDSJEDAVAJUĆI SUDIJA: Ako se izjasnite da ste krivi, moram takođe da Vam postavim jedno drugo pitanje. Čuli ste da se u optužnici koju je protiv Vas sastavilo Tužilaštvo, predviđa optužba koja može da bude jedna ili druga, bilo zločin protiv čovječnosti bilo kršenje ratnog prava ili običaja. Tekst Statuta primorava me da Vas upitam da li se izjašnjavate da ste krivi po jednoj od tih optužbi, odnosno, postoje činjenice, koje su Vam pročitane, Međunarodni sud razumije da Vi prihvivate te činjenice i da su one na neki način pravno kvalifikovane.

Ovo je deo međunarodnog prava. To je malo teško za Vas, ali ja ću pokušati da Vam to objasnim na jednostavniji način, odnosno, postoje određena djela za koja ste Vi upravo priznali, da ste bili u Srebrenici u određenom trenutku. Ja mislim da će nam tužilac stvari učiniti veoma jasnim. Tužilac ih kvalifikuje, što znači da određuje izvjestan broj uslova na osnovu kojih tereti za krivično kršenje. U stadiju u kojem smo sada u ovom postupku, a to je početak postupka protiv Vas, gospodine Erdemoviću, s obzirom na to kakve su danas činjenice, odnosno, činjenica da ste vi priznali šta se desilo, da ste bili prisutni, različita djela mogu ili da budu klasifikovana kao zločin protiv čovječnosti ili kao ono što mi nazivamo kršenja ratnog prava ili običaja.

Rekavši to, da je došlo do suđenja, posle toga bi Međunarodni sud odlučio za šta Vi zapravo jeste ili niste krivi. U ovom slučaju, budući da ste Vi upravo rekli da se izjašnjavate da ste krivi, moram da Vas pitam da li se izjašnjavate da ste krivi za zločin protiv čovječnosti, odnosno za verziju činjenica koje bi za tužioca bile zločin protiv čovječnosti, ili je to kršenje ratnog prava ili običaja. Prepostavljam da ste o tome razgovarali sa Vašim branicom?

Gospodine Erdemoviću, da li možete da nam na ovo značajno pitanje odgovorite?



Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

OPTUŽENI ERDEMOVIĆ: Izjašnjavam se da sam kriv prema tački 1, zločin protiv čovječnosti.²¹

Uza sve dužno poštovanje, Pretresno vijeće nije podnosiocu žalbe adekvatno objasnilo razliku između zločina protiv čovječnosti i ratnog zločina na prvom ročištu, niti je postojao bilo kakav pokušaj da mu se objasni ta razlika u bilo kojoj kasnijoj prilici kada je podnositelj žalbe ponovio svoju izjavu. Čini se da predsjedavači sudija polazi od pretpostavke da je podnosioca žalbe njegov branilac obavijestio o razlici između optužbi i da će Tužilaštvo „učiniti stvari veoma jasnim“. Iz odlomka transkripta koji je prethodno citiran, jasno je da sam zastupnik odbrane nije razumio niti stvarnu prirodu krivičnih djela prema međunarodnom pravu, niti stvarnu pravnu razliku između njih. Takođe je jasno, prema zapisniku, da ni tužilac ni predsjedavajući sudija nisu nikada razjasnili razliku između optužbi. Shodno tome, mi uopšte ne sumnjamo da je pogrešno razumjevanje u pogledu stvarne razlike između dve alternativne optužbe navelo podnosioca žalbe da se izjasni da je kriv za težu od dve optužbe, odnosno za optužbu kojom se tereti za zločin protiv čovječnosti.

(a) Zločini protiv čovječnosti inherentno su teži od ratnih zločina

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

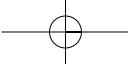
21. Po samoj svojoj prirodi, zločini protiv čovječnosti se u načelu razlikuju od ratnih zločina. Dok se pravila kojima se zabranjuju ratni zločini tiču kriminalnog ponašanja počinjocu prema neposrednom zaštićenom objektu, pravila kojima se zabranjuju zločini protiv čovječnosti tiču se ponašanja počinjocu ne samo prema neposrednoj žrtvi već i prema čitavom čovječanstvu. Pretresno vijeće je u odluci o kazni ukazalo na ovu činjenicu na sljedeći način: Kad je riječ o zločinu protiv čovječnosti, Vijeće uzima u obzir činjenicu da između života optuženika i života žrtve ne može da se stavi potpuni znak jednakosti. Za razliku od običnih zločina, ovdje objekt napada nije samo fizički integritet žrtve, već čovječanstvo u cjelinu.

...

No, zločini protiv čovječnosti nadilaze čovjeka kao pojedinca jer je napadom na čovjeka napadnuto i negirano samo čovječanstvo. Upravo je identitet žrtve, čovječanstvo, ono što daje poseban karakter zločinu protiv čovječnosti.²²

21 Transkript suđenja, 31. maj 1996, str. 7-8.

22 Presuda s kaznom, paragrafi 19, 28.



Presude/Dražen Erdemović

Zločini protiv čovječnosti su naročito gnušni oblici protuzakonitog ponašanja i pored toga čine deo rasprostranjene i sistematske prakse ili politike. Zbog svoje gnušnosti i rasprostranjenosti, oni predstavljaju flagrantne napade na ljudsko dostojanstvo, na sam pojam ljudskosti. Shodno tome, oni pogađaju, ili treba da pogađaju, svakog pripadnika čovječanstva, bez obzira na njegovo državljanstvo, etničku pripadnost i lokaciju. U tom pogledu, pojam zločina protiv čovječnosti, kako ga postavlja sadašnje međunarodno pravo, predstavlja moderan prevod u zakon koncepta koji je još 1795. postavio Immanuel Kant, po kojem se „kršenje zakona i prava na jednom mjestu [na svijetu] osjeća na svim drugima mjestima“²³. (kurziv dodan)

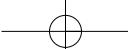
Ovaj aspekt zločina protiv čovječnosti kojima se povređuje širi interes nego što je to interes direktnе žrtve, te je stoga ozbiljnije prirode nego ratni zločini, vidljiv je u inherentnim elementima krivičnog djela zločina protiv čovječnosti. Nužni elementi koji sačinjavaju zločin protiv čovječnosti obrađeni su nešto detaljnije u Mišljenju i presudi od 14. jula 1997. u predmetu *Tužilac protiv Tadića* („Mišljenje i presuda u predmetu Tadić“)²⁴. Jedan od relevantnih elemenata prema članu 5 Statuta je da zločin protiv čovječnosti mora da bude „počinjen protiv civilnog stanovništva“. Dve odlike ovog elementa uspostavljaju jasnu razliku između zločina protiv čovječnosti i ratnog zločina. Ove odlike nameću Tužilaštvu teret dokazivanja da je djelo koje je počinila osoba optužena za zločin protiv čovječnosti: (a) moralo da bude počinjeno kao deo rasprostranjenog ili sistematskog vršenja ovakvih djela, ne nužno od strane samog optuženog; ali sigurno (b) sa znanjem da se takva djela vrše ili su bila vršena kao dio organizovane politike ili rasprostranjene ili sistematske prakse protiv određene grupe civila.

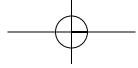
22. Ove odlike pojačavaju težinu zločina protiv čovječnosti, u usporedbi s ratnim zločinima. One ukazuju na to da zločini protiv čovječnosti nisu izolovana i slučajna djela već djela koja će imati, i za koje počinilac zna da će imati, daleko teže posljedice zbog dodatnog doprinosa jednom širem planu nasilja protiv određene sistematski ciljane grupe civila. Kao što je utvrdila Komisija za ratne zločine Ujedinjenih nacija:

Izolovana krivična djela nisu potpadala pod odrednicu zločina protiv čovječnosti. Po pravilu, bila je neophodna sistematska masovna akcija, naročito

23 Immanuel Kant, „Eternal Peace“, reprodukovano u C. J. Friedrich (ed.), *The Philosophy of Kant: Immanuel Kants Moral and Political Writings* (The Modern Library, New York, 1949), str. 448.

24 Mišljenje i presuda, *Tužilac protiv Tadića*, predmet br. IT-94-1-T, Pretresno vijeće II, 17. maj 1997, parografi 624-659.





Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

ako je bila plod naređenja, da bi se običan zločin... preobrazio u zločin protiv čovječnosti... To su jedino zločini koji su, bilo svojom obimnošću i divljaštvom ili svojim velikim brojem ili činjenicom da je sličan model primjenjen u različitim vremenima i na različitim mjestima, doveli u opasnost međunarodnu zajednicu ili šokirali savjest čovječanstva...²⁵

23. Jasno sudsko priznanje da su zločini protiv čovječnosti teži od ratnih zločina može se naći u predmetu *Albrecht* pred holandskim apelacionim sudom. Specijalni krivični sud u Arnhemu, Holandija osudio je na smrt podnosioca žalbe u tom predmetu 22. septembra 1948, po osnovu da je počinio „ratne zločine ili... zločine protiv čovječnosti prema definiciji datoj u članu 6(b) ili (c) Nürnberškog statuta ugovorenog kao dio Londonskog sporazuma od 8. avgusta 1945“. Apelacioni sud je primjetio da postoji razlika između ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti i prihvatio gore navedeni opis zločina protiv čovječnosti koji je dala Komisija za ratne zločine Ujedinjenih nacija. Taj sud je opisao nužne elemente zločina protiv čovječnosti na sljedeći način:

Zločine ove kategorije karakteriše bilo njihova težina i divljaštvo, ili njihova rasprostranjenost, ili okolnost da su oni bili dio sistema terorističkih aktova, ili da su bili spona u namjerno sproveđenoj politici protiv određenih grupa stanovništva.²⁶

Budući da je apelacioni sud utvrdio da ovi nužni elementi zločina protiv čovječnosti nisu bili prisutni u slučaju podnosioca žalbe koji je bio kriv jedino za ratni zločin, sud nije „smatrao da je zločinački karakter ponašanja podnosioca žalbe dovoljno velik da bi se zahtjevalo da se nad njim izvrši smrtna kazna“, te mu je shodno tome smanjio kaznu na doživotnu robiju.²⁷

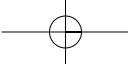
24. Izjave dane na međunarodnim suđenjima za ratne zločine takođe pokazuju da su zločini protiv čovječnosti teži od ratnih zločina. Predsjedavajući sudija na suđenju Maxu Wielinu i sedamnaestorici drugih („predmet Stalag Luft III“) posebno je ukazao na to da

optužba, u ovom predmetu, ne traži kažnjavanje zločina protiv čovječnosti već

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

26 Predmet *Albrecht*, Specijalni kasacioni sud u Nizozemskoj, 11. april 1949, *Nederlandse Jurisprudentie* (1949), br. 425, str. 747 (nezvaničan prijevod.)

27 *Ibid.*



Presude/Dražen Erdemović

jedino - a to je već dovoljno - zločina protiv pravila i običaja ratovanja, koji se sastoji od strijeljanja ratnih zarobljenika.²⁸ (naknadno podvučeno)

U suđenju Otou Ohlendorfu i drugima („predmet *Einsatzgruppen*“), tužilaštvo se potrudilo da objasni razliku između ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti, kako slijedi:

Optužbe koje smo podnijeli terete branjenike da su počinili zločine protiv čovječnosti. Ista djela koja smo naveli pod tačkom jedan kao zločine protiv čovječnosti navedena su pod tačkom dva kao ratni zločini. Prema tome, ista djela su predmet optužbe kao odvojena i različita krivična djela. U ovome nema ničeg novog. Napad koji je sam po sebi kažnjiv može da bude dio težeg krivičnog djela pljačke, i prikladno je da se podigne optužnica za oba krivična djela. Tako da u ovom slučaju, ubistvo nezaštićenih civila u toku rata može da bude ratni zločin, ali ista ubijanja dio su drugog zločina, ako hoćete i težeg, a to je genocid - ili zločin protiv čovječnosti. Ovo je razlika koju pravimo u našem izlaganju. Ona je stvarna i veoma značajna. Da bismo od samog početka izbjegli bilo kakve nesporazume, ukazaćemo na razlike između ova dva krivična djela.

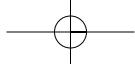
Ratni zločini su djela i propusti kojima se krši ratno pravo zakoni ili običaji ratovanja. Po samoj svojoj prirodi, oni mogu da pogađaju jedino državljane zaraćenih strana i ne mogu biti počinjeni u doba mira. Zločin protiv čovječnosti nije tako ograničen. On je suštinski različit od običnog ratnog zločina utočniko što obuhvata sistematska kršenja osnovnih ljudskih prava počinjena u bilo koje doba protiv državnih bilo koje države. Oni se mogu dogoditi u miru ili u ratu. Suština zločinačke namjere usmjerena je na prava svih ljudi, ne samo na prava osoba unutar ratne zone.

Jedan niz incidenata, ukoliko se oni slučajno dogode u vrijeme sukoba, može da krši osnovna prava čovjeka istovremeno kršeći pravila ratovanja. To je suštinska priroda krivičnih djela za koja se ovdje podnosi optužba. Nazivati ih samo ratnim zločinima znači ignorisati njihovu inspiraciju i njihov stvarni karakter.²⁹ (naknadno podvučeno)

25. U odluci o kazni koja je doneta u predmetu *Tužilac protiv Tadića*, i izrečena 14. jula 1997, data je dalja podrška tvrdnji da osoba koja je osuđena za

28 Na to se pozvao zastupnik odbrane dr Adler u svom završnom govoru u *Proceedings of a Military Court held at Hamburg* (1. jul 1947 - 1. septembar 1947) (Dosije WO 235/424-432 u Public Record Office, Kew, Richmond).

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



Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

osnovno krivično djelo koje odgovara zločinu protiv čovječnosti zaslužuje težu kaznu nego ona koja je osuđena za osnovno krivično djelo samo ratnog zločina. Nakon što je u paragrafu 73 primjetilo da je

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

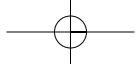
Pretresno vijeće je dosljedno osudilo Duška Tadića na godinu dana zatvora više kad se radilo o kažnjivim djelima okarakterisanim kao zločini protiv čovječnosti za razliku od djela koja su okarakterisana kao ratni zločini, prema svakoj od tačaka optužnice za koje je Duško Tadić osuđen. Prema tačkama 10 i 11, na primjer, u vezi sa istim kriminalnim ponašanjem, Pretresno vijeće je smatralo:

Za nečovječno postupanje kao zločin protiv čovječnosti, Pretresno vijeće izriče Dušku Tadiću kaznu od deset godina zatvora;
za okrutno postupanje kao kršenje ratnog prava i običaja ratovanja, Pretresno vijeće izriče Dušku Tadiću kaznu od devet godina zatvora.³¹

26. Baš činjenica da se podnosič žalbe izjasnio da je kriv za težu optužbu po našem mišljenju ukazuje na nedostatak u argumentaciji Tužilaštva da bi bilo i nepravedno prema podnosiocu žalbe da se poništi njegovo izjašnjavanje, budući da je on kontinuirano i dosljedno potvrđivao svoje izjašnjavanje da je kriv za počinjenje zločina protiv čovječnosti. Kao što je primjećeno, ništa u zapisniku ne pokazuje da je bilo ko, bilo zastupnik odbrane ili Pretresno vijeće, objasnio podnosiocu žalbe da je zločin protiv čovječnosti teži zločin i da ako se izjasni da je kriv za alternativnu optužbu ratnog zločina može da očekuje odgovarajuću lakšu kaznu. U svjetlosti ovoga, neće nas iznenaditi da podnosič žalbe i do danas nije svjestan činjenice da je mogao da se izjasni da je kriv za ratni zločin prema članu 3 Statuta, da se, suprotno od onoga što mu je rekao njegov advokat, ratni zločin može počiniti protiv civila, i da je on u skladu sa tim mogao da očekuje lakšu kaznu za ovaj zločin. Nama se čini da je podnosič žalbe potvrdio svoju izjavu samo zato što je želio da izbjegne kompletne sudski postupak. Da je on pravilno obaviješten o manje teškoj optužbi i o svom pravu da se izjasni kriv po njoj, sumnjamo da bi nastavio da se izjašnjava da je kriv za težu optužbu.

30 Presuda s kaznom, *Tužilac protiv Tadića*, predmet Br. IT-94-1-T, Pretresno vijeće II, 14. jul 1997.

31 *Ibid.*, paragraf 74.



27. Zato mi smatramo da izjava o krivici podnosioca žalbe nije bila rezultat svjesnog izbora. On nije shvatio ni prirodu optužbi niti razliku između dve alternativne optužbe i posljedice izjašnjavanja da je kriv za jednu a ne za drugu od njih. Slijedi dakle da se podnosiocu žalbe mora pružiti prilika da se ponovo izjasni o optužbama sa punim znanjem o ovoj materiji.

E. Da li je izjašnjavanje bilo dvosmisленo?

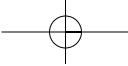
28. Pitanje da li je izjašnjavanje podnosioca žalbe bilo dvosmisleno ili ne razmotrilo je Pretresno vijeće u odluci o kazni, a Žalbeno vijeće se pozabavilo njime u prva dva od tri preliminarna pitanja koja je postavilo strankama u Nalogu kojim se zakazuje ročište od 5. maja 1997. Iz praktičnih razloga, u donjem tekstu ponovo se navode ova dva međusobno povezana pitanja:

- (1) Da li pravno gledano prinuda može da predstavlja potpunu odbranu od optužbe za zločine protiv čovječnosti i/ili ratne zločine na taj način da, ako se tokom suđenja dokaže odbrana, optuženi ima pravo da bude oslobođen?
- (2) Ako je odgovor na (1) potvrđan, da li je izjašnjavanje optuženog na prvom pojavljivanju da je kriv dvosmisleno utoliko što se optuženi, dok se izjašnjavao da je kriv, pozivao na prinudu?

Kao što je jasno iz formulacije ova dva preliminarna pitanja, pitanje da li je izjašnjavanje podnosioca žalbe bilo, u ovom slučaju, dvosmisleno, zavisi od toga da li prinuda predstavlja potpunu odbranu. Mi bismo se, međutim, najpre pozabavili razmatranjem značenja „dvosmislenog“ izjašnjavanja.

29. Uslov da izjašnjavanje mora da bude nedvosmisleno je od ključne važnosti za poštivanje pretpostavke o nevinosti i da bi se optuženog spriječilo da se odrekne prava na suđenje u slučaju kada izgleda da postoji odbrana kojom se može okoristiti a da toga nije svjestan. Ovaj uslov, u situaciji u kojoj se optuženi izjašnjava da je kriv ali istrajava u objašnjavanju zašto je nešto učinio, koje pravno gledano predstavlja odbranu, nameće sudu obavezu da odbaci njegovu izjavu da je kriv i omogući da se njegova odbrana stavi na probu na suđenju. Sudovi u jurisdikcijama *common lawa* širom svijeta, sa izuzetkom Sjedinjenih Američkih Država, uvijek su tvrdili da potvrđno izjašnjavanje o krivici mora da bude nedvosmisleno. U Sjedinjenim Američkim Državama, izgleda, ustavno pravo da se osoba izjasni po sopstvenom izboru odnosi prevagu nad bilo kakvim zahtjevima da *meritum* odbrane bude stavljen na probu na suđenju³². Valjanost potvrđnog

32 Videti *North Carolina v. Alford*, 40 US 25 (1970).



Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

izjašnjavanja o krivici zavisi prije svega od dobrovoljnosti izjašnjavanja, od toga da je rezultat svjesnog izbora i da ima činjeničnu osnovu³³. Ako neki sud Sjedinjenih Američkih Država ocjeni da su ovi uslovi ispunjeni, čini se da će biti spremniji od sudova drugih jurisdikcija *common lawa* da prihvati *prima facie* dvosmisleno izjašnjavanje uzimajući u obzir pragmatičke razloge u vezi sa praktičnošću i realnošću sporazumevaja o krivici, pri čemu potvrđno izjašnjavanje o krivici povlači za sobom korist u vidu smanjenja kazne.

30. U ovom stadijumu, treba razmotriti određene uslove iz drugih sistema *common lawa* u pogledu zahtjeva za nedvosmislenosti potvrdnog izjašnjavanja o krivici. Sudija Chang Min Tat je rekao u predmetu *PP v. Cheah Chooi Chuan*³⁴ da je „ključni princip da svako potvrđno izjašnjavanje o krivici mora da bude bezrezervno, bezuslovno i nedvosmisleno“. Vrhovni sud Malezije u predmetu *Lee Weng Tuck & Anor v. PP* primjetio je: „Ustaljena je praksa da kada je potvrđno izjašnjavanje o krivici dvosmisleno, odnosno kada nije jasno, ili je sumnjičivo ili uslovljeno, to izjašnjavanje mora da se pravno tretira kao da se optuženi izjasnio da nije kriv, te će sud pristupiti suđenju...“³⁵

Pored toga, u Engleskoj, u djelu *Blackstone's Criminal Practice* se kaže da

ako se optuženik izjasni da je kriv, ali, bilo u vrijeme izjašnjavanja ili kasnije u smislu olakšavajuće okolnosti, proprati izjašnjavanje riječima koje sugerisu da možda ima čime da se odbrani ... onda sud ne smije da mu izrekne kaznu na osnovu izjašnjavanja, već treba da objasni relevantne pravne odredbe i da pokuša da utvrdi da li on zaista namjerava da se izjasni da je kriv. Ako se izjašnjavanje ne može razjasniti, sud treba da naloži da se u ime optuženog u zapisnik unese da se izjasnio da nije kriv.³⁶

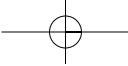
31. Pitanje da li je potvrđno izjašnjavanje o krivici dvosmisleno mora da zavisi od razmatranja, *in limine*, pitanja da li je izjašnjavanje praćeno ili okvalifikованo riječima koje opisuju činjenice kojima se pravno uspostavlja odbrana. Podnositac žalbe izjasnio se da je kriv ali je tvrdio da je djelovao pod pritiskom. Slijedi da sada moramo da razmotrimo da li prinuda može da predstavlja potpunu odbranu za ubistvo nedužnih osoba.

33 Federalni pravilnik o krivičnom postupku Sjedinjenih Američkih Država, pravilo 11.

34 *PP v. [1972] 1 M. L. J. 215.*

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

36 *Blackstones Criminal Practice* (Blackstone Press Ltd., London, 1995), paragraf D9.23.



Presude/Dražen Erdemović

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

32. Što se tiče prvog preliminarnog pitanja koje je upućeno strankama u ovoj žalbi, „može li i pravno gledano prinuda da predstavlja potpunu odbranu za optužbu za zločine protiv čovječnosti i/ili ratne zločine tako da, ako se na suđenju ta odbrana dokaže, optuženi ima pravo da bude oslobođen?“, tri faktora imaju uticaja na ovo uopšteno formulisanje pitanja. Kao prvo, ratni zločin ili zločin protiv čovječnosti koji je počinio podnositelj žalbe uključivao je ubijanje nevinih ljudskih bića. Kao drugo, kao što će se vidjeti u raspravi koja slijedi, postoji jasno razmimoilaženje u praksi glavnih pravnih sistema između onih koji bi prihvatili prinudu kao potpunu odbranu za zločin koji uključuju oduzimanje života nedužnim ljudima, i sistema kod kojih to nije slučaj. Kao treće, podnositelj žalbe u ovom slučaju je bio vojnik vojske bosanskih Srba koja je sprovodila ratne operacije u republici Bosni i Hercegovini u relevantno vrijeme. S obzirom na to, pitanje se može konkretnije postaviti na sljedeći način: Može li pravno gledano prinuda da predstavlja potpunu odbranu vojniku optuženom za zločine protiv čovječnosti ili ratne zločine kada je taj vojnik ubio nevine osobe?

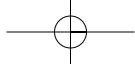
33. Mi se slažemo sa odvojenim mišljenjem našeg učenog kolege, sudije Stephena, u mjeri u kojoj se ono tiče načina na koji je Pretresno vijeće obradilo pitanje naređenja nadređenih i prinude u odluci o kazni. Htjeli bismo, međutim, da dodamo sljedeće elemente. Ukoliko se njima ponavljaju primjedbe sudije Stephena, to je zato što smatramo da te primjedbe zaslužuju da budu naglašene.

1. Odnos između naređenja nadređenih i prinude

34. Naređenja nadređenih i prinuda konceptualno su različita i odvojena pitanja, a često iste činjenične okolnosti obuhvataju oba pojma, posebno u situacijama oružanog sukoba. Mi se priklanjamo stanovištu da izvršavanje naređenja nadređenih ne predstavlja samo po sebi odbranu, već je činjenični element koji može da bude uzet u razmatranje zajedno sa drugim okolnostima vezanim za taj predmet u procjenjivanju da li se može ustanoviti odbrana na osnovu prinude ili činjeničke zablude.

35. Pretresno vijeće, međutim, u paragrafu 19 odluke o kazni utvrđuje:

U skladu sa tim, dok se potpuna odbrana zasnovana na moralnoj prinudi i/ili stanju nužnosti koje proističe iz naređenja nadređenih ne isključuje u pot-



Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

punosti, uslovi njene primjene posebno su strogi. Oni se moraju tražiti ne samo u samom postojanju naređenja nadređenih - koje mora da bude dokazano - već takođe, i naročito, u okolnostima koje odlikuju način na koji je izdato i na koji je primljeno naređenje. (naknadno podvučeno)

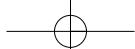
Nije sasvim jasno šta Pretresno vijeće hoće da kaže u ovom pasusu. Ako Pretresno vijeće odbacuje odvojenost prinude od naređenja nadređenih i namjerava da ih kombinuje u sklopu jedne hibridne odbrane, mi tu moramo, uz dužno poštovanje, da se usprotivimo. Budući da se povinovanje naređenjima nadređenih može smatrati samo za činjenični element u određivanju da li je prinuda zasnovana na činjenicama, nepostojanje naređenja nadređenih ne znači da se prinuda ne može prihvati kao odbrana.

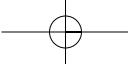
36. Tužilaštvo je takođe pomenulo prirodu odnosa između naređenja nadređenih i prinude na raspravi od 26. maja 1997. Na pitanje postoji li razlika u načinu na koji Međunarodni sud treba da tretira pozivanje na prinudu ukoliko ono podrazumeva ubistvo nevinog ljudskog bića kada to ubistvo nije praćeno naređenjem nadređenog, Tužilaštvo je odgovorilo:

Mi smatramo da budući da naređenje nadređenog sasvim sigurno nije odbrana prema međunarodnom pravu, a u ovom trenutku gotovo da nema sumnje u to, kada je u kombinaciji sa prinudom kao sa odbranom, kada se sve uzme u obzir, treba izbjegavati da se dopusti da to bude korišćeno kao odbrana... Ja mislim da prinuda, čak i kada imamo posla sa slučajevima koji ne uključuju ubistvo, prinuda koja prati naređenja nadređenih treba samo retko – rekao bih treba da bude prihvaćena još ređe nego što je to slučaj sa prinudom uopšteno govoreći.³⁷

Tužilaštvo tvrdi da činjenica da je prinuda bila praćena naređenjem nadređenog predstavlja razlog da se ne prihvati prinuda kao odbrana jer je povinovanje nadređenom samo po sebi izričito odbačeno kao odbrana u Statutu. U tom pogledu, željeli bismo da ponovimo naše mišljenje da povinovanje naređenjima nadređenih predstavlja jednostavno činjeničnu okolnost koja treba da bude uzeta u razmatranje prilikom određivanja da li se odbrana prinudom zasniva na *meritumu*. Činjenica da je podnositelj žalbe poslušao naređenje nadređenog ne tiče se prethodnog pravnog pitanja da li se prinuda uopšte može upotrijebiti kao odbrana.

37 Transkript žalbenog postupka, 26. maj 1997, str. 82.





2. Zločini protiv čovječnosti i proporcionalnost

37. Pretresno vijeće usvaja, kao neophodni element u odbrani na osnovu prinude, zahtjev da „nađeni izlaz nije bio neproporcionalan zlu“³⁸. Međutim, Pretresno vijeće je razmatrajući izuzetnu težinu zločina protiv čovječnosti kao nešto što ugrožava čitavo čovječanstvo primjetilo:

U pogledu zločina protiv čovječnosti, Pretresno vijeće smatra da život optuženog i žrtve nisu u potpunosti ravnopravni. Za razliku od običnog prava, ovdje kršenje više nije usmjereno na fizičku dobrobit samo žrtve već na čovječanstvo u cjelini.³⁹

Uz dužno poštovanje, mi ne možemo da zamislimo bilo kakav „izlaz“ koji bi optuženi mogao da nađe i za koji bi se moglo smatrati da je proporcionalan zločinu protiv čitavog čovječanstva. U gornjem razmatranju, izgleda da je Pretresno vijeće odbacilo prinudu kao odbranu u pogledu zločina protiv čovječnosti, ali ovo bi bilo u protivnosti sa čitavim sadržajem njegove odluke o kazni koja izgleda da prihvata da prinuda može da djeluje kao potpuna odbrana za optužbu za zločin protiv čovječnosti koji uključuje ubistvo nedužnih osoba.

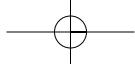
3. Pogrešan tretman pitanja dvosmislenosti izjave

38. S obzirom na način na koji se bavilo pitanjem da li je izjava podnosioca žalbe dvosmislena, reklo bi se da Pretresno vijeće nije napravilo razliku između dva odvojena pitanja. Prvo pitanje je da li je prema međunarodnom pravu moguće pozvati se na prinudu kao potpunu odbranu za zločin protiv čovječnosti. Ako je odgovor na to pitanje potvrđan, izjava podnosioca žalbe u tom slučaju je bila dvosmislena i podnositelj žalbe je trebalo da dobije priliku da se ponovo izjasni o krivici nakon što mu je Pretresno vijeće objasnilo prirodu izjave o krivici i odbranu na koju se pozvao. Ako su daljnje izjave i dalje bile dvosmislene, trebalo je da se optuženi izjasni da nije kriv. Ovo pitanje je pričinio različito od pitanja da li je odbrana zaista potvrđena činjenicama. Ovo je bilo pitanje koje je trebalo razmotriti i obrazložiti na glavnom pretresu a ne na ročištu za izricanje kazne.

39. Toliko o tome kako je Pretresno vijeće tretiralo prinudu u odluci o kazni. Sada ćemo prijeći na razmatranje zakona koji treba da se primjenjuju u

38 *Odluka o kazni*, paragraf 17

39 *Ibid.*, paragraf 19.



Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

određivanju da li se vojnik optužen za zločin protiv čovječnosti može pozvati na prinudu kao odbranu ili za ratni zločin koji uključuje ubijanje nedužnih osoba.

A. Primjenjive zakonske odredbe

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

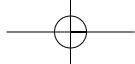
1. Sud, čiji je zadatak da riješi u skladu sa međunarodnim pravom sporove koji su dati na razmatranje, primjenit će:
 - a. međunarodne konvencije, bilo da su uopštene ili konkretne, kojim se uspostavljaju pravila koja države stranke u sporu eksplicitno priznaju;
 - b. međunarodne običaje, kao dokaz opšte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

B. Međunarodno običajno pravo (član 38 Statuta MSP)

41. Tužilaštvo tvrdi da „prema međunarodnom pravu, prinuda ne može da predstavlja potpunu odbranu za optužbu za zločin protiv čovječnosti i ratne zločine kada je krivično djelo u osnovi ubistvo nedužnog ljudskog bića“.⁴¹ Tužilaštvo tvrdi da relevantna sudska praksa vojnih sudova posle Drugog svjetskog rata ne priznaje prinudu kao odbranu od optužbe koja uključuje ubijanje nedužnih osoba. S obzirom, takođe, na činjenicu da ne postoji nikakvo konvencionalno međunarodno pravo koje rješava pitanje prinude kao odbrane od ubistva, Tužilaštvo tvrdi da običajno međunarodno pravo, sadržano u odlukama vojnih sudova posle Drugog svjetskog rata, očigledno

40 Statut Međunarodnog suda pravde, I. C. J. Acts and documents, br. 5 („Statut M. S. P.“). Član 59 propisuje: „Odluka Suda nema nikavu obavezujuću snagu osim između stranaka i u pogledu tog konkretnog slučaja“.

41 Podnesak Tužilaštva o preliminarnim pitanjima, *Tužilac protiv Dražena Erdemovića*, predmet br. IT-96-22-A, Žalbeno vijeće („Podnesak Tužilaštva o preliminarnim pitanjima“), 20. maj 1997, paragraf 1.



Presude/Dražen Erdemović

isključuje prinudu kao odbranu. Premda Tužilaštvo ne ograničava svoje argumente na konkretno pitanje da li je prinuda potpuna odbrana za vojnika koji je prema međunarodnom pravu optužen za ubijanje nedužnih civila, mi bismo ipak, na taj način ograničili naše istraživanje u ovoj žalbi.

42. Pretresno vijeće utvrđuje u odluci o kazni da „pregled međunarodne sudske prakse vojnih sudova posle Drugog svjetskog rata, koji je izradila Komisija za ratne zločine Ujedinjenih nacija, kao što je objavljeno u izvještaju za 1996. godinu Komisije za međunarodno pravo (Dodatak br. 10 (A/51/10) str. 93) pokazuje da su vojni sudovi devet država posle Drugog svjetskog rata smatrali da pitanje prinude predstavlja potpunu odbranu“.⁴² Ovo tumačenje zaključaka Komisije za ratne zločine nije održivo ako se brižljivije razmotri. U tomu XV Pravnih izvještaja sa suđenja ratnim zločincima Komisije za ratne zločine Ujedinjenih nacija iz 1949. godine, kaže se samo sljedeće:

Stoga izgleda da je opšte stanovište da prinuda može da se prihvati kao odbrana (a) ako je djelo za koje se tereti optužba počinjeno da bi se izbjegla neposredna opasnost koja je u isto vrijeme ozbiljna i nepopravljiva; (b) ako nije bilo nikakvog drugog odgovarajućeg načina da se izbjegne; (c) ako rješenje nije bilo u nesrazmjeri sa zlom.⁴³

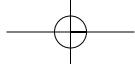
Komisija za ratne zločine Ujedinjenih nacija nije se posebno pozabavila pitanjem da li prinuda pretpostavlja odbranu za zločin koji uključuje ubijanje nevinih osoba u svom iznošenju ovog „opštег stanovišta“. Pored toga, pravni izvori koje je razmatrala Komisija za ratne zločine Ujedinjenih nacija, u stvari, podržavaju stav da se ne može pozivati na prinudu kao na odbranu za ratni zločin koji uključuje ubijanje nevinih osoba uopšte uzev, bez obzira na to da li je optuženi bio vojnik ili ne. Eksplicitne tvrdnje da prinuda nije odbrana za zločin koji uključuje ubijanje nevinih osoba mogu se naći u mišljenjima predsjedavajućeg sudiće u predmetu *Stataf Luft III*⁴⁴ i u predmetu *Feurstein*⁴⁵, koji su oba vođeni pred britanskim vojnim sudovima. Ovi predmeti predstavljaju *lex posteriori* i ukidaju prethodnu odluku britanskog vojnog suda u predmetu

42 Odluka o kazni, paragraf 17.

43 *Law Reports of Trials of War Criminals, U.N. War Crimes Commission (H. M. Stationery Office, London, 1949)* („Law Reports“), tom XV, str. 174.

44 *Trial of Max Wielen and 17 Others* (predmet „*Stalag Luft III*“) *Law reports*, tom XI, str. 33.

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



Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

Jepson⁴⁶ kojom je bio usvojen suprotan stav bez pozivanja na bilo kakav autoritet. Takođe ukazujemo na eksplicitno odbacivanje prinude kao odbrane za ubijanje nevinih osoba od strane predsjedavajućeg sudije u predmetu *Hölzer*⁴⁷ o kojem je kanadski vojni sud doneo odluku 1946. godine.

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

Treba odmah reći da ne postoji zakon koji zahtjeva da nevin čovjek mora da se odrekne svog života ili pretrpi ozbiljne ozljede da bi izbjegao da počini zločin koji osuđuje. Prijetnja, međutim, mora da bude neposredna, stvarna i neizbjježna. Nijedan sud neće kazniti čovjeka koji je, s napunjenim pištoljem prislonjenim uz glavu, primoran da povuče smrtonosni obarač⁴⁸.

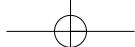
Po našem mišljenju, međutim, vrijednost ovog pravnog izvora u znatnoj mjeri dovodi u sumnju činjenica da vojni sud Sjedinjenih Američkih Država u predmetu *Einsatzgruppen* nije naveo nijedan pravni izvor kojim bi potkrijepio svoje mišljenje da prinuda može da predstavlja potpunu odbranu za ubistva nedužnog pojedinca. Vojni sud se sigurno nije mogao osloniti na bilo kakav autoritet iz *common lawa* Sjedinjenih Američkih Država u kojem je od 1890. godine ustanovljeno da prinuda nije odbrana od ubistva s umišljajem.⁴⁹ Štaviše, i ako su gledišta suda vezana za prinudu kao odbranu od ubistva bila održiva u to vrijeme, takva gledišta u ovom trenutku ne mogu da predstavljaju valjan pravni izvor u svjetlu razvoja prava. Pravilo 916 (h) Priručnika za vojne sudove Sjedinjenih Američkih Država iz 1984. godine (izdanje iz 1994) sada jasno propisuje da prinuda predstavlja odbranu za bilo koje krivično djelo izuzev ubistva nedužne osobe*. Zakoni gotovo svih državnih jurisdikcija u Sjedinjenim Američkim Državama definitivno odbacuju prinudu kao potpunu odbranu za počinioča ubistva s umišljajem. Komentari najupućenijih pu-

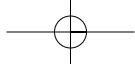
46 *Trial of Gustav Alfred Jepsen and others* (predmet „Jepsen“), *Proceedings of a Military Court held at Luneberg* (13-14. avgust 1946) presuda od 24. avgusta 1946. (originalni transkripti Public Records Office, Kew, Richmond); *Law reports*, tom XV, str. 172.

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

48 *Trial of Otto Ohendorf et al.* (predmet „Einsatzgruppen“), *Trials of War Criminals*, tom IV, str. 480.

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





Presude/Dražen Erdemović

blicista, koji su prihvaćeni kao pomoći izvor međunarodnog prava u članu 38 (1) (d) Statuta MSP, takođe su instruktivni. Dvije godine nakon odluke o predmetu *Einsatzgruppen*, u opus *classicum* međunarodnog prava, profesor Hersch Lauterpacht napisao je da „nijedno načelo pravde i, u najcivilizovanim zajednicama, nijedno pravno načelo ne dozvoljava pojedincu da izbjegne patnju ili čak da spase svoj život na uštrb života - ili, kao što se pokazalo u brojnim suđenjima za ratne zločine, mnoštva života - ili značajne patnje drugih“ a, posebno, da postoji „ozbiljan prigovor na [suprotno] rezonovanje suda“ u predmetu *Einsatzgruppen*.⁵⁰

44. U skladu sa tim, mi smatramo da je odluka u predmetu *Einsatzgruppen* u neskladu sa preovlađujućim stavom međunarodnih pravnih izvora. Ne postoji nikakav drugi presedan u sudskoj praksi međunarodnih vojnih sudova posle Drugog svjetskog rata koji bi se mogao navesti kao autoritet za tvrdnju da pravna predstavlja potpunu odbranu za ubistvo nevinih osoba prema međunarodnom pravu.

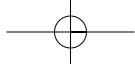
45. Radi upotpunjavanja, mora se pomenuti i sljedeće zapažanje Međunarodnog vojnog suda u Nurnbergu:

To što je nekom vojniku naređeno da ubije ili da muči, kršeći pritom međunarodne zakone, nikada nije bilo priznato kao važeća odbrana za takve brutalnosti iako se, kao što je propisano ovim Statutom, naređenje može koristiti za ublažavanja kazne. Stvarno mjerilo, koje se u različitim stepenima može naći u krivičnim zakonima većine država, nije postojanje naređenja, već pitanje da li je moralni izbor zaista bio moguć.⁵¹

Ovaj nerazrađeni iskaz, po našem mišljenju, ne daje značajan doprinos jurisprudenciji po ovom pitanju. On jedva potkrijepljuje tvrdnju da su odluke međunarodnih vojnih sudova poslije Drugog svjetskog rata uspostavile jasno pravilo kojim se priznaje pravna predstava za ubistvo nevinih osoba, što bi u tom slučaju do danas postalo običajno međunarodno pravo. Ovo je priznala Komisija za međunarodno pravo kad je razmatrala pitanje pravne predstave u komentaru na Predlog Kodeksa o zločinima protiv mira i bezbjednosti čovječanstva, gdje citira nurnberške *dicta* i potom utvrđuje:

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

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



Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

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

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

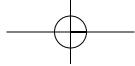
46. Tužilaštvo decidirano tvrdi da su mišljenja vojnih sudova poslije Drugog svjetskog rata o pitanju prinude kao odbrane za ubistva postala dio međunarodnog običajnog prava. Tužilaštvo tvrdi da nije od značaja to što je ovaj običaj prvobitno zasnovan na pravnim izvorima *common lawa*. Vrijedi u potpunosti iznijeti njegovu tvrdnju po ovom pitanju.

Jednostavno želim takođe da naglasim da porijeklo koje međunarodno pravo vuče iz *common lawa* po ovom pitanju ni na koji način ne treba da dovede u pitanje stav međunarodnog prava o prihvatljivosti prinude kao odbrane. Takav argument, argument da sud mora na neki način da odbaci preovlađujuću težinu autoriteta ove sudske prakse, samo zbog njene utemeljenosti na *common lawu*, prevideo bi suštinski eklektički karakter međunarodnog krivičnog prava, gdje se iz različitih pravnih sistema, često bez nekog sistema vrše pozajmice... Navećemo, brzo, samo jedan primjer - kada se raspravljalo o zakonu o zavjeri 1944. godine, tokom pripremnog rada na Nirberškom statutu, francuska delegacija je smatrala - citiram Bradley Smitha, vodećeg komentatora- da je to „varvarski koncept koji nije vrijedan modernog prava“. Sovjetska delegacija bila je istinski šokirana konceptom zavjere. Koncept je i pored toga zadržan u Statutu i razvijao se u sudske prakse kako na međunarodnom vojnom судu tako i sudovima uspostavljenim po Zakonu Kontrolnog savjeta br. 10. Sada se ne može tvrditi da zakon o zavjeri, zbog porijekla koje vuče iz *common lawa*, ne treba da bude prihvaćen kao koncept u međunarodnom krivičnom pravu.

Časni sude, smatram da je izvjesno da isto važi za odbranu na osnovu prinude. Činjenica da je stav međunarodnog prava, uslijed istorijskih i drugih okolnosti, u skladu sa stavom *common lawa*, činjenica da je jasno da prinuda ne može da bude odbrana za ubistvo prema međunarodnom pravu, ne može se osporavati ni na koji način zbog tradicije ili porijekla tog koncepta.⁵³

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

53 Transkript žalbenog postupka, 26. maj 1997, str 15-17



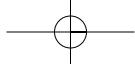
Presude/Dražen Erdemović

47. Ukazano nam je na brojne slučajeve ratnih zločina kojima se potkrijepljuje stav da je prinuda potpuna odbrana za ubistvo nevinih osoba prema međunarodnom pravu: predmet *Llandovery Castle*⁵⁴ koji je vođen pred njemačkim vrhovnim sudom; *Mueller et al.*⁵⁵ pred belgijskim vojnim sudom u Briselu i pred belgijskim kasacionim sudom; predmet *Eichmann*⁵⁶ pred izraelskim vrhovnim sudom; predmet *Papon*⁵⁷ pred francuskim kasacionim sudom; *Retzlaff et al.*⁵⁸ pred sovjetskim vojnim sudom u Karkovu; *Sablić et al.*⁵⁹ pred vojnim sudom u Beogradu; predmeti *Bernadi i Randazzo*⁶⁰, *Sra i drugi*.⁶¹ i *Masetti*⁶² pred italijanskim porotnim sudom i kasacionim sudom; njemački predmeti *S. i K.*⁶³ pred Zemaljskim sudom u Ravensburgu; predmet *Varšavski geto*⁶⁴ pred porotnim sudom pripojenim okružnom sudu u Dortmundu; i *Wetzling et al.*⁶⁵ pred porotnim sudom u Arnsbergu.

(a) Sporna relevantnost i pravni izvori u mnogim od ovih slučajeva

48. Predmeti izloženi u paragrafu 62 tiču se pitanja prinude u različitim stepenima. Po našem mišljenju, međutim, ovi predmeti su nedovoljni da bi se potkrijepilo pronalaženje običajnog pravila koje utvrđuje postojanje odbrane

- 54 Predmet *Llandovery Castle*, originalni tekst u *Verhandlungen des Reichstages. I Wahlperiode 1920, Band 368. Anlagen zu den Senographischen Berichten Nr 2254 bis 2628*, Berlin, str. 2586; prevod na engleski u AJIL, tom 16 (1922), str. 708.
- 55 *Mueller et al.*, 31. januar 1949, 4. juli 1949. *Vidjeti Annual Digest i Reports of Public International Law Cases*, 1949, str 400-403.
- 56 *Eichmann v. Attorney-General of the Government of Israel*, 36 ILR 277 (1962) str. 318.
- 57 Predmet *Papon*, neobjavljeni transkript izricanja presude od 18. septembra 1996, *Cour d'appel de Bordeaux, Chambre d'accusation, Arrêt du 18 septembre 1996*, br. 806. (preveo sudsija Cassese).
- 58 *Retzlaff et al.*, *The People's Verdict, A Full Report of the Proceedings at the Krasnodar and Kharkov German Atrocity Trials* (London-Njujork, bez datuma), str. 65.
- 59 *Sablić i drugi*, odluka od 26. juna 1992.
- 60 *Bernardi and Randazzo*, neobjavljen tekst odluke italijanskog kasacionog suda, 14. juli 1947, ljubazno dostavljen od strane Centralnih javnih arhiva u Rimu (u engleskom prijevodu sudsije Cassesea).
- 61 *Sra et al.*, odluka od 6. novembra 1947, u *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione*, sez. pen., 1947, br. 2557, str. 414.
- 62 Predmet *Masetti*, odluka od 17. novembra 1947, u *Massimario della Seconda Sezione della Cassazione*, 1947, br. 2569, str. 416.
- 63 *S. i K.*, odluka od 21. maja 1948, u *Justiz und NS-Verbrechen*, tom II, 1969, str. 521 i dalje, str. 526-527.
- 64 Predmet *Warsaw Ghetto*, odluka porotnog suda u Dortmundu, 31. mart 1954, *ibid.*, tom XII, 1974, str. 340-341.
- 65 *Wetzling et al.*, odluka porotnog suda u Arnsbergu, 12. februara 1958, *ibid.*, tom XIV, 1976, str. 563 i dalje, str. 616-623



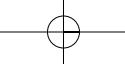
Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

za ubistvo nevinih osoba na osnovu prinude. Možemo da primjetimo da su relevantnost i pravni izvori u mnogim od ovih predmeta sporni. Kao prvo, u predmetu *Papon*, optuženi nije optužen za ubistvo s umišljajem kao počinilac, već samo kao saučesnik u istrebljenju Jevreja tokom Drugog svjetskog rata u okviru svog rada u svojstvu policajca koji je vršio racije i deportacije Jevreja u Njemačku. Kao drugo, u predmetima *Retzlaff* i *Sablić*, odbrana prinudom nije uspjela i sudovi nisu jasno naveli koji su bili razlozi ovog neuspjeha. Kao treće, odluku u predmetu *S. i K.* zapravo je poništio viši sud u Francuskoj zoni zbog kršenja Zakona Kontrolnog savjeta br. 10 tako da je taj pravni izvor sumnjiv. Najzad, optuženi u predmetu *Varšavski geto* jednostavno su smatrani za saučesnike u ubistvu tako da je primjena prinude u tom slučaju mjerodavna jedino u pogledu saučesništva za ubistvo, a ne za ubistvo s umišljajem.

(b) Ne postoji konzistentna i jedinstvena državna praksa koju potkrijepljuje opinio juris

49. Iako neki od gore pomenutih predmeta sigurno mogu da predstavljaju stavove nacionalnih jurisdikcija u vezi sa primjenljivošću prinude kao potpune odbrane za ubistvo nevinih osoba, ni ti predmeti, niti načela o ovom pitanju koja se nalaze u odlukama vojnih sudova poslije Drugog svjetskog rata, ne pružaju, po našem mišljenju, osnovu za to da im se da status međunarodnog običajnog prava. Da bi neko pravilo ušlo u običajno međunarodno pravo, kao što je Međunarodni sud pravde ponovo autoritativno utvrdio u predmetima *North Sea Continental Shelf*, mora postojati obimna i jedinstvena državna praksa koju potkrijepljuje *opinio juris sive necessitatis*.⁶⁶ U mjeri u kojoj se domaće odluke i domaći zakoni država koji se tiču pitanja prinude kao odbrane od ubistva mogu posmatrati kao državna praksa, prilično je jasno da ova praksa uopšte nije konzistentna. Odbrana u svojoj Obavijesti o podnošenju žalbe razmatra krivične zakonike i zakonodavstvo 14 jurisdikcija građanskog prava u kojima se propisuje da je nužda ili prinuda oslobođajuće načelo primjenljivo na sve zločine. Razmotrene jurisdikcije obuhvataju Austriju, Belgiju, Brazil, Grčku, Italiju, Finsku, Holandiju, Francusku, Njemačku, Peru, Španjolsku, Švicarsku, Švedsku i bivšu Jugoslaviju. Istina je da se odluke o ratnim zločinima navedene u izdvojenom mišljenju sudije Cassesea zasnivaju na prihvatanju prinude kao opšte odbrane za sve zločine u krivičnim zakonicima Francuske, Italije, Njemačke, Holandije i Belgije. Jasan stav brojnih zemalja širom svijeta koje primenjuju *common law* u potpunom je kontrastu sa ovim prihvatanjem prinude kao odbrane za ubistvo nevinih osoba. Ti sistemi *common lawa* kategorički odbacuju prinudu kao odbranu od ubistva. Jedini izuzetak su Sjedinjene Američke Države gdje je nekoliko država prihvatile odjeljak

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



Presude/Dražen Erdemović

2.09 Krivičnog zakonika Sjedinjenih Američkih Država koji trenutno propisuje da prinuda jeste opšta odbrana za sva krivična djela. Zaista, odbacivanje pri-nude kao odbrane za ubistvo nevinih ljudskih bića u predmetima *Stalag Luft III*⁶⁷ i *Feurstein*⁶⁸, koji su vođeni pred britanskim vojnim sudovima, i u predme-tu *Hölzer*⁶⁹ vođenom pred kanadskim vojnim sudom, odražava u suštini pri-stup common lawa.

50. Ne samo da državna praksa u odnosu na pitanje da li je prinuda odbrana za ubistvo daleko od konzistentne, već tu državnu praksu ne potkrijepljuje, po našem mišljenju, ni *opinio juris*. Ponovo, u mjeri u kojoj se državna praksa po pitanju prinude kao odbrane od ubistva može utvrditi na osnovu mišljenja o ovom pitanju sadržanih u odlukama nacionalnih vojnih sudova i nacionalnih zakona, nalazimo da je potpuno neprihvatljiva bilo kakva tvrdnja da države usvajaju ovu praksu jer „osjećaju da se povinuju nečem što ima snagu pravne obaveze“ na međunarodnom nivou⁷⁰.

51. Kao odgovor na tvrdnju Tužilaštva u vezi sa zavjerom iznetu tokom usmene argumentacije, naše je mišljenje da zavjera svoj status djela običaj-nog međunarodnog prava duguje činjenici da je ona uneta u Nirnberški statut koji je naknadno priznat kao običaj, a ne činjenici da su prigovori sistema građanskog prava odbačeni u tom procesu. Štaviše, zavjera je jasno ustano-vljena kao princip u Nirnberškom statutu. U sadašnjem slučaju, prinuda, bilo kao opšti pojam ili konkretno kada se primjenjuje na ubistvo, nije sadržana ni u kakvom međunarodnom sporazumu ili instrumentu za koji je naknadno pri-znato da je postao običaj.

(c) Sporni međunarodni karakter sudova

52. Pored toga, možemo da primjetimo da se u gore pomenutim predmetima radilo o odlukama nacionalnih vojnih sudova ili nacionalnih sudova koji su primjenjivali nacionalno, a ne međunarodno pravo. Slučajevi *Bernardi i Randazzo, Sra et al.* i *Massetti* spadaju u ovu kategoriju odluka nacionalnih sudova.

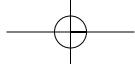
53. U vezi sa vojnim sudovima koji su osnovani poslije Drugog svjetskog rata u skladu sa Statutom Nirnberškog suda ili Zakonom Kontrolnog savjeta br. 10, ostaje sumnja u pogledu toga da li je bilo koji od ovih vojnih sudova bio

67 Predmet *Stalag Luft III*, *Law Reports*, tom XI, str. 33.

68 Predmet *Feurstein*, *Law Reports*, tom XV, str. 173.

69 Predmet *Hölzer*, *supra* bel. 47.

70 Predmeti *North Sea Continental Shelf*, *supra* bel. 66, paragraf 77.



Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

stvarno „međunarodnog karaktera“. Ovo potvrđuju protivurječne izjave u vezi sa međunarodnim satusom ovih sudova. Na primjer, s jedne strane, u predmetu *Flick*, vojni sud Sjedinjenih Američkih Država utvrdio je da:

Ovaj tribunal nije sud Sjedinjenih Američkih Država u smislu u kojem se taj termin upotrebljava u Ustavu Sjedinjenih Američkih Država. To nije vojni sud. To nije vojna komisija. To je međunarodni tribunal koji je uspostavio Međunarodni kontrolni savjet, visoka zakonodavna vlast četiri savezničke sile koje sada kontrolišu Njemačku (Zakon Kontrolnog saveta br. 10, 20. decembar 1945)... Tribunal primjenjuje međunarodno pravo. Njega ne obavezuje opšte zakonodavstvo Sjedinjenih Američkih Država...⁷¹

Apelacioni sud okruga Kolumbije u Sjedinjenim Američkim Državama potvrđio je ovaj stav u predmetu *Flick* sljedećim riječima:

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

S druge strane, Vojni sud Sjedinjenih Američkih Država u predmetu *Milch* utvrdio je da se „stalno mora imati na umu da je ovo američki sud koji primjenjuje odavno utemeljene i fundamentalne koncepte anglosaksonske sudske prakse“.⁷³

Nadalje, u predmetu *Pravosuđe*, u pogledu pitanja da li treba primjeniti nje-mačko pravo, Vojni sud Sjedinjenih Američkih Država utvrdio je:

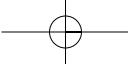
Činjenica da su četiri sile imale vrhovnu zakonodavnu vlast u upravi nad Njemačkom i za kažnjavanje ratnih zločinaca ne znači da se jurisdikcija ovog suda i u najmanjoj mjeri oslanja na njemačke zakone, prerogative ili suverenost. Mi zasedamo kao sud koji sva svoja ovlašćenja i nadležnost crpi iz volje i rukovodstva četiri okupatorske sile.⁷⁴

71 *Trial of Frederick Flick and Five Others* (predmet „Flick“), *Trials of War Criminals*, tom VI, str. 1188.

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

73 *Trial of Erhard Milch* (predmet „Milch“), *Trials of War Criminals*, tom II, str. 778.

74 *Trial of Joseph Alstotter and Others* (predmet „Pravosuđe“), *Trials of War Criminals*, tom III, str. 964.



Presude/Dražen Erdemović

Tužilaštvo tvrdi da su međunarodni sudovi primjenjivali međunarodno pravo. U usmenom izlaganju, zastupnik Tužilaštva iznio je sljedeće:

Vjerujem da se tim predmetima [predmetima o kojima se govori u tomu br. 15 Komisije za ratne zločine Ujedinjenih nacija] mora dati daleko veći značaj nego bilo kojoj nacionalnoj odluci utoliko što se u svim ovim predmetima primjenjivalo međunarodno pravo, iako su neke on njih vodili nacionalni sudovi okupatorskih sila. Sve četiri savezničke sile i 19 drugih zemalja potpisnica usvojile su ovlašćenje Kontrolnog savjeta broj 10, tako da se ono može smatrati za deo korpusa međunarodnog prava.⁷⁵

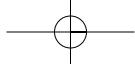
54. Ova gledišta navode određeni broj komentara. Kao prvo, u mjeri u kojoj su vojni sudovi poslije Drugog svjetskog rata uspostavljeni prema Statutu Nirnberškog suda ili Zakonu br. 10 Kontrolnog savjeta smatrani za međunarodne, to se ticalo jedino njihovog sastava, karaktera i nadležnosti. Istina je da je Apelacioni sud okruga Kolumbije u Sjedinjenim Američkim Državama, usvojivši stav da je priroda suda koji je vodio postupak protiv Flicka bila međunarodna, to učinio jedino u kontekstu utvrđivanja da li je taj sud imao ovlašćenje da izmjeni odluku nižeg suda i prihvati *habeas corpus*.

Nije postojala nikakva tvrdnja u smislu da su sudovi primjenjivali isključivo međunarodno pravo. Istina je da se Statutom Nirnberškog suda i dijelovima Zakona Kontrolnog savjeta br. 10, kojima se utvrđuje pravo koje će primjenjivati vojni sudovi, „deklarišu načela međunarodnog prava u cilju njegovog priznanja od strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija“⁷⁶. Ni Statut Nirnberškog suda iz 1945. niti Zakon Kontrolnog savjeta br. 10, međutim, ne sadrže nijednu odredbu koja se bavi pitanjem prinude bilo uopšteno ili kao odbrane za ubistvo nevinih osoba. Shodno tome, kada je trebalo da se ovi sudovi odrede prema tom konkretnom pitanju, oni su se, bez izuzetka, oslanjali na sudsku praksu sopstvenih nacionalnih pravosudnih sistema. Ovo dokazuje činjenica da su britanski vojni sudovi primjenjivali britansko pravo, dok su američki vojni sudovi primjenjivali američko pravo.

55. U svjetlosti gornje rasprave, naše je mišljenje da se u običajnom međunarodnom pravu ne može naći nijedno pravilo vezano za primjenljivost ili neprimjenljivost prinude kao odbrane za optužbu za ubistvo nevinih ljudskih bića. Vojni sudovi uspostavljeni poslije Drugog svjetskog rata nisu ustanovali takvo pravilo. Mi smatramo da odluke ovih sudova ili drugih nacionalnih sudova i vojnih sudova ne predstavljaju konzistentnu i jedinstvenu nacionalnu praksu koju potkrijepljuje *opinio juris sive necessitatis*.

75 Transkript žalbenog postupka, 26. maj 1997, str. 53.

76 Predmet Justice, *supra bel.* 74, tom III, str. 968.



Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

C. Opšta pravna načela koja priznaju civilizovane države (član 38(1)(c) Statuta Međunarodnog suda pravde)

56. Sada treba postaviti pitanje da li „opšta pravna načela koja priznaju civilizovane države“, ustanovljena kao izvor međunarodnog prava u članu 38 (1)(c) Statuta Međunarodnog suda pravde, mogu da donekle osvjetle ovo zamršeno pitanje prinude. Paragraf 58 izvještaja generalnog sekretara Ujedinjenih nacija, izloženog 3. maja 1993, izričito usmjerava Međunarodni sud na ovaj pravni izvor:

Sam Međunarodni sud će morati da donese odluku o različitim načelima odbrane koje mogu da oslobole osobu od individualne krivične odgovornosti, kao što su minimalne godine ili neuračunljivost, koje proističu iz opštih pravnih načela koje priznaju sve države.⁷⁷

Nadalje, član 14 Nacrta Kodeksa o zločinima protiv mira i bezbjednosti čovječanstva Komisije za međunarodno pravo propisuje:

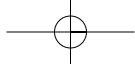
Nadležni sud će utvrditi prihvatljivost odbrane u skladu sa opštim pravnim načelima, u svjetlu karaktera svakog zločina.⁷⁸

57. Brojne stvari moramo uzeti u obzir jer utiču na našu analizu primjene „opštih pravnih načela koja priznaju civilizovane države“ kao izvora međunarodnog prava. Kao prvo, iako opšta pravna načela treba da proističu iz postojećih pravnih sistema, posebno iz nacionalnih pravnih sistema⁷⁹, opšte je prihvaćeno da izvlačenje „opšteg pravnog principa koji priznaju civilizovane države“ ne zahtjeva sveobuhvatan pregled svih pravnih sistema svijeta, budući da bi to bilo praktično neizvodivo i da to nikada nije bila praksa Međunarodnog suda pravde ili drugih međunarodnih sudova koji su pribjegli članu 38 (1)(c) Statuta Međunarodnog suda pravde. Kao drugo, po mišljenju eminentnih pravnika, uključujući Barona Descamps-a, predsjednika Savjetodavnog pravničkog komiteta o članu 38(1)(c), jedan od ciljeva ovog člana je da se izbjegne *non-liquet* situacija, odnosno situacija u kojoj je međunarodni sud blokirao uslijed nepostojanja primjenjivih zakon-

77 Izvještaj generalnog sekretara u skladu sa tačkom 2 rezolucije Savjeta bezbjednosti 808 (1993), UN dok. S/25704.

78 Izvještaj Komisije za međunarodno pravo o radu četrdeset osmog zasjedanja, 6. maj - 26. jul 1996, G. A. O. R., 51 zas., dod. br. 10, UN dok. A/51/10, str. 73.

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



Presude/Dražen Erdemović

skih pravila⁸⁰. Kao treće, „opšte načelo“ ne smije se mješati sa konkretnim manifestacijama tog načela u konkretnim pravilima. Kao što je utvrdila Italijansko-venecuelanska mješovita komisija za zahtjeve u predmetu *Gentini*:

Pravilo... je suštinski praktično i, štaviše, obavezujuće; postoje pravila umjetnosti, kao što postoje pravila vladavine, dok princip izražava opštu istinu, koja rukovodi našim djelovanjem, služi kao teorijska osnova za različita djela koja činimo u životu i čija primjena na stvarnost proizvodi datu posljedicu.⁸¹

U svjetlu ovih razmatranja, naš pristup nužno neće uključivati direktno poređenje konkretnih pravila svakog od svjetskih pravnih sistema, već će umjesto toga uključivati pregled onih jurisdikcija čija nam je sudska praksa pristupačna u naporu da razaznamo opšti pravac politike ili načelo koje leži u osnovi konkretnih pravila te juridikcije i koje se slaže sa predmetom i svrhom uspostavljanja Međunarodnog suda.

Kao što je lord McNair ukazao u svom izdvojenom mišljenju u predmetu *Jugozapadna Afrika*⁸²,

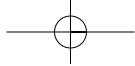
nikada se ne radi o tome da se u međunarodno pravo uvezu privatne pravne institucije „đuture“, već gotove i u potpunosti opremljene nizom pravila. Radi se pre o tome da se u institucijama privatnog prava nađu naznake pravne politike i načela koji su pogodni za rješavanje međunarodnog problema koji je iskrcao. Ono što međunarodni sudija ima pravo da primjeni prema stavu (c) nije konkretno ispoljavanje načela u različitim nacionalnim sistemima - koji u svakom slučaju imaju sve izglede da budu različiti - već opšti pravni koncept koji ih prožima. (naknadno podvučeno)

Na taj način, uobičajena praksa međunarodnih sudova jeste da se koristi opšte načelo u formulaciji pravnog pravila primjenjivog na činjenice iz konkretnog predmeta o kojem se vodi postupak. Ova praksa je najočiglednija u odnosu prema opštem principu „dobre vjere i pravičnosti“ u predmetima koji se vode pred Međunarodnim sudom pravde i Stalnim međunarodnim sudom pravde. Na primjer, u predmetima *North Sea Continental Shelf* koji su vođeni pred Međunarodnim sudom pravde, sud je uzeo u obzir „pravična načela“ kad je formulisao pravilo koje određuje granice priobalnih podvodnih grebena. U predmetu *Diversion of Water from the Meuse (Holandija protiv Belgije)* koji je vođen pred Stalnim sudom međunarodne pravde, sudija Hudson je, u svom izdvojenom mišljenju, nakon što je prihva-

80 *Ibid.*, str. 336.

81 Predmet *Gentini*, International Arbitral Awards, tom X, str. 551.

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



Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

tio da je pravičnost „opšte pravno načelo koje priznaju civilizovane države“, utvrdio:

Izgleda da je značajno načelo pravičnosti to da kada su dvije strane preuzele na sebe identičnu ili recipročnu obavezu, strani koja kontinuirano ne ispunjava tu obavezu ne treba da bude dozvoljeno da izvuče korist iz sličnog neispunjena te obaveze od druge strane.⁸³

U predmetu *Fabrika Chorzow (Meritum)*, Stalni sud je primjetio da je „načelo međunarodnog prava, pa čak i opšta koncepcija prava, to da bilo kakvo kršeće preuzete obaveze podrazumjeva obavezu da se to kompenzuje“⁸⁴.

U predmetu *Krfski kanal (Meritum)*, Međunarodni sud je utvrdio da

druga država, žrtva kršenja međunarodnog prava, često nije sposobna da pruži neposredne dokaze o činjenicama koje povlače za sobom odgovornost. Takvoj državi treba dozvoliti liberalnije služenje donošenjem zaključaka o činjenicama i posrednim dokazima. Ovi posredni dokazi dopušteni su u svim pravnim sistemima, a njihova upotreba priznata je u međunarodnim odlukama.⁸⁵

58. Da bismo stigli do opštег principa koji se tiče prinude, izvršili smo ograničeni pregled načina na koji se tretira prinuda u svjetskim pravnim sistemima. Ovaj pregled je nužno skroman u svom opsegu i ne predstavlja detaljnju komparativnu analizu. Njegov cilj je da, u mjeri u kojoj je to moguće, izvuče „opšte pravno načelo“ kao izvor međunarodnog prava.

1. Prinuda kao potpuna odbrana

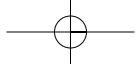
(a) Sistemi građanskog prava

59. Krivični zakonici sistema građanskog prava, sa nekim izuzecima, dosljedno priznaju prinudu kao potpunu odbranu za sva krivična djela. Krivični zakonici država građanskog prava propisuju da optuženi koji djeluje pod pritiskom „ne počinjava nikakvo krivično djelo“ ili „nema krivičnu odgovornost“ ili „neće biti kažnjen“. Primjetićemo da neki sistemi građanskog prava prave razliku između pojma nužde i pojma prinude. Smatra se da se nužda odnosi

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

84 Predmet *Chorzow Factry (Merits)* (1928), P. C. I. J., Series A, br. 17, str. 29.

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



Presude/Dražen Erdemović

na vanredne situacije vezane za dejstvo prirodnih sila. Smatra se, međutim, da se prinuda odnosi na primoravanje drugog ljudskog bića putem prijetnji. Tamo gdje sistem građanskog prava pravi ovu razliku, mi ćemo se baviti samo odredbama koje se tiču prinude.

Francuska

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

Nijedna osoba koja je djelovala pod uticajem sile ili prinude kojima nije mogla da se odupre nema krivičnu odgovornost.⁸⁶

Očigledno je na osnovu ovog člana da francuski zakon priznaje prinudu kao opštu odbranu koja vodi ka oslobođanju.⁸⁷ Efekat primjene ove odredbe je, figurativno govoreći, uništenje volje osobe pod prisilom.⁸⁸

Belgija

Belgijski Krivični zakonik iz 1867, član 71, propisuje:

Nema krivičnog djela ako je optuženi ili osumnjičeni bio neuračunljiv u vrijeme počinjenja djela, ili ako je bio primoran silom kojoj se nije mogao oduprijeti.⁸⁹

Ovo pravilo primjenjuje se na svako krivično djelo.⁹⁰ Da bi se utvrdila prinuda, kasacioni sud je utvrdio da slobodna volja zainteresovanog lica mora da bude ne samo oslabljena već potpuno uništена.⁹¹ Kao i u francuskom zakonu, prinuda koja proističe iz nečijeg sopstvenog djelovanja neće se prihvati kao prinuda.⁹²

86 „*Nest pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle na pu résister.*“ *Code Pénal* (94. izd., Dalloz, Pariz, 1996-97).

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

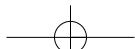
88 G. Stafani, G. Levasseur i B. Bouloc, *Droit penal general* (Dalloz, Pariz, 16. izd., 1997), str. 331.

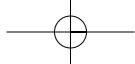
89 „*Il ny a pas d'infraction lorsque l'accusé ou le prévenu était en état de démence au moment du fait, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il na pu résister.*“

90 *Pasicrisie, Cour de Cassation*, 24. juna 1957, str. 1272.

91 *Ibid., Cour de Cassation*, 29. septembar 1982, str. 140.

92 *Ibid. Cour de Cassation*, 10. april 1979, tom I, str. 950.





Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

Holandija

Član 40 holandskog Krivičnog zakonika iz 1881. propisuje:

Osoba koja počini krivično djelo kao rezultat sile za koju se ne može očekivati da je mogla da joj se odupre [overmacht] nije krivično odgovorna.⁹³

Reč *overmacht* označava višu силу и понекад се prevodi као *force majeure*. Ovaj član primenjuje сe за optužbe за ubistva.⁹⁴ U nizozemskom zakonu, član 40 izgleda да обухвата како појам mentalne prinude⁹⁵ (prijetnje које надајују волју особе) тако и појам nužde⁹⁶.

Španjolska

U španjolskom Krivičnom zakoniku из 1995, član 20 propisuje да се krivična odgovornost optuženог укida ако је он приморан да почињи одређено djelo uslijed nesavladivog straha⁹⁷.

Njemačka

Odjeljak 35(1) njemačkog Krivičnog zakonika из 1975. (dopunjеног 15. маја 1987) propisuje:

Ukoliko почињи незаконито djelo да bi izbjegao neposrednu i inače neizbjegну opasnost po život, tjelesni integritet ili slobodu, bilo da se radi o njemu ili o nekome ko od njega zavisi ili o nekome ko je blisko vezan za njega, počinilac почињава djelo a da nije kriv. Ovo nije slučaj u okolnostima gdje se razumno može očekivati od почињoca da pretrpi rizik; ово се од njega može razumno očekivati ukoliko je on izazvao opasnost, или ако се налази у posebnoj pravnoj vezi u одно-

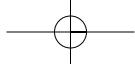
93 Holandski Krivični zakonik (preveli L. Rayar i S. Wadsworth, Rothman i Co., Littleton, Colorado, 1997), p. 73.

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

95 *Psychische overmacht*.

96 *Overmacht zijnde noodtoestand*.

97 „Nesavladiv strah“ je približan prijevod izraza „miedo insuperable“ koji se koristi u zakoniku i koji označava stanje psihičke uznemirenosti pod prijetnjom neposredne opasnosti: C. A. Landecho Velasco, S. J. i C. Molina Blasquez, *Derecho Penal Espanol* (Parte General) (5. izd., Tecnos, 1996), str. 382-83.



Presude/Dražen Erdemović

su na opasnost. U potonjem slučaju, njegova kazna može biti ublažena u skladu sa odjeljkom 49(1).⁹⁸

Italija

Član 54 italijanskog Krivičnog zakonika iz 1930. (dopunjeno 1987) propisuje:

- (1) Niko neće biti kažnjen za djela počinjena u stanju nužde da bi sačuvao sebe ili druge od realne opasnosti teške lične povrede, koja nije dobrovoljno izazvana niti se može izbjegći na drugi način, i za počinjena djela koja su srazmjerna povredama kojima je prećeno.
- (2) Ovaj član ne primjenjuje se na osobu koja ima zakonsku obavezu da se izlaže opasnosti.
- (3) Odredba iz prve tačke ovog člana takođe se primjenjuje ukoliko stanje nužnosti proističe iz prijetnje druge osobe; u tom slučaju, međutim, odgovornost za djela počinjena pod prinudom leži na onom ko je primorao na počinjenje tih djela.⁹⁹

Smatra se da se član 54(2) odnosi na moralno primoravanje koje proističe iz spoljnih uslova („constraint morale“). Pored toga, član 46 italijanskog Krivičnog zakonika predviđa:

Niko neće biti kažnjen za počinjenje djela pod prinudom od strane druge osobe u vidu fizičkog nasilja kojem se ne može oduprijeti ili koje je neizbjegno. U tom slučaju, odgovornost za djela počinjena pod prinudom leži na osobi koja vrši prinudu.

Član 46 je u kategoriji faktora koji negiraju subjektivni element krivične odgovornosti (*mens rea*)¹⁰⁰, za razliku od člana 54(2) koji opravdava *actus reus* i stoga negira objektivni element krivične odgovornosti. Nijedno krivično djelo nije izuzeto od dejstva ove dve odredbe.

Norveška

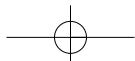
Stav 47 norveškog Opštег građanskog Krivičnog zakonika¹⁰¹, (dopunjeno 1. jula 1994), propisuje da:

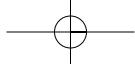
98 Prijevod Georgea Fletchera, *Rethinking Criminal Law* (Little, Brown and Company, Boston/Toronto, 1978), str. 833.

99 Giovanni Conso (ur.), *Codice Penale* (5. Izd., Giuffrč, Milano, 1987.), str. 33.

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

101 Akt br. 10 od 22. maja 1902, norveško Ministarstvo pravosuđa (1995).





Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

Nijedna osoba ne može da bude kažnjena za djelo koje je počinila da bi spasla neku osobu ili nečiju imovinu od neizbjegne opasnosti ako je okolnosti opravdavaju u tome što je smatrala da je ova opasnost posebno značajna u odnosu na štetu koja može da bude prouzrokovana njenim djelom.

Čini se da se pozivanje na prinudu, kao i na nuždu, može podvesti pod ovaj stav.¹⁰²

Švedska

Odjeljak 4 poglavla 24 švedskog Krivičnog zakonika predviđa odbranu na osnovu nužde [*nöd*]. *Nöd* obuhvata kako prirodne sile, tako i ljudske prijetnje¹⁰³. Odjeljak 4 propisuje:

Osoba koja u slučaju koji nije onaj o kome se govorilo prethodno u ovom poglavlu počini djelo iz nužde da bi izbjegla opasnost po život ili zdravlje, da bi spasla dragocjenu imovinu ili iz drugih razloga, takođe će biti oslobođena kazne ukoliko se djelo mora smatrati opravdanim s obzirom na prirodu opasnosti, na štetu izazvanu drugoj osobi i na opšte okolnosti.

Finska

Odjeljak 10 Krivičnog zakonika Finske¹⁰⁴ propisuje:

Ukoliko je neko počinio kažnjivo djelo da bi spasao sebe ili drugoga, ili svoju ili tuđu svojinu, od očigledne opasnosti, ili ako bi na drugi način bilo nemoguće izvesti spasavanje, sud će razmotriti, s obzirom na djelo i na okolnosti, da li će on ostati nekažnen ili zaslužuje punu kaznu ili kaznu smanjenu u skladu sa odjeljkom 2(1).

Venecuela

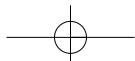
U venecuelanskom Krivičnom zakoniku iz 1964, član 65(4)¹⁰⁵ oslobađa krivične odgovornosti optuženog koji je djelovao pod prinudom (*constrenido*) radi

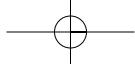
102 Johannes Andenaes, *The General Part of the Criminal Law of Norway* (preveo Thomas P. Ogle), (Sweet & Maxwell, London, 1965), str. 165-170.

103 Vidjeti Suzanne Wennberg, „Criminal Law“, *Swedish Law: a Survey* (ur. H. Tiberg, P. Sterzel, F. Cronhult., Jurisforlaget, Stockholm, 1994), str. 481.

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

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





Presude/Dražen Erdemović

potrebe da spase sebe ili druge od ozbiljne i neposredne opasnosti koja nije dobrovoljno izazvana i koja se ne može izbjegići¹⁰⁶.

Nikaragva

Član 28(5) nikaragvanskog Krivičnog zakonika iz 1974. (dopunjeno u julu 1994)¹⁰⁷ uklanja krivičnu odgovornost sa osobe „koja djeluje pod uticajem neodoljive fizičke snage ili je primorana prijetnjom neposredne i ozbiljne opasnosti“. Član 28(6) oslobađa osobu „koja je djelovala iz nužde da se sačuva od neposredne opasnosti koja se na drugi način ne može izbjegići, ako je okolnost bila takva da se nije moglo razumno očekivati da ona žrtvuje interes koji su bili pod prijetnjom“. Član 28(7) nalaže da, kako bi došlo do oslobađanja od odgovornosti za izvršenje određenog djela kojim se izbjegava zlo po cijenu prava drugih ljudi, zlo mora da bude realno i neposredno, kao i da je veće nego povreda nanesena počinjenim djelom.

Čile

U čileanskom Krivičnom zakoniku iz 1874. (dopunjeno 1994)¹⁰⁸, član 10(9) propisuje da će se krivična odgovornost skinuti sa osobe „koja počini krivično djelo usled neodoljive sile ili pod uticajem nesavladivog straha.“

Panama

U panamskom Krivičnom zakoniku iz 1982.¹⁰⁹ član 37 glasi:

Nema nikakve krivice na strani bilo koga ko djeluje pod prinudom ili prijetnjom realne i ozbiljne opasnosti, bez obzira da li je ona izazvana djelima treće osobe, ako se od njega nije razumno moglo očekivati da djeluje drugačije.

Meksiko

Prema meksičkog Krivičnom zakoniku iz 1931. (dopunjeno 1994),¹¹⁰ član

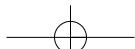
106 Slične odredbe mogu se naći u brazilskom krivičnom zakoniku iz 1969: pregled dat u prilogu podneska odbrane o prelimirarnim pitanjima, *Tužilac protiv Dražena Erdemovića*, predmet br. IT-96-22-A, Žalbeno vijeće, 16. maj 1997.

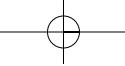
107 Ley de Código Penal de la República de Nicaragua (BITECSA, 1995).

108 Código penal (edición oficial, usvojen Dekretom br. 531 Ministarstva pravosuđa od 24. marta 1994) (Edición Jurídica de Chile, Santiago, 1995).

109 Código penal (Ministarstvo prosvete, Editorial Mizrachi & Pujol, S. A., Bogota, 7. izd., 1994).

110 Código penal para El Distrito Federal (Editorial Porrua, S. A., Meksiko, 56. izd., 1996).





Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

15 utvrđuje niz osnova za oslobađanje od krivice. Član 15(9) utvrđuje da nije došlo do počinjenja krivičnog djela kada se

s obzirom na okolnosti koje su prisutne u vršenju nezakonite radnje, od vršio-ca nije moglo razumno očekivati da drugačije djeluje, jer nije na njemu da odluči da djeluje u skladu sa zakonom...

Bivša Jugoslavija

Krivični zakonik Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije¹¹¹ odredio je opšte principe krivičnog prava, uključujući elemente krivične odgovornosti, a primjenjivan je u konstitutivnim republikama i autonomnim pokrajinama bivše Jugoslavije koje su savezni zakon dopunile sopstvenim krivičnim zakonodavstvom. U amandmanu na zakonik iz 1990.¹¹² član 10¹¹³ predviđa odbranu na osnovu krajnje nužde. Član 10 glasi:

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

(b) Sistemi common lawa

Engleska

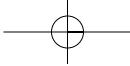
60. U Engleskoj, prinuda je potpuna odbrana za sva krivična djela sa izuzetkom ubistva, pokušaja ubistva i, čini se, izdaje¹¹⁴. Premda ne postoji nikakav pravni izvor u pogledu toga da li je prinuda primjenjiva u slučaju

111 Proglašen 29. septembra a stupio na snagu 28. juna 1977.

112 Proglašen u Službenom listu, 28. juna 1990.

113 Ovaj član identičan je sa članom 10 jugoslovenskog Krivičnog zakonika (Savezna Republika Jugoslavija (Srbija i Crna Gora)).

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



Presude/Dražen Erdemović

pokušaja ubistva, preovlađujući stav je da nema nikakvog logičnog, moralnog ili zakonskog razloga da se prihvati takva odbrana za optužbu za pokušaj ubistva dok se ona ne dopušta u slučaju optužbe za ubistvo.¹¹⁵

Sjedinjene Američke Države i Australija

Engleski stav da prinuda dejstvuje kao puna odbrana u pogledu krivičnih djela uopšte primjenjuje se u Sjedinjenim Američkim Državama i Australiji sa varijacijama u saveznim državnim jurisdikcijama u pogledu tačne definicije odbrane i opsega krivičnih djela za koja odbrana nije primjenjiva.¹¹⁶

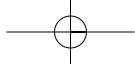
Kanada

Odjeljak 17 kanadskog Krivičnog zakonika bavi se „prinudom putem prijetnji“ i propisuje:

Osoba koja počini krivično djelo pod prinudom putem prijetnji smrću koja će odmah uslijediti ili tjelesnom ozljedom od strane osobe koja je prisutna kada se počinjava krivično djelo oslobađa se odgovornosti za počinjenje krivičnog djela ukoliko osoba vjeruje da će prijetnje biti ispunjene i ukoliko osoba nije učesnik u zavjeri ili član udruženja kojima bi bila izložena prinudi, ali ovaj odjeljak se ne primjenjuje u slučaju gde je krivično djelo koje je počinjeno veleizdaja ili izdaja, ubistvo, piratstvo, pokušaj ubistva, seksualni delikt, seksualni delikt uz korišćenje oružja, prijetnje trećem licu ili izazivanje tjelesne ozljede, teži oblik seksualnog delikta, prisilna otmica, uzimanje talaca, pljačka, oružani napad ili izazivanje tjelesne ozljede, teži oblik napada, nezakonito nanošenje tjelesne ozljede, podmetanje požara ili krivično djelo obuhvaćeno odjeljkom 280-330 (otmica i zatočeništvo mladih osoba).

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

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



Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

Južna Afrika

U mjerodavnoj studiji o Krivičnom zakonu Južne Afrike¹¹⁷ stoji:

Ponašanje koje inače podliježe krivičnoj odgovornosti nije kažnjivo ukoliko je, dok je trajalo, dotična osoba bila primorana na to prijetnjama koje su proizvele razuman i znatan strah da će smrt ili ozbiljna tjelesna povreda nje ili drugih sa kojima je ona u zaštitničkom odnosu, uslijediti odmah po njegovom odbijanju.

U južnoafričkom Zakonu nije rješeno pitanje da li prinuda pruža potpunu odbranu počiniocu ubistva s umišljajem¹¹⁸.

Indija

U indijskom Krivičnom zakonu iz 1960, dopunjrenom u martu 1991.¹¹⁹ odjeljak 94 propisuje:

Sa izuzetkom ubistva i krivičnih djela protiv države koja su kažnjiva smrću, djelo koje je počinila osoba koja je primorana da to učini putem prijetnji koje, u vrijeme počinjenja, razumno izazivaju strah da će, u protivnom, posljedica biti trenutna smrt te osobe nije krivično djelo: pod uslovom da se osoba koja počinjava djelo nije po sopstvenoj volji, ili iz razumnog straha da će biti povređena, ali ne i usmrćena, stavila u situaciju u kojoj će postati izložena mogućnosti ovakve prisile.

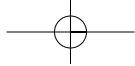
Malezija

Odjeljak 94 Krivičnog zakonika Ujedinjenih Malezijskih Država, koji se zasniva na indijskom Krivičnom zakoniku, glasi:

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

118 Činjenice vezane za često citirani predmet *State v. Goliath S. A. L. R.* (1972.) (3) 465 odnose se samo na sekundarnog počinjoca ubistva. Neki autori tvrde da „iako zakon neće spremno prihvati pozivanje na prinudu u slučaju ubistva i drugih gnušnih zločina“, odbrana je ipak teoretski primjenjiva u pogledu oduzimanja života nedužnih lica pod uslovom da je prijetnja bila neposredna i kontinuirana; da nije bilo mogućnosti da joj se utekne u najranijem mogućem trenutku; i da optuženi nije sa svoje strane kriv za postojanje uslova prinude: Gardiner & Landsdown, *ibid.*, str. 85.

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



Presude/Dražen Erdemović

Sa izuzetkom ubistva i krivičnih djela protiv države koja su kažnjiva smrću, djelo koje je počinila osoba koja je na to primorana prijetnjama koje, u vrijeme počinjenja djela, razumno izazivaju strah da će u protivnom posljedica biti trenutna smrt te osobe nije krivično djelo: pod uslovom da se osoba koja počinjuje djelo nije po sopstvenoj volji, ili iz razumnog straha da će biti povređena, ali ne i usmrćena, stavila u situaciju u kojoj će postati izložena ovakvoj prisili.

Strah od trenutne smrti, za razliku od zatvora, mučenja ili drugog kažnjavanja, uslov je za pozivanje na prinudu vezano za odjeljak o kojem će se raspravljati na sudovima¹²⁰.

Nigerija

U nigerijskom Krivičnom zakoniku iz 1916. (dopunjrenom 1990)¹²¹, odjeljak 32 propisuje:

Osoba nije krivično odgovorna za djelo ili propust ukoliko počini ili propusti da počini djelo u bilo kojoj od sljedećih okolnosti:

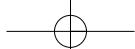
- ...
- (4) kada počini ili propusti da počini djelo da bi se spasla od trenutne smrti ili teške povrede kojima joj prijeti neka osoba koja je prisutna i u situaciji je da može da ispunji prijetnje, i koja vjeruje da je nesposobna da na drugi način izbjegne ispunjenje prijetnji: ova zaštita, međutim, ne obuhvata djelo ili propust koji bi mogli da predstavljaju krivično djelo kažnjivo smrću, ili krivično djelo u kojem je prouzrokovana teška povreda druge osobe, ili namjera da se prouzrokuje takva ozljeda, niti važi za osobu koja je ulaskom u nezakonito udruživanje ili zavjeru sebe izložila mogućnosti da dobije takve prijetnje.

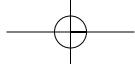
Japan

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

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

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





Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

Djelo koje se nije moglo izbjegći i koje je počinjeno da bi se izbjegla trenutna opasnost po život, osobu, slobodu ili svojinu date osobe ili bilo koje druge osobe nije kažnjivo jedino kada povreda prouzrokovana takvim djelom ne prevazilazi povredu koja se pokušavala izbjegći. Međutim, kazna za djelo koje prouzrokuje preteranu povredu može biti umanjeno ili ukinuto u svjetlosti okolnosti.¹²²

Kina

Kineski Krivični zakon iz 1979. propisuje u članu 13:

Iako djelo objektivno stvara štetne posljedice, ukoliko ono nije rezultat namjere ili nesmotrenosti, već radije proističe iz neodoljivih ili nepredvidljivih uzroka, ne smatra se da predstavlja krivično djelo.¹²³

Član 18 glasi:

Krivična odgovornost ne treba da se snosi za djelo spriječavanja neposredne opasnosti koje se jedino može preuzeti da bi se izbjeglo pojavljivanje trenutne opasnosti po javni interes ili prava počinjoca ili drugih ljudi. Krivična odgovornost snosiće se u slučajevima gdje sprečavanje neposredne opasnosti prevazilazi nužne granice i uzrokuje neprimjerenu povredu. Razmotriće se, međutim, u zavisnosti od okolnosti, mogućnost izricanja ublažene kazne ili oslobađanja od kažnjavanja.¹²⁴

Maroko

Član 142 marokanskog Krivičnog zakonika iz 1962. propisuje:

Nema krivičnog djela, prekršaja ili manjeg prestupa:

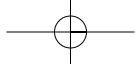
...
(2) kada je počinilac, uslijed okolnosti koja proističe iz spoljnog uzroka kojem se on nije mogao oduprijeti, bio fizički primoran da počini djela ili je bio fizički u položaju u kojem mu je bilo nemoguće da izbjegne [počinjenje] krivičnog djela.¹²⁵

122 Japansko Ministarstvo pravosuđa, *Criminal Statutes* (prijevod) (Tokio, bez datuma objavljenja).

123 R. H. Folsom, i J. H. Minan (eds.), *Law in the Peoples Republic of China* (Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1989), Aneks C, str. 997.

124 *Ibid.*, str. 998.

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



Somalija

Član 27 somalijskog Krivičnog zakonika iz 1962 propisuje:

1. Niko neće biti kažnjen za počinjenje djela pod prinudom koju vrši druga osoba putem fizičkog nasilja kojem je nemoguće oduprijeti se ili koje se ne može izbjegći.
2. Odgovornost za takva djela leži na osobi koja je izvršila prinudu [da se ona počine].

Etiopija

Izgleda da etiopijsko krivično pravo ostaje otjelotvoreno u Krivičnom zakoniku iz 1957. koji je proglašio car Haile Selasije.¹²⁶ Član 67 ovog Zakonika bavi se „apsolutnom prinudom“ i propisuje:

Bilo koja osoba koja počini krivično djelo pod absolutnom fizičkom prinudom koju ni na koji način nije mogla da izbjegne ne podliježe kažnjavanju. Osoba koja je vršila prinudu odgovaraće za krivično djelo. Kada je prinuda bila moralne vrste, sud može da bez ograničenja smanji kaznu ili da ne izrekne nikakvu kaznu.

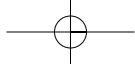
Član 68, koji se bavi pitanjem „prinude kojoj se može oduprijeti“, propisuje:

Ako prinuda nije bila takva da je nemoguće oduprijeti joj se i ako je dotična osoba bila u takvom položaju da je mogla da se oduprije ili da izbjegne počinjenje djela, opšte je pravilo da ta osoba podliježe kažnjavanju. Sud, međutim, može da smanji kaznu bez ograničenja, uzimajući u obzir okolnosti vezane za dati predmet, posebno stepen i prirodu prinude, kao i lične okolnosti i odnos snage, starosti ili zavisnosti koji postoji između osobe koja je podvrgnuta pri-nudi i osobe koja je vršila prinudu.

2. Prinuda kao olakšavajući faktor

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

126 Negarit Gazeta, (Addis Ababa, 1957), Proglas br. 158 iz 1957.



Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

Činjenica da su djelo ili propust bili izazvani prijetnjom, naredbom ili naređenjem ne oslobađa od krivične odgovornosti.

U takvom slučaju, sud može da ublaži kaznu uzimajući u obzir okolnosti vezane za počinioca i za djelo.¹²⁷

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

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

(a) Izuzeta krivična djela u nekim nacionalnim sistemima

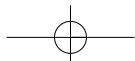
63. U brojnim nacionalnim jurisdikcijama, određena krivična djela izuzeta su od primjene odbrane na osnovu prinude. Tradicionalni *common law* sistemi odbacuju odbranu na osnovu prinude u slučaju ubistva i izdaje.¹²⁹ Zakonodavstva u mnogim jurisdikcijama *common lawa*, međutim, često predviđaju duži spisak izuzetih krivičnih djela¹³⁰.

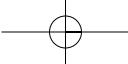
127 Citirano u *Law Reports*, *supra bel.* 43, tom XV, str. 174.

128 *Ibid.*

129 U Ujedinjenom Kraljevstvu, vidjeti *R. v. Howe and others* /1987/ 1 All ER 771 (HL), *R. v. Gotts* [1992] 2 AC 412. U Australiji, vidjeti *R. v. Brown* /1968/ SASR 467 (FC); *R. v. Harding* [1976] VR 129(FC); *R. v. McConnell* [1977] 1 NSWLR 714 (apelacioni krivični sud). U Sjedinjenim Američkim Državama, vidjeti *Rumble v. Smith*, 905 F. 2d. 176, 180 (8. Cir. 1990).

130 U Kanadi, prinuda nije odbrana za veleizdaju ili izdaju, ubistvo, piratstvo, pokušaj ubistva, seksualni delikt, seksualni delikt uz upotrebu oružja, prijetnju trećoj strani ili izazivanje tjelesne povrijede, teži oblik seksualnog delikta, prisilnu otmicu, uzimanje talaca, oružani napad ili izazivanje tjelesne povrijede, teži oblik napada, nezakonito izazivanje tjelesne povrijede, podmetanje požara ili krivično djelo prema odjeljcima 280-330 (otmica i zatočavanje mlađih osoba): odjeljak 17 kanadskog Krivičnog zakonika. Od jurisdikcija u Australiji koje imaju krivične zakonike, Tasmanija izuzima najveći broj krivičnih djela: ubistvo, pokušaj ubistva, izdaja, piratstvo, krivična djela za koja se smatra da su piratstvo, izazivanje teške tjelesne povrijede, silovanje, prisilna otmica, pljačka uz primenu nasilja, pljačka i podmetanje požara: Krivični zakonik (Tas), odjeljak 20(1). U Kvinslandu i Zapadnoj Australiji, lista je ista s tim što uključuje i krivična djela namjere da se izazove teška tjelesna povrijeda i ne uključuje silovanje, prisilnu otmicu, pljačku i podmetanje požara: Krivični zakonik (Qld), odjeljak 31(4); Krivični zakonik (WA), odjeljak 31(4). Prema Krivičnom zakoniku Sjeverne teritorije, izuzeta krivična djela su ubistvo, masakr i krivična djela čiji je element teška tjelesna oz-





Presude/Dražen Erdemović

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

Olakšavajuće okolnosti mogu da se odnose na težinu krivičnog djela i, posebno, mogu da odražavaju stepen krivice počinjoca. Jasno je utvrđeno u načelu i u praksi da će u slučajevima gdje je počinilac blizu toga da ima odbranu od krivične odgovornosti, to težiti da umanji težinu krivičnog djela. U predmetu *R. protiv Beaumonta*¹³¹, apelacioni sud smanjio je kaznu počinjoca jer je bio prijevarom naveden da počini krivično djelo, iako navođenje prijevarom po engleskom zakonu nije odbrana.

Slično tome, po australijskoj jurisprudenciji i praksi u vezi sa izricanjem kazne, stepen krivice počinjoca uzima se u razmatranje prilikom izricanja kazne. Odjeljak 9(2)(d) Zakona o sankcijama i kazni iz 1992. (Qld) nalaže da sud uzme u obzir „stepen krivice počinjoca za krivično djelo“. Odjeljak 5(2)(d) Zakona o izricanju kazne iz 1991. (Vic) govori o „počiniočevoj krivici i stepenu odgovornosti za krivično djelo“. U predmetu *R. protiv Okutgena*¹³², Viktorijanski krivični apelacioni sud smatrao je da provokacija predstavlja ublažavajući faktor u krivičnim djelima nasilja¹³³. U predmetu *R. protiv Evansa*¹³⁴, dat je kredibilitet načelu da kazna treba da odražava stepen učešća počinjoca u krivičnom djelu. Smatra se da stepen učešća odražava stepen krivice počinjoca.

U Sjedinjenim Američkim Državama, prinuda predstavlja posebnu kategoriju za ublažavanje kazni prema Saveznim smjernicama i opštim stavovima za izricanje kazni, objavljenim u skladu sa odjeljkom 994(a) poglavila 28 Zakonika Sjedinjenih Američkih Država, koji je stupio na snagu 1. novembra 1987. Opšti stavovi 5K2.12, „Primoravanje i prinuda“ propisuju:

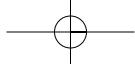
Ijeda ili namjera da se izazove takva ozljeda: Krivični zakonik (NT), odjeljak 40. U Indiji i Maleziji, izuzeta krivična djela su ubistvo i antidržavna djela kažnjiva smrću: odjeljak 94, indijski Krivični zakonik; odjeljak 94, Krivični zakonik Saveznih Malezijskih Država. U Nigeriji, krivična djela kažnjiva smrću i ona čiji je element teška tjelesna povrijeda ili namjera da se ona nanese: nigerijski Krivični zakonik, odjeljak 32.

131 *R. v. Beaumont* (1978) 9 Cr App R (s) 342.

132 *R. v. Okutgen* (1982) 8 A Crim R 262.

133 *Vidjeti takođe R. v. Pearce* (1983) 9 A Crim R 146 (CCA Vic).

134 *R. v. Evans* (1973) 5 SASR 183.



Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

Ako je branjenik počinio krivično djelo uslijed ozbiljnog primoravanja, učjene ili prinude, u okolnostima koje ne predstavljaju punu odbranu, sud može da umanji kaznu ispod primjenjivog opsega prema smjernicama. Opseg smanjenja u načelu treba da zavisi od razumnosti djelovanja branjenika i od mjere u kojoj bi ponašanje bilo štetno u okolnostima za kakve je branjenik vjerovao da postoje. Obično primoravanje biće dovoljno ozbiljno da bi omogućilo odstupanje jedino ako uključuje prijetnju fizičkom povrijedom, značajno oštećenje imovine ili sličnu povrijedu koja proističe iz nezakonitog djelovanja treće strane ili iz elementarne nepogode.¹³⁵

U Maleziji, odjeljak 186 Zakonika o krivičnom postupku pominje pojedinosti koje niži sudovi treba da unesu u zapisnik u disciplinskim suđenjima i, shodno paragrafu 176(ii)(r), jedna od pojedinosti koje moraju da budu unete u zapisnik je „sudska evidencija o prethodnim osudama, dokazi o karakteru, i pozivanje na olakšavajuće okolnosti, ako ih je bilo.“

Dosadašnja praksa Visokog suda u Maleziji bila je da, iako u statutu nema takvih odredbi, pruži priliku odbrani da se pozove na olakšavajuće okolnosti iako je u slučajevima u kojima je obavezna smrtna kazna, takvo pozivanje irelevantno.¹³⁶

65. Sudovi u jurisdikcijama građanskog prava takođe mogu da ublaže kaznu počinioca na osnovu prinude tamo gdje odbrana ne uspije. U nekim sistemima, pravo da se ublaži kazna na osnovu prinude izričito je utvrđeno u odredbama koje se tiču prinude.¹³⁷ U drugim jurisdikcijama u kojim je krivično pravo otjelotvoreno u krivičnom zakoniku, pravo da se ublaži kazna može se naći u opštim odredbama koje se tiču ublažavanja kazne.¹³⁸

3. Koje je opšte načelo?

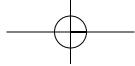
66. S obzirom na gornji pregled u vezi sa odnosom prema prinudi u različitim pravnim sistemima, po našem mišljenju, opšte pravno načelo koje priznaju civilizovane države je da optužena osoba snosi manju krivicu i da manje

135 Komisija za utvrđivanje kazni Sjedinjenih Američkih Država, Smjernice 1995.

136 M. K. Majid, *Criminal Procedure in Malaysia*, 1987.

137 Norveška, član 56 (1)(b) Opštег građanskog krivičnog zakonika; Finska, glava 3, odjeljak 10 Krivičnog zakonika Finske; Njemačka, odjeljak 35(1) njemačkog Krivičnog zakonika; bivša Jugoslavija, član 12(3) Krivičnog zakonika Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije; Japan, član 37(1) japanskog Krivičnog zakonika; Kina, član 18 kineskog Krivičnog zakonika; Etiopija, članovi 67 i 68 etiopskog Krivičnog zakonika.

138 Vidjeti, na primjer, Švedska, glava 29, odjeljak 3(5) švedskog Krivičnog zakonika; Italija, odjeljak 62-bis italijanskog Krivičnog zakonika; Belgija, član 79 belgijskog Krivičnog zakonika.

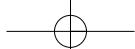


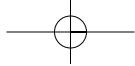
Presude/Dražen Erdemović

zaslužuje punu kaznu kada vrši određeno zabranjeno djelo pod prinudom. Izraz „prinuda“ u ovom kontekstu koristili bismo u značenju „neposrednih prijetnji po život optuženog ako on odbije da počini krivično djelo“ a ne kao pravne termine koji imaju ekvivalentno značenje engleskoj riječi „prinuda“ /duress/ u terminologiji većine kontinentalnih pravnih sistema. Ovo ublažavanje krivice ocigledno je u različitim pravilima sa različitom sadržinom u ključnim pravnim sistemima svijeta, kao što to pokazuje gornji pregled. S jedne strane, veliki broj jurisdikcija priznaje prinudu kao potpunu odbranu koja oslobađa optuženog od bilo kakve krivične odgovornosti. S druge strane, u drugim jurisdikcijama, prinuda ne predstavlja potpunu odbranu od krivičnih djela uopšte uzev, već služi samo kao faktor koji bi ublažio kaznu koja treba da se izrekne osuđenoj osobi. Ublažavanje je takođe relevantno u dva druga pogleda. Kao prvo, kazna može da bude ublažena za krivična djela za koja izričito ne važi odbrana na osnovu prinude u zakonodavstvima nekih jurisdikcija. Kao drugo, sudovi imaju ovlašćenje da ublaže kazne tamo gdje se striktni elementi odbrane na osnovu prinude ne zasnivaju na činjenicama. Tek kada nacionalni zakoni predviđaju obaveznu kaznu doživotne robije ili smrtnu kaznu za pojedina krivična djela se u nacionalnim pravnim sistemima ne uzima u obzir opšte načelo po kojem je osoba koja počini krivično djelo pod prinudom manje kriva i manje zaslužuje punu kaznu za to konkretno krivično djelo.

4. Koje pravilo primjeniti?

67. Pravila različitih svjetskih pravnih sistema su, međutim, umnogome nekonistentna u pogledu konkretnog pitanja da li prinuda pruža potpunu odbranu borcu optuženom za ratni zločin ili za zločin protiv čovječnosti koji uključuje ubijanje nevinih osoba. Kao što pokazuju opšte odredbe brojnih krivičnih zakonika koje su iznesene u gornjem tekstu, uopšteno govoreći, sistemi građanskog prava bi teorijski prihvatali prinudu kao potpunu odbranu za sva krivična djela uključujući ubistvo i protivzakonito ubijanje. S druge strane, postoje zakoni drugih pravnih sistema koji kategorički odbacuju prinudu kao odbranu za ubistvo. Kao prvo, konkretni zakoni koji se tiču ratnih zločina u Norveškoj i Poljskoj ne prihvataju prinudu kao potpunu odbranu, nego dozvoljavaju da se uzme u obzir samo radi ublažavanja kazne. Kao drugo, etiopijski Krivični zakonik iz 1957. propisuje u članu 67 da samo „apsolutna fizička prinuda“ može da predstavlja potpunu odbranu za krivična djela uopšte. U slučajevima gdje je prinuda „moralna“, što bismo mi protumačili kao da se odnosi na prinudu putem prijetnji, optuženi ima pravo samo na smanjenje kazne. Ovo smanjenje kazne može, gdje je to prikladno, da se proširi čak do potpunog oslobađanja počinjocu od kažnjavanja. Kao treće, sistemi common lawa širom





Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

svijeta, sa izuzetkom neznatne manjine jurisdikcija u Sjedinjenim Američkim Državama koje su bez rezervi usvojile odjeljak 2.09 Prijedloga krivičnog zakonika Sjedinjenih Američkih Država, odbacuju prinudu kao odbranu za ubijanje nevinih osoba.

(a) Sudska praksa određenih jurisdikcija građanskog prava

68. Dodali bismo da iako krivični zakonici većine jurisdikcija građanskog prava izričito ne prihvataju odbranu na osnovu prinude za krivična djela koja uključuju ubijanje nevinih osoba, krivični zakonici Italije¹³⁹, Norveške¹⁴⁰, Švedske¹⁴¹, Nikaragve¹⁴², Japana¹⁴³ i bivše Jugoslavije¹⁴⁴ zahtjevaju da postoji srazmjerost između štete prouzrokovane djelom optuženog i štete kojom je zaprečeno optuženom. Efekat ovog zahtjeva je da on ostavlja sudske prakse ovih jurisdikcija građanskog prava da odredi da li je ubistvo nevine osobe ikada srazmjerne prijetnji životu optuženog. Odluka o tom pitanju nije ključna za rješavanje ovog predmeta i dovoljno je reći da sudovi u određenim jurisdikcijama građanskog prava zaista mogu da konzistentno odbace prinudu kao odbranu od ubistva nevinih osoba po osnovi da zahtjev za srazmjernošću koji postoji u odredbama koje se tiču prinude nije ispunjen¹⁴⁵. Na primjer, sudska praksa Norveške ne dopušta prinudu kao odbranu za ubistvo. U toku posljednjih mjeseci Drugog svjetskog rata, tri norveška policijaca bila su primorana da učestvuju u egzekuciji jednog sunarodnika kojeg je nacistički specijalni sud osudio na smrt. Posle rata, oni su krivično gonjeni prema norveškom Opštem građanskom krivičnom zakoniku za izdaju (paragraf 86) i ubistvo (paragraf 233) i pozvali su se na prinudu (paragraf 47) u svojoj odbrani. Pred sudom su tvrdili da bi, da su odbili da izvrše naređenje, bili strijeljani zajedno sa osuđenom osobom. Iako je sud prihvatio verziju činjenica koju su optuženi iznijeli, ipak je odbio da njihov čin proglaši „zakonitim“ i utvrdio:

139 Član 54, italijanski Krivični zakonik.

140 Paragraf 47, norveški Opšti građanski krivični zakonik.

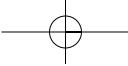
141 Odjeljak 4, glava 24, švedski Krivični zakonik.

142 Član 28(6), Krivični zakonik Nikaragve.

143 Član 37(1), japanski Krivični zakonik.

144 Član 10(2), Krivični zakonik Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije.

145 *Vidjeti*, na primjer, *Italija protiv Ericha Priebkea*, vojni sud u Rimu, podneto 13. septembra 1997. Sud nije isključio mogućnost odbrane na osnovu prinude ali je odbacio na osnovu činjenica. On je primjetio da bi: „... očigledan nedostatak srazmjernosti između opasnosti od koje se navodno strahovalo i djela koje je optuženi navodno bio primoran da počini kao rezultat takvog straha predstavljao nesavladivu prepreku uspješnom pozivanju na odbranu na osnovu prinude“, str. 57 presude vojnog suda u Rimu. (prevod sudsije Cassesea)



Presude/Dražen Erdemović

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

Dugim riječima, norveški sud je smatrao da uslov srazmernosti naveden u članu 47 između zla izazvanog djelom optuženog i štete kojom je prečeno optuženima nije bio ispunjen. U skladu sa tim, uprkos opštoj primjenljivosti paragrafa 47 na sve zločine u skladu sa zakonom, činilo bi se da će norveški sud u tumačenju ove opšte odredbe odbaciti odbranu osobe optužene za ubistvo zato što paragraf 47 zahtjeva da okolnosti pruže opravdanje optuženom za „smatranje da je opasnost izuzetno značajna u odnosu na štetu koja bi mogla da bude izazvana njegovim činom“.

69. Pored toga, odredbe kojima se reguliše prinuda u krivičnom zakoniku Njemačke i bivše Jugoslavije sugerisu da je moguće u slučaju vojnika u oružanom sukobu, za razliku od običnih osoba, odbaciti tu potpunu odbranu zbog posebne prirode njihovog zanimanja. Odjeljak 35(1) njemačkog Krivičnog zakonika propisuje da prinuda nije odbrana „ako se pod datim okolnostima može razumno očekivati od počinjoca da preuzme rizik; ovo se od njega može razumno očekivati ... ako je on u posebnom pravnom odnosu prema opasnosti. U potonjem slučaju, njegova kazna može da bude ublažena u skladu sa odjeljkom 49(1)“. Član 10(4) Krivičnog zakonika Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije propisuje da „ne postoji krajnja nužda u slučaju gdje je počinilac imao obavezu da se izloži opasnosti“ /prevod s engleskog/.

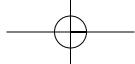
(b) Načelo koje stojiiza odbijanja prinude kao odbrane za ubistva u common lawu

70. Ubistvo se bez izuzetka nalazi u svim spiskovima krivičnih djela za koja se u zakonodavstvima sistema *common lawa* isključuje mogućnost odbrane na osnovu prinude. Englesko pravilo *common lawa* je da prinuda nije odbrana za ubistvo, ni za glavnog počinjoca ni za sporednog učesnika u krivičnom djelu. Gornji dom je u predmetu *R. v. Howe et al.*¹⁴⁷ opovrgao prethodnu odluku Gornjeg doma drugačijeg sastava u predmetu *Lynch v. DPP for Northern Ireland*¹⁴⁸ u kojoj je ocjenjeno da prinuda može da bude odbrana za počinio-

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

147 *R. v. Howe and others* [1987] 1 All ER 771.

148 *Lynch v. DPP for Norhthern Ireland* [1975] AC653.



Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

ca običnog ubistva. Tako se predmetom *R. v. Howe* engleski pravni sistem vratio na tradicionalni stav da prinuda, uopšte uzev, ne predstavlja odbranu za ubistvo. Ovaj stav ima dva aspekta. Prvi je odlučno odbacivanje stava u engleskom pravu da prinuda uopšte uzev, utiče na dobrovoljnost *actus rea* ili *mens rea*¹⁴⁹. U predmetu *R. v. Howe*, Lord Hailsham je utvrdio na stranici 777:

Drugo neprihvatljivo stanovište je da se, možda uslijed pogrešnog tumačenja nekih presuda, prinuda kao odbrana tiče samo postojanja ili odsustva *mens rea*. Pravi stav utvrđen je u predmetu *Lynchs* [1975] 1 AC 653 u 703 od strane lorda Kilbrandona (u manjini) i lorda Edmund-Daviesa (u većini) u njihovoj analizi. Lord Kilbrandon je rekao:

„... odluka osobe kojoj je prečeno i čija je postojanost savladana do te mjere da ona popusti pod prijetnjom, sračunata je odluka da učini ono za šta zna da je pogrešno, te je stoga odluka čoveka koji ima „svijest o krivici“, možda u nekoj izuzetno ograničenoj mjeri...“

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

„analogni rezultat postiže u kontekstu građanskog prava: prinuda ne uništava volju, na primjer, da se zaključi ugovor, ali spriječava da pravo prihvati to što se desilo kao ugovor koji je zakonski važeći“.¹⁵⁰

Zanimljivo je primjetiti da ovo gledište o prinudi dijeli i italijanski kasacioni sud u predmetu *Bernardi i Randazzo*, gdje je utvrđeno da

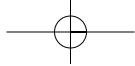
/prinuda/ ostavlja netaknutim sve elemente krivične odgovornosti. Osoba o kojoj se radi djeluje sa smanjenom slobodom odlučivanja, ali djeluje dobrovoljno da bi izbjegla neposrednu i neizbežnu ozbiljnu opasnost za svoj život i fizički integritet.¹⁵¹

71. S obzirom da se u *common lawu* smatra da prinuda ne negira *mens rea*, primjenljivost odbrane zavisi od pitanja da li, uprkos elementima krivičnog

149 U Australiji, krivični apelacioni sud Južne Australije ustanovio je u predmetu *Palazoff v. R* (1986)23 A Crim R 86 str. 88: „Zakon govori o čovjeku koji djeluje pod prinudom kada je njegova volja nadvladana tuđom, ali to ne znači da je njegov čin nevoljan ili nemjeran...“ Vidjeti takođe *Tan Hoi Hung v. Public Prosecutor* [1966] 1 M. L. J. 288 str. 289-290 kako navodi Thomson L. P. na saveznom sudu u Johore Bahru u Maleziji.

150 *Lynch v. DPP for Northern Ireland* /1975/ AC 653 str. 680.

151 Italijanski kasacioni sud, 14. jul 1947, bilješka u *Rivista penale* (1947), str. 921-922. (prijevod na engleski sudije Cassesea)



Presude/Dražen Erdemović

djela koji su strogo utvrđeni, treba opravdati ili oprostiti ponašanje branjenika. Drugi aspekt stava *common lawa* protiv prihvatanja prinude kao odbrane od ubistva jeste utvrđivanje moralnog apsoluta u zakonu. Ovaj moralni element stalno je istican u nizu pravnih izvora engleskog prava i prihvaćen je od strane sudova u drugim jurisdikcijama *common lawa* kao osnova za odbacivanje prinude kao odbrane za ubistvo¹⁵². Zaista, odluke britanskih vojnih sudova u predmetu *Stalag Luft III* i *Feurstein* zasnivale su svoje odbacivanje prinude kao odbrane za ubistvo baš na toj tvrdnji.

U predmetu *Hales Pleas of the Crown*, autor kaže:

... ako je čovek divljački napadnut i nalazi se u životnoj opasnosti i mora da umiri bijes svog napadača tako što će ubiti prisutnu nedužnu osobu, ako to djelo počini, strah i primjenjena sila ne mogu ga oslobođiti odgovornosti za zločin ubistva i odgovarajuće kazne; jer je trebalo radije da i sam pogine nego da ubije nedužnu osobu...¹⁵³

Blackstone je smatrao da čovjek pod prinudom

treba radije sam da umre nego da umakne zahvaljujući ubistvu nevine osobe.¹⁵⁴

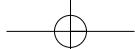
Lord Griffiths u predmetu *R. v. Howe*¹⁵⁵ ovako formuliše obrazloženje:
Ono [odbacivanje prinude kao odbrane za ubistvo] se zasniva na posebnoj svjetinji koju zakon pridaje ljudskom životu i koja poriče čovjeku pravo da oduzme nevin život čak i po cenu sopstvenog ili tuđeg života.

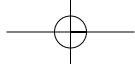
152 U Sjedinjenim Američkim Državama, tradicionalni pristup *common lawa* obično se slaže sa engleskim pravnim izvorima i kategorički odbacuje prinudu kao odbranu za optužbu ubistva s umišljajem: *Rumble v. Smith*, 905 F. 3d 176. 180 (8. Cir. 1990); *R. I. Rekreation Center Inc. v. Etna Acasualty & Sur. Co.*, 177 F.2d 603, 605 (1. Cir. 1949), gdje je sud rekao: „Čini se da je ustanovljeno ... da iako prinuda ili nužda nikada neće opravdati oduzimanje života nedužne osobe, biće opravdanje za manje zločine“; *Thomas v. State*, 246 Ga 484, 486, 272 S.E.2d.68, 70 (1980) gdje se utvrđuje da [je] „pristup *common lawa* [da] osoba treba radije sama da umre nego da ubije nedužnu žrtvu“. Preovlađujući stav u Sjedinjenim Američkim Državama da prinuda nije odbrana od ubistva s umišljajem na najbolji način pokazuje odbacivanje od strane velike državnih jurisdikcija odjeljka 2.09 Modela krivičnog zakonika koji dopušta prinudu kao opštu odbranu od svih zločlna uključujući ubistvo. Što se tiče zakona u australijskim državama bez krivičnog zakonika vidjeti *R. protiv Browna* [1968] SASR 467 (FC); *R. v. Harding* [1976] VR 129 (FC); *R. v. McConnell* [1977] 1 NSWLR 714 (CCA).

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

154 *Blackstones Commentaries on the Laws of England* (4 Bl Com (1857 ed) 28).

155 *R. v. Howea and Others* [1987] 1 All ER 771 str. 785.





Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

Lord Mackay od Clashferna u istom predmetu je rekao:

Čini mi se da je jasno da razlog što su autoriteti toliko dugo tvrdili da odbrana na osnovu prinude nije primjenjiva za optužbu za ubistvo leži u izuzetnom značaju koji je zakon pridavao zaštiti ljudskog života i što se činilo gnušnim da zakon treba da prizna bilo kojem pojedincu i u bilo kojim okolnostima, ma koliko one bile ekstremne, pravo izbora da jedna nevina osoba treba da bude ubijena radije nego druga¹⁵⁶.

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

Razlog zbog kojeg se za prinudu toliko dugo tvrdilo da nije primjenjiva kao odbrana za optužbu za ubistvo je taj što zakon smatra da je svjetinja ljudskog života i njegova zaštita od vrhunskog značaja... Složio bih se sa lordom Griffittsom (Reg. v. Howe /1987/ AC 417, 44A) da ne treba učiniti ništa što bi na bilo koji način podrilo najvišu dužnost zakona da se zaštite sloboda i životi onih koji žive pod tim zakonom... ¹⁵⁷

(c) Ne postoji konzistentno pravilo u glavnim svjetskim pravnim sistemima

72. Jasno je na osnovu različitih stavova glavnih svjetskih pravnih sistema, da ne postoji nikakvo konzistentno konkretno pravilo koje daje odgovor na pitanje da li prinuda predstavlja odbranu za ubistvo nevinih osoba. Nije moguće pomiriti suprotne stavove i zaista, mi ne vjerujemo da to pitanje treba svesti na sukob između *common lawa* i građanskog prava.

Mi bismo stoga pristupili ovom problemu imajući u vidu konkretan kontekst u kojem je uspostavljen Međunarodni sud, vrste krivičnih djela za koja je nadležan i činjenicu da je prema Statutu mandat Međunarodnog suda vezan za „teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava“.

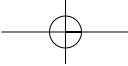
D. Pravilo primjenjivo u ovom predmetu

1. Normativan mandat međunarodnog krivičnog prava

73. Prihvatomo tvrdnju Tužilaštva iznetu na raspravi od 26. maja 1997. da čak u ... scenariju u kojem oduzimanje jednog života može da spase deset njih ... pravno gledano mogu postojati razlozi da se ne prihvati potpuna odbrana

156 *Ibid*, str. 798.

157 *R. v. Gots* [1992] WLR 284, str. 292-3.



Presude/Dražen Erdemović

već da se nedostatak moralnog izbora kompenzuje na druge načine kao što je izricanje kazne. Mislim da je upravo ovo rezonovanje koje je u biti stava *common lawa* ... nema nikakvog kategoričnog razloga da se kaže da prinuda nužno mora biti primjenjivana. To se može i ne mora zasnovati na nečijim očekivanjima oko toga šta je razumno u datim okolnostima, kao i na očekivanjima u pogledu štete koju uspostavljanje ovakve odbrane može da prouzrokuje za takvo društvo u cjelini.¹⁵⁸

Naravno da je izbjegavanje štete za društvo koju bi prouzrokovalo prihvatanje ili dopuštanje prinude kao odbrane za ubistvo bilo umnogome u osnovi razmatranja na kojima se zasniva engleski stav. Citirali bismo lorda Simona u predmetu *Lynch v. DPP for Northern Ireland* gdje je rečeno:

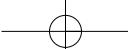
Govorio sam o društvenom zlu koje može da proprati prihvatanje opšte odbrane na osnovu prinude. Zar to ne bi omogućilo vođi bande čuvenog po brutalnosti da na svoju terorističku organizaciju prenese imunitet od krivične odgovornosti? Svaki član te bande sigurno bi mogao da kaže govoreći istinu „Neposlušnost bi me koštala života“. Nije li ovo bila suština onoga na šta se pozvao podnositac žalbe? Mi, uopšteno govoreći, ne dopuštamo da nadređeni oficir takav imunitet prenese na svoje potčinjene time što će se oni odbraniti da su se morali povinovati narednjima: zašto bismo to dozvolili teroristima? Takođe se ne čini da bi bilo dovoljno reći da se niko ko je sebe doveo u situaciju u kojoj se nad njim može vršiti prinuda ne može pozvati na prinudu. Nije li već njegov početni angažman i pristupanje bandi proistekao iz terorizma? Da li bi bilo pravedno isključiti mogućnost odbrane na osnovu prinude na temelju toga što je njen subjekt trebalo da traži policijsku zaštitu, ako je policija bila nesposobna da mu garantuje imunitet ili ako se razumno vjerovalo da je sama saradnja sa policijom garancija u odnosu na fizičku kaznu? ... Po mom mišljenju, časne sudije bi trebalo da dugo oklevaju da ne bi dali *carte blanche* teroristima, vođama bandi i otmičarima.¹⁵⁹

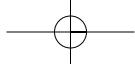
74. Većina članova vrhovnog vijeća u predmetu *Abbot v. The Queen* je primjetila:

Izgleda da gospoda lordovi nalaze da je nevjerovatno da se u bilo kom civilizovanom društvu, za djela poput onog koje je počinio podnositac žalbe, ma kojim prijetnjama da je bio podvrgnut, može smatrati da su oprostiva ili da ulaze u zakonske okvire. Mi ne živimo u svijetu snova u kojem se rastući talas nasilja i terorizma može obuzdati samo putem čiste logike i intelektualnog

158 Transkript žalbenog postupka, 26. maj 1997, str. 69.

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





Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

cjepidlačenja. Zdrav razum sigurno da otkriva dodatne opasnosti kojima bi u ovom savremenom svijetu društvo bilo izloženo ako bi [prinuda postala odbrana od ubistva] ... [a ovo] bi moglo da ima dalekosežne i katastrofalne posljedice po javnu bezbjednost, da i ne govorimo o značajnim sociološkim, etičkim, a možda i političkim implikacijama.¹⁶⁰

U svom *opus classicum* o krivičnom zakonu u Engleskoj, Stephen je ukazao na sljedeće:

Naravno da upravo u trenutku kada je iskušenje da se počini krivično djelo najveće, zakon treba da se najjasnije i najdecidirane izjasni protiv toga. Nesreća je, naravno, ako čovek treba da bude stavljen između dve vatre [odnosno da ga onaj koji mu prijeti ubije ukoliko se ne povinuje, ili da ga zakon osudi ako se povinuje], ali bila bi još mnogo veća nesreća za društvo uopšte ako bi kriminalci mogli da prenesu status nekažnjivosti na svoje agente time što će im prijetiti smrću ili nasiljem ako odbiju da izvrše komande. Ako bi se na taj način mogla obezbjediti nekažnjivost, time bi se široko otvorila vrata dosluhu, i dalo bi se ohrabrenje zločinačkim udruženjima, bilo da su tajna ili ne. Nema nikakve sumnje da je moralna krivica osobe koja počini zločin pod pravdom manja nego osobe koja to učini po slobodnoj volji, ali se ova okolnost može uzeti u obzir, ukoliko se to smatra putem srazmjerne ublažavanja kazne počiniocu.¹⁶¹

Opredjeljenje za pragmatičan pristup koji ima u vidu normativni cilj krivičnog zakona umjesto pristupa koji je zasnovan isključivo na apstraktnom opštem rezonovanju iskazan je na nekonvencionalan ali efikasan način u *Dejvi Govindiji* vođenog u Bombaju gde je sudija Jardin primjetio:

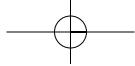
Sve naše pravosudno obrazovanje, sve velike odluke, čine da sa nesimpatijom gledamo na svaku teoriju koja olakšava počinjenje krivičnih djela i opravdava okrutnosti... Naši sudovi ne podliježu nikakvoj obavezi da raspravljaju o različitim motivima zločina kao o nečem metafizičkom - sjedeći poput palih anđela i razmišljajući iz visine o:

„Providenju, predskazanju, volji i sudbini.
Predodređenoj sudbini, slobodnoj volji apsolutnom predskazanju,
I nisu našli kraja lutanju lavirintima“.¹⁶²

160 *Abbott v. The Queen* [1977] AC 755, str. 766-67.

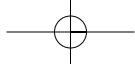
161 Ser J. Stephen, *History of the Criminal Law of England* (1883), tom 2, str. 107-108; citirano u predmetu *Abbott v. The Queen* [1977] AC 755, str. 768.

162 *Devji Govindiji* (1895) 20 Bom 215, 222, 223.



Presude/Dražen Erdemović

75. Snažna poenta u ovim riječitim odlomcima je da zakon ne treba da bude proizvod ili rob logike ili intelektualnog cjepidlačenja, već mora da služi širim normativnim svrhama u svjetlosti svoje socijalne, političke ili ekonomiske uloge. Vrijedi primjetiti da su autoriteti koje smo upravo citirali iskazali svoj oprez u pogledu društva u svojoj zemlji u pogledu niza uobičajenih krivičnih djela, uključujući kidnapovanje, fizički napad, pljačku i ubistvo. Zadržavajući komentare o tome šta je odgovarajuće pravilo u nacionalnim kontekstima, ne možemo a da ne naglasimo da se mi u Međunarodnom судu ne bavimo uobičajenim nacionalnim krivičnim djelima. Djelokrug rada Međunarodnog suda tiče se ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti koji su počinjeni u oružanim sukobima ekstremne nasilnosti nečuvenih dimenzija. Mi se ne bavimo akcijama domaćih terorista, vođa bandi i otmičara. Mi želimo da omogućimo da, kod najgnusnijih zločina koje poznaje čovječanstvo, zakonska načela u koja vjerujemo imaju odgovarajući normativni efekat na vojnike koji nose oružje i komandante koji im rukovode u situacijama oružanog sukoba. Činjenice u ovom konkretnom predmetu su, na primjer, uključivale hladnokrvni masakr 1200 muškaraca i dječaka koji su izvršili vojnici koristeći automatsko oružje. Moramo da imamo na umu da mi funkcionišemo u okviru međunarodnog humanitarnog prava čiji je jedan od glavnih ciljeva zaštita slabih i nezaštićenih u situaciji u kojoj su njihovi životi i bezbjednost dovedeni u opasnost. Bojazni vezane za štetu koja može proisteći iz prihvatanja prinude kao odbrane od ubistva bile su dovoljne da ubijede većinu u Gornjem domu i Vrhovnom vijeću da kategorički odbace tu odbranu u nacionalnom kontekstu da bi spriječili porast domaćeg kriminaliteta i nekažnjivost zločinaca. Da li su one sada nedovoljne da nas ubijede da na sličan način odbacimo prinudu kao potpunu odbranu u našoj primjeni zakona čija je svrha da uzmu u obzir humanitarne bojazni u areni brutalnog rata, da kazne počinioce zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina i da odvrate od počinjenja takvih zločina u budućnosti? Ako nacionalni zakon ne prihvata prinudu kao odbranu za ubistvo nevinih osoba, međunarodno krivično pravo mora da i samo prihvati takvo opredjeljenje, budući da se ono često bavi daleko gorim ubistvima. Ako nacionalno pravo ne prihvata prinudu kao odbranu čak i u predmetu u kojem je ugašen jedan jedini nedužni život uslijed djelovanja pod prinudom, međunarodno pravo, po našem mišljenju, ne može da dopusti prinudu u slučajevima koji uključuju masakr nevinih ljudskih bića većih razmjera. Naša briga mora da bude da olakšamo razvoj i efektivnost međunarodnog humanitarnog prava i da promovišemo njegove ciljeve i primjenu priznajući normativno dejstvo koje krivični zakon treba da ima u odnosu na one koji su mu podvrgnuti. Zaista, Rezolucijom Saveta bezbjednosti 827 (1993) ustanovljen je Međunarodni sud izričito kao mjera da bi se „zaustavila i efikasno ispravila“ rasprostranjena i flagrantna kršenja međunarodnog krivičnog prava do kojih



Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

dolazi na teritoriji bivše Jugoslavije i da bi se na taj način dao doprinos ponovnom uspostavljanju i očuvanju mira.

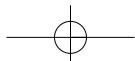
76. Moglo bi se tvrditi da iako jurisdikcije građanskog prava dopuštaju prirodu kao odbranu za ubistvo, ne postoje dokazi da su zločini poput ubistva i terorizma rasprostranjениji u ovim društвima nego u jurisdikcijama *common lawa*. Ne možemo da prihvatimo taj argument. Nas pre svega zanima oružani sukob u kojem su životi civila, životi onih koji su najnezaštićeniji, izloženi velikom riziku. Iсторијски zapisi, iz proшlosti ili skorašnji, koji se tiču oružanog sukoba daju nebrojene primjere prijetnji kojima su nadređeni izvrgavali svoje borce kada su bili suočeni sa oklijevanjem ili odbijanjem boraca da izvrše naređenja i da počine djela kojima se jasno krši međunarodno humanitarno pravo. Ne može se poreći da su u oružanom sukobu učestalom situacija u kojoj su osobe prinuђene da počine zločine i težina zločina koje su prinuđeni da počine daleko veće nego u mirnodopskom unutarđavnom okruženju.

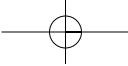
77. Opšti obziri primoravaju zakonodavstvene organe većine jurisdikcija *common lawa* da odbranu na osnovu prinude izuzmu ne samo u slučaju ubistva, već i u slučaju širokog niza krivičnih djela ne ulazeći u kompleksno i zamršeno ispitivanje odnosa između zakona i morala. Kao što je pokazano u pregledu odnosa prema prinudi u različitim pravnim sistemima, *common law* u Engleskoj ne prihvata prinudu kao odbranu ne samo za ubistvo već i za određene teže oblike izdaje. U Maleziji, prinuda nije primjenjiva kao odbrana u pogledu ne samo ubistva, već i brojnih antidaržavnih krivičnih djela koja su kažnjiva smrću.¹⁶³ U državama Australije koje imaju krivične zakonike, zakonske odredbe sadrže listu izuzetih krivičnih djela, pri čemu krivični zakonik Tasmanije ima najdužu listu, i ne prihvata tu odbranu za osobe optužene za ubistvo, pokušaj ubistva, izdaju, piratstvo, krivična djela za koja se smatra da su piratstvo, prouzrokovanje teške tjelesne ozljede, silovanje, nasilnu otmicu, pljačku sa primjenom nasilja, pljačku i podmetanje požara.¹⁶⁴ Zakonodavstva koja ne dopuštaju prinudu kao odbranu za određena krivična djela ograničavaju se, dakle, na to da ostave da se interes pravde zadovolji ublažavanjem kazne.

78. Mi ne smatramo da je to što pominjemo opшtopolitičke obzire neprikladno. Bilo bi naivno vjerovati da Međunarodni sud funkcioniše i razvija se potpuno odvojeno od razmatranja vezanih za pitanja socijalne i ekonomске poli-

163 Odjeljak 94, glava 45, Krivični zakonik Saveznih Malezijskih Država, *The Laws of the Federated Malay States*, tom II, str. 935.

164 Krivični zakonik (Tas), odjeljak 20(1).





Presude/Dražen Erdemović

like. Postoji stav da međunarodno pravo treba da se udalji od socijalne politike i to je stanovište artikulisao Međunarodni sud pravde u predmetima *Jugozapadna Afrika*¹⁶⁵, gdje se navodi da „zakon postoji, kaže se, da bi služio socijalnoj potrebi; ali upravo iz tog razloga on to može da čini jedino kroz sopstvenu disciplinu i u okviru njenih granica“. Naše je mišljenje da je ovo odvajanje od zakona socijalne politike neprikladno u odnosu na primjenu međunarodnog humanitarnog prava na zločine koji se vrše u doba rata. Nama je jasno da ma koja bila distinkcija između međunarodnog pravnog poretku imunicipalnih pravnih poredaka uopšte uzev, ta je razlika nesavršena u pogledu krivičnog prava koje je, kako na međunarodnom, tako i na municipalnom nivou, usmjereno ka konzistentnim ciljevima. Na opštinskom nivou, krivično pravo i politika borbe protiv kriminala blisko su isprepleteni. Nema razloga zašto bi ovo trebalo da bude iole različito u međunarodnom krivičnom pravu. Mi se priklanjamamo stanovištima profesora (u to vrijeme) Rosalyn Higgins koja je rekla:

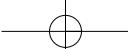
Pozivanje na „ispravno pravno gledište“ ili „pravila“ nikada ne može da izbjegne element izbora (iako može da pokuša da ga prikrije), niti može da pruži smjernice za bolju odluku. Prilikom pravljenja ovog izbora, moraju se nužno uzeti u obzir humanitarni, moralni i socijalni zakonski ciljevi... Tamo gdje postoji dvosmislenost ili neizvjesnost, moguće je ispravno napraviti izbor koji se upravlja politikom.¹⁶⁶

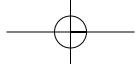
Reklo bi se da je suština ove teze da ne dominira politika zakonom već se zapravo, tamo gdje je to prikladno, ona uzima u obzir u odlučivanju o predmetu. Ovo je upravo pristup koji smo mi usvojili u odnosu na pitanje prinude kao odbrane za ubistvo nevinih osoba u međunarodnom pravu. Čak i ako se u potpunosti zanemare politički obziri, zakon će ipak biti neuspješan u svojoj želji da bude neutralan „jer čak i takvo odbijanje [da se priznaju politički i socijalni faktori] nije bez političkih i socijalnih posljedica. Nemoguće je izbjegći suštinski odnos između zakona i politike“.¹⁶⁷

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

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

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





Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

2. Da li postoji izuzetak ako će žrtve umrijeti bez obzira na učešće optuženog?

79. Na ročisu 26. maja 1997. sugerisano je da se ni odluke u engleskim nacionalnim predmetima, niti one koje su doneli vojni sudovi uspostavljeni nakon Drugog svjetskog rata, ne bave konkretno situacijom u kojoj je optuženi bio suočen sa izborom između sopstvene smrti zbog nepovinovanja naređenju da ubije ili učestvovanja u ubistvu do kojeg je nužno moralo da dođe bez obzira na to da li je on učestvovao ili ne. Tvrđilo se da u takvoj situaciji u kojoj je sudbina žrtve već zapecaćena, prinuda treba da predstavlja potpunu odbranu. Razlog tome je to što u tom slučaju optuženi ne bira između smrti dve nevine osobe¹⁶⁸. U situaciji u kojoj bi žrtva ili žrtve u svakom slučaju trebalo da umru, kao što je to slučaj u ovom predmetu gdje je streljački vod trebalo da pogubi žrtve, ne bi postojao nikakav razlog da optuženi žrtvuje svoj život. Optuženi nije mogao da spase život žrtve time što bi dao sopstveni život i stoga je, prema ovom argumentu, nepravedno i nelogično da zakon očekuje od optuženog da žrtvuje svoj život znajući da će žrtva ili žrtve u svakom slučaju umrijeti. Rečeno je da je taj argument prihvaćen u italijanskom predmetu *Massetti*¹⁶⁹ o kojem je odluku doneo porotni sud u gradu LAquila. Optuženi u tom predmetu pozvao se na prinudu kao odgovor na optužbu da je organizovao egzekuciju dva partizana nakon što je od komandanta bataljona dobio naređenje da to učini. Porotni sud je oslobođio optuženog na osnovu prinude i utvrdio:

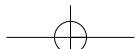
... moguće žrtvovanje [života] Massettija i njegovih ljudi [onih koji su bili u sastavu streljačkog voda] u svakom slučaju bi bilo uzaludno i ne bi imalo nikakvog efekta utoliko što ne bi imalo apsolutno nikakvog uticaja na sudbinu osoba koje je trebalo da budu strijeljane, koje bi u svakom slučaju bile pogubljene čak i bez njega [optuženog].¹⁷⁰

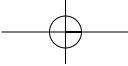
Mi smo dobro proučili ovaj pristup koji ćemo, iz praktičkih razloga, nazvati „pristupom *Massetti*“. Iz razloga koje iznosimo u donjem tekstu, mi bismo odbacili pristup *Massetti*.

168 Vidjeti formulaciju rezonovanja koje je u osnovi odbacivanja prinude kao odbrane za ubistvo u engleskom pravu koju je dao lord MacKay u predmetu *Howe* [1987] All ER 771, str. 798.

169 Odluka porotnog suda u LAquile, 15. jun 1948. (neobjavljeno; lični prijevod predsjednika Cassesea kopije originala u rukopisu koju je ljubazno dostavio sekretarijat apelacionog suda u LAquilu).

170 *Ibid.*, str. 8.





3. Odbacivanje principa utilitarnosti i srazmjernosti tamo gdje se radi o ljudskom životu

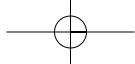
80. Pristup Massetti proistiće iz polazne tačke strogo utilitarne logike zasnovane na činjenici da, ako će žrtva u svakom slučaju umrijeti, optuženi uopšte nema moralnu krivicu za učešće u egzekuciji; ne postoji apsolutno nikakav razlog zašto bi trebalo da optuženi umre, pošto bi bilo nepravedno da zakon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

(a) Srazmjernost

81. U ograničenoj jurisprudenciji o prinudi veoma često se govori o pojmu srazmjernosti. Zaista, ključno pitanje u vezi sa pitanjem prinude u odluci o predmetu Massetti bilo je da li je zahtjev za srazmjernošću iz člana 54 italijanskog Krivičnog zakonika zadovoljen u slučaju oduzimanja života nevinih osoba. U pristupu Massetti, smatra se izgleda da je ubistvo žrtava od strane optuženog srazmjerne sudbini sa kojom je bio suočen optuženi ako bi žrtve u svakom slučaju umrle.

Srazmjernost je samo još jedan način odnošenja prema utilitarnom pristupu vaganja štete i ne doprinosi raspravi kad se radi o tome da se moraju odvagnuti ljudski životi i kada zakon mora da utvrdi, jer će uslijediti određena pravna posljedica, da li su jedan život ili skupina života vredniji nego drugi. Tužilaštvo ukazuje na veliku poteškoću u ocjenjivanju srazmjernosti kada na vagu treba staviti ljudske živote:

Odmah se, čak i sa filozofske tačke gledišta, vidi izuzetno teško odmjeravanje kojem bi sud trebalo da pristupi u takvoj okolnosti. To bi zaista bio slučaj kao



Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

u igri na sreću, ako hoćete, gdje je pitanje: „Da li je bolje ubiti jednu osobu ili spasti deset? Da li je bolje spasti jedno malo dijete, recimo, a ne nekog od starijih ljudi? Da li je bolje spasti advokata nego računovođu?“ Bilo bi moguće ući u sve moguće izuzetno problematične filozofske diskusije.¹⁷¹

Ove teškoće su jasne u slučajevima gdje sud mora da odluči da li prinuda jeste ili nije odbrana dajući direktni odgovor „da“ ili „ne“. Teškoće se, međutim, donekle izbjegavaju kada se od suda umjesto toga traži ne da odluči o tome da li se optuženom treba ili ne to priznati kao potpuna odbrana već da uzme u obzir okolnosti u fleksibilnoj ali efikasnoj opciji ublažavanja kazne.

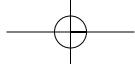
4. Ublažavanje kazne kao jasan, jednostavan i jedinstven pristup

82. Argument koji zagovornici u okviru samog *common lawa* iznose u prilog prihvatanja prinude kao odbrane za ubistvo oslanja se na tvrdnju da zakon ne može da zahtjeva od osobe više nego što je razumno, odnosno, ono što se može očekivati od obične osobe u istim okolnostima. Tako su, u predmetu *Lynch v. DPP for Northern Ireland*, lordovi Wilberforce i Edmund-Davies citirali sa odobravanjem odlomak Žalbenog odjeljenja južnoafričkog Vrhovnog suda u predmetu *State v. Goliath*¹⁷² gde je sudija Rumpff nakon što je napravio komparativnu studiju niza pravnih sistema, nešto opširnije utvrdio:

Ako se izrazi mišljenje da naše pravo priznaje prisilu kao odbranu u svim slučajevima osim ubistva, a ovo mišljenje se zasniva na prihvatanju toga da do oslobođanja od optužbi dolazi zbog toga što je strana kojoj je zaprećeno lišena slobode izbora, onda mi djeluje nerazložno, u svjetlu razvoja prava od vremena starih holandskih i engleskih autora, izuzimati prisilu kao potpunu odbranu od optužbi za ubistvo ako je lice kome je zaprećeno bilo pod tako snažnom prinudom da nijedna razumna osoba pod istom takvom prinudom ne bi drugčije postupila. Jedini osnov za takvo izuzimanje bio bi tada da uprkos tome što je osoba kojoj je zaprećeno lišena slobodne volje, čin joj se ipak pripisuje zbog toga što se nije povinovala onome što se opisuje kao najviši etički ideal. U primjeni našeg krivičnog prava u slučajevima kada se o djelima podnosioca žalbe sudi na osnovu objektivnih mjerila, važi načelo prema kome se od optuženika nikad ne može zahtjevati više od onoga što je razumno, a razumno u ovom kontekstu znači ono što se može očekivati od obične, prosečne osobe u određenim okolnostima. Opšte je prihvaćeno, a s tim se slažu i etičari, da obična osoba uopšte uzev smatra svoj život vrednjim od tuđeg. Jedino će ljudi koji se odlikuju herojstvom svojevoljno ponuditi sopstveni život umjesto tuđeg. Ako bi, dakle, krivično pravo stalo na stanovište da

171 Transkript žalbenog postupka, 26. maj 1997, str. 84-85.

172 *State v. Goliath*, SARL(1972) (3) 465.



Presude/Dražen Erdemović

prisila nikad ne može biti odbrana od optužbi za ubistvo, ono bi zahtjevalo da osoba koja je pod pritiskom ubila drugu osobu, bez obzira na okolnosti, mora da se ponaša u skladu sa strožim merilima nego što su ona koja se očekuju od obične osobe. Smatram da ovakav izuzetak od opštih pravila koje vlada u krivičnom pravu nije opravдан.¹⁷³ (naknadno podvučeno)

U komentaru na Prijedlog krivičnog zakonika Sjedinjenih Američkih Država kaže se:

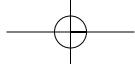
Zakon je neefikasan u najdubljem smislu, štaviše ... licemjeran ako počiniocu koji ima nesreću da se nađe pred teškim izborom, nameće standard za koji njegove sudije ne mogu da potvrde da bi oni trebali i mogli da ga ispoštuju ako bi na njih došao red da se suoče sa tim problemom. Osuda u takvom slučaju mora da bude neefikasna prijetnja; ono što je, međutim, značajnije jeste da je ona odvojena od bilo kakve moralne osnove i da je nepravedna.¹⁷⁴

83. Ovdje je potrebno dati niz komentara. Kao prvo, pristup *Massetti*, ako ga ograničimo na činjeničnu situaciju u kojoj optuženi samo učestvuje u ubijanju žrtava čiji bi životi u svakom slučaju bili izgubljeni, nije odgovor na zamjerku upućenu našem pristupu po kojoj zakon „očekuje“ od svojih subjekata ono što nijedna razumna osoba ne može da ispoštuje. To je stoga što je jednako nerealno očekivati od razumne osobe da žrtvuje sopstveni život ili živote onih koje voli u situaciji prinude čak i ako bi ovom žrtvom bili spaseni životi žrtava. Ili treba prihvati prinudu kao odbranu za ubistvo nevinih osoba koja se uopšte uzev zasniva na objektivnom kriterijumu toga kako bi obična osoba djelovala u istim okolnostima ili je uopšte ne treba prihvati kao odbranu za ubistvo. Pristup *Masseti*, po našem mišljenju, стоји na pola puta i ni na koji način ne doprinosi jasnoći u međunarodnom humanitarnom pravu. Taj pristup, strogom primjenom utilitarne logike, odbacuje prinudu kao odbranu za ubistvo ali sa izuzetkom ako bi žrtve u svakom slučaju umrle, pa ipak je strog prema optuženom koji, suočen sa prijetnjom životu svog djeteta, djeluje razumno i odlučuje da se povinuje naređenju da ubije nevine osobe da bi spasao život svog djeteta. Tako naše odbijanje prinude kao odbrane od ubistva nevinih osoba ne zavisi od toga šta se od razumne osobe očekuje da uradi. Mi bismo utvrdili apsolutni moralni postulat koji je jasan i nepogrešiv za primjenu međunarodnog humanitarnog prava.

84. Kao drugo, budući da smo opseg našeg ispitivanja ograničili na pitanje da

173 *Vidjeti Lynch v. DPP for Northern Ireland*, [1975] / AC 653 str. 683, 711.

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



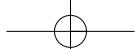
Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

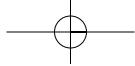
li prinuda pruža potpunu odbranu vojniku optuženom za ubijanje nedužnih osoba, na stanovištu smo da se od vojnika i boraca očekuje da ispolje moralnu čvrstinu i veći stepen otpora prijetnji nego civilni, barem kad se prijeti njihovim sopstvenim životima. Vojnici su, po samoj prirodi svog zanimanja, morali da predvide mogućnost nasilne smrti u sprovođenju interesa za koji se bore. Relevantno pitanje, shodno tome, mora se postaviti u smislu šta se može očekivati od običnog vojnika u situaciji podnosioca žalbe. Šta se može očekivati od takvog običnog vojnika nije, prema našem pristupu, analizirano u smislu utilitarnog pristupa koji uključuje upoređivanje štete. Ono je, radije, zasnovano na pretpostavci da je neprihvatljivo dopustiti obučenom borcu, čiji posao nužno povlači za sobom profesionalni rizik od smrti, da se koristi potpunom odbranom za zločin u kojem je on ubio jednu ili više nevinih osoba.

85. Najzad, smatramo, uz dužno poštovanje, da je netačno reći da odbacivanjem prinude kao odbrane za ubistvo nevinih osoba, zakon „očekuje“ od osobe koja zna da će žrtve u svakom slučaju umrijeti da se uzalud odrekne svog života. Kad bi postojala obavezna smrtna kazna koju smo mi morali izreći osobi osuđenoj za ubistvo, s tim da bi jedina mogućnost da se zadovolji pravda prema optuženom bila pomilovanje, moglo bi se zaista reći da zakon „očekuje“ heroizam od svojih subjekata. Zaista, takva obavezna doživotna robija bila je propisana u Engleskoj za ubistvo u vrijeme kada se odlučivalo o relevantnim engleskim predmetima¹⁷⁵ i kada su oni imali istaknuto mjesto u razmatranjima sudija. Mi ne moramo da izrekнемo sličnu obveznu kaznu. Niko ne može površno da ocjenjuje šta zakon „očekuje“ na osnovu postojanja samo dve alternative: osuda ili oslobođanje. U stvarnosti, zakon primjenjuje ublažavanje kazne kao daleko sofisticiraniji i fleksibilniji instrument u svrhu zadovoljavanja pravde u pojedinačnim slučajevima. Zakon, po našem mišljenju, ne „očekuje“ od osobe čijem se životu prijeti da bude heroj i da žrtvuje svoj život time što će odbiti da počini krivično djelo koje se od njega traži. Zakon ne „očekuje“ da osoba bude heroj zato što će priznajući ljudsku slabost i prijetnju pod kojom je djelovao, ublažiti njegovu kaznu. U odgovarajućim slučajevima, počinilac možda neće uopšte biti kažnen. Mi bismo se ponovo pozvali na mišljenje lorda Simona u predmetu *Lynch v. DPP for Northern Ireland*, gdje je on utvrdio:

Svaki zdrav i human sistem krivičnog prava mora da bude sposoban da prihvati sve situacije poput sljedećih, a ne samo neke od njih. Osobi koja iskreno i razumno vjeruje da joj je u leđa uperen napunjen pištolj koji će po svoj prili-

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





Presude/Dražen Erdemović

ci biti upotrijebljen ako ne posluša, naređuje se da počini *prima facie* zločin. Slično tome, osoba čije je dijete kidnapovano i za koje ona iskreno i razumno vjeruje na osnovu prijetnji da je u opasnosti da umre ili da bude osakaćeno ako ne počini *prima facie* krivično djelo. Ili je dijete njenog komšije u takvoj situaciji. Ili bilo koje dijete. Ili bilo koje ljudsko biće. Ili su njena kuća, nacionalna baština, pod prijetnjom da će biti dignuti u vazduh? Ili da će biti uništeno ukradeno umjetničko remek-djelo? Ili da će joj sin biti finansijski uništen? Ili da će ušteđevina za nju i supružnika biti dovedena u opasnost? Drugim riječima, zdrav i human sistem krivičnog prava treba da ima određenu opštu fleksibilnost, a ne samo prividno poštovanje nekih neodređenih i proizvoljno definiranih ljudskih slabosti. Naš sistem krivičnog prava u stvari ima takvu fleksibilnost, pod uslovom da se shvata da se on ne sastoji jedino od pozitivnih zabrana i naloga krivičnog prava, već takođe obuhvata krivične sankcije. Nije li moguće da se beskrajna raznolikost okolnosti u kojima je zakonita želja počinjocu savladana može razmatrati sa daleko većom fleksibilnošću, sa daleko manje anomalija i izbjegavajući društvena zla koja bi pratila prihvatanje argumenta podnosioca žalbe (da je prinuda opšta odbrana za krivično djelo), uzimajući u obzir ove okolnosti prilikom donošenja sudske presude? Nije li čitavo opravdanje prinude kao odbrane za krivično djelo to da ono prihvata da čin koji krivični zakon zabranjuje može da bude moralno nevin? Nije li apsolutno oslobođanje od kazne upravo priznanje moralne nevinosti?¹⁷⁶ (naknadno podvučeno)

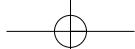
86. Drugim riječima, činjenica da se pravda može zadovoljiti na druge načine a ne samo prihvatajući prinudu kao potpunu odbranu uvijek je bila očigledna sudijama u Engleskoj koji su odbacili prinudu kao odbranu za ubistvo. Oni su dosljedno tvrdili da u slučajevima ubistva, prinuda u odgovarajućim predmetima može biti uzeta u obzir kod ublažavanja kazne, pomilovanja ili preporuke Odboru za uslovne kazne: v. reči lorda Hailshama od Marylebonea u *R. v. Howe*¹⁷⁷.

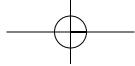
87. Zaista, primjetili bismo da Stephen u svom klasičnom djelu tvrdi da prinuda nikada ne treba da predstavlja odbranu za bilo koji zločin, već samo osnovu za ublažavanje kazne¹⁷⁸. Vrijednost ovog stanovišta priznao je lord Morris od Borth-y-Gesta u predmetu *D.P.P. for Northern Ireland v. Lynch*, gdje je utvrdio:

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

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

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





Presuda Žalbenog vijeća / Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije McDonald i sudije Vohraha

Održivo gledište može da bude da nikada ne treba smatrati da prinuda pruža oprost od krivice već da samo, u slučajevima u kojima je ustanovljena, daje razloge zbog kojih, nakon donošenja presude, sud može da ublaži posljedice ili da oslobodi optuženog od kazne. Neki autori, uključujući Stephena ... bili su tog mišljenja.¹⁷⁹

E. Naši zaključci

88. Nakon gornjeg pregleda pravnih izvora u različitim pravnim sistemima i istraživanja različitih političkih obzira koje moramo da imamo u vidu, zauzimamo stav da prinuda ne može, prema međunarodnom pravu, da predstavlja potpunu odbranu za vojnika optuženog za zločine protiv čovječnosti ili za ratne zločine koji uključuju oduzimanje nevinih života. Mi to činimo imajući u vidu obavezu koja nam je postavljena Statutom da obezbjedimo da međunarodno humanitarno pravo, koje se bavi zaštitom čovječanstva, ni na koji način ne bude ugroženo.

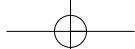
89. Rezultat je da mi ne smatramo da je izjašnjavanje podnosioca žalbe bilo dvosmisленo budući da prinuda ne predstavlja, prema međunarodnom pravu, potpunu odbranu za optužbu za zločin protiv čovječnosti ili ratni zločin koji obuhvata ubijanje nevinih ljudskih bića.

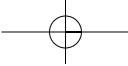
90. Naša rasprava o pitanjima vezanim za izjašnjavanje podnosioca žalbe da je krv dovoljna je da se riješi pitanje žalbe koja se trenutno raspravlja. Nije neophodno da se mi upustimo u razmatranje ostalih pitanja koja su pokrenule stranke. Primjetili bismo, međutim, da je, odbacujući svjedočenje podnosioca žalbe da je počinio zločin pod prijetnjom smrću od strane svog komandanta i, slijedstveno tome, odbijajući da se okolnost prinude uzme u obzir radi ublažavanja kazne podnosioca žalbe, Pretresno vijeće izgleda tražilo da se potkrijepi svjedočenje podnosioca žalbe kao pravno pitanje. S dužnim poštovanjem, nijedna odredba u Statutu ili u Pravilniku ne zahtjeva potkrijepljivanje oslobađajućih dokaza da bi ti dokazi bili uzeti u obzir za ublažavanje kazne.¹⁸⁰

91. Mi bismo prihvatali žalbu po osnovi da izjašnjavanje nije bilo zasnovano na potpunim informacijama. Time se predmet vraća pred Pretresno vijeće gdje

179 *Lynch v. DPP for Northern Ireland* [1975] AC 653 670; vidjeti takođe lord Wilberforce i lord Simon [u istom predmetu], str. 681 i 694.

180 Vidjeti *Tužilac protiv Tadića*, supra bel. 24, paragrafi 535-539.





Presude/Dražen Erdemović

podnositac žalbe mora da dobije mogućnost da se ponovo izjasni o krivici sa punom sviješću o posljedicama potvrdnog izjašnjavanja o krivici samoj po sebi i inherentnim razlikama između alternativnih optužbi.

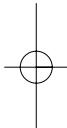
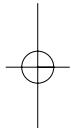
Sačinjeno na engleskom i francuskom, pri čemu je engleska verzija mjerodavna.

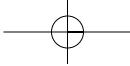
/potpis na originalu/
Gabrielle Kirk McDonald
/potpis na originalu/
Lal Chand Vohrah

Dana 7. oktobra 1997.

Hag, Holandija

[pečat Međunarodnog suda]





PRED PRETRESNIM VIJEĆEM

U sastavu:

predsjedavajući sudija Florence Ndepele Mwachande Mumba
sudija Mohamed Shahabuddeen
sudija Wang Tieya

Sekretar: gđa Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh

Presuda od: 5. marta 1998.

TUŽILAC protiv DRAŽENA ERDEMOVIĆA **PRESUDA O KAZNI**

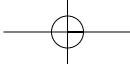
Tužilaštvo:

g. Grant Niemann
g. Peter McCloskey

Odbojna optuženog:

g. Jovan Babić
g. Nikola Kostić





Presude/Dražen Erdemović

I. UVOD I PROCEDURALNI ISTORIJAT

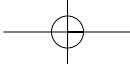
1. Optuženi Dražen Erdemović došao je u pritvor Međunarodnog suda za krično gonjenje lica odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991. (dalje u tekstu „Međunarodni sud“) 30. marta 1996. na osnovu naloga za transfer u pritvor Međunarodnog suda koji je sudija Fouad Riad potpisao 28. marta 1996.

2. Optuženi se od 2. marta 1996. nalazio u pritvoru vlasti Savezne Republike Jugoslavije (dalje u tekstu „SRJ“) u vezi sa njihovom istragom o teškim kršenjima međunarodnog humanitarnog prava, počinjenim nad civilnim stanovništvom jula 1995. u području proglašenom „zaštićenom zonom“ Srebrenica i u njegovojoj okolini. Dana 29. maja 1996. Pretresno vijeće II zatražilo je od SRJ da Međunarodnom судu ustupi nadležnost za sve istrage i krivične postupke u vezi sa teškim kršenjima međunarodnog humanitarnog prava za koja se tvrdilo da ih je optuženi počinio u Srebrenici i oko nje u julu 1995.

3. Otkako je prebačen do Međunarodnog suda, optuženi je sarađivao sa istražiteljima Kancelarije tužioca (dalje u tekstu „Tužilaštvo“) u vezi sa događajima oko pada Srebrenice. U julu 1996. on je svjedočio na pretresu na osnovu pravila 61 Pravilnika o postupku i dokazima Međunarodnog suda u predmetu Tužilac protiv Radovana Karadžića i Ratka Mladića.

4. Protiv optuženog je 22. maja 1996. podignuta optužnica po jednoj tački krivičnog djela zločina protiv čovječnosti i alternativno tački krivičnog djela kršenja zakona i običaja ratovanja. Sudija Rustam Sidwha potvrdio je optužnicu 29. maja 1996. U optužnici se tvrdi da je na dan ili oko 16. jula 1996. optuženi ubio iz vatrenog oružja, i učestvovao sa drugim pripadnicima svoje jedinice, Desetog diverzantskog odreda Vojske Republike Srpske (dalje u tekstu „VRS“), i drugim vojnicima u ubijanju iz vatrenog oružja nenaoružanih muškaraca bosanskih Muslimana na zadružnom dobru Pilica. Ta prijeka pogubljenja rezultirala su smrću stotina muškaraca bosanskih Muslimana čiji tačan broj nije utvrđen.

5. Na svom prvom pojavljivanju pred Pretresnim vijećem I dana 31. maja 1996. optuženi se izjasnio krivim za krivično djelo zločina protiv čovječnosti. Pretresno vijeće prihvatiло je potvrđno izjašnjavanje o krivici i odbacio alternativnu tačku optužnice za kršenje zakona i običaja ratovanja. Zbog bojazni za zdravlje optuženog, Pretresno vijeće odredilo je psihijatrijsku i psihološku evaluaciju. Stručna medicinska komisija je u svom izvještaju navela da optuženi



Presuda o kazni

pati od posttraumatskog stresa takve žestine da nije u stanju prisustvovati suđenju, i preporučila da se drugi pregled izvrši za šest mjeseci. Na statusnoj konferenciji 4. jula 1996. optuženi je potvrdio da i dalje želi da se izjašnjava krivim.

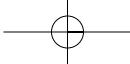
6. Izvršena je druga psihijatrijska i psihološka evaluacija te je, na osnovu izvještaja stručne medicinske komisije od 17. oktobra 1996, kojim je potvrđeno da je optuženi u stanju prisustvovati suđenju, 19. i 20. novembra 1996. održan pretres za određivanje kazne. Pretresno vijeće je, nakon što je prihvatio potvrđno izjašnjavanje optuženoga o krivici za krivično djelo zločina protiv čovječnosti i nakon što je razmotrilo navode strana u vezi sa kaznom, 29. novembra 1996. osudilo optuženoga na kaznu zatvora u trajanju od deset godina.

7. Dana 23. decembra 1996. branilac optuženoga izjavio je žalbu protiv presude o kazni. Presuda Žalbenog vijeća donesena je 7. oktobra 1997. Žalbeno vijeće je vratio predmet novom pretresnom vijeću smatrajući, između ostalog, da:

- (a) u uslovima ovog predmeta, potvrđno izjašnjavanje optuženoga o krivici nije bilo informisano; i da
- (b) prinuda ne predstavlja potpunu odbranu za vojnika optuženog za zločin protiv čovječnosti i/ili ratni zločin koji uključuje ubijanje nedužnih ljudskih bića: prinuda se može prihvatiti kao olakšavajuća okolnost.

U svjetlu gore navedenog, Žalbeno vijeće je naložilo da se optuženome dopusti da se pred drugim pretresnim vijećem još jednom izjasni o krivici sa punim znanjem o prirodi optužbi protiv njega i o posljedicama svog izjašnjanja.

8. Dana 14. januara 1998. ovo Pretresno vijeće saslušalo je novo izjašnjavanje optuženoga o krivici koji se izjasnio krivim po tački kršenja zakona i običaja ratovanja. Tužilac je povukao alternativnu tačku zločina protiv čovječnosti. Nakon toga, Vijeće je na pretresu za određivanje kazne saslušalo prijedloge o kazni.



Presude/Dražen Erdemović

II. POTVRDNO IZJAŠNJAVANJE O KRIVICI

9. Statut Međunarodnog suda i Pravilnik o postupku i dokazima

Član 20 stav 3 Statuta predviđa:

Pretresno vijeće čita optužnicu i utvrđuje da li su prava optuženog poštovana, da li optuženi razumije optužnicu i upućuje ga da se izjasni o krivici. Pretresno vijeće zatim određuje datum suđenja.

U slučaju potvrdnog izjašnjavanja o krivici, pravilo 62 bis Pravilnika o postupku i dokazima predviđa:

Potvrđno izjašnjavanje o krivici

Ako se optuženi izjasni da je kriv u skladu sa pravilom 62(v), ili zatraži da se njegova izjava o krivici izmjeni u potvrdnu, te ako se pretresno vijeće uvjeri:

- (a) da je potvrđna izjava o krivici data dobrovoljno;
- (b) da nije dvosmislena;
- (c) da postoje dovoljne činjenične osnove za postojanje krivičnog djela i sudjelovanje optuženog u istom, bilo na osnovi nezavisnih indicija ili zato što ne postoji nikakvo bitno neslaganje između strana u pogledu predmetnih činjenica,

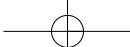
pretresno vijeće može proglašiti optuženika krivim i uputiti sekretara da odredi datum za raspravu prije izricanja kazne.

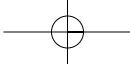
Ovo Pretresno vijeće imalo je te odredbe na umu.

10. Jurisprudencija Međunarodnog suda

Odluka Žalbenog vijeća postavila je između ostalog više kriterijuma za postupanje sa potvrdnim izjašnjavanjem o krivici, koje ovo Pretresno vijeće mora da primijeni. U Zajedničkom izdvojenom mišljenju sudija McDonald i Vohrah navodi se:

„... da se moraju zadovoljiti određeni preduslovi prije nego što se može potvrdno izjasniti o krivici. Po našem mišljenju, minimalni preduslovi su sljedeći:





Presuda o kazni

- (a) Potvrđno izjašnjavanje o krivici mora da bude dobrovoljno. Optuženi koji se izjašnjava da je kriv mora da bude mentalno sposoban da shvati posljedice izjašnjavanja o krivici i ne smije biti pod uticajem bilo kakvih prijetnji, nagovora ili obećanja.
- (b) Kod potvrdnog izjašnjavanja o krivici, optuženi mora da shvati prirodu optužbi protiv njega i posljedice potvrdnog izjašnjavanja o krivici za njih. Optuženi mora da zna za šta se izjašnjava da je kriv.
- (c) Potvrđno izjašnjavanje o krivici ne smije biti dvosmisленo. Ono ne smije biti praćeno riječima koje predstavljaju odbranu kojom se poriče priznanje krivične odgovornosti.“

11. Potvrđno izjašnjavanje optuženoga o krivici

Na ponovnom izjašnjavanju o krivici 14. januara 1998. Pretresno vijeće objasnilo je optuženome razliku između dveju alternativnih tačaka u skladu sa Statutom i odlukom Žalbenog vijeća, te ga podsjetilo na njegove opcije prilikom izjašnjavanja o krivici. Prije nego što se izjasnio, optuženi je potvrdio da je razumio optužnicu podignutu protiv njega, da je razumio ono što mu je objašnjeno, da je razumio posljedice svakog izjašnjavanja za koje se bude opredijelio, i da se poslužio pravnim savjetima svog branioca čijim je uslugama zadovoljan.

Nakon što se optuženi potvrđno izjasnio o krivici za krivično djelo pod tačkom 2 optužnice, to jest „kršenje zakona i običaja ratovanja kažnjivo prema članu 3 Statuta Međunarodnog suda i priznato članom 3(1)(a) (ubistvo) Ženevskih konvencija“, Pretresno vijeće je razmotrilo da li je to izjašnjavanje bilo valjano i prihvatljivo prema primjenjivim kriterijumima. Pretresno vijeće uputilo je odgovarajuća pitanja optuženome, zastupnicima optužbe i odbrane, ustanovilo činjeničnu osnovu optužbi i optuženoga upozorilo na moguće kazne. Nakon što je na propisani način razmotrilo uslove pod kojima se optuženi izjasnio o krivici, Pretresno vijeće bilo je zadovoljno potvrđnim izjašnjavanjem o krivici i na osnovu toga je osudilo optuženog.

III. SMJERNICE ZA IZRICANJE KAZNE

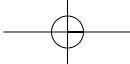
12. Statut i Pravilnik

Statut i Pravilnik predviđaju sljedeće:

Član 7 Statuta Individualna krivična odgovornost

...

4. Činjenica da je optužena osoba djelovala u skladu sa naredbom vlade ili nadređene osobe ne oslobađa optuženu osobu krivične odgovornosti, ali se



Presude/Dražen Erdemović

može uzeti u obzir kod ublažavanja kazne ako Međunarodni sud utvrdi da pravda tako zahtijeva.

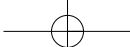
Član 24 Statuta **Kazne**

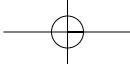
1. Kazna koju izrekne pretresno vijeće biće ograničena na kaznu zatvora. Prilikom određivanja kazne, pretresna vijeća imaće u vidu određivanje kazni zatvora iz sudske prakse u bivšoj Jugoslaviji.
2. Pri izricanju presude, pretresna vijeća treba da uzmu u obzir okolnosti kao što su težina djela i specifične okolnosti osuđenika.
3. Pored kazne zatvora, pretresna vijeća mogu narediti da se zakonitim vlasnicima povrati imovina, kao i svi prihodi stečeni krivičnim radnjama, uključujući upotrebu prinude.

Pravilo 101 Pravilnika **Kazne**

- (A) Optuženoj osobi koja je proglašena krivom može se izreći kazna zatvora, uključujući i doživotnu kaznu.
- (B) Pri određivanju kazne, pretresno vijeće će uzeti u obzir činjenice navedene u članu 24(2) Statuta, kao i faktore poput:
 - (i) bilo koje otežavajuće okolnosti;
 - (ii) bilo koje olakšavajuće okolnosti, uključujući i bitnu saradnju osuđene osobe sa tužiocem prije ili nakon donošenja presude;
 - (iii) uobičajenu praksu pri izricanju zatvorskih kazni pred sudovima bivše Jugoslavije;
 - (iv) vrijeme koje je optuženik već odslužio kao kaznu koju mu je izrekao sud neke zemlje za isto djelo, u skladu sa članom 10(3) Statuta.
- (C) Pretresno vijeće će odrediti da li će optuženik više izrečenih kazni služiti jednu za drugom ili istovremeno.
- (D) Kazna će se objaviti javno i u prisustvu optuženog, u skladu sa potpravilom 102 (B).
- (E) Optuženom će se u odsluživanje kazne uračunati eventualno vrijeme koje je proveo u pritvoru prije izručivanja Sudu ili za vrijeme suđenja ili žalbenog postupka.

Pretresno vijeće valjano je razmotrilo ove odredbe.





Presuda o kazni

IV. DOKAZNI MATERIJAL**13. Materijal pred Pretresnim vijećem**

Tokom ranijeg postupka protiv optuženog pred Međunarodnim sudom, dokazi su bili podneseni i prihvaćeni u skladu sa postupkom Međunarodnog suda. Ovo uključuje svjedočenje optuženog za vrijeme usmenog ispitivanja, svjedočenje zaštićenih svjedoka X i Y i psihijatrijske i psihološke izvještaje o optuženom.

Na pretresu za određivanje kazne održanom 14. januara 1998. zastupnici optužbe i odbrane zatražili su pristanak Pretresnog vijeća da se neki od tih dokumenata uvrste u dokazni materijal, zajedno sa transkriptom izvjesnih dijelova prethodnih postupaka.

Uz suglasnost obeju strana, Pretresno vijeće uvrstilo je u dokazni materijal:

transkript svjedočenja optuženog danog 5. jula 1996. na pretresu po pravilu 61 u predmetu Tužilac protiv Radovana Karadžića i Ratka Mladića;

transkript prvog pojavljivanja optuženog pred Pretresnim vijećem I 31. maja 1996;

psihijatrijsku i psihološku evaluaciju Komisije medicinskih stručnjaka koju je imenovalo Pretresno vijeće I od 24. juna 1996. (dalje u tekstu „Medicinski izvještaj I“);

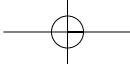
psihijatrijsku i psihološku evaluaciju Komisije medicinskih stručnjaka koju je imenovalo Pretresno vijeće I od 14. oktobra 1996. (dalje u tekstu „Medicinski izvještaj II“);

transkript pretresa za određivanje kazne, održanog pred Pretresnim vijećem I 19. novembra 1996, uključujući svjedočenje optuženog, zaštićenih svjedoka X i Y i g. Jean-René Rueza; i

pismo Vanesse Vasić-Janeković, novinarke, od 7. januara 1998, upućeno sekretaru Međunarodnog suda.

Optuženi je, iako je bio prisutan u sudnici, odbio usmeno svjedočiti i zatražio da se Međunarodni sud osloni na njegove ranije izjave date tokom sudskega postupka pred Međunarodnim sudom. Jedini svjedok koji je usmeno svjedočio pred Pretresnim vijećem bio je g. Jean-René Ruez, istražitelj zadužen za istražu Tužilaštva o padu srebreničke enklave.

Strane su se složile oko činjenica. Konkretno, optuženi se složio da su događaji navedeni u optužnici tačni, a tužilac se složio da je tačna tvrdnja



Presude/Dražen Erdemović

optuženog da je djela u pitanju počinio na osnovu naređenja nadređenih i pod prijetnjom smrti.

Pod ovim okolnostima, Pretresno vijeće prihvata kao činjenicu onu verziju događaja koju su predložile strane, to jest prihvata da činjenice za koje se u optužnici tvrdi da su se dogodile i verzija događaja koju je opisao optuženi odgovaraju istini. Od posebnog značaja su činjenice iznijete u paragrafima od 8 do 12 optužnice:

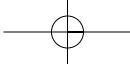
„8. Između 13. jula 1995. i približno 22. jula 1995. pripadnici vojske bosanskih Srba i policije bosanskih Srba su po kratkom postupku pogubili na hiljade bosanskih Muslimana - muškaraca na različitim lokacijama, između ostalog, u skladištu u Kravicomama, na livadi i kod brane u blizini Lazete i na raznim drugim mjestima.

9. Dana 16. jula 1995. ili približno tog datuma, DRAŽEN ERDEMOVIĆ i drugi pripadnici Desetog diverzantskog odreda vojske bosanskih Srba dobili su naređenje da odu na poljoprivredno dobro u blizini Pilice. To poljoprivredno dobro se nalazi sjeverozapadno od Zvornika, opština Zvornik.

10. Dana 16. jula 1995. ili približno tog datuma, DRAŽEN ERDEMOVIĆ i drugi iz njegove jedinice obaviješteni su da će autobusi puni bosanskih Muslimana - muškaraca civila iz Srebrenice, koji su se predali vojnim ili policijskim snagama bosanskih Srba, tokom cijelog dana pristizati na ovo poljoprivredno dobro.

11. Dana 16. jula 1995. ili približno tog datuma, autobusi sa bosanskim Muslimanima - muškarcima su stigli na poljoprivredno dobro u Pilici. Svi autobusi su bili puni bosanskih Muslimana - muškaraca, približne starosne dobi između 17 i 60 godina. Nakon svakog dolaska autobusa na poljoprivredno dobro, bosanski Muslimani - muškarci odvođeni su u grupama od po deset u pratnji pripadnika Desetog diverzantskog odreda na polje pored zgrada poljoprivrednog dobra gdje bi ih poređali leđima okrenutim DRAŽENU ERDEMOVIĆU i drugima iz njegove jedinice.

12. Dana 16. jula 1995. ili približno tog datuma, DRAŽEN ERDEMOVIĆ je pucao, ubio i zajedno sa drugim pripadnicima njegove jedinice i vojnicima jedne druge brigade učestvovao u pucanju na nenaoružane bosanske Muslimane i ubijanju istih - muškarca na poljoprivrednom



Presuda o kazni

dobru u Pilici. Posljedica ovih smaknuća po kratkom postupku jeste smrt stotine bosanskih Muslimana - muškaraca civila.“

14. Međutim, Pretresno vijeće takođe prihvata da je optuženi počinio predmetno krivično djelo pod prijetnjom smrti. U različitim fazama prethodnog postupka, on je svjedočio kako slijedi:

Pred Pretresnim vijećem I, 31. maja 1996:

„Poštovani sude, ja sam to morao da radim. Da sam odbio to da radim, ubili bi i mene sa tim ljudima. Kad sam odbijao da radim, rekli su mi: ‘Ako ti je žao, stani i ti sa njima da i tebe ubijemo.’ Meni nije bilo žao mene, meni je bilo žao moje porodice, moje supruge i moga sina koji je tada imao devet mjeseci i nisam mogao da odbijem jer bi me ubili.“

Pred Pretresnim vijećem I koje je vodilo postupak po pravilu 61 protiv Radovana Karadžića i Ratka Mladića, 5. jula 1996:

„P. Šta se dogodilo s tim civilima?

O. Dobili smo naređenje da pucamo na te civile, to jest, da ih strijeljamo.

P. Jeste li poslušali to naređenje?

O. Da, ali sam prvo odbio, a Brano Gojković mi je rekao ako mi je žao tih ljudi da stanem sa njima; i znao sam da to nije puka prijetnja već da bi se stvarno moglo desiti, jer je u našoj jedinici situacija bila takva da je komandir grupe imao pravo da na mjestu strijelja svakog pojedinca koji ugrožava bezbjednost grupe ili se na bilo koji način suprotstavlja komandiru grupe koga je postavio komandant Milorad Pelešić.“

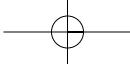
Pred Pretresnim vijećem I, 19. novembra 1996:

„Bilo mi je jako teško, ali nisam imao izbora. Nisam imao drugog izbora.“

Pred Pretresnim vijećem I, 19. novembra 1996:

„Potpukovnik nas je odveo na farmu. Nisam znao ime te farme. Upravo sam objasnio gdje se nalazi. Znao sam da se tamo nalazi selo Pilica, ali tek kad smo došli tamo, saznao sam šta se događa. Rekli su nam da će iz Srebrenice doći autobus pun civila. Odmah sam rekao da ne želim u tome da učestvujem, i rekao sam: ‘Jeste li normalni? Znate li šta radite?’ Ali нико me nije slušao i rekli su mi: ‘Ako nećeš, ako ... slobodno idi i stani s njima. Daj nam svoju pušku.’“

„Već sam vam posljednji puta rekao, da sam bio sam, da nisam imao ženu i sina, bio bih pobegao i dogodilo bi se nešto drugo. Morao sam to da uradim. Bio sam prisiljen da to uradim.“



Presude/Dražen Erdemović

Pred Pretresnim vijećem I, 19. novembra 1996:

„Časni sude, prvo bih želio da kažem da to nisam htio da uradim. To je bilo ... to je bilo po naređenju. Da to nisam uradio, naudili bi mojoj porodici a ništa se ne bi promijenilo.“

Pred Pretresnim vijećem I, 19. novembra 1996:

„P. Da li ste u to vrijeme znali za bilo koga ko je strijeljan zbog neizvršavanja naređenja?

O. Znate, reći će vam, bio sam siguran da bi me ubili da sam odbio poslušati jer se sjećam da je Pelemiš ranije bio naredio jednom čovjeku da zakolje jednog drugog a znam i za neka druga naređenja, mislim, šta je sve komandir imao pravo da uradi ako ga se ne sluša; on je mogao odmah da naredi likvidaciju te osobe. Vidio sam puno toga za tih nekoliko dana i bilo mi je jasno o čemu se radi.“

Pred Pretresnim vijećem I, 20. novembra 1996:

„Kad je taj potpukovnik sjeo u vozilo i krenuo, Brano je rekao, ‘Sada će doći autobusi sa civilnim stanovništvom iz Srebrenice, muškarcima.’ On je naglasio civile, to jest, da će nositi civilna odijela. Ja sam rekao ‘Ljudi, ja to ne želim, jeste li normalni?’ Ništa. ‘G. Erdemoviću’, to mi je rekao Brano, ‘ako ne želiš, stani uz njih tako da možemo i tebe ubiti, ili im daj oružje da te mogu ubiti.’“

„Tada nisam bio zabrinut za sebe, ne toliko. Da sam bio sam, pobjegao bih, pokušao bih nešto uraditi, kao što su oni pokušali da pobjegnu u šumu ili tako nešto. Ali šta bi se onda desilo mojem djetetu i mojoj ženi? Tako je na mojim ramanima bilo to ogromno breme. S jedne strane, znao sam da će ubijati ljudi, da to ne mogu sakriti, da će me zbog toga peći savjest.“

Pred Pretresnim vijećem I, 20. novembra 1996:

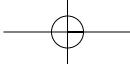
„P. ... To jest, od onog momenta 16. jula 1995. kad ste shvatili šta će vam biti zadatak, pa do otprilike 3 sata poslije podne kad je strijeljanje prestalo, jeste li u bilo kom momentu imali mogućnost da izbjegnete da učestvujete u strijeljanju bez opasnosti po vlastiti život?

O. Ne. Ne, to je moj najiskreniji i najpošteniji odgovor. Stvarno sam iskren ...“

V. PRIMJENA PRAVA NA ČINJENICE

15. Otežavajuće okolnosti

Pretresno vijeće prihvata da je streljački vod kojeg je optuženi bio dio ubio na stotine muškaraca bosanskih Muslimana muškoga pola u starosnoj dobi od 17 do 60 godina. Optužba je procijenila da je samo optuženi, koji kaže da je



Presuda o kazni

pucao pojedinačnom paljborom iz automatske puške „kalašnjikov“, mogao da ubije i do stotinu (100) ljudi. To otprilike odgovara njegovoj vlastitoj procjeni od sedamdeset (70) lica. Bez obzira na to koliko je nerado donio svoju početnu odluku da učestvuje, on je nastavio da ubija veći deo toga dana. Pretresno vijeće ocjenjuje da su razmjere zločina i značaj uloge optuženog u njemu otežavajuće okolnosti koje se moraju uzeti u obzir u skladu sa članom 24, stav 2 Statuta Međunarodnog suda.

16. Olakšavajuće okolnosti

i. Lične okolnosti

Starost

U vrijeme ubistava na zadružnom dobru Pilica optuženi je bio star 23 godine. Sada ima 26 godina i predočeni su dokazi da se „ne radi o osobi opasnoj po svoju okolinu“.

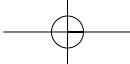
Pretresno vijeće vjeruje da njegove okolnosti i karakter (vidi u nastavku) indiciraju da se on može promijeniti i da mu treba pružiti još jednu šansu da započne svoj život ispočetka nakon puštanja na slobodu, dok je još uvijek dovoljno mlad da to učini.

Porodica i odgoj

Optuženi ima suprugu druge nacionalnosti i sa njom dijete koje im se rodilo 21. oktobra 1994. Branilac je iznio da porodica optuženog prolazi kroz teška vremena i da će i dalje patiti zbog njegovog izdržavanja kazne zatvora.

Optuženi je izučio zanat mašinobravara i bio je uvučen u vrtlog nasilja koje je zahvatilo bivšu Jugoslaviju. On je javno iskazivao pacifistička uvjerenja i tvrdi da se izjasnio protiv rata i nacionalizma. Tvrdi da se morao pridružiti VRS kako bi prehranio porodicu. U julu 1995. bio je redov u Desetom diverzantskom odredu gdje nije bio na komandnom položaju. On je, sa izuzetkom dva mjeseca koja je proveo kao narednik u toj jedinici, bio tek obični vojnik čiji nedostatak privrženosti bilo kojoj od etničkih grupa u sukobu demonstrira činjenica da je naizmjence bio nevoljni pripadnik Armije Bosne i Hercegovine (dalje u tekstu „ABiH“), Hrvatskog vijeća obrane (dalje u tekstu „HVO“) i VRS. Niti jedna od strana nije sugerisala mogućnost da je bio plaćenik.

Deseti diverzantski odred bavio se izviđanjem neprijateljske teritorije i postavljanjem eksploziva na artiljeriju u područjima pod kontrolom ABiH. Prema riječima optuženog, on je tu jedinicu odabrao „jer ona nije uključivala gubitak ljudskih života. Ona se bavila artiljerijom, starim gvožđem.“ Pored toga, on ju je odabrao jer je u njoj bilo i drugih nesrpskih vojnika i u vrijeme na koje se odnosi optužnica nije bila poznata po okrutnosti.



Presude/Dražen Erdemović

Karakter

Optužba je navela da nije našla nikakve nepodudarnosti u informacijama koje joj je pružio optuženi; njene istrage potvrdile su veći deo onoga što je on rekao, što indicira da je optuženi iskrenog karaktera. Ovo podržava i njegovo priznanje i stalno priznavanje krivice, a posebno činjenica da je dobrovoljno istupio i opisao svoj udio u masakrima prije nego što je njegova upletenost bila poznata bilo kojim istražnim vlastima.

U svojim istupima pred Sudom, zastupnik odbrane opisao je optuženog kao lakounmnog mladića koji ne pokazuje znake licemjerja ili netolerancije, sa željom da pomogne drugima u nevolji. Odgoj optuženog bio je prožet vrijednostima tolerancije prema drugima, a to odražava i činjenica da se odlučio oženiti ženom iz drugačije etničke grupe. Zastupnik odbrane vidi optuženoga kao žrtvu vihora rata i žrtvu svojih vlastitih djela.

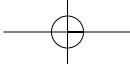
Iako je Komisija medicinskih stručnjaka došla do zaključka o emocionalnoj nezrelosti, koji je primljen na znanje, nema ničega što podržava tvrdnju koju je branilac izneo Pretresnom vijeću I (a koja nije ponovljena pred ovim Pretresnim vijećem) da je u vrijeme kad je optuženi počinio ta ubistva on „bio neuračunljiv jer je bio pretrpio privremeni duševni poremećaj ili je, u najboljem slučaju, njegova uračunljivost takođe bila značajno smanjena.“

Pretresno vijeće prima na znanje da optuženi nije bio krivično gonjen i da je rekao da, prije masovnog ubistva u Srebrenici, nikada nije ubio.

Svjedok X, koji se sa optuženim nalazio u vojnoj policiji HVO, posvjedočio je pred Pretresnim vijećem I da mu je optuženi spasao život na Majevici. Optuženi se nalazio u društvu drugih vojnika VRS kad su naišli na svjedoka X, te je spriječio vojнике koji su bili s njim da ubiju njegovog bivšeg kolegu. Svjedok X je na inzistiranje optuženog konačno pušten neozljeđen.

Svjedok Y, koji je takođe svjedočio pred Pretresnim vijećem I, upoznao je optuženog 1993. i bili su dio višenacionalne grupe prijatelja. Prema riječima ovog svjedoka, optuženi nije bio nacionalista. Bio je popularan, živahna i otvorena osoba nesklona sukobima. Svjedok Y bio je siguran da je optuženi mrzio rat i vojsku ali je vjerovao da je sve to jednostavno morao da uradi; on nije bio vrsta osobe koja bi svojevoljno ubila.

Prema svjedočenju optuženog pred Pretresnim vijećem I, a koje je ovo Pretresno vijeće prihvatiло, optuženi je pomogao grupi srpskih civila, uglavnom žena i djece, da sa područja Tuzle prebjegnu u Republiku Srpsku, što je dovelo do toga da su ga napali vojnici HVO-a. Izgleda da je kao rezultat toga optuženi bio zatvoren. Optuženi je izjavio Međunarodnom sudu da je za vrijeme ubistava na zadružnom dobru Pilica pokušao da spase jednog čovjeka, ali to nije mogao učiniti jer mu je njegov komandir, Brano Gojković, rekao da ne želi da ima svjedoka tog zločina.



Presuda o kazni

ii. Priznanje krivice

Pretresno vijeće prima na znanje izjavu zastupnika odbrane da se izjave optuženoga o krivici moraju „prije svega uzeti kao njegov moralni stav prema istini, s jedne strane, i kao molba za razumijevanje koliko su granice zloupotrebe čovjeka u tom regionu bile nategnute, ne samo u njegovoj najbližoj okolini nego i šire.“ Priznanje krivice pokazuje iskrenost i za Međunarodni sud je važno da ohrabri ljudе da dođu pred Sud, bez obzira na to jesu li već optuženi ili nepoznati počinioци. Nadalje, ovo dobrovoljno priznanje krivice je Međunarodnom суду prištedilo vrijeme, napor i trošak dugotrajne istrage i suđenja, i mora se pohvaliti.

iii. Kajanje

Optuženi je Pretresnom vijeću I rekao:

„Želim samo da kažem da mi je žao svih žrtava, ne samo onih koje sam ubio na toj farmi. Žao mi je svih žrtava u bivšoj [sic] Bosni i Hercegovini bez obzira na njihovu nacionalnost.“

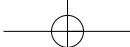
Komisija medicinskih stručnjaka je 24. juna 1996. primijetila da optuženi ima ambivalentne osjećaje o vlastitoj krivici. „Znao je da ubija nedužne civile ali sam nije imao izbora. Drugi su mu naredili da puca na ljudе. U pravnom smislu on se ne osjeća krivim za zločine za koje je optužen.“ Posttraumatski stres, od kojega je optuženi bolovao nakon zvjerstava u Srebrenici, pokazuje u kolikoj je mjeri on sâm propatio zbog toga što je bio prisiljen da protivno svojoj volji počini ubistva.

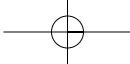
Pretresno vijeće takođe prima na znanje svjedočenje g. Jean-René Rueza. Pošto je imao prilike da izbliza prouči optuženog u sklopu istraga Tužilaštva, g. Ruez je izjavio Pretresnom vijeću da on nema dvojbe da su osjećaji žaljenja i kajanja optuženog autentični i stvarni, i da je on zaista prolazio kroz jedan emocionalni proces.

Ovo je u skladu sa njegovim ranijim svjedočenjem pred Pretresnim vijećem I: „Međutim, jedno je sigurno, a to je da je za vrijeme kontakata koje sam imao sa njim, on izrazio iskreno žaljenje što je bio umiješan u tu situaciju. Uvijek mu je bilo teško opisati kako su se odigravali ti događaji. Prizivanje svih tih sjećanja je za njega uvijek bilo nešto veoma teško. Svakom prilikom kad bi ulazio u detalje za vrijeme saslušavanja, rekao bi kako mu je žao što je učestvovao u tim događajima.“

iv. Saradnja sa Tužilaštvom

„Saradnja Dražena Erdemovića bila je naprosto odlična.“ Ovakvim riječima optužba rijetko govori o nekom optuženom. Pretresno vijeće, imajući na umu svoju obavezu da takvu saradnju uzme u obzir u skladu sa članom 24 Statuta





Presude/Dražen Erdemović

Međunarodnog suda, ovo prima na znanje. Takođe prima na znanje tvrdnju optužbe, koju podržava svjedočenje g. Rueza, da je optuženi sarađivao a da ništa nije tražio zauzvrat, te da opseg i vrijednost njegove saradnje opravdava-ju značajno ublaženje kazne.

Pružanje novih informacija, uključivši imena i identitete drugih počinilaca, potvrda i potkrepljenje postojećih informacija

Iako je Tužilaštvo uopšteno znalo o ubistvima počinjenim u Srebrenici, svje- dočenje optuženog bilo je od posebne vrijednosti jer mu je pružilo detalje o četiri incidenta o kojima ranije nije znalo: ubistva na zadružnom dobru Pilica, u Domu kulture u Pilici, ubistvo jednog neidentifikovanog civila muškarca u dobi vojnog obveznika u Srebrenici kad je optuženi ušao u grad, i ubistvo 13. jula 1996. u Vlasenici, nakon što se vratio u Bijeljinu, kad su vojnici po naređenju prerezali grlo jednom zarobljeniku. Prije svjedočenja optuženog, Tužilaštvo nije znalo za ove događaje.

Optuženi je pružio značajne informacije u vezi sa naprijed navedenim događaji- ma, kao što je identifikovanje njegovih prepostavljenih i saizvrsilaca, kao i infor- macije o Drinskom korpusu, struktri VRS i jedinicama koje su učestvovale u zau- zimanju Srebrenice, kao što su Deseti diverzantski odred i Bratunačka brigada.

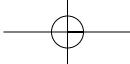
Svjedočenje na pretresu po pravilu 61

Optuženi je 5. jula 1996. svjedočio na pretresu po pravilu 61 u predmetu protiv Radovana Karadžića i Ratka Mladića. Njegovo svjedočenje bilo je značajno u dva pogleda: pridonijelo je odluci Pretresnog vijeća u predmetu po pravilu 61 da izda međunarodne naloge za hapšenje ove dvojice, i, drugo, njegovo svjedočenje kao osobe koja VRS poznaje iznutra jeste dokaz o onome šta se desilo u Srebrenici.

17. Prinuda

Pretresno vijeće primijenilo je zaključak iz odluke Žalbenog vijeća da „*prinuda ne predstavlja potpunu odbranu za vojnika optuženog za zločin protiv čovječnosti i/ili ratni zločin koji uključuje ubijanje nedužnih ljudskih bića*“. Ona se može uzeti u obzir samo kao olakšavajuća okolnost.

I strane i Pretresno vijeće prihvatali su da je u ovom predmetu bilo prinude. Ranije svjedočenje optuženog citirano je gore. G. Ruez je svjedočio o okolno- stima veoma opakog i surovo vođenog rata, okrutnom karakteru bitke za Srebrenicu, popratnoj situaciji u kojoj vojnici ubijaju na osnovu naređenja pre- postavljenih, osjetljivom položaju optuženog kao bosanskog Hrvata u VRS i njegovoj istoriji neslaganja sa svojim komandirom Miloradom Pelešem i ražalovanju koje je uslijedilo. On misli da bi optuženi, da je odbio da puca, „sasvim sigurno dospio u velike neprilike...“



Presuda o kazni

Optuženi pokazuje tendenciju ka osećanju da je bespomoćna žrtva; u svom svjedočenju nekoliko puta spominje da nije imao izbora u različitim situacijama. Govori o tome kako je morao postati vojnik, kako nije imao izbora prilikom napuštanja Republike Hrvatske i prelaska u Republiku Srpsku, kako je morao stupiti u VRS „da bi prehranio porodicu“, da je „jednostavno morao“ da ode u kasarnu i za sobom ostavi suprugu prikovanu uz krevet i bolesno dijete, kako nije imao izbora oko učestvovanja u srebreničkoj operaciji, i kako je „morao da puca na te ljudе“ koji su ubijeni u masakru na zadružnom dobru Pilica. No s druge strane, on je pružio i dokaze o događajima kada se oslobođio tih okova bespomoćnosti i poduzeo pozitivnu akciju; kao što je ona kad je spasao neke Srbe u Tuzli, kad je spasao svjedoka X, kad je odbio povinovati se naređenju poručnika Milorada Pelešića, kad je pokušao da odbije da ubija na zadružnom dobru i kad je odbio da ubija u Domu u Pilici. Znači, bio je u stanju poduzeti pozitivno djelo jednom kad je odvagnuo opcije pred sobom. Izgleda da su rizici koje je preduzimao bili proračunati i smišljeni. Dokazni materijal otkriva ekstremnost situacije sa kojom se suočio optuženi. Pretresno vijeće nalazi da je postojao stvarni rizik da bi optuženi bio ubijen da nije poslušao naređenje. On je izrazio svoja osjećanja, ali i shvatio da u tome nema izbora: morao je da ubije ili bude ubijen.

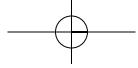
VI. SPORAZUM O KRIVICI

18. Obje strane su 8. januara 1998. Sekretarijatu podnijele „Zajednički prijedlog da se razmotri i usvoji sporazum o krivici između Dražena Erdemovića i Tužilaštva“. Ovome je pridodat sporazum o krivici sklopljen između dviju strana, za koji se navodi da mu je svrha razjašnjenje međusobnog razumijevanja strana o karakteru i posljedicama potvrdnog izjašnjavanja optuženog o krivici, i pomoć stranama i Pretresnom vijeću u obezbijedivanju valjanosti izjašnjavanja optuženog o krivici prema pravilima Međunarodnog suda. Bitni elementi sporazuma o izjašnjavanju su sljedeći:

Optuženi će se potvrđno izjasniti o krivici po tački 2, krivično djelo kršenja zakona i običaja ratovanja, uz puno razumijevanje razlike između te optužbe i alternativne optužbe zločina protiv čovječnosti, kao i posljedica svog izjašnjavanja.

Izjašnjavanje optuženog o krivici je zasnovano na njegovoj krivici i njegovom prihvaćanju potpune odgovornosti za djela kojima se tereti.

Strane su se složile oko činjenične osnove navoda protiv optuženog, a posebno o činjenici da je postojala prinuda.



Presude/Dražen Erdemović

Strane su, uz puno poštovanje isključive nadležnosti Pretresnog vijeća za izricanje kazne, preporučile da bi kazna zatvora u trajanju od sedam godina bila odgovarajuća kazna u ovom predmetu, imajući u vidu olakšavajuće okolnosti.

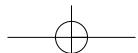
U svjetlu pristanka optuženog da se izjasni krim po tački 2, Tužilac se složio da ne nastavi sa krivičnim gonjenjem po alternativnoj tački zločina protiv čovječnosti.

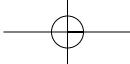
19. Sporazumi o izjašnjavanju o krivici su uobičajeni u nekim jurisdikcijama svijeta. Takvi sporazumi nisu predviđeni Statutom i Pravilnikom o postupku i dokazima Međunarodnog suda. Ovo je prvi put da je takav dokumenat predložen Međunarodnom sudu. Sporazum o izjašnjavanju o krivici u ovom predmetu je samo sporazum dviju strana postignut na njihovu vlastitu inicijativu bez doprinosa ili ohrabrenja od strane Pretresnog vijeća. Upitan o tome od strane predsjedavajućeg sudije Pretresnog vijeća, optuženi je potvrdio da se slaže sa sporazumom i razumije ono što on sadrži. Strane su i same priznale da sporazum ne obavezuje Vijeće iako je zajednički predložen od strane optužbe i odbrane na pretresu 14. januara 1998, kao i u zajedničkom prijedlogu. Iako nije ni na koji način obavezano tim sporazumom, Pretresno vijeće ga je pažljivo razmotrilo prilikom određivanja kazne koju treba izreći optuženom.

VII. KAZNENA POLITIKA VIJEĆA

20. Osim već razmotrenih otežavajućih i olakšavajućih okolnosti, u presudi Pretresnog vijeća uzete su u obzir i okolnosti ubistava, a posebno stepen patnji kojima su žrtve masakra bile izložene prije i za vrijeme ubistava, sredstva kojima se optuženi služio da ubije i njegov stav u to vrijeme. Atmosferu straha i nasilja Pretresnom vijeću dobro su opisali optuženi i g. Ruez; žrtve su, posebno nakon dolaska pripadnika Bratunačke brigade, bile izložene fizičkim napadima, poniženjima i verbalnim uvredama. Žrtve koje su pristigle nakon prvog kruga ubijanja imale su saznanje o sigurnoj smrti, jer su vidjele leševe već ubijenih i čule pucnjeve koje su ispalili optuženi i ostali egzekutori. Stepen patnji ovih ljudi ne može se previdjeti. Nevoljnost optuženog da učestvuje i njegova reakcija na to što je morao da obavi taj stravični zadatak već su razmotreni na drugom mjestu o ovoj presudi. Jasno je da on nije našao nikakvo perverzno zadovoljstvo u onome što je učinio.

21. U interesu je međunarodne krivične pravde i zadatka Međunarodnog suda da se saradničkom stavu optuženog dâ odgovarajuća težina. On je istinito priznao svoju umiješanost u masakr u doba kad ga niti jedne vlasti nisu nastojale krivično goniti u vezi sa tim, znajući da će najvjerovaljnije biti krivično





Presuda o kazni

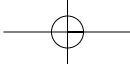
gonjen kao posljedica toga. Razumijevanje situacije onih koji se predaju u nadležnost Međunarodnog suda i koji priznaju svoju krivicu važno je kako bi se ostali osumnjičeni ili nepoznati počinjoci ohrabrili da istupe. Međunarodni sud, pored svoga mandata da istražuje, krivično goni i kažnjava teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava, ima i dužnost da kroz svoje pravosudne funkcije pridonese razrješenju širih pitanja odgovornosti, pomirenja i utvrđivanja istine oko zāla počinjenih u bivšoj Jugoslaviji. Otkrivanje istine je kamen temeljac vladavine prava i fundamentalni korak na putu ka pomirenju: jer samo istina briše etničke i vjerske mržnje i započinje proces ozdravljenja. Međunarodni sud mora pokazati da se s onima koji imaju poštenja da priznaju postupa pošteno u okviru procesa koji počiva na principima pravde, pravičnog suđenja i zaštite fundamentalnih prava pojedinaca. S druge strane, Međunarodni sud je sredstvo putem kojeg međunarodna zajednica izražava svoje ogorčenje nad zvjerstvima počinjenim u bivšoj Jugoslaviji. Podupiranje vrednosti međunarodnih ljudskih prava znači da prilikom zaštite prava optuženog Međunarodni sud ne smije da izgubi iz vida tragediju žrtava i patnje njihovih porodica.

VIII. PRIZNAVANJE VREMENA PROVEDENOG U PRITVORU

22. Prema pravilu 101(E) Pravilnika o postupku i dokazima Međunarodnog suda, Pretresno vijeće treba da osuđenom licu prizna eventualni period koje je ono provelo u pritvoru čekajući na izručenje Međunarodnom суду, ili za vrijeme suđenja i žalbenog postupka. Vrijeme provedeno u pritvoru na osnovu domaćih krivičnih postupaka ne uzima se u obzir, sve do trenutka podnošenja formalnog zahtjeva za ustupanje nadležnosti Međunarodnom судu. U ovom predmetu sudija Riad izdao je 28. marta 1996. nalog za transfer u pritvor Međunarodnog suda. Relevantni period vremena provedenog u pritvoru prema tome počinje teći od tog datuma.

IX. KAZNA

23. IZ GORE NAVEDENIH RAZLOGA, razmotrivši sav dokazni materijal i argumente strana, kao i jurisprudenciju Međunarodnog suda, PRETRESNO VIJEĆE, u skladu sa Statutom i Pravilnikom o postupku i dokazima, izriče Draženu Erdemoviću kaznu zatvora u trajanju od godina za KRŠENJE ZAKONA I OBIČAJA RATOVANJA za koje se izjasnio krivim 14. januara 1998, s tim da mu se priznaje vrijeme provedeno u pritvoru od 28. marta 1996.



Presude/Dražen Erdemović

X. DISPOZITIV

PRETRESNO VIJEĆE II TER

IZ GORE NAVEDENIH RAZLOGA, JEDNOGLASNO,

NA OSNOVU člana 23, 24 i 27 Statuta i pravila 100, 101 i 103 Pravilnika o postupku i dokazima,

IMAJUĆI U VIDU optužnicu od 22. maja 1996. potvrđenu 29. maja 1996,

IMAJUĆI U VIDU da se optuženi Dražen Erdemović potvrđno izjasnio o krivici 14. januara 1998. za optužbu KRŠENJE ZAKONA I OBICAJA RATOVANJA, u skladu sa članom 3 Statuta,

RAZMOTRIVŠI dokazni materijal podnesen u ovom predmetu i SASLUŠAVŠI navode strana,

OSUĐUJE Dražena Erdemovića, rođenog 25. novembra 1971. na kanzu zatvora u trajanju od godina i ODLUČUJE da se u ovu kaznu uračuna vrijeme provedeno u pritvoru od 28. marta 1996,

PROPISUJE da se kazna zatvora izdržava u državi koju odredi Međunarodni sud u skladu sa pravilom 103(A) Pravilnika o postupku i dokazima,

NALAŽE da, do isteka roka od petnaest dana tokom kojeg optuženi može izjaviti žalbu na ovu presudu u skladu sa pravilom 88bis Pravilnika o postupku i dokazima, i dok se ne pivedu kraju aranžmani za transfer optuženog, koji je sada osuđeno lice, u državu u kojoj će izdržavati kaznu, optuženi ostane u pritvoru Međunarodnog suda,

ODREĐUJE da, u skladu sa pravilom 102 Pravilnika o postupku i dokazima, kazna zajedno sa gore spomenutim uračunavanjem, počinje teći od danas, 5. marta 1998.

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

/potpis na originalu/

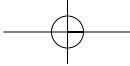
Florence Ndepele Mwachande Mumba predsjedavajući sudija

/potpis na originalu/

Mohamed Shahabuddeen

/potpis na originalu/

Wang Tieya

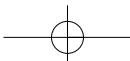
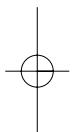
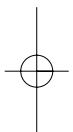


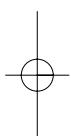
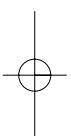
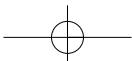
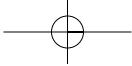
Presuda o kazni

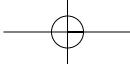
Sudija Shahabuddeen ovoj presudi prilaže svoje izdvojeno mišljenje.

Dana 5. marta 1998.
U Hagu, Holandija

[pečat Međunarodnog suda]







PRED PRETRESNIM VIJEĆEM

U sastavu:

predsjedavajući sudija Florence Ndepele Mwachande Mumba
sudija Mohamed Shahabuddeen
sudija Wang Tieya

Sekretar: gđa Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh

Presuda od: 5. marta 1998.

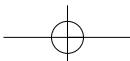
TUŽILAC protiv DRAŽENA ERDEMOVIĆA **IZDVOJENO MIŠLJENJE SUDIJE SHAHABUDEENA**

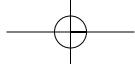
Tužilaštvo:

g. Grant Niemann
g. Peter McCloskey

Odbojna optuženog:

g. Jovan Babić
g. Nikola Kostić





Presude/Dražen Erdemović

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

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

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

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

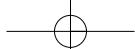
Prva poteškoća je ova: kako shvatiti odluku Žalbenog vijeća u pogledu tačnog načina na koji ovo Pretresno vijeće treba ispuniti svoju obavezu da utvrdi da optuženi razumije optužnicu?

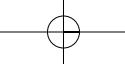
Druga poteškoća je ova: kako u ovom konkretnom predmetu primijeniti odluku Žalbenog vijeća u pogledu njezinog stava o uporednoj težini dvaju kričnih djela u pitanju, imajući u vidu da ovo Pretresno vijeće ima, i da može imati, samo jednu kaznu na raspaganju?

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

Što se tiče prve poteškoće, Žalbeno vijeće je smatralo da potvrđno izjašnjanje o krvici koje je optuženi dao pred prvotnim Pretresnim vijećem po prvoj tački optužnice nije bilo informisano: on nije razumio prirodu optužbi. Žalbeno vijeće je shodno tome naložilo da se optuženi ponovo izjasni o krvici.

Postavlja se pitanje interpretacije: Da bi se osiguralo da optuženi razumije prirodu optužbi, mora li ih ovo Pretresno vijeće pred kojim se predmet sada





Presuda o kazni/Izdvojeno mišljenje sudije Shahabuddeena

nalazi objasniti elemenat po elemenat? Ili, da li je dovoljno ako se Pretresno vijeće, bez gore spomenutih objašnjenja, uvjeri putem razumnih upita da optuženi razumije prirodu optužbi?

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

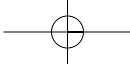
*

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

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

Član 21, stav 4(a) Statuta optuženome daje pravo „da ga se na jeziku koji razumije detaljno i blagovremeno obavijesti o prirodi i razlozima optužbi protiv njega“. Ova odredba usredotočuje se na pravo optuženoga da ga nadležne vlasti koje iznose optužbu obavijeste o razlogu zbog kog je optužen. Informacija se mora odnositi kako na činjenice tako i na njihovu pravnu kvalifikaciju. Pretresno vijeće mora obezbijediti da se to pravo poštuje, kao jedno od prava dodijeljenih optuženome. Ali ova odredba nema svrhu da Pretresnom vijeću nametne obavezu da optuženoga obavijesti o pravnom biću krivičnog djela za koje se tereti. Ne čini se ni da takva dužnost proizlazi iz prakse povezane sa odgovarajućim formulacijama člana 6, stava 3(a) Evropske konvencije o ljudskim pravima ili člana 14, stava 3(a) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

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



Presude/Dražen Erdemović

*

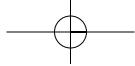
Pitanje kojom se točno metodom Žalbeno vijeće treba uvjeriti da optuženi razumije optužnicu ostaje prema tome otvoreno. Kako odgovoriti na njega?

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

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

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

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



Presuda o kazni/Izdvojeno mišljenje sudije Shahabuddeena

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

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

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

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

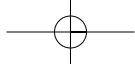
Ja tumačim odluku Žalbenog vijeća tako da znači da kazna koja se sada izriče za krivično djelo ratnog zločina mora biti lakša od kazne koja je mogla biti izrečena za to isto djelo kvalificirano kao zločin protiv čovječnosti. Kako da se to uradi?

*

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

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

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



Presude/Dražen Erdemović

*

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

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

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

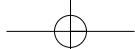
Pretresno vijeće nastojalo je uzeti u obzir mišljenje Žalbenog vijeća iz koga proizlazi da današnja kazna mora da bude manja od kazne za isto djelo kvalificirano kao zločin protiv čovječnosti. Danas izrečena kazna je u stvari mnogo manja od one koja je ranije bila izrečena za zločin protiv čovječnosti,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

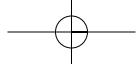
Sastavljeno na engleskom i francuskom, s tim da se engleski tekst smatra mjerodavnim.

/potpis na originalu/
Mohamed Shahabuddeen

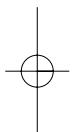
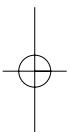
Dana 5. marta 1998.
U Hagu, Holandija

[pečat Međunarodnog suda]

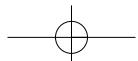


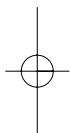
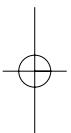
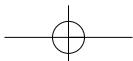
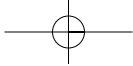


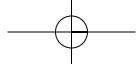
Goran Jelisić



PRESUDA PRETRESNOG VIJEĆA	251
PRESUDA ŽALBENOG VIJEĆA	299







UJEDINJENE NACIJE

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

Predmet br.: IT-95-10-T
Datum: 14. decembar 1999.
Original: francuski

PRETRESNO VIJEĆE I

U sastavu:

Claude Jorda, predsjedavajući sudija
sudija Fouad Riad
sudija Almira Rodrigues

Sekretar: gđa Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh
Odluka od: 14. decembra 1999.

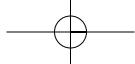
TUŽILAC protiv GORANA JELISIĆA **PRESUDA**

Tužilaštvo:

g. Geoffrey Nice
g. Vladimir Tochilovsky

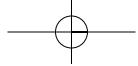
Obrana:

g. Veselin Londrović
g. Michael Greaves

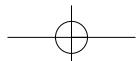


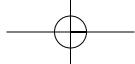
SADRŽAJ

I. UVOD	254
A. Optužnica	254
B. Istorijat postupka	255
II. ISTORIJSKA POZADINA DOGAĐAJA	257
III. KRIVIČNA DJELA KOJA JE OPTUŽENI PRIZNAO PRILIKOM IZJAŠNJAVA O KRIVICI	259
A. Kršenja ratnih zakona i običaja	261
1. Ubistvo	262
2. Okrutno postupanje	264
3. Pljačka	265
B. Zločini protiv čovječnosti	266
1. Krivična djela u osnovi: ubistvo i druga nečovječna djela	266
(a) ubistvo	266
(b) druga nečovječna djela	267
2. Napad na civilno stanovništvo kao opšti uslov optužbe	267
(a) rasprostranjeni ili sistematski napad	267
(b) protiv civilnog stanovništva	268
3. Napad u kome optuženi učestvuje uz punu svijest o značaju svojih djela	269
C. Zaključak	269
IV. GENOCID	269
A. <i>Actus reus</i> krivičnog dijela: ubistvo pripadnika grupe	273
B. <i>Mens rea</i> krivičnog djela:	
namjera da se uništi, u cjelini ili djelomično, neka nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa	273
1. Djela počinjena protiv žrtava zbog njihove pripadnosti nekoj nacionalnoj, rasnoj ili vjerskoj grupi	274
(a) Diskriminatorska priroda djela	274
(b) Grupe zaštićene članom 4 Statuta	275
(c) Dokazi o diskriminatorskoj namjeri	276
2. Namjera da se uništi, u cjelini ili djelomično, grupa kao takva	278
(a) Definicija	278
(b) Potrebni stepen namjere	280
(i) Namjera da se počini „sveobuhvatni“ genocid	281
(ii) Jelisićevo namjera da počini genocid	284
V. IZRICANJE KAZNE	287
A. Principi i svrha kazne	288
B. Zaključci strana	291



C. Odmjeravanje kazne	292
1. Optuženi	292
2. Olakšavajuće okolnosti	292
3. Otežavajuće okolnosti	293
4. Uračunavanje vremena provedenog u pritvoru	294
5. Kazna	294
VI. DISPOZITIV	295





I. UVOD

1. Suđenje Goranu Jelisiću pred Pretresnim vijećem I (u daljem tekstu: Pretresno vijeće) Međunarodnog suda za krivično gonjenje osoba odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava, počinjena na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991. godine (u daljem tekstu: Međunarodni sud) počelo je 30. novembra 1998, a završilo 25. novembra 1999. godine.

2. Nakon nekoliko izmjena optužnice, Gorana Jelisića se teretilo u trideset i dvije (32) različite tačke optužnice¹ za genocid, kršenja ratnih zakona i običaja i zločine protiv čovječnosti.

A. Optužnica

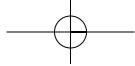
3. Optužnica² tereti Gorana Jelisića za genocid:

U maju 1992, Goran Jelisić, s namjerom da uništi veći ili značajan dio bosansko-muslimanskog naroda kao nacionalne, etničke ili vjerske grupe, sistematski je ubijao muslimanske zatočenike unutar autobuskog preduzeća „Laser”, stanice milicije Brčko i u logoru Luka. Predstavlja se kao „srpski Adolf”, govorio da je došao u Brčko da ubija Muslimane i često davao na znanje muslimanskim zatočenicima i ostalima koliko je Muslimana ubio. Osim što je ubio brojne zatočenike, čiji identitet nije poznat, Goran Jelisić je lično ubio žrtve navedene u paragrafima 16-25, 30 i 33. Tim radnjama Goran Jelisić je počinio ili pomogao i na drugi način učestvovao u sljedećem:

Tačka 1: genocid, zločin prema članu 4(2)(a) Statuta Međunarodnog suda.

Optuženog se takođe konkretno teretilo za ubistvo trinaest (13) osoba³, za nanošenje tjelesnih povreda četirima (4) osobama⁴ i za krađu novca od pritvorenika u logoru Luka – tačka optužnice⁵ kvalifikovana kao „pljačka”. Za ova djela, protiv optuženog je pokrenut krivični postupak za kršenja ratnih zakona i običaja i zločine protiv čovječnosti.

- 1 Druga izmijenjena optužnica protiv Gorana Jelisića i Ranka Češića, 19. oktobar 1998, parag. 14 i naredni parografi. Ranko Češić do danas nije uhapšen.
- 2 U ovom slučaju, druga izmijenjena optužnica. Vidi „Istorijat postupka” niže.
- 3 Tačke od 4 do 23, 32, 33, 38 i 39 (za tačke 14 i 15 vidi fusnotu 7 niže). Sve žrtve navedene u ovim tačkama su takođe navedene pod tačkom za genocid.
- 4 Tačke 30, 31, 36, 37, 40 i 41.
- 5 Tačka 44.



Presuda

B. Istorijat postupka

4. Prvobitnu optužnicu, podignutu protiv optuženog 30. juna 1995, potvrđio je sudija Lal Chand Vohrah 21. jula 1995. godine. Gorana Jelisića se teretilo za genocid (član 4(2) Statuta), teške povrede Ženevske konvencije iz 1949. godine (član 2(a) Statuta), kršenja ratnih zakona i običaja (član 3 Statuta) i zločine porotiv čovječnosti (član 5(a) Statuta).

5. Goran Jelisić je uhapšen 22. januara 1998. na osnovu naloga za hapšenje koji je izdao Međunarodni sud, te odmah prebačen u Pritvorsku jedinicu Suda u Hagu. Tog istog dana, predsjednica Međunarodnog suda, sudija Gabrielle Kirk McDonald, dodijelila je ovaj predmet Pretresnom vijeću I, u sastavu: sudsija Claude Jorda, sudsija Fouad Riad i sudsija Almira Rodrigues.

6. U skladu sa pravilom 62 Pravilnika o postupku i dokazima Međunarodnog suda (u daljem tekstu: Pravilnik), prvo pojavljivanje optuženog pred Pretresnim vijećem održano je 26. januara 1998. godine. Optuženi se tom prilikom, po svim tačkama optužnice, izjasnio da nije kriv.

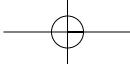
7. Dana 11. marta 1998, Pretresno vijeće je izdalo povjerljiv nalog da se optuženi podvrgne psihijatrijskom pregledu. U izvještaju vještaka od 6. aprila 1998. navedeno je da optuženi može da razumije prirodu optužbi koje mu se stavljuju na teret i da u potpunosti prati postupak. Stoga je proglašen sposobnim za suđenje.

8. Prema izmjenjenoj optužnici od 13. maja 1998, Goran Jelisić se teretio za genocid prema članu 4(2) Statuta, višestruka kršenja ratnih zakona i običaja prema članu 3 Statuta i zločine protiv čovječnosti prema članu 5(a) Statuta. Tužilac je 19. oktobra 1998. ponovo izmjenio optužnicu u skladu sa namerom Gorana Jelisića da se izjasni krivim po 31 tački optužnice.

9. Dana 19. avgusta 1998, na zahtjev branioca optuženog, gospodina Londrovića, koji je i sam postavljen za branioca od strane Sekretarijata, Sekretarijat Međunarodnog suda je imenovao gospodina Nikolu P. Kostića za kobranioca⁶.

10. Nakon međusobnih razgovora i pretpretresnih priprema, koje je organizovao sudsija Foaud Riad po ovlašćenjima Pretresnog vijeća, strane su 9. sep-

6 Ovo imenovanje sprovedeno je u skladu sa pravilima koja predviđaju da optuženi može zatražiti da mu se dodijeli kobraničak šezdeset (60) dana prije datuma početka suđenja.



Presude/Goran Jelisić

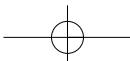
tembra 1998. potpisale „Sporazum o činjeničnim osnovama za potvrđno izjašnjavanje o krivici Gorana Jelisića”. Sudija Lal Chand Vohrah je 19. oktobra 1998. potvrđio drugu izmijenjenu optužnicu koja se oslanjala na ovaj sporazum o činjeničnim osnovama.

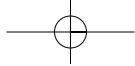
11. Dana 29. oktobra 1998. Goran Jelisić je potvrđio da se izjašnjava da nije kriv za genocid, ali se izjasnio krivim za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti kako je navedeno u sporazumu o činjeničnim osnovama od 9. septembra 1998.⁷ Pretresno vijeće je izjavilo da je potvrđna izjava o krivici informirana te da nije dvosmislena. Takođe je navelo da između zastupnika optužbe i zastupnika odbrane nije bilo neslaganja ni oko jedne činjenice u vezi sa potvrdnom izjavom o krivici.

12. U dopisu od 24. novembra 1998, odbrana je naznačila da namjerava da se pozove na poseban vid odbrane alibijem u skladu sa pravilom 67(A)(ii)(a)(b) Pravilnika za djela koja je optuženi navodno počinio nakon 19. maja 1992. godine. U dopisu je navedeno da je Goran Jelisić navodno pobjegao iz Brčkog 19. maja 1992, te da stoga nije mogao počiniti djela koja mu se u optužnici pripisuju nakon tog datuma. Odbrana je takođe namjeravala da se pozove na dva posebna osnova odbrane, odnosno na ozbiljno smanjenu uračunljivost optuženog u vrijeme kada su počinjena djela koja se navode u optužnici i na činjenicu da je optuženi navodno postupao po naređenjima nadređenih i pod hijerarhijskim pritudom.

13. Suđenje optuženom počelo je 30. novembra a prekinuto 2. decembra 1998, nakon čega, međutim, nije moglo da se ubrzo nastavi zbog nemogućnosti sudije Fouada Riada da učestvuje u postupku iz zdravstvenih razloga, odbijanja Gorana Jelisića da mu se nađe zamjena, te neraspoloživosti sudije Claudea Jordea i sudske Almira Rodriguesa, koji su bili zauzeti jednim drugim suđenjem koje je bilo počelo prije suđenja Goranu Jelisiću. Dana 18. decembra 1998, Pretresno vijeće je izdalo nalog o zaštitnim mjerama za određene svjedočoke, naloživši da se njihova imena i ostali identifikacioni podaci ne objelodanjuju na otvorenim raspravama.

7 Formulacija tačaka 14 i 15 je ponešto dvosmislena. Mada se u naslovu paragrafa 21 optužnice navode ubistva dvije osobe, Seada Čerimagića i Jasminke Čumurovića, u tekstu se samo помиње incident kada je „Goran Jelisić pucao i ubio Jasminku Čumuroviću”. Međutim, u Sporazumu o činjeničnim osnovama koji su sastavili Tužilaštvo i odbrana, помињe se samo J. Čumurović, a u izjavama priloženim ovom Sporazumu („Činjenična osnova optužbi po kojima Goran Jelisić namjerava da se izjasni krivim”, u daljem tekstu „činjenična osnova”), aneks II, (povjerljiva) izjava od 29. juna 1998, str. 20-21), Goran Jelisić nije priznao da je ubio Seada Čerimagića. S obzirom na ove okolnosti, Pretresno vijeće smatra da se optužnica i potvrđna izjava o krivici odnose samo na ubistvo Jasminke Čumurovića.





Presuda

14. S obzirom na odgodu suđenja, Pretresno vijeće je razmatralo mogućnost da doneše odluku u vezi sa tačkama za koje se optuženi izjasnio krivim, uključujući i eventualnu odgovarajuću kaznu, a da suđenje za genocid odloži za kasnije. Na statusnoj konferenciji o tom pitanju, održanoj 18. marta 1999, odbrana se izjasnila u prilog jedinstvene kazne, navodeći blisku vezu između tačaka optužnice po kojima se Goran Jelisić izjasnio krivim i tačke za genocid po kojoj se izjasnio da nije kriv. Postupak je konačno ponovo nastavljen 30. avgusta 1999. Dana 22. septembra 1999, tužilac je izjavio da je završio sa izvođenjem svojih dokaza.

15. Saslušavši argumente Tužilaštva, sudije Pretresnog vijeća su razmotrile dokaze koje je izvelo Tužilaštvo. Prilikom vijećanja, zaključili su da se optuženog, i bez potrebe da se saslušaju argumenti odbrane, ne može proglašiti krivim za zločin genocida.

16. S obzirom na te okolnosti, dana 12. oktobra 1999. Pretresno vijeće je u skladu sa pravilom 98ter obavijestilo strane da će svoju odluku donijeti 19. oktobra 1999. Dana 15. oktobra 1999, tužilac je podnio zahtjev da Pretresno vijeće odloži donošenje odluke dok se Tužilaštvu ne pruži mogućnost da iznese svoje argumente, navodeći *inter alia* da dejstvo pravila 98ter ne može lišiti Tužilaštvo prava da iznese završne argumente o pravu i činjenicama. Na raspravi od 19. oktobra 1999, zaključivši da postoji neraskidiva veza između pomenutog zahtjeva tužioca i odluke o meritumu, Pretresno vijeće je odlučilo da postoji osnova da se interlokutorni zahtjev pridoda meritumu. Pretresno vijeće je zatim proglašilo Gorana Jelisića krivim za ratne zločine i zločine protiv čovječnosti, ali je donijelo oslobađajuću presudu po optužbi za genocid u skladu sa pravilom 98bis Pravilnika.⁸

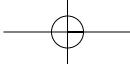
17. Na kraju, Pretresno vijeće je saslušalo svjedoke i argumente strana u vezi sa odmjeravanjem kazne. Pretres je završen 25. novembra 1999. godine u skladu sa pravilom 81 Pravilnika.

II. ISTORIJSKA POZADINA DOGAĐAJA⁹

18. Ovo suđenje bavi se događajima koji su se odigrali maja mjeseca 1992. godine u opštini Brčko. Brčko je oveće mjesto u posavinskom koridoru,

8 Pravilo 98bis obavezuje pretresno vijeće da doneše oslobađajuću presudu u slučaju da su dokazi koje je izvelo Tužilaštvo nedovoljni za osuđujuću presudu.

9 Činjenice koje se ovdje navode temelje se na izjavama svjedoka i opisima sadržanim u činjeničnoj osnovi sa kojom se odbrana složila, nezvanični francuski transkript (dalje u tekstu: NFT), str. 183.



Presude/Goran Jelišić

smješteno u krajnjem sjeveroistočnom dijelu Bosne i Hercegovine, na granici sa Hrvatskom.

19. Dana 30. aprila 1992, dvije eksplozije uništile su dva mosta na rijeci Savi u Brčkom.¹⁰ Pretresno vijeće je čulo svjedočenje da su srpski politički zvaničnici u Brčkom prethodno zahtijevali podjelu grada na tri sektora, od kojih bi jedan bio isključivo srpski.¹¹ Može se smatrati da su te eksplozije obilježile početak neprijateljstava od strane srpskih snaga.¹² Dana 1. maja 1992. Muslimanima i Hrvatima je preko radija naređeno da predaju svoje oružje.¹³ Od 1. maja 1992. srpske snage, sastavljene od vojnika i pripadnika paravojnih i policijskih snaga, razmještaju se po gradu.¹⁴

20. Nekoliko iskaza iznesenih u činjeničnoj osnovi ukazuju na učešće srpskih vojnih, paravojnih i policijskih snaga čiji pripadnici nisu bili iz opštine Brčko.¹⁵ Jedan svjedok je izjavio da je vidio Arkanove ljude kako hodaju uokolo po gradu noseći pumpe koje su služile za paljenje kuća.¹⁶ Prisustvo Arkanovih „tigrova“ potvrdilo je nekoliko svjedoka koji su se pojavili pred Pretresnim vijećem.¹⁷

21. Događaji koji su opisani u činjeničnoj osnovi veoma jasno pokazuju da je srpska ofanziva bila usmjerenja na nesrpsko stanovništvo Brčkog. U iskazima se takođe opisuje organizovana evakuacija stanovnika Brčkog, iz jedne gradske četvrti za drugom, u sabirne centre¹⁸ gdje su Srbi razdvajani od Muslimana i Hrvata. Prema riječima svjedoka¹⁹, muškarci srpske nacionalnosti su odmah regrutovani u srpske snage, dok su žene, djeca i muškarci stariji od šezdeset godina autobusom evakuisani u susjedna područja.²⁰

10 Činjenična osnova: svjedok F, str. 3; svjedok O, str. 2; svjedok W, str. 2.

11 Svjedok F, činjenična osnova, str. 2.

12 Svjedok W, činjenična osnova, str. 2.

13 Svjedok O, činjenična osnova, str. 2.

14 Svjedok P, činjenična osnova, str. 2.

15 Elementi izneseni u činjeničnoj osnovi ukazuju da su neki svjedoci izjavili da su ti vojnici bili iz Srbije. Svjedoci na suđenju su često govorili da su pripadnici srpskih snaga, uključenih u sukob, bili iz Bijeljine.

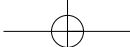
16 Svjedok BB, činjenična osnova, str. 2.

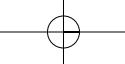
17 Činjenična osnova: svjedok C, str. 2; svjedok P, str. 3; svjedok V, str. 2; svjedok M, str. 2; svjedok J, str. 2; svjedok I, str. 3.

18 Navedeni su glavni sabirni centri: džamija u Brčkom, kasarna JNA, Autobusko preduzeće Laser i policijska stanica Brčko (SUP).

19 Činjenična osnova, svjedok W, str. 2; svjedok Q, str. 3.

20 Činjenična osnova, svjedok E, str. 3; svjedok N, str. 4.





Presuda

Muškarci iz redova Muslimana i Hrvata, stari između šesnaest i otrilike šezdeset godina, zadržani su u zatočeništvu u sabirnim centrima. Mnogi od njih, gotovo svi Muslimani, zatim su prebačeni autobusima ili kamionima u logor Luka, bivši lučki objekat. Sa lijeve strane uskog puta koji presijeca logor nalazio se niz skladišta. Zatočenici su bili zatvoreni u dva prva skladišta preko puta upravnih zgrada, smještenih sa desne strane puta. Isljeđivanja su vršena u prvoj od tih zgrada.

22. Zatočenici logora Luka, kao i dio onih koji su po puštanju ponovo uhapšeni, internirani su u julu 1992. godine u zatočenički logor Batković.²¹ Većina tih zatočenika je nakon oktobra 1992. razmijenjena.²²

23. U optužnici se navodi da je „[Goran Jelisić] ... došao oko 1. maja 1992. u Brčko iz Bijeljine”. Prilikom izjašnjavanja o krivici 29. oktobra 1998. godine²³, Goran Jelisić je priznao krivicu za trinaest ubistava, nanošenje tjelesnih povreda četirima osobama i krađu novca od zatočenika u logoru Luka.

III. KRIVIČNA DJELA KOJA JE OPTUŽENI PRIZNAO PRILIKOM IZJAŠNJAVA VJEĆNIKA O KRIVICI

24. Goran Jelisić se izjasnio da je kriv za kršenja ratnih zakona i običaja (šesnaest tačaka)²⁴ i zločine protiv čovječnosti (petnaest tačaka)²⁵.

25. Potvrđno izjašnjavanje o krivici samo po sebi nije dovoljna osnova da se optužena osoba proglaši krovom. Iako je Pretresno vijeće uzelo na znanje da su strane uspjele da se dogovore oko krivičnog djela koje se stavlja na teret, ipak je potrebno da sudije u elementima predmeta pronađu nešto na osnovu čega će i pravno i činjenično temeljiti svoju presudu da je optuženi zaista kriv za zločin.

26. U skladu sa pravilom 62bis Pravilnika, sudije moraju provjeriti:

- (i) da je potvrđna izjava o krivici data dobrovoljno;

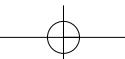
21 Činjenična osnova, svjedok V, str. 7-8; svjedok B, str. 6; svjedok P, str. 6.

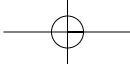
22 Činjenična osnova, svjedok C, str. 9; svjedok J, str. 13; svjedok K, str. 13; svjedok N, str. 10.

23 U vezi sa pravnom valjanosću izjave o krivici, vidi odjeljak III niže.

24 Dvanaest od tih tačaka ga tereti za ubistvo (tačke 4, 6, 8, 10, 12, 14, 16, 18, 20, 22, 32 i 38), tri za okrutno postupanje (tačke 30, 36 i 40) i jedna za pljačku (tačka 44).

25 Dvanaest od tih tačaka ga tereti za ubistvo kao zločin protiv čovječnosti (tačke 5, 7, 9, 11, 13, 15, 17, 19, 21, 23, 33 i 39) i tri za nečovječna djela (tačke 31, 37 i 41).





Presude/Goran Jelisić

- (ii) da je potvrđna izjava o krivici informirana;
- (iii) da potvrđna izjava o krivici nije dvomislena; i
- (iv) da postoje dovoljne činjenične osnove za postojanje krivičnog djela i sudjelovanje optuženog u istom, bilo na osnovu nezavisnih indicija ili toga što ne postoji nikakvo neslaganje između strana u pogledu predmetnih činjenica.

27. U vezi sa tim, Pretresno vijeće podsjeća da je 11. marta 1998. naložilo ekspertizu vještaka čiji su rezultati²⁶ pokazali da je Goran Jelisić sposoban da razumije prirodu optužbi koje mu se stavlaju na teret i da u poptunosti prati postupak. Sem toga, optuženi se potvrđno izjasnio o krivici tek nakon dugih diskusija između strana, bilo direktnih ili tokom rasprava. Memorandum o razumijevanju koji je uslijedio očito predstavlja rezultat tih diskusija u pogledu prirode i obima krivičnih djela koja je optuženi počinio.

28. Pretresno vijeće takođe mora provjeriti da li su elementi iz potvrđne izjave o krivici dovoljni za utvrđivanje priznatih krivična djela.

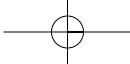
29. Prvo, prikladno je napomenuti da je postojanje oružanog sukoba jedan od uslova za primjenu kako člana 3 tako i člana 5 Statuta.²⁷ Pretresno vijeće ovdje preuzima definiciju oružanog sukoba Žalbenog vijeća u predmetu *Tadić* prema kojoj:

oružani sukob postoji svuda gdje se pribjeglo oružanoj sili između država ili produženom oružanom nasilju između vlasti i organizovanih naoružanih grupa, ili pak između takvih grupa unutar jedne države²⁸.

26 Izvještaji o psihijatrijskoj ekspertizi dr Nikole Kmetića, od 1. aprila 1998, i dr Elsmana, od 15. aprila 1998; izvještaj o psihološkoj ekspertizi dr Hersta od 16. aprila 1998; izvještaj stručnjaka za sudsку medicinu od 25. novembra 1998. koji su predočili psihijatrijski vještaci N. Duits i C. M. van der Veen.

27 Međunarodni sud je u više navrata ukazao na to da je oružani sukob koji se pominje u članu 5 Statuta uslov nadležnosti Suda a ne pravni element zločina protiv čovječnosti: presude Žalbenog vijeća u predmetu *Tužilac protiv Duška Tadića zvanog Dule* (dalje u tekstu: predmet *Tadić*), IT-94-1-AR72, 2. oktobar 1995. (dalje u tekstu: odluka Žalbenog vijeća u predmetu *Tadić*), paragrafi 140 i 249; i IT-94-1-A, 15. juli 1999. (dalje u tekstu: presuda Žalbenog vijeća u predmetu *Tadić*), parag. 251.

28 Vidi: Odluka Žalbenog vijeća u predmetu *Tadić*, parag. 70.



Presuda

30. Odrhana se složila da je opština Brčko bila poprište oružanog sukoba u vrijeme kada su počinjena krivična djela²⁹ i da nema nikakve sumnje da su krivična djela bila povezana sa tim sukobom. Pretresno vijeće takođe primjećuje da činjenice prihvaćene u prilog potvrđnom izjašnjavanju o krivici³⁰, onako kako su ovdje opisane u odjeljku o istorijskoj pozadini događaja, ne ostavljaju mjesta sumnji u pogledu postojanja oružanog sukoba u to vrijeme na tom području.

31. U nastavku se opisuju pravni elementi ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti u okviru oružanog sukoba.

A. Kršenja ratnih zakona i običaja

32. Tačke optužnice koje se temelje na članu 3 Statuta terete optuženog za ubistvo, okrutno postupanje i pljačku.

33. Član 3 Statuta je opšta, residualna klauzula koja je primjenjiva na sva kršenja humanitarnog prava koja nisu pokrivena članovima 2, 4 i 5 Statuta pod uslovom da su relevantna pravila običajne prirode.³¹

34. Optužbe za ubistvo i okrutno postupanje se baziraju na zajedničkom članu 3 Ženevske konvencije i čija običajna priroda je u više navrata konstatovana od strane ovog Međunarodnog suda i Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu³² ³³. Kao pravilo međunarodnog običajnog prava, član 3 koji je zajednički za sve Ženevske konvencije pokriven je članom 3 Statuta, kao što se navodi u odluci Žalbenog vijeća u predmetu *Tadić*³⁴. Zajednički član 3 štiti

29 Vidi, *inter alia*, „Dodatak Sporazumu o činjeničnoj osnovi za potvrđno izjašnjavanje o krivici Gorana Jelisića”, povjerljivo, 28. oktobar 1998. (dalje u tekstu: dodatak), str. 2.

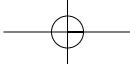
30 Činjenična osnova, str. 18-19.

31 Odluka Žalbenog vijeća u predmetu *Tadić*, parag. 91.

32 Međunarodni sud za krivično gonjenje osoba odgovornih za genocid i ostala teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava, počinjena na teritoriji Ruande i državnjana Ruande odgovornih za genocid i ostala takva kršenja počinjena na teritoriji susjednih država između 1. januara i 31. decembra 1994. godine (dalje u tekstu MKSR ili Međunarodni sud za Ruandu).

33 Vidi, *inter alia*, Presudu u predmetu *Tužilac protiv Zejhila Delalića, Zdravka Mucića zvanog Pavo, Hazima Delića i Esada Landže zvanog Zenga*, IT-96-21-T, 16. novembar 1998. (dalje u tekstu: presuda u predmetu Čelebići), parag. 301, ili Presudu u predmetu *Tužilac protiv Jean-Paul Akayesu-a*, ICTR-96-4-T, 2. septembar 1998. (dalje u tekstu: presuda u predmetu Akayesu), parag. 608.

34 Odluka Žalbenog vijeća u predmetu *Tadić*, parag. 87; u presudi u predmetu Čelebići takođe se navodi da član 3 Statuta obuhvata kršenja zajedničkog člana 3 Ženevske konvencije (parag. 298).



Presude/Goran Jelisić

„osobe koje aktivno ne učestvuju u neprijateljstvima”, uključujući osobe „one-sposobljene za borbu usled bolesti, ranjavanja, zatočenja ili iz bilo kojeg drugog razloga”. Žrtve ubistva, fizičkog zlostavljanja i pljačke, koje su zbog svojeg zatočeništva van borbenog stroja, očigledno su zaštićene osobe u smislu zajedničkog člana 3.

1. 1.Ubistvo

35. Ubistvo se definiše kao lišavanje života sa namjerom da se prouzrokuje smrt. Pravni elementi ovog krivičnog djela, opšte prihvaćeni u nacionalnim zakonodavstvima, mogu se okarakterisati na sljedeći način:

- žrtva je mrtva
- kao posljedica djela optuženog
- počinjenog sa namjerom da se prouzrokuje smrt.³⁵

36. Elementi predočeni u aneksu činjeničnim osnovama jasno potvrđuju da je optuženi kriv za ubistvo trinaest osoba navedenih u prilog tačkama optužnice.

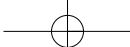
37. Pet od trinaest ubistava, za koja se optuženi izjasnio krivim, počinjena su u policijskoj stanici Brčko oko 7. maja 1992. godine³⁶ i to uvjek na identičan način koji je sam optuženi opisao³⁷. Nakon isljeđivanja u policijskoj stanici u Brčkom, žrtve bi bile predate optuženom koji bi ih odveo u jednu uličicu u blizini policijske stanice. Optuženi bi ih pogubio, obično sa dva metka u potiljak iz pištolja „škorpion“ sa prigušivačem. Zatim bi došao kamion da pokupi tijela. Prema riječima optuženog, ova ubistva su počinjena tokom perioda od dva dana. Goran Jelisić je priznao da je na ovaj način ubio:

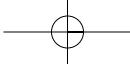
- jednog neidentifikovanog muškarca (tačka 4),
- Hasana Jašarevića (tačka 6),
- jednog mladića iz Šinteraja (tačka 8)
- Ahmeta Hodžića ili Hadžića zvanog Papa (tačka 10), vođu muslimanske političke stranke SDA,

35 Vidi presudu u predmetu Akayesu, parag. 589.

36 Tačke 4 i 5 (ubistvo nepoznatog muškarca), 6 i 7 (ubistvo Hasana Jašarevića), 8 i 9 (ubistvo jednog mladića iz Šinteraja), 10 i 11 (ubistvo Ahmeta Hodžića ili Hadžića zvanog Papa), 12 i 13 (ubistvo Suada).

37 Izjava optuženog od 29. juna 1998, aneks II, str. 5-6, str. 15-16, str. 29.





Presuda

- jednu osobu po imenu Suad (tačka 12).

38. Osam od trinaest ubistava, za koja se optuženi izjasnio krivim, počinjena su u logoru Luka. I ta su ubistva uvijek počinjena na identičan način. Prvo, žrtve bi unutar upravne zgrade bile podvrgnute islijedivanju u kojem je optuženi većim dijelom učestvovao i tokom kojeg bi žrtve bile teško premlaćene, uglavnom pendrecima i palicama. Naoružan pištoljem „škorpion” sa prigušivačem, optuženi bi ih natjerao da odu do ugla zgrade gdje bi ih likvidirao jednim metkom ili sa dva metka ispaljena iz neposredne blizine u potiljak ili leđa. Neke od žrtava su ubijene prije nego što su stigle do ugla upravne zgrade tako da su ostali zatočenici bili očevici ubistava. Drugi zatočenici su ubijeni jednim metkom ili sa dva metka ispaljena u stražnji dio glave dok su klečali iznad jednog šahta u blizini kancelarija gdje su se vršila islijedivanja. Optuženi bi zatim natjerao neke od zatočenika da odnesu tijelo žrtve iza upravne zgrade gdje su druga tijela bila nagomilana. Optuženi je priznao da je na ovaj način ubio:

- Jasminka Ćumurovića, zvanog Jašće (tačka 10),
- Husu i Smajila Zahirovića (tačka 16),
- Nazu Bukvić (tačka 18),
- Muharema Ahmetovića, oca Naze Bukvić, ubijenog dan nakon što mu je čerka umrla (tačka 20),
- Stipu Glavočevića, zvanog Stipo, (tačka 22),
- Novaliju (tačka 32),
- Adnana Kucalovića (tačka 38).

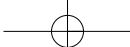
39. Naza Bukvić³⁸ je teško premlaćena prije nego što je pogubljena³⁹. Izgleda da su njeni egzekutori htjeli saznati gdje joj se kriju brat i otac, koji su bili prednici policije prije rata. Vezali su je lisicama za saobraćajni znak i nekolicina policajaca ju je dugačkim palicama tukla cijeli dan.⁴⁰ Odjeća žrtve je bila poderana i prekrivena krvlju. Te večeri, vraćena je nazad u hangar sva u modricama i stenući od bola. Optuženi se narednog jutra vratio po nju i pogubio je na isti način kao i ostale svoje žrtve.⁴¹

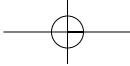
38 Tačke 18 i 19.

39 Svjedok P, činjenična osnova, str. 6 .

40 Svjedok N, činjenična osnova, str. 5-6.

41 Svjedok O, činjenična osnova, str. 6. Ovaj svjedok navodi da je vidio tijelo Naze Bukvić, dan nakon što je umrla, među ostalim leševima (str. 10).





Presude/Goran Jelisić

40. Jedan Hrvat po imenu Stipo Glavočević takođe je pretrpio teške tjelesne povrede prije nego što je ubijen. Taj čovjek je u logor Luka stigao kamionom oko 9. maja 1992. Odsjekli su mu desno uho a onda je Goran Jelisić, u pratnji stražara koji je nosio sablju, postavio žrtvu ispred zatočenika pod stražom u hangaru. Stipo Glavočević je preklinjao da mu neko prekrati muke. Goran Jelisić je zatočenicima ponudio svoje oružje kako bi neko dobrovoljno to učinio. Niko se nije pomjerio. Stražar koji je bio u pratnji optuženog udario je Stipu Glavočevića ivicom sablje. Stipo Glavočević je izveden iz hangara a zatim je optuženi izašao i ubio ga na već opisan način.

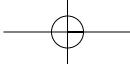
2. Okrutno postupanje

41. Ovo Pretresno vijeće dijeli mišljenje Pretresnog vijeća u predmetu Čelebići koje je definiralo okrutno postupanje kao „namjernu radnju ili propust (...) koja nanosi tešku duševnu ili tjelesnu patnju ili povredu ili predstavlja ozbiljan nesretnjak na ljudsko dostojanstvo”⁴².

42. Tjelesne povrede koje su pretrpjeli braća Zejćir i Rešad Osmić su fokus tačke 30. Ova dva brata su prvo odvedena u policijsku stanicu u Brčkom gdje se pojavio Goran Jelisić tražeći ih. Optuženi ih je nazivao balijama⁴³, stavio im lisice i udarao ih. Zatim ih je natjerao da uđu u prtljažnik crvene „zastave 101“. Žrtve su tako prebačene u logor Luka. Goran Jelisić ih je zatim natjerao da uđu u kancelariju administracije gdje su se nalazili njegova djevojka Monika, koja je sjedila za radnim stolom ispred pisaće mašine, i njen brat Kole. Braća Osmić su tu primorana da stanu leđima okrenutim prema zidu a Goran Jelisić ih je počeo tući palicom, uglavnom po glavi, vratu i prsima. Prema riječima jednog od braće, tako su navodno tučeni otpriklike tridesetak minuta. Zejćir Osmić je zatim odveden u hangar. Goran Jelisić je nastavio tući Rešada Osmića kome su kapci bili toliko natečeni da više nije mogao držati oči otvorene. Na kraju se srušio od udaraca. Dok je pokušavao da se pridigne, Goran Jelisić ga je šutnuo u prsa. Optuženi je zatim otišao. Dok je Goran Jelisić bio odsutan, žrtvu nisu tukli. Goran Jelisić se vratio nakon nekih desetak minuta. Košulja mu je bila obilivena krvljom. Objasnio je: „Upravo sam ubio jednog čovjeka s udaljenosti od pedeset santimetara. Odrezao sam mu uho. Nije htio da govori, kao ni ti.“ Optuženi je zatim nožem posjekao žrtvi obje podlaktice te je nastavio udarati palicom. Goran Jelisić je zatim natjerao žrtvu da izvadi sva svoja dokumenta i novac. Ni jedan od ličnih dokumenata nije ukazi-

42 Presuda u predmetu Čelebići, parag. 552.

43 Riječ s izuzetno pejorativnim značenjem, koja je neprevodiva na francuski.



Presuda

vao da je dotični Musliman. Optuženi se tada naljutio i pitao zašto su ta dva brata dovedena u Luku. Naredio je da se odmah puste.⁴⁴

43. Tačka 37 odnosi se na tjelesne povrede koje je pretrpio Muhamed Bukvić. Činjenična osnova, ponuđena u prilog potvrđne izjave o krivici, pokazuje da je Goran Jelisić ovoga čovjeka veoma teško prebio tokom ispitivanja kojem je bio podvrgnut u upravnim kancelarijama u logoru Luka. Goran Jelisić je žrtvu, već svu u modricama od batina koje je prethodnog dana dobila od logorskog stražara po imenu Kosta, udarao palicom po cijelom tijelu.⁴⁵ Vukući mu prstima obraze prema očima, optuženi je ovog čovjeka zatim udario palicom u visini očiju.

44. Tjelesne povrede nanijete Amиру Didiću obuhvaćene su tačkom 40. Amir Didić je nekoliko puta tučen tokom isljeđivanja kojima je bio podvrgnut u kancelarijama u logoru Luka. Amir Didić je naveo da ga je tukla nekolicina stražara, ali da je optuženi bio daleko najaktivniji. Goran Jelisić ga je jednom prilikom udario vatrogasnim šmrkom od čega je ovaj izubio svijest. Amir Didić je navodno bio toliko premlaćen da ga se nije moglo prepoznati. On je izjavio da su tim premlaćivanjima uvjek prisustvovali jedan zvaničnik u logoru po imenu Kole i Monika, djevojka optuženog.⁴⁶

45. Pretresno vijeće je mišljenja da pomenuti napad, opisan u optužnici, priznat od strane optuženog, i k tome potvrđen elementima predočenim tokom suđenja, predstavlja nečovječno djelo.

3. Pljačka

46. Tačka 44 tereti optuženog za krađu novca od osoba zatočenih u logoru Luka, konkretno od Hasiba Begića, Zejćira Osmića, Enesa Zukića i Armina Drapića, između otprilike 7. i 28. maja 1992. godine.

47. U skladu sa članom 3(e) Statuta, Međunarodni sud ima nadležnost nad kršenjima ratnih zakona i običaja koja:

uključuju ali nisu ograničena na:

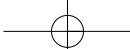
...

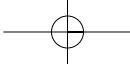
(e)pljačkanje javne ili privatne imovine.

44 Činjenična osnova, svjedok T, str. 2-4; svjedok U, str. 2-4.

45 Činjenična osnova, str. 15.

46 Činjenična osnova, str. 16.





Presude/Goran Jelišić

48. Pljačka se definše kao fraudulozno prisvajanje javne ili privatne imovine koja pripada neprijatelju ili suprotnoj strani, počinjeno tokom oružanog sukoba i u vezi s istim. Pretresno vijeće u predmetu Čelebići podsjetilo je da „zabrana neopravdanog prisvajanja javne i privatne neprijateljske imovine ima opšti doseg, te da obuhvata i djela otimačine koja počine vojnici pojedinci radi privatne dobiti i organizovanu konfiskaciju imovine koja se sprovodi u okviru sistematske privredne eksploracije okupirane teritorije”.⁴⁷ Vijeće je stoga zaključilo da pojedinačna djela pljačke koja počine osobe čiji je motiv pohlepa mogu povlačiti pojedinačnu krivičnu odgovornost počinioца.

49. Činjenična osnova priložena potvrđnoj izjavi o krivici⁴⁸ ukazuje da je optuženi krao novac, satove, nakit i druge dragocjenosti od zatočenika po njihovom dolasku u logor Luka tako što je prijetio smrću onima koji ne predaju sve svoje stvari. Optuženi je ponekad bio u pratnji stražara ili Monike⁴⁹, mada je uglavnom djelovao sam. Pretresno vijeće smatra da su ti elementi dovoljni da se potvrdi krivica optuženog za optužbu za pljačku.

B. Zločini protiv čovječnosti

50. U smislu člana 5 Statuta, ubistvo i druga nečovječna djela, konkretno navedena u paragrafima (a) i (i), moraju se kvalifikovati kao zločini protiv čovječnosti kada su „počinjeni u oružanom sukobu, bilo međunarodnom bilo unutrašnjem po svom karakteru, usmjereni protiv bilo kojeg civilnog stanovništva”.

1. Krivična djela u osnovi: ubistvo i druga nečovječna djela

(a) *Ubistvo*⁵⁰

51. Pretresno vijeće prvo napominje da engleska verzija Statuta koristi termin „ubistvo” /murder/. Pretresno vijeće primjećuje da je, u skladu sa predmetom Akayesu⁵¹ Međunarodnog suda za Ruandu, prikladno usvojiti ovaj termin kao

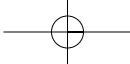
47 Presuda u predmetu Čelebići, parag. 590.

48 Činjenična osnova, str. 17-18.

49 Činjenična osnova, svjedok AA, str. 18.

50 Pretresno vijeće, međutim, primjećuje da se u francuskoj verziji optužnice krivično djelo po članu 5(a) Statuta navodi kao „meurtre” (naknadno naglašeno) dok se u Statutu koristi termin „assassinat”.

51 Presuda u predmetu Akayesu, parag. 588.



Presuda

prihvaćeni termin u međunarodnom običajnom pravu.⁵² Stoga će Pretresno vijeće usvojiti gore navedenu definiciju ubistva.⁵³ Ubistva navedena u prilog optužbi za zločine protiv čovječnosti su ona ista koja su nabrojana u prilog kršenja ratnih zakona i običaja i koja su, kao što smo prethodno vidjeli, već utvrđena.

(b) Druga nečovječna djela

52. Subkarakterizacija „druga nečovječna djela” navedena u članu 5(i) Statuta je generička optužba koja obuhvata niz krivičnih djela. Prikladno je podsjetiti se na stav Pretresnog vijeća u predmetu Čelebići prema kome pojam okrutnog postupanja iz člana 3 Statuta „ima isto značenje (...) kao što ima nečovječno postupanje u odnosu na teške povrede Ženevskih konvencija”⁵⁴. Isto tako, Pretresno vijeće smatra da pojmovi „okrutno postupanje” u smislu člana 3 i „nečovječno postupanje” navedeno u članu 5 Statuta imaju isto pravno značenje. Činjenice predočene u prilog ovih optužbi su osim toga iste kao i one navedene za okrutno postupanje po članu 3 a koje su, kao što je Pretresno vijeće već napomenulo, utvrđene.

2. Napad na civilno stanovništvo kao opšti uslov optužbe

(a) Rasprostranjen ili sistematski napad

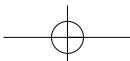
53. Član 5 definira zločine protiv čovječnosti kao zločine „uperene protiv bilo kojeg stanovništva”. Međunarodno običajno pravo je tumačilo ovu karakteristiku, svojstvenu zločinima protiv čovječnosti, pretpostavljajući postojanje rasprostranjenog ili sistematskog napada protiv civilnog stanovništva.⁵⁵ Uslovi razmjera i „sistematicnosti” nisu kumulativni, o čemu svjedoče sudska

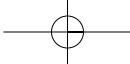
52 Termin „meurtre” se takođe koristi u Statutu stalnog Međunarodnog krivičnog suda (član 7(1)(a)), i u članu 18 Nacrtu zakona o zločinima protiv mira i bezbjednosti čovječanstva, zvanični dokument Generalne skupštine Ujedinjenih nacija (dalje u tekstu: UN), 51. sjednica, A/51/10 (1996), dodatak br. 10 (dalje u tekstu: Nacrt kodeksa KMP).

53 Vidi odjeljak III A) 1, gore.

54 Presuda u predmetu Čelebići, parag. 552.

55 Vidi, naročito, izvještaj generalnog sekretara u skladu sa Rezolucijom 808 Savjeta bezbjednosti (S/25704, 3. maj 1993, parag. 48). Član 3 Statuta Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu i član 7 Statuta stalnog Međunarodnog krivičnog suda takođe izričito navode ovaj element. Žalbeno vijeće Međunarodnog suda u presudi u predmetu Tadić, parag. 648, takođe je navelo rasprostranjen ili sistematski napad kao pravni element zločina protiv čovječnosti. Pravni komitet Komisije Ujedinjenih nacija za ratne zločine je takođe usvojio ovaj stav (Istorijat Komisije za ratne zločine UN, str. 179).





Presude/Goran Jelišić

praksa ovog Međunarodnog suda⁵⁶ i Međunarodnog suda za Ruandu⁵⁷, Statut Međunarodnog krivičnog suda⁵⁸ i radovi Komisije za međunarodno pravo (u daljem tekstu: KMP)⁵⁹. Uprkos tome, kriteriji koji omogućavaju utvrđivanje jednog odnosno drugog aspekta djelomično se preklapaju. Postojanje priznate politike kojoj je na meti određena zajednica⁶⁰, uspostavljanje paralelnih institucija kako bi se ta politika implementirala, učešće visokih političkih ili vojnih vlasti, korišćenje znatnih finansijskih, vojnih i drugih sredstava, te razmjera ili opetovana, nepromijenjena i trajna priroda nasilja protiv određenog civilnog stanovništva spadaju među faktore koji mogu ukazivati na rasprostranjenu ili sistematsku prirodu napada.

(b) *Protiv civilnog stanovništva*

54. Iz teksta i duha člana 5 proizlazi da se termin „civilno stanovništvo” mora široko tumačiti. U tekstu stoji da su djela uperena protiv „bilo kojeg” civilnog stanovništva. Sem toga, pominjanje civilnog stanovništva ima za cilj da se naglasak stavi više na kolektivni aspekt krivičnog djela nego na status žrtava⁶¹. Komisija eksperata, oformljena u skladu sa Rezolucijom 780 Savjeta bezbjednosti (u daljem tekstu: Komisija eksperata)⁶², smatrala je nadalje da civilno stanovništvo u smislu člana 5 Statuta mora obuhvatiti sve one osobe koje nose ili su nosile oružje ali koje nisu, striktno govoreći, bile uključene u vojne aktivnosti. Pretresno vijeće stoga zaključuje da pojам civilnog stanovništva u smislu člana 5 Statuta, osim civila u strogom smislu, obuhvata i sve osobe koje su bile van borbenog stroja kada je krivično djelo počinjeno. Sem toga, u skladu sa sudskom praksom ovog Međunarodnog suda i Međunarodnog suda za Ruandu⁶³,

56 Pogotovo u predmetima *Tužilac protiv Miroslava Radića i Veselina Šljivančanina* (predmet br. IT-95-13-R61, 3. april. 1996, parag. 30) i *Tužilac protiv Duška Tadića zvanog Dule* (predmet IT-94-1-T, 7. maj 1997, dalje u tekstu: presuda u predmetu Tadić, parag. 646-647).

57 Pogotovo u presudi u predmetu *Akayesu* (parag. 579) i u predmetu *Tužilac protiv Clementa Kayisheme i Obeda Razindanane*, predmet br. ICTR-95-1-T, 21. maj 1999, parag. 123 (dalje u tekstu: predmet Kayishema).

58 Član 7, paragraf 1.

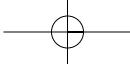
59 Nacrt kodeksa KMP-a, str. 94-95.

60 Izražene, naročito, u tekstovima i govorima političkih vođa i u medijskoj propagandi.

61 U presudi u predmetu *Tadić*, Pretresno vijeće je primijetilo da „je želja da se isključe izolovan ili nasumična djela iz pojma zločina protiv čovječnosti dovela do uključivanja uslova da djela moraju biti usmjerena protiv civilnog ‘stanovništva’” (parag. 648).

62 Završni izvještaj Komisije eksperata, ustanovljene u skladu sa Rezolucijom 780 Savjeta bezbjednosti (1992), UN zvanič. Dok., S/1994/674, parag. 78.

63 Presuda u predmetu *Tadić*, parag. 639. Međunarodni sud za Ruandu zauzeo je isti stav u predmetu *Akayesu* (presuda, parag. 582) i predmetu *Kayishema* (presuda, parag. 128).



Presuda

Pretresno vijeće smatra da „prisustvo unutar civilnog stanovništva pojedinaca koji ne potпадaju pod definiciju civila ne lišava stanovništvo njegovog civilnog karaktera”⁶⁴.

55. Elementi predočeni u prilog potvrđne izjave o krivici, kako su rezimirani u odjeljku Istorija pozadina događaja⁶⁵, ne ostavljaju nikakvu sumnju u pogledu rasprostranjene i sistematske prirode napada protiv muslimanskog i hrvatskog civilnog stanovništva u opštini Brčko.

3. Napad u kome optuženi učestvuje uz punu svijest o značaju svojih djela

56. Optuženi takođe mora biti svjestan da krivično djelo u osnovi koje izvršava čini dio rasprostranjenog i sistematskog napada.

57. Optuženi nije negirao da su njegova djela bila dio napada srpskih snaga na nesrpsko stanovništvo Brčkog.⁶⁶ Pretresno vijeće nadalje primjećuje da je optuženi, uprkos tome što i dalje postoje nejasnoće oko njegovog tačnog ranga i položaja, bio dio srpskih snaga koje su sudjelovale u operacijama protiv nesrpskog civilnog stanovništva u Brčkom. Optuženom, koji je inače iz Bijeljine, povjerene su policijske dužnosti u opštini Brčko upravo u očekivanju i u svrhu tog napada. Kao jednom od aktivnih učesnika u tom napadu, Goranu Jelisiću je morala biti poznata rasprostranjena i sistematska priroda napada protiv nesrpskog stanovništva Brčkog.

C. Zaključak

58. U zaključku, Pretresno vijeće proglašava Gorana Jelisića krivim po trideset i jednoj tački za kršenja ratnih zakona i običaja i zločine protiv čovječnosti.

IV. GENOCID

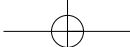
59. U smislu člana 4(2) Statuta, genocid je definiran kao:

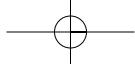
... bilo koje od sljedećih djela, počinjeno s namjerom da se u cjelini ili djeli-

64 Ova sudska praksa temelji se na članu 50(3) prvog Dopunskog protokola Ženevskim konvencijama od 12. avgusta 1949. o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba.

65 Vidi odjeljak II, gore.

66 Vidi Dodatak, str. 3.





Presude/Goran Jelišić

mično uništi neka nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa kao takva:

- (a) ubijanje pripadnika grupe;
- (b) nanošenje teške tjelesne ili duševne povrede pripadnicima grupe;
- (c) namjerno nametanje uslova života pripadnicima grupe smisljenih da dovedu do djelomičnog ili potpunog fizičkog uništenja te grupe;
- (d) uvođenje mjera kojima je cilj sprečavanje rađanja unutar grupe;
- (e) prisilno premještanje djece te grupe u drugu grupu.

60. U članu 4 Statuta od riječi do riječi su preuzete odredbe Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida⁶⁷ (u daljem tekstu: Konvencija), usvojene 9. decembra 1948. godine⁶⁸, a na snazi od 12. januara 1951. godine⁶⁹. Pojmovi „genocid i zločin protiv čovječnosti“ pojavili su se⁷⁰ kao reakcija na užase koje su nacisti počinili tokom Drugog svjetskog rata, s tim da se genocid više povezuje sa holokaustom. Konvencija je poslije postala jedan od najprihvaćenijih međunarodnih instrumenata koji se odnose na ljudska prava.⁷¹ Nesumnjivo je da odredbe Konvencije potpadaju pod međunarodno običajno pravo, kao što je to Međunarodni sud pravde konstatovao još 1951. godine. Taj Sud je otisao čak i dalje i postavio taj zločin na nivo *jus cogens*⁷² zbog njegove izuzetne težine, te ga definirao kao:

67 Članovi 2 i 3.

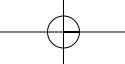
68 Nacrt Konvencije je usvojen na plenarnoj sjednici Generalne skupštine sa 55 glasova za, nijedan protiv i nijedan uzdržan. Konvenciju je odmah potpisalo 20 država-članica.

69 Odnosno, u skladu sa članom 13 Konvencije, 90 dana nakon zavođenja dvadesete ratifikacije. Jugoslavija je bila među prvim državama-članicama koje su ratificirale Konvenciju 29. avgusta 1950. godine.

70 Koncept zločina protiv čovječnosti se prvi put pojavio u statutima i poveljama međunarodnih vojnih sudova uspostavljenih na osnovu Londonskog sporazuma iz 1945. i Deklaracije savezničkog vrhovnog komandanta na Dalekom istoku iz 1946. Genocid, termin koji je skovao Raphaël Lemkin 1944. godine (*Axis Rules in Occupied Europe*, Washington D. C., Carnegie Endowment, 1944), prvi put je zvanično upotrebljen u optužnici podignutoj protiv glavnih njemačkih ratnih zločinaca 8. aprila 1945.

71 Konvenciju je do 1. oktobra 1999. ratificiralo 129 država-članica.

72 Član 53 Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora definiše imperativnu normu opšteg međunarodnog prava kao „normu prihvaćenu i priznatu od strane međunarodne zajednice država u cjelini od koje nije dozvoljeno odstupanje i koja se može izmijeniti samo naknadnom normom opšteg međunarodnog prava koja je istog karaktera“.



Presuda

„zločin po međunarodnom pravu” koji uključuje uskraćivanje prava na postojanje čitavim grupama ljudi, uskraćivanje koje potresa savjest čovječanstva i nanosi velike gubitke čovječnosti, i koje je suprotno moralnim zakonima, kao i duhu i ciljevima Ujedinjenih nacija... Prva posljedica koja je proizišla iz ovog koncepta jeste da su principi koji leže u osnovi Konvencije principi koje civilizozavne nacije prihvataju kao obavezujuće po države, čak i bez postojanja obaveza po konvenciji. Druga posljedica je univerzalni karakter kako osude genocida tako i saradnje potrebne „da bi se čovječanstvo oslobođilo tako odurne poštasti” (preambula Konvencije)⁷³.

61. U skladu sa principom *nullum crimen sine lege*⁷⁴, Pretresno vijeće namjerava ispitati pravne elemente zločina genocida, uzimajući pri tom u obzir samo one elemente koji su nesumnjivo dio međunarodnog običajnog prava. S tim u vezi, razmotreno je nekoliko izvora. Pretresno vijeće u prvom redu uzima na znanje Konvenciju na čiju se nedvojbenu običajnu vrijednost već osvrnulo. Odredbe ove Konvencije Vijeće tumači u skladu s opštim pravilima tumačenja međunarodnih ugovora postavljenim u članovima 31 i 32 Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora⁷⁵. Sem uobičajenog značenja njenih odredbi, Pretresno vijeće je isto tako uzelo u obzir cilj i svrhu Konvencije⁷⁶, te je takođe bilo u prilici da razmotri pripremni rad i okolnosti koje su doveli do nastanka Konvencije⁷⁷. Pretresno vijeće je takođe uzelo u obzir kasniju praksu uteme-

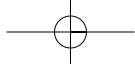
73 Medunarodni sud pravde (MSP), *Case of Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, rec. 1951, str. 23. Taj sud je nanovo potvrdio svoj stav u predmetu u vezi sa *Barcelona Traction, Light and Power Co.* (MSP, Reports, 1970, str. 32), ukazujući da, s obzirom na značaj spornih prava, postoje određene oblasti kao što su spriječavanje i kažnjavanje genocida za koje države imaju obaveze prema čitavoj međunarodnoj zajednici (obaveze *erga omnes*) a ne samo prema drugoj državi: obaveze *erga omnes* u savremenom međunarodnom pravu proističu, na primjer, iz zabrane djela agresije i genocida.

74 Princip na koji se pozvao generalni sekretar u svom izvještaju podnijetom u skladu sa paragrafom 2 Rezolucije 808 Savjeta bezbjednosti (1993) od 3. maja 1993. (UN Off. Doc. S/25704, parag. 34): „Primjena principa *nullem crimen sine lege* nalaže da međunarodni sud primjenjuje ona pravila međunarodnog humanitarnog prava koja nesumnjivo čine dio običajnog prava kako se ne bi pojavio problem da se određenih konvencija pridržavaju samo neke, ali ne i sve države-članice”.

75 Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora od 23. maja 1969, na snazi od 27. januara 1980. godine.

76 Član 31 Bečke konvencije: „1. Ugovor će se tumačiti u dobroj vjeri u skladu s uobičajenim značenjem koje će se dati uslovima ugovora u njihovom kontekstu i u svjetlu njihovog cilja i svrhe”.

77 Član 32 Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora: „Može se pribjeći dodatnim sredstvima tumačenja, kao što su pripremni rad i okolnosti pod kojima je konvencija zaključena,

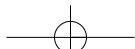


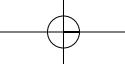
Presude/Goran Jelišić

Ijenu na Konvenciji. Poseban značaj dat je presudama Međunarodnog suda za Ruandu⁷⁸, naročito u predmetima Akayesu i Kayishema koji do danas predstavljaju jedinu međunarodnu sudsку praksu u vezi s ovim pitanjem⁷⁹. Takođe su uzete u obzir prakse država, kroz domaće sudstvo⁸⁰, te rad međunarodnih stručnjaka iz ove oblasti⁸¹. Izvještaj KMP-a, u kome se komentariše „Nacrt kodeksa KMP-a o zločinima protiv mira i bezbjednosti čovječanstva⁸²“, kojim se želi zapisati običajno pravo o ovoj materiji, pokazao se veoma korisnim.

62. Genocid karakterišu dva pravna elementa, prema onome što predviđa član 4 Statuta:

- kako bi se potvrdilo značenje koje proizilazi iz primjene člana 31 ili utvrdilo značenje u slučajevima kada tumačenje po članu 31:
- (a) ostavlja značenje dvosmisленo ili nejasno; ili
 - (b) vodi ka rezultatu koji je očigledno apsurdan ili nerazuman”.
- 78 Međunarodni sud za Ruandu ima nadležnost da sudi onim osobama za koje se prepostavlja da su odgovorne za zločin genocida po članu 2 njegovog Statuta u kome se takođe navode članovi II i III konvencije o genocidu.
- 79 Bosna i Hercegovina je pred Međunarodnim sudom pravde 1993. godine, u skladu sa članom 9 Konvencije podnijela tužbu protiv Savezne Republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora), *The Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. U ovom predmetu, taj Sud je donio dva naloga (Zahtjev za ukazivanje na privremene mjere od 8. aprila 1993, Izvještaji iz 1993, str. 1; Dalji zahtjevi za ukazivanje na privremene mjere od 13. septembra 1993, Izvještaji iz 1993, str. 325) te odluku o svojoj nadležnosti (Odluka od 11. jula 1996, preliminarni prigovori, Izvještaji iz 1996, str. 595). Sud, međutim, još uvjek nije donio odluku po meritumu.
- 80 Od presuda koje su u ovoj oblasti donijeli domaći sudovi, skreće se pažnja, *inter alia*, na sljedeće: presuda Vrhovnog suda Izraela od 29. maja 1962. protiv Adolfa Eichmanna za saučesništvo u „zločinu protiv jevrejskog naroda”, zločin koji je definisan kao jednak genocidu ali čije su žrtve isključivo Jevreji; presude sudova u Ekvatorskoj Gvijeni protiv tiranina Maciasa te presuda *in absentia* protiv Pol Pota i njegovog zamjenika premijera koju je donio revolucionarni narodni sud koji su uspostavile vijetnamske vlasti nakon invazije Kambodže. U Etiopiji su takođe pokrenuti sudske postupci protiv 70 predstavnika režima Mengistu Haile Mariama koji je bio na vlasti od 1974. do 1991. Nedavno su njemački sudovi takođe donijeli dvije presude u odnosu na srpske državljane optužene za genocid ili saučesništvo u genocidu (Drugostepeni sud Bavarske, predmet *Novislav Đajić*, 23. maj 1997, 3 St 20/96; Vrhovni sud Diseldorf, predmet *Nikola Jorgić*, 26. septembar 1997, 2 StE 8/96).
- 81 Posebnu pažnju treba posvetiti dvama izvještajima Podkomiteta Ujedinjenih nacija za borbu protiv diskriminatorskih mjera i zaštitu manjina, koji su podnijeli: 1978. godine Nicodžme Ruhashyankiko (Studija o pitanju sprječavanja i kažnjavanja zločina genocida, E/CN. 4/Sub.2/416, 4. juli 1978), a 1985. godine Benjamin Whitaker (Revidirani i ažurirani izvještaj o pitanju sprječavanja i kažnjavanja zločina genocida, E/CN. 4/Sub.2/1985/6, 2. juli 1985).
- 82 Nacrt kodeksa KMP, posebno str. 85-93.





Presuda

- *actus reus* krivičnog djela, koji čine jedan ili više djela nabrojanih u paragrafu 2 člana 4;
- *mens rea* krivičnog djela, koja se sastoji od posebne namjere da se uništi, u cjelini ili djelomično, neka nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa kao takva.

A. *Actus reus* krivičnog djela: ubistvo pripadnika grupe⁸³

63. Krivično djelo koje tužilac navodi u podršku optužbe za genocid (član 4(2)(a) Statuta) je ubistvo⁸⁴ pripadnika grupe.

64. U svom pretpretresnom podnesku, tužilac tvrdi da su, srpske vlasti, uključujući i optuženog, tokom čitavog perioda rada logora Luka, ubile na stotine muslimanskih i hrvatskih zatočenika.⁸⁵ Broj žrtava je, stoga, daleko veći od broja koji se odnosi samo na ona krivična djela za koja se optuženi izjasnio krivim⁸⁶.

65. Mada nije u mogućnosti da utvrdi tačan broj žrtava koji se može pripisati Goranu Jelisiću za period koji pokriva optužnica, Pretresno vijeće primjećuje da je, u ovom slučaju, *actus reus* zločina genocida zadovoljen. Stoga, Pretresno vijeće mora procijeniti da li je namjera optuženog bila takva da se njegova djela moraju kvalifikovati kao genocid.

B. *Mens rea* krivičnog djela: namjera da se uništi, u cjelini ili djelomično, neka nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa

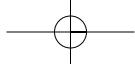
66. *Mens rea* je element koji genocidu daje njegovu specifičnost i po kome se on razlikuje od običnih krivičnih djela i drugih zločina protiv međunarodnog humanitarnog prava. Krivično djelo ili djela u osnovi moraju se kvalifikovati kao genocid kada su počinjena sa namjerom da se uništi, u cjelini ili djelomično, neka nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa kao takva. Drugim

83 U ovom slučaju, Tužilaštvo je grupu definisalo kao grupu Muslimana. Za pravno razmatranje pojma grupe vidi B) 1) b).

84 U predmetu *Akayesu*, Pretresno vijeće je primijetilo da je termin „meurtre” /ubistvo/ koji se koristi u francuskom tekstu precizniji i više ide u korist optuženom nego termin „killing” /ubijanje/ koji se navodi u engleskoj verziji Statuta. Vijeće je izabralo jednu od dvije definicije ubistva u skladu s opštim principima krivičnog prava po kojima se mora opredijeliti za tumačenje koje najviše ide u korist optuženom (presuda, parag. 501)

85 Pretpretresni podnesak tužioca od 19. novembra 1998, parag. 1.7.

86 Osim toga, Goran Jelisić je izričito priznao da je kriv za druga tri ubistva koja nisu obuhvaćena optužnicom, NFT, str. 81.



riječima, „zabranjeno djelo mora biti počinjeno protiv pojedinca zbog njegove pripadanoštij određenoj grupi i to kao korak u postizanju opšteg cilja uništenja grupe“.⁸⁷ Dva elementa, koja se stoga mogu izvući iz te posebne namjere, jesu:

- pripadnost žrtava identifikovanoj grupi;
- činjenica da je navodni počinilac počinio svoja djela u okviru šireg plana da se uništi grupa kao takva.

1. Djela počinjena protiv žrtava zbog njihove pripadnosti nekoj nacionalnoj, rasnoj ili vjerskoj grupi

(a) Diskriminatorna priroda djela

67. Posebna namjera koja karakteriše genocid prepostavlja da navodni počinilac zločina bira svoje žrtve na osnovu njihove pripadnosti grupi koju želi uništiti. Kada je cilj počinjoca ili počinilaca zločina da u cjelini ili djelimično uniše neku grupu, „odlučujući kriterijum pri utvrđivanju neposrednih žrtava zločina genocida jeste pripadnost pojedinca određenoj grupi a ne njegov identitet“.⁸⁸

68. Sa te tačke gledišta, genocid je usko povezan sa krivičnim djelom progona, jednim od oblika zločina protiv čovječnosti, navedenih u članu 5 Statuta. U analizama Žalbenog vijeća⁸⁹ i Pretresnog vijeća⁹⁰ u predmetu *Tadić* ističe se da počinilac krivičnog djela progona, koje obuhvata tjelesne povrede uključujući i ubistvo⁹¹, takođe bira svoje žrtve na osnovu njihove pripadnosti određenoj grupi ljudi. Kao što su izraelski okružni sud u predmetu *Eichmann*⁹²

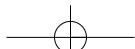
87 Nacrt kodeksa KMP, str. 88.

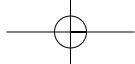
88 Nacrt kodeksa KMP, str. 88; Pieter N. Drost je, na osnovu pripremnih radova za Konvenciju, iznio isti komentar u *The Crime of State, Genocide*, A. W. Sythoff, Leyden, 1959, str. 124: „Spoljno vidljiva značajka ili karakteristika koju žrtva dijeli sa drugim pripadnicima grupe je ono po čemu se žrtva u kriminalnoj svijesti napadača razlikuje od ostatka društva i to je upravo razlog zbog čega napadač čini krivično djelo protiv pojedinca koji je na takav način obilježen i označen“ (naknadno naglašeno).

89 Presuda Žalbenog vijeća u predmetu *Tadić*, parag. 305.

90 Presuda u predmetu *Tadić*, parag. 697: „Stoga je očigledno da je potrebno postojanje određenog oblika diskriminacije čiji su cilj i posljedica kršenje osnovnih prava pojedinca. Osim toga, ta se diskriminacija mora temeljiti na konkretnim osnovama, rasnim, vjerskim ili političkim“.

91 Vidi naročito presudu u predmetu *Tadić*, parag. 717.





Presuda

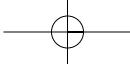
i Međunarodni sud za Ruandu u predmetu *Kayishema*⁹³ već konstatovali, zločin kvalifikovan kao genocid predstavlja, sam po sebi, zločine protiv čovječnosti u smislu progona.

(b) Grupe zaštićene članom 4 Statuta

69. Član 4 Statuta pruža zaštitu žrtvama koje pripadaju nekoj nacionalnoj, etničkoj, rasnoj ili vjerskoj grupi, ali isključuje pripadnike političkih grupa. Pripremni rad na Konvenciji otkriva izraženu želju da se polje primjene Konvencije ograniči na zaštitu objektivno definisanih „stabilnih“ grupa kojima pojedinci pripadaju bez obzira na vlastite želje.⁹⁴

70. Iako je objektivno utvrđivanje neke vjerske grupe i dalje moguće, pokušaj da se danas definiše neka nacionalna, etnička ili rasna grupa pomoću objektivnih i naučno besprijeckornih kriterija bio bi opasan poduhvat čiji rezultati ne bi nužno odgovarali percepciji osoba na koje se odnosi takva kategorizacija. Stoga je status neke nacionalne, etničke ili rasne grupe prikladnije evaluirati sa tačke gledišta onih osoba koje žele izdvojiti tu grupu od ostatka zajednice. Pretresno vijeće se stoga odlučuje da pripadnost nekoj nacionalnoj, etničkoj ili rasnoj grupi evaluira na osnovu jednog od subjektivnih kriterija: naime, da li ono što omogućava da se utvrdi da li ciljano stanovništvo predstavlja nacionalnu, etničku ili rasnu grupu u očima navodnih počinilaca jeste stigmatizacija neke grupe kao izdvojene nacionalne, etničke ili rasne skupine od strane zajednice.⁹⁵ Ovakav pristup

- 92 Izraelski okružni sud je konstatovao da „sve što su (optuženi) počinili sa ciljem istrebljenja jevrejskog naroda takođe predstavlja *ipso facto* progon Jevreja na nacionalnoj, rasnoj, vjerskoj ili političkoj osnovi.“ Javni tužilac Izraela protiv Eichmanna, Presuda okružnog suda, u E. Lauterpacht, *International Law Reports*, tom 36, odjeljak VI, parag. 201, str. 239 (1968).
- 93 Presuda, parag. 578.
- 94 Političke grupe, koje zbog svog nepostojanog karaktera nisu bile zadržane u fazi podnošenja nacrta Generalnoj skupštini Ujedinjenih nacija (E/447), uključene su u zaštićene grupe u nacrtu dokumenta *ad hoc* komiteta malom većinom (4 glasa naspram 3; UN Off. Doc. E/794 od 24. maja 1948, str. 13-14). Političke grupe su, međutim, ponovo odbačene u završnom nacrtu Šestog komiteta Generalne skupštine (posebno vidi komentare predstavnika Brazila i Venecuele u kojima su ovi isti izrazili zabrinutost zbog činjenice da su samo „postojane“ grupe konkretno navedene, A/C.6/SR 69, str. 5).
- 95 Ovdje, Pretresno vijeće djelimično usvaja stav Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu, iznesen u predmetu *Kayishema*, po kome je „etnička grupa grupa čiji pripadnici dijele zajednički jezik i kulturu; ili grupa koja se kao takva prepoznaje (samo-identifikacija); ili grupa koju drugi kao takvu identifikuju, uključujući i počinioce zločina (identifikacija od strane drugih)“, (presuda, parag. 98).



Presude/Goran Jelišić

odgovara stavu Pretresnog vijeća, iznijetom u Pregledu optužnice u skladu sa pravilom 61 u predmetu *Nikolić*⁹⁶.

71. Takva stigmatizacija grupe može se izvesti na osnovu pozitivnih ili negativnih kriterija. „Pozitivan pristup” bi se sastojao od toga da počinjoci zločina razlikuju određenu grupu na osnovu karakteristika za koje smatraju da su svojstvene određenoj nacionalnoj, etničkoj, rasnoj ili vjerskoj grupi. „Negativan pristup” bi se sastojao od identifikovanja pojedinaca kao osoba koje ne pripadaju onoj grupi za koju počinjoci zločina smatraju da joj pripadaju i koja za njih ima određene nacionalne, etničke, rasne ili vjerske karakteristike. Stoga, svi na ovaj način odbačeni pojedinci bi, na osnovu isključenja, činili izdvojenu grupu. Pretresno vijeće se ovdje slaže sa već iskazanim mišljenjem Komisije eksperata⁹⁷ i mišljenja je da se u skladu sa ciljem i namjerom Konvencije može smatrati da njene odredbe takođe pružaju zaštitu grupama koje se definiraju isključivanjem u slučajevima kada su na takav način stigmatizovane od strane počinilaca djela.

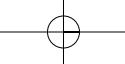
72. U ovom predmetu, Tužilaštvo je ponudilo pozitivan pristup grupi. U tački optužnice za genocid navodi se da je meta ubistava koja je počinio optuženi bilo bosansko muslimansko stanovništvo.

(c) *Dokazi o diskriminatornoj namjeri*

73. Pri traženju dokaza o diskriminatornoj namjeri, Pretresno vijeće uzima u obzir ne samo opšti kontekst u koji se uklapaju radnje optuženog, već i njegove riječi i djela. Štaviše, Pretresno vijeće smatra da pojedinac koji svjesno djeluje u okviru rasprostranjenog i sistematskog nasilja, koje se sprovodi protiv samo jedne određene grupe, ne može razumno negirati da je žrtve birao na diskriminatoran način.

96 Pregled optužnice u predmetu *Tužilac protiv Nikolića* (dalje u tekstu: pregled optužnice *Nikolić*) od 20. oktobra 1995, parag. 27, u sklopu razmatranja zločina protiv čovječnosti, progona: „Civilno stanovništvo podvrgnuto takvoj diskriminaciji identifikованo je od strane počinilaca diskriminatornih dijela, prije svega na osnovu vjerskih karakteristika” (naknadno naglašeno).

97 Završni izvještaj Komisije eksperata, op. cit, parag. 96, str. 25: „Ukoliko se radi o nekoliko ili više od jedne grupe žrtava, a svaka grupa kao takva uživa zaštitu, s obzirom na duh i svrhu Konvencije moguće je sagledati sve grupe žrtava kao veći entitet. To je slučaj ako, na primjer, postoje dokazi da grupa A želi uništiti, u cjelini ili djelimično, grupe B, C i D, ili sve one koji ne pripadaju nacionalnoj, etničkoj, rasnoj ili vjerskoj grupi A. U izvjesnom smislu, grupa A je definisala pluralističku ne-A grupu koristeći se nacionalnim, etničkim, rasnim i vjerskim kriterijima. Čini se relevantnim analizirati sudbinu ne-A grupe na sličan način kao u slučaju da se radi o homogenoj ne-A grupi”.



Presuda

74. Svjedočenja tokom suđenja⁹⁸ pokazuju da je ofanziva protiv civilnog stanovništva Brčkog, u sklopu koje su bila i djela Gorana Jelisića, uglavnom bila usmjerena protiv muslimanskog stanovništva. Velika većina osoba zatočenih u sabirnim centrima i u logoru Luka bili su Muslimani.⁹⁹ Tokom islijedivanja, Muslimani su ispitivani o njihovom eventualnom učešću u pokretima otpora ili političkim grupama.¹⁰⁰ Većina žrtava ubijenih tokom sukoba u Brčkom bili su Muslimani.¹⁰¹

75. Riječi i djela optuženog pokazuju ne samo da je on bio potpuno svjestan diskriminatorne prirode te operacija već i da ju je u potpunosti podržavao. Na osnovu dokaza predočenih Pretresnom vijeću, izgleda da su većina osoba za koje je Goran Jelisić priznao da ih je tukao ili pogubio bili Muslimani. Sem toga, na osnovu mnogih elemenata se vidi kako je Goran Jelisić iznosio prezrve i diskriminatorne opaske o muslimanskom stanovništvu. Često je vrijeđao Muslimane nazivajući ih balijama ili Turcima.¹⁰² U vezi sa jednim zatočenikom, koga je upravo bio udario, Goran Jelisić je navodno rekao za sebe da mora da je lud kada je uprljao ruke balijom prije nego što će ga pogubiti.¹⁰³

76. Iz svjedočenja takođe proizlazi da je Goran Jelisić ponižavao Muslimane tako što ih je tjerao da pjevaju srpske pjesme. U policijskoj stanici bi ih navodno postrojio pred srpskom zastavom i tjerao da pjevaju.¹⁰⁴

77. Pretresno vijeće zaključuje da je diskriminatorna namjera u ovom predmetu dokazana.

98 S tim u vezi, Pretresno vijeće konstatiše da je nekoliko svjedoka (Q, B, N, E), čije su izjave priložene uz činjeničnu osnovu, takođe svjedočilo pred Pretresnim vijećem tokom suđenja za genocid.

99 Svjedok B, NFT, str. 159; svjedok I, NFT, str. 686; svjedok N, NFT, str. 1115-1116.

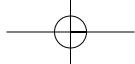
100 Svjedok D, NFT, str. 525-526.

101 Vidi dokazni predmet br. 12. Svjedok Mustafa Ramić, bivši gradonačelnik Brčkog, tvrdi da je oko 2000 od 3000 Muslimana koji su navodno ostali u Brčkom nakon razaranja mostova ubijeno ili nestalo (NFT, str. 1318-1327). Prema prethodnoj izjavi svjedoka Johna Ralstona, grad Brčko je 1991. godine imao 41.046 stanovnika od kojih su 55,5% bili Muslimani, 19,9% Srbi, 6,9% Hrvati i 17,5% ostali. Muslimani su takođe bili većinsko stanovništvo na skoro čitavom području opštine Brčko.

102 Svjedok A, NFT, str. 45; svjedok F, NFT, str. 248.

103 Svjedok F, NFT, str. 248.

104 Svjedok Q, NFT, str. 1203-1227.



2. Namjera da se uništi, u cjelini ili djelimično, grupa kao takva

78. Pri ispitivanju namjere kao obilježja napada protiv neke grupe, Pretresno vijeće će prvo razmotriti različite koncepte pojma uništenja grupe kao takve, a zatim ispitati stepen namjere potreban za postojanje krivičnog djela. Drugim riječima, Pretresno vijeće mora provjeriti da se radilo o namjernom napadu na grupu, kao i to da je postojala namjera optuženog da učestvuje u tom napadu ili da ga izvrši. Doista, namjera potrebna za izvršenje zločina genocida se ne smije pretpostaviti čak ni u slučaju kada je opstanak grupe barem djelimično ugrožen. Pretresno vijeće mora provjeriti da li je kod optuženog postojala „posebna“ namjera koja, mimo diskriminatorynih krivičnih djela koja je počinio, karakteriše njegovu želju da uništi diskriminatorynu grupu kao takvu, barem djelimično.

(a) Definicija

79. Sem diskriminatorynog karaktera, zločin u osnovi takođe karakteriše činjenica da čini dio šireg plana da se *uništi*, u cjelini ili djelimično, grupa *kao takva*. Kao što je ukazala KMP, „namjera mora biti da se uništi grupa ‘kao takva’, što znači kao poseban i određeni entitet, a ne samo neki pojedinci zbog njihove pripadnosti toj grupi“¹⁰⁵. Ubijanjem pojedinačnog pripadnika grupe koja je meta napada, počinilac ne samo da manifestuje svoju mržnju prema grupi kojoj žrtva pripada već i svjesno čini svoja djela u sklopu šire namjere da uništi nacionalnu, etničku, rasnu ili vjersku grupu kojoj žrtva pripada. Međunarodni sud za Ruandu primjećuje da se „počinjenje djela za koje se tereti stoga prostire izvan samog čina. Na primjer, ubistvo određenog pojedinca, u cilju ostvarenja krajnjeg motiva - da se uništi, u cjelini ili djelimično, grupa kojoj taj pojedinac pripada - samo je jedan od elemenata“¹⁰⁶. Genocid se stoga razlikuje od krivičnog djela progona kada počinilac bira svoje žrtve na osnovu njihove pripadnosti određenoj zajednici, ali ne nužno i sa namjerom da uništi zajenicu kao takvu.¹⁰⁷

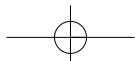
80. Ipak, prihvaćeno je mišljenje da uništenje koje se želi postići ne mora biti usmjereni protiv čitave grupe, što se vidi i iz teksta člana 4 Statuta. KMP

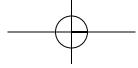
105 Nacrt kodeksa KMP, str. 88.

106 Presuda u predmetu Akayesu, parag. 522.

107 Stefan Glaser, *Droit international pénal conventionnel*, Bruxelles, Brusel, 1970, str. 107.

Profesor Pella takođe korist ovaj kriterijum kako bi napravio razliku između ova dva krivična djela u svom radu „Memorandum concerning a draft code of offences against peace and security of mankind“ koji je podnio KMP-u na drugoj sjednici (UN Off. Doc. A/CN.4/39, 4. novembar 1950, parag. 141, str. 188-189).





Presuda

takođe konstatira da „nije potrebno da namjera bude potpuno uništenje grupe na čitavoj kugli zemaljskoj”¹⁰⁸. Iz toga proizilazi pitanje: koliki dio grupe se želi uništiti i koji je prag za kvalifikovanje zločina kao genocid? Pretresno vijeće mora naročito utvrditi da li se genocid može počiniti na ograničenom geografskom području.

81. Tužilaštvo prihvata da se fraza „u cjelini ili djelimično” mora shvatiti kao uništenje značajnog dijela grupe, bilo u kvantitativnom ili kvalitativnom smislu. Pokazana namjera optuženog da uništi dio grupe trebalo bi stoga da se odnosi ili na značajan dio te grupe ili na njen reprezentativni uzorak, kao što su vođe grupe.¹⁰⁹

82. S obzirom da je cilj Konvencije bavljenje masovnim zločinima, široko je prihvaćeno da namjera da se uništi mora biti usmjerena barem na *bitan* dio grupe.¹¹⁰ Međunarodni sud za Ruandu je otišao čak i dalje kada je zahtijevao da optužena osoba ima namjeru da uništi „znatan” broj pojedinačnih pripadnika grupe.¹¹¹ U pismu upućenom Senatu Sjedinjenih Američkih Država u vrijeme debate o članu 2 Konvencije o genocidu, Raphaël Lemkin je na isti način objasnio da se namjera da se „djelimično” uništi mora tumačiti kao želja za uništenjem koje „mora biti bitne prirode (...) kako bi cjelina bila pogodjena”¹¹². Ciljni dio grupe može se označiti kao bitan na osnovu namjere da se nauđi bilo velikoj većini te grupe ili najreprezentativnijim pripadnicima ciljane zajednice. Komisija eksperata je posebno navela da „ako je u suštini čitavo vođstvo grupe meta, takođe se može raditi o genocidu. Takvo vođstvo uključuje političke i administrativne vođe, vjerske vođe, akademike i intelektualce, istaknute poslovne ljudi i druge – totalitet sam po sebi može biti čvrsta indikacija genocida, bez obzira na stvarni broj ubijenih. Potkrepljujući argu-

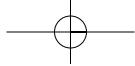
108 Nacrt kodeksa KMP, str. 89.

109 Pretpretresni podnesak tužioca, parag. 4.3, str. 12-13.

110 Nacrt kodeksa KMP, kao i komentar Nehemia Robinsona, ističu da cilj počinjoca genocida mora biti uništenje „bitnog dijela” grupe (Nacrt kodeksa KMP, str. 89; Nehemia Robinson, *The Genocide Convention*, Njujork, 1949. (prvo izdanie), 1960, str. 63); Senat SAD, u izjavi o tumačenju (“understanding”) člana 2 Konvencije takođe navodi da SAD tumače „djelimično uništenje” kao uništenje „bitnog dijela” grupe (*Konvencija o genocidu*, Izvještaj Komiteta za spoljne poslove, Senat SAD, 18. juli 1981, str. 22).

111 Presuda u predmetu *Kayishema*, parag. 97.

112 Raphaël Lemkin u *Executive Session of the Senate Foreign Relations Committee, Historical Series*, 1976, str. 360. U istom smislu, u prijedlogu provedbenog zakonodavstva koje su iznijele Niksonova i Karterova administracija navodi se da „bitan dio” znači dio grupe od takvog numeričkog značaja da bi uništenje ili gubitak tog dijela izazvao uništenje te grupe kao entiteta sposobnog da se održi”, S EXEC. REP. No. 23, 94th Cong, 2nd Sess. (1976), str. 34-35.



Presude/Goran Jelišić

ment bi bila sudbina ostatka grupe. Karakter napada na vođstvo *mora se sagledati u kontekstu sudbine grupe ili onoga što se desilo njenom ostatku*. Ukoliko je vođstvo grupe istrijebljeno, a u isto vrijeme ili ubrzo nakon toga veliki broj pripadnika grupe biva ubijen ili podvrgnut drugim gnusnim djelima, na primjer, masovnoj deportaciji ili prisilnom bjegu, zbir svih kršenja mora se sagledati u svojoj cjelosti kako bi se odredbe Konvencije tumačile u duhu koji je u skladu sa njenom namjerom¹¹³. Genocidna namjera se stoga može manifestovati u dva vida. Može se sastojati od želje da se istrijebi veoma velik broj pripadnika grupe i u tom slučaju radi se o namjeri da se grupa masovno uništi. Međutim, takođe se može sastojati od želje da se uništi ograničeniji broj osoba odabranih radi učinka koji bi njihov nestanak imao na opstanak grupe kao takve. To bi predstavljalo namjeru da se grupa uništi „selektivno“. Tužilac se u suštini nije opredijelio u pogledu ove dvije opcije.¹¹⁴

83. Tužilaštvo, međutim, tvrdi da se geografsko područje na kome se pokušava eliminisati grupa može ograničiti na veličinu regije ili čak opštine.¹¹⁵ Pretresno vijeće primjećuje da je prihvaćeno da se genocid može počiniti na ograničenom geografskom području.¹¹⁶ Sem toga, Generalna skupština Ujedinjenih nacija je bez oklijevanja okvalifikovala masakre u Sabri i Šatili¹¹⁷ kao genocid, mada je potrebna doza opreza prilikom razmatranja ove procjene budući da se nesumnjivo radilo više o političkoj nego pravnoj procjeni. Nadalje, Pretresno vijeće je zauzelo sličan stav u svom Pregledu optužnice u skladu sa pravilom 61 u predmetu Nikolić, smatrajući da je optužbu za genocid moguće temeljiti na događajima koji su se odigrali isključivo na području Vlasenice.¹¹⁸ U skladu sa ciljem i svrhom Konvencije te njenim naknadnim tumačenjima, Pretresno vijeće zaključuje da međunarodni uzus dozvoljava kvalifikaciju genocida čak i kada se namjera za istrijebljenjem proteže samo na ograničenom geografskom području.

(b) Potrebni stepen namjere

84. Optuženi se tereti da je počinio, ili pomogao i doprinio da se počini geno-

113 Izvještaj Komisije eksperata, parag. 94 (naknadno naglašeno)

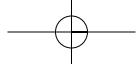
114 O diskusiji o ovom pitanju, vidi niže.

115 Pretpretresni podnesak tužioca, parag. 4.4, str. 13-14.

116 Nehemia Robinson navodi da se „namjera da se uništi mnoštvo pripadnika iste grupe mora klasifikovati kao genocid čak i kada te osobe predstavljaju samo dio grupe bilo unutar jedne zemlje, regije ili čak unutar jedne zajednice“, (naknadno naglašeno), str. 63.

117 UN Off. Doc. AG/Res. 37/123 D (16. decembar 1982), parag. 2.

118 Pregled optužnice u predmetu Nikolić, parag. 34.



Presuda

cid. Ove optužbe se temelje na članu 7(1) Statuta po kome svaka osoba koja je planirala, poticala, naredila, počinila ili na drugi način pomogla i doprinijela izvršenju krivičnog djela, a da lično nije učestvovala u izvršenju, mora biti odgovorna za to krivično djelo.

85. Tužilac predlaže široko shvatanje koncepta namjere potrebne po članu 7(1) Statuta i tvrdi da optuženi ne mora nastojati da dođe do uništenja određene grupe u cijelini ili djelimično. Dovoljno je, tvrdi tužilac, da optuženi zna da će njegova djela neminovno, ili čak samo vjerovatno, imati za posljedicu uništenje te grupe.¹¹⁹ Nadalje, navodi da predumišljaj nije potreban.¹²⁰

86. Pretresno vijeće primjećuje da je, suprotno tvrdnjii tužioca, Međunarodni sud za Ruandu u predmetu *Akayesu* bio mišljenja da kod svake osobe optužene da je počinila, izvršila ili čak samo pomogla ili doprinijela izvršenju genocida mora da je postojala „konkretna namjera da se počini genocid”, definisana kao „namjera da se uništi, u cijelini ili djelimično, nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa kao takva”¹²¹. Pretresno vijeće u predmetu *Akayesu* zaključilo je da se optuženi ne može proglašiti krivim za genocid ukoliko i njemu samom nije bio cilj da se grupa, djelimično ili u cijelini, uništi, čak iako je znao da doprinosi ili da bi svojim djelima mogao doprinijeti djelimičnom ili potpunom uništenju grupe. Vijeće je izjavilo da se takav pojedinac mora proglašiti krivim za saučesništvo u genocidu.¹²²

87. Prije nego što se izjasni o potrebnom stepenu namjere, Pretresno vijeće prvo mora utvrditi da li je genocid izvršen budući da se optuženi ne može proglašiti krivim za pomaganje i doprinošenje izvršenju zločina genocida ukoliko to krivično djelo nije utvrđeno.

(i) Namjera da se počini „sveobuhvatni” genocid

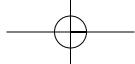
88. Kao što je već navedeno, sakupljanje stanovništva u centre na raznim lokacijama u gradu, zatim njihovo prebacivanje u zatočeničke logore i isljeđivanje koje je uvijek sprovedeno na identičan način tokom kratkog vremenskog perioda ukazuju na to da je operacija koju su srpske snage pokrenule protiv muslimanskog stanovništva Brčkog bila organizovana. Stoga, treba utvrditi da

119 Pretpretresni podnesak tužioca, 19. novembar 1998, parag. 3.1, str. 7-8.

120 Pretpretresni podnesak tužioca, 19. novembar 1998, parag. 3.2, str. 8.

121 Presuda u predmetu *Akayesu*, parag. 485.

122 Presuda u predmetu *Akayesu*, parag. 544-547



Presude/Goran Jelišić

li je to organizovanje imalo za cilj uništenje, u cjelini ili djelimično, muslimanske grupe stanovništva.

89. U vezi sa tim, Pretresno vijeće primjećuje da je jedan svjedok ispričao kako mu je prijatelj Srbin rekao da je planirao da samo 20% Muslimana ostane.¹²³ Jedan drugi svjedok je izjavio da mu je tokom islijedišanja u džamiji rečeno da će samo 5% Muslimana i Hrvata moći da ostane na životu ali da će tih 5% morati da obavlja teške fizičke poslove.¹²⁴ Neki svjedoci su čak izjavili da su u nekoliko navrata, tokom svog boravka u Luci, nosili i po dvadeset tijela.¹²⁵

90. Tokom ekshumacija vršenih u ljeto 1997., otkriveno je oko 66 tijela razbacanih u četiri masovne grobnice. Položaji tijela ukazuju na to da su ista u grobniču nagomilana bez ikakvog reda.¹²⁶ Radi se uglavnom o tijelima vojno sposobnih muškaraca, a većina ih je ubijena iz vatre nogororužja.¹²⁷

91. Tužilac je takođe predočio spiskove¹²⁸ s imenima osoba za koje se vjeruje da su ubijene u vrijeme kada su počinjena djela koja se pripisuju optuženom.¹²⁹ Tužilac je tako dostavio spisak sa imenima trideset devet osoba od kojih su većina bili pripadnici lokalnih upravnih ili političkih vlasti, istaknute ličnosti u gradu, pripadnici Muslimanske omladinske organizacije, članovi SDA ili jednostavno simpatizeri SDA.¹³⁰

92. Jedan svjedok¹³¹ je opisao kako su policijski isljednici, koji su saslušavali zatočenike u logoru Luka, izgleda odlučivali kojeg zatočenika treba likvidirati

123 Svjedok J, NFT, str. 830.

124 Svjedok I, NFT, str. 687-785.

125 Svjedok L, NFT, str. 965; svjedok D, NFT, str. 445. Navodno su ta tijela zatim bila utovarena u hladnjaku (svjedok A, NFT, str. 5; svjedok J, NFT, str. 773), a druga bačena u rijeku Savu (svjedok B, NFT, str. 136-139).

126 Svjedočenje g. Wrighta, NFT, str. 1356, dokazni predmet 60.

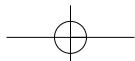
127 Svjedočenje g. Alberta Charlesa Hunta, NFT, str. 1363 i 1369.

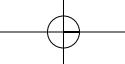
128 Na tim spiskovima se nalaze imena preko sto osoba koje su umrle. Prvi spisak (dokazni predmet 12) je sastavljen na osnovu dokumenata dostavljenih od strane Republike Srpske koja je načinila spisak osoba čija su tijela navodno pronađena u jednoj masovnoj grobniči. Drugi spisak (dokazni predmet 13) je sastavio Mustafa Ramić. Na osnovu tih dokaznih predmeta izgleda da je oko šezdeset osoba ubijeno u Brčkom tokom maja mjeseca 1992. godine (od ukupno oko 22.000 Muslimana, vidi fusnotu 101).

129 Dokazni predmeti br. 12 i br. 13.

130 Dokazni predmet br. 13.

131 Svjedok L, NFT, str. 945-948.





Presuda

na osnovu nekog dokumenta. Jedan drugi zatočenik¹³² je tokom svjedočenja tvrdio da je u jednoj od kancelarija upravne zgrade u logoru Luka video spisak sa nabrojanim imenima pod naslovom „Osobe za likvidaciju”. Prema riječima tog svjedoka, na spisku se nalazilo oko pedesetak imena, uglavnom muslimanskih.

93. Međutim, nije jasno zbog čega su se ta imena nalazila na tom spisku i kako je on sastavljen. Niti je utvrđeno da se optuženi oslanjao na takav spisak prilikom vršenja smaknuća. Jedan svjedok je, između ostalog, rekao da je izgledalo da Goran Jelisić nasumice bira imena osoba sa nekog spiska.¹³³ Drugi svjedoci su sugerirali da je optuženi sam birao svoje žrtve među zatočenicima u hangaru. Ni na koji način nije utvrđeno da spiskovi koje su svjedok K i svjedok R vidjeli u logoru Luka odgovaraju spisku koji je predocio tužilac.¹³⁴ Prema tome, nije moguće zaključiti van svake razumne sumnje da je izbor žrtava proistekao iz neke precizne logike slijedom koje je trebalo da se uniše najreprezentativnije ličnosti muslimanske zajednice u Brčkom do te mjere da se ugrozi opstanak te zajednice.¹³⁵

94. Osim toga, utvrđeno je da su mnogi zatočenici u logoru Luka posjedovali propusnice¹³⁶. Prema riječima svjedoka F, osamdeset do sto osoba, od ukupno šest do sedam stotina zatočenika, je izgleda na taj način pušteno iz logora 8. maja 1992. godine, istog dana kada su stigli. Druge propusnice su, kako se tvrdi, izdavane i kasnije. Navodno, razmjena zatočenika je takođe počela od 19. maja 1992. godine.¹³⁷

95. Takođe nije utvrđeno van svake razumne sumnje da je optuženi u logoru Luka ubijao po naređenjima. U stvari, Goran Jelisić se predstavljao zatočenicima kao komandant logora Luka.¹³⁸ Zatočenici su vjerovali da je on šef ili barem osoba na položaju vlasti budući da je izdavao naređenja vojnicima u

132 Svjedok K, NFT, str. 840-903 i str. 980 - 1026.

133 Svjedok R, NFT, str. 1384-1476. Svjedok J je takođe pomenuo postojanje spiskova, NFT, str. 830.

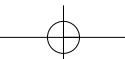
134 Dokazni predmet br. 13.

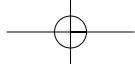
135 Kao što je gore navedeno, prema brojkama koje je iznio jedan svjedok optužbe, u samom gradu Brčkom bilo je preko 22.000 muslimanskih stanovnika.

136 Svjedok L, NFT, str. 944; svjedok H, NFT, str. 669; svjedok I, NFT, str. 730; svjedok G, NFT, str. 423; svjedok J, NFT, str. 808.

137 Svjedok M, NFT, str. 1076; svjedok O, NFT, str. 1155; svjedok B, NFT, str. 158-159.

138 Svjedok D, NFT, str. 440-441. Prema riječima svjedoka O, Goran Jelisić je nosio uniformu civilne policije ili maskirnu uniformu, NFT, str. 1153.





Presude/Goran Jelisić

logoru¹³⁹ koji su ga se izgleda plašili¹⁴⁰. Pretresno vijeće ne sumnja da je optuženi imao *de facto* vlast nad osobljem i zatočenicima u logoru.

96. Međutim, nije predočen niti jedan element kojim se utvrđuje komandni lanac unutar kojeg je on djelovao. Konkretno, nisu predočene jasne informacije u vezi sa vlastima kojima je on bio odgovoran. Doduše, u nekim iskazima se spominje čovjek koji se navodno predstavljao kao Jelisićev nadređeni¹⁴¹. Ovaj komandanat¹⁴², koji je nosio uniformu Jugoslovenske narodne armije (JNA), navodno je došao u logor Luka oko 16. ili 18. maja 1992. godine zajedno sa drugim vojnim licima i raportirao da je izdata naredba da se zatočenici ne ubijaju već da ih se ostavi na životu kako bi se iskoristili za razmjene.¹⁴³ Nekoliko svjedoka je potvrdilo da je Goran Jelisić bio prisutan u logoru Luka do 18. ili 19. maja 1992, te da je nakon njegovog odlaska došlo do promjene u logorskom režimu. Okrutno postupanje je navodno postalo manje učestalo i navodno nije bilo više ubistava.¹⁴⁴

97. Pretresno vijeće, stoga, smatra da je moguće da je Goran Jelisić djelovao izvan datih mu ovlašćenja. Neka od svjedočenja izgleda da potvrđuju ovaj zaključak budući da ti svjedoci optuženog opisuju kao čovjeka koji je radio šta je htio i kako je htio.¹⁴⁵ Jedan svjedok je čak ispričao kako je Goran Jelisić došao u sukob sa jednim stražarom i tom prilikom mu rekao da ne bi trebalo da zatočenike podvrgava takvom postupanju.¹⁴⁶

98. Prema tome, Pretresno vijeće smatra da tužilac, u ovom slučaju, nije predočio dovoljno dokaza kako bi se utvrdilo van svake razumne sumnje da je postojao plan da se uništi muslimanska grupa stanovništva, u Brčkom ili drugdje, unutar koga bi se uklopila ubistva koja je počinio optuženi.

(ii) Jelisićeva namjera da počini genocid

99. Gorana Jelisića bi se dakle jedino kao počinjoca moglo proglašiti krivim za genocid.

139 Svjedok L, NFT, str. 907-970.

140 Svjedok B, NFT, str. 139.

141 Svjedok A, NFT, str. 95; svjedok B, NFT, str. 139.

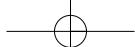
142 Đurković ili Jerković, svjedok A, NFT, str. 55; svjedok B je izjavio da je Kole bio šef u Luci 12. ili 13. maja 1992, te da ga je zamjenio Vojkan a zatim Kosta, NFT, str. 181.

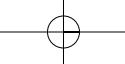
143 Svjedok M, NFT, str. 1076; svjedok O, NFT, str. 1155; svjedok B, NFT, str. 158-159.

144 Svjedok K, NFT, str. 885; svjedok A, NFT, str. 55.

145 Svjedok I, NFT, str. 761; svjedok R, NFT, str. 1413.

146 Svjedok I, NFT, str. 761





Presuda

100. Takav slučaj je teorijski moguć. Ubistva koja je počinio optuženi su dovoljna kako bi se utvrdio *actus reus* zločina genocida i *a priori* je moguće zamisliti da je optuženi negdje u sebi njegovao plan da istrijebi čitavu grupu a da pri tom njegovu namjeru nije podržavala nikakva organizacija u kojoj su učestvovali drugi pojedinci¹⁴⁷. U tom smislu, iz pripremnog rada za Konvenciju iz 1948. vidi se da predumišljaj, nakon što je spomenut od strane *ad hoc* komiteta u fazi pripreme nacrta Konvencije, nije zadržan kao pravni element zločina genocida iz razloga što se činio suvišnim s obzirom na posebnu namjeru koja je već bila uslovljena u tekstu¹⁴⁸ i što bi takvo preciziranje samo još više otežalo teret dokazivanja¹⁴⁹. Iz tog izostavljanja proizilazi da autori Konvencije nisu smatrali da je postojanje neke organizacije ili sistema u službi ostvarivanja genocidnog cilja pravni element tog zločina. Pri tome, nisu odbacili mogućnost da neki pojedinac, sâm, želi uništiti neku grupu kao takvu.

101. Pretresno vijeće, međutim, primjećuje da će u praksi biti veoma teško iznijeti dokaze o genocidnoj namjeri pojedinca ukoliko počinjena krivična djela nisu rasprostranjena i ukoliko djelo za koje se tereti nije podržavano od strane neke organizacije ili sistema.¹⁵⁰

102. Doduše, na osnovu svjedočenja čini se da se tokom tog perioda Goran Jelisić predstavljao kao „srpski Adolf”¹⁵¹ te da je govorio da je u Brčko došao da ubija Muslimane. Prilikom svog prvog pojavljivanja pred Pretresnim vijećem 26. januara 1998. takođe se predstavio kao Adolf.¹⁵² Navodno je zatočenicima u logoru Luka govorio kako je njihov život u njegovim rukama i da će samo 5 do 10% njih izaći odande.¹⁵³ Prema iskazu jednog svjedoka, Goran Jelisić je rekao muslimanskim zatočenicima u logoru Luka da će 70%

147 Pieter N. Drost, *The Crime of State, Genocide*, A. W. Sythoff, Leyden, 1959, str. 85: „Bilo u smislu teorijskog pitanja ili pitanja principa, u dotičnoj Konvenciji ne postoji ništa što zabranjuje da se njene odredbe tumače i primjenjuju na pojedinačne slučajeve ubistva koja su počinjena na osnovu nacionalnih, rasnih, etničkih ili vjerskih osobina jedne jedine žrtve ukoliko je djelo ubistva počinjeno sa namjerom da se slična djela počine u budućnosti i u vezi sa prvim krivičnim djelom”.

148 Francuska riječ „délibéré“ je izbačena na prijedlog Belgije (UN Off. Doc. A/C.6/217, UN Doc. A/C.6/SR.72, str. 8).

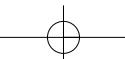
149 U vezi s ovim, vidi *inter alia* komentar J. Graven-a, *op. cit.*, str. 495.

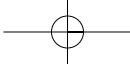
150 Međunarodni krivični sud za Ruandu u predmetu *Kayishema* je na sličan način konstatovao da „ako konkretan plan da se uništi ne predstavlja element genocida, čini se da nije lako počiniti genocid bez takvog plana ili organizacije“ (parag. 94).

151 Svjedok J, NFT, str. 774 i 808; svjedok A, NFT, str. 125.

152 NFT, str. 1.

153 Svjedok F, NFT, str. 234-567.





Presude/Goran Jelisić

njih biti ubijeno, 30% premlaćeno, a da možda tek 4% od tih 30% neće biti teško premlaćeno.¹⁵⁴ Goran Jelisić je jednom svjedoku rekao da mrzi Muslimane i da želi da ih sve pobije, a da bi preživjeli Muslimani mogli biti robovi koji bi čistili toalete ali nikada ne bi imali stručni posao. Navodno je dodao da želi da izvrši „čišćenje“ Muslimana te da bi u tome uživao, da su se balije toliko razmnožile da on mora da otarasi svijet od njih.¹⁵⁵ Goran Jelisić je navodno takođe izjavio da mrzi Muslimanke, da smatra da su izrazito prljave, te da želi sve da ih sterilizuje kako bi sprječio porast broja Muslimana, ali da će prije nego što ih sve istrijebi početi sa muškarcima kako bi sprječio svako ramnožavanje.¹⁵⁶

103. Izjave svjedoka ukazuju na činjenicu da je početkom maja mjeseca Goran Jelisić redovno pogubljavao zatočenike u logoru Luka. Prema riječima jednog svjedoka, Goran Jelisić je izjavio da svako jutro, da bi mogao da popije kafu, mora da smakne dvadeset do trideset ljudi. Na osnovu svjedočenja pred Pretresnim vijećem, Goran Jelisić je često obavještavao zatočenike o broju Muslimana koje je ubio. Tako je navodno 8. maja 1992. rekao jednom svjedoku da se radi o njegovoj šezdeset osmoj žrtvi¹⁵⁷, 11. maja da je ubio sto pedeset osoba¹⁵⁸, te konačno 15. maja jednom drugom svjedoku¹⁵⁹, po jednom obavljenom smaknuću, da mu je to „osamdeset treći slučaj“.

104. Neki svjedoci su istakli da je Goran Jelisić izgleda osjećao zadovoljstvo zbog položaja koji je imao, da mu je isti pružao osjećaj moći i osjećaj da raspolaze životom i smrću zatočenika, te da se na izvjestan način ponosio brojem žrtava koje je navodno pogubio.¹⁶⁰ Prema riječima jednog drugog svjedoka, Goran Jelisić je govorio na krvoločan način, postupao je sa njima kao sa životinjama ili zvijerima, a na usnama bi mu se od urlanja i mržnje koju je ispoljavao sakupila pljuvačka. Želio je da ih teroriše.¹⁶¹

105. Riječi i ponašanje Gorana Jelisića, onako kako to opisuju svjedoci, u suštini ukazuju na poremećaj ličnosti¹⁶². Goran Jelisić je prije sukoba vodio

154 Svjedok G, NFT, str. 372-434.

155 Svjedok K, NFT, str. 864-865.

156 Svjedok K, NFT, str. 867-868.

157 Svjedok F, NFT, str. 249.

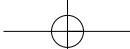
158 Svjedok A, NFT, str. 45.

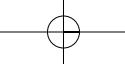
159 Svjedok R, NFT, str. 1401-1405.

160 Svjedok B, NFT, str. 131-133.

161 Svjedok K, NFT, str. 840-903 i str. 980-1026.

162 Vidi fusnotu 25. Takođe vidi izvještaj dr van den Bussche, 8. novembar 1999.





Presuda

običan život. Taj tip poremećaja ličnosti, koji karakterišu granične, antisocijalne i narcisističke značajke, a istovremeno i nezrelost, glad da se popuni „unutrašnja praznina” i potreba da se udovolji nadređenima, doprinio je da na kraju optuženi počini krivična djela.¹⁶³ Goran Jelisić se iznenada našao na prividnom položaju vlasti za koji ga ništa nije pripremilo. Malo je važno da li je ta vlast bila stvarna. Ono što jeste važno je da je ta vlast dodatno olakšala ispoljavanje oportunističkog i nesuvliskog ponašanja.

106. Goran Jelisić je smaknuća vršio nasumice. Između ostalog, svjedok R, istaknuta i poznata ličnost iz redova muslimanske zajednice, navodno je bio primoran da s njim igra „ruski rulet” prije nego što mu je Goran Jelisić lično dao propusnicu.¹⁶⁴ Sem toga, Goran Jelisić je, na vlastitu inicijativu i mimo svake logike, izdao propusnice nekolicini zatočenika u logoru, što se vidi, između ostalog, iz slučaja svjedoka E¹⁶⁵ koga je Goran Jelisić, nakon što ga je prebio, oslobođio.

107. Iz toga proizilazi da djela Gorana Jelisića nisu bila fizička manifestacija jasno iskazane volje da uništi, u cjelini ili djelimično, jednu grupu kao takvu.

108. Kada se sve uzme u obzir, tužilac nije dokazao van svake razumne sumnje da je u Brčkom u vrijeme koje pokriva optužnica počinjen genocid. Nadalje, ponašanje optuženog izgleda da ukazuje na to da je, iako je očigledno odabirao Muslimane, prije ubijao nasumice nego sa jasnom namjerom da uništi jednu grupu. Pretresno vijeće stoga zaključuje da nije van svake razumne sumnje dokazano da je kod optuženog postojao *dolus specialis* zločina genocida. U slučaju sumnje uvijek treba presuditi u korist optuženog. Gorana Jelisića se stoga ne može proglašiti krivim po ovoj tački optužnice.

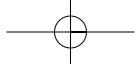
V. IZRICANJE KAZNE

109. Pretresno vijeće je na kraju Gorana Jelisića proglašilo krivim za šesnaest kršenja ratnih zakona i običaja, odnosno za dvanaest ubistava (tačke 4, 6, 8, 10, 12, 14, 16, 18, 20, 22, 23, 32 i 38), tri okrutna postupanja (tačke 30, 36 i 40) i jednu pljačku (tačka 44), te za petnaest zločina protiv čovječnosti, odnosno za dvanaest tačaka za ubistvo (tačke 5, 7, 9, 11, 13, 15, 17, 19,

163 Pretresno vijeće primjećuje da je prisustvo žene izgleda takođe ohrabrilo Gorana Jelisića da počini određena ubistva kako bi je impresionirao.

164 Svjedok R, NFT, str. 1383-1476.

165 Svjedok E, dokazni predmet br. 24.



Presude/Goran Jelišić

21, 23, 33 i 39) i tri tačke za nečovječna djela (tačke 31, 37 i 41). Pretresno vijeće će na osnovu te krivice odmjeriti kaznu.

A. Principi i svrha kazne

110. U cilju izricanja odgovarajuće kazne, Međunarodni sud se rukovodi Statutom i Pravilnikom. Odredbe Statuta glase:

Član 23

Presuda

1. Pretresno vijeće donosi presude i izriče kazne svim osobama koje su osuđene za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava.

2. Presuda se donosi većinom glasova sudija pretresnog vijeća i pretresno vijeće je javno objavljuje. Presuda je popraćena pismenim obrazloženjem kojem se mogu dodati izdvojena ili različita mišljenja.

Član 24

Kazne

1. Kazna koju izrekne pretresno vijeće biće ograničena na kaznu zatvora. Prilikom određivanja kazne, pretresna vijeća imaće u vidu određivanje kazni zatvora iz sudske prakse u bivšoj Jugoslaviji.

2. Pri izricanju presude, pretresna vijeća trebaju uzeti u obzir okolnosti kao što su težina djela i specifične okolnosti osuđenika.

(...)

Pretresno vijeće takođe ima u vidu odredbe pravila 100 i 101 Pravilnika.¹⁶⁶

166 Pravilo 100

Postupak za određivanje kazne prilikom potvrdnog izjašnjavanja o krivici

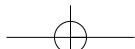
(A) Ako pretresno vijeće optuženog proglaši krivim nakon potvrdnog izjašnjavanja o krivici, tužilac i odbrana mogu predočiti sve relevantne informacije koje mogu pomoći pretresnom vijeću prilikom određivanja odgovarajuće kazne.

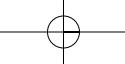
(B) Presuda se izriče javno i u prisutnosti osuđenika, osim ako potpravilom 102(B) nije predviđeno drugačije.

Pravilo 101

Kazne

(A) Osoba proglašena krivom može biti osuđena na kaznu zatvora, uključujući i doživotnu kaznu zatvora.





Presuda

111. Član 41(1) Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (SFRJ) iz 1990. godine navodi elemente koji se moraju razmotriti prilikom odmjeravanja kazne:

Sud će učiniocu krivičnog djela odmjeriti kaznu u granicama koje su zakonom propisane za to djelo, imajući u vidu svrhu kažnjavanja i uzimajući u obzir sve okolnosti koje utiču da kazna bude manja ili veća (olakšavajuće i otežavajuće okolnosti), a naročito: stepen krivične odgovornosti, pobude iz kojih je djelo učinjeno, jačinu ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra, okolnosti pod kojima je djelo učinjeno, raniji život učinjoca, njegove lične prilike i njegovo držanje poslije učinjenog dijela, kao i druge okolnosti koje se odnose na ličnost učinjoca.

112. Pretresno vijeće se takođe osvrće na glavu šesnaest Krivičnog zakona SFRJ, pod naslovom „Krivična djela protiv čovječnosti i međunarodnog prava“. Njegov član 142 propisuje:

Ko kršeći pravila međunarodnog prava za vrijeme rata, oružanog sukoba ili okupacije naredi da se izvrši napad na civilno stanovništvo (...) da se prema civilnom stanovništvu vrše ubistva, mučenja, nečovječna postupanja (...) kazniće se zatvorom od najmanje pet godina ili smrtnom kaznom.

113. Jasno je da član 142 propisuje stroge kazne za krivična djela za koja je Goran Jelisić proglašen krivim, odnosno kaznu zatvora „od najmanje pet godina“ ili smrtnu kaznu. Pretresno vijeće takođe konstatuje da je Bosna i Hercegovina novembra 1998. godine ukinula smrtnu kaznu i zamijenila je kaznom zatvora u trajanju od 20 do 40 godina.¹⁶⁷ Pretresno vijeće napominje

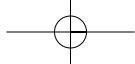
(B) Prilikom određivanja kazne pretresno vijeće uzeće u obzir faktore pomenute u članu 24(2) Statuta, kao i faktore kao što su:

- (i) sve otežavajuće okolnosti;
- (ii) sve olakšavajuće okolnosti, uključujući i značajnu saradnju osuđenika s tužiocem prije ili poslije izricanja presude;
- (iii) opštu praksu izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije;
- (iv) koliko je osuđenik izdržao od bilo koje kazne koju je sud bilo koje države izrekao za isto djelo, kao što je pomenuto u članu 10(3) Statuta.

(C) Pretresno vijeće mora navesti da li će se više izrečenih kazni izdržavati jedna za drugom ili istovremeno.

(D) Osuđeniku će se uračunati eventualno vrijeme koje je proveo u pritvoru čekajući na predaju Međunarodnom sudu ili čekajući na suđenje ili žalbeni postupak.

167 Tužilac protiv *Duška Tadića*, predmet br. IT-94-1-Tbis-R117, Presuda o kazni, 11. novembra 1999. (dalje u tekstu: presuda o kazni u predmetu *Tadić* od 11. novembra 1999), parag. 12.



Presude/Goran Jelišić

da, u skladu sa članom 24 Statuta, Međunarondi sud može izreći doživotnu kaznu zatvora ali nikada smrtnu kaznu.

114. Pretresno vijeće, međutim, smatra da jedina obaveza koja prozilazi iz Statuta, s obzirom na spominjanje opštег raspona kazni pred sudovima bivše Jugoslavije, je da se taj raspon ima na umu. Radi se samo o indikaciji.¹⁶⁸

115. Prema tome, Pretresno vijeće će uzeti u obzir praksu Međunarodnog suda u pogledu prirode potvrđenih optužnica i raspona krivičnih djela koja pokrívaju, specifične prilike optuženih, prethodne izjave o krivici i izrečene kazne.

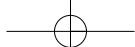
116. Kao što je Pretresno vijeće u predmetu *Tadić* nedavno podsjetilo, zadatak Međunarodnog suda, u skladu sa Rezolucijama 808 i 827 Savjeta bezbjednosti, je da se zaustave teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava i doprinese uspostavi i održavanju mira u bivšoj Jugoslaviji. To je od posebnog značaja prilikom odmjeravanja kazni.¹⁶⁹ Kako bi se postigli ovi ciljevi, u skladu sa sudskom praksom, dva *ad hoc* međunarodna suda, Pretresno vijeće mora izreći uzornu kaznu, kako sa gledišta kažnjavanja tako i sa gledišta odvraćanja.¹⁷⁰

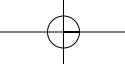
117. Nadalje, kao što je napomenuto u jednom drugom predmetu pred Međunarodnim sudom:

168 Takvo tumačenje je u skladu sa sudskom praksom dva *ad hoc* međunarodna suda: presuda o kazni u predmetu *Tadić* od 11. novembra 1999, parag. 12; presuda u predmetu *Čelebići*, parag. 1194; *Tužilac protiv Zlatka Aleksovskog*, predmet br. IT-95-14/1-T, presuda, 25. juni 1999, parag. 242; *Tužilac protiv Dražena Erdemovića*, predmet br. IT-96-22-T, presuda o kazni, 29. novembar 1996. (dalje u tekstu: presuda o kazni u predmetu *Erdemović* od 29. novembra 1996), parag. 39; i *mutatis mutandis*, za MKSR: *Tužilac protiv Omara Serushage*, predmet br. ICTR-98-39-S, Kazna, 5. februar 1999. (dalje u tekstu: kazna u predmetu *Serushago*), parag. 18; *Tužilac protiv Jean-Paula Akayesua*, predmet br. ICTR-96-4-T, Presuda o kazni, 2. oktobar 1998. (dalje u tekstu: presuda o kazni u predmetu *Akayesu*), parag. 14; i *Tužilac protiv Jeana Kambande*, predmet br. ICTR-97-23-S, Presuda i kazna, 4. septembar 1998. (dalje u tekstu: kazna u predmetu *Kambanda*), parag. 23.

169 Presuda o kazni u predmetu *Tadić* od 11. novembra 1999, parag. 7.

170 Presuda o kazni u predmetu *Tadić* od 11. novembra 1999, parag. 9; presuda u predmetu *Čelebići*, parag. 1231 i 1234; *Tužilac protiv Ante Furundžije*, predmet br. IT-95-17/1-T, Presuda, 10. decembar 1998. (dalje u tekstu: presuda u predmetu *Furundžija*), parag. 288; *Tužilac protiv Clementa Kayisheme i Obeda Ruzindane*, predmet br. ICTR-95-1-T, Presuda, 21. maj 1999, parag. 2; kazna u predmetu *Serushago*, parag. 20; kazna u predmetu *Akayesu*, parag. 19; kazna u predmetu *Kambanda*, parag. 28.





Presuda

Međunarodni sud u reprobaciji i javnoj stigmatizaciji od strane međunarodne zajednice, koja na taj način izražava svoje gnušanje nad odvratnošću ovih zločina i žigoše njihove počinioce, vidi jednu od ključnih funkcija kazne zatvora za zločine protiv čovječnosti.¹⁷¹

118. Najzad, Pretresno vijeće se slaže sa mišljenjem Pretresnog vijeća u predmetu *Furundžija* da ovakav način rezonovanja važi ne samo za zločine protiv čovječnosti već i za ostala teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava.¹⁷²

B. Zaključci strana

119. Obje strane su iznijele svoje završne riječi u vezi sa kaznom na javnoj raspravi, održanoj 25. novembra 1999. Dana 24. novembra 1999, Tužilaštvo je pozvalo dva svjedoka, jednog „svjedoka o karakteru” i jednog psihijatrijskog vještaka, te utvrdilo da ne postoje nikakve odlučujuće olakšavajuće okolnosti. Ono je, međutim, pomenulo mnoge otežavajuće okolnosti, uključujući osjeđeno nepoštenje Gorana Jelisića, njegovo diskriminatorno ponašanje, entuzijazam pri izvršavanju krivičnih djela i pokornost prema ljudima na vlasti. U vezi sa praksom izricanja kazni, Tužilaštvo se, između ostalog, pozvalo na nedavno izrečenu kaznu u predmetu *Tadić* i predložilo Pretresnom vijeću da optuženom izrekne doživotnu kaznu.¹⁷³

120. Od 8. do 11. novembra 1999, te 22. i 24. novembra 1999, Pretresno vijeće je salušalo 20 svjedoka odbrane, uključujući i jednog psihijatrijskog vještaka. Petoro svjedoka je svjedočilo putem video-veze iz Brčkog i Sarajeva. Odbrana je tvrdila da naredjenja pretpostavljenih koja je Goran Jelisić navodno izvršavao, njegovo potvrđeno izjašnjavanje o krivici, saradnja s Uredom tužilaštva, kajanje, mladost i dobri odnosi sa Muslimanima predstavljaju olakšavajuće okolnosti. Nadalje, odbrana je bila mišljenja da Pretresno vijeće, prilikom vijećanja o kazni koju treba izreći, mora uzeti u obzir konzistentnost kazni izrečenih kako pred *ad hoc* međunarodnim sudovima tako i pred domaćim sudovima u Bosni i Hercegovini. U vezi sa tim, odbrana je pomenuла četiri nedavno izrečene presude u Bosni i Hercegovini.¹⁷⁴ U zaključku, mada nije preporučila konkretnu kaznu, odbrana je tvrdila da Pretresno vijeće optuženom ne treba izreći doživotnu kaznu zatvora.¹⁷⁵

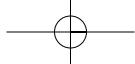
171 Presuda o kazni u predmetu *Erdemović* od 29. novembra 1996, parag. 65.

172 Presuda u predmetu *Furundžija*, parag. 289.

173 NFT, str. 2310.

174 NFT, str. 2349-2350.

175 NFT, str. 2354.



C. Odmjeravanje kazne

121. Pretresno vijeće smatra da su težina krivičnih djela za koja se optuženi izjasnio krimim i njegove lične okolnosti najvažniji faktori koje treba razmotriti u ovom konkretnom slučaju.

1. Optuženi

122. Pretresno vijeće raspolaže sa relativno malo podataka o Goranu Jelisiću. Većina tih podataka proizilazi iz izvještaja vještaka koji su sačinjeni po nalogu Pretresnog vijeća, te na zahtjev odbrane. Pretresno vijeće primjećuje da je optuženi u vezi sa važnim pitanjima, kao na primjer da li je bio izložen fizičkom zlostavljanju kada su ga uhapsili Hrvati, dao kontradiktorne odgovore.

123. Goran Jelisić je rođen 7. juna 1968. godine u Bijeljini, u Bosni i Hercegovini. Nakon što je rano napustio školu, u prvoj godini srednjeg obrazovanja, obučio se za poljoprivrednog tehničara. U braku je od februara 1995. i otac malog muškog djeteta.¹⁷⁶ Od hapšenja 22. januara 1998, Goran Jelisić se nalazi u pritvoru Pritvorske jedinice Ujedinjenih nacija u Scheveningenu u Hagu.¹⁷⁷

2. Olakšavajuće okolnosti

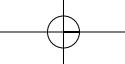
124. Od olakšavajućih okolnosti koje je iznijela odbrana, Pretresno vijeće će uzeti u obzir dob optuženog koji sada ima 31 godinu, a u vrijeme izvršenja krivičnih djela imao je 23. Pretresno vijeće će takođe uzeti u obzir činjenicu da optuženi nikada nije osuđivan za neko krivično djelo nasilja, te da je otac malog djeteta. Međutim, kao što je primijetilo Pretresno vijeće u predmetu *Furundžija*, mnoga optužena lica se nalaze u istoj situaciji, te sudije, u tako ozbiljnog predmetu, ne mogu tome dati značajnu težinu.¹⁷⁸

125. Kao što je već napomenuto, dijagnoza vještaka ukazuje na to da je Goran Jelisić patio od poremećaja ličnosti, graničnog tipa sa narcisističkim i antisocijalnim karakteristikama. Međutim, iako to ukazuje na potrebu da se vrši psihijatrijsko praćenje, Pretresno vijeće se slaže sa Tužilaštvom i ne prihvata tvrdnju da takvo stanje smanjuje krivičnu odgovornost Gorana Jelisića.

176 Izvještaj stručnjaka za sudsku medicinu, Duits & Van der Veen, 25. novembar 1998, str. 5-9.

177 Prvo pojavljivanje optuženog dana 26. januara 1998, NFT, str. 1.

178 Presuda u predmetu *Furundžija*, parag. 284.



Presuda

126. Osim toga, Pretresno vijeće smatra da čak i da je dokazano da je Goran Jelisić postupao po naređenjima neke nadređene osobe, nemilosrdna žestina i okrutnost njegovih djela bi isključila mogućnost da mu se to uzme u obzir kao olakšavajuća okolnost.

127. Pretresno vijeće nije uvjерeno da je kajanje koje je Goran Jelisić navodno ispoljio pred psihiyatrom-vještakom bilo iskreno.¹⁷⁹ Sem toga, iako je Pretresno vijeće iz principa uzelo u obzir potvrđno izjašnjavanje o krivici, ono mora ukazati na to da optuženi pred Vijećem uopšte nije pokazao kajanje za krivična djela koja je počinio. Pretresno vijeće nadalje navodi da fotografije priložene sporazumu o činjeničnim osnovama ili predočene tokom suđenja, za koje je optuženi itekako znao da se snimaju, pokazuju Gorana Jelisića kako izvršava krivična djela. Stoga, Vijeće njegovom potvrđnom izjašnjavanju o krivici pridaje samo relativnu težinu.¹⁸⁰ Pretresno vijeće takođe konstataže da je optuženi navodno mislio da se dobrovoljno predra¹⁸¹, ali nije. Nadalje, čini se da njegova saradnja s Uredom tužioca u ovom predmetu ne predstavlja olakšavajuće okolnosti u smislu pravila 101(B)(ii) Pravilnika. Konačno, iako se ponašanje optuženog od kako je u pritvoru popravilo, ono nije takvo da bi bitno uticalo na ublažavanje kazne.

128. Konačno, Pretresno vijeće je razmotrilo iskaze date na suđenju u vezi s odmjeravanjem kazne. Prijateljski odnosi koje je Goran Jelisić možda imao sa Muslimanima ne kompenziraju izuzetnu težinu krivičnih djela koja je počinio na diskriminatoran način. Sem toga, Pretresno vijeće ne isključuje mogućnost da je Goran Jelisić, kada je shvatio kakva je krivična djela počinio, aktivno tragaо za potencijalnim svjedocima¹⁸², uključujući svjedoke iz redova muslimanske zajednice.

3. Otežavajuće okolnosti

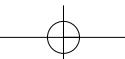
129. Pretresno vijeće zaključuje da izjave priložene činjeničnim osnovama, kao i svjedočenja saslušana na suđenju po optužbi za genocid, pokazuju da su krivična djela Gorana Jelisića počinjena u izuzetno otežavajućim okolnostima.

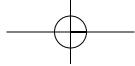
179 Izvještaj dr Van den Busschea, 8. novembar 1999, str. 22.

180 Pretresno vijeće primjećuje da se optuženi izjasnio krivim za zločine protiv čovječnosti suprotno savjetu svog branioca, NFT, str. 187.

181 Svjedok DQ, NFT, str. 2108.

182 Pretresno vijeće navodi, na primjer, svjedočenje svjedoka DR koji je optuženog upoznao 1995.





Presude/Goran Jelisić

130. Pretresno vijeće ističe gnušnu, zvijersku i sadističku prirodu ponašanja Gorana Jelisića. Njegovo hladnokrvno ubijanje i maltretiranje ljudi svjedoči o dubokom preziru prema čovječanstvu i pravu na život.

131. Naročito tokom perioda koji je proveo u logoru Luka, Goran Jelisić je sa entuzijazmom počinio svoje zločine, iskoristivši priliku koja mu je davala osjećaj moći nametanjem vlastite volje bespomoćnim žrtvama i raspolaganjem njihovim životima i smrtima.

132. Nadalje, Pretresno vijeće smatra da uticaj ponašanja optuženog daleko prevazilazi velike fizičke i psihičke patnje koje je nanio neposrednim žrtvama svojih krivičnih djela i njihovoj rodbini. Svi svjedoci zločina koji su bili prepušteni na milost i nemilost Gorana Jelisića takođe su propatili.

133. Jedan od zadataka Međunarodnog suda je da doprinese ponovnom uspostavljanju mira u bivšoj Jugoslaviji. Kako bi to postigao, Sud mora da identifikuje, krivično goni i kazni glavne političke i vojne dužnosnike, odgovorne za zvjerstva počinjena od 1991. na toj teritoriji. Međutim, kada je to potrebno, Sud takođe mora podsjetiti da iako se zločini počinjeni tokom oružanog sukoba mogu konkretnije više pripisati jednom ili drugom od tih dužnosnika, isti ne bi mogli postići svoje ciljeve bez direktnе ili indirektnе svesrdne pomoći ili doprinosa pojedinaca kao što je Goran Jelisić.

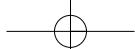
134. Konačno, u slučaju Gorana Jelisića, otežavajuće okolnosti daleko nadmašuju težinu olakšavajućih i zbog toga mu je izrečena izuzetno stroga kazna.

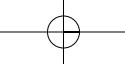
4. Uračunavanje vremena provedenog u pritvoru

135. Prema pravilu 101(D) Pravilnika „osuđeniku će se uračunati eventualno vrijeme koje je proveo u pritvoru čekajući na izručenje Međunarodnom sudu ili čekajući na suđenje ili žalbeni postupak“. Prilikom računanja vremena za izdržavanje kazne, takođe treba uzeti u obzir činjenicu da se optuženi nalazi u pritvoru Međunarodnog suda od 22. januara 1998. godine, odnosno da je do današnjeg dana proveo u pritvoru godinu dana, deset mjeseci i dvadeset dva dana.

5. Kazna

136. Pretresno vijeće smatra da odredbe pravila 101 Pravilnika ne isključuju mogućnost izricanja jedinstvene kazne za više krivičnih djela. U vezi sa tim, Pretresno vijeće ističe da iako su, do današnjeg dana, pretresna vijeća





Presuda

MKSJ-a donijela presude sa višestrukim kaznama, Pretresno vijeće I MKSR-a je u predmetima *Kambanda*¹⁸³ i *Serushago*¹⁸⁴ izreklo jedinstvene kazne.

137. U ovom predmetu, krivična djela koja se pripisuju optuženom kvalifikovana su na dva različita načina, ali čine dio jedinstvenog skupa krivičnih djela počinjenih tokom kratkog vremenskog perioda, zbog čega nije moguće napraviti distinkciju između namjera i motiva kod pojedinačnih krivičnih djela. S obzirom na njihovu opštu dosljednost, Pretresno vijeće smatra da je prikladno izreći jedinstvenu kaznu za sva krivična djela za koja je optuženi proglašen krivim.

VI. DISPOZITIV

138. Iz gore navedenih razloga, Pretresno vijeće jednoglasno:

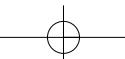
OSLOBĀDA KRIVICE Gorana Jelisića po tački 1, za genocid;

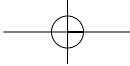
PROGLAŠAVA Gorana Jelisića KRIVIM za:

- krađu novca koji je pripadao osobama zatočenim u logoru Luka, i to Hasibu Begiću, Zejćiru Osmiću, Enesu Zukiću i Arminu Drapiću, između 7. i 28. maja 1992. godine; tačka 44, kršenje ratnih zakona i običaja (pljačka);
- nanošenje tjelesnih povreda braći Zejćiru i Rešadu Osmiću u logoru Luka između 10. i 12. maja 1992. godine; tačka 30, kršenje ratnih zakona i običaja (okrutno postupanje), i tačka 31, zločin protiv čovječnosti (nečovječna djela);
- nanošenje tjelesnih povreda Muhamedu Bukviću u logoru Luka oko 13. maja 1992. godine; tačka 36, kršenje ratnih zakona i običaja (okrutno postupanje), i tačka 37, zločin protiv čovječnosti (nečovječna djela);
- nanošenje tjelesnih povreda Amiru Didiću u logoru Luka, između 20. i 28. maja 1992. godine; tačka 40, kršenje ratnih zakona i običaja (okrutno postupanje), i tačka 41, zločin protiv čovječnosti (nečovječna djela);
- ubistvo jedne neidentifikovane osobe muškog pola u blizini policijske stanice u Brčkom, oko 6. ili 7. maja 1992. godine; tačka 4, kršenje ratnih zakona i običaja, i tačka 5, zločin protiv čovječnosti;

183 Kazna u predmetu *Kambanda*.

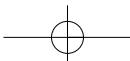
184 Kazna u predmetu *Serushago*.

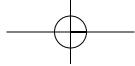




Presude/Goran Jelišić

- ubistvo Hasana Jašarevića u blizini policijske stanice u Brčkom oko 7. maja 1992. godine; tačka 6, kršenje ratnih zakona i običaja, i tačka 7, zločin protiv čovječnosti;
- ubistvo jednog mladića iz Šinteraja, u blizini policijske stanice u Brčkom, oko 7. maja 1992. godine; tačka 8, kršenje ratnih zakona i običaja, i tačka 9, zločin protiv čovječnosti;
- ubistvo Ahmeta Hodžića (ili Hadžića) zvanog Papa, u blizini policijske stanice u Brčkom, oko 7. maja 1992. godine; tačka 10, kršenje ratnih zakona i običaja, i tačka 11, zločin protiv čovječnosti;
- ubistvo osobe po imenu Suad, u blizini policijske stanice u Brčkom, oko 7. maja 1992. godine; tačka 12, kršenje ratnih zakona i običaja, i tačka 13, zločin protiv čovječnosti;
- ubistvo Jasminke Čumurovića zvanog Jašče u logoru Luka, oko 8. maja 1992. godine; tačka 14, kršenje ratnih zakona i običaja, i tačka 15, zločin protiv čovječnosti;
- ubistva Huse i Smajila Zahirovića u logoru Luka, oko 8. maja 1992. godine; tačka 16, kršenje ratnih zakona i običaja, i tačka 17, zločin protiv čovječnosti;
- ubistvo Naze Bukvić u logoru Luka, oko 9. maja 1992. godine; tačka 18, kršenje ratnih zakona i običaja, i tačka 19, zločin protiv čovječnosti;
- ubistvo Muharema Ahmetovića u logoru Luka, oko 9. maja 1992. godine; tačka 20, kršenje ratnih zakona i običaja, i tačka 21, zločin protiv čovječnosti;
- ubistvo Stipe Glavočevića zvanog Stjepo u logoru Luka, oko 9. maja 1992. godine; tačka 22, kršenje ratnih zakona i običaja, i tačka 23, zločin protiv čovječnosti;
- ubistvo Novalije, postarijeg Muslimana, u logoru Luka, oko 12. maja 1992. godine; tačka 32, kršenje ratnih zakona i običaja, i tačka 33, zločin protiv čovječnosti;
- ubistvo Adnana Kucalovića u logoru Luka, oko 18. maja 1992. godine; tačka 38, kršenje ratnih zakona i običaja, i tačka 39, zločin protiv čovječnosti;





Presuda

- krivična djela obuhvaćena članovima 3, 5(a) i 7(1) Statuta Međunarodnog suda i članom 3(1)(a) Ženevskih konvencija.

139. Iz gore navedenih razloga, Pretresno vijeće OSUĐUJE Gorana Jelisića na kaznu zatvora u trajanju od četrdeset (40) godina;

140. PREPORUČUJE da se osuđeniku omogući psihološki i psihijatrijski tretman i praćenje i NALAŽE da sa tim u vezi Sekretariat preduzme sve odgovarajuće mjere sa državom u kojoj će osuđenik izdržavati kaznu.¹⁸⁵

Sastavljeno na francuskom i engleskom, pri čemu se francuski tekst smatra mjerodavnim.

/potpis na originalu/

Claude Jorda

predsjedavajući sudija, Pretresno vijeće

/potpis na originalu/

Fouad Riad

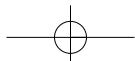
/potpis na originalu/

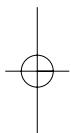
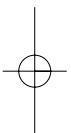
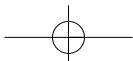
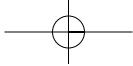
Almíro Rodrigues

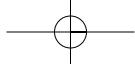
Dana 14. decembra 1999. godine,
u Hagu, Holandija

[pečat Međunarodnog suda]

185 Pretresno vijeće ističe da svi sporazumi sklopljeni sa državama spremnim da prihvate osuđene osobe predviđaju da sekretar Suda uz svoj zahtjev priloži sve eventualne preporuke u vezi sa nastavkom tretmana u državi gdje će osuđenik služiti kaznu. Vidi član 2(2)(c) sporazuma zaključenih sa različitim državama: Sporazum između Vlade Norveške i Ujedinjenih nacija o izdržavanju kazni Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (24. april 1998), Sporazum između Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju i Vlade Finske o izdržavanju kazni Međunarodnog suda (7. maj 1997), Sporazum između Vlade Republike Italije i Ujedinjenih nacija o izdržavanju kazni Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (6. februar 1997), Sporazum između Ujedinjenih nacija i Savezne vlade Austrije o izdržavanju kazni Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (23. juli 1999), te Sporazum između Ujedinjenih nacija i Vlade Švedske o izdržavanju kazni Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (23. februar 1999).







UJEDINJENE NACIJE

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

Predmet br: IT-95-10-A

Datum: 5. juli 2001.

Original: engleski

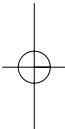
PRED ŽALBENIM VIJEĆEM

U sastavu:

sudija Mohamed Shahabuddeen, predsjedavajući
sudija Lal Chand Vohrah
sudija Rafael Nieto-Navia
sudija Patricia M. Wald
sudija Fausto Pocar

Sekretar: g. Hans Holthuis

Presuda od: 5. jula 2001.



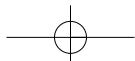
TUŽILAC protiv GORANA JELISIĆA **PRESUDA**

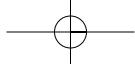
Tužilaštvo:

g. Upawansa Yapa
g. Geoffrey Nice
g. Morten Bergsmo
g. Fabricio Guariglia

Odbrana:

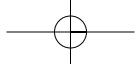
g. William Clegg
g. Jovan Babić





SADRŽAJ

I. UVOD	301
A. Postupak pred Pretresnim vijećem	301
B. Postupak pred Žalbenim vijećem	303
1. Žalbeni podnesci	304
2. Osnove za žalbu i traženi pravni lijek	305
(a) Žalba optužbe	305
(b) Žalba protivžalioca	306
3. Dodatni dokazi i druga pitanja vezana za dokazni materijal	309
II. ŽALBA OPTUŽBE	310
A. Prva osnova za žalbu optužbe: uskraćivanje mogućnosti da je se sasluša	310
B. Druga osnova za žalbu optužbe: standard koji valja primjeniti u skladu s pravilom 98bis(B) Pravilnika	312
C. Treća osnova za žalbu optužbe: namjera da se počini genocid	317
1. Prvi dio treće osnove	317
2. Drugi dio treće osnove	321
III. ŽALBA PROTIVŽALIOCA	329
A. Prva osnova za žalbu protivžalioca: kumulativne osuđujuće presude	329
B. Druga osnova za žalbu protivžalioca: Pretresno vijeće je počinilo činjeničnu grešku i grešku u primjeni svog diskrecionog prava prilikom izricanja kazne	331
1. Prihvatljivost dokaza izvedenih na suđenju u vezi s tačkom optužnice za genocid	331
2. Nedopustiva dvostruka osuda po tačkama 16-17 – ubistva Huse i Smajila Zahirovića – dok se u optužnici za ta ubistva tereti alternativno	333
3. Nepostojanje prihvaćene skale za izricanje kazni	335
4. Opšta praksa izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije nije u dovoljnoj mjeri uzeta u obzir	340
5. Potvrđeno izjašnjavanje o krivici optuženog nije uzeto u obzir	342
6. Saradnja optuženog s Tužilaštvo nije uzeta u obzir	343
7. Mladost protivžalioca nije uzeta u obzir na odgovarajući način	343
IV.DISPOZITIV	345
V. IZDVOJENO MIŠLJENJE SUDIJE NIETO-NAVIE	347
VI. DJELIMIČNO PROTIVNO MIŠLJENJE SUDIJE SHAHABUDDEENA	355
VII.DJELIMIČNO PROTIVNO MIŠLJENJE SUDIJE WALD	373
VIII.DJELIMIČNO PROTIVNO MIŠLJENJE SUDIJE POCARA	381
IX. PRILOG A – RJEČNIK TERMINA	385



Presuda Žalbenog vijeća

Žalbeno vijeće Međunarodnog suda za krivično gonjenje lica odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava, počinjena na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991. godine (dalje u tekstu: Međunarodni krivični sud ili Međunarodni sud) razmatralo je dvije žalbe na presudu u predmetu *Tužilac protiv Gorana Jelisića*¹ koju je Pretresno vijeće I izreklo 19. oktobra 1999. usmeno, a 14. decembra 1999. pismeno.

Razmotrivši pismene i usmene podneske strana, Žalbeno vijeće

OVIM IZRIČE PRESUDU.

I. UVOD

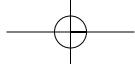
A. Postupak pred Pretresnim vijećem

1. U prvobitnoj optužnici Goran Jelisić se tereti za krivična djela genocida, teške povrede Ženevskih konvencija iz 1949, kršenja zakona i običaja ratovanja i zločine protiv čovječnosti, počinjene u maju 1992. u opštini Brčko, u sjeverozapadnom dijelu Bosne i Hercegovine.²

2. Nakon diskusije koju su strane održale u pretpretresnoj fazi, između njih je 9. septembra 1998. potpisani sporazum kojim je usvojena činjenična osnova (dalje u tekstu: usvojena činjenična osnova).³ Potom je 20. oktobra 1998. zavedena druga izmijenjena optužnica (dalje u tekstu: druga izmijenjena optužnica).⁴ Jelisić se 29. oktobra 1998. izjasnio da nije kriv po tački optužnice za genocid i da je kriv po trideset i jednoj tački koje su obuhvatale kršenja zakona i običaja ratovanja i zločine protiv čovječnosti. Stoga se suđenje bavilo tačkom optužnice vezanom za genocid.

3. Suđenje je započelo 30. novembra 1998, ali je pretres 2. decembra 1998. prekinut zbog bolesti jednog od pretresnih sudija. Pretresno vijeće je, s tim u skladu, razmotrilo mogućnost da donese presudu i izrekne kaznu po onim

- 1 *Tužilac protiv Gorana Jelisića*, predmet br. IT-95-10-A.
- 2 Prvobitna optužnica je potvrđena 21. jula 1995. Na zahtjev optužbe povučene su sve optužbe zasnovane na članu 2 Statuta, teške povrede Ženevskih konvencija iz 1949, i izmijenjena optužnica je podnesena 13. maja 1998.
- 3 Usvojena činjenična osnova za potvrđno izjašnjavanje o krivici Gorana Jelisića, 9. septembar 1998.
- 4 Druga izmijenjena optužnica protiv Gorana Jelisića i Ranka Češića, 19. oktobar 1998, parag. 14-36.



Presude/Goran Jelisić

tačkama po kojima se Jelisić izjasnio krivim, te da se suđenje po tački vezanoj za genocid odloži za kasnije. Strane su o ovom pitanju diskutovale na statusnoj konferenciji, održanoj 18. marta 1999.⁵ Optužba se složila s tim prijedlogom.⁶ Odbrana se, međutim, usprotivila prijedlogu za odvojen postupak izricanja kazne između ostalog na osnovu toga što se na predstojećem suđenju za genocid moglo desiti da svjedoci koje pozove optužba iznesu dokaze koji bi se mogli koristiti za ublažavanje kazne.⁷

4. Suđenje je nastavljeno 30. avgusta 1999. i optužba je završila sa izvođenjem dokaza 22. septembra 1999. Po završetku glavnog ispitivanja posljednjeg svjedoka optužbe, održana je statusna konferencija i postupak je na izvjesno vrijeme prekinut, da bi ponovo započeo 8. novembra 1999. izvođenjem dokaza odbrane; od odbrane se takođe tražilo da potvrdi višem pravnom savjetniku da li namjerava podnijeti zahtjev za izricanje oslobođajuće presude u skladu sa pravilom 98bis Pravilnika o postupku i dokazima Međunarodnog suda (dalje u tekstu: Pravilnik).⁸ Odbrana je kasnije na to negativno odgovorila faksom od 1. oktobra 1999. Međutim, prije početka izvođenja dokaza odbrane, Pretresno vijeće je 12. oktobra 1999. putem obavijesti Sekretarijata obavijestilo strane da će izreći presudu u skladu sa pravilom 98bis(B) Pravilnika. Tim je pravilom određeno da će Pretresno vijeće „donijeti oslobođajuću presudu ... ako zaključi da nema dovoljno dokaza da bi ga osudilo po toj optužbi odnosno optužbama“. Dana 15. oktobra 1999. optužba je podnijela zahtjev da se odgodi donošenje presude Pretresnog vijeća dok se njoj ne omogući da iznese argumente (dalje u tekstu: zahtjev za iznošenje argumenata).⁹

5. Pretresno vijeće je 19. oktobra 1999. izreklo usmenu presudu (dalje u tekstu: usmena presuda) u skladu sa pravilom 98bis(B), navodeći da će uslijediti pismeno obrazloženje i izricanje kazne.¹⁰ Vijeće je ocijenilo da postoji „neraskidiva“ veza između zahtjeva za iznošenje argumenata i same presude, te je odbacilo zahtjev za iznošenje argumenata.¹¹ Pretresno vijeće je osudilo Jelisića po tačkama optužnice kojima se teretio za kršenja zakona i običaja

5 Privremeni transkript suđenja u predmetu *Tužilac protiv Gorana Jelisića*, predmet br. IT-95-10-T (dalje u tekstu: transkript suđenja), 18. mart 1999, str. 275-280.

6 *Ibid.*, str. 280.

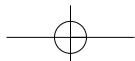
7 *Ibid.*, str. 286.

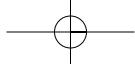
8 *Ibid.*, 22. septembar 1999, str. 2311 (zatvorena sjednica).

9 Zahtjev optužbe za iznošenje argumenata, 15. oktobar 1999.

10 Transkript suđenja, 19. oktobar 1999, str. 2321-2342.

11 *Ibid.*, str. 2328-2330.





Presuda Žalbenog vijeća

ratovanja i zločine protiv čovječnosti, a po kojima se izjasnio krivim, ali ga je oslobodilo optužbe za genocid u skladu sa pravilom 98bis(B) Pravilnika. Pretres o odmjeravanju kazne održan je 25. novembra 1999. Pismena presuda Pretresnog vijeća objavljena je 14. decembra 1999. (dalje u tekstu: presuda) i izrečena je jedinstvena kazna u trajanju od 40 godina zatvora.¹²

B. Postupak pred Žalbenim vijećem

6. Obje strane su uložile žalbu. Po izricanju usmene presude Pretresnog vijeća, optužba je uložila žalbu na oslobađajuću presudu po optužbi za genocid.¹³ I Jelisić (dalje u tekstu: protivžalilac ili respondent) uložio je obavijest o žalbi na usmenu presudu.¹⁴ Po objavljinjanju presude, protivžalilac je 15. decembra 1999. podnio drugu obavijest o žalbi.¹⁵

7. Optužba je zatražila pojašnjenje prava protivžalioca da podnese obavijest o protivžalbi, kao i obavijest o žalbi na oslobađajuću presudu.¹⁶ Žalbeno vijeće je utvrdilo da protivžalilac u svom žalbenom podnesku nema pravo iznošenja argumenata u vezi sa oslobađajućom presudom po tački optužnice za genocid, jer član 25 Statuta ne daje pravo optuženoj osobi da se žali na oslobađajuću presudu. Međutim, Vijeće je smatralo da, ukoliko optužba traži ukidanje oslobađajuće presude, protivžaliocu treba dopustiti da u svom odgovoru navede argumente u prilog svojoj oslobađajućoj presudi.¹⁷

12 *Tužilac protiv Gorana Jelisića*, predmet br. IT-95-10-T, Presuda, 14. decembar 1999. (verzija na engleskom jeziku je zavedena 14. januara 2001), parag. 139, str. 43.

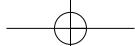
13 Obavijest optužbe o ulaganju žalbe, 21. oktobar 1999.

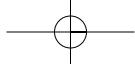
14 Obavijest o protivžalbi, 26. oktobar 1999.

15 Obavijest o žalbi, 15. decembar 1999.

16 Podnesak optužbe kojim se traži pojašnjenje prava žalioca Gorana Jelisića da uloži dvije obavijesti o žalbi i za izdavanje naloga o rasporedu u vezi sa žalbom, 20. decembar 2000. Dana 21. januara 2000. protivžalilac je podnio odgovor na podnesak optužbe od 20. decembra 1999. Optužba je 28. januara 2000. podnijela repliku optužbe na odgovor odbrane na podnesak optužbe zaveden 20. decembra 1999. Optužba je takođe tražila da Žalbeno vijeće klasificira rokove u smislu pravila 111 Pravilnika. Žalbeno vijeće je u svom nalogu o rasporedu od 14. januara 2000. naložilo da rok za podnošenje podnesaka u skladu s pravilom 111 treba početi od 15. decembra 1999, dan nakon izricanja usmene presude. Dana 7. marta 2000. Žalbeno vijeće je naložilo da se podnesci vezani za žalbu protivžalioca mogu podnijeti do 15. maja 2000. Poslije naknadnih odluka taj rok se mijenja.

17 Nalog, 21. mart 2000.





1. Žalbeni podnesci

8. Podnesci u vezi sa žalbom optužbe na presudu podnošeni su kako slijedi. Dana 14. jula 2000. optužba je podnijela svoj žalbeni podnesak (dalje u tekstu: podnesak optužbe).¹⁸ Respondent je 14. avgusta 2000. podnio odgovor na podnesak optužbe (dalje u tekstu: odgovor na podnesak optužbe)¹⁹, a optužba je 29. avgusta 2000. podnijela svoju repliku (dalje u tekstu: replika optužbe).²⁰

9. Rokovi za podnošenje podnesaka su u nekoliko navrata produžavani na zahtjeve protivžalioca.²¹ Podnesci u vezi sa žalbom protivžalioca podnošeni su kako slijedi. Protivžalilac je podnio svoj podnesak 7. avgusta 2000. (dalje u tekstu: podnesak protivžalioca).²² Dana 6. septembra 2000. optužba je podnijela podnesak respondenta (dalje u tekstu: odgovor optužbe).²³

18 Žalbeni podnesak tužioca (redigovana verzija za javnost), 14. juli 2000. Istog dana je podnesena povjerljiva verzija: Žalbeni podnesak tužioca (povjerljivi), kao i popis izvora prava za žalbeni podnesak optužbe.

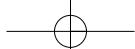
19 Odgovor na žalbeni podnesak optužbe, 14. avgust 2000.

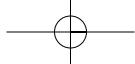
20 Replika tužioca (redigovana verzija za javnost), 29. avgust 2000. Istog dana je podnesena i povjerljiva verzija: Replika tužioca (povjerljiva).

21 Protivžalilac je 3. maja 2000. podnio zahtjev za produženje roka u kojem je tražio produženje roka za podnošenje podneska protivžalioca zbog kašnjenja u dostavljanju braniocu protivžalioca kompletne zbirke audio traka sa snimcima postupka pred Pretresnim vijećem na jeziku koji on razumije. Dana 11. maja 2000. Žalbeno vijeće je odobrilo produženje roka do 10. jula 2000. Protivžalilac je 7. jula 2000. tražio produženje roka za podnošenje svog podneska do 7. avgusta 2000. Dana 17. jula 2000. Žalbeno vijeće je izdalo nalog za privremeno produženje roka kojim je rok za podnošenje podneska protivžalioca privremeno produžen do 21. jula 2000, kako bi se Žalbenom vijeću omogućilo da razmotri zahtjev od 7. jula. Zahtjev od 7. jula je odobren 19. jula 2000. u odluci po hitnom zahtjevu za produženje roka, jer je novonaimenovanom referentu za pravna pitanja trebalo još vremena da identifikuje odlomke suđenja koje je trebalo priložiti uz podnesak žaljilca. Rok za podnošenje je produžen do 7. avgusta 2000. Dana 11. septembra 2000. protivžalilac je tražio produženje roka za podnošenje odgovora na podnesak optužbe. Žalbeno vijeće je 15. septembra 2000. u odluci po zahtjevu za produženje roka smatralo da osnove na koje se poziva protivžalilac, same po sebi, ne opravdavaju produženje roka. Međutim, s obzirom na posebne okolnosti ovog predmeta, ono je smatralo prikladnim da se rok produži kako bi se braniocu omogućilo da objasni predmet protivžaliocu. Stoga je rok produžen do 6. oktobra 2000.

22 Appellant's brief on appeal against sentence (confidential), 7. avgust 2000. Redigovana verzija za javnost je zavedena 2. marta 2001. na zahtjev Žalbenog vijeća, iznesen u nalogu od 30. januara 2001, koji je ponovljen na žalbenom pretresu, transkript žalbenog postupka, 23. februar 2001, str. 246.

23 Respondent's brief of the prosecution (confidential), 6. septembar 2000. Redigovana verzija za javnost je podnesena 15. februara 2001.





Presuda Žalbenog vijeća

Protivžalilac je 6. oktobra 2000. podnio repliku na odgovor optužbe (dalje u tekstu: replika protivžalioca).²⁴

10. Dana 16. februara 2001. protivžalilac, kojeg je sada zastupao novi branilac,²⁵ podnio je dokument u kojem su naznačene osnove koje protivžalilac izlaže u svojoj žalbi i u kojem je pojašnjen njegov stav u vezi sa žalbom optužbe (dalje u tekstu: nacrt argumentacije).²⁶ Ročište za usmeno iznošenje argumenata održano je 22. i 23. februara 2001, na kojem je protivžalilac tražio i dobio odobrenje da doda još jednu osnovu za žalbu i potvrdio da neće ustrajati u izvjesnim pitanjima izloženim u podnesku protivžalioca.²⁷

2. Osnove za žalbu i traženi pravni lijek

(a) Žalba optužbe

11. Optužba je izložila sljedeće tri osnove za žalbu na presudu.²⁸

- 1) „Pretresno vijeće je napravilo grešku u primjeni prava prema članu 25 Statuta zato što optužbi nije dalo priliku da iznese svoje argumente u vezi sa odlukom *proprio motu* Pretresnog vijeća donesenom u skladu s pravilom 98bis“ (dalje u tekstu: prva osnova za žalbu optužbe).²⁹
- 2) „Pretresno vijeće je napravilo grešku u primjeni prava usvajanjem standarda dokazivanja krivice van razumne sumnje u cilju utvrđivanja da li postoji dovoljno dokaza za osuđujuću presudu u skladu s pravilom 98bis“ (dalje u tekstu: druga osnova za žalbu optužbe).³⁰
- 3) „Pretresno vijeće je napravilo grešku u primjeni prava utoliko što je izložilo da potrebno stanje svijesti za genocid iz člana 4 Statuta uključuje standard *dolus specialis*, a ne širi koncept opšte namjere; Pretresno vijeće je napravilo grešku u primjeni prava i činjeničnu grešku kada je presudilo u paragrafima 88-98 presude da dokazi nisu dovoljni da bi se van svake razumne sumnje utvrdilo postojanje plana za uništenje muslimanske zajednice u Brčkom ili drugdje u koji bi se ubistva koja je počinio Goran

24 Appellant's reply to prosecutor's respondent's brief (confidential), 6. oktobar 2000. Redigovana verzija za javnost je podnesena 2. marta 2001.

25 Odluka sekretara Suda, 5. februar 2001.

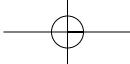
26 Nacrt argumentacije žalioca, 16. februar 2001.

27 Transkript žalbenog postupka, 22. februar 2001, str. 37 i 23. februar 2001, str. 198-199.

28 Osnove za žalbu optužbe izložene su u podnesku optužbe i replici optužbe, kao i na pretresu u žalbenom postupku.

29 Podnesak optužbe, parag. 2.1, str. 9.

30 Podnesak optužbe, parag. 3.5, str. 27.



Presude/Goran Jelisić

Jelisić navodno uklopila; i Pretresno vijeće je napravilo grešku u primjeni prava i činjeničnu grešku kada je presudilo u paragrafima 99-108 pre-sude da djela Gorana Jelisića ne predstavljaju fizičku manifestaciju čvrste rješenosti da se u cijelosti ili djelimično uništi neka grupa kao takva, nego da se radi o samovoljnim ubistvima koja su rezultat poremećene ličnosti“ (dalje u tekstu: treća osnova za žalbu optužbe).³¹

12. Optužba tvrdi da bi prikladan pravni lijek bio da se ovaj predmet uputi pretresnom vijeću u drugačijem sastavu kako bi se održalo novo suđenje.³² Ona nadalje tvrdi da između prve dvije osnove za žalbu optužbe i treće osnove postoji takav međusobni odnos da bi Žalbeno vijeće, ako odluči da predmet uputi pretresnom vijeću u novom sastavu, trebalo da „obezbijedi smjernice tako što će presuditi o pravnom pitanju namjere potrebne za počinjenje genocida“. Međutim, „Žalbeno vijeće ne mora da se bavi navedenim činjeničnim greškama“ jer bi se odlučivanjem o tome bavilo pretresno vijeće u novom sastavu.³³

(b) Žalba protivžalioca

13. Protivžalilac tvrdi da „ne traži obnovu suđenja jer je oslobođen svih optužbi koje je osporavao. On se samo žali na kaznu koja mu je izrečena“.³⁴

14. U prilog svojoj žalbi na kaznu protivžalilac je u svom podnesku izložio argumente u dvije kategorije, osporavajući po nekoliko osnova, kao prvo, pravičnost postupka, i kao drugo, ispravnost presude.

15. Prva kategorija argumenata protivžalioca sadrži navode kojima se osporava način na koji je predsjedavajući sudija vodio pretres na suđenju po tački optužbe za genocid. Međutim, nije nužno razmatrati te argumente. Na pretresu u žalbenom postupku pred Žalbenim vijećem, kako je ranije pomenuto, novi branilac protivžalioca podnio je nacrt argumentacije, navodeći da su „sadašnje osnove one koje su iznesene u nacrtu“.³⁵ U nacrtu argumentacije nisu ponovljene sve osnove koje su izložene u podnesku protivžalioca. Na početku iznošenja argumenata protivžalioca branilac je rekao: „Sud će primijetiti da je podnesak protivžalioca usredotočen na ponašanje sudije Pretresnog vijeća, kako za vrijeme suđenja za genocid, kojom prilikom je pre-

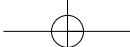
31 *Ibid.*, parag. 4.6, str. 53.

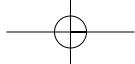
32 *Ibid.*, parag. 5.7, str. 86.

33 *Ibid.*, parag. 5.6(a), str. 85. Transkript žalbenog postupka, 22. februar 2001, str. 9.

34 Nacrt argumentacije, parag. 6.1, str. 6.

35 Transkript žalbenog postupka, 23. februar 2001, str. 198.





Presuda Žalbenog vijeća

suđeno u korist optuženog, tako i za vrijeme dugotrajnog pretresa o kazni“; ali, dodao je: „Danas ne insistiram na kritikovanju sudije Pretresnog vijeća na pretresu o genocidu jer, naravno, to je bilo suđenje na kojem Pretresno vijeće nije razmatralo nijedno od krivičnih djela za koja se optuženom izricala kazna“.³⁶

16. U ovim okolnostima, Žalbeno vijeće neće presuđivati po prvobitnim pritužbama i postupaće kao da se od njih odustalo. Vijeće će samo primijetiti da je u dugotrajnim i složenim predmetima, kakva je većina predmeta na Međunarodnom sudu, nužno da pretresno vijeće drži postupak pod kontrolom. Ponekad se moraju poduzeti energične mjere kontrole, pod uslovom, naravno, da se ne ugrozi pravo bilo koje od strana na pravično suđenje. U ovom slučaju, s obzirom na to da se odustalo od ove osnove za žalbu, nije neophodno razmatrati da li su prekoračene razumne granice.

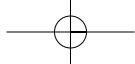
17. Druga kategorija argumenata u podnesku protivžalioca odnosila se na pitanja koja proizlaze iz same presude.³⁷ Ta su pitanja pročišćena tokom žalbenog pretresa, na kojem je protivžalilac izjavio da ne ustraje na nekim prethodno izloženim podosnovama,³⁸ te u nacrtu argumentacije. Konkretno, protivžalilac je u nacrtu argumentacije naveo da će se njegova žalba usredotočiti na sljedećih sedam faktora, koji će se razraditi u usmenom iznošenju argumenata:

- (i) njegovo potvrđno izjašnjavanje o krivici;
- (ii) njegova saradnja s optužbom;
- (iii) potreba da MKSJ utvrdi skalu prihvaćenu u izricanju kazni;

36 *Ibid.*, str. 164-165.

37 To su bila sljedeća pitanja: a) činjenična osnova za zaključak Pretresnog vijeća u vezi sa prirodom i ozbiljnošću krivičnih djela zasnovana je na dokumentu za koji je Pretresno vijeće pogrešno zaključilo da je prihvaćen od obje strane; b) u Presudi Pretresnog vijeća sadržana je i neovlaštena dvostruka osuda po tačkama 16-17 - ubistvo Huse i Smajila Zahirovića - dok se u optužnici navodi da je on „pucao i ubio jednog od njih“; c) Pretresno vijeće je obrnulo obavezu dokazivanja; d) nije uzeto u obzir potvrđno izjašnjavanje o krivici protivžalioca, kao ni to što je u ranoj fazi priznao da je počinio krivična djela za koja se teretio i što je saradio s optužbom; e) Pretresno vijeće nije na prikladan način razmotrilo tezu odbrane u vezi sa kaznom; f) Pretresno vijeće nije u odgovarajućoj mjeri uzelo u obzir praksu izricanja kazni u bivšoj Jugoslaviji; g) Pretresno vijeće je na neprikladan način iskoristilo dokaze medicinske prirode; h) kazna od 40 godina odražava oprečnost između ovog i drugih predmeta pred međunarodnim sudovima; te i) Pretresno vijeće je postupilo na neprikladan način izrekavši jedinstvenu kaznu, podnesak protivžalioca, str. 114-145.

38 Transkript žalbenog postupka, 22. februar 2001, str. 37 i 23. februar 2001, str. 198-199.



Presude/Goran Jelisić

- (iv) njegova mladost, zrelost, uticaj propagande na njega i njegovo duševno stanje;
- (v) sporazumna činjenična osnova za njegovo izjašnjavanje o krvici;
- (vi) poređenje sa drugim kaznama izrečenim pred MKSJ-om i Međunarodnim krivičnim sudom za Ruandu;
- (vii) nedovoljno pridavanje značaja opštoj praksi u vezi sa izricanjem zatvorskih kazni na sudovima u bivšoj Jugoslaviji, što se zahtijeva članom 24 Statuta Međunarodnog suda.³⁹

18. Na žalbenom pretresu protivžalilac je tražio dopuštenje da izmijeni svoju obavijest o žalbi u svjetlu nedavno donesene presude u žalbenom postupku u predmetu *Delalić*,⁴⁰ kako bi u njoj naveo da je Pretresno vijeće izricanjem kumulativnih osuđujućih presuda načinilo grešku.⁴¹ Žalbeno vijeće je usmeno dopustilo izmjenu i postavilo rokove za podnošenje daljnjih podnesaka strana u vidu odgovora i replike.⁴²

19. U skladu s tim, Žalbeno vijeće smatra da protivžalilac iznosi sljedeće osnove za žalbu:

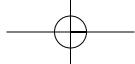
- 1) Pretresno vijeće je načinilo grešku izricanjem kumulativnih osuđujućih presuda (dalje u tekstu: prva osnova za žalbu protivžalioca).
- 2) Pretresno vijeće je načinilo činjeničnu grešku i grešku u primjeni svog diskrecionog prava prilikom izricanja kazne po konkretnim osnovama koje se spominju u nacrtu argumentacije, a izložene su u dijelu III ove presude (dalje u tekstu: druga osnova za žalbu protivžalioca).

39 Nacrt argumentacije, parag. 6.2, str. 6.

40 *Tužilac protiv Zejnila Delalića i ostalih*, predmet br. IT-96-21-A, Presuda, 20. februar 2001. (dalje u tekstu: drugostepena presuda u predmetu *Delalić*).

41 Transkript žalbenog postupka, 22. februar 2001, str. 32-35 i 245-246, gdje se poziva na drugostepenu presudu u predmetu *Delalić*.

42 *Ibid.*, str. 33-35. Žalbeno vijeće je odlučilo da optužbi da rok od 10 dana da podnese odgovor, a protivžaliocu rok od 10 dana od podnošenja odgovora da podnese svoju repliku, transkript žalbenog postupka, 22. februar 2001, str. 35 i 23. februar 2001, str. 245-246. Potom su 6. marta 2001. podneseni „Prosecution response to the oral motion and the additional ground of appeal of Goran Jelisić regarding cumulative convictions“ /Odgovor optužbe na usmeni podnesak i dodatnu osnovu za žalbu Gorana Jelisića u vezi sa kumulativnim osuđujućim presudama/ i „Appellant's written submission in support of the oral motion to quash cumulative convictions“ /Pismeni podnesak žalioca u prilog usmenom zahtjevu za poništenje kumulativnih osuđujućih presuda/.



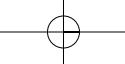
Presuda Žalbenog vijeća

3. Dodatni dokazi i druga pitanja vezana za dokazni materijal

20. Protivžalilac je 8. septembra 2000. podnio zahtjev za izvođenje dodatnih dokaza.⁴³ On je u tom zahtjevu tražio da se u dokazni materijal uvrste izvještaj svjedoka-vještaka gđe Ljiljane Mijović o tome na koliko visokom položaju je optuženi bio kao pripadnik rezervnog sastava policije, te upravnika Pritvorske jedinice Ujedinjenih nacija u Hagu, g. Timothyja McFaddena, o ukupnom ponašanju optuženog u pritvoru prije i nakon izricanja presude. Optužba je ustvrdila da taj zahtjev treba odbiti⁴⁴ i Žalbeno vijeće je taj zahtjev odbacilo u svojoj odluci od 15. novembra 2000.⁴⁵

21. Protivžalilac je 7. marta 2001, po završetku usmenog iznošenja argumenata, podnio izvještaj dr Tomića o opštoj praksi sudova u bivšoj Jugoslaviji.⁴⁶ Optužba se usprotivila podnošenju tog izvještaja.⁴⁷ Uopšteno govoreći, da bi se u žalbenoj fazi postupka prihvatali dodatni dokazi, potrebno je najmanje petnaest dana prije početka žalbenog pretresa podnijeti zahtjev u skladu s pravilom 115 Pravilnika.⁴⁸ Takav se zahtjev u izuzetnim okolnostima može podnijeti i kasnije, ali se onda uz njega mora priložiti i zahtjev za produženje roka i pokazati valjan razlog, u skladu s pravilom 127 Pravilnika. U okolnostima ovog predmeta nijedan od tih zahtjeva nije ispunjen. Na žalbenom pretresu branilac protivžalioca je izjavio da je voljan proslijediti taj izvještaj

- 43 The defence's brief for the presentation of the additional evidence /Podnesak odbrane kojim se traži izvođenje dodatnih dokaza/, 8. septembar 2000.
- 44 Prosecution response to the defence's brief for the presentation of the additional evidence /Odgovor optužbe na podnesak odbrane kojim se traži izvođenje dodatnih dokaza/, 18. septembar 2000.
- 45 Odluka po zahtjevu za prihvatanje dodatnih dokaza, 15. novembar 2000.
- 46 Opšta praksa sudova u bivšoj Jugoslaviji i novonastalih država na teritoriji bivše Jugoslavije u vezi s odmjeravanjem zatvorskih kazni, /kao u originalu/ 7. mart 2001.
- 47 Prosecution objection to the admission of document filed on 7 March 2001 on behalf of Goran Jelesić [sic] /Prigovor optužbe na prihvatanje dokumenta podnesenog 7. marta 2001. u ime Gorana Jelesića//kao u originalu/, 9. mart 2001.
- 48 Dokazi se u izvjesnim okolnostima mogu prihvati i u skladu s pravilom 89 Pravilnika, vidi, na primjer, *Tužilac protiv Zejnila Delalića i ostalih*, predmet br. IT-96-21-A, Nalog po zahtjevu za produženje roka i prihvatanje dodatnih dokaza, 31. maj 2000. i Nalog po zahtjevu Esada Landže da se mišljenje Francisca Villalobosa Brenesa prihvati kao dodatni dokaz, 14. februar 2000, *Tužilac protiv Zorana Kupreškića i ostalih*, predmet br. IT-95-16-A, redigovane odluke Žalbenog vijeća od 26. februara 2001, 11. aprila 2001. i 30. maja 2001. Vidi ekivalent, *Jean-Paul Akayesu protiv tužioca*, predmet br. ICTR-96-4-A, Decision (on the consolidation or summarization of motions not yet disposed of) /Odluka (o konsolidovanju ili sažimanju podnesaka koji još nisu riješeni)/, 22. avgust 2000, gdje je primijenjeno pravilo 89 Pravilnika MKSR-a.



Presude/Goran Jelišić

Žalbenom vijeću.⁴⁹ Žalbeno vijeće nije prihvatiло tu ponudu. Nije bilo nikakvih pokušaja da se Žalbeno vijeće uvjeri u to da su zahtjevi iz pravila 115 ispuњeni, niti da postoji opravdanje za produženje propisanih rokova. Stoga izvještaj nije prihvaćen kao dokazni predmet.

II. ŽALBA OPTUŽBE

A. Prva osnova za žalbu optužbe: uskraćivanje mogućnosti da se žalba sasluša

22. Prva osnova za žalbu optužbe jest da je „Pretresno vijeće učinilo pravnu pogrešku iz člana 25 Statuta time što optužbi nije dalo priliku da iznese svoje argumente o *proprio motu* odluci koju je Pretresno vijeće donijelo u skladu sa pravilom 98bis“.⁵⁰

23. Ova osnova odnosi se na činjenicu da je na kraju izvođenja dokaza optužbe Pretresno vijeće, postupajući *proprio motu*, respondentu oslobodilo krivice po tački 1 optužnice (genocid), ne saslušavši prije toga argumente optužbe. Tvrdi se da je Pretresno vijeće donijelo svoju odluku, a da pritom ne samo da nije saslušalo argumente optužbe o meritumu, odnosno o tome da li su dokazi nedovoljni da bi se na osnovu njih mogla donijeti osuđujuća presuda, nego nije niti dopustilo da se održi usmeni pretres o njenom pismenom proceduralnom podnesku - zahtjevu za usmeno iznošenje argumenata - kojim je optužba tražila da se održi rasprava o podnesku o meritumu. Pretresno vijeće je kazalo da je postupilo u skladu sa pravilom 98bis(B). U toj odredbi stoji:

Pretresno vijeće će donijeti oslobođajuću presudu na prijedlog optuženog ili *proprio motu* ako zaključi da nema dovoljno dokaza da bi ga osudilo po toj optužbi odnosno optužbama.

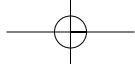
24. Dana 19. oktobra 1999. Pretresno vijeće je odluku o pismenom zahtjevu za usmeno iznošenje argumenata spojilo s odlukom o meritumu u vezi s oslobođajućom presudom (presuda), „zaključivši da postoji neraskidiva veza između zahtjeva koji je podnio tužilac i odluke o meritumu“.⁵¹

25. Žalbeno vijeće kao prvo iznosi stav da svaka strana uvijek ima pravo da je se sasluša po njenom podnesku. No, iznošenje argumenata ne mora uvijek

49 Transkript žalbenog postupka, 23. februar 2001, str. 190-191.

50 Prosecution's brief, parag. 2.1, str. 9.

51 Presuda, parag. 16, str. 4.



Presuda Žalbenog vijeća

biti usmeno. Što se toga tiče, u Pravilniku ne postoji odredba da neka strana ima pravo da usmeno iznese svoje argumente u vezi sa nekim pismenim podneskom. Slično tome, praksa Međunarodnog suda omogućava da se odluka po pismenom podnesku doneše bez ikakvog dodatnog usmenog iznošenja argumenata, budući da se smatra da sam podnesak strani koja ga podnosi pruža dovoljno pravo da iznese svoju argumentaciju. U tim okolnostima Žalbeno vijeće ne pronalazi grešku u činjenici da je Pretresno vijeće donijelo odluku protiv zahtjeva da optužba ima pravo da je se sasluša u vezi sa pitanjem da li ima pravo da usmeno iznese svoje argumente o supstantivnom meritumu oslobođajuće presude u skladu sa pravilom 98bis, budući da se svi temeljni argumenti u prilog prava da je se sasluša prije donošenja bitne odluke o oslobođajućoj presudi u stvari iznose u prismenom podnesku koji je trebalo razmotriti i dodatna usmena argumentacija nije bila potrebna. Stoga je u odnosu na to pitanje pobijana odluka ispravna.

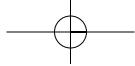
26. Međutim, kao što je gore navedeno, Pretresno vijeće je takođe donijelo odluku kojom nijeće pravo optužbe da je se sasluša u vezi sa suštinskim pitanjem o tome da li su njeni dokazi bili nedovoljni za osuđujuću presudu. Odluka Pretresnog vijeća donesena je usmeno 19. oktobra 1999, a potom je objavljena u prismenom obliku 14. decembra 1999. Na temelju tih dviju odluka jasno je da je Pretresno vijeće bilo mišljenja da, u slučaju kada ono postupa *proprio motu*, optužba nema pravo da je se sasluša. Takvo pravo se ne jamči Pravilnikom i ne može se temeljiti na načelu *audi alteram partem*.⁵² Da li je ta odluka bila ispravna?

27. Prema mišljenju Žalbenog vijeća, činjenica da neko pretresno vijeće može donijeti odluku *proprio motu*, njemu daje pravo da odluku doneše bez obzira da li je to od njega zatražila neka od strana. No, činjenica da to može učiniti ne oslobađa ga njegove normalne dužnosti sudskog tijela da prije toga sasluša stranu na čija prava može uticati odluka koju donosi.⁵³ Propust da se sasluša strana protiv koje se pretresno vijeće provizorno opredijelilo nije u skladu s uslovom održavanja pravičnog suđenja.⁵⁴ Pravila valja čitati na toj osnovi, to jest tako da uključuju pravo strana da ih se sasluša u skladu sa pravosudnim karakterom pretresnog vijeća. Činjenica da to pravo stoji na raspolaganju optužbi i njeno korištenje tog prava mogu biti važni za donošenje.

52 Transkript suđenja, 19. oktobar 1999, str. 2330. (*Audi alteram partem* znači saslušati drugu stranu.)

53 Vidi uopšteno *R. v. Barking and Dagenham Justices, ex parte Director of Public Prosecutions [1995] Crim LR 953* (dalje u tekstu: predmet *Barking*) i *Director of Public Prosecution v. Cosier, Q.B.D., 5. april 2000.* (dalje u tekstu: predmet *Cosier*).

54 Vidi predmet *Cosier, supra*.



Presude/Goran Jelišić

nje ispravne odluke pretresnog vijeća: vijeću može u znatnoj mjeri pomoći analiza dokaza koju je obavila optužba, kao i njena argumentacija u vezi sa mjerodavnim pravom.⁵⁵

28. Optužba je stoga imala pravo da je se sasluša o pitanju da li su dokazi bili dovoljni da se na osnovu njih doneše osuđujuća presuda.⁵⁶ Njoj je to pravo bilo zanijekano. Zastupnik respondentu to s pravom prihvata.⁵⁷

29. Prva osnova za žalbu optužbe se prihvata. Pitanje pravnog lijeka razmatra se u poglavljiju o trećoj osnovi za žalbu optužbe.

B. Druga osnova za žalbu optužbe: standard koji valja primjeniti u skladu s pravilom 98bis(B) Pravilnika

30. U drugoj osnovi za žalbu optužbe navodi se da je „Pretresno vijeće počinilo pravnu grešku time što je primijenilo standard krivice van razumne sumnje kako bi u skladu s pravilom 98bis utvrdilo da li su dokazi dovoljni da se na osnovu njih doneše osuđujuća presuda“.⁵⁸

31. Ta osnova se temelji na činjenici da je Pretresno vijeće, donijevši oslobođajuću presudu *proprio motu*, između ostalog iznijelo i sljedeće: Kada se sve uzme u obzir, tužilac nije dokazao van svake razumne sumnje da je u Brčkom u vrijeme koje pokriva optužnica počinjen genocid. Nadalje, poнаšanje optuženog izgleda da ukazuje na to da je, iako je očigledno odabirao Muslimane, prije ubijao nasumice nego sa jasnom namjerom da uništi jednu grupu. Pretresno vijeće stoga zaključuje da nije van svake razumne sumnje dokazano da je kod optuženog postojao *dolus specialis* zločina genocida. U slučaju sumnje uvijek treba presuditi u korist optuženog. Gorana Jelisića se, stoga, ne može proglašiti krivim po ovoj tački optužnice.⁵⁹

32. U žalbi optužba tvdi da je Pretresno vijeće, time što je postavilo zahtjev da optužba krivicu dokaže van razumne sumnje na kraju glavnog izvođenja

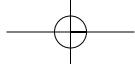
55 Vidi predmet *Cosier, supra*. U vezi s jednom opštijom primjedbom o tome koliko je važno prije donošenja odluke saslušati argumente zastupnika, vidi protivno mišljenje *ad hoc* sudije Barwicka u predmetu *Nuclear Tests (Australia v. France)*, I. C. J. Reports 1974, str. 442.

56 Vidi predmete *Barking i Cosier, supra*.

57 Nacrt argumentacije, parag. 2.1-2.4, str. 2-3.

58 Podnesak optužbe, parag. 3.5, str. 27.

59 Presuda, parag. 108, str. 33-34.



Presuda Žalbenog vijeća

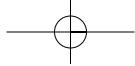
dokaza, primijenilo različit i zahtjevni test od onog koji je zadat pravom. Prema mišljenju optužbe, u toj fazi ispravan test bio bi da li bi na osnovu dokaza (ako su prihvaćeni) razumni presuditelj o činjenicama mogao (a ne trebao) donijeti nalaz o krivici. Optužba primjećuje da respondent nije dostavio podnesak u kojem bi se tražilo „odbacivanje optužbi zbog nedovoljnih dokaza“, iako ga je Pretresno vijeće upitalo da li on to namjerava. U odgovoru respondent tvrdi da standard prema pravilu 98bis(B) nužno obuhvata utvrđivanje pitanja da li su dokazi dovoljni da se na osnovu njih krivica dokaže van razumne sumnje.⁶⁰

33. Žalbeno vijeće će prvo razmotriti da li je bilo ispravno to što se Pretresno vijeće oslonilo na test dokazivanja krivice van razumne sumnje. Prema mišljenju Žalbenog vijeća, ovo pitanje ovisi o tumačenju pravila 98bis(B). Ta situacija je vrlo dobro prikazana u predmetu *Kordić*, u kojem je Pretresno vijeće III iznjelo sljedeće:

Iako je Tužilaštvo postupak po ovom pravilu nazvalo „odbacivanjem optužbi zbog nedovoljnih dokaza“, koristeći se formulacijom koja se može naći u mnogim *common law* pravosudnim sistemima, Vijeće smatra da je bolje ne karakterisati postupak po pravilu 98 bis na takav način, kako se ne bi pomislilo da se ovo pravilo mora nužno primjenjivati na isti način na koji se u tim pravosudnim sistemima primjenjuje postupak „odbacivanja optužbi zbog nedovoljnih dokaza“. Tačno je da postupak po pravilu 98 bis, koji po pravilu nastupa poslije izvođenja dokaza Tužilaštva, dosta liči na zahtjeve za odbacivanje optužbi zbog nedovoljnih dokaza u *common law* pravosudnim sistemima. To, međutim, ne znači nužno da je režim po kojem se primjenjuje postupak po pravilu 98 bis isti kao režim koji se primjenjuje u domaćim pravosudnim sistemima tih zemalja. Konačno, režim koji se treba primjenjivati za postupak po pravilu 98 bis treba se odrediti temeljem Statuta i Pravilnika, pri čemu se posebno mora imati na umu njegova struktura u svjetlu konteksta u kojem funkcioniра Statut, kao i svrha kojoj treba da služi. Neke osobitosti režima u domaćim pravosudnim sistemima u kojima postoje slični postupci mogu uticati na to utvrđivanje, ali ga ne mogu kontrolisati. Stoga, kod pravilnog strukturiranja ovog pravila neke od tih osobitosti mogu biti modifikovane u procesu njihovog prelaza iz pravosudnog sistema iz kojeg su potekle.⁶¹

60 Odgovor na podnesak optužbe, str. A-1135-1136, u obliku u kojem je dokument dostavio Sekretariat.

61 *Tužilac protiv Darija Kordića i Marija Čerkeza*, predmet br. IT-95-14/2-T, Odluka po prijedlozima odbrane za donošenje oslobođajuće presude, 6. april 2000, parag. 9, str. 5.



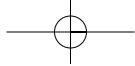
Presude/Goran Jelišić

34. Prilikom čitanja i tumačenja teksta pravila 98bis(B), na umu valja imati da je onaj aspekt procedure na Međunarodnom sudu koji je dio kontradiktornog sistema važan, no da on ne isključuje druge uticaje. Međunarodni sud je međunarodno sudske tijelo. Optužene osobe dolaze prvenstveno iz jurisdikcija u kojima se primjenjuje građansko pravo. Sudije na Međunarodnom sudu dolaze iz zemalja čiji se zakonski sistemi razlikuju, što isto tako vrijedi i za zastupnike koji se pojavljuju pred tim sudom. Pretresno vijeće u ovom predmetu sastojalo se u potpunosti od sudija koji nisu iz *common law* sistema. To valja imati na umu kada se tumači jezik kojim je napisana njihova presuda. Ne bi bilo prikladno očekivati da će taj jezik u potpunosti odgovarati jeziku koji se koristi u *common law* sistemu - ono što je važno, jest sadržaj.

35. Konačno, pitanje ovisi o tumačenju teksta pravila 98bis(B), pri čemu pozivanje na određene nacionalne koncepte može pomoći, ali ne može dominirati. Kada se to pravilo čita na takav način, onda se postavlja sljedeće pitanje: što znači spominjanje testa kojim se određuje da li „nema dovoljno dokaza na osnovu kojih bi se donijela osuđujuća presuda“? Slijedeći prihvaćenu sudske praksu Međunarodnog suda, te riječi treba „interpretirati u dobroj mjeri u skladu s uobičajenim značenjem koje im valja dati u njihovom kontekstu i u svjetlu njihovog cilja i svrhe“, u okviru značenja člana 31(1) Bečke konvencije o Pravu međunarodnih ugovora iz 1969. godine. Na osnovu takvog tumačenja, Žalbenom vijeću se čini da te riječi nužno moraju sadržavati koncept krivice van razumne sumnje, jer samo u slučaju da dokazi ne mogu zadovoljiti test dokaza van razumne sumnje, njih se može opisati kao „nedovoljne da bi se na osnovu njih donijela osuđujuća presuda“ u smislu pravila 98bis(B). Pravilo 87(A) potvrđuje takvo tumačenje time što određuje da se „optuženi može proglašiti krivim samo kad se većina pretresnog vijeća uvjerila da je krivica dokazana van razumne sumnje“.

36. Slijedom toga, koncept dokazivanja krivice van razumne sumnje mora se sačuvati u primjeni pravila 98bis(B). To je uočilo Pretresno vijeće II u svojoj odluci u predmetu *Kunarac*. U slučaju testa koji se primjenio u tom predmetu, ispravno je utvrđeno da je riječ o „testu da li postoje dokazi na osnovu kojih bi (ukoliko budu prihvaćeni) razuman presuditelj o činjenicama mogao osuditi optuženog – odnosno, dokazi na osnovu kojih bi (ukoliko budu prihvaćeni) razuman sud mogao biti van svake razumne sumnje uvjeren u krivicu optuženog kada se radi o konkretnom navodu kojim se on tereti. Ukoliko dokazi ne ispunjavaju taj kriterijum, onda, prema tekstu pravila 98bis(B), ‘nema dovoljno dokaza za osuđujuću presudu’.“⁶² Pažnju treba osobito obrati

62 *Tužilac protiv Dragoljuba Kunarca i ostalih*, predmeti br. IT-96-23-T, IT-23-1-T, Odluka po prijedlogu za donošenje oslobođajuće presude, 3. juli 2000. (dalje u tekstu: odluka u predmetu *Kunarac*), parag. 3, str. 3 (naglasak iz originala). Vidi takođe *ibid.*, parag. 7-8, str. 4-5.



Presuda Žalbenog vijeća

ti na to što se u predmetu *Kunarac* spominje nužnost da razumni presuditelj bude „uvjeren van razumne sumnje“. I u predmetu *Kvočka* Pretresno vijeće je, primjenjujući isto pravilo, prihvatio „standard prema kojem na osnovu glavnog izvođenja dokaza optužbe nijedno razumno vijeće ne bi moglo van razumne sumnje ustanoviti krivicu“.⁶³ Takva interpretacija pojavljuje se u drugim formulacijama testa za donošenje oslobađajuće presude usred postupka u smislu „da su dokazi optužbe, uzeti u najboljem svjetlu, takvi da ispravno upućena porota na osnovu njih ne bi mogla ispravno presuditi“.⁶⁴ Porota neće biti „ispravno upućena“ ako joj se ne kaže, doslovno tim riječima ili nekim sličnim, da ne može osuditi ako nije „uvjeren van razumne sumnje“ da je krivica optuženog dokazana. S tim u skladu, standard razumne sumnje prihvaćen je u testovima koji se u *common law* sistemu koriste prilikom odlučivanja o tvrdnji da nema dovoljno dokaza.

37. Iduće pitanje odnosi se na to kako bi test krivice van razumne sumnje trebalo primijeniti u ovoj situaciji. Žalbeno vijeće smatra da se spominjanje situacije u pravilu 98bis u kojoj „nema dovoljno dokaza da bi se na osnovu njih osudilo“ odnosi na slučaj u kojem prema mišljenju Pretresnog vijeća dokazi optužbe, ako se u njih vjeruje,⁶⁵ nisu dovoljni da bi bilo koji razumni presuditelj činjenica mogao ustanoviti da je krivica dokazana van razumne sumnje. S tim u vezi Žalbeno vijeće slijedi svoj nedavno donesen stav u drugostepenoj presudi u predmetu *Delalić*, u kojoj je izjavilo: „Test koji se u tom smislu primjenjuje jest da li postoje dokazi (ako se prihvate) na osnovu kojih bi razumni presuditelj činjenica mogao da se van razumne sumnje uvjeri u krivicu optuženoga po optužbi koja je posrijedi“.⁶⁶ Sposobnost⁶⁷ dokaza

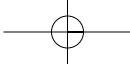
63 *Tužilac protiv Miroslava Kvočke i ostalih*, predmet br. IT-98-30/1-T, Odluka po prijedlogu odbrane za donošenje oslobađajuće presude, 15. decembar 2000. (dalje u tekstu: odluka u predmetu *Kvočka*), parag. 12.

64 *R.v.Galbraith*, 73 Cr. App. R. 124, str. 127, C. A., per lord Lane, C. J.

65 Što se tiče dopustivosti izvođenja zaključaka na kraju glavnog izvođenja dokaza optužbe, vidi predmet *Monte Leone v. The Queen* [1987] 2 S. C. R. 154, u kojem je McIntyre J. rekao u ime suda: „Nije na pretresnom sudiji da izvlači činjenične zaključke iz dokaza koji se nalaze pred njim“. Vidi takođe spominjanje „zaključaka“ u *Her Majesty v. Al Megrahi and Another, infra*. Usporedi odluku u predmetu *Kvočka*, parag. 12, str. 5, u kojoj Pretresno vijeće kaže: „Vijeće daje prednost objektivnom standardu, prema kojem ono u ovoj fazi ima pravo da pri razmatranju dokaza optužbe primjeni sve razumno izvedive zaključke, pretpostavci i pravne teorije“. Ovdje se ne donosi odluka o tako postavljenom problemu.

66 Drugostepena presuda u predmetu *Delalić*, parag. 434, str. 148 (naglasak u originalu). Ili, kao što je to tačno iznijelo Pretresno vijeće II u odluci u predmetu *Kunarac*, parag. 10, str. 6: „Optužba treba da pokaže samo da postoje dokazi na osnovu kojih bi razuman sud koji presudiće po činjenicama mogao osuditi optuženog, a ne i da bi samo Pretresno vijeće trebalo osuditi optuženog.“ (naglasak u originalu)

67 Prema MacKinnonu A. C. J. O. u *R. v. Syms* (1979) 47 C. C. C. (2d) 114 na 117, pretresni



Presude/Goran Jelišić

optužbe (ako se prihvate) da na osnovu njih razumni presuditelj o činjenicama može van razumne sumnje donijeti osuđujuću presudu ključni je pojam. Stoga test nije da li bi presuditelj zapravo došao do zaključka o oslobođajućoj presudi van razumne sumnje na osnovu dokaza optužbe (ako se prihvate), nego da li bi to mogao učiniti. Na kraju izvođenja dokaza optužbe vijeće može donijeti nalaz da su dokazi optužbe dovoljni da se na osnovu njih van razumne sumnje dođe do zaključka o osuđujućoj presudi, a ipak - čak ako se potom ne izvedu nikakvi dokazi odbrane - na kraju suđenja to vijeće može donijeti oslobođajuću presudu, ukoliko prema mišljenju vijeća o tim dokazima optužba u stvari nije dokazala krivicu van razumne sumnje.

38. Istina, u pobijanoj odluci postoje elementi koji upućuju na tumačenje da je samo Pretresno vijeće prepoznalo kako njegova zadaća nije da doneše konačni nalaz o krivici. No, nažalost, ti su pokazatelji nadjačani drugim odlomcima za koje se čini da snažno ukazuju na suprotno, to jest, da je Pretresno vijeće zapravo donijelo vlastitu odluku o tome da li dokazi van razumne sumnje opravdavaju nalaz o krivici optuženog.

Na primjer, Pretresno vijeće je ustanovilo da:

tužilac, u ovom slučaju, nije predocio dovoljno dokaza kako bi se utvrdilo van svake razumne sumnje da je postojao plan da se uništi muslimanska grupa stanovništva, u Brčkom ili drugdje, unutar koga bi se uklopila ubistva koja je počinio optuženi.⁶⁸

Ustvrdilo je takođe sljedeće:

Ponašanje optuženog izgleda da ukazuje na to da je, iako je očigledno odabirao Muslimane, prije ubijao nasumice nego sa jasnom namjerom da uništi jednu grupu. Pretresno vijeće stoga zaključuje da nije van svake razumne sumnje dokazano da je kod optuženog postojao *dolus specialis* zločina genocida. U slučaju sumnje uvjek treba presuditi u korist optuženog. Gorana Jelisića se stoga ne može proglašiti krivim po ovoj tački optužnice.⁶⁹

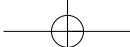
Zastupnik respondent-a dopušta „da je Pretresno vijeće doista primijenilo kriterij standard dokazivanja s obzirom na fazu postupka u koju je stiglo suđenje“.⁷⁰

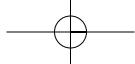
sudija bi trebao predmet oduzeti od porote samo kada su „dokazi toliko skromni opsegom ili slabici da se na osnovu njih ne bi mogla donijeti osuđujuća presuda“.

68 Presuda, parag. 98, str. 31.

69 *Ibid.*, parag. 108, str. 33-34.

70 Nacrt argumentacije, parag. 3.1, str. 3.





Presuda Žalbenog vijeća

Međutim, on dodaje:

Taj prigovor, iako je utemeljen, odnosi se prije na formu, no na sadržaj. Da je Pretresno vijeće na kraju izvođenja dokaza optužbe upozorilo da na temelju dokaza koji su mu do tog trenutka bili podastrijeti ne vidi kako bi moglo biti uvjerenio van razumne sumnje da je teza optužbe dokazana, ne bi bilo došlo ni do kakvog prigovora.⁷¹

39. Žalbeno vijeće se sa tim ne slaže. Kao što će se vidjeti u sljedećem odjeljku, Žalbeno vijeće je mišljenja da je to što je Pretresno vijeće primijenilo pogrešan standard prilikom donošenja svoje odluke, u skladu sa pravilom 98bis, Vijeće i navelo da na pogrešan način procijeni dokaze.

40. Druga osnova za žalbu optužbe se prihvata. Pitanje pravnog lijeka razmatra se u poglavljiju o trećoj osnovi za žalbu optužbe.

C. Treća osnova za žalbu optužbe: namjera da se počini genocid

41. Treća osnova za žalbu optužbe sastoji se od dva dijela. Žalbeno vijeće će se pozabaviti svakim od tih dijelova ponaosob.

1. Prvi dio treće osnove

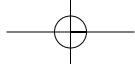
42. U prvom dijelu optužba tvrdi „da je Pretresno vijeće pogriješilo u primjeni prava utoliko što je definisalo nužno stanje svijesti za genocid kao stanje koje se ograničava na standard *dolus specialis*.⁷² Optužba zapravo tvrdi da je Pretresno vijeće počinilo pravnu grešku time što je svoju primjenu člana 4 Statuta, koji nužnu *mens rea* za genocid definira kao uništenje, u cijelosti ili djelično, neke nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe, ograničilo samo na one slučajeve koji ispunjavaju standard *dolus specialis* iz građanskog prava. Optužba smatra da se „ne može pretpostavljati da *dolus specialis* kao koncept ima fiksirano značenje čak ni u različitim grupama sistema građanskog prava“.⁷³ U vezi sa pojmom *dolus specialis*, optužba tvrdi da je Pretresno vijeće tom terminu pridalо definiciju koja se odnosi na stupanj ili kvalitetu namjere, što postoji u određenim jurisdikcijama građanskog prava.⁷⁴ Optužba navodi da bi ta

71 *Ibid.*, parag. 3.2, str. 3.

72 Podnesak optužbe, parag. 5.5, str. 85.

73 *Ibid.*, parag. 4.22, str. 59.

74 *Ibid.*: „Na primjer, u njemačkom zakonodavstvu termin ‘Absicht’ koristi se kako bi se označilo ono što se u literaturi često naziva *dolus specialis*, dok norveško zakonodavstvo koristi termin ‘hensikt’“.



Presude/Goran Jelišić

definicija mogla glasiti da je optuženi svjesno želio uništenje, djelimično ili u cijelosti, grupe kao takve.⁷⁵ Žalbeno vijeće smatra da se tvrdnjom optužbe želi reći da neki optuženi ima nužnu *mens rea* za genocid: i) ako je svjesno želio da djela koja je počinio rezultiraju uništenjem, djelimičnim ili u cijelosti, grupe kao takve; ili ii) ako je znao da se njegovim djelima uništava, djelimično ili u cijelosti, grupa kao takva;⁷⁶ ili iii) ako optuženi, djelujući kao pomagač i podržavalac, počini djela, znajući da se odvija genocid čiji dio predstavljaju i njegova djela, te da je vjerojatna posljedica njegovog postupanja uništenje, djelimično ili u cijelosti, grupe kao takve.⁷⁷

43. Respondent se ne slaže s optužbom. On tvrdi da je Pretresno vijeće samo jednom u svojoj presudi upotrijebilo termin *dolus specialis*, a da se taj termin, za razliku od mišljenja optužbe, koristi kao alternativni izraz za „specifičnu namjeru“, odnosno „namjeru da se uništi, u cijelosti ili djelimično, nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa kao takva“, te da se on ne odnosi na stupanj potrebne namjere, kako to tvrdi optužba.⁷⁸ S tim u skladu, respondent smatra da je Pretresno vijeće ispravno utvrdilo namjeru potrebnu za krivično djelo genocida.

44. Prije diskusije o interpretaciji Pretresnog vijeća termina *dolus specialis*, Žalbeno vijeće smatra da je potrebno razjasniti nužnu *mens rea* prema članu 4 Statuta, kojim se predviđa sljedeće:

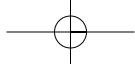
1. Međunarodni sud je ovlašten da krivično goni osobe koje su počinile genocid definisan u stavu 2 ovog člana ili bilo koje od djela nabrojenih u stavu 3 ovog člana.
2. Genocid označava bilo koje od sljedećih djela, počinjeno s namjerom da se u cijelosti ili djelimično uništi neka nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa kao takva:
 - (a) ubijanje pripadnika grupe;

75 *Ibid.*, parag. 4.21, str. 58.

76 Ova tvrdnja ne sadrži nikakav element vjerojatnosti. Odnosi se na znanje o stvarnom razaranju, djelomičnom ili u cijelosti. Transkript žalbenog postupka, 22. februar 2001, str. 68-69.

77 Podnesak optužbe, parag. 4.9, str. 54. Pobliže određenje prema kojem se kategorija iii) odnosi samo na ponašanje u svojstvu pomagača i podržavaoca izneseno je tokom usmenog iznošenja argumenata, vidi transkript žalbenog postupka, 22. februar 2001, str. 69 i 77.

78 Replika protivžalioca, str. 1135-1134. Žalbeno vijeće primjećuje da je respondent tokom usmenog iznošenja argumenata o tom pitanju govorio uopštenije i da nije ulazio u pojedinitosti o stupnju nužne namjere. Transkript žalbenog postupka, 22. februar 2001, str. 119-130.



Presuda Žalbenog vijeća

- (b) nanošenje teške tjelesne ili duševne povrede pripadnicima grupe;
- (c) smišljeno nametanje pripadnicima grupe životnih uslova, sračunatih da dovedu do njenog potpunog ili djelimičnog fizičkog uništenja;
- (d) uvođenje mjera kojima je cilj sprečavanje rađanja unutar grupe;
- (e) prisilno premještanje djece te grupe u drugu grupu.

3. Kažnjiva su sljedeća djela:

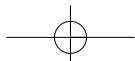
- (a) genocid;
- (b) udruživanje radi počinjenja genocida;
- (c) direktno i javno poticanje na počinjenje genocida;
- (d) pokušaj počinjenja genocida;
- (e) saučesništvo u genocidu.

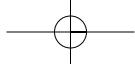
45. Član 4, stavovi (2) i (3) Statuta u velikoj mjeri odražavaju članove II i III konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida.⁷⁹ Kao što je već pokazano, prema članu 4(2) Statuta, genocid označava bilo koje od određenih „djela, počinjeno s namjerom da se u cijelosti ili djelimično uništi neka nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa kao takva“. Sam Statut definira nužnu namjeru, i to kao namjeru da se postignu određene konkretne vrste uništenja. Kada se govori o toj namjeri, spominje se, na primjer, specijalna namjera, specifična namjera, *dolus specialis*, posebna namjera i genocidna namjera.⁸⁰ Žalbeno vijeće će koristiti termin „specifična namjera“ kako bi opisalo namjeru da se uništi, u cijelosti ili djelimično, nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa kao takva.⁸¹

79 United Nations Treaty Series, sv. 78, str. 277, Rezolucija Generalne skupštine 260A (III).

80 Vidi, npr.: *Prosecutor v. Alfred Musema*, predmet br. ICTR-96-13-T, *Judgement and sentence*, 27. januar 2000, parag. 164-167, str. 56-58, gdje se naizmjence upotrebljavaju termini specifična namjera i *dolus specialis*; *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, predmet br. ICTR-96-4-T, 2. septembar 1998, *Judgement*, parag. 498, gdje se govori o genocidnoj namjeri. Komisija za međunarodno pravo govori o specifičnoj namjeri. (A/51/10), str. 87.

81 Žalbeno vijeće tom terminu ne pridaje nijedno značenje koje bi on mogao imati u nekoj nacionalnoj jurisdikciji.





Presude/Goran Jelišić

46. Uslov za specifičnu namjeru jest da počinilac jednim od zabranjenih djela, koja su nabrojana u članu 4 Statuta, želi postići uništenje, djelimično ili u cijelosti, nacionalne, etničke, rasne ili vjerske grupe kao takve.⁸²

47. Što se tiče dokaza za specifičnu namjeru, o njoj se - u nedostatku izravnih i eksplicitnih dokaza - može zaključivati na osnovu cijelog niza činjenica i okolnosti, kao što je opšti kontekst, počinjenje drugih kažnjivih djela koja su sistematski usmjerena protiv iste grupe, opseg počinjenih zločina, sistematsko izvršenje djela nad žrtvama zbog toga što pripadaju jednoj konkretnoj grupi ili ponavljanje destruktivnih i diskriminatornih djela.

48. Žalbeno vijeće je mišljenja da postojanje plana ili politike ne predstavlja sastavni dio krivičnog djela u pravnom smislu. Međutim, u kontekstu dokazivanja specifične namjere postojanje plana ili politike može u najvećem broju slučajeva postati važan faktor. Dokazi mogu biti u skladu sa postojanjem plana ili politike ili čak mogu ukazivati na njihovo postojanje, a postojanje plana ili politike može olakšati dokazivanje krivičnog djela.⁸³

49. Žalbeno vijeće nadalje podsjeća na nužnost razlikovanja između specifične namjere i motiva. Lični motiv počinioца zločina genocida može, na primjer, biti ostvarivanje lične ekonomske dobiti ili političke koristi ili nekog oblika moći. Postojanje ličnog motiva ne sprečava počinioца da ima i specifičnu namjeru da počini genocid. U presudi u žalbenom postupku u predmetu *Tadić* Žalbeno vijeće je naglasilo irelevantnost i „nedokučivost motiva u krivičnom pravu“.⁸⁴

50. Optužba tvrdi da je Pretresno vijeće pogriješilo time što je stanje svijesti nužno za genocid ograničilo na stanje koje uključuje samo *dolus specialis*, a ne gore iznesen „širi pojам opšte namjere“.⁸⁵ S tim u vezi Pretresno vijeće je imalo sljedeći stav:

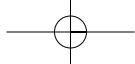
Kada se sve uzme u obzir, tužilac nije dokazao van svake razumne sumnje da je u Brčkom u vrijeme koje pokriva optužnica počinjen genocid. Nadalje, po-

82 Žalbeno vijeće primjećuje da se ovdje govori isključivo u kontekstu počinjenja genocida u okviru značenja člana 4 Statuta.

83 Taj stav je izнесен i u usmenoj odluci Žalbenog vijeća MKSR-a u *Obed Ruzindana and Clément Kayishema v. Prosecutor*, predmet br. ICTR-95-1-A, 1. juni 2001.

84 *Tužilac protiv Duška Tadića*, predmet br. IT-95-1-A, Presuda, 15. juli 1999. (dalje u tekstu: drugostepena presuda u predmetu *Tadić*), parag. 269, str. 120.

85 Podnesak optužbe, parag. 4.6 i 4.8, str. 53-54.



Presuda Žalbenog vijeća

našanje optuženog izgleda da ukazuje na to da je, iako je očigledno odabirao Muslimane, prije ubijao nasumice nego sa jasnom namjerom da uništi jednu grupu. Pretresno vijeće stoga zaključuje da nije van svake razumne sumnje dokazano da je kod optuženog postojao *dolus specialis* zločina genocida. U slučaju sumnje uvijek treba presuditi u korist optuženog. Gorana Jelisića se stoga ne može proglašiti krivim po ovoj tački optužnice.⁸⁶

51. Žalbeno vijeće smatra da se ovdje postavlja pitanje interpretacije presude Pretresnog vijeća. Kada se čita u kontekstu, pitanje kojim se bavila presuda u vezi sa *dolus specialis* bilo je da li je postojala namjera da se uništi grupa. Žalbeno vijeće nalazi da je Pretresno vijeće samo upotrijebilo latinski izraz za specifičnu namjeru onako kako je ona definisana gore.

52. Shodno tome, Žalbeno vijeće se slaže sa respondentom i smatra da optužba nalaz Pretresnog vijeća u vezi s tim pitanjem ne pobija na utemeljen način, budući da se oslanja na krivo razumijevanje presude. Stoga se ova treća osnova za žalbu optužbe odbija.

2. Drugi dio treće osnove

53. Preostaje da se razmotri drugi dio treće osnove za žalbu optužbe. Uz pretpostavku da namjera ima ono značenje koje je već izneseno u tekstu, optužba je iznijela stav da je Pretresno vijeće pogriješilo kada je zaključilo da njeni dokazi nisu bili dovoljni da se na osnovu njih donese presuda o krivici za genocid. Optužba je konkretno navela nekoliko dokaznih predmeta koje Pretresno vijeće nije spomenulo.⁸⁷

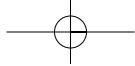
54. Zastupnik respondentu smatra, navodeći drugostepenu presudu u predmetu *Tadić*,⁸⁸ da bi na osnovu istih dokaza dva razumna presuditelja o činjenicama mogla doći do jednakog razumnih, no različitih zaključaka.⁸⁹ On tvrdi da se od Pretresnog vijeća nije zatražilo da se osvrne na svaki dokazni predmet. Naprotiv, Vijeće ima pravo izabrati dokaze na koje će se osloniti. Prema njegovoj tvrdnji, pitanje koje se postavlja jest da li je, na osnovu dokaza na koje se oslonilo Pretresno vijeće, neki razumni presuditelj o činjenicama mogao doći do onog zaključka do kojeg je došlo i Pretresno vijeće. On tvrdi da optužba nije pokazala da to nije moguće.

86 Presuda, parag. 108, str. 33-34.

87 Transkript žalbenog postupka, 22. februar 2001, str. 94-97.

88 Drugostepena presuda u predmetu *Tadić*, parag. 64, str. 27-28.

89 Transkript žalbenog postupka, 22. februar 2001, str. 144.



Presude/Goran Jelišić

55. Prema mišljenju Žalbenog vijeća, princip iz predmeta *Tadić* vrijedi za procjenu činjenica i nema uticaja na temeljno pitanje u ovom predmetu, to jest da li je Pretresno vijeće imalo pravo napraviti vlastitu procjenu relevantnih dokaza. Princip iz predmeta *Tadić* vrijedi samo u slučaju kada je presuditelj o činjenicama imao pravo donijeti odluku o kojoj je riječ. Ako on ima pravo donijeti tu odluku i donese je na temelju materijala na osnovu kojih bi neki drugi razumni presuditelj o činjenicama mogao doći do istog zaključka, njegova odluka neće biti opozvana zato što bi neki drugi jednako razumni presuditelj o činjenicama na osnovu istog materijala došao do različitog, ali jednak razumnog zaključka. Taj princip se ne može primijeniti na pitanje o tome da li je Pretresno vijeće uopšte imalo pravo procjenjivati dokaze. Žalbeno vijeće smatra da se od Pretresnog vijeća tražilo da pretpostavi da su dokazi optužbe vjerodostojni, osim ako se ne pokaže da im se ne može vjerovati. Drugim riječima, od Vijeća se tražilo da dokazni materijal razmotri u najboljem svjetlu i ono nije moglo birati dijelove dokaza kojima će se baviti.

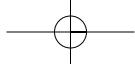
56. Preostaje još pitanje da li je uz primjenu ispravnog standarda, to jest nakon razmatranja svih relevantnih dokaza koje je podnijela optužba tokom glavnog izvođenja dokaza, Pretresno vijeće imalo pravo zaključiti da nijedan razumni presuditelj o činjenicama ne bi mogao dokaze smatrati dovoljnima da se na osnovu njih van razumne sumnje doneše osuđujuća presuda za genocid.

57. Nakon što je razmotrilo dokaze iz žalbenog spisa, Žalbeno vijeće ne može potvrditi zaključak Pretresnog vijeća da ti dokazi nisu bili dovoljni da bi se na osnovu njih donijela osuđujuća presuda. Da bi se objasnili razlozi za taj zaključak, nije potrebno da Žalbeno vijeće procijeni svaki pojedini dokazni predmet iz spisa. Žalbeno vijeće može prvo procijeniti razloge Pretresnog vijeća koji su to vijeće doveli do zaključka da je oslobođajuća presuda nužna u svjetlu dokaza u spisu koji su za te razloge bili relevantni i, nakon toga, Žalbeno vijeće može procijeniti druge dokaze u spisu koje Pretresno vijeće nije konkretno spomenulo, a na koje je bilo upozorenje tokom žalbenog postupka.

58. Pretresno vijeće je ustanovilo da postoje dva elementa koje je trebalo razmotriti kao dokaze za genocid. U paragrafu 62 presude Vijeće je iznijelo sljedeće:

Genocid karakterišu dva pravna elementa, prema onome što predviđa član 4 Statuta:

- *actus reus* krivičnog djela, koji čine jedan ili više djela nabrojanih u paragrafu 2 člana 4;



Presuda Žalbenog vijeća

- *mens rea* krivičnog djela, koja se sastoji od posebne namjere da se uništi, u cjelini ili djelomično, neka nacionalna, etnička, rasna ili vjerska grupa kao takva.

59. Što se tiče prvog sastavnog dijela, koji je *actus reus* ili „materijalni element“ genocida, Pretresno vijeće je donijelo nalaz da su dokazi dovoljni da bi se na osnovu njih mogla donijeti osuđujuća presuda. U paragrafu 65 svoje presude, Vijeće je ustanovilo sljedeće:

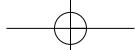
Mada nije u mogućnosti da utvrdi tačan broj žrtava koji se može pripisati Goranu Jelisiću za period koji pokriva optužnica, Pretresno vijeće primjećuje da je, u ovom slučaju, *actus reus* zločina genocida zadovoljen. Stoga, Pretresno vijeće mora procijeniti da li je namjera optuženog bila takva da se njegova djela moraju kvalifikovati kao genocid.

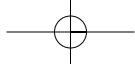
60. Što se drugog sastavnog dijela tiče, odnosno *mens rea* elementa krivičnog djela, Pretresno vijeće je prihvatiло да je respondent izvršio *actus reus*, u ovom slučaju ubistvo Muslimana, sa diskriminatornom namjerom. U paragrafima 73-77 svoje presude, Vijeće je naglasilo da:

pojedinac koji svjesno djeluje u okviru rasprostranjenog i sistematskog nasilja koje se sprovodi protiv samo jedne određene grupe ne može razumno negirati da je žrtve birao na diskriminatoran način... Velika većina osoba zatočenih u sabirnim centrima i u logoru Luka bili su Muslimani. (...) Riječi i djela optuženog pokazuju ne samo da je on bio potpuno svjestan diskriminatorene prirode te operacije već i da ju je u potpunosti podržavao. (...) Izgleda da su većina osoba za koje je Goran Jelisić priznaо da ih je tukao ili pogubio bili Muslimani. Sem toga, na osnovu mnogih elemenata se vidi kako je Goran Jelisić iznosio prezire i diskriminatorene opaske o muslimanskom stanovništvu. (...) Pretresno vijeće zaključuje da je diskriminatorna namjera u ovom predmetu dokazana.⁹⁰

61. Međutim, Pretresno vijeće je potom nastavilo tako što je donijelo nalaz da, usprkos diskriminatornoj namjeri i počinjenju djela koja ulaze u definiciju pojma *actus reus* genocida, respondent nije imao potrebnu namjeru da djelično ili u cijelosti uništi muslimansko stanovništvo u Brčkom. Kao prvo, Vijeće je navelo da ne postoje dovoljni dokazi koji bi pokazali da je optuženi djelovao u skladu sa planom koji su smislile više vlasti da bi se taj cilj ostvario i, kao drugo, da čak i kad bi se optuženog moglo smatrati sposobnim da kao

90 Presuda, parag. 73-75 i 77, str. 23-24 (bez fuznota).





Presude/Goran Jelisić

samostalni počinilac počini genocid - što je Vijeće smatralo „teoretski mogućim“ - dokazi ne potkrepljuju van razumne sumnje zaključak da je on to doista i počinio.

62. Pretresno vijeće je u paragrafu 102 svoje presude uvažilo sljedeće:

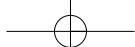
Goran Jelisić se predstavljao kao "srpski Adolf" i govorio je da je u Brčko došao da ubija Muslimane. (...) I navodno je zatočenicima u logoru Luka govorio kako je njihov život u njegovim rukama i da će samo 5 do 10% njih izaći odande i rekao je muslimanskim zatočenicima u logoru Luka da će 70% njih biti ubijeno, 30% premlaćeno, a da možda tek 4% od tih 30% neće biti teško premlaćeno. (...) Rekao je jednom svjedoku da mrzi Muslimane i da želi da ih sve pobije, a da bi preživjeli Muslimani mogli biti robovi koji bi čistili toalete, ali nikada ne bi imali stručni posao. Navodno je dodao da želi da izvrši „čišćenje“ Muslimana te da bi u tome uživao, da su se balije toliko razmnožile da on mora da otarasi svijet od njih. Goran Jelisić je navodno takođe izjavio da mrzi Muslimanke, da smatra da su izrazito prljave, te da želi sve da ih sterilizuje kako bi spriječio porast broja Muslimana, ali da će prije nego što ih sve istrijebi početi sa muškarcima kako bi spriječio svako razmnožavanje.

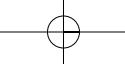
63. Vijeće je isto tako u paragrafu 103 prihvatio da je

početkom maja mjeseca Goran Jelisić redovno pogubljivao zatočenike u logoru Luka. Prema riječima jednog svjedoka, Goran Jelisić je izjavio da svako jutro, da bi mogao da popije kafu, mora da smakne dvadeset do trideset ljudi. Na osnovu svjedočenja pred Pretresnim vijećem, Goran Jelisić je često obavještavao zatočenike o broju Muslimana koje je ubio. Tako je navodno 8. maja 1992. rekao jednom svjedoku da se radi o njegovoj šezdeset osmoj žrtvi, 11. maja da je ubio sto pedeset osoba, te konačno 15. maja jednom drugom svjedoku, po jednom obavljenom smaknuću, da mu je to „osamdeset treći slučaj“.

64. Usprkos tome, u sljedećim paragrafima 104-108 Pretresno vijeće je citiralo druge dokaze za koje je smatralo da su uvjerljivi, kako bi pokazalo da „kada se sve uzme u obzir, tužilac nije dokazao van svake razumne sumnje da je u Brčkom u vrijeme koje pokriva optužnica počinjen genocid. (...) Ponašanje optuženog izgleda da ukazuje na to da je, iako je očigledno odabirao Muslimane, prije ubijao nasumice nego sa jasnom namjerom da uništi jednu grupu“.⁹¹ Ti drugi dokazi sastojali su se od svjedočanstava da respondent ima „poremećenu ličnost“, koju karakterišu „granične, antisocijalne i

91 Ibid., parag. 108, str. 33.]





Presuda Žalbenog vijeća

narcisističke značajke“, „nezrelost“ i „potreba da se udovolji nadređenima“. Vijeće je izjavilo:

Goran Jelisić se iznenada našao na prvidnom položaju vlasti za koji ga ništa nije pripremilo. (...) Ta vlast je dodatno olakšala ispoljavanje oportunističkog i nesuvrlog ponašanja.⁹²

65. Uz to, Pretresno vijeće je ustanovilo da je respondent egzekucije vršio „nasumično“, pri čemu je navelo jednu epizodu u kojoj je respondent prisilio jednog uglednog Muslimana da igra ruski rulet kako bi dobio propusnicu za napuštanje logora. U drugim prilikama respondent bi, nakon što bi ih pretukao, puštao zatvorenike na slobodu.⁹³ Na temelju toga Vijeće je zaključilo „da djela Gorana Jelisića nisu bila fizička manifestacija jasno iskazane volje da uništi, u cijelini ili djelimično, jednu grupu kao takvu“.⁹⁴

66. Žalbeno vijeće će se prvo pozabaviti dokazima iz spisa koje je tokom žalbenog postupka predočila optužba kako bi pokazala da je respondent istovremeno sam vjerovao da slijedi plan koji su mu proslijedili njegovi nadređeni za istrebljenje Muslimana u Brčkom, no da je on isto tako, bez obzira na postojanje takvog plana, sam za sebe predstavljao čitavu genocidnu operaciju, usredotočen na to da lično djelimično ili u cijelosti izbriše zaštićenu grupu. Neke od tih dokaza Pretresno vijeće je u svojoj presudi konkretno citiralo i saželo: prijetnje respondentu da će ubiti 70%, pretući 30% i poštедjeti samo 5-10% zatočenika Muslimana, izjave respondentu da želi svijet oslobođiti Muslimana, objave njegove dnevne kvote ubistava i njegovu želju da sterilizuje Muslimane kako bi spriječio razmnožavanje grupe.⁹⁵

67. Međutim, tokom žalbenog postupka, optužba je takođe upozorila na druge materijale u spisu, koji po njenom mišljenju u znatnoj mjeri dopunjaju te dokaze, uključujući dugačke razgovore sa samim respondentom koji, iako su često kontradiktorni, sadrže značajne dokaze u vezi sa njegovim stanjem svijesti prilikom počinjenja ubistava. Opširni Prilog A,⁹⁶ koji je sastavila optužba, sadrži navode iz dokaza da je respondent radio na osnovu popisa imena uglednih Muslimana, koje je trebalo ubiti. On je spominjao „plan“ za njihovo istrebljenje. On je htio „očistiti ... muslimanske ekstremiste i balije onako

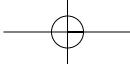
92 *Ibid.*, parag. 105, str. 33.

93 *Ibid.*, parag. 106, str. 33.

94 *Ibid.*, parag. 107, str. 33.

95 *Ibid.*, parag. 102, str. 32.

96 Prilog A, dostavljen pod pečatom kao prilog povjerljivoj verziji tužiočevog podneska.



Presude/Goran Jelišić

kako se glava čisti od ušiju".⁹⁷ Svjedok I je za njega rekao: „On je izvršavao naređenja, no i sam je birao žrtve na osnovu vlastite volje“⁹⁸ te da „on nije mogao nekog ustrijeliti, čak i ako mu je bilo naređeno da to učini, no dosta je stvari uradio na vlastitu ruku“.⁹⁹ Postoje i dodatni dokazi o redovitim dolascima hladnjače „Bimeksa“ u logor da pokupi 10-20 mrtvih tijela dnevno, o noćnim ubijanjima tokom kojih je respondent nakon svakog ubistva komentarisao „još jedan balija manje“,¹⁰⁰ njegovo često spominjanje sebe kao „Adolfa drugog“ i komentari poput: „Do sada sam ubio 80 Muslimana i sve će vas pobiti,“ te „treba ubiti što je moguće više Muslimana i Brčko treba postati srpski grad“.¹⁰¹

68. Žalbeno vijeće smatra da su ti dokazi, kao i mnogi drugi dokazi slične vrste u spisu, mogli za neko razumno vijeće predstavljati temelj za nalaz van razumne sumnje da je respondent imao namjeru uništiti muslimansko stanovništvo u Brčkom. Da ponovimo, ispravni način za Žalbeno vijeće da sagleda takve dokaze nije da ustanovi da li je uvjerenio da je respondent kriv van razumne sumnje za genocid, nego da li - ako se vjeruje da su ti dokazi vjerodostojni - nijedno razumno pretresno vijeće nije moglo ustanoviti da je optuženi imao takvu namjeru. Žalbeno vijeće ne može doći do zaključka da je to bio slučaj.

69. Žalbeno vijeće takođe razmatra pitanje da li je Pretresno vijeće razumno zaključilo da bi, čak i na temelju dokaza koje je Vijeće citiralo i raspravilo, respondentu neki razumni presuditelj činjenica trebao izreći oslobođajuću presudu zbog nedostatka tražene namjere.

70. Pretresno vijeće se prilikom donošenja svog zaključka o razumnoj sumnji prvenstveno oslanjalo na sljedeće dokaze: da je ličnost respondentata bila poremećena, da je bio nedozreo, narcisoidan, ispunjen željom da zadovolji nadređene i da su se te crte - kada je bio doveden na položaj vlasti - manifestovale kao opsesija moći nad životima onih kojima je zapovijedao. Pretresno vijeće je bilo mišljenja da to nije isto što i „jasno iskazana volja“ da uništi zaštićenu grupu, u ovom slučaju Muslimane iz Brčkog.¹⁰² Valja primijeti-

97 Transkript pretresnog postupka, 13. septembar 1999. (svjedok M), str. 1462.

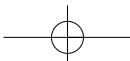
98 Prilog A, dio u kojem se spominje svjedok I u transkriptu suđenja, 7. septembar 1999, str. 1112.

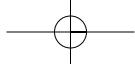
99 *Ibid.*

100 Transkript suđenja, 1. decembar 1998, str. 81.

101 Transkript suđenja, 9. septembar 1999, str. 1306, 14. septembar 1999, str. 1556 i dokazni predmet 66 (transkript razgovora sa respondentom od 4. juna 1998), str. 49.

102 Presuda, parag. 107, str. 33.





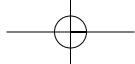
Presuda Žalbenog vijeća

ti da se psihijatrijska osnova za taj zaključak zasniva na izvještajima vještaka pripremljenim za donošenje odluke o tome da li je respondent sposoban za suđenje (ustanovljeno je da je sposoban), a ne konkretno za procjenu njegove mentalne sposobnosti da počini krivična djela za koja ga tereti. Optuženi se nije branio neuračunljivošću, a i samo Pretresno vijeće je u izdvojenom nalazu donijelo zaključak da je on sposoban za diskriminatornu namjeru. Za naše potrebe ovdje dovoljno je istaknuti da ne postoji *per se* nesuglasje između dijagnoze o nezreloj, narcisoidnoj i poremećenoj ličnosti, na koju se oslonilo Pretresno vijeće, i sposobnosti da se stvori namjera da se uništi neka konkretna zaštićena grupa. Doista, kao što ističe optužba, vjerojatnije je da će ekstremna rasna i etnička mržnja privući granično neuravnoteženu ličnost, nego uravnoteženije oblikovanu osobu bez poremećaja ličnosti. Pravilnik predviđa kao oblik odbrane određeni stepen neuračunljivosti, a osim toga, u ovom predmetu nije utvrđena takva vrsta neuravnoteženosti.¹⁰³

71. Pretresno vijeće se uz to snažno oslonilo na nasumičnost ubistava koja je počinio respondent. Vijeće je navelo primjere kako je optuženi pustio na slobodu neke zatvorenike, kako je igrao ruski rulet za život jednog zatvorenika i kako nije izabirao žrtve samo sa popisa koje su mu navodno davali drugi, nego ih je birao po vlastitom nahodjenju. Iako je Pretresno vijeće imalo pravo razmatrati te dokaze, prema mišljenju Žalbenog vijeća, Pretresno vijeće nije imalo pravo zaključiti da ti primjeri „nasumičnosti“ niječu množinu drugih gore iznesenih dokaza u vezi kako sa namjerom, koju je iznio sam respondent da ubije većinu Muslimana u Brčkom, tako i sa njegovim kvotama i pripremama da to učini. Neki razumni presuditelj činjenica mogao je tih nekoliko incidenta, u kojima je optuženi pokazao milost, otpisati kao devijaciju od inače nemilosrdne kampanje protiv zaštićene grupe. Isto tako, činjenica da je on u ubistvima nalazio „zadovoljstvo“ ni na koji način ne umanjuje njegovu namjeru da izvrši takva ubistva. Kao što je već ranije spomenuto, Međunarodni sud je u presudi u žalbenom postupku u predmetu *Tadić* već utvrdio irelevantnost i „nedokučivost motiva u krivičnom pravu“ što se tiče odgovornosti kada je namjera, uključujući i specifičnu namjeru, jasna.

72. Stoga, čak ako se i zaključak Pretresnog vijeća da dokazi nisu bili dovoljni da se na osnovu njih pokaže respondentova namjera da uništi grupu preispita na osnovu dokaza na koje se pozivalo samo Pretresno vijeće, to ne zadovoljava potvrđeni standard za oslobođajuću presudu prema pravilu 98bis(B), tako da se ovaj dio treće osnove za žalbu optužbe prihvata.

103 Pravilo 67 Pravilnika. U vezi sa smanjenom neuračunljivošću, vidi nalaz Žalbenog vijeća u presudi u žalbenom postupku u predmetu *Delalić*, parag. 580-590, str. 200-204.



Presude/Goran Jelišić

73. Što se tiče pravnog lijeka, zastupnik respondentu navodi argument da Žalbeno vijeće ima diskreciono pravo da doneše odluku, te da s obzirom na sve okolnosti ovog predmeta ne bi trebalo doći do novog suđenja. Žalbeno vijeće se slaže da raspolaže diskrecionim pravom da odluči o pravnom lijeku. Član 25 Statuta (koji se odnosi na žalbeni postupak) dovoljno je širok da bi dao takvu mogućnost. Isto diskreciono pravo prepoznato je i u formulaciji pravila 117(C) Pravilnika, kojim se određuje da „Žalbeno vijeće može pod odgovarajućim okolnostima naložiti da se optuženom ponovno sudi u skladu s pravom“.¹⁰⁴ Slično tome, nacionalna sudska praksa daje sudu diskreciono pravo da doneše odluku o tome da ponovljeno suđenje nije potrebno.¹⁰⁵ Diskreciono pravo mora se naravno primjenjivati na ispravnim pravosudnim osnovama, pri čemu u ravnotežu valja dovesti pravičnost prema optuženom, interesu pravde, prirodu krivičnih djela, okolnosti konkretnog predmeta i brigu za javni interes. Te (kao i druge) faktore treba određivati od slučaja do slučaja. Pitanje koje se postavlja jest na koji bi način Žalbeno vijeće svoje diskrecionario pravo trebalo primijeniti u ovom predmetu.

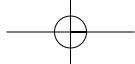
74. U svrhu rješavanja tog pitanja Žalbeno vijeće smatra da su važni sljedeći faktori. Respondent se izjasnio krivim za određeno kriminalno ponašanje koje je izneseno u činjeničnoj osnovi o kojoj je postignut sporazum. Na osnovu tog krivičnog ponašanja utvrđena mu je krivica po 31 tački optužnice za kršenje zakona i običaja ratovanja, te za zločine protiv čovječnosti. Pretresno vijeće donijelo je odluku o kazni u trajanju od 40 godina zatvora. Potencijalno ponovljeno suđenje bavilo bi se tačkom optužnice za genocid, u kojoj se respondentu tereti za genocid izvršen lišavanjem života.¹⁰⁶ U vezi sa tom tačkom optužba nije navela nikakve dalje optužbe za ubistvo. Stoga se tačka koja se odnosi na genocid zasniva na ubistvima za koja se optuženi već izjasnio krivim.¹⁰⁷ Iz toga slijedi da bi se ponovljeno suđenje ograničilo na pitanje da li je optuženi imao specijalnu namjeru da djelimično ili u cijelosti uništi

104 *Usp. Rigby v. Woodward* [1957] 1 WLR 250, i *Griffith v. Jenkins and another*, (1991) 156 JP 29.

105 U vezi sa takvom vrstom rješenja, vidi *inter alia* predmet *Cosier*, predmet *Barking*. Vidi takođe *United States v. Hooper*, 432 F.2nd 604, 139 U. S. App. D. C. 171 (1970), *United States v. Lindsey*, 47 F.3d 440, 310 U. S. App. D. C. 300 (1995).

106 Druga izmijenjena optužnica, parag. 14, str. 3, gdje stoji: „... Goran JELIŠIĆ je lično ubio žrtve navedene u paragrafima 16-25, 30 i 33 [protivžalilac se izjasnio krivim za ta ubistva]. Tim radnjama Goran JELIŠIĆ je počinio ili pomogao i podržao sljedeće: tačka 1: GENOCID, zločin prema članu 4(2)(a) Statuta Međunarodnog suda.“

107 Pretpretresni podnesak optužbe, 19. novembar 1998, parag. 2.2, str. 4, gdje se navodi: „Prilikom počinjenja radnji navedenih u optužnici optuženi je počinio genocid ubijajući priпадnike te grupe, u suprotnosti sa članom 4(2)(a) Statuta“.



Presuda Žalbenog vijeća

nacionalnu, etničku, rasnu ili vjersku grupu kao takvu. Definicija specifične namjere razjašnjena je gore u tekstu, u kontekstu žalbe optužbe.

75. Isto tako, nije bila greška optuženog to što je Pretresno vijeće počinilo pravnu grešku - nisu argumenti koje je iznijela odbrana bili ti koji su naveli Pretresno vijeće na odluku da doneše oslobađajuću presudu. Između maja 1992, kada su počinjena krivična djela, i datuma nekog potencijalnog ponovljenog suđenja proteklo bi znatno vrijeme. *Ad hoc* priroda Međunarodnog suda znači da su, za razliku od nekog nacionalnog pravosudnog sistema, resursi ograničeni u smislu zaposlenih i neizvjesne dužine trajanja institucije.

76. Nadalje, optuženi se nalazi u pritvorskoj jedinici Međunarodnog suda od 22. januara 1998. Pretresno vijeće je za respondentu preporučilo „psihološki i psihijatrijski tretman i praćenje“.¹⁰⁸ Takav tretman trenutačno obezbjeđuje Pritvorska jedinica Ujedinjenih nacija. Međutim, općenito govoreći, zatvorska ustanova bi bila u boljem položaju da obezbijedi dugotrajni i dosljedni tretman.

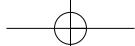
77. Pravilom 117(C) Pravilnika predviđa se da „Žalbeno vijeće može pod odgovarajućim okolnostima naložiti da se optuženom ponovno sudi u skladu s pravom“. Žalbeno vijeće prihvata pravo optužbe da traži ponavljanje suđenja kao pravni lijek za svoju žalbu. Međutim, kao što je već navedeno, Žalbeno vijeće raspolaže diskrecionim pravom da odluci hoće li ili ne odobriti takav zahtjev na osnovu činjenica iz predmeta koji se pred njim nalazi. Vijeće nije obavezno da, nakon što je identifikovalo neku grešku, predmet vrati na ponovno suđenje. S obzirom na izuzetne okolnosti ovog predmeta Žalbeno vijeće smatra da nije u interesu pravde da odobri zahtjev optužbe i stoga odbija poništiti oslobađajuću presudu koju je donijelo Pretresno vijeće i uputiti predmet na dalji postupak. S tim u vezi Žalbeno vijeće ne smatra da činjenice iz ovog predmeta predstavljaju okolnosti o kojima govori pravilo 117(C) Pravilnika.

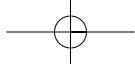
III. ŽALBA PROTIVŽALIOCA

A. Prva osnova za žalbu protivžalioca: kumulativne osuđujuće presude

78. Protivžalilac je na žalbenom pretresu tražio i dobio dopuštenje da izmjeni svoju obavijest o žalbi, kako bi u nju uključio argument da određene osuđu-

108 Presuda, parag. 140, str. 43.





Presude/Goran Jelišić

juće presude trebaju biti poništene na osnovu drugostepene presude u predmetu *Delalić*. Žalbeno vijeće je u toj presudi smatralo:

da razlozi pravičnosti prema optuženom i princip da samo različita krivična djela opravdavaju višestruke osude nameću zaključak da su višestruke krivične osude po različitim odredbama za isto ponašanje dopustive samo ako svaka od dotičnih odredbi sadrži materijalno različit element koji druga ne sadrži. Element je materijalno različit od nekog drugog elementa ako zahtjeva dokaz činjenice koji drugi element ne zahtijeva.¹⁰⁹

79. Žalbeno vijeće je nastavilo riječima:

Ako ovaj test nije zadovoljen, vijeće mora odlučiti za koje će krivično djelo optuženog proglašiti krivim. Pri donošenju te odluke valja se rukovoditi principom da osudu treba izreći po užoj od dvije odredbe. Tako, ako neki skup činjenica sankcionisu dvije odredbe, od kojih jedna sadrži dodatni element koji je materijalno različit, osudu treba izreći samo po toj drugoj odredbi.¹¹⁰

80. Prilikom usmenog iznošenja svojih argumenata 22. februara 2001, branilac protivžalioca je pozvao Žalbeno vijeće da „formalno poništi lakša krivična djela iz svakog para krivičnih djela za koja je protivžalilac kažnjen“; ali branilac nije naveo koje krivično djelo iz svakog para smatra lakšim krivičnim djelom.¹¹¹ Njegov podnesak se odnosio na sljedeću situaciju.

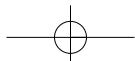
81. Postoje tri odvojena navoda za nanošenje tjelesnih povreda i dvanaest odvojenih navoda za ubistvo. Svakim od tri navoda za nanošenje tjelesnih povreda teretilo se, prvo, kao kršenjem zakona i običaja ratovanja (okrutno postupanje) prema članu 3 Statuta i, drugo, kao zločinom protiv čovječnosti (nehumana djela) prema članu 5 Statuta. Svakim od 12 navoda za ubistvo teretilo se, prvo, kao kršenjem zakona i običaja ratovanja prema članu 3 Statuta i, drugo, kao zločinom protiv čovječnosti prema članu 5 Statuta.

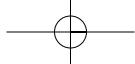
82. Valjanost kumulativnih osuđujućih presuda za jedno te isto ponašanje kojim se teretilo kao kršenjem zakona i običaja ratovanja prema članu 3 Statuta i zločinom protiv čovječnosti prema članu 5 Statuta zasnovana je na konceptu da svako krivično djelo posjeduje poseban sastojak koje drugo krivično djelo ne posjeduje. Slijedeći rezonovanje Žalbenog vijeća u drugoste-

109 Drugostepena presuda u predmetu *Delalić*, parag. 412, str. 138.

110 *Ibid.*, parag. 413, str. 138.

111 Transkript žalbenog postupka, 22. februar 2001, str. 33.





Presuda Žalbenog vijeća

penoj presudi u predmetu *Delalić*,¹¹² Žalbeno vijeće primjećuje da član 3 zahtijeva blisku vezu između djela optuženog i oružanog sukoba; taj element se ne zahtijeva članom 5. Na drugoj strani, član 5 zahtijeva dokaz da je djelo počinjeno kao dio rasprostranjenog ili sistematskog napada na civilno stanovništvo, što je element koji se ne zahtijeva članom 3. Tako svaki član sadrži element obaveze dokazivanja neke činjenice koji drugi član ne sadrži. Stoga su kumulativne osuđujuće presude i prema članu 3 i prema članu 5 dopustive. U takvoj situaciji nije moguće smatrati, kao što tvrdi protivžalilac, bilo koje krivično djelo „lakšim krivičnim djelom kojim se tereti“ od drugog.

83. Prva osnova za žalbu protivžalioca, koja se odnosi na kumulativne osuđujuće presude, stoga ne стоји. Žalbeno vijeće potvrđuje kumulativne osuđujuće presude, zasnovane na jednom te istom ponašanju, izrečene za kršenja zakona i običaja ratovanja prema članu 3 i za zločine protiv čovječnosti prema članu 5 Statuta.

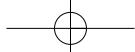
B. Druga osnova za žalbu protivžalioca: Pretresno vijeće je počinilo činjeničnu grešku i grešku u primjeni svog diskrecionog prava prilikom izricanja kazne

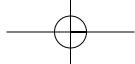
1. Prihvatljivost dokaza izvedenih na suđenju u vezi s tačkom optužnice za genocid

84. Protivžalilac tvrdi da su prilikom izricanja kazne od strane Pretresnog vijeća za one tačke optužnice po kojima se on izjasnio krivim, greškom uzeti u obzir dokazi optužbe izneseni na suđenju na kojem mu se sudilo za genocid; da je odluka Pretresnog vijeća da se ta optužba odbaci, donesena na završetku izvođenja dokaza optužbe, značila da svi eventualni dokazi koje je odbrana mogla namjeravati da izvede za pobijanje ili kvalifikaciju dokaza optužbe nisu bili na raspolaganju Pretresnom vijeću; te da, mada su svjedoci optužbe unakrsno ispitani, to ispitivanje je izvršeno samo sa tačke gledišta osuđujuće presude, a ne sa tačke gledišta kazne. Stoga su, kako se navodi u podnesku protivžalioca, dokazi izneseni na suđenju za genocid trebali biti izuzeti prilikom odmjeravanja kazne.

85. Pored ostalih argumenata, optužba tvrdi da nije neophodno razmatrati ove prigovore zbog toga što ne postoji nikakva veza ili nikakva relevantna veza između svjedočenja datih na suđenju po tački optužnice za genocid i

112 Takođe primjenjeno u *Tužilac protiv Kunarca i ostalih*, predmet br. IT-96-23-T i IT-96-23/1-T, Presuda, 22. februar 2001, parag. 556, str. 198-199.





Presude/Goran Jelisić

kazne izrečene po onim tačkama optužnice po kojima se protivžalilac izjasnio krimiv.

86. Protivžalilac se izjasnio krimiv po trideset jednoj tački, uključujući, između ostalog, djela lišavanja života. Na suđenju, po tački optužnice za genocid, izneseni su dokazi za neka od tih djela, ona koja su predstavljala radnje u osnovi optužbe za genocid. Izneseni su dokazi koji, između ostalog, pokazuju način na koji su izvršena ta djela lišavanja života. Pretresno vijeće je u obzir uzelo sljedeće otežavajuće faktore: „gnusnu, zvjersku i sadističku prirodu ponašanja Gorana Jelisića“,¹¹³ „njegovo hladnokrvno ubijanje“¹¹⁴ i entuzijazam s kojim je učestvovao u izvršenju tih zločina.¹¹⁵

87. Žalbeno vijeće smatra da je prilikom odmjeravanja kazne Pretresno vijeće smjelo uzeti u obzir dokaze iznesene na suđenju za genocid u onoj mjeri u kojoj su oni izneseni da bi se pokazale činjenice ili ponašanje za koje se protivžalilac izjasnio krimiv. Ono što je važno jeste da prilikom razmatranja dokaza u cilju odmjeravanja kazne Pretresno vijeće treba pružiti protivžaliocu priliku da pobija dokaze unakrsnim ispitivanjem i/ili tako što će i sam izvoditi dokaze.

88. Protivžalilac skreće pažnju Žalbenog vijeća na paragraf 129, kao i fusnotu 9 presude, kao na primjere toga da se Pretresno vijeće oslanjalo na činjenice iz suđenja za genocid.¹¹⁶ On nadalje tvrdi da su u drugoj izmijenjenoj optužnici, po kojoj se izjasnio krimiv, navedene nedovoljne osnove za zaključke do kakvih je Pretresno vijeće došlo u paragrafima 129-134 Presude, a u vezi sa težinom krivičnih djela i njegovih ličnih osobina.¹¹⁷

89. Fusnota 9 presude ne odnosi se na odmjeravanje kazne. U paragrafu 129 Presude navodi se da „Pretresno vijeće zaključuje da izjave priložene činjeničnim osnovama kao i svjedočenja saslušana na suđenju po optužbi za genocid pokazuju da su krivična djela Gorana Jelisića počinjena u izuzetno otežavajućim okolnostima.“ Kao što je gore napomenuto, Pretresno vijeće je prilikom odmjeravanja kazne bilo slobodno razmatrati informacije iznesene na suđenju za genocid u onoj mjeri u kojoj su ti dokazi izneseni kako bi se pokazale činjenice o kriminalnom ponašanju o kojem se protivžalilac izjasnio

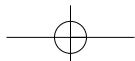
113 Presuda, parag. 130, str. 40.

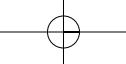
114 *Ibid.*

115 *Ibid.*, parag. 131 i 133, str. 40.

116 Replika protivžalioca, str. 12, Transkript žalbenog postupka, 23. februar 2001, str. 241.

117 Replika protivžalioca, str. 17-18.





Presuda Žalbenog vijeća

krivim. Kao što je već navedeno u paragrafu 3 gore, sam protivžalilac je u ranoj fazi izrazio mišljenje da bi svjedoci koje pozove optužba u vezi s optužbom za genocid mogli iznijeti dokaze koji bi se mogli koristiti za ublažavanje kazne po onim tačkama optužnice po kojima se izjasnio krivim. Stoga je razumno prepostaviti da je on to imao na umu dok su izvođeni dokazi na suđenju za genocid, te da je tada ili za vrijeme pretresa o kazni za zločine za koje se izjasnio krivim poduzeo sve eventualne potrebne radnje na osporavanju tih dokaza u svrhu odmjeravanja kazne. Žalbeno vijeće smatra da protivžalilac nije pokazao na koji način su bilo koji drugi dokazi uticali na kaznu. Stoga, ovaj dio druge osnove za žalbu protivžalioca ne stoji.

2. Nedopustiva dvostruka osuda po tačkama 16-17 – ubistva Huse i Smajila Zahirovića – dok se u optužnici za ta ubistva tereti alternativno¹¹⁸

90. Dio druge izmijenjene optužnice glasi kako slijedi:

TAČKE 16-17

Ubistvo Huse i Smajila Zahirovića

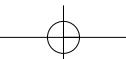
22. Oko 8. maja 1992, u logoru Luka, Goran JELISIĆ je izveo dva brata Muslimana iz Zvornika, Husu i Smajila Zahirovića, ispred glavnog hangara gdje je pucao i ubio jednog od njih. Tim radnjama Goran JELISIĆ je počinio sljedeće:

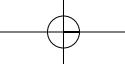
Tačka 16: KRŠENJE ZAKONA I OBIČAJA RATOVANJA, prema članu 3 Statuta Suda i članu 3(1)(a) (ubistvo) Ženevske konvencije;

Tačka 17: ZLOČIN PROTIV ČOVJEČNOSTI, prema članu 5(a) (ubistvo) Statuta Suda.

91. Unatoč njegovom podnaslovu, iz teksta paragrafa 22 druge izmijenjene optužnice jasno je da se protivžalilac tereti samo za ubistvo jednog od braće. Međutim, Pretresno vijeće ga je osudilo za ubistvo obojice. Optužba prihvata da je dvostruka osuđujuća presuda bila greška i priznaje da je protivžalilac trebao biti osuđen po svom izjašnjavanju da je kriv samo za jedno ubistvo. Žalbeno vijeće u skladu s tim poništava osuđujuću presudu izrečenu protivžaliocu za ubistvo jednog od dva brata. Ova je odluka formulisana na ovaj način jer Žalbeno vijeće nije u stanju iz spisa postupka identifikovati u

¹¹⁸ Podnesak protivžalioca, str. 121-123, Nacrt argumentacije, parag. 6.2(v), str. 6, transkript žalbenog postupka, 23. februar 2001, str. 241.





Presude/Goran Jelisić

vezi s kojim od dva brata se protivžalilac izjasnio krivim. Sporazum o činjeničnim osnovama glasi: „Dana 8. maja 1992. ili oko tog datuma, on Goran Jelisić je izveo dva brata Muslimana, Husu i Smajila Zahirovića, ispred glavnog hangara u logoru Luka, gdje je pucao i ubio jednog od njih.“¹¹⁹

92. Žalbeno vijeće smatra da je nedopustivo to što nije utvrđeno kojeg je od dva brata protivžalilac ubio. Međutim, kao što je gore naznačeno, protivžalilac se ne žali na osuđujuću presudu; on naglašava da se njegova žalba odnosi samo na kaznu. Njegova teza jeste da je greška koja je načinjena time što je osuđen za ubistvo oba brata uračunata u kaznu, pri čemu se argument sastoji u tome da je kod izricanja kazne prepostavljena i krivica za dodatno ubistvo, te da je kazna izrečena s namjerom da odrazi i tu okolnost. S tim u skladu, on tvrdi da bi kazna trebala biti prikladno umanjena.

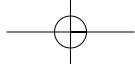
93. Protivžalilac je osuđen po 31 tački optužnice za kršenja zakona i običaja ratovanja i za zločine protiv čovječnosti. Pretresno vijeće je izreklo jedinstvenu kaznu u trajanju od 40 godina zatvora u vezi sa osuđujućim presudama po tačkama optužnice za kršenja zakona i običaja ratovanja i zločine protiv čovječnosti. Pored dotičnog ubistva, te tačke optužnice su uključivale još 12 ubistava i drugih krivičnih djela. Izrečena jedinstvena kazna zasnovana je na mišljenju Pretresnog vijeća o ukupnosti kriminalnog ponašanja optuženog. Pitanje je da li je na tu ukupnost ponašanja materijalno uticala greška koju je Pretresno vijeće načinilo izricanjem osuđujuće presude protivžaliocu za jedno dodatno ubistvo. U drugostepenoj presudi u predmetu *Delalić*, Žalbeno vijeće se složilo „s tvrdnjom optužbe da se licu koje je osuđeno za više zločina općenito izriče veća kazna nego licu osuđenom za samo jedan od tih zločina“.¹²⁰

94. Žalbeno vijeće, u skladu sa svojim nadležnostima iz člana 25 Statuta, „može odluke pretresnih vijeća potvrditi, poništiti ili preinačiti.“ Pretresno vijeće je, raspravljujući o razlozima za jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od 40 godina, smatralo da ta krivična djela „čine dio jedinstvenog skupa krivičnih djela počinjenih tokom kratkog vremenskog perioda, zbog čega nije moguće razlikovati namjere i motive među pojedinačnim krivičnim djelima.“¹²¹ Izrečena kazna bi trebala da odražava imantanu težinu krivičnog ponašanja, kao što se navodi u članu 24 Statuta, ili kako je formulisalo Žalbeno vijeće u predmetu *Aleksovski*:

119 Sporazum o činjeničnim osnovama, str. 4.

120 Drugostepena presuda u predmetu *Delalić*, parag. 771, str. 275.

121 Presuda, parag. 137, str. 41.



Presuda Žalbenog vijeća

Razmatranje težine postupanja optuženoga obično je polazna tačka u razmatranju primjerene kazne.¹²²

Žalbeno vijeće smatra da dodatno ubistvo za koje je protivžaliocu izrečena osuđujuća presuda ne utiče bitno na ukupnost njegovog krivičnog ponašanja.

95. Žalbeno vijeće nalazi da je Pretresno vijeće pogriješilo proglašivši protivžalioca krimim za dva ubistva po tačkama 16 i 17 optužnice. Stoga, Žalbeno vijeće poništava osuđujuću presudu za jedno od tih ubistava. U tom smislu se ovaj dio osnove za žalbu protivžalioca uvažava.

3. Nepostojanje prihvaćene skale za izricanje kazni

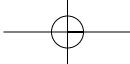
96. Protivžalilac tvrdi da Pretresno vijeće nije uzelo u obzir skalu kazni koja se može razaznati u praksi ovog Međunarodnog suda i Međunarodnog krivičnog suda za Ruandu (dalje u tekstu: MKSR). Prema shvatanju Žalbenog vijeća, ovdje se ne misli na neku pravno obavezujuću skalu za izricanje kazni, nego na obrazac koji se pomalja iz pojedinačnih predmeta, te se tvrdi da je Pretresno vijeće dužno uzeti taj obrazac u obzir. Nije jasno da li je praksa Međunarodnog suda toliko uznapredovala da bi se pokazao takav obrazac.¹²³ Žalbeno vijeće se slaže s tim da kazna ne bi trebala biti hirovita ili pretjerana, te da se u načelu ona može protumačiti kao hirovita ili pretjerana ukoliko pre-vazilazi razumne omjere kazni izrečenih u sličnim okolnostima za ista krivična djela. Tamo gdje postoji takav nesrazmjer, Žalbeno vijeće bi moglo doći do zaključka da nisu uzeti u obzir standardni kriteriji po kojima bi se trebala odmjeravati kazna, kao što je to propisano Statutom i regulisano Pravilnikom. Međutim, uspostavljanje čvrstih i postojanih pravila o tome je teško i nije od pomoći; u svakom predmetu postoji više primjenjivih činilaca koje treba uzeti u obzir.

97. Nadalje, protivžalilac tvrdi da pri odmjeravanju kazne pretresno vijeće mora da djeluje unutar određenog institucionalnog okvira u kojem se u obzir uzima relativna situacija u kojoj se nalazi optuženi u odnosu na druge optužene koji su osuđeni za slična krivična djela, kako bi se osiguralo izricanje dosljednih kazni.¹²⁴ U ovom konkretnom predmetu, Pretresno vijeće je izri-

122 *Tužilac protiv Zlatka Aleksovskog*, predmet br. IT-95-14/1-A, Presuda, 24. mart 2000. (dalje u tekstu: drugostepena presuda u predmetu Aleksovski), parag. 182, str. 75.

123 Vidi općenito *Tužilac protiv Furundžije*, predmet br. IT-95-17/1-A, Presuda, 21. juli 2000. (dalje u tekstu: drugostepena presuda u predmetu Furundžija), parag. 236-239, str. 73-74, i drugostepena presuda u predmetu *Delalić*, parag. 715-718, str. 252-253.

124 Transkript žalbenog postupka, 23. februar 2001, str. 165-168.



Presude/Goran Jelišić

canjem kazne od 40 godina navodno zloupotrijebilo svoje diskreciono pravo, jer se to pravo treba primjenjivati uz obzir prema prepoznatljivim pravnim načelima izvedenim iz raznih predmeta koji su vođeni pred MKSR-om i ovim međunarodnim sudom.¹²⁵ Branilac protivžalioca upoređuje kaznu izrečenu u ovom predmetu sa kaznama izrečenim u drugim presudama međunarodnih sudova, posebno u predmetima *Tadić* i *Erdemović*.¹²⁶

98. Protivžalilac pokreće nekoliko međusobno povezanih pitanja koja, kako tvrdi, pokazuju da je Pretresno vijeće pogriješilo prilikom odmjeravanja kazne:¹²⁷ a) propust Pretresnog vijeća da prihvati kajanje koje je pokazao protivžalilac kao iskren čin;¹²⁸ b) činjenicu da protivžalilac nije bio zapovjednik;¹²⁹ i c) propust Pretresnog vijeća da na odgovarajući način razmotri ulogu protivžalioca u širem kontekstu sukoba u bivšoj Jugoslaviji.¹³⁰ Iako postoji manja razlika između argumenta o prihvaćenoj skali za izricanje kazni i grešaka koje se odnose na diskreciono pravo Pretresnog vijeća, Žalbeno vijeće smatra prikladnim da se navodi protivžalioca koji se odnose na greške u primjeni diskpcionog prava razmotre pod ovom osnovom za žalbu.

99. Kao što je nedavno navedeno u drugostepenoj presudi u predmetu *Delalić*,¹³¹ Žalbeno vijeće će presudu Pretresnog vijeća zamijeniti svojom samo ako je Pretresno vijeće načinilo „primjetnu“ grešku u primjeni svog diskpcionog prava ili nije slijedilo mjerodavno pravo. Stoga je na žaliocu da pokaže na koji način je Pretresno vijeće izašlo iz svog diskpcionog okvira. Žalbeno vijeće u drugostepenoj presudi u predmetu *Furundžija* je smatralo da:

Odredbe o odmjeravanju kazne sadržane u Statutu i Pravilniku daju pretresnim vijećima diskreciono pravo da pri utvrđivanju kazne uzmu u obzir okolno-

125 *Ibid.*, str. 165, 178-180.

126 *Ibid.*, str. 165-168. Replika protivžalioca str. 24-29.

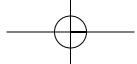
127 Koliko je Žalbeno vijeće shvatilo iz nacrta argumentacije i usmenog pretresa, protivžalilac ističe ove faktore.

128 Transkript žalbenog postupka, 23. februar 2001, str. 176-177, 183-185.

129 Replika protivžalioca, str. 23-24. Transkript žalbenog postupka, 23. februar 2001, str. 173-175, 189-190.

130 Transkript žalbenog postupka, 23. februar 2001, str. 166.

131 Drugostepena presuda u predmetu *Delalić*, parag. 725, str. 256. Vidi takođe drugostepenu presudu u predmetu *Furundžija*, parag. 239, str. 74, *Tužilac protiv Serushaga*, predmet br. ICTR-98-39-S, Kazna, 5. februar 1999, parag. 32, drugostepenu presudu u predmetu *Aleksovski*, parag. 187, str. 77-78 i *Tužilac protiv Duška Tadića*, predmet br. IT-94-1-A i IT-94-1-Abis, Presuda o žalbi na kaznu, 26. januar 2000. (dalje u tekstu: presuda o Tadićevoj žalbi na kaznu), parag. 20-22, str. 12-13.



Presuda Žalbenog vijeća

sti svakog krivičnog djela. Prethodna odluka o kazni može, doduše, predstavljati smjernicu ako se odnosi na isto krivično djelo koje je počinjeno u okolnostima koje su u znatnoj mjeri slične; inače je pretresno vijeće ograničeno jedino odredbama Statuta i Pravilnika.¹³²

100. U ovom predmetu protivžalilac tvrdi da je načinjena greška u primjeni diskrecionog prava Pretresnog vijeća. Zadatak je protivžalioca da pokaže da je Pretresno vijeće pogriješilo izrekavši kaznu izvan diskrecionog okvira koji je propisan Statutom i Pravilnikom. Članom 24 Statuta propisano je da će kažnjavanje biti ograničeno na izricanje zatvorskih kazni. Pravilom 101(A) Pravilnika propisano je da „osoba proglašena krvom može biti osuđena na kaznu zatvora, uključujući i doživotnu kaznu zatvora.“ Stoga je diskreciono pravo pretresnog vijeća da izriče kazne doživotnog zatvora. Pretresno vijeće ima široko diskreciono pravo kod odlučivanja o tome koje faktore treba razmatrati prilikom odmjeravanja kazne i koju im težinu treba pridati.

101. Kao što je gore navedeno, Žalbeno vijeće smatra da kazna koju izriče pretresno vijeće mora biti individualizovana i u načelu nije korisno upoređivati jedan predmet s drugim osim ukoliko se ti predmeti ne odnose na isto krivično djelo, počinjeno u bitno sličnim okolnostima. Ovaj se predmet znatno razlikuje od predmeta *Erdemović*, kako po počinjenim krivičnim djelima, tako i po okolnostima, a od predmeta *Tadić* po okolnostima. Na primjer, *Erdemović* je proglašen krvim samo po jednoj tački, i to za kršenja zakona i običaja ratovanja. Kod odmjeravanja kazne Vijeće je uzelo u obzir prisilu, znatan nivo saradnje sa optužbom i kajanje, što su faktori koji u ovom predmetu nisu relevantni. *Tadić* je proglašen krvim za više krivičnih djela, uključujući dva ubistva. Poređenje ovog predmeta i tih dva predmeta, kao i drugih predmeta, pruža, u ovom slučaju, ograničene smjernice. Nadalje, Žalbeno vijeće je u drugostepenoj presudi u predmetu *Delalić*¹³³ i u drugostepenoj presudi u predmetu *Aleksovski*¹³⁴ podržalo sljedeći nalaz Pretresnog vijeća u predmetu *Kupreškić*:

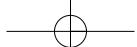
Kazne koje valja izreći moraju odražavati inherentnu težinu kriminalnog ponašanja optuženih. Utvrđivanje težine zločina zahtijeva razmatranje osobitih okolnosti predmeta, kao i oblik i stepen sudjelovanja optuženih u zločinu.¹³⁵

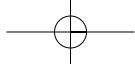
132 Drugostepena presuda u predmetu *Furundžija*, parag. 250, str. 77, na koju se poziva i u drugostepenoj presudi u predmetu *Delalić*, parag. 720, str. 254.

133 Drugostepena presuda u predmetu *Delalić*, parag. 731, str. 258-259.

134 Drugostepena presuda u predmetu *Aleksovski*, parag. 182, str. 75.

135 *Tužilac protiv Zorana Kupreškića i ostalih*, predmet br. IT-95-16-T, Presuda, 14. januar 2000, (dalje u tekstu: prvostepena presuda u predmetu *Kupreškić*), parag. 852, str. 318.





Presude/Goran Jelisić

102. Što se tiče navodnog propusta da se kajanje protivžalioca smatra iskrenim činom, Pretresno vijeće nije bilo uvjereni „da je kajanje koje je Goran Jelisić navodno ispoljio pred psihijatrom-vještakom bilo iskreno“, te ga stoga nije uzelo u obzir kao olakšavajući faktor.¹³⁶ Branilac protivžalioca tvrdi da je Pretresno vijeće „samo sebe skrenulo na krivi put u vezi sa pitanjem osjećaja krivice koji je optuženi trebao da pokaze da bi ih uvjerio da se on protivžalilac kaje“. On tvrdi da protivžalilac nije obavezan uvjeriti sud u svoje iskreno kajanje, te da je Pretresno vijeće trebalo prihvati izraze kajanja koje je prihvatio psihijatar-vještak.¹³⁷ Optužba se ne slaže s tim i tvrdi da se u izvještaju koji se spominje u presudi ne navodi da je protivžalilac pokazao kajanje, nego da se „više nego ranije činilo da pokazuje kajanje“.¹³⁸

103. Nalaz Pretresnog vijeća se mora tumačiti u dvije faze. Prvo treba ispitati sadržaj izvještaja jer je mišljenje Pretresnog vijeća da je protivžalilac „navodno pokazao kajanje.“ Žalbeno vijeće je mišljenja da u izvještaju jasno stoji da psihijatar smatra da je protivžalilac izrazio kajanje.¹³⁹ Stoga je jedini razuman zaključak koji se može izvući iz izvještaja taj da je protivžalilac zaista izrazio kajanje, te da je Pretresno vijeće pogriješilo utvrdivši da je protivžalilac „navodno“ izrazio kajanje. Drugo pitanje je da li je nalaz Pretresnog vijeća u vezi sa iskrenošću pokazanog kajanja bio pogrešan. Branilac protivžalioca je o tom pitanju ustvrdio da Pretresno vijeće nije moglo da odbaci izraze kajanja kao neiskrene „osim ukoliko nije bilo uvjereni da su izrazi kajanja bili lažni“.¹⁴⁰ Diskreciono je pravo pretresnog vijeća da pojedinim dokazima prida veći ili manji značaj. Razmotrivši dokaze koji su predočeni Pretresnom vijeću, Žalbeno vijeće je uvjereni da nalaz Pretresnog vijeća o neiskrenosti pokazanog kajanja nije nerazuman. Stoga Pretresno vijeće nije pogriješilo u primjeni svog diskrecionog prava.

104. Protivžalilac je takođe tvrdio da je Pretresno vijeće pogriješilo kada je u paragrafu 95 presude navelo da je on bio zapovjednik, te da se na Međunarodnom sudu prilikom odmjeravanja kazni pravi razlika između onih koji su bili na komandnim položajima i onih koji nisu.¹⁴¹

136 Presuda, parag. 127, str. 39.

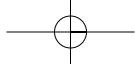
137 Transkript žalbenog postupka, 23. februar 2001, str. 176-177.

138 *Ibid.*, str. 219-220, gdje se citira Izvještaj doktora van den Busschea od 8. novembra 1999. (dalje u tekstu: izvještaj), str. 17. Obavijest o podnošenju od 15. novembra 1999. sadržala je i izvještaj.

139 Izvještaj, str. 10, 17. Pretresno vijeće se pozvalo na str. 22 prevoda na francuski jezik. Ona odgovara str. 17 prevoda na engleski jezik, što nije na odgovarajući način odraženo u prevodu presude na engleski jezik.

140 Transkript žalbenog postupka, 23. februar 2001, str. 176-177.

141 *Ibid.*, str. 173-175.



Presuda Žalbenog vijeća

105. U paragrafu 95 presude navodi se sljedeći nalaz Pretresnog vijeća:

Takođe nije utvrđeno van svake razumne sumnje da je optuženi u logoru Luka ubijao po naređenjima. U stvari, Goran Jelisić se predstavljao zatočenicima kao komandant logora Luka. Zatočenici su vjerovali da je on šef ili barem osoba na položaju vlasti budući da je izdavao naređenja vojnicima u logoru koji su ga se, izgleda, plašili. Pretresno vijeće ne sumnja da je optuženi imao *de facto* vlast nad osobljem i zatočenicima u logoru.¹⁴²

106. Činjenična osnova oko koje je postignut sporazum, a po kojoj se protivžalilac izjasnio krivim, ne sadrži nikakve naznake o tome da je on bio komandant logora Luka, a to ne tvrdi ni optužba.¹⁴³ Optužba je na žalbenom pretresu navela sljedeće:

Nikad nije bilo nikakve naznake o tome da je on bio komandant logora Luka. Da, jedan ili dva svjedoka su prepostavili da je on to bio, pa su možda čak i izgovorene riječi koje sugerisu da je on bio komandant. Ali, jasni dokazi, kako oni koje je on izveo, tako i oni izvedeni od strane svjedoka koji su bili žrtve, ukazivali su na to da je on radio u sprezi s drugima - posebno ćemo se pripititi inspektora koji su vršili kratka islijedivanja - i to pokazuje da su svi radili unutar jednog režima u vezi s kojim nije sugerisano da je on bio komandant.¹⁴⁴

107. Iako dokazi ne upućuju na to da je protivžalilac bio stvarni komandant logora, Žalbeno vijeće ne vidi razloga da odbaci nalaz Pretresnog vijeća da je protivžalilac „imao *de facto* vlast nad osobljem i zatočenicima u logoru“. U tom smislu, Žalbeno vijeće je mišljenja da protivžalilac nije uspio pokazati nikakvu grešku Pretresnog vijeća u primjeni sopstvenog diskrecionog prava.

108. Protivžalilac dalje tvrdi da Pretresno vijeće nije na odgovarajući način razmotriло ulogu protivžalioca u širem kontekstu sukoba u bivšoj Jugoslaviji.

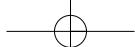
109. Žalbeno vijeće je u presudi o *Tadićevoj žalbi na kaznu smatralo da kazne treba da:*

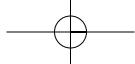
odražavaju relativni značaj uloge žalioca u širem kontekstu sukoba u bivšoj Jugoslaviji. (...) Premda je kriminalno ponašanje, na kojem se zasnivaju

142 Presuda, parag. 95 (fusnote izostavljene).

143 Transkript žalbenog postupka, 23. februar 2001, str. 216-217.

144 *Ibid.*, str. 217.





Presude/Goran Jelisić

optužbe po kojima je žalilac sada proglašen krivim, neosporno gnušno, njegov položaj u strukturi komandovanja, u poređenju sa položajem njegovih nadređenih, tj. komandanata, ili položajem samih tvoraca strategije etničkog čišćenja, veoma je nizak.¹⁴⁵

110. Pretresno vijeće u ovom predmetu je utvrdilo sljedeće:

Jedan od zadataka Međunarodnog suda je da doprinese ponovnom uspostavljanju mira u bivšoj Jugoslaviji. Kako bi to postigao, Sud mora da identifikuje, krivično goni i kazni glavne političke i vojne dužnosnike odgovorne za zvjerstva počinjena od 1991. na toj teritoriji. Međutim, kada je to potrebno, Sud takođe mora podsjetiti da, iako se zločini počinjeni tokom oružanog sukoba mogu konkretnije više pripisati jednom ili drugom od tih dužnosnika, isti ne bi mogli postići svoje ciljeve bez direktnе ili indirektnе svesrdne pomoći ili doprinosa pojedinaca kao što je Goran Jelisić.¹⁴⁶

Vidi se da je Pretresno vijeće uzelo u obzir i razmatralo ulogu protivžalioca u kontekstu sukoba u bivšoj Jugoslaviji. Težina koju treba pridati ovom nalazu potpada u okvir diskrecionog prava pretresnog vijeća i protivžalilac nije uspio da pokaže da je došlo do bilo kakve greške u primjeni diskrecionog prava od strane Pretresnog vijeća.

111. Ovaj dio druge osnove za žalbu protivžalioca ne stoji.

4. Opšta praksa izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije nije u dovoljnoj mjeri uzeta u obzir

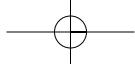
112. Protivžalilac tvrdi da je Pretresno vijeće bilo obavezno da uzme u obzir opštu praksu u vezi sa zatvorskim kaznama na svim sudovima u bivšoj Jugoslaviji, ali da to nije učinilo; nadalje, „kako bi se ostvario puni smisao člana 24(1) ... morala se posvetiti odgovarajuća pažnja razvoju prava o odmjeravanju kazni u svim entitetima koji su nastali nakon raspada SFRJ, tako da se može na odgovarajući način uravnoteženo pristupiti razvoju na tom polju“.¹⁴⁷

113. Član 24(1) Statuta, na koji se oslanja protivžalilac, glasi:

145 Presuda o Tadićevoj žalbi na kaznu, parag. 55-56, str. 24-25.

146 Presuda, parag. 133, str. 40.

147 Podnesak protivžalioca, str. 139-141 (naglasak u originalu).



Presuda Žalbenog vijeća

Krivične sankcije koje izriče pretresno vijeće ograničene su na kaznu zatvora. Prilikom određivanja kazne zatvora pretresno vijeće imaće u vidu opštu praksu izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije.

114. Za ovo su vezana dva potpitanja. Prvo, da li se ovom odredbom od pretresnih vijeća traži da imaju u vidu opštu praksu u vezi sa zatvorskim kaznima na sudovima u entitetima nastalim raspadom bivše Jugoslavije? Žalbenom vijeću se čini da je odgovor na to pitanje negativan, jer sudovi u entitetima koji su nastali raspadom bivše Jugoslavije nisu „sudovi bivše Jugoslavije“ u smislu člana 24(1) Statuta.

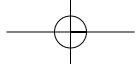
115. Drugo potpitanje jeste da li se paragrafom 1 člana 24 Statuta od pretresnih vijeća zahtijeva da razmatraju stajališta svake od konstitutivnih republika bivše Jugoslavije u vezi s tim. Kao što je već navedeno, tom je odredbom propisano da će „pretresno vijeće imati u vidu opštu praksu izricanja zatvorskih kazni na sudovima bivše Jugoslavije“.¹⁴⁸ Država koja predstavlja bivšu Jugoslaviju bila je Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija (dalje u tekstu: SFRJ). Sudovi bivše Jugoslavije primjenjivali su zakon SFRJ. U drugostepenoj presudi u predmetu *Delalić* Žalbeno vijeće je uzelo u obzir taj zakon.¹⁴⁹

116. Bez sumnje, Međunarodni sud može u pojedinim predmetima, kad je to prikladno, razmotriti praksu izricanja kazni na sudovima jedne ili više konstitutivnih republika bivše Jugoslavije, i to onda kad ima razloga da vjeruje da bi mu takvo konkretno razmatranje bilo od pomoći kod uvažavanja „opšte prakse ... na sudovima bivše Jugoslavije“. Očito je da se posljednja fraza treba uzeti kao cjelina; pojedinačna odstupanja od norme u pojedinim republikama ne pokazuju „opštu praksu“. U ovom predmetu nije bilo razloga da se poduzme detaljno proučavanje stajališta u svakoj od nekoliko republika koje su činile bivšu Jugoslaviju.

117. Usput, Žalbeno vijeće primjećuje da je, u skladu sa ustaljenom sudskom praksom, protivžalilac pravilno priznao da „opšta praksa“ pruža opšte upute i ne obavezuje Pretresno vijeće da postupa tačno onako kako bi postu-

148 Drugostepena presuda u predmetu *Aleksovski*, parag. 178, str. 73. Vidi takođe, između ostalog, prvostepenu presudu u predmetu *Kupreškić*, 14. januar 2000, par. 841, str. 314, *Tužilac protiv Ante Furundžije*, predmet br. IT-95-17/1-T, Presuda, 10. decembar 1998. (dalje u tekstu: prvostepena presuda u predmetu *Furundžija*), parag. 240, str. 91-92, *Tužilac protiv Tihomira Blaškića*, predmet br. IT-95-14-T, 3. mart 2000. (dalje u tekstu: prvostepena presuda u predmetu *Blaškić*), parag. 760, str. 248-249.

149 Drugostepena presuda u predmetu *Delalić*, parag. 814, str. 292.



Presude/Goran Jelišić

pio neki sud u bivšoj Jugoslaviji. Na primjer, čak i da opšta praksa jeste družačija, to ne bi onemogućilo izricanje kazne doživotnog zatvora; *a fortiori*, ona ne bi predstavljala prepreku izricanju kazne od 40 godina zatvora.

118. Žalbeno vijeće nalazi da ovaj dio druge osnove za žalbu protivžalioca ne stoji.

5. *Potvrđno izjašnjavanje o krivici optuženog nije uzeto u obzir*

119. Protivžalilac tvrdi da mu Pretresno vijeće prilikom izricanja kazne ni na koji način nije uvažilo to što se potvrđno izjasnio o krivici, što je pravo koje mu pripada, kako tvrdi, prema sudskej praksi oba međunarodna suda.¹⁵⁰ On nadalje tvrdi da potvrđno izjašnjavanje o krivici u većini jurisdikcija u svijetu donosi umanjenje kazne.¹⁵¹ Prema njegovoj tvrdnji, to se uglavnom zasniva na pragmatičnim razlozima jer je većina sistema krivičnog prava u stanju da efektivno djeluje jedino ako značajan broj optuženih prizna krivicu, te se tako izbjegne potreba za održavanjem suđenja.¹⁵²

120. Pod naslovom olakšavajuće okolnosti Pretresno vijeće je navelo da: fotografije priložene Sporazumu o činjeničnim osnovama ili predočene tokom suđenja, za koje je optuženi itekako znao da se snimaju, pokazuju Gorana Jelišića kako izvršava krivična djela. Stoga, Vijeće njegovom potvrđnom izjašnjavanju o krivici pridaje samo relativnu težinu.¹⁵³

121. U ovom predmetu protivžalilac ne tvrdi da je Pretresno vijeće zanemarilo mjerodavno pravo, nego da je načinilo grešku u primjeni svog diskrecionog prava prilikom procjenjivanja važnosti njegovog potvrđnog izjašnjavanja o krivici. Statut i Pravilnik daju slobodu pretresnim vijećima kod razmatranja ublažavajućeg učinka potvrđnog izjašnjavanja o krivici na osnovu toga što pretresna vijeća imaju diskreciono pravo da odrede kolika se težina u smislu ublažavanja kazne treba pridati potvrđnom izjašnjavanju o krivici.

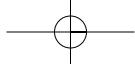
122. U ovom predmetu Žalbeno vijeće konstatuje da Pretresno vijeće jeste uzelo u obzir potvrđno izjašnjavanje o krivici kao olakšavajuću okolnost.

150 Podnesak protivžalioca, str. 129-138. On se konkretno poziva na *Tužilac protiv Dražena Erdemovića*, predmet br. IT-96-22-Tbis, Presuda o kazni, 5. mart 1998, i *Tužilac protiv Georgesa Ruggiuia*, predmet br. ICTR-97-32-I, Judgement and Sentence /Presuda i kazna/, 1. juni 2000.

151 Transkript žalbenog postupka, 23. februar 2001, str. 175.

152 *Ibid.*

153 Presuda, parag. 127, str. 39 (fusnota izostavljena).



Presuda Žalbenog vijeća

Težina koja se tom izjašnjavanju treba pridati potpada pod diskreciono pravo pretresnog vijeća i obaveza je protivžalioca da uvjeri Žalbeno vijeće da je Pretresno vijeće pogriješilo u primjeni svog diskrecionog prava, što je rezultiralo izricanjem kazne koja prevazilazi diskrecioni okvir propisan Statutom i Pravilnikom.

123. Protivžalilac nije uspio da ispunji obavezu dokazivanja da je načinjena greška. Stoga Žalbeno vijeće smatra da ovaj dio druge osnove za žalbu protivžalioca ne stoji.

6. Saradnja optuženog s Tužilaštvom nije uzeta u obzir

124. Pravilo 101(B)(ii) nalaže pretresnim vijećima da uzmu u obzir „sve olakšavajuće okolnosti, uključujući i značajnu saradnju osuđenog s tužiocem“. Protivžalilac tvrdi da njegova saradnja s Tužilaštvom potpada pod smisao ovog pravila.¹⁵⁴ Pravilnikom nije određeno šta čini „značajnu saradnju“ i to potpada pod diskreciona prava pretresnih vijeća. Procjena okolnosti svake eventualne saradnje jeste zadatak pretresnog vijeća.

125. Pretresno vijeće je smatralo:

Nadalje, čini se da njegova, Jelisićeva saradnja s Uredom tužioca u ovom predmetu ne predstavlja olakšavajuće okolnosti u smislu pravila 101(B)(ii) Pravilnika.¹⁵⁵

126. Žalbeno vijeće konstatuje da određivanje da li se saradnja treba smatrati značajnom, te time i da li ona predstavlja olakšavajuću okolnost, vrši pretresno vijeće. Na protivžaliocu je da uvjeri Žalbeno vijeće da je Pretresno vijeće načinilo grešku u primjeni svog diskrecionog prava.

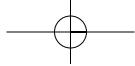
127. Žalbeno vijeće nije uvjereni da je protivžalilac pokazao bilo kakvu grešku Pretresnog vijeća u primjeni diskrecionog prava. Stoga, ovaj dio druge osnove za žalbu protivžalioca ne stoji.

7. Mladost protivžalioca nije uzeta u obzir na odgovarajući način

128. U nacrtu argumentacije iznesena je osnova za žalbu koja se odnosi na „njegovu mladost, zrelost, uticaj propagande na njega i njegovo duševno sta-

154 Transkript žalbenog postupka, 23. februar 2001, str. 193-195 (zatvorena sjednica).

155 Presuda, parag. 127, str. 39.



Presude/Goran Jelišić

nje“.¹⁵⁶ Poslije toga, na žalbenom pretresu, branilac protivžalioca je pred Žalbenim vijećem iznio argument u vezi s mlađošću i nezrelošću protivžalioca, ali nije naveo nikakve konkretnе argumente vezane za uticaj propagande na njega i njegovo duševno stanje.¹⁵⁷ Protivžalilac izjavljuje da je u vrijeme kad je počinio krivična djela imao samo 23 godine, te da je Međunarodni sud dosljedno prihvatao mladost kao olakšavajuću okolnost.¹⁵⁸

129. Žalbeno vijeće se slaže s protivžaliocem u tome da je mladost optuženog faktor koji se treba uzeti u obzir prilikom odmjeravanja kazne.

130. Pretresno vijeće je konstatovalo:

Od olakšavajućih okolnosti koje je iznijela odbrana, Pretresno vijeće će uzeti u obzir dob optuženog koji sada ima 31 godinu, a u vrijeme izvršenja krivičnih djela imao je 23.¹⁵⁹

131. Žalbeno vijeće konstatiuje da je Pretresno vijeće uzelo u obzir starost optuženog. Diskreconio je pravo Pretresnog vijeća da odluči o tome koliki značaj treba pridati toj okolnosti, a obaveza je protivžalioca da pokaže Žalbenom vijeću da je Pretresno vijeće pogriješilo u primjeni tog diskreconog prava. Protivžalilac nije uspio da ispunji tu obavezu.

132. Žalbeno vijeće, stoga, nalazi da ovaj dio druge osnove za žalbu protivžalioca nije valjan.

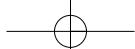
133. Druga osnova za žalbu protivžalioca se uvažava utoliko što Pretresno vijeće jeste načinilo grešku proglašivši protivžalioca krivim za dva ubistva po tačkama 16 i 17 druge izmijenjene optužnice, dok se on, u stvari, izjasnio krivim za samo jedno ubistvo, ali ista osnova ne stoji ni po jednom drugom elementu.

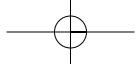
156 Nacrt argumentacije, parag. 6.2(iv), str. 6.

157 Transkript žalbenog postupka, 23. februar 2001, str. 177.

158 *Ibid.* Branilac je u prilog svom argumentu naveo *Landžu* (imao 19 godina), *Erdemovića* (imao 23 godine) i *Furundžiju* (imao 23 godine), kao i prvostepenu presudu u predmetu *Blaškić*, parag. 778, str. 255, te prvostepenu presudu u predmetu *Furundžija*, parag. 284, str. 107.

159 Presuda, parag. 124, str. 38.

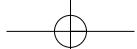


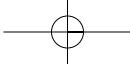


Presuda Žalbenog vijeća

IV. DISPOZITIV

- (1) Žalbeno vijeće jednoglasno usvaja prvu osnovu za žalbu optužbe.
- (2) Žalbeno vijeće većinom glasova (sudija Pocar je izrazio protivno mišljenje) usvaja drugu osnovu za žalbu optužbe.
- (3) U vezi s trećom osnovom za žalbu optužbe:
 - (i) Žalbeno vijeće jednoglasno odbija žalbu optužbe u vezi s navodnom greškom u primjeni prava koju je Pretresno vijeće počinilo primjenom uslova *dolus specialis*;
 - (ii) Žalbeno vijeće većinom glasova (sudija Pocar je izrazio protivno mišljenje) usvaja sve ostale aspekte treće osnove za žalbu optužbe.
- (4) Međutim, Žalbeno vijeće većinom glasova (sudija Shahabuddeen i sudija Wald su izrazili protivno mišljenje) smatra da, u okolnostima ovog predmeta, nije prikladno naložiti da se ovaj predmet vrati na daljnji postupak, te odbija ukinuti oslobođajuću presudu.
- (5) Žalbeno vijeće jednoglasno odbacuje prvu osnovu za žalbu protivžalioca.
- (6) U vezi s drugom osnovom za žalbu protivžalioca:
 - (i) Žalbeno vijeće jednoglasno nalazi da je Pretresno vijeće pogriješilo proglašivši protivžalioca krivim za dva ubistva po tačkama 16 i 17 druge izmijenjene optužnice, dok se on, u stvari, izjasnio krivim za samo jedno od tih ubistava;
 - (ii) Žalbeno vijeće jednoglasno odbacuje sve ostale aspekte druge osnove za žalbu protivžalioca.
- (7) Žalbeno vijeće jednoglasno potvrđuje kaznu od 40 godina zatvora koju je izreklo Pretresno vijeće.
- (8) U skladu s pravilom 103(C) Pravilnika, protivžalilac ostaje u pritvoru Međunarodnog suda dok se ne finaliziraju pripreme oko njegovog premeštaja u državu u kojoj će izdržavati kaznu.





Presude/Goran Jelisić

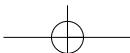
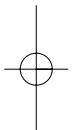
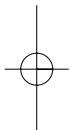
Sastavljeno na engleskom i francuskom jeziku, pri čemu se engleski tekst smatra mjerodavnim.

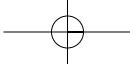
/potpis na originalu/
Mohamed Shahabuddeen, predsjedavajući
/potpis na originalu/
Lal Chand Vohrah
/potpis na originalu/
Rafael Nieto-Navia
/potpis na originalu/
Patricia M. Wald
/potpis na originalu
Fausto Pocar

Dana 5. jula 2001.
U Hagu, Holandija

Sudija Nieto-Navia ovoj presudi prilaže izdvojeno mišljenje.
Sudija Shahabuddeen, sudija Wald i sudija Pocar prilažu ovoj presudi djelično protivna mišljenja.

[pečat Međunarodnog suda]





Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno mišljenje sudije Nieto-Navie

IZDVOJENO MIŠLJENJE SUDIJE NIETO-NAVIE

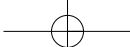
1. Slažem se s odlukom po prvoj osnovi za žalbu optužbe da je u okolnostima ovog predmeta optužba imala pravo na to da je se sasluša u vezi sa pitanjem da li su dokazi bili dovoljni da se na osnovu njih može donijeti osuđujuća presuda. Moji razlozi se, međutim, donekle razlikuju.

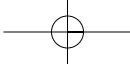
2. Pravilom 98bis(B) predviđa se da će prije izvođenja dokaza odbrane, to jest na kraju glavnog izvođenja dokaza optužbe, „pretresno vijeće donijeti oslobađajuću presudu na prijedlog optuženog ili *proprio motu* ako zaključi da nema dovoljno dokaza da bi ga osudilo po toj optužbi odnosno optužbama.“ Tri aspekta ove odredbe zaslužuju da im se posveti pažnja. Kao prvo, činjenica da pretresno vijeće može djelovati *proprio motu* znači da pretresno vijeće ima pravo djelovati po vlastitoj volji i bez potrebe za dostavljanjem podneska kojim bi se tražilo da djeluje na takav način. Kao drugo, odredba je formulisana na imperativni način kada se kaže da će vijeće *djelovati odmah* kad ustanovi da nema dovoljno dokaza da bi donijelo osuđujuću presudu - to jest, tim pravilom se osigurava da je u tim okolnostima (ili po nekom podnesku ili *proprio motu*) vijeće obavezno da naloži donošenje oslobađajuće presude. U toj fazi vijeće nema diskreciono pravo da to ne učini. Kao treće, pravilom se ne određuje izričito da strane prije naloga o donošenju oslobađajuće presude imaju pravo na to da ih pretresno vijeće sasluša.

3. Pitanje koje ja postavljam jest da li je, u skladu s opštim pravnim načelima, a prvenstveno sa načelom *audi alteram partem*, pretresno vijeće *uvijek* obavezno saslušati optužbu prije no što doneše odluku prema pravilu 98bis. Slažem se sa nalazom u presudi da strana uvijek ima pravo da je se sasluša po njenom podnesku, bilo u pismenom, bilo u usmenom obliku, odnosno - što je dio diskrecione odluke pretresnog vijeća - u oba oblika,¹ no što se događa ako nije dostavljen nikakav podnesak? Na osnovu apsolutne tvrdnje optužbe, koja je dobila potvrdu u presudi, nisam uvjeren da pravo pretresnog vijeća da po tom pitanju doneše odluku *proprio motu* (to jest, bez da to od njega zatraži bilo koja od strana) „njega ne oslobađa njegove normalne dužnosti sudskog tijela da prije toga sasluša stranu na čija prava može uticati odluka koju donosi“.² Kakve su bile okolnosti ovog predmeta da je Žalbeno vijeće došlo do takvog zaključka? Što je ustanovilo Pretresno vijeće?

1 Presuda donesena većinom glasova, parag. 25.

2 Presuda donesena većinom glasova, parag. 27.





Presude/Goran Jelišić

4. Tokom pretresa održanog 19. oktobra 1999. Pretresno vijeće je izjavilo sljedeće:

Nakon rasprave sudije su utvrdile tokom te statusne konferencije, koja je održana 22. septembra 1999, da će 8. novembar biti datum za početak izvođenja dokaza odbrane. (...) Sudije su potom preispitale sve dokaze koje je podastrijela optužba. Na osnovu svog vijećanja, došli su do zaključka da i bez saslušanja eventualnih argumenata odbrane, optuženog nije moguće proglašiti krimen za zločin genocida.³

5. Pretresno vijeće je prihvatiло да je optužba dostavila svoj zahtjev da je se sasluša, no Vijeće je odlučilo taj podnesak pripojiti meritumu predmeta.⁴ Uradilo je to smatrajući da optužba nema apsolutno pravo da iznese svoju završnu riječ u kontekstu odluke donesene u skladu s pravilom 98bis. Naprotiv, kada je Pretresno vijeće *proprio motu* donijelo odluku da dokazi nisu dovoljni da bi poduprli osuđujuću presudu, ustanovilo je da je obavezno na temelju te odredbe donijeti oslobođajuću presudu, te da se od njega ne traži da sasluša argumentaciju optužbe. Pretresno vijeće je smatralo da načelo *audi alteram partem* nije primjenjivo u okolnostima tog predmeta, s argumentom da to načelo nije apsolutno (uz nalaz da se iznimka primjenjuje u slučaju podnesaka dostavljenih *ex parte*), kao i stoga što odluka Vijeća nije uslijedila po nekom podnesku koji je dostavila odbrana, nego je ta odluka donesena *proprio motu*.⁵ Vijeće je ustanovilo sljedeće:

... taj imperativni karakter pravila 98bis(B) Pravilnika isključuje svaku mogućnost intervencije sa strane optužbe, osim naravno žalbe, nakon što su sudije donijele svoju odluku na temelju cjelokupnih dokaza koje je ta ista strana odlučila podastrijeti. Po definiciji je isključeno da tužilac iznese svoju završnu argumentaciju u smislu završne riječi iz člana 86 Pravilnika.⁶

6. Pretresno vijeće je ustanovilo da optužbi ne treba davati nikakvu dodatnu mogućnost, osim prava da se žali na odluku Vijeća,⁷ i dodalo je da

... tužilac ne može niti odlučiti da u danom trenutku ne predoči sve dokaze koji, po njegovom mišljenju, Vijeće mogu uvjeriti da sačeka odbranu da iznese

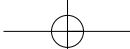
3 T., 19. oktobar 1999, str. 1705.

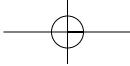
4 T., 19. oktobar 1999, str. 1706.

5 Presuda donesena većinom glasova, parag. 26.

6 T., 19. oktobar 1999, str. 1708.

7 *Ibid.*





Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno mišljenje sudije Nieto-Navie

svoje dokaze. Na kraju krajeva, na tužiocu je, koji ne može zanemariti odredbe pravila 98bis Pravilnika, da se protiv eventualnih posljedica tih odredaba osigura tako što će u prikladnom trenutku Vijeću podastrijeti zaključke, osobito pravne prirode, za koje procjenjuje da su nužni kao potkrepna njegove teze.⁸

Da li je to zaključivanje ispravno?

7. Pretresno vijeće je donijelo svoju odluku nakon što je optužba odlučila završiti sa svojom argumentacijom i nakon što je izvela sve svoje dokaze.⁹ To je trenutak u suđenju u kojem je Pretresno vijeće apsolutno obavezno, ako su dokazi koje je izvela optužba nedovoljni da bi potkrijepili osuđujuću presudu za neke ili sve tačke optužnice, „donijeti oslobađajuću presudu.“ Pretresno vijeće je to s pravom ustanovilo. Međutim, da li je doista tačno da obavezna priroda pravila „po definiciji isključuje mogućnost da tužilac iznese svoju završnu argumentaciju u smislu završne riječi iz člana 86 Pravilnika“?¹⁰

8. Ako se ovu posljednju odredbu shvati u smislu da optužba nikada ne smije da interveniše u kontekstu *proprio motu* odluke koju je Pretresno vijeće donijelo u skladu sa pravilom 98bis, onda ja smatram - na temelju razloga koji će biti izneseni u tekstu - da to nije tačno. U stvari, smatram da niti apsolutni stav koji je zauzelo Žalbeno vijeće, niti suprotni stav Pretresnog vijeća ne odražavaju na ispravan način obavezu Pretresnog vijeća da uspostavi ravnotežu između osiguranja prava optuženog i optužbe (kao strane u postupku), te potrebu da se obezbijedi da se postupak vodi pravično i ekspeditivno.

9. Ne osporavam u principu tvrdnju optužbe da bi „argumenti optužbe upućeni Pretresnom vijeću u vezi sa predočenim dokazima omogućili Vijeću da procijeni tačno što je bila teorija optužbe u vezi sa predmetom i kako je svaki od raznih elemenata krivičnog djela potkrijepljen dokazima.“¹¹ Niti, kao što je već izneseno, ne osporavam tvrdnju da bi optužba imala pravo odgovoriti da je odbrana dostavila podnesak u skladu s pravilom 98bis. Moglo bi se isto tako prihvatići da je u praksi donekle „izuzetan korak“ za Pretresno vijeće da *proprio motu* završi postupak u toj fazi suđenja.¹² Međutim, ne

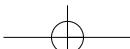
8 T., 19. oktobar 1999, str. 1709.

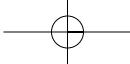
9 Izuzev jednog mogućeg svjedoka, za kojeg je bilo rečeno da će možda biti pozvan kasnije.

10 T., 19. oktobar 1999, str. 1708.

11 Podnesak optužbe, parag. 2.4.

12 Optužba je izjavila da je za Pretresno vijeće „neuobičajen korak“ da „kratkim postupkom završi ... postupak.“ Podnesak optužbe, parag. 2.3. Primjećujemo da je to prvi put od kada





Presude/Goran Jelišić

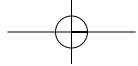
slažem se s tim da nikada ne može postojati „opravdani razlog“¹³ za Pretresno vijeće da to uradi a da prvo ne sasluša optužbu - to jest, ne slažem se da Pretresno vijeće ima absolutnu obavezu da sasluša optužbu.

10. Krivični postupak je u biti proces nalaženja činjenica, tokom kojeg se dokazi prezentiraju sudijama, koji će (u slučaju Međunarodnog suda) na temelju tih dokaza donijeti odluku. U toj fazi suđenja oni imaju pravo zaključiti da su do tog trenutka predočeni dokazi nedovoljni da se na osnovu njih doneše osuđujuća presuda po jednoj ili više tačaka optužnice, tako da se suđenje po toj konkretnoj tački optužnice zaključuje. Može se dogoditi da je pretresno vijeće u potpunosti uvjereni, nakon što je pročitalo pretpretresne podneske strana (pravilo 65ter), saslušalo uvodne riječi strana (pravilo 84) te svjedoči i dokaze optužbe (pravilo 85), da su dokazi nedovoljni da bi se na osnovu njih donijela osuđujuća presuda po jednoj ili više tačaka optužnice. Takođe je moguće da vijeće doneše tu odluku uvjereni da nema potrebe da čuje dalje argumente strana, budući da smatra da to ništa ne bi dodalo njegovoj odluci. Ako je tome tako, zašto bi vijeće bilo obavezno da *pro forma* poduzima sve te korake? Moje je mišljenje da se Pravilnik može tumačiti u skladu sa stavom da odluka prema pravilu 98bis ulazi u diskreciono pravo pretresnog vijeća, tako da vijeće svoju odluku može donijeti sa ili bez pomoći podnesaka optužbe. Prema tome, ako je vijeće u potpunosti uvjereni na temelju dokaza koji su mu do tog trenutka predočeni da nema potrebe da sasluša dalje argumente, u njegovoj je nadležnosti da doneše takvu odluku.¹⁴ U presudi se kaže da je optužba mogla pomoći u tom procesu donošenja odluke. Kao što je već rečeno, ja to ne osporavam kao opštu tvrdnju. Međutim, da li će u nekom konkretnom predmetu za pretresno vijeće biti jednostavnije da tu odluku doneše uz pomoć koju će dobiti u obliku završne riječi optužbe, u potpunosti je pitanje koje ulazi u njegovo diskreciono pravo - vijeće isto tako svoju odluku može donijeti bez ikakve dalje pomoći strana.

je Međunarodni sud na osamnaestoj plenarnoj sjednici 9-10. jula 1998. prihvatio pravilo 98bis, da je jedna takva odluka donesena *proprio motu*, dok su sve odluke pretresnih vijeća koje su uslijedile nakon toga donošene na osnovu podnesaka koje je dostavljala odbrana.

13 Podnesak optužbe, parag. 2.4.

14 U odluci u predmetu *R. v. Barking and Dagenham Justices, ex parte Director of Public Prosecutions*, [1995] Crim LR 953, sud je ustanovio da je „poželjno da sudije u takvim okolnostima, prije donošenja odluke, saslušaju stranu protiv koje su se provizorno opredijelili, u ovom slučaju optužbu“ (naglasak dodan). Ovo se, međutim, razlikuje od situacije na koju mislim. To jest, nije riječ o situaciji u kojoj su sudije „provizorno“ protiv neke strane, nego su zapravo već došli do zaključka. U svakom slučaju, vjerujem da sudska praksa potkrepljuje moj stav o tome da odluka suda ulazi u okvir diskrecionog prava, odnosno, da je „poželjno“, a ne obavezno da se strana sasluša.



Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno mišljenje sudije Nieto-Navie

11. To je tumačenje potkrijepljeno izričitom formulacijom relevantnih odredbi pravila. S tim u vezi optužba tvrdi da riječi „nakon završetka izvođenja dokaza optužbe“ (u pravilu 98bis) treba shvatiti tako kao da uključuju apsolutno pravo optužbe da iznese završnu riječ u skladu s pravilom 86(A) prije no što pretresno vijeće nakon završetka izvođenja dokaza optužbe započne sa vijećanjem o tome da li su dokazi dovoljni. Međutim, pravilo 86(A) izričito daje takvo pravo optužbi „nakon što su izvedeni svi dokazi.“¹⁵ Cjelokupnost dokaza u nekom suđenju uključuje dokaze koje su podastrijele optužba i odbrana, zajedno sa dokazima čije izvođenje je naložilo pretresno vijeće u skladu s pravilom 98.¹⁶ Stoga, ne slijedi nužno da ta izričita odredba iz pravila 86(A) o pravu da se iznese završna riječ nakon izvođenja svih dokaza neminovno jamči njenu primjenu u ovoj fazi postupka - jasno je da svi dokazi još nisu izvedeni. Slično tome, ova analogija propada ako se razmotri sljedeća mogućnost. Na kraju suđenja odluka o tome da li optužba želi ili ne iznijeti svoju završnu riječ dio je njenog diskrecionog prava („tužilac može iznijeti svoju završnu riječ“). Prihvaćeno je da će općenito optužba iskoristiti to pravo - međutim, isto tako neko se pretresno vijeće može naći u situaciji u kojoj mora odluku o predmetu donijeti bez pomoći optužbe ako optužba odluči da ne želi iskoristiti svoje pravo. Stoga postoji mogućnost da čak i u toj fazi suđenja pretresno vijeće o predmetu mora vijećati bez pomoći završne riječi optužbe.

12. Opšte je pravilo interpretacije da pravo treba tumačiti na takav način da njegova primjena bude svrshodna (princip efikasnosti ili *ut res magis valeat quam pereat*)¹⁷. Slično tome, „... pri tumačenju određenog pravila, pretresno vijeće trebalo bi obezbijediti da se ono protumači u skladu sa svojim ‘uobičajenim smislom’“.¹⁸ Iako je u mnogim slučajevima vjerojatno da će pretresno vijeće tražiti pomoći od strana prije no što *proprio motu* doneše odluku u skladu sa pravilom 98bis, moj je stav da je na temelju uobičajenog i efikasnog značenja pravila isto tako diskreciono pravo pretresnog vijeća da u ograničenim i definisanim okolnostima, koje su već iznesene u tekstu, nastavi sa postupkom a da to ne učini.

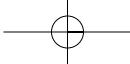
13. I konačno, većina navodi protivno mišljenje sudije Barwicka u *Nuclear Tests Case* kao potkrepu „za jednu opštu primjedbu o tome koliko je važno

15 Naglasak dodan.

16 Pravilo 85(A) Pravilnika.

17 Vidi *Tužilac protiv Darija Kordića i Marija Čerkeza*, Odluka po žalbi na uvrštenje u spis sedam iskaza pod zakletvom i jednog formalnog iskaza, predmet br. IT-95-14/2-AR73.6, 18. septembar 2000., parag. 23 et seq.

18 *Ibid.*, parag. 22, u vezi sa članom 31(1) Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora (1969).



Presude/Goran Jelišić

prije donošenja odluke saslušati argumente zastupnika.¹⁹ Važno je, međutim, spomenuti da je u tom predmetu većina Međunarodnog suda pravde zapravo odlučila ne saslušati zainteresirane strane. S tim u vezi Sud je izjavio sljedeće:

Da se smatralo kako to traže interesi pravde, Sudu bi bez sumnje bilo moguće stranama pružiti priliku, na primjer tako da ponovo otvori usmeni postupak, da iznesu svoje komentare o izjavama do kojih je došlo u razdoblju nakon zatvaranja istog postupka. Međutim, to bi bilo potpuno opravdano samo u slučaju da je pitanje kojim su se bavile te izjave bilo potpuno novo, da nije bilo pokrenuto tokom postupka ili da je bilo nepoznato stranama.²⁰

14. Smatram da se taj način razmišljanja može *mutatis mutandis* primijeniti na pitanje o kojem je ovdje riječ, odnosno da iznošenje argumenata treba potaknuti samo ako se smatra da je to u interesu pravde.

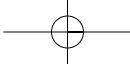
15. Osvrnemo li se sada na naš predmet, vidjet ćemo da ga karakterišu sljedeći faktori. Kao prvo, žalilac u ovom predmetu prihvatio je da je optužbi bilo uskraćeno pravo da je se sasluša u vezi sa pitanjem da li su dokazi dovoljni da se na osnovu njih doneše osuđujuća presuda, dok on sam na kraju izvođenja dokaza nije dostavio molbu za oslobođajuću presudu.²¹ Kao drugo, vjerujem da je jasno da je 22. septembra 1999. Pretresno vijeće tokom statusne konferencije i na njenom kraju dalo razloga za opravdano očekivanje strana da će se postupak nastaviti 8. novembra 1999, početkom izvođenja dokaza odbrane. Učinivši to, Vijeće je odbrani naložilo da Sud obavijesti što je moguće ranije da li ima namjeru dostaviti podnesak u skladu sa pravilom 98bis. Ne čini se da je stranama na bilo koji način dato do znanja da Pretresno vijeće razmišlja u smislu pravila 98bis(B) i da namjerava takav nalog donijeti *proprio motu*. Optužba je podnesak kojim traži da je se sasluša podnijela 15. oktobra 1999. Pretresno vijeće je četiri dana kasnije, 19. oktobra 1999. odlučilo taj podnesak pridružiti odluci o *meritumu*, ustvrdivši da između podneska kojim se traži saslušanje i odluke o *meritumu* postoji „neraskidiva veza“.²² Vijeće nije dalo detaljno obrazloženje o tome što je ta „veza“, zašto je odluka donesena, a nije niti objasnilo zašto nije prvo donijelo odluku po podnesku kojim se tražilo saslušanje, čime bi možda omogućilo

19 Presuda donesena većinom glasova, fusnota 55.

20 *Nuclear Tests (Australia v. France)*, I. C. J. Reports 1974, str. 253, parag. 33.

21 Presuda donesena većinom glasova, parag. 28.

22 T., 19. oktobar 1999, str. 1706. Pretresno vijeće je izjavilo: „Stoga je umjesno taj zahtjev kojim se traži saslušanje pridružiti meritumu“.



Presuda Žalbenog vijeća / Izdvojeno mišljenje sudije Nieto-Navie

optužbi da iskoristi svoje pravo na interlokutornu žalbu. I konačno, kao što je već izloženo, čini se da je Pretresno vijeće u svojoj usmenoj odluci po podnesku kojim se tražilo saslušanje odluke djelimično temeljilo na shvaćanju da spomenuta pravila isključuju mogućnost intervencije strana kada se odluka prema pravilu 98bis donosi *proprio motu*. Kao što sam već kazao, to nije moja interpretacija.

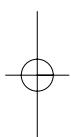
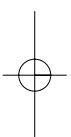
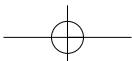
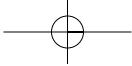
16. Zbog tih razloga i usprkos mojim stavovima o biti pitanja o kojem se ovdje raspravlja smatram da je Pretresno vijeće pogriješilo kada je donijelo nalaz da optužba ne može raspolagati pravom da je se sasluša u vezi sa pitanjem da li su dokazi dovoljni da se na osnovu njih doneše osuđujuća presuda. Stoga nije nužno da se u vezi s tim usprotivim zaključcima Žalbenog vijeća, iako se ne slažem s opštim stavom da optužba ima apsolutno pravo da je se sasluša po pitanju *proprio motu* donesene odluke prema pravilu 98bis.

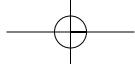
Sastavljeno na engleskom i francuskom jeziku, pri čemu se engleska verzija smatra mjerodavnom.

/potpis na originalu/
Rafael Nieto-Navia

Dana 5. jula 2001.
U Hagu, Holandija

[pečat Međunarodnog suda]





Presuda Žalbenog vijeća / Djelimično protivno mišljenje sudije Shahabuddeena

VI. DJELIMIČNO PROTIVNO MIŠLJENJE SUDIJE SHAHABUDDEENA

1. Što se tiče žalbe optužbe, slažem se sa presudom Žalbenog vijeća da je Pretresno vijeće pogriješilo donijevši oslobađajuću presudu za respondenta na kraju izvođenja glavnih dokaza optužbe, uz argumentaciju da dokazi nisu bili dovoljni da bi se na osnovu njih donijela osuđujuća presuda (dalje u tekstu: oslobađajuća presuda donesena tokom suđenja). Istovremeno se toj presudi protivim zato što je Žalbeno vijeće, iznijevši svoje mišljenje, odbilo poništiti oslobađajuću presudu i vratiti predmet na dalji postupak, uključujući i novi pretres pred pretresnim vijećem u drugom sastavu, ako se prethodno vijeće ne bi moglo ponovo sastati. Što se tiče protivžalbe, slažem se sa presudom Žalbenog vijeća, no predlažem da iznesem svoje stavove u vezi sa jednim njenim aspektom koji se odnosi na pitanje kumulativnih presuda.

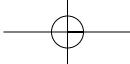
ŽALBA OPTUŽBE

2. Da li je odluka Pretresnog vijeća da donese oslobađajuću presudu tokom suđenja pogrešna? Ako je ta odluka pogrešna, treba li predmet vratiti na dalji postupak? Sa tim u vezi postoje četiri pitanja na koja bih se htio osvrnuti.

3. Prvo pitanje je sljedeće: kao što se podsjeća u presudi Žalbenog vijeća, pitanje tačnog testa koji valja primijeniti u skladu sa pravilom 98bis(B) Pravilnika o postupku i dokazima Međunarodnog suda riješilo je Žalbeno vijeće u predmetu *Delalić*.¹ U tom predmetu osnova za žalbu bila je „da dokazi nisu bili ono što je pravno dovoljno da se održe osuđujuće presude“,² tako da je trebalo utvrditi što je valjani test koji treba primijeniti. Žalbeno vijeće u pravnom smislu nije obavezno slijediti svoje prethodne odluke (uključujući i onu koja se odnosi na to da će se pridržavati svojih prethodnih odluka), no u praksi će te odluke slijediti, osim ako ne postoji razlog da od njih odustane. Ja ne mislim da je ovo u neskladu sa suštinom uspostavljenog stava, no ako jest, to je moje mišljenje i ja ga se pridržavam u ovom izdvojenom mišljenju. Pitanje koje se postavlja jest da li sada treba odustati od odluke iz predmeta *Delalić*, uz argumentaciju da u toj odluci nije uzeta u obzir činjenica da se sudska praksa, na kojoj se ta odluka zasniva, razvila uglavnom u sistemima sa poratom, dok sudije na Međunarodnom sudu odlučuju i o činjeničnim i o pravnim pitanjima.

1 IT-96-21-A, od 20. februara 2001, parag. 433-434.

2 *Ibid.*, parag. 433.



4. Sličnu tvrdnju u vezi sa sudijama-pojedincima nižih sudova /magistrates/ iznijeli su uvaženi urednici zbornika *Archbold, Criminal Pleading, Evidence and Practice*. Pozivam se na taj i druge materijale iz jedne određene jurisdikcije samo zato što mi se čini da su oni odraz pravnog iskustva koje je od pomoći pri ovoj analizi. Relevantni tekst, onako kako stoji u paragrafu 4-296 izdanu tog teksta za godinu 2000, glasi:

U okviru svoje skraćene jurisdikcije sudije-pojedinci sude i o činjenicama i o pravnim pitanjima. Zbog toga se tvrdi da, čak kada po završetku izvođenja dokaza optužbe, ili kasnije, postoje dokazi koji bi, ako se *prihvate*, omogućili razumnom presuditelju da doneše osuđujuću presudu, oni ipak imaju isto pravo kao i porota da donešu odluku o oslobođanju od optužbi ako ne prihvataju dokaze, bilo stoga što su ti dokazi proturječni, ili su bili osporeni ili zbog bilo kojeg drugog razloga. Smatra se da *Practice Note 1962 1 All E.R.448* valja čitati u tom smislu. Smatra se da tamo izneseni test odgovara svemu što je bilo rečeno u predmetu *Galbraith*, izraženo terminima koji odgovaraju skraćenom postupku.

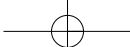
5. Taj tekst se 1994. godine koristio na jednom sudu. Govoreći o pravilu da sud obično ne raspravlja o pitanjima vjerodostojnosti kada odlučuje po tvrdnji da nema dovoljno dokaza, sudija u tom predmetu je primijetio da se to pravilo „može takođe primijeniti na situacije do kojih dolazi po završetku izvođenja dokaza optužbe u skraćenom postupku, gdje sudije moraju odlučiti da li su dokazi optužbe takvi da ih treba pobijati“.³ Čini se da to ostavlja netaknutim opšte pravilo, koje ne dopušta sudijama-pojedincima da o pitanju dovoljnosti dokaza odluče kao da je to definitivan nalaz o krivici ili nevinosti.

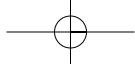
6. Opšte pravilo u vezi sa tim pitanjem, onako kako se iznosi u *Practice Note* iz 1962. (navedeno u zborniku *Archbold*), glasi:⁴

Tvrđnja da nema dovoljno dokaza koje valja pobijati može se s pravom iznijeti i braniti: (a) kada nije bilo dokaza na osnovu kojih bi se dokazao neki bitni element krivičnog djela za koje se tvrdi da je počinjeno; (b) kada su dokazi koje je izvela optužba u tolikoj mjeri diskreditovani unakrsnim ispitivanjem ili su toliko očito nepouzdani da niti jedan razumnji presuditelj ne bi sa sigurnošću mogao na temelju tih dokaza donijeti osuđujuću presudu.

3 R.v.Barking and Dagenham Justices, Ex parte Director of Public Prosecutions [1995] Crim LR 953, per Scott Baker J.

4 [1962] 1 All ER 448.





Presuda Žalbenog vijeća / Djelomično protivno mišljenje sudsije Shahabuddeena

Izuvez tih dviju situacija, od presuditelja, općenito govoreći, ne bi trebalo zahtijevati da donese odluku o osuđujućoj ili oslobođajućoj presudi sve dok pred presuditelje nisu izneseni svi dokazi koje želi iznijeti bilo koja od strana. Međutim, ako se ustvrdi da nema dovoljno dokaza koje valja pobijati, odluka o tome ne bi trebala ovisiti toliko o pitanju da li bi presuditelj koji donosi presudu (ako se to od njega traži) u toj fazi postupka donio osuđujuću ili oslobođajuću presudu, nego o tome da li su dokazi takvi da bi razumni presuditelj mogao donijeti osuđujuću presudu. Ako bi neki razumni presuditelj na osnovu dokaza koji su do tog trenutka pred njega izneseni mogao donijeti osuđujuću presudu, onda postoje dokazi koje valja pobijati.

7. Ovo uputstvo dano je sudijama-pojedincima nižih sudova koji, naravno, ne zasjedaju zajedno sa porotama, tako da su u tom smislu, poput pretresnih vijeća Međunarodnog suda, presuditelji i o pitanjima činjenica i o pravnim pitanjima. Za pretpostaviti je da su sudsije slijedile tu uputu. Uputstvo je od tada u nekim svojim vidovima izmijenjeno,⁵ osobito u vezi sa suđenjima koja se odvijaju pred sudijom i porotom, no ja se slažem sa mišljenjem da se njegov širi smisao održao.

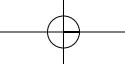
8. Svakako, postoje očigledni predmeti u kojima sudsije mogu reći „da za predmet nema dovoljno dokaza i da oni više ne žele slušati izvođenje dokaza“.⁶ U takvim slučajevima sudsije doista donose odluku o tome da li je svjedočenje pouzdano, no - kao što se navodi u *Practice Note* iz 1962. - mogu to učiniti samo onda kada je svjedočenje u velikoj mjeri diskreditovano unakrsnim ispitivanjem ili je tako očigledno nepouzdano da niti jedan razumni presuditelj ne bi mogao na tom osnovu bez zadrške donijeti osuđujuću presudu. Osim takvih izuzetaka, čini se da je sudijama-pojedincima na nižim sudovima općenito zabranjeno da po tvrdnji da dokazi nisu dovoljni odlučuju o krivici ili nevinosti.

9. Međutim, ima nečega u mišljenju prema kojem se, budući da „... sudsije -pojedinci sude i o činjenicama i o pravnim pitanjima“, u graničnim slučajevima može smatrati cijepidlačenjem od sudsija zahtijevati da se *pro forma* bave dokazima odbrane ako su ustanovili da su dokazi optužbe u tolikoj mjeri neuverljivi da ni u kom slučaju na osnovu njih neće donijeti osuđujuću presudu.⁷

5 Vidi R. v. Galbraith [1981] 1 WLR 1039, izraženo terminima koji odgovaraju suđenju u kojem sudjeluju sudsija i porota.

6 Per lord Merriman P, u Ramsden v. Ramsden [1954] 2 All ER 623.

7 Blackstone's Criminal Practice 2001 (London, 2001), str. 1562, paragraf D19.8.



Presude/Goran Jelišić

10. Pretpostavlja se da sudije-pojedinci nižih sudova u stvari tako i postupaju.⁸ Doista, čini se da je ta mogućnost predviđena u *Practice Note* iz 1962. Ako se ta mogućnost promatra sama za sebe, moglo bi se argumentirati da se ovime ne zabranjuje u apsolutnom smislu donošenje oslobađajuće presude usred postupka u suđenju u kojem je optužba u svom dokaznom postupku objelodanila dokaze koji bi, ako se prihvate, mogli razumnom presuditelju omogućiti da doneše osuđujuću presudu. Kao što je već primjećeno, ono što se kaže jest da „odluka o tome ne bi trebala ovisiti toliko o pitanju da li bi presuditelj koji donosi presudu (ako se to od njega traži) u toj fazi postupka donio osuđujući ili oslobađajući presudu, nego o tome da li su dokazi takvi da bi na osnovu njih razumni presuditelj mogao donijeti osuđujuću presudu“. Valja obratiti pažnju na riječi „ne toliko“ i prepoznati njihove implikacije, a isto vrijedi i za riječi „općenito govoreći“, kako se navode u jednom drugom dijelu *Practice Note*. Uz to, može se primjetiti da se ovim posljednjim od sudija-pojudinaca nižih sudova ne traži da dokaze optužbe uzimaju „u najboljem svjetlu“ - čini se da taj uslov, onako kako se pojavljuje u predmetu *Galbraith*,⁹ obavezuje sudiju, u slučaju kada sudija zasjeda sa porotom, da se striktnije suzdrži od procjenjivanja dokaza i da to prepusti poroti.

11. Ovi razlozi idu u prilog argumentu da pretresno vijeće, po završetku izvođenja dokaza optužbe, ima pravo u graničnim slučajevima donijeti koначnu presudu da se na osnovu dokaza ne može utvrditi krivica, čak ako i prihvati da bi razumni presuditelj na osnovu dokaza (ako su prihvaćeni) mogao donijeti osuđujuću presudu.

12. Međutim, u slučajevima koji nisu granični, mišljenje koje ja prihvaćam kao tačno jest da „ako se pretpostavi da je optužba izvela minimum dokaza neophodan da bi svoju tezu predstavila na takav način da bi razumni presuditelj mogao donijeti osuđujuću presudu, sudije-pojudinci bi trebali dopustiti da suđenje ide svojim tokom, a ne na osnovu zahtjeva donijeti oslobađajuću presudu“.¹⁰ Zapravo, u takvim slučajevima se primjenjuje opšte pravilo da bi se spriječilo sudije-pojudnice nižih sudova da djeluju tako kao da donose definitivan nalaz o krivici ili nevinosti.

13. Tačno je da Pretresno vijeće u ovom predmetu nije postupalo kao da je riječ o običnom nedostatku dokaza. Isto tako, ja nisam imao dojam da je

8 Vidi *Emmins on Criminal Procedure*, 5. izdanje (London, 1992), str. 194, parag. 12.8.3, i Seabrooke i Sprack, *Criminal Evidence and Procedure: The Statutory Framework* (London, 1996), str. 303, parag. 22.3.

9 *R. v. Galbraith*, *supra*.

10 *Blackstone*, *supra*, str. 1562, parag. D19.8.

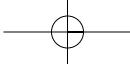
Presuda Žalbenog vijeća / Djelimično protivno mišljenje sudije Shahabuddeena

Vijeće predmet shvatio kao granični. Dakle, vrijedilo je opšte pravilo koje ne dopušta Vijeću da o pitanjima vjerodostojnosti odlučuje kao da donosi definitivan nalaz o krivici ili nevinosti. U predmetu kao što je ovaj, mislim da Vijeće to nije moglo učiniti.

14. Konkretno, čini mi se (izuzev u jasnim slučajevima nedovoljnosti dokaza, u kojima odluka ide u prilog odbrane) da pri odlučivanju o nepostojanju dokaza, koje treba pobijati time što će se u toku suđenja pokušati presuditi o krivici, postoji opasnost da će optuženi, u slučaju da je odluka o nepostojanju dokaza na njegovu štetu, imati osjećaj da je pretresno vijeće donijelo konačni nalaz da je kriv, pa bi iz njegove perspektive sve kasnije izvođenje dokaza i prezentiranje argumenata odbrane bilo upućeno sudu koji je već stvorio zaključak o ishodu predmeta. Ne može biti ispravno izazvati takav nedostatak povjerenja u sudski postupak.

15. Zbog tih razloga, iako prihvatom težinu argumenta da u predmetu *Delalić* nije uzet u obzir razvoj sudske prakse, ne smatram da je taj argument dovoljno jak da bi pružio opravdanje da se u slučaju ovog konkretnog pitanja odstupi od odluke iz tog predmeta.

16. Kao drugo, postavlja se pitanje primjene ispravnog testa. Pretresno vijeće je spomenulo elemente dokaznog materijala optužbe. Međutim, iako je Vijeće pokušalo donijeti konačnu procjenu dokaza, i uz pretpostavku da je to i moglo učiniti, ono nije spomenulo moguće zaključke koje bi neki presuditelj činjenica eventualno bio u mogućnosti da razumno izvede iz tih elemenata. Na primjer, u fusnoti 125 svoje presude Vijeće je pribilježilo sljedeće: „Navodno su ta tijela zatim bila utovarena u hladnjaču ... a druga bačena u rijeku Savu...“ Prvi dio ove kratke izjave citirane u fusnoti odnosi se na svjedočanstvo da je hladnjača kompanije „Bimeks“ redovito odvozila deset do dvadeset tijela dnevno. Ako je taj dokaz prihvaćen, njegove se implikacije moraju dovesti u vezu sa dokazima o tome da je glavnina ubijenih pripadala jednoj konkretnoj etničkoj grupi ljudi protiv koje je respondent imao diskriminatornu namjeru na osnovu njihove etničke pripadnosti, na što je ukazivao golemi dio dokaza (o čemu je Pretresno vijeće u stvari i donijelo nalaz). To bi potom otvorilo mogućnost razumnom presuditelju da na temelju dokaza doneše nalaz da su životi bili uništavani na sistematičan i organiziran način; da je osnov sistema i organizacije bio to da će se ljudi uništavati zbog toga što su pripadnici određene entičke grupe; da je respondent, iako nije bilo dokazano da je bio stvarni komandant logora, imao *de facto* vlast nad zatvorenicima kada se radilo o njihovom životu i smrti; da su oni njega vidjeli kao nekoga ko raspolaze takvom vlašću; da je on shvatao da oni njegovu vlast smatraju neupitnom



Presude/Goran Jelišić

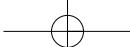
i da ga se, u stvari, boje; da je on tu vlast koristio kako bi izvršavao organizirane likvidacije; i da je prema tome njegova namjera bila da uništi ljudе kao pripadnike jedne etničke grupe. Nije potrebno razmatrati da li je on djelovalo sam i što su pravne implikacije ako jest. Postoje dokazi da je on bio povezan sa drugim vojnim licima i jednom razumnom presuditelju je bio otvoren put da dođe do zaključka kako su logor, koji nije bio mali, uspostavili drugi i njime upravljali, te da optuženi ne bi bio imao mogućnost da učini ono za što se tvrdi da je činio tokom određenog vremenskog razdoblja bez odobrenja ljudi koji su bili na položajima višim od njegovog.

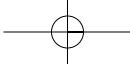
17. Sve ovo odnosi se na elemente dokaza optužbe na koje se pozivalo Pretresno vijeće. Međutim, kao što se jasno vidi iz ove današnje presude, postojali su elementi koji su isto tako pripadali tim dokazima a na koje se Pretresno vijeće nije pozvalo. Da li je Pretresno vijeće imalo pravo ne spomenuti te dokaze? Vijeće nije zauzelo stav da su dokazi na koje se ne poziva bili potpuno uništeni tokom unakrsnog ispitivanja ili da su bili očigledno nepouzdani, tako da nije potrebno razmatrati taj stav, čak da je i bio iznesen. Pretresno vijeće se nije pozvalo na dokaze optužbe u njihovoj cjelini zato što je primijenilo pogrešan test. Vijeće je koristilo samo onaj materijal koji je smatralo relevantnim za taj test, lišivši sebe prednosti da se može poslužiti većim opsegom materijala, koji bi mu ispravni test stavio na raspolaganje. Da se koristio cijelokupni dostupni materijal, razumni presuditelj ne bi mogao doći do nalaza da su dokazi optužbe (ako se prihvate) nedovoljni za osuđujuću presudu u okviru značenja pravila 98bis(B) Pravilnika o postupku i dokazima Međunarodnog suda.

18. Zbog tih i drugih razloga navedenih u presudi Žalbenog vijeća slažem se sa mišljenjem većine da je Pretresno vijeće pogriješilo kada je po završetku izvođenja dokaza optužbe donijelo nalaz da su dokazi nedovoljni za osuđujuću presudu, donijevši potom na osnovu toga oslobođajuću presudu.

19. Treće pitanje koje se postavlja jest da li Žalbeno vijeće, usprkos svom nalazu da je donošenje oslobođajuće presude bilo pogrešno, može odlučiti da ne vrati predmet na dalji postupak. Ja smatram da Vijeće to može uraditi.

20. Tužilac je naravno nezavisan, i valja razmisliti o tome da li je njegov rad protivpravno kompromitiran odlukom po žalbi u kojoj se iznosi mišljenje da je počinjena pogreška time što je Pretresno vijeće zaustavilo predmet, no da usprkos tome predmet ne treba vraćati na dalji postupak. To bi mogao biti interesantan argument. Međutim, njegova snaga je umanjena uslijed okolnosti da pravo tužioca da nastavi sa predmetom ovisi o tome hoće li predmet biti vraćen na prvostepenu instancu. Da li će predmet biti vraćen na dalji postu-





Presuda Žalbenog vijeća / Djelimično protivno mišljenje sudske posudbe Šahabuddeena

pak ovisi pak o načinu na koji Žalbeno vijeće vrši svoje ovlasti koje mu daje član 25(2) Statuta da „potvrdi, poništi ili preinači odluke pretresnih vijeća“. Ja se uz dužno poštovanje slažem sa Žalbenim vijećem da su te ovlasti dovoljno široke da daju diskreciono pravo da se odgovarajući predmet ne vrati na prvostepenu instancu, pri čemu to diskreciono pravo treba naravno primjenjivati racionalno, a ne na arbitratarno. Sa tim u vezi slijedio bih sudsku praksu koja sugerire da je čak i u onim slučajevima u kojima žalbeni sud smatra da je sud na nižoj instanci počinio pogrešku time što je usred suđenja donio oslobađajuću presudu, žalbeni sud ovlašten donijeti odluku da se predmet ne vrati na dalji postupak.¹¹ Odluka da se predmet vrati na dalji postupak temelji se na nalazu o počinjenoj pogrešci, no iz toga nužno ne slijedi da se predmet mora vratiti. Moguće je da pravično rješenje predmeta obuhvata i druge elemente koje Žalbeno vijeće mora uzeti u obzir.

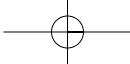
21. Donekle može biti od pomoći čitanje odluke Žalbenog vijeća u predmetu *Aleksovski*.¹² Istina je, žalba optužbe odnosila se jednim svojim dijelom na oslobađajuću presudu donesenu na kraju cijelog predmeta, a ne usred suđenja. Usprkos tome, pristup Žalbenog vijeća može biti od koristi. Optužba se žalila na oslobađajuću presudu po tačkama 8 i 9 optužnice, tvrdeći da je Pretresno vijeće primijenilo pogrešan test prilikom donošenja određenih zaključaka. Žalbeno vijeće se složilo s optužbom po tom pitanju, no s obzirom na određene razloge, odbilo je ukinuti oslobađajuću presudu, odbivši tako i uvađanje predmeta Pretresnom vijeću kako bi donijelo nalaze primjenom ispravnog testa. U paragrafu 154 presude stoji:

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

22. Čini mi se da se i u tom predmetu isto tako moglo reći da to što predmet nije vraćen na nižu instancu predstavlja ometanje rada tužioca. Čini se, međutim, da se Žalbeno vijeće rukovodilo obzirima pravde koji su išli dalje od obavljanja statutarnih funkcija tužioca. Čini se da se sličan pristup može primijeniti i ovdje. Žalbeno vijeće raspolaže ovlastima da predmet ne vrati na prvostepenu instancu.

11 Vidi, *inter alia*, *Botton v. Secretary of State for the Environment* [1992] 1 PLR 1; *Griffith v. Jenkins* [1992] 2 A. C. 76, H. L.; *Director of Public Prosecution v. Cosier*, Q. B. D., 5. aprila 2000, i *R.v.Barking and Dagenham Justices, ex parte Director of Public Prosecution* [1995] Crim LR 953. Navodi se da specifičnosti nisu relevantne za opšte pitanje.

12 IT-95-14/1-A, od 24. marta 2000.



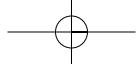
Presude/Goran Jelišić

23. Četvrti pitanje tiče se sljedećeg: zbog navedenih razloga slažem se sa Žalbenim vijećem da ono raspolaže ovlastima da predmet ne vrati na dalji postupak. Međutim, smatram da te ovlasti u ovom predmetu nisu primijenjene na ispravan način. Čini mi se da kada Žalbeno vijeće podržava suštinu žalbe optužbe na donošenje oslobođajuće presude usred suđenja (kao što je to učinilo u ovom predmetu), logično bi bilo predmet vratiti na dalji postupak. Odluka da je oslobođajuća presuda bila pogrešna, no da predmet ipak ne treba vratiti na dalji postupak, mora se temeljiti na izuzetnim razlozima. U paragrafu 77 svoje presude Žalbeno vijeće doista kaže da djeluje u „izuzetnim okolnostima“, no ja nisam uvjeren da postoje okolnosti takvog kalibra.

24. Respondent je proveo tri i po godine u pritvoru. Ne može se, međutim, uvjerljivo tvrditi da bi u predmetu ovakve vrste bilo nepravično nastaviti postupak nakon što se završilo sa normalnom žalbenom procedurom. Činjenica da respondent nije pridonio pogrešci Pretresnog vijeća nije odlučujuća. Glavni razlog u argumentaciji da predmet ne bi trebalo vratiti na dalji postupak jest okolnost da je, kao što je Žalbeno vijeće podsjetilo u paragrapu 76 svoje presude, Pretresno vijeće za respondenta preporučilo „psihološki i psihijatrijski tretman i praćenje“. No, kao što je Žalbeno vijeće primijetilo u paragrapu 70 svoje presude, Pretresno vijeće je isto tako odbacilo njegovu tvrdnju, koja je počivala na „psihijatrijskoj osnovi“, da nije sposoban za suđenje. Žalbeno vijeće je nadalje primijetilo da se tokom suđenja koje je uslijedilo on nije „branio neuračunljivošću“, te da „u ovom predmetu nije ustanovljena mentalna neuravnoteženost“. Dakle, ne postoji dokazana bolest kao opravdanje za odluku da se ne nastavi sa postupkom.

25. Istina, respondentu je izrečena osuđujuća presuda za druga krivična djela povezana sa istim činjenicama, no to nije odlučujuće. Isto tako, ne radi se niti o pukom akademskom pitanju razjašnjenja pravnog značenja pojma namjera. Radi se o tome da se očita pravi razmjer njegovog krivičnog ponašanja u vezi sa navodima o težini djela. Postupak Pretresnog vijeća u odnosu na tu konkretnu optužbu nije nevažni događaj u osporovanom postupku koji se odnosio i na druga pitanja. Jedino je ovaj postupak osporen u cijelom predmetu. Moje je mišljenje da faktori koje je iznijela većina, iako značajni, ne daju dovoljno jako uporište za odluku da se predmet ne vrati na prvostepenu instancu. Ako se tokom nastavka postupka ustanovi da je respondent kriv, elementi koji sada predstavljaju oslonac za odluku o tome da se predmet ne vrati na dalji postupak mogu se uzeti u obzir prilikom određivanja kazne.

26. Statut ne propisuje hijerarhiju kazni za razna krivična djela kojima se bavi, tako da ne bi bilo ispravno postupati na osnovi da za neko pojedinačno krivično



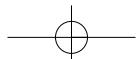
Presuda Žalbenog vijeća / Djelimično protivno mišljenje sudskega sudabuddeena

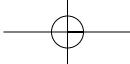
djelo automatski postoji veća kazna nego za neko drugo. Međutim, prilikom određivanja kazne za genocid pretresno vijeće mora u obzir uzeti karakter kričnog djela, a osobito činjenicu da se to djelo smatra „zločinom nad zločinima“. Riječ je o uistinu vrlo teškom djelu. Nema razloga za pretpostavku da respondent, da je bio proglašen krivim za genocid, ne bi dobio kaznu zatvora veću od 40 godina, koju je dobio za druga krična djela za koja se izjasnio krivim. Čak i ako proglašena kazna ne bi bila veća, potreba da se opiše pravi razmjer njegovog kričnog ponašanja u vezi sa tom osobito važnom optužbom opravdala bi odluku o vraćanju predmeta na prvostepenu instancu. Koje će korake preduzeti tužilac ako se predmet vrati na dalji postupak, drugo je pitanje.

27. U paragrafu 75 svoje presude Žalbeno vijeće govori o „*ad hoc* prirodi Međunarodnog suda“, o „neizvjesnoj dužini trajanja“ institucije i o tome da su njeni „resursi ograničeni u smislu zaposlenih“. To su pitanja koja nisu u vezi sa meritumom predmeta. Mislim da se pritom koristi argument racionalizacije sudskega postupka. Međutim, meni se čini da se pritom nije mislilo na racionalizaciju sudskega postupka u smislu toga da odluka treba biti motivirana dostatnim razlogom ili razlozima, a ne i nepotrebnim. Racionalizacija, u smislu obezbjeđivanja efikasnosti djelovanja sudskega sistema Međunarodnog suda, bez sumnje je prihvatljiv razlog u odlučivanju o tome kako će se rasporediti oskudni sudske resursi, ali u okolnostima u kojima djeluje Međunarodni sud čini mi se da ovlasti vijeća da zbog takvih obzira preduzmu korak okončanja nekog postupka moraju biti pažljivo ograničene na predmete u kojima se neka konkretna optužba s pravom može opisati kao suvišna ili kao nedovoljna da bi potakla sudske akcije.¹³ Ne mislim da se to ovdje može reći.

28. U paragrafu 77 svoje presude Žalbeno vijeće kaže da je njegova odluka da odbije poništiti oslobađajuću presudu i vratiti predmet na dalji posupak „u interesu pravde“. Ono što je „u interesu pravde“ mora takođe biti i „u javnom interesu“, što je fraza upotrebljena u paragrafu 73 presude. Prihvaćeno je da javni interes može tražiti prekid postupka koji je opresivan (čak i ako je inače opravdan). Žalbeno vijeće nije ustanovilo da bi nastavak postupka bio opresivan. Nadalje, valja praviti razliku između razmatranja koja se tiču samo kazne i onih, koja se - mada se bave kaznom - izdižu do razine javnog interesa za obustavljanje postupka. Teško je zamisliti kako bi se bilo koji proces odmjeravanja interesa pojedinca prema opštem interesu mogao okončati u prilog pojedincu. Zaštita javnih interesa ili pravosudne politike često se koristi kako bi se opravdale razne odluke, osobito one u građanskim parnicama. Međutim,

13 Vidi, općenito, *United States of America v. Hooper*, (1970) 139 U. S. App. D. C. 171 i *United States of America v. Lindsey*, (1995) 310 U. S. App. D. C. 300.





Presude/Goran Jelišić

u krivičnim predmetima valja primijeniti određeni oprez. Kao što je rečeno u jednom predmetu:

Interesi pravde ne ograničavaju se na interes tužioca i optuženog u nekom konkretnom predmetu. Oni uključuju i javni interes ... da one osobe koje su krive za teška krivična djela trebaju biti izvedene pred lice pravde i ne smiju izbjegći pravdu samo zbog nesmotrene tehničke pogreške sudije do koje je došlo tokom vođenja suđenja.¹⁴

29. Sud ne bi smio lukavo koristiti javni interes kao osnovu za prekidanje nekog predmeta na temelju razloga kojima se adekvatno može udovoljiti kaznom na uobičajeni način. U ovom predmetu ne postoji ništa u iznesenim argumentima što bi mi dalo mogućnost da zaključim kako je interes međunarodne zajednice u vezi sa sudskom provjerom navoda o teškom kršenju međunarodnog humanitarnog prava zadovoljen nalazom da, iako je Pretresno vijeće počinilo pogrešku time što je prekinulo postupak po tako teškoj optužbi kao što je ona za genocid, taj postupak ipak ne treba nastaviti. Ja bih ovaj predmet vratio na dalji postupak.

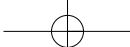
PROTIVŽALBA

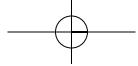
30. Smisao protivžalbe odnosi se na pitanje kumulativnih osuđujućih presuda. Protivžalilac (ranije spomenut kao respondent) je osuđen, *inter alia*, za isto poнаšanje kao za ratni zločin prema članu 3 Statuta i kao za zločin protiv čovječnosti prema članu 5. On tvrdi da je jedan od zločina, ne navodeći koji, blaži zločin koji predstavlja sastavni dio onog drugog, težeg, te da su stoga isključene kumulativne osuđujuće presude. Žalbeno vijeće je odbacilo tu tvrdnju. Ono smatra da svaki zločin ima neki jedinstveni element, pri čemu je taj jedinstveni element zločina prema članu 3 neophodnost dokazivanja da je postojala tjesna veza između djela koje je počinio optuženi i oružanog sukoba, dok jedinstveni element zločina prema članu 5 jeste uslov da je djelo koje je počinio optuženi bilo dio rasprostranjenog ili sistematskog napada usmjerenog protiv civilnog stanovništva. Stoga nijedno krivično djelo nije sadržano u drugom.

31. Da li je ovakav pristup ispravan? Konkretno, da li je Žalbeno vijeće u pravu što uslov postojanja tjesne veze posmatra kao element za upoređivanje? Zastupajući takav stav Žalbeno vijeće je slijedilo stav većine sudija u predmetu *Delalić*.¹⁵ Međutim, smatram da je moja dužnost da razmotrim stav ma-

14 *Au Pui-Kuen v. Attorney-General of Hong Kong* [1979] 1 All ER 769, PC.

15 IT-96-21-A, od 20. februara 2001.





Presuda Žalbenog vijeća / Djelimično protivno mišljenje sudskega sudije Shahabuddeena

njine u tom predmetu, da navedem da li se slažem s njim i, ako se slažem, da iznesem mišljenje o tome da li postoje ubjedljivi razlozi iz kojih bi ovo Vijeće trebalo dati primat tom stavu, a ne stavu koji je u tom predmetu izrazila većina sudskega sudija.

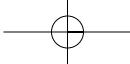
32. Argumentovani stav¹⁶ manjine sudskega sudija u predmetu *Delalić* (koji se, naravno, ne odnosi na uslov tijesne veze) prihvata test „različitih elemenata“ koji je u tom predmetu koristila većina sudskega sudija, ali uz jednu važnu kvalifikaciju: zagovornici tog stava smatraju da bi se prilikom primjene tog testa „uzimali u obzir samo elementi koji se odnose na ponašanje i stanje svjesti optuženog“. Osim u sekundarnom smislu (koji ovdje nije potrebno razmatrati), iz elemenata koji se trebaju upoređivati treba isključiti uslove koji zadaju „pravne preduslove vezane za okolnosti dotičnih krivičnih djela“ ili koji „daju kontekst u kojem je izvršeno krivično djelo“ (dalje u tekstu: stav o preduslovima). Takvi uslovi su „elementi“ krivičnog djela i njih se mora dokazati, ali oni „u praksi nisu relevantni za ponašanje i stanje svjesti optuženog“ i stoga ne bi bili uključeni u upoređivanje elemenata jednog zločina sa elementima drugog. Po mišljenju većine sudskega sudija, svi bi se elementi uzeli u obzir prilikom upoređivanja. Čini mi se da to predstavlja temeljnu razliku. Stoga se postavlja pitanje koje je od ova dva različita stajališta ispravno.

33. Kod odgovaranja na to pitanje od pomoći je razmotriti postavku da se optuženi ne može kazniti više puta za isto ponašanje. Moguće je tvrditi da ovakav stav nije nužno ispravan; da je dopustivost višestrukih kazni za isto ponašanje pitanje tumačenja namjere pravnih akata; da se polazi od pretpostavke da takvo kažnjavanje nije namjera pravnih akata; ali da se ta pretpostavka može prevazići upotrebom jasnog jezika; te da, kad je ta pretpostavka prevaziđena, višestruko kažnjavanje za isto ponašanje jeste dopustivo.¹⁷ Teško je, međutim, u Statutu Međunarodnog suda pronaći prostor za takvu namjeru. Stoga, iako naginjem ka mišljenju da dotična postavka nije univerzalno tačna, slažem se s tim da Međunarodni sud za isto ponašanje smije kazniti samo jednom.

16 Izdvojeno i različito mišljenje sudskega sudije Davida Hunta i sudskega sudije Mohameda Bennoune u predmetu *Delalić*, IT-96-21-A, od 20. februara 2001, parag. 25 i dalje.

17 Vidi *Missouri v. Hunter*, 459 U. S. 359 (1983), str. 368-369, gdje je predsjednik Vrhovnog suda Burger prilikom izricanja mišljenja Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država rekao da „u slučajevima kad je pravnim aktima konkretno odobreno kumulativno kažnjavanje po djelima statutarnim odredbama, bez obzira na to da li te dvije statutarne odredbe stavljuju van zakona ‘isto’ ponašanje po testu *Blockburger*, zadatok suda da na pravilan način protumači pravne akte jeste svršen i tužilac može tražiti, a sud ili porota izreći kumulativnu kaznu po tim statutarnim odredbama u toku jednog suđenja“.





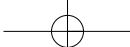
34. U svakom slučaju, optuženi bi trebao biti kažnjen za svoje kriminalno ponašanje i samo za svoje kriminalno ponašanje.¹⁸ Može se reći da za utvrđivanje nečega tako elementarnog nije potreban veći sudski napor. Važno je, međutim, naglasiti to načelo, makar i samo zbog toga što ono upozorava na potrebu osiguravanja da na presudu ne utiču činjenično uticajna, ali pravno irelevantna razmatranja. Jer, koliko god se to načelo činilo jasnim, može doći do poteškoća kod njegove primjene. Poteškoće se često javljaju u slučajevima kad isto ponašanje optuženog posjeduje različite aspekte. Neki aspekti mogu biti relevantni za jedno krivično djelo, neki za drugo krivično djelo, dok neki, naravno, mogu biti zajednički za dva ili više krivičnih djela. Da bi se u obzir uzela cjelina kriminalnog ponašanja optuženog, može se pokazati neophodnim da ga se osudi za sva krivična djela, s tim što bi se preklapanje osuđujućih presuda uskladilo kaznom. Ali kazna je jedno, a osuda drugo; kao što je poznato, čak i u slučajevima kad se ne izrekne materijalna kazna, osuđujuća presuda može imati određene posljedice po optuženog.

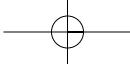
35. Stoga je očito da kumulativne osuđujuće presude treba dopustiti samo u slučajevima gdje postoje istinske razlike između krivičnih djela; treba se izbjegići dupliranje. Kako? Upoređivanjem elemenata dotičnih krivičnih djela s ciljem utvrđivanja da li se oni u suštini odnose na isto krivično ponašanje. Uprkos tome, budući da je svrha utvrđivanje da li se radi o istom krivičnom ponašanju, ukoliko neki element nije od značaja za krivično ponašanje optuženog, potraga za pravdom zahtijeva da se takav element isključi iz postupka upoređivanja. U tom slučaju postavlja se pitanje da li je uopšte moguće da neki element krivičnog djela koji je prihvaćen kao takav bude irelevantan za krivično ponašanje optuženog. Pritom se nameću sljedeća razmatranja.

36. Prvo, postavlja se pitanje pravnih izvora. Nemam utisak da je do sada kao izvor naveden, niti se to na ubjedljiv način može učiniti,¹⁹ bilo koji konkretni predmet u kojem je donesena presuda, bilo pred nacionalnim, bilo pred međunarodnim sudom, koja ide u prilog stavu da neki prihvaćeni element krivičnog djela ne mora biti relevantan za krivično ponašanje optuženog.

¹⁸ Vidi Izdvojeno i različito mišljenje, *supra*, parag. 26; vidi i parag. 27, *ibid.*

¹⁹ Vidi i uporedi *Grady v. Corbin*, 495 U. S. 508 (1990), u kojem se prednost daje testu „istog ponašanja“, te *United States v. Dixon*, (1993) 113 S. Ct. 2849, u kojem je poništen taj test i ponovno uspostavljen test „istih elemenata“ iz predmeta *Blockburger v. United States*, 284 U. S. 299 (1932). To što je za ovo pitanje vezano i načelo *non bis in idem (double jeopardy)* ne utiče na primjenjivost tog temeljnog načела koje leži u osnovi, iako se, kao što pokazuje literatura, priznaje da ima prostora za diskusiju.





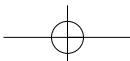
Presuda Žalbenog vijeća / Djelimično protivno mišljenje sudske posudbe Šahabuddeena

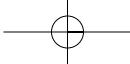
37. Drugo, to se pitanje može razmatrati u vezi s predloženim primjerom. To se odnosi na uslov dokazivanja da je žrtva teškog kršenja bila „zaštićena“ osoba u smislu značenja člana 2 Statuta Međunarodnog suda. Može se reći da status žrtve kao „zaštićene“ osobe jeste tehnički uslov za funkcioniranje te odredbe, da taj status nije morao biti od značaja za optuženog prilikom počinjenja krivičnog djela, te da stoga on nije relevantan za krivično ponašanje optuženog. Ovaj način gledanja na to pitanje je privlačan. Da li je i ispravan?

38. Nesumnjivo je da je dotični uslov zaista element krivičnog djela. Možda se, međutim, može reći nešto o tome, ako ni zbog čega drugog, ono zbog implikacija po krivično ponašanje optuženog. Čini se razumnim pretpostaviti da uslov koji je zakonodavac smatrao nužnim u definiciji ponašanja od kojeg je namjeravao zaštiti društvo jeste element krivičnog djela, bez obzira gdje je taj uslov naveden u tekstu. Kad se radi o nekom krivičnom djelu prema članu 2, zabilježeno ponašanje nije moguće definisati osim u odnosu na kategoriju osoba koje se želi zaštiti od tog ponašanja. S tim u vezi, ova odredba zahtjeva dokazivanje da je žrtva bila „zaštićena“ osoba. Ovaj uslov je naveden u opštem uvodnom dijelu te odredbe. Time se ništa ne mijenja jer je uobičajena praksa kod sastavljanja pravnih akata da se elementi koji su zajednički za više konkretno pobrojanih odredaba zbirno navedu u uvodnom dijelu odredbe. Ono što je važno jeste to da dotični uslov ne leži izvan dotičnog krivičnog djela; on je integralni dio samog krivičnog djela. Tvrđnja da ukoliko se ne dokaže činjenice koje pokazuju da je žrtva imala status „zaštićene“ osobe jednostavno nije ni bilo krivičnog djela prema ovom članu u skladu je sa međunarodnim običajnim pravom. Takav uslov, dakle, predstavlja element krivičnog djela.

39. Ako je takav uslov element krivičnog djela iz člana 2, koje se odnosi na teške povrede, može li se on zanemariti prilikom razmatranja krivičnog ponašanja optuženog koji je počinio dotično krivično djelo? Mislim da ne može. Ako se optuženi tereti za teške povrede, onda se, bez obzira na to šta je stvarno počinio i koliko je skandalozno to njegovo djelo, ne može reći da je on učestvovao u krivičnom ponašanju po toj odredbi ukoliko se ne dokaže taj element u vezi sa statusom žrtve kao „zaštićene“ osobe. On bi svoju odbranu mogao zasnovati samo na osporavanju dokazivanja tog elementa. U stvari, on bi mogao da prizna svoja djela, ali da kaže da prema pravnim aktima po kojima je optužen to nisu bila krivična djela zato što taj element nije dokazan. Zato pitanje da li je njegovo ponašanje bilo krivično ponašanje ovisi, između ostalog, o tom elementu.

40. To se pitanje takođe može posmatrati sa stanovišta namjere s kojom je optuženi djelovao: nešto što čini dio njegove namjere mora biti relevantno za



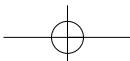


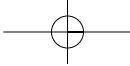
Presude/Goran Jelišić

njegovo krivično ponašanje. Član 2 Statuta zabranjuje „djela protiv osoba ... zaštićenih...“ Optužba mora da dokaže da je djelo koje je optuženi počinio bilo usmjereni „protiv osoba ... zaštićenih...“ To se ne može dokazati osim ukoliko ne postoje dokazi da je žrtva imala taj status i da je optuženi bio svjestan toga. Čini se da je ta svijest neodvojivi element namjere s kojom je optuženi djelovao. Ali čak i ako optuženi ne prizna djelo, ne moraju se pojaviti nerješivi problemi u vezi s dokazima: na osnovu objektivnih činjenica sud može, na uobičajeni način, zaključiti da je žrtva imala taj status i da je optuženi znao²⁰ za to. Ako se to dokaže, onda je namjera optuženog da nauđi žrtvi koja, po njegovom znanju, ima taj status, bila relevantna za njegovo krivično ponašanje. Ovako se, na primjer, može pristupiti članu 2(h) Statuta, u kojem se govori o „uzimanju civila za taoce“. Ukoliko se dokaže da je optuženi sudjelovao u „uzimanju civila za taoce“, onda je eventualno potrebno još vrlo malo učiniti da bi se pokazalo da je on to učinio upravo zato jer je znao da su oni bili zaštićene osobe. Bilo bi teško shvatiti zašto njegova namjera da ih uzme za taoce unatoč znanju da su oni zaštićene osobe ne bi bila relevantna za njegovo krivično ponašanje.

41. Elementi krivičnog djela naravno ne obuhvataju jurisdikcione i proceduralne uslove; ti uslovi razgraničavaju i regulišu ovlasti sudskih tijela za sankcionisanje krivičnih djela i pretpostavljanje postojanja krivičnog djela. Međutim, isključivši te uslove, čini se očiglednim da zakonodavac prilikom definisanja nekog djela kao krivičnog djela koristi izvjesne elemente kako bi definisao ponašanje od kojeg želi da zaštiti društvo (uključujući i žrtvu). Krivično djelo se ne može razumjeti bez uzimanja u obzir svih elemenata koji ga čine: ono je sastavljeno od elemenata, a oni ga definišu. Optuženi čije ponašanje uključuje počinjenje krivičnog djela počinio je takvo djelo kakvim su ga definisali svi njegovi elementi. Svaki element krivičnog djela relevantan je za utvrđivanje kriminalnosti njegovog ponašanja. Teško je raščlaniti elemente krivičnog djela i tvrditi da su neki relevantni za krivično ponašanje optuženog, a neki nisu. Ostavivši po strani probleme subjektivnosti koje bi to uključilo, čini mi se da kad se nešto jednom prihvati kao element krivičnog djela, onako kako je ono definisano pravnim aktima, onda sudovi moraju revnosno uzeti taj element u obzir prilikom upoređivanja elemenata u svrhu utvrđivanja da li je moguće izreći kumulativne osuđujuće presude.

20 Vidi s ovim u vezi *Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court /Izveštaj pripremne komisije za Međunarodni krivični sud/, PCNICC/2000/INF/Add.2, UN General 6. juli 2000*, u kojem se, u članu 8(2)(a) na str. 18, navodi da je „počinilac bio svjestan činjeničnih okolnosti kojima je uspostavljen taj zaštićeni status“, što predstavlja formulu kojom se, kako se smatra, izbjegava čisto subjektivni pristup pitanju znanja uz poštivanje uobičajenih uslova *mens rea*.





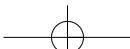
Presuda Žalbenog vijeća / Djelomično protivno mišljenje sudsije Shahabuddeena

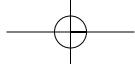
42. Čini mi se da jedino ovakvim postupanjem krivičnopravni sistem može uzeti u obzir sve javne interese koji se žele zaštiti. Iako konkretno ponašanje može biti istovjetno, ono može ugrožavati različite javne ineterese; moguće je da prisustvo jedinstvenih elemenata ukazuje upravo na postojanje tih različitih javnih interesa. Tako uslov iz člana 2 Statuta po kojem se mora dokazati da je žrtva bila zaštićena osoba dokazuje legitiman interes društva u međunarodnom okviru da se pruži zaštita osobama koje se nalaze u takvoj situaciji. Ali društvo u međunarodnom okviru može imati jednak legitiman interes da se zaštiti dobrobit iste te žrtve u drugoj situaciji. Različite se situacije u odnosu na jednu žrtvu mogu preklapati; međutim, one se preklapaju a nisu istovjetne, mada se može desiti da je objema njima nanesena šteta istim djelom. Optuženi koji je proglašen krimin za „hotimično lišavanje života“ osobe „zaštićene“ u smislu člana 2 naudio je interesu društva u međunarodnom okviru koji je različit od onog interesa tog društva koji je povrijeđen ukoliko je „hotimično lišavanje života“ (kad se ono smatra „ubistvom“) takođe počinjeno kao dio rasprostranjenog ili sistematskog napada usmjerjenog protiv civilnog stanovništva, kako je to predviđeno u članu 5. Puna zaštita ovih različitih društvenih interesa zahtijeva izricanje kumulativnih osuđujućih presuda. Izricanje samo jedne osuđujuće presude značilo bi zanemarivanje povreda drugih interesa društva u međunarodnom okviru i propust da se opiše pravi razmjer krivičnog ponašanja optuženog. Kazna je, naravno, sasvim drugo pitanje.

43. Treće, može se pojaviti problem nastojanja da se pomire ideje koje nije lako dovesti u sklad. Uvažava se postojanje teze da neki element može da se nalazi u prirodi preduslova za formiranje *mens rea* i izvršenje *actus reus*, a da se ne nalazi u prirodi preduslova krivičnog djela kao cjeline. Stoga, samo po sebi – i to treba reći – stanovište o preduslovima ne podrazumijeva nedosljednost ako je riječ o uslovu koji istovremeno predstavlja i preduslov za krivično djelo i element tog krivičnog djela. Smatra se, međutim, da međunarodno humanitarno pravo vodi računa o suštini, tako da se ovo pitanje može razmatrati sa tog stanovišta.

44. Kao što je navedeno ranije, stanovište o preduslovima ne bavi se samo ponašanjem optuženog *simpliciter*, nego njegovim „krivičnim ponašanjem“.²¹ Stajalište koje nudim jeste da se može utvrditi da li je njegovo ponašanje *krivično* samo ako se u obzir uzme svaki pojedini element krivičnog djela. Prema tom stajalištu došlo bi do poteškoća kod stava da neki uslov može istovremeno biti i preduslov za krivično djelo i element tog krivičnog djela; *ex hipote-*

21 Vidi Izdvojeno i različito mišljenje, *supra*, parag. 26; kurziv u originalu. Vidi i parag. 27, *ibid.*





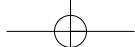
Presude/Goran Jelišić

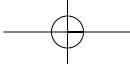
si, to nije moguće. Stav prema kojem je to moguće u koliziji je sa stavom da, kao što kaže jurisprudencija, nešto ne može istovremeno biti i ne biti.²²

45. Ove poteškoće nisu prepreka shvatanju da je pitanje na koje se odnosi stajalište o preduslovima važno za ostvarenje zadatka Međunarodnog suda da sprovodi pravdu. Kad bih smatrao da je to stajalište očito bolje, lično ne bih okljevao da iznesem mišljenje da bi ovo žalbeno vijeće trebalo dati primat tom stajalištu, a ne stavu većine sudija u predmetu *Delalić*. Međutim, iz navedenih razloga ne mogu reći da smatram to stajalište ubjedljivim; po mom mišljenju, zadatak Međunarodnog suda da sprovodi pravdu bolje će se ispuniti ako se usvoji stav većine sudija.²³

46. Iz tih razloga smatram da je ovo žalbeno vijeće postupilo ispravno zauzevši stav da se uslov tijesne povezanosti, kao element krivičnog djela prema članu 3 Statuta, mora uzeti u obzir prilikom upoređivanja elemenata tog krivičnog djela s elementima krivičnog djela prema članu 5 Statuta u svrhu utvrđivanja da li su kumulativne osuđujuće presude dopustive u odnosu na oba krivična djela.

- 22 Na primjer, „Neka institucija ... ne može u isto vrijeme biti i ne biti“. Vidi *Namibia, I. C. J. Reports 1971* /Namibija, Izvještaji Međunarodnog suda pravde 1971/, na str. 73, prema sudiji Ammounu, koji se složio s većinom. Bez obzira na to kakav stav o ovome preovladava u drugim naučnim oblastima, ovo, po mom mišljenju, predstavlja standardni stav u pravnoj nauci. Stoga, kako je navedeno, „nije uobičajeno istovremeno iznijeti neki argument i njegovu negaciju“. Vidi *Nuclear Tests, Interim Measures (Australia v. France)*, I. C. J. Reports 1973 /Nuklearne probe, privremene mjere (Australija protiv Francuske), Izvještaji Međunarodnog suda pravde 1973/, 99 na str. 153, prema sudiji Grosu, koji se nije složio s većinom.
- 23 To ne znači da lično ne bih htio da pridružim svoje mišljenje o drugim aspektima rezonovanja u predmetu *Delalić*. Nisam siguran da se u paragrafima 419-423 presude u tom predmetu krenulo od prepostavke da je član 3 Statuta Međunarodnog suda ograničen na slučajevе nanošenja povreda osobama koje aktivno ne učestvuju u neprijateljstvima. Ako je tako, onda se mora primijetiti da je u paragrafu (a) te odredbe predviđeno krivično gonjenje za „korištenje otrovnog oružja ili drugog oružja smišlenog za nanošenje nepotrebnih patnji“. Čini se da se na umu imalo i nanošenje povreda pripadnicima suprotstavljenih snaga u sukobu. Takođe, nemam utisak da se paragrafi 412-413 presude u predmetu *Delalić* bave slučajem u kojem svi elementi jednog krivičnog djela jesu istovjetni svim elementima drugog ili drugih krivičnih djela. Moguće je da je do tog propusta došlo zbog mišljenja da se to prema Statutu Međunarodnog suda ne može desiti. Ali to bi bila tema za iznošenje argumenata u nekom podesnom predmetu.





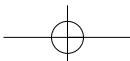
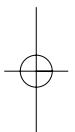
Presuda Žalbenog vijeća / Djelimično protivno mišljenje sudsije Shahabuddeena

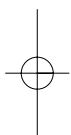
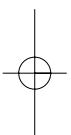
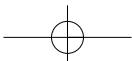
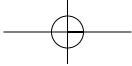
Sastavljeno na engleskom i francuskom jeziku, pri čemu se engleska verzija smatra mjerodavnom.

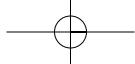
/potpis na originalu/
Mohamed Shahabuddeen

Dana 5. jula 2001.
U Hagu, Holandija

[pečat Međunarodnog suda]







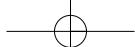
Presuda Žalbenog vijeća / Djelimično protivno mišljenje sudije Wald

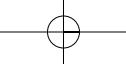
VII. DJELIMIČNO PROTIVNO MIŠLJENJE SUDIJE WALD

1. Slažem se s većinom da je suđenje za genocid na pogrešan način prekinuto odlukom Pretresnog vijeća, *proprio motu*, u skladu s pravilom 98bis, da nema dovoljno dokaza koji bi podržali osuđujuću presudu po toj tački optužnice. Smatram da presuda Žalbenog vijeća i te kako podupire taj zaključak i pokazuje da je Pretresno vijeće primijenilo neprikladan standard, te da bi primjenom odgovarajućeg standarda bilo jasno da bi razuman sud mogao proglašiti Jelisića krivim za genocid van razumne sumnje. Međutim, u takvim okolnostima, ne vidim nikakvog drugog izbora za Žalbeno vijeće osim da predmet vrati Pretresnom vijeću na daljnji postupak. Ne mogu da vidim nigdje u Statutu Međunarodnog suda ni u Pravilniku o postupku i dokazima da se Žalbenom vijeću daju ovlasti da ono samo presudi da se tačka optužnice za genocid treba odbaciti, usprkos tome što postoje dovoljni dokazi u prilog toj tački optužnice.

2. To ne znači da ne saosjećam s motivima mnogih mojih kolega koji žele da se ovaj predmet odmah okonča. Kazna zatvora u trajanju od 40 godina koju je Pretresno vijeće izreklo za kršenja zakona i običaja ratovanja i zločine protiv čovječnosti, za koje se Jelisić izjasnio krivim, jeste, zapravo, kazna doživotnog zatvora za nekoga njegove dobi. Tu je kaznu sada potvrđilo ovo vijeće. Nadalje, potencijali Međunarodnog suda su preopterećeni i možda zaista ima razloga da se prioritet da onim predmetima u kojima se navode zločini koji su planirani i počinjeni na državnom nivou, a ne individualnim ili oportunističkim zločinima. Neki učeni komentatori o problematici genocida naglašavaju da se ozbiljnost ovog „zločina nad zločinima“ ne bi trebala umanjivati tako da se koristi i u slučajevima koji nisu kampanje velikih razmjera, vođene s državnog nivoa čiji je cilj uništenje manjinskih grupa, usprkos tome što bi detaljna definicija genocida iz našeg Statuta dopustila širu primjenu te optužbe.¹ U ovom predmetu, korist od optužbe za genocid kao presedana jeste problematična zbog nesistematskog obrasca po kojem je Jelisić izvršio ubistva, te zbog poremećaja njegove ličnosti. Konačno, stvarna je situacija takva da članovi prvobitnog Pretresnog vijeća neće biti dostupni za vođenje novog suđenja; moralo bi se naimenovati vijeće u novom sastavu kojem bi se ponovno iznosili dokazi koji su već ranije izneseni, a svjedoci koji su došli izdaleka ponovno bi se podvrgli traumi zbog toga što bi morali još jednom da prođu kroz grozote koje su doživjeli.

1 Vidi, na primjer, W. Schabas, *Genocide in International Law* (2000) /Genocid u međunarodnom pravu/, str. 9.





Presude/Goran Jelišić

3. Po mom mišljenju, mnogi od ovih faktora upućuju na to da bi se u ovom trenutku razuman tužilac mogao sasvim lako odlučiti da odustane od optužbe za genocid. Stoga ne bih naložila da se optuženom ponovno sudi u skladu s pravilom 117(C). Ja bih predmet vratila Pretresnom vijeću tako da tužilac može, ukoliko se odluči na to, podnijeti zahtjev u skladu s pravilom 73 za povlačenje optužbe za genocid u svjetlu kasnijih događaja. Ukoliko, međutim, tužilac ustraje na toj optužbi, onda bi se po njoj održalo suđenje. Iz niže navedenih razloga smatram da Žalbeno vijeće ni prema Statutu MKSJ-a (dalje u tekstu: Statut) ni prema Pravilniku o postupku i dokazima (dalje u tekstu: Pravilnik), a ni prema načelima koja se razaznaju u nacionalnim pravosudnim sistemima, nije nadležno da „odbjije ... preinaciti oslobađajuću presudu“² za krivično djelo kojim se tereti, a koje je tako ozbiljne prirode kao što je genocid, i to nakon što je samo to vijeće donijelo mjerodavnu odluku prema kojoj je suđenje prekinuto zbog pogrešno donesene oslobađajuće presude prema pravilu 98bis.

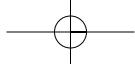
4. Statutom je propisano da nezavisni tužilac predstavlja jedno od tri ravнопravna ogranka Međunarodnog suda. Član 16 glasi: „Tužilac djeluje nezavisno kao zasebni organ Međunarodnog suda“ i „odgovoran je za istragu i krivično gonjenje osoba odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava...“ Članom 19 je regulisano da se optužnica, nakon što ju je pripremio tužilac, dostavlja sudiji pretresnog vijeća, koji je „mora“ potvrditi ukoliko se uvjeri da postoje osnove *prima facie*. Sudije pretresnih vijeća nemaju nikakve ovlasti da odbiju optužnicu ako smatraju da bi njeno prihvatanje dovelo do nerazboritog korištenja potencijala Međunarodnog suda, niti iz bilo kojeg drugog razloga osim nepostojanja osnova za postupak *prima facie*. Nigdje se u Statutu nijednom od vijeća Međunarodnog suda ne daje nadležnost da odbaci optužnicu ili bilo koju tačku optužnice zbog toga što ne smatra odluku tužioca da pokrene postupak razboritom.

5. Štavše, član 25 Statuta ograničava funkciju žalbenog vijeća na razmatranje žalbi utemeljenih na dvjema osnovama:

1. na grešci u primjeni prava koja odluku čini nevažećom; ili
2. na grešci u utvrđivanju činjeničnog stanja zbog koje nije došlo do otvorenja pravde.

Nigdje se ne spominje bilo kakva nadležnost za sprečavanje krivičnog gonjenja u interesu pravde, racionalnosti sudskog postupka ili bilo kojih drugih

2 Presuda većine, parag. 77.



Presuda Žalbenog vijeća / Djelomično protivno mišljenje sudije Wald

razloga. Naprotiv, u skladu s pravilom 117(A), žalbeno vijeće izriče presudu „na osnovu žalbenog spisa“, što upućuje upravo na suprotno.

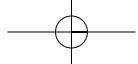
6. Moje kolege se oslanjaju na pravilo 117(C) kojim je regulisano da „žalbeno vijeće može pod odgovarajućim okolnostima naložiti da se optuženom ponovno sudi u skladu s pravom“ smatrajući da je time tom vijeću dodijeljeno šire diskreciono pravo da odluci da li se treba ili ne treba održati ponovno suđenje u okolnostima poput ovih, nakon što je vijeće već presudilo da je Pretresno vijeće počinilo ozbiljnu grešku u primjeni prava time što je prekinulo suđenje. Ovo je pravilo, po mom mišljenju, kreirano u znatno ograničeniju svrhu: da se izričito navede nadležnost koju ima praktično svaki žalbeni sud, kako u zemljama s građanskim pravnim sistemom, tako i u onima sa sistemom *common law*, a to je nadležnost za odlučivanje o tome da li se neka osuđujuća presuda treba smjesta preinačiti i zatvorenik pustiti na slobodu (u slučajevima kad ne postoji dovoljno dokaza za donošenje osuđujuće presude) ili se tom zatvoreniku treba ponovno suditi (u slučajevima kad je prvobitni postupak narušen uslijed proceduralne ili neke druge greške, ali postoji dovoljno dokaza u prilog osuđujućoj presudi). Takvo pravilo jeste mudra i neophodna dopuna lakovskom opisu nadležnosti žalbenog vijeća u Statutu da „potvrди, poništi ili preinaci“ odluke pretresnih vijeća.³ Ono jednostavno služi u onim uobičajenim situacijama u kojima žalbeno vijeće poništi presudu pretresnog vijeća, a pravni lijek je izbor između potpunog poništenja osuđujuće presude i upućivanja na novo suđenje. Čini se da ono nije primjenjivo na ovu novu situaciju u kojoj je optužba uložila žalbu zbog odluke Pretresnog vijeća da se prekine suđenje i ta je žalba usvojena. Ovo se pravilo zaista i bukvalno uopšte ne može primjeniti na ovu situaciju budući da se ovom optuženom, u slučaju da se predmet uputi na ponovno suđenje, ne bi ponovno sudilo; njegovo suđenje uopšte nije dovršeno zbog intervencije Pretresnog vijeća.

7. Nije potrebno napominjati da Pravilnik vijećima ne dodjeljuje veće ovlasti od onih koje su im dodijeljene Statutom, osim ukoliko se ne radi o opštepriznatim ovlastima koje su od suštinskog značaja za funkcionisanje suda.⁴ Ne mogu da se složim s mojim kolegama da „nacionalna sudska praksa daje sudu diskreciono pravo da doneše odluku o tome da ponovljeno suđenje nije potrebno“ u ovakvim okolnostima.⁵ Predmeti vođeni pred američkim sudovima, koje je većina sudija citirala u prilog ovoj tvrdnji, vezani su za ono što je

3 Statut, član 25(2).

4 Vidi, na primjer, *Tužilac protiv Tadića*, predmet br. IT-94-1-A-R77, Presuda o navodima protiv prethodnog pravnog zastupnika, Milana Vujina, 31. januar 2000, parag. 12-29.

5 Presuda većine, parag. 73.



Presude/Goran Jelišić

poznato pod nazivom „doktrina o kaznama koje se služe istovremeno“. Prema toj doktrini, „u slučajevima u kojima su optuženom po svakoj od nekoliko tačaka optužnice izrečene kazne koje se služe istovremeno, a žalbeni sud utvrđi da prilikom izricanja osuđujućih presuda po svakoj od tačaka koje nose kaznu jednaku ili veću od onih koje nose ostale tačke, nije potrebno preispitati valjanost osuđujućih presuda po preostalim tačkama“.⁶ Umjesto toga, žalbeni sud može, u skladu sa svojim diskrecionim pravom, odlučiti da ukine osporavanu osuđujuću presudu ili presude, a da pri tom ni ne razmatra meritum osporavanja. Ovo diskreciono pravo se zasniva na shvatanju da se oskudni potencijali za vođenje žalbenih sudske postupaka ne bi trebali nepotrebno traktirati na regulisanje komplikovanih pravnih pitanja koja neće uticati na ukupnu kaznu koja je izrečena optuženom.

8. U predmetima vođenim pred američkim sudovima u kojima je primijenjena doktrina o kaznama koje se služe istovremeno, ipak se priznaje da je optužba primarna instanca koja određuje da li je u javnom interesu da se ustraje na određenoj osuđujućoj presudi ili ne. U predmetu *Lindsey* žalbeni sud je posebno naglasio da se optužba ne protivi odluci tog suda da ukine osporavanu osuđujuću presudu bez razmatranja merituma.⁷ U predmetima vođenim pred američkim sudovima takođe se priznaje da se diskreciono pravo na izricanje kazni koje se služe istovremeno ne bi trebalo primjenjivati u slučajevima kad bi to „naudilo bilo kakvim potrebama optužbe“.⁸ Kako bi se osiguralo da se ne naudi nikakvim interesima optužbe, žalbeni sudovi su usvojili proceduru po kojoj ukidaju osuđujuću presudu po osporavanoj tački optužnice, ali ne preinacuju samu presudu porote.⁹ Ukoliko optužba naknadno odluči da tako zahtijevaju interesi pravde, osuđujuća presuda može biti reaktivirana i upućena na žalbeni postupak. Stoga je učinak ove doktrine jednostavno u tome da se izvrši suspenzija kazne.

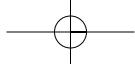
9. Za razliku od tih predmeta u kojima su izrečene kazne koje se služe istovremeno, ne može se reći da odluka Žalbenog vijeća u ovom predmetu da ne naloži ponovno suđenje ne bi mogla uticati na ukupnu kaznu koja je izrečena optuženom. Iako kazna od 40 godina zatvora, koju je Pretresno vijeće izreklo za

6 W. LaFave & H. Israel, *Criminal Procedure /Krivični postupak/* (2. izdanje, 1992), str. 1157-1158.

7 *United States v Lindsey*, 47 F.3d 440, 310 U. S. App. D. C. 300 (1995), str. 306.

8 Npr. *United States v Hooper*, 432 F.2d 604, 139 U. S. App. D. C. 171 (1970), str. 173; *Lindsey*, *ibid.* str. 306.

9 *Hooper*, *ibid.* str. 173 FN8; *United States v Butera*, 677 F.2d 1376 (11th Cir. 1982), str. 1385; *United States v Cardona*, 650 F.2d 54 (5th Cir. 1981), str. 57; *United States v Dorsey*, 865 F.2d 1275, 275 U. S. App. D. C. 176 (1989), str. 181 FN4.



Presuda Žalbenog vijeća / Djelomično protivno mišljenje sudije Wald

zločine protiv čovječnosti i kršenja zakona i običaja ratovanja, jeste znatna, ona bi mogla biti i veća da je optuženi osuđen i za genocid. Nadalje, u ovom predmetu, tužilac je konkretno zatražio da Žalbeno vijeće naloži održavanje novog suđenja po tački optužnice za genocid pred pretresnim vijećem u drugom sastavu.¹⁰

10. Jedini drugi izvori koje citiraju moje kolege u prilog tvrdnji da žalbeno vijeće može, u skladu sa svojim diskrecionim pravom, obustaviti postupak u interesu sudske ekonomičnosti jesu dva predmeta vođena pred engleskim sudovima. U predmetu *Barking* žalbeni sud je smatralo da je prvostepeni sud napravio grešku tako što je zaključio da protiv optuženog ne postoji dovoljno dokaza u vezi sa optužbom za nanošenje teške tjelesne povrede, te što nije dopustio optužbi da iznese argumente s tim u vezi.¹¹ Međutim, imajući u vidu da optužba nije tražila da se predmet uputi natrag prvostepenom судu na nastavak pretresa, sud je smatralo da nema razloga da se tako presudi. U predmetu *Cosier*,¹² u kojem se primjenjuje predmet *Barking*, žalbeni sud je utvrdio da je prvostepeni sud napravio grešku utoliko što nije saslušao optužbu prije nego što je presudio da nema dovoljno dokaza protiv optuženog u vezi s optužbom za napad na policajca prilikom vršenja dužnosti. Sud je smatralo da bi, s obzirom da su od krivičnog djela prošle dvije godine, te da bi prilikom utvrđivanja datuma za početak novog suđenja došlo do daljnog odlaganja, bilo nepravično naložiti ponovno suđenje. Međutim, sud nije naveo nikakve izvore u prilog svojoj odluci, niti se iz presude vidi stav optužbe u vezi s pitanjem ponovnog suđenja. Takođe, na umu imam činjenicu da je dotično krivično djelo daleko manje ozbiljne prirode od genocida. Uz to, za razliku od nekih nacionalnih pravosudnih sistema,¹³ naš Pravilnik dopušta i optužbi i odbrani da ulože žalbu na prvostepene presude, uključujući oslobođajuće presude izrečene u skladu s pravilom 98bis. Stoga je za pretpostaviti da Pravilnik predviđa mogućnost ponovnih suđenja, s njihovim popratnim problemima odlaganja i ponavljanja, u slučajevima kad se oslobođajuće presude ponište u žalbenom postupku.

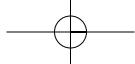
11. Ukratko, ne smatram da nacionalna sudska praksa pokazuje postojanje bilo kakvih opštepriznatih prirođenih ovlasti žalbenih sudske tijela da spriječe vođenje krivičnog postupka za neko krivično djelo iz razloga sudske

10 Žalbeni podnesak optužbe, 14. juli 2000, parag. 5.1.

11 *R. v. Barking and Dagenham Justices*, [1995] Crim LR 953.

12 *R. v. Cosier*, Q. B. D., 5. april 2000.

13 Npr., u Federalnom sistemu SAD-a optužba ne može uložiti žalbu na oslobođajuću presudu koja je donesena nakon početka suđenja, ali prije nego što je suđenje završeno i izrečena konačna presuda. Vidi 18 U. S. C. Odjeljak 3731; pravilo 29, F. R. Cr. P. /Federalni zakon o krivičnom postupku/ Razlog za postojanje ovog pravila jeste izbjegavanje kršenja načela *non bis in idem* (*double jeopardy*).



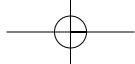
Presude/Goran Jelišić

ekonomičnosti, niti da su takve ovlasti od suštinske važnosti za funkcionisanje suda.

12. Otkrivanje ovlasti žalbenog vijeća da odbije dopustiti tužiocu da slobodno odluči da li da se nastavi sa suđenjem koje je u polu postupka greškom prekinuto ima ozbiljne implikacije po odnos između tužioca i sudija. Da je Pretresno vijeće u ovom predmetu postupilo pravilno, suđenje bi se nastavilo do svog prirodnog završetka. Većina sudija Žalbenog vijeća nije izrazila mišljenje da je Pretresno vijeće moglo jednostavno reći „dosta“ jer je smatralo da suđenje po optužbi za genocid nije umjesno u smislu raspoređivanja resursa Međunarodnog suda.

13. Sada Žalbeno vijeće polaže pravo na takve ovlasti isključivo zbog nehotične okolnosti pogrešne primjene pravila 98bis zbog koje je Pretresno vijeće obustavilo suđenje usred njegovog toka. Ali, ako se takve ovlasti mogu primijeniti u ovom predmetu, zašto onda one ne bi bile jednakov vrijedne i u drugim predmetima u kojima nije bilo potvrđnog izjašnjavanja o krivici ili osuđujućih presuda po drugim tačkama optužnice? Barem jedan od razloga koje je navela većina sudija kao opravdanje za obustavljanje krivičnog postupka po optužbi za genocid mora takođe natjerati na razmišljanje u pogledu njegovog uticaja na druge dijelove prakse Međunarodnog suda. Kao što je većina sudija naglasila u paragrafu 74 presude, Jelišić se izjasnio krivim po tačkama optužnice kojima je terećen za zločine protiv čovječnosti i kršenja zakona i običaja ratovanja, a koje su se zasnivale na istim onim ubistvima koja su činila srž krivičnog postupka za genocid. Većina sudija iznosi argumentaciju da je ono što razlikuje genocid od ostalih zločina protiv čovječnosti prvenstveno posebna namjera da se „u cijelosti ili djelimično uništi neka grupa kao takva“, te da nema potrebe za novim suđenjem, budući da je sadržaj te posebne namjere pojašnjen u ovoj presudi. Čini se da se ovaj pristup u principu sučeljava sa logikom koju je ovaj Međunarodni sud usvojio svojim odlukama o kumulativnim osuđujućim presudama. U predmetu *Delalić* Žalbeno vijeće je prilikom formulisanja pravila za određivanje kada su dopustive kumulativne osuđujuće presude navelo da u onim slučajevima kada pretresno vijeće mora da se odluči između dva krivična djela koja nemaju međusobno različitim elemenata, ono mora da izabere ono krivično djelo koje je uže definisano. Riječima Žalbenog vijeća: „Ako neki skup činjenica sankcionisu dvije odredbe, od kojih jedna sadrži dodatni element koji je materijalno različit, osudu treba izreći samo po toj drugoj odredbi.“¹⁴ U skladu s tim, kada je suočeno s

14 *Tužilac protiv Delalića i ostalih*, predmet br. IT-96-21-A, Presuda, 20. februar 2001. (dalje u tekstu: predmet *Delalić*), parag. 413. Pretresno vijeće u predmetu *Kunarac* kasnije je usvojilo ovaj pristup. Vidi *Tužilac protiv Kunarca i ostalih*, predmeti br. IT-96-23-T i IT-96-23/1-T, Presuda, 22. februar 2001, parag. 549-550.



Presuda Žalbenog vijeća / Djelimično protivno mišljenje sudije Wald

izborom između krivičnih djela prema članu 2 i članu 3 Statuta, vijeće se mora odlučiti za krivična djela prema članu 2 na osnovu toga što ona zahtijevaju materijalno različit element, to jest žrtva mora da bude „zaštićena osoba“ u skladu sa Ženevskim konvencijama iz 1949.¹⁵ Štaviše, neki komentatori su izrazili mišljenje da opšti elementi krivičnih djela utvrđeni Statutom, tvore hijerarhiju „ozbiljnosti“ među krivičnim djelima.¹⁶ Genocid se neosporno nalazi na vrhu te hijerarhije.¹⁷ Stoga stav da ne postoji dodatni javni interes za presuđivanje po optužbi za genocid samo iz razloga što je za ubistva koja leže u osnovi te optužbe već presuđeno kao za zločine protiv čovječnosti i kršenja zakona i običaja ratovanja može biti problematičan za razvoj međunarodnog krivičnog prava.

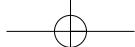
14. Ukratko, iako pored pitanja postoji li dovoljno dokaza s pravnog stanovišta, možda stvarno postoje jaki razlozi zbog kojih bi tužilac mogao da odluči da se ne započinje sa ponovnim suđenjem, mislim da stavljanje veta na održavanje ponovnog suđenja iz „praktičnih“ razloga ili razloga vezanih za „politiku rada“ suda ne spada u pravosudne funkcije. Svaka takva odluka, koja je zasnovana na „ekonomičnosti suđenja“, neizbjegno odražava stavove sudija o tome koji su predmeti „vrijedni“ suđenja, a koji nisu. To je, međutim, zadatak tužioca, koji mora izvagati pravne faktore, kao i faktore politike rada suda prilikom odlučivanja o tome kako da se koriste ograničeni potencijali. Priznavanje paralelne nadležnosti sudija da prihvataju ili odbijaju predmete na izvanpravnim osnovama povlači za sobom osporavanje nepristranosti suda-ja koji bi trebali da budu isključivo zaduženi za definisanje i tumačenje zakona. Plašim se da je Žalbeno vijeće danas stupilo na čudan i nepoznat teren, time što je proglašilo da je nadležno ustvrditi da se krivični postupak za krivično djelo takve težine kakvo je genocid ne može sprovesti iz razloga koji su izvan sadržaja sudskog spisa.

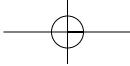
15. Da ponovim, ne bih naložila ponovno suđenje, ali bih uputila predmet pretresnom vijeću (koje odredi predsjednik Suda), kako bi tužilac mogao da odabere svoj pravac djelovanja u svjetlu događaja koji su se desili nakon što je 1995. godine objavljena prvobitna optužnica i radnji koje je u ovom predmetu poduzelo Žalbeno vijeće. Iz tih razloga, uza sve poštovanje, sebe izuzi-

15 Delalić, parag. 423.

16 A. Danner, „Constructing a Hierarchy of Crimes in International Criminal Law Sentencing“, 87(3) Virginia Law Review (2001), 101, str. 170.

17 Tužilac protiv Museme, predmet br. ICTR-96-13-T, Presuda i kazna, parag. 981; Tužilac protiv Rutagande, predmet br. ICTR-96-3-T, Presuda i kazna, parag. 451; Tužilac protiv Kayisheme i drugih, predmet br. ICTR-95-1-T, Kazna, parag. 9.





Presude/Goran Jelišić

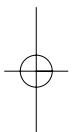
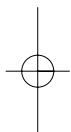
mam iz mišljenja nenaklonog poništenju oslobađajuće presude po tački optužnice za genocid i iz onemogućavanja nastavka suđenja.

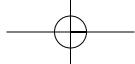
Sastavljeno na engleskom i francuskom jeziku, pri čemu se engleska verzija smatra mjerodavnom.

/potpis na originalu/
Patricia M. Wald

Dana 5. jula 2001.
U Hagu, Holandija

[pečat Međunarodnog suda]





Presuda Žalbenog vijeća / Djelimično protivno mišljenje sudsije Pocara

VIII. DJELIMIČNO PROTIVNO MIŠLJENJE SUDIJE POCARA

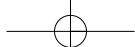
1. Ne mogu se složiti s mišljenjem većine u Žalbenom vijeću po drugoj osnovi za žalbu optužbe u vezi sa posljedicama testa koji treba primijeniti prema pravilu 98bis(B) Pravilnika o postupku i dokazima, a kojim se određuje da će „pretresno vijeće donijeti oslobođajuću presudu ... ako zaključi da nema dovoljno dokaza da bi se optuženog osudilo po toj optužbi odnosno optužbama“. Prema mišljenju većine, test koji u skladu s tom odredbom treba primijeniti prilikom procjene dokaza jest da li postoje dokazi (ako ih se prihvati) na osnovu kojih bi se razumni presuditelj činjenica mogao uvjeriti van razumne sumnje u krivicu optuženog po konkretnoj optužbi o kojoj se raspravlja. Posljedice tog testa, onako kako ga je primijenilo Žalbeno vijeće na situaciju prema pravilu 98bis(B), jesu, s jedne strane, da pretresno vijeće - ako dođe do zaključka da se niti jedan razuman presuditelj činjenica ne može van razumne sumnje uvjeriti u krivicu optuženog po nekoj konkretnoj tački - mora po toj tački donijeti oslobođajuću presudu. Sa druge pak strane, ako je zaključak nekog pretresnog vijeća da bi se razumni presuditelj činjenica mogao van razumne sumnje uvjeriti u krivicu optuženog, tada vijeće mora nastaviti sa postupkom i saslušati odbranu.

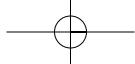
2. Iako se slažem sa većinom što se tiče prve konzekvence, moje se mišljenje razlikuje u vezi s opsegom druge konzekvence koja slijedi iz gore spomenutog testa.

3. Neosporno je da time što se od pretresnog vijeća traži da procijeni da li bi se razumni presuditelj činjenica mogao uvjeriti van razumne sumnje u krivicu optuženog, test predviđa situaciju u kojoj bi različiti razumni presuditelji činjenica u toj fazi mogli doći do različitih zaključaka u vezi sa krivicom ili nevinosću optuženog. Neosporno je takođe da se u toj fazi od pretresnog vijeća ne traži da dođe do konačnog zaključka o tome da li bi se moglo uvjeriti van razumne sumnje u krivicu optuženog,¹ kao i to da sebi pretresno vijeće može pridržati pravo da odluči hoće li, na temelju dokaza optužbe, optuženog proglašiti krivim ili ga oslobođiti krivice.

4. Međutim, tim razmatranjima se ne želi reći da pretresno vijeće ima obavezu da ne donese svoj konačni zaključak i da nastavi sa postupkom, čak ako je zaključilo da se, sudeći po predočenim dokazima, samo vijeće ne bi uvjerilo van razumne sumnje u krivicu optuženog. Moje je mišljenje da ako

1 Vidi parag. 37, fusnota 66, ove presude, gdje se citiraju Drugostepena presuda u predmetu *Delalić*, parag. 434, str. 148, i Odluka po zahtjevu za oslobođajućom presudom u predmetu *Kunarac*, 3. juli 2000, parag. 10, str. 6.





Presude/Goran Jelišić

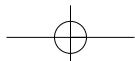
neko pretresno vijeće, primjenivši gore opisani test, ustanovi da se ne bi moglo uvjeriti van razumne sumnje u krivicu optuženog, čak ako bi neki drugi presuditelj o činjenicama to i mogao uraditi, tada bi to vijeće trebalo donijeti oslobađajuću presudu i prekinuti postupak.

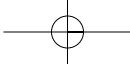
5. Valja primijetiti da je zaključak koji je donijela većina u Žalbenom vijeću svakako prikladan za sistem u kojem se predmeti na kraju predaju poroti ili nekom drugom presuditelju o činjenicama, a koji nije sudija koji u toj fazi procjenjuje dokaze.² U takvom sistemu, ako sudija ustanovi da, iako se on sam ne može uvjeriti u krivicu optuženog, neki bi drugi presuditelj činjenica mogao doći do zaključka da krivica postoji, on ne može zaustaviti postupak. Kada bi primijenio viši standard procjene dokaza, to bi značilo da i sam presuđuje umjesto da taj zadatak prepusti poroti.

6. Međutim, na ovom Međunarodnom sudu ne postoji porota. Sudije su konačni arbitri dokaza. Nema smisla otvorenom ostavljati mogućnost da bi neki drugi presuditelj činjenica mogao doći do drugačijeg zaključka ako je samo pretresno vijeće uvjereni u vlastitu procjenu predmeta. Stoga, ako su po završetku izvođenja dokaza optužbe sudije uvjereni da dokazi nisu dovoljni, tada vijeće mora donijeti oslobađajuću presudu. Takav pristup nije samo u skladu sa tekstom pravila 98bis(B), koje obavezuje vijeće da donese oslobađajuću presudu ako ustanovi da dokazi nisu dovoljni za osuđujuću presudu. Na taj će se način i sačuvati temeljna prava optuženog, koji ne samo da ima pravo na to da ga se smatra nevinim tokom suđenja, nego i na to da ne bude izložen suđenju nakon što je njegova nevinost već utvrđena. Nadalje, tako će se očuvati i načelo ekonomičnosti suđenja, time što se postupci ne produžuju nepotrebno. Jer, kakav je smisao nastaviti sa postupkom ako su isti sudije već došli do zaključka koji će na kraju usvojiti u kasnijoj fazi suđenja?

7. U ovom predmetu Pretresno vijeće je zaključilo da „nije dokazano van razumne sumnje da je optuženog motivirao *dolus specialis* krivičnog djela genocida“ i oslobodilo ga je po toj tački optužnice. Na temelju toga, većina u Žalbenom vijeću ustanovila je da je Pretresno vijeće primijenilo pogrešan

2 Izvori koji se citiraju u ovoj presudi, kako bi se potkrijepio stav većine, odnose se velikim dijelom na predmete koji se na kraju predaju na razmatranje poroti, a čak ako to i nije slučaj, moje je mišljenje da se tom pitanju treba pristupiti s oprezom i izbjegavati mehaničku primjenu rješenja iz domaćih zakonodavstava, a da se prije toga ne procijeni da li ta rješenja možda traže da ih se prilagodi potrebama procedure pred ovim Međunarodnim sudom. Pritom u obzir treba uzeti i činjenicu da to može rezultirati zanemarivanjem temeljnih prava optuženog, onako kako se ta prava primjenjuju u skladu sa Statutom ovog Međunarodnog suda.





Presuda Žalbenog vijeća / Djelimično protivno mišljenje sudsije Pocara

standard prema pravilu 98bis(B) na kraju glavnog izvođenja dokaza optužbe - doista, to je bio viši standard no što je to bilo primjereni u toj fazi postupka - i učinivši to, pogrešno procijenilo dokaze koji se odnose na tačku optužnice za genocid. Međutim, iz gore iznesenih razloga, ja vjerujem da Pretresno vijeće s tim u vezi nije pogriješilo. Iz toga slijedi da se ne mogu pridružiti većini u njihovoj procjeni dokaza u svjetlu standarda za koji većina smatra da ga je trebalo primijeniti. Što se tiče zaključaka do kojih je došlo Pretresno vijeće u svjetlu višeg standarda koji je primijenilo, ništa ne upućuje na to da je Vijeće tom primjenom počinilo pogrešku. Mišljenja sam, stoga, da Žalbeno vijeće ne bi trebalo dirati nalaze o činjenicama koje je donijelo Pretresno vijeće³ u ovom predmetu.

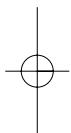
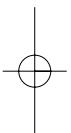
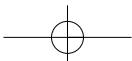
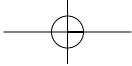
Sastavljeno na engleskom i francuskom jeziku, pri čemu se engleska verzija smatra mjerodavnom.

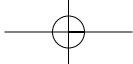
/potpis na originalu/
Fausto Pocar

Dana 5. jula 2001.
U Hagu, Holandija

[pečat Međunarodnog suda]

3 Žalbeno vijeće je opetovano izjavljivalo da je pretresno vijeće ona instanca koja treba saslušati, procijeniti i ocijeniti dokaze, te da žalbeno vijeće mora u određenoj mjeri respektirati procjenu dokaza predloženih na suđenju koju je napravilo pretresno vijeće. Potvrđeno je takođe da žalbeno vijeće „može pobiti činjenični zaključak pretresnog vijeća samo onda kad se na prezentirani dokazni materijal ne bi oslonio nijedan razuman sud ili kad je ocjena dokaza potpuno pogrešna.“ Vidi presudu u žalbenom postupku u predmetu *Aleksovski*, parag. 63. Vidi takođe presudu u žalbenom postupku u predmetu *Tadić*, parag. 64, i u predmetu *Delalić*, parag. 506.





Rječnik termina

IX. PRILOG A – RJEČNIK TERMINA

- **druga izmijenjena optužnica**

Tužilac protiv Gorana Jelisića i Ranka Češića, „Brčko“, predmet br. IT-95-10, Druga izmenjena optužnica, 19. oktobar 1998.

- **drugostepena presuda u predmetu Aleksovski**

Tužilac protiv Zlatka Aleksovskog, predmet br. IT-95-14/1-A, Presuda, 24. marta 2000.

- **drugostepena presuda u predmetu Delalić**

Tužilac protiv Zejnila Delalića i ostalih, predmet br. IT-96-21-A, Presuda, 20. februar 2001. (predmet Čelebići)

- **drugostepena presuda u predmetu Furundžija**

Tužilac protiv Ante Furundžije, predmet br. IT-95-17/1-A, Presuda, 21. juli 2000.

- **drugostepena presuda u predmetu Tadić**

Tužilac protiv Duška Tadića, predmet br. IT-95-1-A, Presuda, 15. juli 1999.

- **Međunarodni sud**

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

- **MKSR**

Međunarodni krivični sud za krivično gonjenje osoba odgovornih za genocid i druga teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava, počinjena na teritoriji Ruande i državljana Ruande odgovornih za genocid i druga takva kršenja, počinjena na teritorijama susjednih država između 1. januara 1994. i 31. decembra 1994.

- **nacrt argumentacije**

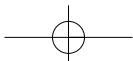
Okvirni nacrt argumentacije žalioca, 16. februar 2001.

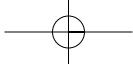
- **odgovor na podnesak optužbe**

Replika na žalbeni podnesak optužbe, 14. avgust 2000.

- **odgovor optužbe**

Odgovor optužbe, redigovana verzija za javnost, 15. februar 2001.





Presude/Goran Jelisić

- **odgovor protivžalioca**

Odgovor žalioca na žalbeni podnesak optužbe, 14. avgust 2000.

- **odluka u predmetu Kunarac**

Tužilac protiv Dragoljuba Kunarca i ostalih, predmet br. IT-96-23-T, IT-23-1-T,
Odluka po prijedlogu za donošenje oslobođajuće presude, 3. juli 2000.

- **odluka u predmetu Kvočka**

Tužilac protiv Miroslava Kvočke i ostalih, predmet br. IT-98-30/1-T, Odluka po
prijedlogu odbrane za donošenje oslobođajuće presude, 15. decembar 2000.

- **optužba**

Tužilaštvo

- **podnesak kojim se traži usmeno iznošenje argumenata**

Podnesak tužioca kojim se traži usmeno iznošenje argumenata, 15. okto-
bar 1999.

- **podnesak optužbe**

Žalbeni podnesak optužbe, redigovana verzija za javnost, 14. juli 2000.

- **podnesak protivžalioca**

Podnesak žalioca o žalbi na kaznu, redigovana verzija za javnost, 2. mart
2001. (povjerljiva verzija, 7. avgust 2000)

- **Pravilnik**

Pravilnik o postupku i dokazima Međunarodnog suda

- **Presuda**

Tužilac protiv Gorana Jelisića, predmet br. IT-95-10-T, Presuda, 14. decem-
bar 1999.

- **protivžalilac**

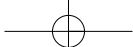
Goran Jelisić

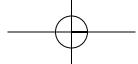
- **prvostepena odluka u predmetu Kupreškić**

Tužilac protiv Zorana Kupreškića i ostalih, predmet br. IT-95-16-T, Presuda,
14. januar 2000.

- **prvostepena presuda u predmetu Blaškić**

Tužilac protiv Tihomira Blaškića, predmet br. IT-95-14-T, 3. mart 2000.





Rječnik termina

- prvostepena presuda u predmetu Furundžija

Tužilac protiv Ante Furundžije, predmet br. IT-95-17/1-T, Presuda, 10. decembar 1998.

- replika optužbe

Replika optužbe, redigovana verzija za javnost, 29. avgust 2000.

- replika protivžalioca

Replika žalioca na odgovor optužbe, redigovana verzija za javnost, 2. mart 2001. (povjerljiva verzija 6. oktobar 2000)

- respondent

Goran Jelisić

- SFRJ

Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija

- sporazum o činjeničnim osnovama

Tužilac protiv Gorana Jelisića, predmet br. IT-95-10-T, Sporazum o činjeničnim osnovama za potvrđno izjašnjavanje o krivici Gorana Jelisića, 9. septembar 1998.

- Statut

Statut Međunarodnog suda

- Sud

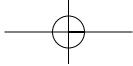
Međunarodni krivični sud za krivično gonjenje osoba odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava, počinjena na teritoriji bivše Jugoslavije od 1991. godine

- Tadićeva žalba na kaznu

Tužilac protiv Duška Tadića, predmet br. IT-94-1-A i IT-94-1-Abis, Presuda o žalbi na kaznu, 26. januar 2000.

- transkript žalbenog postupka

Transkript žalbenog postupka u ovom predmetu. Svi brojevi stranica transkripta koji se navode u ovoj presudi predstavljaju brojeve stranica nezvanične i nereditovane verzije transkripta na engleskom jeziku. Stoga možda postoje manje razlike između brojeva stranica u tom transkriptu i konačnoj verziji transkripta na engleskom jeziku koja će biti objavljena.



Presude/Goran Jelisić

- **transkript suđenja**

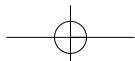
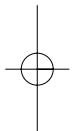
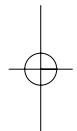
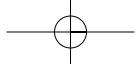
Transkript suđenja u predmetu *Tužilac protiv Gorana Jelisića*, predmet br. IT-95-10-T. Svi brojevi stranica transkripta koji se navode u ovoj presudi predstavljaju brojeve stranica nezvanične i neredigovane verzije transkripta na engleskom jeziku. Stoga možda postoje manje razlike između brojeva stranica u tom transkriptu i konačnoj verziji transkripta na engleskom jeziku koja će biti objavljena.

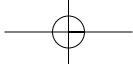
- **usmena presuda**

Tužilac protiv Gorana Jelisića, predmet br. IT-95-10-T, 19. oktobar 1999.

- **žalbena rasprava**

Usmeno iznošenje argumenata u ovom predmetu, održano 22. i 23. februara 2001.





*Fond za humanitarno pravo redovno i sistematski sprovodi istrage o kršenju ljudskih prava u Srbiji, na Kosovu i u Crnoj Gori.
Brani slobodu mišljenja i izražavanja, pravo na život i fizički integritet, ravnopravnost pred zakonom i jednaku zaštitu pred sudovima, kao i druge vrednosti civilnog društva.
Od osnivanja, 1992. godine, Fond istražuje ubistva, nestanke, silovanja, diskriminacije i druge povrede međunarodnog humanitarnog prava do kojih je došlo u vreme oružanih sukoba u bivšoj Jugoslaviji.*

Pod Lupom

Praksa kršenja ljudskih prava u vreme oružanog sukoba (1995)

Ljudska prava u Srbiji i Crnoj Gori (1996)

Ljudska prava 1991-95 (1997)

Postupanje organa (1997)

Policija protiv protesta (1997)

Suđenja za ratne zločine (2000)

Otmice i nestanci ne-Albanaca na Kosovu (2001)

Otpor u nadležnosti policije (2001)

Dokumenta

Haški Tribunal I - Optužnice (1997)

Politička prava i slobode - Izabrane presude Evropskog suda za ljudska prava (1997)

Pravo na život i slobodu - Izabrane presude Evropskog suda za ljudska prava (1998)

Ljudska prava za svakoga (1998, reprint 2000)

Dečija prava (2000)

Pravično suđenje, priručnik (2000, reprint 2001)

Haški Tribunal II - Optužnice (2001)

Vreme kada je narod govorio (2001)

Haški Tribunal III - Osnovna dokumenta (2001)

Kako viđeno, tako rečeno I (2001)

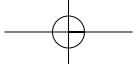
Kako viđeno, tako rečeno II (2001)

Dečija prava (2001)

Haški Tribunal IV - Presude/Duško Tadić (2002)

e-mail: office@hlc.org.yu

web site: www.hlc.org.yu



Rječnik termina

Izdavač:

Fond za humanitarno pravo

Za izdavača:

Nataša Kandić

Lektor i korektor:

Nevenka Bošnjak - Čolić

Grafičko oblikovanje:

Dejana i Todor Cvetković

Štampa:

Publikum

Tiraž:

1500

Beograd, 2002

Copyright © 2002. Fond za humanitarno pravo

ISBN 86-82599-36-8

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.951:341.645.5

Међународни кривични трибунал за бившу
Југославију (Хаг)

Presude : Dražen Erdemović : Goran
Jelisić / [Međunarodni tribunal za suđenje licima
odgovornim za teške povrede međunarodnog
humanitarnog prava na teritoriji bivše Jugoslavije
od 1991.]. - Beograd : Fond za humanitarno pravo,
2002 (Beograd : Publikum). - 399 str. ; 24 cm

Podatak o kolektivnom autoru preuzet iz
izvora van publikacije. - Na vrhu nasl.
str. : Haški tribunal V. - Tiraž 1 500. -
Napomene i bibliografske reference uz tekst.

ISBN 86-82599-36-8

1. Гл. ств. насл.

a) Међународни кривични трибунал за бившу
Југославију (Хаг) - Пресуде
COBISS-ID 100452876

