

Međunarodni zločin genocida i odgovornost država za međunarodno protupravne čine

Kusanić, Marija

Master's thesis / Diplomski rad

2024

Degree Grantor / Ustanova koja je dodijelila akademski / stručni stupanj: **University of Zagreb, Faculty of Law / Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet**

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:199:099162>

Rights / Prava: [In copyright](#) / [Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2024-11-18**



Repository / Repozitorij:

[Repository Faculty of Law University of Zagreb](#)



Sveučilište u Zagrebu

Pravni fakultet

Katedra za međunarodno pravo

Marija Kusanić

**MEĐUNARODNI ZLOČIN GENOCIDA I ODGOVORNOST
DRŽAVA ZA MEĐUNARODNO PROTUPRAVNE ČINE**

Diplomski rad

Mentor: doc. dr. sc. Trpimir Mihael Šošić

Zagreb, 2024.

Izjava o izvornosti

Ja, Marija Kusanić, pod punom moralnom, materijalnom i kaznenom odgovornošću, izjavljujem da sam isključiva autorica diplomskog rada te da u radu nisu na nedozvoljeni način (bez pravilnog citiranja) korišteni dijelovi tuđih radova te da se prilikom izrade rada nisam koristila drugim izvorima osim onih navedenih u radu.

_____Marija Kusanić, v.r._____

(potpis studenta)

SADRŽAJ

1. UVOD	1
2. ZLOČIN GENOCIDA	2
2.1. Nastanak pojma genocida.....	2
2.2. Povijesni razvoj genocida.....	3
2.3. Konvencija o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida	4
2.4. Radnje koje čine genocid	6
2.4.1. Ubojstvo članova skupina	7
2.4.2. Nanošenje teške tjelesne ozljede ili duševne povrede članovima skupine	7
2.4.3. Namjerno podvrgavanje skupine takvim uvjetima života koji bi doveli do potpunog ili djelomičnog uništenja.....	8
2.4.4. Nametanje takvih mjera kojima se želi spriječiti rađanje u okviru skupine.....	8
2.4.5. Prisilno premještanje djece iz jedne skupine u drugu	9
2.5. Problematika genocidne namjere	9
2.5.1. Dolus specialis	10
2.5.2. Dokazivanje genocidne namjere	11
3. ODGOVORNOST DRŽAVE ZA GENOCID	13
3.1. Pojam međunarodnog protupravnog čina i kodifikacija Komisije za međunarodno pravo	13
3.2. Važnost kategorija primarnih i sekundarnih pravila	15
3.3. Povreda međunarodne obveze	16
3.4. Posljedice međunarodno protupravnih čina država	17
3.5. Kogentna pravila i obveze <i>erga omnes</i>	18
3.5.1. Posebne posljedice ozbiljne povrede kogentnih pravila	20
3.6. Pripisivanje djelovanja subjektu međunarodnog prava.....	21
3.6.1. Test potpune kontrole.....	23
3.6.2. Test efektivne kontrole.....	24
3.7. Karakter odgovornosti za genocid i paralelizam odgovornosti pojedinca i države za genocid.....	26
4. BOSNA I HERCEGOVINA PROTIV SAVEZNE REPUBLIKE JUGOSLAVIJE	27
4.1. Općenito o presudi	28
4.2. Problematika nadležnosti i pristup Bosne i Hercegovine.....	28

4.3.	Pitanje pripisivosti za počinjene zločine	30
4.4.	Odgovornost Srbije za propust u sprječavanju i kažnjavanju genocida.....	31
4.5.	Pitanje naknade štete.....	32
4.6.	Zaključno o presudi.....	33
5.	REPUBLIKA HRVATSKA PROTIV SAVEZNE REPUBLIKE JUGOSLAVIJE.....	35
6.	GAMBIJA PROTIV MJANMARA	37
6.1.	Etnička skupina Rohingye i povijesne okolnosti.....	37
6.2.	Prethodni prigovori	38
6.3.	Presuda o prethodnim prigovorima.....	38
6.4.	Privremene mjere	39
6.5.	Daljnji razvoj događaja	40
7.	ZAKLJUČAK.....	41
	LITERATURA	42

SAŽETAK

U radu se obrađuje materija odgovornosti država s naglaskom na odgovornost države za zločin genocida kao jednog od najtežih međunarodnih zločina. Obraduju se pojam i temeljni elementi genocida, razlika prema drugim međunarodnim zločinima i odredbe Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida kako bi se shvatila izrazita kompleksnost tog djela. Nadalje, analizira se materija i pravna priroda odgovornosti država, suvremena regulacija te materije prema Nacrtu članaka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čini, razlika prema odgovornosti pojedinca kada je u pitanju genocid kao i paralelizam tih odgovornosti. Naposljetku, s obzirom na važnost koju sudska praksa ima u materiji odgovornosti države za genocid obrađuju se presude Međunarodnog suda donesene povodom tužbi Bosne i Hercegovine i Hrvatske protiv Srbije, te postupak Gambije protiv Mjanmara koji je još uvijek u tijeku.

Summary

The paper elaborates on the issue of state responsibility with an emphasis on state responsibility for the crime of genocide as one of the most serious international crimes. The concept and basic elements of genocide, the difference to other international crimes and provisions of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide are discussed in order to understand the extreme complexity of this crime. Furthermore, the field and legal nature of state responsibility, the contemporary regulation of that matter according to the Draft Article on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, the difference between individual responsibility when it comes to genocide, and the parallelism of these responsibilities are discussed. Finally, considering the importance of jurisprudence in the matter of state responsibility for genocide, the paper discusses the judgements of the International Court of Justice in the cases between Bosnia and Herzegovina against Serbia and Croatia against Serbia, and the still ongoing lawsuit of Gambia against Myanmar.

1. UVOD

Tijekom prošlog stoljeća čovječanstvo je svjedočilo strašnim zločinima. Genocid, kao najgori među njima, okarakteriziran kao „zločin nad zločinima“, u svojoj je ukupnosti zločin širokog opsega i dimenzija usmjeren protiv temeljnih načela humanizma, prava čovjeka, ali i međunarodnog humanitarnog prava u cjelini. Stravični zločini Drugog svjetskog rata potaknuli su Opću skupštinu Ujedinjenih naroda na donošenje Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida 1948. godine, a njezina se važnost očituje i u činjenici da izričito definira odgovornost države za genocid s obzirom na to da se zločin genocida većinom odvijao po uputama ili prešutnom odobrenju države, odnosno po naređenju njezinog političkog vodstva. Glede odgovornosti država za genocid i općenito, osim Konvencije, važno je spomenuti Nacrt članka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čini koje je 2001. godine donijela Komisija za međunarodno pravo, a od ključne su važnosti i presude Međunarodnog suda u Haagu, posebno one donesene povodom tužbi Bosne i Hercegovine i Hrvatske protiv Srbije koje imaju svojevrsni „presedanski“ značaj u materiji odgovornosti država za protupravne djelatnosti gdje je Međunarodni sud iznio stajališta koja će zasigurno utjecati na daljnji razvoj navedene materije i na koja će se Sud pozivati u budućim predmetima. Stoga, osim analize zločina genocida, njegove kompleksnosti i pitanja posebne genocidne namjere u prvom dijelu, ovaj rad će u najvećoj mjeri analizirati materiju međunarodne odgovornosti država za protupravne čine s naglaskom na zločin genocida, metodologiju te materije, pravnu prirodu i povezanost odnosno razliku u odnosu na individualnu odgovornost pojedinaca. Naposljetku, analiziraju se već spomenute presude Međunarodnog suda u predmetima Bosne i Hercegovine i Hrvatske protiv Srbije iz 2007. i 2008. godine, kao i postupak Gambije protiv Mjanmara za kršenje obveza iz Konvencije koji je još uvijek u tijeku.

2. ZLOČIN GENOCIDA

2.1. Nastanak pojma genocida

Genocid se kao zasebno kazneno djelo u najvećoj mjeri razvio nakon Drugog svjetskog rata kao posljedica stravičnih zločina koji su tada počinjeni od strane nacista. Pojam genocida potječe od grčke riječi *genos*, koja označuje rasu, narod ili pleme te od latinskog nastavka *cide* (*caedere, occidere*) što znači ubiti, a prvi ga je formulirao poljski pravnik Raphael Lemkin te njegov koncept izložio 1944. godine u knjizi „Axis Rule in Occupied Europe“.¹

Lemkin je pod pojmom genocida podrazumijevao „koordiniran plan različitih aktivnosti kojima se nastoje uništiti esencijalni temelji života nacionalnih skupina, s ciljem uništenja tih skupina“,² a smatrao je da je cilj takvog plana dezintegracija političkih i društvenih institucija, kulture, jezika, nacionalnih osjećaja, vjere, ekonomskih temelja nacionalnih skupina, ali i uništenje osobne sigurnosti, slobode, zdravlja, dostojanstva, pa čak i života pojedinaca pripadnika takve skupine. Sukladno tome, razlikovao je metode političkog, društvenog, kulturnog, ekonomskog, biološkog, fizičkog, vjerskog i moralnog genocida.³

Prema Lemkinu genocid se može ostvariti u dvije faze. U prvoj fazi dolazi do uništavanja karakteristika određene skupine, a u drugoj fazi osvajačka skupina pokušava nametnuti vlastiti identitet. Pritom se nametanje vlastitog identiteta osvajačke skupine može ostvarivati ili prema onom dijelu stanovništva koje je ostalo na određenom teritoriju i kojem je raznim metodama oslabljen grupni identitet, ili nakon potpunog uništenja stanovništva određenog teritorija i kolonizacije područja od strane osvajača.⁴

S jedne strane, Lemkinova je definicija genocida bila uska, jer se bavila zločinima usmjerenima protiv „nacionalnih skupina“, a ne protiv „skupina“ općenito, ali u isto vrijeme bila je široka do te mjere da je razmatrao ne samo fizički genocid, već i djela usmjerena na uništavanje kulture i sredstava za život skupine.⁵

¹ Munivrana Vajda, M., *Etničko čišćenje kao oblik genocida? Hrvatsko zakonodavstvo i praksa u svjetlu međunarodnih izvora*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, sv. 61, br. 6, 2011., str. 1921-1923.

² Citirano prema: *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ Schabas, W. A., *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, 2. izdanje, Cambridge, 2009., str. 30.

2.2. Povijesni razvoj genocida

U Drugom svjetskom ratu u velikom su broju počinjeni te sustavno zamišljeni i provedeni najteži zločini. S obzirom na to da se radilo o dosad neviđenoj okrutnosti i velikom broju žrtava, javnost je tražila da se, osim osude navedenih zločina, osobno pozovu na odgovornost i kazne počinitelji tih zločina.⁶

Pitanje odgovornosti i kažnjavanja teških kršenja međunarodnog prava tada je našlo svoje rješenje u nizu akata prihvaćenih za vrijeme rata i nakon njegova završetka. Prvi korak u tom smjeru učinjen je Londonskom deklaracijom savezničkih zemalja od 13. siječnja 1942. godine, kojom je odlučeno o kažnjavanju nacista i njihovih suradnika za zločine izvršene u okupiranim područjima. Napokon je Londonskim sporazumom Francuske, SAD-a, SSSR-a i Velike Britanije⁷ od 8. kolovoza 1945. godine određeno da će se kazniti glavni ratni zločinci i za njihovo je suđenje osnovan poseban sud na temelju posebnog Statuta Međunarodnog vojnog suda koji je dodan Londonskom sporazumu. Zločini o kojima je trebao suditi Međunarodni vojni sud opisani su u članku 6. Londonskog statuta, koji ih dijeli u tri skupine: zločini protiv mira, ratni zločini i zločini protiv čovječnosti, koji su uključivali ubojstvo, porobljavanje ili deportaciju civila ili progon zbog političkih, vjerskih ili rasnih razloga.⁸

Kao što je opisano u Londonskom statutu i utemeljeno u međunarodnom običajnom pravu, zločini protiv čovječnosti prilično su bliski zločinu genocida, čak toliko da se genocid smatra dijelom zločina protiv čovječnosti. Međutim, postojalo je nekoliko važnih „nedostataka“ zbog kojih zločini protiv čovječnosti nisu mogli pokriti sve aspekte genocida. Prije svega, ti zločini su prema tadašnjem shvaćanju bili ograničeni na zločine počinjene u vezi s agresivnim ratom pa zločini počinjeni za vrijeme mira tu nisu bili uključeni.⁹ To je bio prvi problem s obzirom na to da je nacistički režim počeo sa zločinima i prije početka rata. Nadalje, isključeni su zločini nad vlastitim državljanima, a prve žrtve holokausta bili su zapravo njemački državljani. Stoga, zločin genocida sam po sebi još nije bio posve uključen kod suđenja pred Međunarodnim vojnim sudom u Nürnbergu 1945. godine.¹⁰

⁶ Andrassy, J., Bakotić, B., Seršić, M., Vukas, B., *Međunarodno pravo*, 1. dio, Zagreb, 2010., str. 417-419.

⁷ Radi se o Sporazumu o gonjenju i kažnjavanju glavnih ratnih zločinaca iz europskih sila Osovine. *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ Danas se zločini protiv čovječnosti mogu počinuti u vrijeme rata i u miru. *Ibid.*, str. 420.

¹⁰ Crnić-Grotić, V., *Crime of Genocide Before the International Court of Justice*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, sv. 40, br. 3, 2019., str. 1035.

Nakon toga, tek Rezolucija Opće skupštine Ujedinjenih naroda od 11. prosinca 1946. godine spominje genocid te ga karakterizira kao odricanje prava na opstanak čitavim ljudskim grupama, a Zaključkom Opće skupštine od 9. prosinca 1948. godine jednoglasno se prihvaća nacrt Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida.¹¹

2.3. Konvencija o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida

U međunarodnom pravu genocid dobiva značaj samostalnog zločina 1948. godine kada je usvojena Konvencija za sprječavanje i kažnjavanje zločina genocida (u daljnjem tekstu: Konvencija o genocidu) na Općoj skupštini Ujedinjenih naroda.¹² Konvencijska je definicija danas prihvaćena u mnogim nacionalnim zakonodavstvima, a radi se o glavnom izvoru međunarodnog prava o genocidu.¹³ Konvencija je stupila na snagu 12. siječnja 1951. godine, a do danas su je ratificirale 153 države.¹⁴

Prema članku II. Konvencije „genocid znači bilo koje od sljedećih djela, učinjeno s namjerom da se potpuno ili djelomično uništi jedna nacionalna, etnička, rasna ili vjerska skupina, kao što je:

- a) ubijanje članova skupine,
- b) nanošenje teške tjelesne ili psihičke povrede članovima skupine,
- c) namjerno podvrgavanje skupine takvim uvjetima života koji bi trebali dovesti do njezina potpunog ili djelomičnog uništenja,
- d) nametanje takvih mjera kojima se želi spriječiti rađanje u okviru skupine,
- e) prisilno premještanje djece iz jedne skupine u drugu“.¹⁵

Navedena definicija genocida pretrpjela je brojne kritike od strane prakse i teorije, a u prvom redu zamjera joj se restriktivnost u nabranjanju, nespominjanje društvenih i političkih skupina kao predmeta zaštite te nespominjanje kulturnog genocida ili etničkog čišćenja. Međutim, statuti međunarodnih kaznenih *ad hoc* tribunala u potpunosti su prihvatili odredbu članka II. Konvencije.

¹¹ Andrassy, Bakotić, Seršić, Vukas, *op.cit.* (bilj. 6), str. 425.

¹² Fabijanić Gagro, S., Škorić, M., *Zločin genocida u praksi međunarodnih ad hoc tribunala*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, sv. 58, br. 6, 2008., str. 1388.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Trenutni podaci dostupni su u bazi podataka pod nazivom *United Nations Treaty Collection*: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4, (21.6.2024.).

¹⁵ Konvencija o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 8/2023. U daljnjem tekstu: Konvencija o genocidu.

Genocid se tako na isti način definira i u članku 2. Statuta Međunarodnog kaznenog suda za Ruandu, u članku 4. Statuta Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju te u članku 6. Statuta Međunarodnog kaznenog suda.¹⁶

Osim definicije genocida, u članku I. ugovorne stranke potvrđuju da se radi o međunarodnom zločinu bilo da je počinjen u vrijeme mira ili u vrijeme rata te se obvezuju spriječiti ga i kazniti. Nadalje, u članku III. izričito se propisuje još i kažnjivost zavjere, odnosno dogovora usmjerenog na počinjenje genocida, izravno i javno poticanje te pokušaj počinjenja genocida i sudioništvo u genocidu, a u članku IV. određuje se kažnjavanje svakoga, bio on ustavno odgovorni državni upravljač, javni službenik ili pojedinac. Upravo su ta prva tri članka ono što zločin genocida čini drugačijim i posebnim u odnosu na sve ostale međunarodne zločine i protupravna djela. Članak V. Konvencije također naglašava važnost II. i III. članka tako da propisuje dužnost ugovornih stranaka da navedene članke implementiraju u domaće zakonodavstvo i osiguraju učinkovite kazne za osobe odgovorne za navedena djela. Konvencija genocid i druga pripadajuća djela ne smatra političkim zločinom u svrhu izručenja te obvezuje države stranke da u takvim slučajevima odobre izručenje.¹⁷

Naposljetku, jedan od najključnijih članaka za ovaj rad je članak IX. Konvencije s obzirom na to da se u prvom redu obrađuje odgovornost država za zločin genocida. Osim što predviđa kaznenu odgovornost pojedinca za genocid, Konvencija također predviđa i mogućnost da države stranke jedna protiv druge podignu tužbu pred Međunarodnim sudom zbog odgovornosti za taj zločin. Naime, navedenim IX. člankom sporovi o tumačenju, primjeni i provedbi same Konvencije kao i utvrđivanje odgovornosti neke ugovorne stranke za genocid ili drugo djelo iz članka III. Konvencije povjereni su u nadležnost Međunarodnom sudu u Haagu kao jednom od šest glavnih organa Ujedinjenih naroda. Degan tako zaključuje kako je Konvencija jedini ugovorni propis koji obvezuje više od stotinu država, a kojim su ugovorne stranke pristale da ih druga država stranka može tužiti za kršenje njezinih odredaba Međunarodnom sudu.¹⁸

Ovdje, međutim, valja napomenuti kako je zločin genocida, osim u nadležnosti Međunarodnog suda također bio i u nadležnosti Međunarodnog kaznenog sud za bivšu Jugoslaviju i

¹⁶ Fabijanić Gagro, Škorić, *op.cit.* (bilj. 12), str. 1394.

¹⁷ Članci I., III., IV. i V. Konvencije o genocidu.

¹⁸ Degan, V., *Zločin genocida pred međunarodnim sudom u Haagu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, sv. 53, br. 2, 2016., str. 334.

Međunarodnog kaznenog suda za Ruandu¹⁹ za vrijeme njihova djelovanja, te stalnog Međunarodnog kaznenog suda,²⁰ što je jedan od pokazatelja distinkcije između odgovornosti pojedinca i odgovornosti države.²¹ Naime, svi primjenjuju ista materijalna pravila iz članaka II. i III. Konvencije.²² Međunarodni kazneni sudovi za bivšu Jugoslaviju i onaj za Ruandu primjenjivali su ih na pojedince za koje su utvrdili osobnu kaznenu odgovornost, a na isti način primjenjuje ih Međunarodni kazneni sud dok ih Međunarodni sud primjenjuje na državu stranku Konvencije u slučaju tužbe druge države stranke da je Konvenciju prekršila.²³ Navedeno je razlikovanje vrlo bitno, što je istaknuo i Međunarodni sud u predmetu Bosne i Hercegovine protiv Srbije kad se osvrnuo na presudu Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju u predmetu *Tadić* zaključivši da taj sud „nije pozvan da odlučuje o pitanjima odgovornosti, s obzirom na to da je njegova nadležnost kaznena i proteže se samo na fizičke osobe“.²⁴

2.4. Radnje koje čine genocid

Zločin genocida sastoji se od dva konstitutivna elementa: *actus reus* i *mens rea*.²⁵ *Actus reus* kaznenog djela objektivni je element koji se sastoji od jedne ili više radnji.²⁶ U Konvenciji o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida *actus reus* sadržan je u članku II. koji se sastoji od popisa djela²⁷ koje predstavljaju zločin genocida.²⁸ Te su radnje alternativne što znači da je

¹⁹ Radi se o međunarodnim *ad hoc* kaznenim sudovima koje je osnovao UN. Prvo je 1993. godine Rezolucijom 827 osnovan Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju za suđenje osobama odgovornima za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na području bivše Jugoslavije, a potom 1994. godine po uzoru na MKSJ osnovan je i međunarodni sud za suđenje osobama odgovornima za genocid i druge teške povrede humanitarnog prava počinjene u Ruandi u to vrijeme. Osim toga, sudovi su bili i organizacijski povezani. Andrassy, Bakotić, Seršić, Vukas, *op. cit.* (bilj. 6), str. 435-437.

²⁰ Međunarodni kazneni sud stalni je sud osnovan 1998. godine. sa sjedištem u Haagu. Nadležan je suditi samo fizičkim osobama i to za najteža kaznena djela kao što su genocid, zločini protiv čovječnosti, ratne zločine i zločin agresije. Pritom, primarnu nadležnost nad počinjenim zločinima ima država na području koje su počinjeni zločini ili čiji su državljanji počinitelji, a tek ako neka država ne želi ili ne može suditi tužitelj može započeti postupak pred Međunarodnim kaznenim sudom (tzv. načelo komplementarnosti). *Ibid.*, str. 424-425.

²¹ Degan, V., „Zločin genocida pred međunarodnim sudištima“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, sv. 58, br. 1-2, 2008., str. 79.

²² *Ibid.*, str. 79-80.

²³ *Ibid.*

²⁴ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, str. 46, para. 403. U daljnjem tekstu: Presuda BiH protiv Srbije.

²⁵ Fabijanić Gagro, Škorić, *op. cit.* (bilj. 12), str. 1392.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Vidi: *supra*, str. 4.

²⁸ Schabas, *op. cit.* (bilj. 5), str. 176.

dovoljno da je počinjena i samo jedna od radnji navedenih u članku II. da počinitelj bude optužen za genocid (ako je ta radnja počinjena s ciljem uništenja određene skupine).²⁹

2.4.1. Ubojstvo članova skupina

Ubojstvo članova skupine kao prvi oblik genocida podrazumijeva fizičko uništenje, što je sadržano i u samom pojmu genocida (*caedere*).³⁰ Pritom se termin „članovi skupine“ odnosi na jednu ili više osoba neke skupine.³¹ Također, mora postojati dokaz da je osoba zaista mrtva, ali nije nužno da je tijelo pronađeno, a Schabas navodi i kako samoubojstvo neke osobe može predstavljati ubojstvo ako su radnje ili propusti optuženika naveli žrtvu da poduzme radnje koje su rezultirale njezinom smrću.³²

2.4.2. Nanošenje teške tjelesne ozljede ili duševne povrede članovima skupine

Nanošenje teških tjelesnih ozljeda ili duševne povrede članovima skupine drugi je osnovni oblik genocida što znači da za počinjenje genocida nije nužno prouzročiti smrt članova određene skupine već je dovoljno prouzročiti teške tjelesne ozljede ili duševne povrede. Iako sam pojam teških tjelesnih ozljeda ili duševnih povreda nije izričito definiran, praksa Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju kao i onog za Ruandu tu uključuje djela kao što su mučenje, nečovječno ili ponižavajuće postupanje, seksualno nasilje, silovanje, prijetnje smrću i ostalo. U praksi je također ustaljeno mišljenje kako se kod tjelesne ozljede radi o takvoj povredi koja teško narušava zdravlje, uzrokuje unakaženost ili nanosi bilo kakvu tešku povredu vanjskim ili unutarnjim organima. Također, ozljeda mora biti namjerna i ne mora biti trajna, ali posljedica povrede mora biti takva da utječe na sposobnost osobe da vodi normalan i konstruktivan život.³³

²⁹ Fabijanić Gagro, Škorić, *op. cit.* (bilj. 12), str. 1407.

³⁰ Fabijanić Gagro, Škorić, *op. cit.* (bilj. 12), str. 1408. Vidi: *supra*, str. 2.

³¹ Schabas, *op. cit.* (bilj. 5), str. 179.

³² *Ibid.*

³³ Fabijanić Gagro, Škorić, *op. cit.* (bilj. 12), str. 1408-1410.

2.4.3. Namjerno podvrgavanje skupine takvim uvjetima života koji bi doveli do potpunog ili djelomičnog uništenja

Namjerno nametanje određenih životnih uvjeta skupini kako bi došlo do njezina uništenja treći je oblik genocida kod kojeg nije potrebno dokazati uspješnost rezultata, odnosno da je zaista došlo do potpunog ili djelomičnog uništenja određene skupine.³⁴ Nemoguće je unaprijed nabrojati sve uvjete života koji bi doveli do uništenja, ali prema praksi Međunarodnog kaznenog suda za Ruandu u ovu skupinu djela pripada i uništavanje koje nije neposredno ubijanje kao i stvaranje uvjeta koji izazivaju sporo umiranje, uključujući primjerice izgladnjivanje skupine, smanjenje potrebnih medicinskih usluga ispod minimuma, nedostatak odgovarajućeg smještaja, odjeće i higijene, pretjeran fizički napor i ostalo.³⁵ Pritom, ne postoji određeno vremensko trajanje tijekom kojeg bi takvi uvjeti trebali biti nametnuti.³⁶

2.4.4. Nametanje takvih mjera kojima se želi spriječiti rađanje u okviru skupine

Nametanje mjera za sprječavanje rađanja unutar skupine četvrti je oblik genocida, a može se promatrati zasebno ili kao dio namjernog podvrgavanja skupine životnim uvjetima koji bi doveli do njezina uništenja.³⁷ Posljednjih godina pozornost je usmjerena na silovanje koje će spadati u djelo nametanja mjera za sprječavanje rađanja kada silovana osoba naknadno odbije imati rađati djecu zbog proživljene traume, što je Međunarodni sud utvrdio u predmetu *Akayesu*.³⁸ Pritom, Konvencija o genocidu ne zahtijeva da te mjere budu proračunate do te razine da dovedu do potpunog ili djelomičnog uništenja neke skupine, jer bi ipak bilo nerealno očekivati da silovanje može dovesti do takvog uništenja, već Konvencija zahtijeva samo da su mjere namjenjene sprječavanju rađanja unutar skupine.³⁹

³⁴ *Ibid.*, str. 1410.

³⁵ Schabas, *op. cit.* (bilj. 5), str. 190-191.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Fabijanić Gagro, Škorić, *op. cit.* (bilj. 12), str. 1411.

³⁸ Schabas, *op. cit.* (bilj. 5), str. 200.

³⁹ *Ibid.*, str. 201.

2.4.5. Prisilno premještanje djece iz jedne skupine u drugu

Prisilno premještanje djece u drugu skupinu peti je oblik genocida.⁴⁰ Schabas tu odredbu Konvencije o genocidu smatra enigmatičnom s obzirom na to da je koncept kulturnog genocida odbačen,⁴¹ a Fabijanić Gagro i Škorić navode kako ovaj oblik genocida neki autori ipak smatraju specifičnim oblikom kulturnog genocida (i jednim takvim uključenim u genocid).⁴² U tužbi protiv Srbije i Crne Gore pred Međunarodnim sudom Bosna i Hercegovina pozivala se na kršenje ove odredbe Konvencije o genocidu tvrdeći da su Srbi koristili silovanje “kao način utjecaja na demografski balans oplodnjom muslimanskih žena spermom srpskih muškaraca”⁴³, odnosno kako bi se rodila djeca srpskih očeva te bila premještena u skupinu Bosanskih Srba.⁴⁴ Srbija je, s druge strane tvrdila da su te žene rodile djecu na muslimanskom teritoriju te da su djeca odrastala u muslimanskom okruženju i bila dio te skupine, a Međunarodni sud je naposljetku odbacio tvrdnje Bosne i Hercegovine.⁴⁵

2.5. Problematika genocidne namjere

Iz prethodno navedenih odredbi koje uređuju zločin genocida⁴⁶ može se uočiti kako se u opisu tog zločina pronalaze radnje koje svojim sadržajem ulaze u opise drugih kaznenih djela, kao što su primjerice ubojstva ili teške tjelesne ozljede. Međutim, ono što počinitelja kaznenog djela genocida razlikuje od počinitelja ostalih kaznenih djela jest njegova (genocidna) namjera (*mens rea*). Kazneno djelo genocida počinitelj čini s namjerom i ciljem potpunog ili djelomičnog uništenja neke nacionalne, etničke, rasne ili vjerske skupine. Drugim riječima, počinitelj navedene radnje poduzima prema određenim osobama upravo iz tog razloga što te osobe pripadaju određenoj nacionalnoj, etničkoj, rasnoj ili vjerskoj skupini i upravo s ciljem uništenja te skupine.⁴⁷

⁴⁰ Fabijanić Gagro, Škorić, *op. cit.* (bilj. 12), str. 1412.

⁴¹ Schabas, *op. cit.* (bilj. 5), str. 201.

⁴² Fabijanić Gagro, Škorić, *op. cit.* (bilj. 12), str. 1413.

⁴³ Presuda BiH protiv Srbije, para. 362.

⁴⁴ Schabas, *op. cit.* (bilj. 5), str. 205-206.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Vidi: *supra*, str. 4.

⁴⁷ Fabijanić Gagro, Škorić, *op.cit.* (bilj. 12), str. 1395.

2.5.1. Dolus specialis

Da bi se, dakle, radilo o genocidu nije dovoljno da postoji sama radnja (*actus reus*) onako kako je opisana u članku II. Konvencije već je uz nju potrebno i postojanje tzv. *dolus specialis*, odnosno specifične genocidne namjere kao subjektivnog, psihičkog elementa (krivnja ili *mens rea*).⁴⁸ Navedeno je istaknuo i Međunarodni kazneni sud za Ruandu u predmetu *Akayesu* kao prvoj presudi za genocid uopće gdje je naglasio posebnu namjeru kao konstitutivan i ključan element zločina genocida.⁴⁹

Nije potrebno da počinitelj teži za uništenjem čitave skupine, već je moguće da se namjera uništenja odnosi samo na dio skupine koja se nalazi na užem geografskom području, što je u slučaju Srebrenice utvrdio Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju u predmetu *Krstić*. No ciljani dio skupine mora biti značajan jer bi bez takvog zahtjeva bilo otežano razgraničenje genocida od „običnih“ zločina iz mržnje. Namjera se mora odnositi na uništenje jedne ili više skupina koje su taksativno određene u članku II. Konvencije, a premda se radnje iz opisa djela izvršavaju prema pojedincima, krajnji objekt djelovanja počinitelja je skupina. Skupina pritom mora biti pozitivno određena i štiti se samo od fizičkog i biološkog uništenja (napadi na kulturna i sociološki relevantna obilježja kako bi se skupina uništila u društvenom smislu ne predstavljaju genocid).⁵⁰

Nesporno je da počiniteljev subjektivni odnos prema djelu mora biti takav da on zna i želi počinuti genocid, ali ipak i dalje je kontroverzno pitanje o kojem se točno obliku namjere mora raditi da bi se djelo kvalificiralo kao genocid. U samoj Konvenciji nije određeno o kojoj vrsti namjere se mora raditi da bi bilo riječ o počinjenju genocida, ali vrlo važnu ulogu u davanju odgovora na to pitanje imale su presude i praksa Međunarodnog suda te Međunarodnih kaznenih sudova za bivšu Jugoslaviju i Ruandu. Međutim, dominantno je shvaćanje kako posebna genocidna namjera mora odgovarati izravnoj namjeri prvog stupnja što znači da počinitelj mora biti svjestan svih obilježja kaznenog djela te postupati s izrazitom voljom i htijenjem uništenja.

⁴⁸ *Ibid.*, str. 1392.

⁴⁹ Kampić, M., Sarić, P., *Genocid u suvremeno doba – studija slučaja: Skupina Rohingya iz Zapadnog Mijanmara*, *Pravnik*, sv. 54, br. 106, 2020., str. 74.

⁵⁰ Cvitanović, L., Derenčinović, D., Turković, K., Munivrana Vajda, M., Dragičević Prtenjača, M., Maršavelski, A., Roksandić Vidlička, S., *Kazneno pravo – posebni dio*, Zagreb, 2018., str. 7-8.

Navedeno je potvrdio i Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju u predmetu *Jelisić* gdje je izričito odbio prijedlog tužiteljstva za snižavanje praga kažnjivosti i prihvaćanje znanja o posljedicama kao dovoljnim sadržajem genocidne namjere.⁵¹

Prethodno navedeno se, načelno, odnosi na teškoću dokazivanja posebne namjere kada govorimo o odgovornosti pojedinca, međutim, konvencijska definicija genocida izaziva posebne teškoće u pogledu dokazivanja postojanja posebne namjere i u pogledu odgovornosti država. Naime, ako se prihvati teza o odgovornosti država, pitanje koje neizbježno izvire jest mogu li države uopće imati namjeru kao element subjektivnog psihičkog odnosa prema djelu, i ako ne, kako u tom slučaju dokazati njihovu odgovornost.⁵² O odgovorima na ta pitanja bit će više govora u trećem poglavlju rada koji se odnosi na odgovornost države.⁵³

2.5.2. Dokazivanje genocidne namjere

U raznim predmetima koji su se pojavili pred međunarodnim kaznenim *ad hoc* tribunalima nije bilo teško dokazati postojanje masovnih ili pojedinačnih smaknuća kao što nije bilo upitno ni postojanje teških tjelesnih ili duševnih povreda osoba koje su preživjele masovna smaknuća i koje su pretrpjele teške tjelesne ili duševne povrede. Ono što, s druge strane, zadaje najviše poteškoća je upravo utvrđivanje i dokazivanje postojanja genocidne namjere.⁵⁴

Ako tijekom postupka tužitelj ne dokaže posebnu namjeru počinitelja tada se neće raditi o zločinu genocida, već o nekom drugom kaznenom djelu, odnosno o ratnom zločinu ili zločinu protiv čovječnosti.⁵⁵

O činjenici koliko je takvo dokazivanje teško govore tužba koju je 1993. godine Međunarodnom sudu u Haagu podnijela Bosna i Hercegovina protiv tadašnje Savezne Republike Jugoslavije (Srbija i Crna Gora) zbog povrede odredaba Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida. 2007. godine Međunarodni sud donio je presudu prema kojoj, unatoč velikom broju dokaza o masovnim ubojstvima i drugim grozotama počinjenim u Bosni i Hercegovini

⁵¹ Kampić, Sarić, *op.cit.* (bilj. 49), str. 75-76.

⁵² Jutriša, G., *Odgovornost države na temelju Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida*, Pravnik, sv. 41, br. 84., 2007., str. 128.

⁵³ Vidi: *infra*, str. 13.

⁵⁴ Fabijanić Gagro, Škorić, *op. cit.* (bilj. 12), str. 1396.

⁵⁵ Degan, *op. cit.* (bilj. 21), str. 82.

tijekom srpske agresije, nije mogao utvrditi postojanje *dolus specialis* da se u cijelosti ili dijelom uništi skupina bosanskih Muslimana. Jedino je u slučaju ubojstava u Srebrenici, gdje je ubijeno više od sedam tisuća bosanskih Muslimana u lipnju 1995. godine, utvrdio da postoji *dolus specialis* koja definira zločin genocida te da se u Srebrenici genocid zaista dogodio.⁵⁶

⁵⁶ Sahadžić, M., *Razmatranje presude Međunarodnog suda Pravde u sporu koji se odnosi na primjenu Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine (Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore) – značaj presude Međunarodnog suda Pravde za Bosnu i Hercegovinu*, Genocid u Bosni i Hercegovini, Zbornik radova Međunarodne naučne konferencije, Sarajevo, 2011., str. 315-318.

3. ODGOVORNOST DRŽAVE ZA GENOCID

U povijesti se međunarodno pravo bavilo postupcima država što je rezultiralo time da su pojedinci preko kojih su države zapravo djelovale ostali gotovo posve izvan njegova dosega. Nakon Drugog svjetskog rata naglasak u međunarodnom pravu bio je pak na individualnoj kaznenoj odgovornosti pojedinca te se javila potreba da se skine štiti države s pojedinaca krivih za teške zločine i masovna kršenja ljudskih prava i propisa o oružanim sukobima. Stoga, u posljednjem stoljeću međunarodno pravo većinom se bavilo odgovornošću pojedinca, dok je odgovornost države na neki način ostala u drugom planu. To ne znači da bi odgovornost države umanjila ili pak onemogućila kaznenu odgovornost pojedinca već upravo suprotno.⁵⁷ Naime, država kao apstraktan entitet ne može počinuti kazneno djelo niti biti kazneno odgovorna, ali pojedinac može, i to se djelovanje pojedinca u određenim okolnostima može pripisati državi u smislu njezine međunarodnopravne odgovornosti.⁵⁸ Tako je pitanje odgovornosti države, pogotovo kada se radi o zločinu genocida, postalo posebno aktualno u posljednje vrijeme kada su se pred Međunarodnim sudom pojavile tužbe, kao što su ona protiv Srbije i Mjanmara glede odgovornosti tih država za genocid.

3.1. Pojam međunarodnog protupravnog čina i kodifikacija Komisije za međunarodno pravo

Međunarodnopravna pravila nalažu državama određeno djelovanje, u obliku čina ili propusta, ili im zabranjuje neko ponašanje.⁵⁹ Sukladno tome, protupravno kršenje obveze koju nalaže međunarodno pravo jest međunarodno protupravni čin za koji država odgovara.⁶⁰ Povreda određene međunarodne obveze rezultira novim pravnim odnosom između subjekta koji je povreditelj i povrijeđenog subjekta, i to neovisno o njihovoj volji, a navedeni pravni odnos može postojati, ne samo između dva međunarodna subjekta, već također između povreditelja i više

⁵⁷ Milanović, M., *State Responsibility for Genocide*, The European Journal of International Law, sv. 17, br. 3, 2006., str. 554.

⁵⁸ Jutriša, *op. cit.* (bilj. 56), str. 130.

⁵⁹ Seršić, M., *Međunarodnopravna odgovornost države*, Pravni fakultet u Zagrebu, 2007., str. 3.

⁶⁰ *Ibid.*

povrijeđenih međunarodnih subjekata , i obrnuto, te čak prema međunarodnoj zajednici kao cjelini (*erga omnes*).⁶¹

U pravilu, međunarodna odgovornost države uključuje djelovanja koja se ujedno smatraju elementima kaznene odgovornosti pojedinca, ali ona sama po sebi nije kaznenog karaktera već više sliči građanskoj odgovornosti te postoji zbog neispunjavanja obveza koje su nametnute običajnim pravom ili međunarodnim ugovorima, a ne radi počinjenja kaznenog djela.⁶² Međutim, time se ne umanjuje karakter niti težina zločina kojeg su počinili direktni počinitelji jer njihova je odgovornost i dalje kaznenog karaktera.⁶³ Profesor Degan smatra da je odgovornost države uvjetno rečeno „objektivne naravi“ te da se ne zasniva na krivnji ili namjeri države počinitelja, osim ako je drukčije predviđeno.⁶⁴ Dakle, primarni je cilj odgovornosti države da ona prestane s povredom i da osigura reparaciju.⁶⁵

O činjenici da se radi o materiji zreloj za kodifikaciju prepoznala je i Komisija za međunarodno pravo koja je 2001. godine završila rad na Nacrtu članka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine (u daljnjem tekstu: Nacrt članka o odgovornosti država).⁶⁶ Iako još uvijek nije prihvaćena konvencija o materiji odgovornosti država, Nacrt se ipak ne može zaobići jer u suštini sadrži običajno pravo te rješenja koja su utemeljena u sudskoj praksi i na praksi država.⁶⁷

Danas prevladava mišljenje da se međunarodno protupravni čin sastoji od dva elementa.⁶⁸ Subjektivni element čini pripisivost djelovanja državi, a povreda međunarodne obveze čini objektivni element.⁶⁹ Osim Nacrta, navedena dva elementa protupravnosti uočavaju već i neke stare arbitražne odluke te u presude Stalnog suda međunarodne pravde.⁷⁰ Važno je napomenuti i da neki autori, uz dva navedena elementa protupravnosti smatraju nužnim još neke elemente, pa

⁶¹ Andrassy, J., Bakotić, B., Seršić, M., Vukas, B., *Međunarodno pravo*, 3. dio, Zagreb, 2006., str. 108-109.

⁶² Milanović, *op.cit.* (bilj. 57), str. 562.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Degan, *op. cit.* (bilj. 21), str. 82.

⁶⁵ Andrassy, Bakotić, Seršić, Vukas, *op. cit.* (bilj. 61), str. 109.

⁶⁶ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, u: International Law Commission, Report of the International Law Commission on the Work of Its 53rd Session (23 April-1 June, 2 July-10 August 2001), UN Doc. A/56/10, str. 26. U daljnjem tekstu: Nacrt članka o odgovornosti država.

⁶⁷ Seršić, *op. cit.* (bilj. 59), str.4.

⁶⁸ *Ibid.*, str. 3.

⁶⁹ *Ibid.*, str. 6.

⁷⁰ *Ibid.*, str. 3.

kao dodatni uvjet spominju krivnju i štetu proizašlu iz protupravnog čina.⁷¹ O tome više u sljedećem odlomku.

3.2. Važnost kategorija primarnih i sekundarnih pravila

Jedan od primarnih doprinosa kodifikacijskih napora Komisije za međunarodno pravo razvoju metodologije odgovornosti države jest odvajanje primarnih pravila materijalnog međunarodnog prava od sekundarnih pravila o odgovornosti države.⁷²

Naime, spomenuto je ranije da neki autori, uz već navedena dva elementa protupravnosti, smatraju nužnim i još neke elemente kao što su krivnja i šteta proizašla iz nekog protupravnog djelovanja. Iako Nacrt sam po sebi ne navodi krivnju ili štetu kao elemente protupravnosti, ipak ne odbacuje mogućnost da krivnja ili šteta budu uvjet odgovornosti država u nekim slučajevima. To je omogućeno upravo kategorijama primarnih i sekundarnih pravila.⁷³

Primarna pravila su ugovorna ili običajna pravila koja definiraju materijalne pravne obveze država, a povreda tih obveza je temelj odgovornosti država. Kada je riječ o genocidu radilo bi se o pravilima koja definiraju trostruku obvezu države da djelo ne počini, spriječi i kazni. Sekundarna pravila, s druge strane, definiraju uvjete postojanja povrede primarnog pravila i posljedice te povrede, što se smatra posebnim i relativno autonomnim dijelom međunarodnog prava, odnosno pravom odgovornosti država. Radi se o općenitim pravilima međunarodnog prava o uvjetima odgovornosti za svaki međunarodno protupravni čin, pa tako i genocid, kao povredi obveze nametnute primarnim pravilima. Iako su međusobno povezani, ta je dva skupa pravnih pravila potrebno promatrati odvojeno, kako zbog metodološke, tako i zbog praktične važnosti.⁷⁴

Komisija je tako, jasno razlikujući primarna od sekundarnih pravila, uspjela potisnuti osjetljiva pitanja krivnje i štete kod odgovornosti države u područje primarnih pravila što je rezultiralo širim prihvaćanjem članaka i uvjerljivom metodološkom strukturom.⁷⁵ Upravo je na pitanju odgovornosti za genocid do izražaja došla teoretska i praktična mudrost takvog pristupa

⁷¹ *Ibid.*, str. 4.

⁷² Milanović, *op. cit.* (bilj. 57), str. 559.

⁷³ Andrassy, Bakotić, Seršić, Vukas, *op. cit.* (bilj. 61), str. 110.

⁷⁴ Jutriša, *op. cit.* (bilj. 52), str. 132.

⁷⁵ Milanović, *op. cit.* (bilj. 57), str. 560.

gdje je pitanje krivnje posebno relevantno s obzirom na važnost subjektivnog elementa kod zločina genocida.⁷⁶ Milanović smatra da odgovornost države sama po sebi nije ni striktna ni subjektivna u pogledu bilo kojeg elementa krivnje već da precizna priroda odgovornosti i zahtijevani stupanj krivnje ovise isključivo o primarnim pravilima.⁷⁷ Drugim riječima, upravo u području primarnih pravila moguće je pronaći odgovore na pitanja kao što su namjera, krivnja ili teret dokazivanja, dok je svrha sekundarnih pravila uglavnom definirati odgovarajući standard za pripisivanje odnosno atribuciju.⁷⁸ Kod pitanja genocidne namjere to znači da nije nužno da se genocidna namjera pripisuje državi na bilo koji poseban način, s obzirom na to da je pitanje krivnje pitanje primarnih pravila, već se genocidna namjera mora pokazati samo u odnosu na stvarne počinitelje čija djela moraju biti pripisiva državi.⁷⁹

3.3. Povreda međunarodne obveze

Povreda međunarodne obveze objektivni je element protupravnosti. Bit međunarodno protupravnog čina je u neslaganju aktualnog ponašanja države s ponašanjem koje zahtijeva neka međunarodna obveza. Takvo ponašanje može biti čin ili propust ili kombinacija čina i propusta. S obzirom na to da u međunarodnom pravu postoji jedinstven sustav odgovornosti države te da nema podjele na ugovornu i izvanugovornu odgovornost, izvor međunarodne obveze može biti raznolik (neka ugovorna obveza, opće načelo prava, neko pravilo međunarodnog običajnog prava i slično).⁸⁰

Kada je riječ o pitanju kada započinje protupravna radnja i koliko dugo traje, članak 14. Nacrta članaka o odgovornosti država razlikuje produžene protupravne čine i one koji to nisu. Produženi protupravni čin traje kroz cijelo određeno razdoblje tijekom kojeg se čin nastavlja i konstantno je u suprotnosti s međunarodnom obvezom u tom periodu. Može li se neki protupravni čin smatrati produženim ovisi o primarnoj obvezi i okolnostima konkretnog slučaja, ali čin se ne

⁷⁶ *Ibid.*, str. 561.

⁷⁷ *Ibid.*, str. 560.

⁷⁸ *Ibid.*, str. 561.

⁷⁹ *Ibid.*, str. 574.

⁸⁰ Seršić, *op. cit.* (bilj. 59), str. 6 i 16.

smatra produženim samo zato što se njegove posljedice protežu u vremenu jer produžen mora biti sam protupravni čin.⁸¹

Prema Nacrtu, genocid ima karakter sastavljenog protupravnog čina. Sastavljeni protupravni čin znači seriju čina ili propusta koji su u ukupnosti protupravni. Radi se o pojedinim činima ili propustima koji su također protupravni, ali su različite kategorije od sastavljenog protupravnog čina, odnosno u suprotnosti su s nekom drugom obvezom. Vrijeme u kojem se odvija sastavljeni protupravni čin je vrijeme u kojem se događa posljednji čin ili propust koji je zajedno s ostalim činima ili propustima dovoljan da tvori protupravni čin, a potom kada dovoljan broj čina ili propusta kompletira sastavljeni čin smatrat će se da povreda datira s prvim činom u seriji.⁸²

3.4. Posljedice međunarodno protupravnih čina država

Posljedica međunarodnog protupravnog čina je, s jedne strane, pravo povrijeđene države da zahtjeva popravljanje štete odnosno povrede, a s druge strane, dužnost povreditelja da ukloni štetne posljedice svog protupravnog čina. Popravljanje štete odnosno povrede (ako šteta nije nastala) naziva se reparacijom, a glavna joj je funkcija da uspostavi stanje kakvo bi postojalo da protupravnog čina nije bilo. Postoje tri oblika reparacije: povratak u prijašnje stanje, naknada štete i zadovoljština ili satisfakcija, a moguće su i kombinacije navedenih oblika.⁸³

Povratak u prijašnje stanje ili *restitutio in integrum* je uspostavljanje stanja koje je postojalo prije samog protupravnog čina, a može biti u obliku materijalne i pravne restitucije. Također, povratak u prijašnje stanje ima prednost pred ostalim oblicima reparacije, ali će u određenim slučajevima biti nemoguć ili nedovoljan pa će umjesto njega nastupiti naknada štete.⁸⁴

Naknada štete je oblik reparacije koja pokriva svaku štetu nastalu iz protupravnog čina koja se može izraziti u novcu. Obuhvaća stvarnu štetu, i izmaklu korist (u mjeri u kojoj se ustanovi), a kamate samo ako je to potrebno radi potpune reparacije.⁸⁵

Ako povratak u prijašnje stanje i naknada štete nisu doveli do potpune reparacije ili ako se radi o povredi idealne odnosno moralne naravi, može se zahtijevati zadovoljština ili satisfakcija. Čin

⁸¹ Članak 14. Nacrta članaka o odgovornosti država.

⁸² Članak 15. Nacrta članaka o odgovornosti država.

⁸³ Seršić, *op. cit.* (bilj. 59), str. 51.

⁸⁴ Andrassy, Bakotić, Seršić, Vukas, *op. cit.* (bilj. 61), str. 114.

⁸⁵ *Ibid.*

zadovoljštine uvijek mora biti javan, a može se sastojati u priznanju povrede, isprici, izrazima žaljenja i slično.⁸⁶

Nacrt članaka o odgovornosti država, osim reparacije, predviđa još neke posljedice međunarodnog protupravnog čina. Tako članak 30. Nacrta navodi kako je država povrediteljica dužna prestati s protupravnim činom, ali i ponuditi odgovarajuća jamstva da ubuduće neće ponoviti taj čin, ako okolnosti to zahtjevaju. Također, predviđa pravo povrijeđene države na poduzimanje protumjera prema državi povrediteljici.⁸⁷

3.5. Kogentna pravila i obveze *erga omnes*

Iz Nacrta članaka o odgovornosti država proizlazi razlikovanje između dva tipa odgovornosti prema naravi prekršenih pravila: „obična“ odgovornost i odgovornost za ozbiljne povrede kogentnih pravila međunarodnog prava.⁸⁸ Komisija za međunarodno pravo u Nacrt je uvela kategoriju „ozbiljnih povreda obveza koje proizlaze iz kogentnih pravila općeg međunarodnog prava“ imajući za cilj uspostavu strožeg režima odgovornosti za ozbiljne povrede obveza koje se smatraju najbitnijima za međunarodnu zajednicu.⁸⁹ Radi se, zapravo, o kategoriji za koju se Komisija odlučila umjesto kategorije „međunarodnih zločina država“ od kojih je odustala zbog velikog broja kritika.⁹⁰

Naime, Komisija je prvotno još 1976. godine u Nacrt pokušala uvesti kategoriju „međunarodni zločin države“ koji je, prema tadašnjem članku 19. stavku 2. Nacrta definirala kao „protupravni čin koji proizlazi iz povrede međunarodne obveze koja je toliko bitna za zaštitu temeljnih interesa međunarodne zajednice da je njezina povreda priznata kao zločin od čitave međunarodne zajednice“, a stavak 3. je čak sadržavao listu nekih od međunarodnih zločina (među kojima i genocid) iako ta lista nije bila konačna i mogla se nadopuniti.⁹¹ Za navedene zločine Nacrt je, osim reparacije, obveze prekida protupravnih djelovanja i protumjera, predviđao i neke posebne

⁸⁶ Seršić, *op. cit.* (bilj. 59), str. 52.

⁸⁷ Članci 22. i 49.-53. Nacrta članaka o odgovornosti država.

⁸⁸ Jutriša, *op. cit.* (bilj. 52), str. 132.

⁸⁹ Glava III. Nacrta članaka o odgovornosti država

⁹⁰ Andrassy, Bakotić, Seršić, Vukas, *op. cit.* (bilj. 61), str. 117.

⁹¹ *Ibid.*, str. 117. Seršić, *op. cit.* (bilj. 59), str. 76.

posljedice.⁹² Primjerice, povrijeđena država je mogla je mogla zahtijevati reparaciju i prekid protupravnog djelovanja te poduzeti protumjere i u slučaju običnog protupravnog čina i u slučaju međunarodnog zločina, ali u slučaju međunarodnog zločina na to su bile ovlaštene sve države, što je proizlazilo iz činjenice da su kod povrede temeljnih interesa međunarodne zajednice oštećene sve države.⁹³ Glavnina kritika pojma „međunarodnih zločina država“ svela se na činjenicu da se time sugerira kaznena odgovornost država zbog čega je ta kategorija izbrisana iz konačnog Nacrta, a umjesto nje Komisija je u Nacrt uvela kategoriju „ozbiljnih povreda obveza koje proizlaze iz kogentnih pravila općeg međunarodnog prava“.⁹⁴

Pojam kogentnih pravila, odnosno imperativnih normi uređuje Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora iz 1969. koja ih u članku 53. definira kao „normu što ju je prihvatila i priznala čitava međunarodna zajednica“ te „od koje nije dopušteno nikakvo odstupanje i koja se može izmjeniti samo novom normom općeg međunarodnog prava iste prirode“.⁹⁵

Iako Nacrt ne sadrži definiciju kogentnih pravila, u komentaru članka 40. navode se neka općenito priznata kogentna pravila kao što su zabrana agresije, genocida, ropstva, rasne diskriminacije, apartheida, torture i ostalo.⁹⁶

Istaknuto je ranije da protupravni čini mogu dovesti, između ostalog, i do odgovornosti *erga omnes*, odnosno prema međunarodnoj zajednici kao cjelini. U predmetu *Barcelona Traction* Međunarodni sud je prvi put upotrijebio termin obveze *erga omnes* istaknuvši da svaka država na osnovi svog članstva u međunarodnoj zajednici ima pravni interes u zaštiti nekih osnovnih prava i ispunjavanju određenih temeljnih obveza. Kao jednu od povreda *erga omnes* obveza Međunarodni sud je tada istaknuo i zločin genocida, a u tom kontekstu važno je i utvrđenje Međunarodnog suda u preliminarnoj fazi primjene Konvencije o kažnjavanju i sprječavanju zločina genocida iz 1948. godine povodom tužbe Bosne i Hercegovine gdje je utvrdio da su prava i obveze iz Konvencije također prava i obveze *erga omnes*. Također, valja spomenuti i razliku između pravila *erga omnes* i učinka *erga omnes*. Pravila *erga omnes* su pravila koja obvezuju sve države, a da bi imala *erga omnes* učinak ta pravila moraju stvarati obveze prema cjelokupnoj međunarodnoj zajednici, a ne prema državama pojedinačno. Pritom se međunarodnom zajednicom

⁹² Seršić, *op.cit.* (bilj. 59), str. 76-77.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*, str. 79-81. Andrassy, Bakotić, Seršić, Vukas, *op.cit.* (bilj. 61), str. 117.

⁹⁵ Bečka konvencija o pravu međunarodnih ugovora, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 16/1993, 9/1998.

⁹⁶ Nacrt članaka o odgovornosti država, str. 112-113.

ne smatraju sve države svijeta, već organizirana međunarodna zajednica u smislu neke univerzalne međunarodne organizacije (kao što su, primjerice, Ujedinjeni narodi). Međutim, neki autori u obveze *erga omnes* uključuju i sve obveze koje postoje prema nekoj užoj zajednici odnosno grupi država. Na primjer, to mogu biti obveze prema svim strankama nekog multilateralnog međunarodnog ugovora (*erga omnes contractantes*) ili obveze prema grupi država koje su vezane nekim pravilom regionalnog običajnog prava.⁹⁷

Važnost opisanog sustava može se vidjeti na primjeru zločina genocida kojeg bi država počinila nad svojim stanovništvom. Uspostavljena kategorija ozbiljnih povreda onih obveza koje proizlaze iz kogentnih pravila zapravo omogućuju, teoretski, da svaka država može pokrenuti postupak pred Međunarodnim sudom protiv druge države koja krši takve obveze, pa makar i prema vlastitom stanovništvu.⁹⁸

Ono što se, naposljetku, sa sigurnošću može zaključiti jest da se pojmovi kogentnih pravila i obveza *erga omnes* preklapaju s obzirom na to da svi primjeri koje je Međunarodni sud naveo kao obveze *erga omnes* proizlaze iz kogentnih pravila općeg međunarodnog prava. Razlika je pak u tome što su kogentna pravila, odnosno njihova definicija usmjereni u prvom redu na način na koji se određuje temeljni značaj nekog pravila, a pojam obveze *erga omnes* odnosi se na eventualne posljedice povrede nekih temeljnih prava.⁹⁹

3.5.1. Posebne posljedice ozbiljne povrede kogentnih pravila

Ono što je karakteristično kod ozbiljnih povreda obveza koje proizlaze iz kogentnih pravila međunarodnog prava jest da, pored posljedica koje imaju i svi drugi protupravni čini¹⁰⁰ te povrede rezultiraju još nekim dodatnim posljedicama. Pritom, mora se raditi o ozbiljnoj povredi, odnosno o masivnom (po intenzitetu i posljedicama) ili sustavnom (organiziranom i namjernom) kršenju kogentnih pravila. Dodatne posebne posljedice koje nastupaju odnose se na dužnost suradnje između država kako bi se stalo na kraj ozbiljnoj povredi (dopustivim sredstvima) i dužnost (kolektivnog) nepriznavanja stanja koje je stvoreno ozbiljnim povredama kogentnih pravila te

⁹⁷ Seršić, *op. cit.* (bilj. 59), str. 72-74.

⁹⁸ Jutriša, *op. cit.* (bilj. 52), str. 132.

⁹⁹ Seršić, *op. cit.* (bilj. 59), str. 75.

¹⁰⁰ Vidi: *supra*, str. 17.

nepružanje potpore ili pomoći za održavanje takvog stanja. Nacrt pritom razlikuje „povrijeđene države“ čija su subjektivna prava direktno pogođena povredom neke obveze¹⁰¹ i koje su ovlaštene na poduzimanje protumjera, te „države koje nisu povrijeđena država“ koje imaju neka ovlaštenja u pozivanju na odgovornost države koja čini povredu (ako se radi o povredi obveze *erga omnes* ili o povredi obveze koje je uspostavljena za zaštitu kolektivnog interesa grupe država). Države koje nisu povrijeđena država mogu zahtijevati od države koja čini povredu da s protupravnim činom prestane te reparaciju u interesu povrijeđene države, ali nisu ovlaštene na poduzimanje protumjera.¹⁰²

3.6. Pripisivanje djelovanja subjektu međunarodnog prava

Na međunarodnoj razini države ponekad djeluju putem nedržavnih aktera pa je potrebno ustanoviti odgovornost pojedinca ili grupe te mogućnost pripisivanja njihovog djelovanja djelovanju države kako bi se ustanovila međunarodnopravna odgovornost same države.¹⁰³ Pripisivanje ili atribucija čini subjektivni element protupravnosti.¹⁰⁴ Opće pravilo međunarodnog prava jest da se državi mogu pripisati samo djela njezinih organa ili agenata, dok se djelovanje privatnih osoba, u načelu, ne može pripisati državi.¹⁰⁵ Državnim organom smatra se tijelo ili osoba koja u skladu s unutrašnjim pravom države na njezinom području obavlja javne funkcije, a agentima oni koji djeluju prema uputama, na poticaj ili pod nadzorom državnih organa.¹⁰⁶ Pritom se može raditi o pojedinačnom ili kolektivnom organu, organu centralne ili lokalne vlasti ili pak podređenom ili nadređenom organu.¹⁰⁷ I savezna, odnosno federalna država, u načelu, odgovara za djela centralnih organa i organa federalnih jedinica, osim ako je federalnoj jedinici Ustavom osigurano pravo sklapanja međunarodnih ugovora za vlastiti račun te ako se druga stranka ugovornica složila da za kršenje odgovara federalna jedinica.¹⁰⁸ U situaciji kada organi države djeluju *ultra vires*, odnosno izvan ovlasti ili suprotno instrukcijama ali i dalje u službenom

¹⁰¹ Bilateralne, multilateralne ili *erga omnes* obveze. Seršić, *op. cit.* (bilj. 59), str. 75.

¹⁰² *Ibid.*, str. 83-84.

¹⁰³ Jutriša, *op. cit.* (bilj. 52), str. 133.

¹⁰⁴ Seršić, *op. cit.* (bilj. 59), str. 6.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Andrassy, Bakotić, Seršić, Vukas, *op. cit.* (bilj. 61), str. 111.

¹⁰⁷ Seršić, *op. cit.* (bilj. 59), str.6.

¹⁰⁸ Andrassy, Bakotić, Seršić, Vukas, *op. cit.* (bilj. 61), str. 112.

svojstvu, iz razloga pravne sigurnosti u međunarodnim odnosima njihovo se djelovanje također pripisuje državi.¹⁰⁹ Ako neka tijela po ovlaštenju države vrše određene javne funkcije umjesto državnih organa, te djelatnosti smatrat će se također djelatnostima države, dakako u onim okvirima u kojima im je država određena ovlaštenja podijelila.¹¹⁰ Ako pak neka država drugoj državi prepusti neke svoje organe i oni djeluju u toj drugoj državi uz njeno odobrenje, po njenom ovlaštenju i za njene svrhe, za djelatnosti takvih organa odgovorna će biti ta druga država, s time da mora prestati nadzor prvotne države koja je svoje organe prepustila.¹¹¹

Iako se djelovanje privatnih osoba, u načelu, ne može pripisati državi, drugačije se tretira slučaj kada privatne osobe u vršenju protupravnih čina djeluju prema smjernicama države ili pod njenom kontrolom.¹¹² Navedenim pitanjem Nacrt se bavi u članku 8. kojim određuje da se djelovanje pojedinca ili grupe pojedinaca smatra činom države ako oni djeluju prema uputama navedene države, pod njenim ravnanjem ili kontrolom, te u članku 11. koji određuje da će se neko djelovanje, koje se inače državi ne pripisuje, istoj ipak pripisati ako ona preuzme i odobri navedeno djelovanje. Glavno pitanje tada jest koji stupanj kontrole država mora izvršavati nad privatnim osobama da bi se to djelovanje pojedinca odnosno privatne osobe moglo pripisati državi.¹¹³ Iz tog razloga posebno je bitan slučaj Nikaragve protiv Sjedinjenih Američkih Država pred Međunarodnim sudom te njime ustanovljeni testovi „potpune kontrole“ i „efektivne kontrole“, ali i slučaj Bosne i Hercegovine protiv Savezne Republike Jugoslavije gdje je osobito izražena specifičnost protupravnog djelovanja neke države posredstvom nedržavnih aktera.¹¹⁴ Navedena dva testa Međunarodni sud je uveo upravo radi procjene povezanosti pojedinaca ili grupe pojedinaca u jednoj državi s drugom državom, pa ako je pozitivan jedan test, ili oba, djelovanje pojedinca može se pripisati državi.¹¹⁵

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Seršić, *op. cit.* (bilj. 59), str. 7-8.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*, str. 8.

¹¹³ Seršić, *op. cit.* (bilj. 59), str. 8.

¹¹⁴ Jutriša, *op. cit.* (bilj. 52), str. 133.

¹¹⁵ Seršić, *op. cit.* (bilj. 59), str. 9.

3.6.1. Test potpune kontrole

Test potpune kontrole, poznat još i kao „prvi nikaragvanski test“, u praksi se koristi za razlikovanje *de iure* i *de facto* organa.¹¹⁶ Formuliran je od strane Međunarodnog suda u presudi u predmetu Nikaragve protiv Sjedinjenih Američkih Država gdje je Sud, između ostalog,¹¹⁷ odlučivao o tome može li se djelovanje paravojne skupine *contras*,¹¹⁸ kojim je došlo do teških kršenja međunarodnog humanitarnog prava u Nikaragvi, pripisati SAD-u.¹¹⁹ S obzirom na to da *de facto* organ djeluje zapravo kao i *de iure* organ te da među njima nema razlike¹²⁰ opravdano ih je smatrati državnim organima te njihovo djelovanje službenog karaktera pripisati državi.¹²¹ Kada se radi o protupravnom djelovanju neke države, u praksi će ona rijeđe tako djelovati putem vlastitih *de iure* organa vlasti.¹²² Ona će to češće činiti putem određenih tijela koja nemaju *de iure* status već se nalaze pod faktičnom kontrolom te države, stoga bi njihovo ignoriranje otvorilo mogućnost izbjegavanja odgovornosti dotične države, uz izgovor nepostojanja odgovarajućeg statusa prema unutarnjem pravu.¹²³

Test potpune kontrole zahtjeva da je pojedinac ili grupa pojedinaca ovisna i da nema stvarnu autonomiju u odnosu na državu koja je kontrolira, dok stupanj i vrsta kontrole moraju biti kvalitativno isti kao kontrola koju država provodi nad vlastitim (*de iure*) organima što bi posljedično dovelo do odgovornosti države za bilo koja djela počinjena od takve skupine, čak i ako je takvo djelo počinjeno *ultra vires* ili protivno izričitim uputama. Međunarodni sud je u slučaju Nikaragve i SAD-a ustanovio da samo opća kontrola i visok stupanj ovisnosti nisu dovoljni da bi se ustanovila odgovornost SAD-a već da ta kontrola mora biti potpuna, a ovisnost ukupna da bi došlo do pripisivanja odgovornosti.¹²⁴

¹¹⁶ Jutriša, *op. cit.* (bilj. 52), str. 134.

¹¹⁷ U suštini radi se o slučaju u kojemu je Međunarodni sud u prvom redu odlučivao o međunarodnom pravu uporabe sile, o zakonitosti uporabe sile te uporabi sile u samoobrani, dok je odgovornost SAD-a za kršenje međunarodnog humanitarnog prava bilo sporedno pitanje, ali od velikog značenja u materiji odgovornosti država. Milanović, *op. cit.* (bilj. 57), str. 576.

¹¹⁸ *Contras* je naziv za naoružanu skupinu pobunjenika protiv vlade Nikaragve. *Ibid.*

¹¹⁹ Jutriša, *op. cit.* (bilj. 52), str. 134.

¹²⁰ Osim po pravnom položaju. *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ Milanović, *op. cit.* (bilj. 57), str. 577.

Dakle, ako je test potpune kontrole negativan, što u suštini znači da se pojedinci ili grupe pojedinaca ne mogu smatrati *de facto* organima određene države, primjenjuje se test efektivne kontrole.¹²⁵

3.6.2. Test efektivne kontrole

Test efektivne kontrole, odnosno „drugi nikaragvanski test“, traži dokaz da su osobe koje su počinile neke protupravne djelatnosti postupale u skladu s uputama države odnosno pod njenom efektivnom, učinkovitom kontrolom.¹²⁶ Odnos efektivne kontrole postojao bi u slučaju kada država uz financiranje neke skupine koordinira i nadzire njezino djelovanje i izdaje specifične, izravne upute ili naredbe dotične države.¹²⁷ Dakle, ako je država imala efektivnu, učinkovitu kontrolu nad nekom operacijom tijekom koje je došlo do protupravnog djelovanja, djela skupine mogla bi se pripisati državi.¹²⁸ Međunarodni sud je zaključio da nije dovoljno da su privatne osobe plaćene od strane neke države niti da su njihova djela i akcije koordinirane od te države već da je ta država izdala posebne upute za počinjenje određenih protupravnih čina te da je imala efektivnu kontrolu nad operacijama u kojima su izvršeni protupravni čini.¹²⁹

U predmetu Nikaragve protiv SAD-a Međunarodni sud je utvrdio da je SAD odgovoran za podršku *contrasima*, ali je odbio tvrdnju Nikaragve da se djelovanje *contrasa* može pripisati SAD-u te istaknuo da „nema jasnih dokaza da bi SAD vršile takav stupanj kontrole na svim poljima koji bi opravdao tretiranje *contrasa* kao da djeluju u ime SAD-a“. ¹³⁰ Sud je također istaknuo i činjenicu „da bi se SAD smatrale odgovornima za takvo ponašanje moralo bi se, u načelu, dokazati da je ta država imala efektivnu kontrolu nad vojnim ili paravojnim operacijama u tijeku kojih su navodne povrede počinjene“. ¹³¹

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Jutriša, *op. cit.* (bilj. 52), str. 135.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Seršić, *op. cit.* (bilj. 59), str. 10.

¹³⁰ Citirano prema: Seršić, *op. cit.* (bilj. 59), str. 10.

¹³¹ Citirano prema: Seršić, *op. cit.* (bilj. 59), str. 10.

Tako bi u slučaju genocida bilo nužno dokazati postojanje direktnih uputa vodstva određene države koji su usmjereni na počinjenje djela kao i postojanje specifične namjere tog vodstva, ako bi se pripisivanje temeljilo na odnosu efektivne kontrole.¹³²

Ovdje se, međutim, valja osvrnuti i na bitno drugačije mišljenje Prizivnog vijeća Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju¹³³ (u daljnjem tekstu: Prizivno vijeće) u predmetu *Tadić*.¹³⁴ Prizivno vijeće nije se zadovoljilo testom efektivne kontrole Međunarodnog suda smatrajući je da je potrebno sniziti prag glede dokazivanja odgovornosti država pa tako predlaže uvođenje trećeg testa, tzv. „testa sveukupne kontrole“ (*test of overall control*).¹³⁵ Naime, Prizivno vijeće smatralo je da nije potrebno dokazivati da je država dala upute za svaki pojedini protupravni čin da bi moglo doći do pripisivanja odgovornosti, već da je dovoljno dokazivati da je imala sveukupnu kontrolu nad nekom organiziranom skupinom.¹³⁶

Međunarodni sud nije se složio s mišljenjem Prizivnog vijeća, smatrajući kako se tako proširuje doseg odgovornosti države preko temeljnih načela koja se odnose na taj dio međunarodnog prava te kako je, u suštini država odgovorna samo za svoje vlastito ponašanje odnosno ponašanje pojedinaca ili grupe pojedinaca koje po nekoj osnovi djeluju u njezino ime, a za ponašanje pojedinaca ili grupe pojedinaca koje nisu njezini organi samo u slučaju ako im je izdavala naredbe ili upute da izvrše protupravne djela, to jest ako je glede tih djela imala efektivnu kontrolu.¹³⁷

¹³² Jutriša, *op. cit.* (bilj. 52), str. 135.

¹³³ Važno je napomenuti da je Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju bio nadležan za pitanja kaznene odgovornosti pojedinaca i da se njegove odluke o odgovornosti država smatraju pravno irelevantnima i nepostojećima. Isto je smatrao i Međunarodni sud koji je utvrdio da je Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju u presudi u predmetu *Tadić* „razmatrao pitanje koje nije bilo neophodno za izvršenje njegove zadaće“. Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju je, naime, do raspravljanja o navedenom pitanju došao tijekom davanja odgovora na pitanje radi li se u predmetu *Tadić* o međunarodnom ili nemeđunarodnom sukobu budući da je to razlikovanje važno jer se na različite vrste oružanih sukoba primjenjuju različita pravila. Međutim, njegovo mišljenje važno je s aspekta međunarodnopravne znanosti, a posebno jer se u slučaju *Tadić* radilo, između ostalog, o ispitivanju uvjeta za pripisivost djela pojedinaca državi. Seršić, *op. cit.* (bilj. 59), str. 13. Milanović, *op. cit.* (bilj. 57), str. 578.

¹³⁴ Seršić, *op. cit.* (bilj. 59), str. 10.

¹³⁵ *Ibid.*, str. 355.

¹³⁶ Andrassy, Bakotić, Seršić, Vukas, *op. cit.* (bilj. 61), str. 104.

¹³⁷ Degan, *op. cit.* (bilj. 18), str. 355.

3.7. Karakter odgovornosti za genocid i paralelizam odgovornosti pojedinca i države za genocid

Iako je genocid zločin za koji mora postojati kazneno odgovorni pojedinac, također se radi i o međunarodno protupravnom činu u tom smislu da njegovo počinjenje može dovesti do odgovornosti države prema pravilima o pripisivanju ili atribuciji individualnih djela državi.¹³⁸ Pritom, ako je odgovarajući standard pripisivanja ispunjen, odgovornost pojedinca i države teče istovremeno, budući da se i država i pojedinac mogu smatrati odgovornima za isto djelo prema međunarodnom pravu.¹³⁹ Navedeno potvrđuje i Nacrt članaka o odgovornosti države za međunarodno protupravne čine prema kojem individualna odgovornost i međunarodne obveze država ne isključuju jedna drugu.¹⁴⁰ Tome u prilog govore i postupci pred Međunarodnim sudom koji radi utvrđenja odgovornosti države za genocid mora prvo istražiti psihički element karakterističan za kaznenu odgovornost, kako bi ustanovio jesu li osobe čija se djela pripisuju državi djelovala s namjerom počinjenja genocida.¹⁴¹ Milanović, međutim, naglašava da je, usprkos simultanosti, svrha te dvije odgovornosti u suštini različita jer kaznena odgovornost pojedinca služi općim ciljevima kažnjavanja, odvraćanja i prevencije, a odgovornost države je popravne i reparacijske naravi, a ne kaznene.¹⁴² Dakle, radi se o jasno razgraničenim vrstama odgovornosti, ali kod kojih će često doći do preklapanja.¹⁴³ Iz tog razloga se, u kontekstu odgovornosti države za genocid, ne postavlja pitanje posebne genocidne namjere same države jer je ista dio kaznene odgovornosti i ne može se pripisati državi kao apstraktnom entitetu.¹⁴⁴ Namjera je samo predmet dokazivanja na razini političkog i vojnog vodstva koje u ime države djeluje i čije djelovanje se može pripisati državi.¹⁴⁵ Zaključno, takva pripisana odgovornost u svome je korijenu kaznenog karaktera, ali na razini države po pravnoj je prirodi bliža građanskoj odgovornosti.¹⁴⁶

¹³⁸ Milanović, *op. cit.* (bilj. 57), str. 561.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ Članak 58. Nacrta članaka o odgovornosti država.

¹⁴¹ Andrassy, Bakotić, Seršić, Vukas, *op. cit.* (bilj. 61), str. 109.

¹⁴² Milanović, *op. cit.* (bilj. 57), str. 561.

¹⁴³ Andrassy, Bakotić, Seršić, Vukas, *op. cit.* (bilj. 61), str. 109.

¹⁴⁴ Jutriša, *op. cit.* (bilj. 52), str. 131.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*

4. BOSNA I HERCEGOVINA PROTIV SAVEZNE REPUBLIKE JUGOSLAVIJE

Kada govorimo o utjecaju ranijih presuda Međunarodnog suda u vezi Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida na sve kasnije presude, Degan ističe da imaju „autoritet presedana“. Naime, kad god odlučuje i raspravlja o sličnim situacijama ili o pravnim pravilima koja treba primijeniti, Međunarodni sud se često poziva na svoje prijašnje stavove. Pritom je bitno naglasiti da se ne radi o stvaranju novog prava putem presedana¹⁴⁷, ali prijašnje sudske odluke i savjetodavna mišljenja imaju prilično visok autoritet s obzirom na to da Međunarodni sud u većini slučajeva prati svoju prijašnju praksu. Ako u nekom slučaju dođe do odstupanja od prijašnje prakse, Sud nastoji sve promjene uvjerljivo obrazložiti pravnim razlozima.¹⁴⁸

Kako Konvencija o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida omogućuje da države članice jedna protiv druge pokrenu postupak pred Međunarodnim sudom, tako je to pitanje postalo posebno aktualno kada je pred Međunarodnim sudom 1993. godine Bosna i Hercegovina pokrenula postupak protiv tadašnje Savezne Republike Jugoslavije (u daljnjem tekstu: SRJ), odnosno Srbije¹⁴⁹ zbog primjene Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida, a potom 1999. godine i Republika Hrvatska.¹⁵⁰ Presuda Suda u slučaju Bosne i Hercegovine protiv Srbije donesena je 2007. godine, a izazvala je popriličan šok u bosanskohercegovačkoj i hrvatskoj javnosti koja ju je smatrala pravno problematičnom i moralno neprihvatljivom.¹⁵¹ Zbog činjenice da se radi o prvoj presudi u povijesti međunarodnog prava u kojoj se meritorno odlučivalo o odgovornosti neke države za zločin genocida¹⁵² kao i činjenice da će navedena presuda poslužiti kao primjer u daljnjim postupcima u pogledu državne odgovornosti za genocid, u nastavku rada slijedi analiza slučaja.

¹⁴⁷ Degan kaže kako u praksi Suda ne postoji načelo stare decisis kao obvezatno pravilo za kasnije slučajeve kako je to inače u praksi sudova anglosaksonske tradicije kao što su, primjerice, engleski ili američki sudovi. Degan, *op. cit.* (bilj. 18), str. 332-333.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Savezna Republika Jugoslavija nastala je 1992. godine nakon raspada Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, a proglasile su je Srbija i Crna Gora. Nakon što je 2003. godine Crna Gora proglasila neovisnost, državom sljednicom SRJ postala je Srbija. Jutriša, *op. cit.* (bilj. 52), str. 125, bilj. 1.

¹⁵⁰ Fabijanić-Gagro, Škorić, *op. cit.* (bilj. 12), str. 1392.

¹⁵¹ Degan, *op. cit.* (bilj. 21), str. 78.

¹⁵² Jutriša, *op. cit.* (bilj. 52), str. 125.

4.1. Općenito o presudi

Međunarodni sud u presudi protiv Srbije 2007. godine utvrdio je da je Srbija prema Konvenciji o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida odgovorna jer nije spriječila genocid koji je počinila Vojska Republike Srpske u Srebrenici u srpnju 1995. godine te zbog nesuradnje s Međunarodnim kaznenim sudom za bivšu Jugoslaviju u kažnjavanju počinitelja genocida. Međunarodni sud je također utvrdio da Srbija nije izravno odgovorna za samo počinjenje genocida u Srebrenici niti je u tom masakru bila su supočinitelj. Milanović smatra da je presuda, uz određene iznimke, pravno neosporiva kada je riječ o zaključcima Međunarodnog suda o zločinu genocida u Bosni i Hercegovini i primjeni pravila o odgovornosti država, da se temelji na metodološkom razdvajanju primarnih i sekundarnih pravila međunarodnog prava te je karakterizira kao konačnu potvrdu „modela“ odgovornosti država kako je on kodificiran u Nacrtu članak o odgovornosti država. S druge strane, Milanović navodi i kritike vezane uz određene dijelove presude koje se odnose uglavnom na pitanje činjenica i dokaza kojima se Međunarodni sud nije bavio na zadovoljavajući način (kao što je primjerice pitanje paravojne skupine Škorpioni) i na činjenicu da je Sud izbjegao odgovoriti na pitanje koja je razina krivnje potrebna za sudioništvo u zločinu genocida.¹⁵³

4.2. Problematika nadležnosti i pristup Bosne i Hercegovine

Međunarodni sud u slučaju Bosne i Hercegovine protiv Srbije temeljio je svoju nadležnost na članku IX. Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, što je za Sud zapravo značilo ograničenje nadležnosti isključivo na odlučivanje o genocidu i genocidnim djelima iz članka III. Konvencije o genocidu.¹⁵⁴ Međutim, osim zadatka da utvrdi postojanje genocida u Bosni i Hercegovini, Sud je bio primoran utvrditi razliku između genocida i drugih zločina počinjenih tijekom sukoba,¹⁵⁵ a kako je njegova nadležnost bila ograničena isključivo na

¹⁵³ Milanović, M., *State Responsibility for Genocide: A Follow-up*, European Journal of International Law, sv. 18, br. 4, 2007., str. 670-671.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ Posebno se to odnosilo na zločine protiv čovječnosti. *Ibid.*

odlučivanje o zločinu genocida, to je značilo da Sud automatski nije ovlašten odlučivati o odgovornosti Srbije ako bi utvrdio da se određeni zločin ne može pravno kvalificirati kao genocid.¹⁵⁶ Iako je od strane Bosne i Hercegovine bilo sugestija o proširenju nadležnosti,¹⁵⁷ Međunarodni sud je ustanovio¹⁵⁸ da „nema ovlasti da odlučuje o navodnim kršenjima drugih obveza po međunarodnom pravu koje se ne sastoje u genocidu, a pogotovo ne o onima glede zaštite ljudskih prava u oružanom sukobu“.¹⁵⁹

Pravna strategija Bosne i Hercegovine bila je osmišljena da pretvori slučaj genocida u slučaj o ratu u Bosni u cjelini, što iz političkih razloga što zbog većih izgleda za uspjeh u parnici.¹⁶⁰ Bosna i Hercegovina je u skladu s time tvrdila da je ukupnost svih zločina počinjenih od strane bosanskih Srba tijekom sukoba predstavljala genocid, s isticanjem konkretnih zločina poput masakra u Srebrenici, opsade Sarajeva i ostalih događaja koji su poslužili kao ilustracija genocidnog obrasca.¹⁶¹ Naime, Bosna i Hercegovina se pred Međunarodnim sudom nije posebno upuštala u dokazivanje genocidne namjere počinitelja za svaki zločin koji su uspjeli dokazati, već su pokušali dokazati određeni model ponašanja srpskih vlasti u Bosni i Hercegovini i na području SRJ i njihovu genocidnu politiku, očekivajući pritom da će iz te politike Sud samostalno izvesti genocidnu namjeru počinitelja.¹⁶² Međutim, Međunarodni sud nije prihvatio taj skupni način dokazivanja genocidne namjere te je ustanovio da zločin genocida nije počinjen na području SRJ, a u Bosni i Hercegovini samo na području Srebrenice.¹⁶³

Međunarodni sud, dakle, nije mogao pronaći razlog zašto bi se obrazac zločina protiv čovječnosti trebao smatrati jedinstvenim zločinom genocida, pogotovo bez jasno dokazanog genocidnog plana i namjere pa je u tom slučaju slijedio odluku Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju te utvrdio postojanje genocida samo u vezi sa zločinom u Srebrenici.¹⁶⁴ Iako se radilo o sukobu tijekom kojeg su počinjena razna zlodjela, od nacionalističkog nasilja i

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ Degan objašnjava kako su zastupnici Bosne i Hercegovine pozivali na neke „dopunske osnove nadležnosti“ kako bi se Sud izjasnio o sredstvima za koja se SRJ opredjelila pri počinjenju genocida s naglaskom na agresivni rat u tijeku kojeg su počinjena teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava. Degan, *op. cit.* (bilj. 18), str. 349.

¹⁵⁸ Predmetno proširenje svoje nadležnosti Sud je odbacio u presudi iz 1996. godine nakon provedenog postupka o prethodnim prigovorima. *Ibid.*

¹⁵⁹ Presuda BiH protiv Srbije, para. 147.

¹⁶⁰ Milanović, *op. cit.* (bilj. 153), str. 672.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Degan, *op. cit.* (bilj. 21), str. 88.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ Milanović, *op. cit.* (bilj. 153), str. 672.

protjerivanja do pokolja i mučenja civilnog stanovništva, pravna je razlika između tih događaja i događaja u Srebrenici samo u tome što za ta druga djela nije bilo dovoljno dokaza o genocidnoj namjeri pa se stoga oni ne mogu pravno kvalificirati kao zločin genocida.¹⁶⁵ Sukladno tome, Milanović smatra da je većina kritika upućenih Međunarodnom sudu neumjesna zbog toga što ne uzimaju u obzir pravno vrlo strogu definiciju genocida niti ograničenu nadležnost Suda.¹⁶⁶

4.3. Pitanje pripisivosti za počinjene zločine

U presudi Međunarodni sud zločin genocida i drugi međunarodni zločini pripisuje političkim organima Republike Srpske.¹⁶⁷ Međunarodni sud je zaključio da nije dokazano da je vojska ili političko vodstvo SRJ sudjelovalo ili imalo bilo kakvu poveznicu s planiranjem, pripremanjem ili samim izvršenjem genocida u Srebrenici, iako je naveo da postoji velika količina dokaza o posrednom ili neposrednom sudjelovanju pripadnika Vojske SRJ zajedno s Vojskom Republike Srpske u vojnim operacijama u BiH, ali prije događaja u Srebrenici.¹⁶⁸ S obzirom na činjenicu da su general Mladić i još neki oficiri primali plaće i bili pod vojnom administracijom SRJ, Degan smatra da bi se mogli izvoditi suprotni zaključci o odnosu SRJ i Republike Srpske od onog koji je donio Međunarodni sud koji ih ne smatra *de iure* organima SRJ.¹⁶⁹ U doba pada Srebrenice predsjednik SRJ bio je Slobodan Milošević, protiv kojeg se u vrijeme postupka protiv SRJ vodio postupak pred Međunarodnim kaznenim sudom za bivšu Jugoslaviju.¹⁷⁰ Iako je njegova smrt spriječila izricanje kaznene presude, nije bilo gotovo nikakvog dokaza niti svjedoka¹⁷¹ koji bi Miloševića povezao sa zločinima u Srebrenici što je na svojevrsan način doprinijelo navedenoj odluci Međunarodnog suda o (ne)pripisivosti genocida SRJ.¹⁷² Degan, prema tome tvrdi kako vjerojatno ne bi bilo poteškoća da Međunarodni sud direktno osudi SRJ za kršenje Konvencije da je Milošević dočekao kraj svog suđenja s obzirom na to da je on bio neosporno najvažnija politička

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Ibid.*, str. 673.

¹⁶⁷ Degan, *op. cit.* (bilj. 21), str. 90.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*, str. 89.

¹⁷¹ Milošević je mudro prikrivao i uništavao dokumente i svaku poveznicu koja bi ga potencijalno povezala sa zločinima u BiH, a u naređenja je izdavao pojedincima usmeno i bez prisutnosti drugih svjedoka. *Ibid.*

¹⁷² *Ibid.*

osoba koja je donosila ključne odluke kao i s obzirom na činjenicu da bi vjerojatno¹⁷³ dobio najtežu kaznu zbog počinjenja zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina na području Bosne i Hercegovine, Hrvatske i Kosova.¹⁷⁴ Međutim, i dalje ostaje pitanje da li bi bio osuđen i za zločin genocida.

4.4. Odgovornost Srbije za propust u sprječavanju i kažnjavanju genocida

Prije nego je utvrdio odgovornost Srbije za to da nije spriječila genocid u Srebrenici, Međunarodni sud je jasno dao do znanja da je obveza sprječavanja genocida po prirodi obveza povezana s dužnom pažnjom (eng. *due diligence*) i ponašanje koje se treba ocjenjivati u svijetlu ukupnih okolnosti, a radi se o obvezi koja je po opsegu slična obvezama koje predlaže Komisija u dijelu Nacrta koji uređuje pooštreni režim odgovornosti za ozbiljna kršenja kogentnih normi međunarodnog prava.¹⁷⁵ Pritom, država nije vezana uspjehom sprječavanja niti ona odgovara samo zato što nije postignut željeni rezultat, već je odgovorna ako nije poduzela mjere u njenoj mogućnosti, a koje su mogle spriječiti zločin genocida.¹⁷⁶ U slučaju Srbije Međunarodni sud je utvrdio „da bi država bila odgovorna za kršenje svoje obveze na prevenciju, ne mora se dokazati da je ta država zaista imala moć da spriječi genocid; dovoljno je da je imala sredstva za to i da se očito suzdržala da ih upotrijebi”.¹⁷⁷

Nadalje, nedvojbeno je utvrđeno da je, zbog svog utjecaja te političkih, financijskih i vojnih veza sa skupinom bosanskih Srba, Srbija morala biti svjesna o postojanju ozbiljnog rizika od genocida u Srebrenici u slučaju okupacije tog područja od strane Vojske Republike Srpske, a posebno kada se uzme u obzir duboko ukorijenjena mržnja između bosanskih Srba i muslimanskog stanovništva na tom području. Budući da se Srbija očito suzdržavala od korištenja bilo kojeg sredstva kojeg je imala na raspolaganju za sprječavanje genocida na području Srebrenice, Međunarodni sud je utvrdio njezinu odgovornost zbog kršenja navedene obveze i time jasno dao do znanja da je svaka država na svijetu obvezna spriječiti svaki genocid.¹⁷⁸

¹⁷³ Za zločine protiv čovječnosti i ratne zločine nije potrebno dokazivati *dolus specialis*, već samo namjeru i saznanje okrivljenika što je tužiteljstvo pred MKSJ praktički već bilo učinilo. *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ Milanović, *op. cit.* (bilj. 153), str. 685-686.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ Presuda BiH protiv Srbije, para. 438.

¹⁷⁸ *Ibid.*

Nadalje, Međunarodni sud je utvrdio da do kršenja obveze sprječavanja genocida može doći samo ako je genocid stvarno počinjen, a obveza države nastaje od trenutka kada država sazna ili je trebala saznati za postojanje ozbiljne vjerojatnosti i rizika da će genocid biti počinjen.¹⁷⁹ Upravo tu se nalazi i razlika između sudioništva države u genocidu (država mora posjedovati stvarno znanje o tome da je genocid u tijeku ili da će do genocida neizbježno doći te pružiti pomoć počinitelju ili počiniteljima) i njenog neuspjeha da spriječi genocid (država mora samo znati za ozbiljan rizik da će genocid biti počinjen).¹⁸⁰ Iz toga je vidljiva neizbježna kontradikcija kada je u pitanju određivanje opsega dužnosti da se genocid spriječi, a koja se javlja kada god postoji svijest o ozbiljnom riziku od počinjenja genocida, ali istovremeno se zahtijeva da genocid stvarno bude počinjen u svrhu nastupa odgovornosti države za kršenje obveze da genocid spriječi.¹⁸¹

Što se tiče odgovornosti države za nekažnjavanje genocida, Konvencija o genocidu propisuje da države imaju obvezu kazniti počinitelje genocida počinjenog na njihovom teritoriju, ali nemaju takvu obvezu ako je genocid počinjen negdje izvan njihova teritorija.¹⁸² S obzirom na to da je u ovom predmetu genocid počinjen izvan teritorija Srbije, jedina osnova za odgovornost Srbije za nekažnjavanje genocida bio je nedostatak potpune suradnje¹⁸³ s Međunarodnim kaznenim sudom za bivšu Jugoslaviju.¹⁸⁴ To se izričito odnosilo na generala Mladića koji je kao najodgovornija osoba za zločine u Srebrenici tada cijelo vrijeme živio u Srbiji, a nije bio uhićen.¹⁸⁵

4.5. Pitanje naknade štete

Iako je utvrdio odgovornost Srbije za kršenje obveze da spriječi genocid u Srebrenici, Međunarodni sud je smatrao „da u ovom slučaju nalog za plaćanjem financijske kompenzacije ne bi bio primjeren“.¹⁸⁶ Sud je smatrao da jedini oblik reparacije na koji Bosna i Hercegovina ima

¹⁷⁹ Presuda BiH protiv Srbije, para 432.

¹⁸⁰ Milanović, op.cit. (bilj. 153), str. 687.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² Presuda BiH protiv Srbije, para. 442.

¹⁸³ Srbija je 1995. godine potpisala Daytonski sporazum, kojim je okončan rat u Bosni i Hercegovini, a na temelju Aneksa tog sporazuma bila je obvezna surađivati s Međunarodnim kaznenim sudom za bivšu Jugoslaviju. Milanović, op.cit. (bilj. 57), str. 588-589.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ Presuda BiH protiv Srbije, para. 471.

pravo je satisfakcija u obliku same deklaratorne presude¹⁸⁷ o srbijanskom kršenju obveze sprječavanja genocida.¹⁸⁸ Ono što je Međunarodni sud pritom ispitivao jest neposredna uzročna veza (*causal nexus*) između prekršene obveze Srbije da spriječi genocid i materijalne i moralne štete koja je pretrpljena od strane tužitelja zbog izvršenog genocida te je zaključio da bi se postojanje takve veze moglo ustanoviti samo ako bi Međunarodni sud bio u mogućnosti da iz predmeta u cjelini i s dovoljnim stupnjem sigurnosti zaključi da bi genocid u Srebrenici zaista bio spriječen da je Srbija postupila u skladu s pravnim obvezama, a što Međunarodni sud nije mogao zaključiti.¹⁸⁹ Milanović oštro kritizira takvu odluku smatrajući da je dokazivanje takve uzročnosti nemoguće u praksi i da navedeni pravni koncept uzročnosti nije dobro utemeljen u slučaju omisivnih protupravnih radnji.¹⁹⁰ Na kraju ovog odlomka ne preostaje drugo nego složiti se s mišljenjem profesora Degana kako u okolnostima čitavog slučaja financijska kompenzacija žrtvama (ako ne u punom iznosu onda makar u primjerenom dijelu) nije smjela imati alternative, a da satisfakcija deklaratornom presudom predstavlja svojevrsno izrugivanje pravdi od strane samoga Suda.¹⁹¹

4.6. Zaključno o presudi

Presudom je sudskim putem utvrđeno ubojstvo oko sedam tisuća muškaraca muslimanske vjeroispovijesti, a odgovornost za to snosi Vojska Republike Srpske i s njome povezani politički naredbodavci.¹⁹² Osim toga, utvrđen je ogroman broj masovnih i teških zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina diljem Bosne i Hercegovine.¹⁹³ Nije, stoga, začuđujuće da je presuda donijela i svojevrsno razočaranje kako cjelokupne javnosti tako i onih koji su na genocid promatrali kao ukupnost sukoba u Bosni, što on jednostavno nije mogao biti.¹⁹⁴

¹⁸⁷ Glede navedenog Sud se pozvao na vlastiti presedan iz presude o Krfskom tjesnacu iz 1949. godine između Albanije i Velike Britanije. Degan, međutim, navodi kako se u tom slučaju radi o bitno drugačijim okolnostima jer se tu u suštini radi o kršenju suverenosti od strane Velike Britanije koja je u albanskom teritorijalnom moru samovoljno poduzela akciju deminiranja i prikupljanja dokaza. Sud tada u presudi, tom izjavom, pružio satisfakciju Albaniji. Degan, *op.cit.* (bilj. 18), str. 359-360.

¹⁸⁸ Milanović, *op. cit.* (bilj. 153), str. 689.

¹⁸⁹ Presuda BiH protiv Srbije, para. 462.

¹⁹⁰ Milanović, *op. cit.* (bilj. 153), str. 689-690.

¹⁹¹ Degan, *op. cit.* (bilj. 18), str. 360.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ *Ibid.*

Ono što je zanimljivo jest da se u ovoj presudi Međunarodni sud u velikoj mjeri oslanjao na zaključke Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju, posebno vezano uz pravne tvrdnje u vezi s genocidom, činjenice i pravnu kvalifikaciju tih činjenica, ali s druge strane, kada je riječ o odgovornosti država, odbacuje test sveukupne kontrole koji je Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju ustanovio u slučaju *Tadić* i primjenjuje vlastite „nikaragvanske“ testove. Nadalje, iako je utvrdio da svaka država na svijetu ima obvezu sprječavanja zločina genocida, prema Milanoviću „Međunarodni sud tu obvezu svodi na puku simboliku, ostavljajući po strani svaki istinski smislen oblik naknade štete“,¹⁹⁵ a upravo taj dio presude zaslužuje najveći dio kritika. Iako se mora priznati da je Međunarodni sud u ovom slučaju imao nekoliko ograničenja i poteškoća, posebno vezano uz zahtjevnju i kompleksnu definiciju i pravni karakter zločina genocida, ograničenu nadležnost i činjenicu da može raditi samo s onime što mu stranke u tom kontradiktornom postupku iznesu, ipak, unatoč donesenoj presudi, valja za kraj istaknuti kako je malo vjerojatno da je Srbija u cijeloj situaciji bila samo pasivni promatrač već je morala biti svjesna ozbiljnog rizika da će se genocid dogoditi iako nije za njega bila izravno odgovorna.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Citirano prema: Milanović, *op. cit.* (bilj. 153), str. 694.

¹⁹⁶ *Ibid.*, str. 690-694.

5. REPUBLIKA HRVATSKA PROTIV SAVEZNE REPUBLIKE JUGOSLAVIJE

Republika Hrvatska je svoju tužbu protiv Savezne Republike Jugoslavije, odnosno Srbije, podnijela Međunarodnom sudu 1999. godine, također radi kršenja Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida.¹⁹⁷ Pritom se u tužbi pozivala na zločine počinjene između 1991. i 1995. godine koji su predstavljali kršenje Konvencije.¹⁹⁸ Nakon što je 2007. godine donesena presuda u slučaju Bosne i Hercegovine, Hrvatska je mogla pretpostavljati koji će biti ishod njezine tužbe s obzirom na to da se radi o istom pitanju i da nije bilo logično očekivati da će biti tretirana drugačije od Bosne i Hercegovine.¹⁹⁹ Tome u prilog govori činjenica da su hrvatski zastupnici pred Međunarodnim sudom djelovali na sličan način kao i bosanskohercegovački, očekivajući da će genocidnu namjeru utvrđivati Sud, iako je to zadatak države tužiteljice ako parnicu želi okončati s uspjehom.²⁰⁰

Međunarodni sud je u presudi najprije procjenjivao predstavljaju li djela navedena u tužbi djela koja su navedena u članku II. Konvencije (*actus reus*) i je li Hrvatska dokazala počinjenje tih djela, a potom je li dokazana posebna genocidna namjera, odnosno *dolus specialis*.²⁰¹ Pritom se Sud oslanjao na nalaze Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju, ali kako on nije izrekao niti jednu osuđujuću presudu pojedincima za počinjene genocida u Hrvatskoj, tako nije bilo dokaza o postojanju genocidne namjere.²⁰² Presuda je donesena 2008. godine,²⁰³ a u suštini je odlučeno da u Hrvatskoj nije počinjen zločin genocida.²⁰⁴ Međunarodni sud je utvrdio velik broj ubojstava od strane JNA i srpskih snaga, da su u ogromnoj većini žrtve bili Hrvati kao zaštićena skupina te da su isti subjekti tijekom sukoba nanosili ozljede Hrvatima zbog čega su krivi za maltretiranja, mučenja, seksualna nasilja i silovanja, čime je u pogledu tih zabranjenih čina ustanovljen *actus reus* kao materijalni element genocida.²⁰⁵ Hrvatska međutim, kao i Bosna i Hercegovina, nije bila u stanju iznijeti dokaze koji bi u potpunosti uvjerali Međunarodni sud o

¹⁹⁷ Degan, *op. cit.* (bilj. 18), str. 364.

¹⁹⁸ *Ibid.*, str. 367.

¹⁹⁹ *Ibid.*, str. 369.

²⁰⁰ Degan, *op. cit.* (bilj. 21), str. 94.

²⁰¹ Degan, *op. cit.* (bilj. 18), str. 368.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, I.C.J. Reports 2015, str. 3. U daljnjem tekstu: Presuda Hrvatska protiv Srbije.

²⁰⁴ Degan, *op. cit.* (bilj. 18), str. 371.

²⁰⁵ Presuda Hrvatska protiv Srbije, paras 295, 360.

postojanju posebne genocidne namjere počinitelja da se u cijelosti ili djelomično fizički unište Hrvati kao zaštićena skupina.²⁰⁶

Što se tiče točaka optužnice koje se odnose na „namjerno podvrgavanje skupine takvim uvjetima života koji bi trebali dovesti do njezina potpunog i djelomičnog uništenja“ i na „nametanje takvih mjera kojima se želi spriječiti rađanje u okviru te skupine“ u smislu članka II. točke c) i d) Konvencije o genocidu, Međunarodni sud je smatrao da Hrvatska nije dokazala *actus reus* genocida.²⁰⁷ Sud je potom zaključio da je cilj srpskih zločina bilo etničko čišćenje zauzetih prostora od Hrvata kako bi se stvorio homogeni teritorij protjerivanjem Hrvata i ostalih nesrpskih naroda te kako bi se ujedinila područja u Hrvatskoj i Bosni i Hercegovini na kojima su živjeli pripadnici srpske narodnosti.²⁰⁸ Upravo dio presude koji objašnjava prethodno navedeni zaključak Međunarodnog suda Degan smatra najporažavajućim. Naime, Sud je vezano uz zbivanja u Vukovaru²⁰⁹ zaključio da zločini u Vukovaru i na Ovčari nisu počinjeni u namjeri uništenja članova skupine, nego se radi o njihovom kažnjavanju kao neprijatelja u vojnom smislu zbog toga što su neki civili bili evakuirani u Hrvatsku ili Srbiju te zbog činjenice da nisu svi borci bili smaknuti već su neki bili transportirani u logore kao ratni zarobljenici.²¹⁰ S obzirom na to da su, u najmanju ruku, zarobljeni borci mučeni, ponižavani i ubijani zbog čega se radi o evidentnom kršenju pravila Treće ženevske konvencije o postupanju s ratnim zarobljenicima iz 1949. godine, držimo uvjerljivim Deganovo mišljenje kako je Međunarodni sud pri tom zaključku trebao biti „uravnoteženiji“, odnosno da je zločine na području Vukovara trebao barem okarakterizirati kao zločine protiv čovječnosti i ratne zločine te ih jasno osuditi.²¹¹

²⁰⁶ Degan, *op.cit.* (bilj. 18), str. 371.

²⁰⁷ Presuda Hrvatska protiv Srbije, paras 394, 400.

²⁰⁸ *Ibid.*, paras 419-430.

²⁰⁹ Na ta zbivanja Hrvatska je polagala značajnu pozornost zbog brutalnosti masovnog ubojstva civila iz 1991. godine nakon pada grada u neprijateljske ruke. Degan, *op. cit.* (bilj. 18), str. 371.

²¹⁰ Presuda Hrvatska protiv Srbije, para. 436.

²¹¹ Degan, *op. cit.* (bilj. 18), str. 371.

6. GAMBIJA PROTIV MJANMARA

Jedan o najaktualnijih postupaka zbog kršenja obveza iz Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida jest onaj koji je 2019. godine Međunarodnom sudu podnijela Gambija protiv Mjanmara.²¹² Gambija je Mjanmar optužila za počinjenje i planiranje izvršenja zločina genocida, izravno i javno poticanje na njegovo počinjenje, supočiniteljstvo, propust u sprječavanju i nekažnjavanje genocida, a ističe i potrebu poduzimanja privremenih mjera za sprječavanje daljnjih genocidnih djela.²¹³ Radi se o zahtjevu za pokretanje postupka i zahtjevu za privremene mjere protiv Mjanmara.²¹⁴ Nakon što su podneseni prethodni prigovori i očitovanja stranaka o prigovorima, Međunarodni sud je u srpnju 2022. godine donio presudu o prethodnim prigovorima.²¹⁵

6.1. Etnička skupina Rohingye i povijesne okolnosti

Današnji Mjanmar do 1989. godine nosio je naziv Burma, a radi se o zemlji s velikim brojem različitih manjina.²¹⁶ Danas većinsko stanovništvo čine Burmanci budističke vjeroispovijesti, a službeni jezik je burmanski.²¹⁷ Rohingye su etnička skupina muslimanske vjeroispovijesti koja već nekoliko stoljeća naseljava pokrajinu Rakhine, a koja se nalazi uz granicu s Bangladešom u zapadnom dijelu Mjanmara.²¹⁸ Njihov sustavni progon traje od šezdesetih godina prošlog stoljeća, a iako je 2011. godine u Mjanmaru uveden demokratski režim nije se puno toga promijenilo.²¹⁹ Rohingyama je Zakonom o državljanstvu uskraćena mogućnost stjecanja državljanstva čime su marginalizirani i *de iure* postali apatridi, uskraćena su im osnovna klasična građanska prava, pravo na sklapanje braka, sloboda kretanja i pravo vlasništva te negirana osnovna

²¹² Rusan Novokmet, R., *Application and Interpretation of the Genocide Convention in the Recent Jurisprudence of the International Court of Justice: Issues of Jurisprudence*, Poredbeno pomorsko pravo, sv. 62, br. 177, 2023, str. 126.

²¹³ Kampić, Sarić, *op. cit.* (bilj. 49), str. 95-96.

²¹⁴ Rusan Novokmet, *op. cit.* (bilj. 212).

²¹⁵ *Ibid.*, str. 129. Za tekst presude vidi: Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2022. U daljnjem tekstu: Presuda o prethodnim prigovorima Gambija protiv Mjanmara.

²¹⁶ Kampić, Sarić, *op. cit.* (bilj. 49), str. 72.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ *Ibid.*, str. 73.

²¹⁹ *Ibid.*

ekonomska i socijalna prava.²²⁰ Između 2016. i 2018. godine progon Rohingya skupine dosegnuo je svoj maksimum kada su počele brutalne „operacije čišćenja“ od strane vojnih i sigurnosnih snaga Mijanmara što je rezultiralo genocidnim djelima.²²¹

6.2. Prethodni prigovori

Gambija nadležnost temelji na članku IX. Konvencije s obzirom na to da su obje države stranke Konvencije, a svoju legitimaciju na činjenici da obveze koje proizlaze iz Konvencije imaju *erga omnes* karakter kao i da zabrana genocida spada pod *ius cogens*.²²² S druge strane, Mjanmar je argumentirao da rezerva koju je Mjanmar stavio na članak VIII. Konvencije isključuje mogućnost da se Međunarodnom sudu obrati bilo koja ugovorna stranka koja nije oštećena država (iako Mjanmar nije stavio rezervu na članak IX. Konvencije).²²³ Mjanmar negira i legitimaciju Gambije tvrdeći da Gambija nema činjenične niti teritorijalne poveznice s navodnim kršenjima kao što niti navodne žrtve ni navodni počinitelji nemaju poveznice s Gambijom te da članak IX. Konvencije o genocidu neoštećenim državama ne daje legitimitet za pokretanje postupka u vezi potencijalnih povreda Konvencije.²²⁴ Iznosi i problematiku „pravog podnositelja zahtjeva“ što se zapravo odnosi na činjenicu da je Gambija samostalno podnijela tužbu Međunarodnom sudu, ali je pritom imala ovlaštenje od strane država članica Organizacije islamske suradnje.²²⁵

6.3. Presuda o prethodnim prigovorima

U presudi o prethodnim prigovorima Međunarodni sud je odbio prigovor Mjanmara vezan uz legitimaciju Gambije tvrdeći da Gambija, kao država članica Ujedinjenih naroda i *ipso facto* stranka Statuta Međunarodnog suda, ispunjava uvjete da bude stranka u postupku, a vezano uz pitanje „pravog podnositelja zahtjeva“ navodi kako politički motivi ili prijedlozi državi od strane

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ Rusan Novokmet, *op. cit.* (bilj. 212), str. 127.

²²² *Ibid.*, str. 126.

²²³ *Ibid.*, str. 127.

²²⁴ *Ibid.*, str. 128-129.

²²⁵ Ramsden, M., *Strategic Litigation before the International Court of Justice: Evaluating Impact in the Champaign for Rohingya Rights*, European Journal of International Law, sv. 33, br. 2, 2022., str. 458.

međunarodnih organizacija ne oduzimaju državi status podnositelja zahtjeva ili pravo da podnese zahtjev.²²⁶ Kod utvrđivanja (ne)postojanja spora Međunarodni sud prvo definira spor, a potom podsjeća na svoju raniju argumentaciju prema kojoj „dvije strane moraju imati očito suprotna stajališta u vezi pitanja izvršavanja ili neizvršavanja određenih međunarodnih obveza“ odbijajući prigovor Mjanmara konstatacijom da postoji spor u vezi s tumačenjem i primjenom Konvencije.²²⁷ Sud je nadalje potvrdio da sve države stranke Konvencije imaju zajednički interes da spriječe, suzbiju i kazne zločin genocida što znači da se radi o obvezama *erga omnes*, a što podrazumijeva pravo svake države stranke da pozove na odgovornost druge države stranke za navodno kršenje obveza iz Konvencije.²²⁸

6.4. Privremene mjere

Međunarodni sud je, umjesto zahtjeva Gambije da Mjanmar poduzme konkretne mjere za rješavanje nekih zločina kao što su seksualno nasilje i spaljivanje domova, formulirao općeniti nalog upućen Mjanmaru da poštuje obveze nametnute u članku II. Konvencije te navedeno opravdao svojim zaključkom da ipak postoji rizik od „nepopravljive štete“ jer su se neka od djela protiv pripadnika Rohingya skupine potencijalno mogli okarakterizirati kao genocidna djela.²²⁹ Osim toga, Međunarodni sud je Mjanmaru naložio da podnese izvješće o provedbi privremenih mjera u roku od četiri mjeseca te potom svakih šest mjeseci do donošenja presude o meritumu, osiguravajući tako praćenje cjelokupne situacije i uključenost Mjanmara u proces praćenja i izvještavanja.²³⁰

²²⁶ Presuda o prethodnim prigovorima Gambija protiv Mjanmara, paras 42, 44.

²²⁷ *Ibid.*, para. 63.

²²⁸ *Ibid.*, para. 107.

²²⁹ Ramsden, *op. cit.* (bilj. 225), str. 464.

²³⁰ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, str. 3, para. 86.

6.5. Daljnji razvoj događaja

S obzirom na to da Međunarodni sud u ovom predmetu još nije odlučivao o odgovornosti Mjanmara za genocid kao meritumu, preostaje samo čekati daljnji razvoj događaja, posebno s obzirom na nedavne događaje u Mijanmaru²³¹ koji će potencijalno zahtijevati drugačiji pristup Gambije.²³² Svakako, dugotrajnost da se zaključi meritorna faza postupka daje i Gambiji dovoljno vremena da na uvjerljiv način iznese dokaze o povredi Konvencije o genocidu u skladu s metodologijom i praksom koju je Međunarodni sud prethodno iznio u predmetima Bosne i Hercegovine i Hrvatske kako bi tako poboljšala šanse za uspjeh te kako bi se naposljetku osigurala prava pripadnicima Rohingya skupine.²³³

²³¹ Ramsden navodi kako je 2021. godine došlo do državnog udara u Mijanmaru što će sigurno biti od određenog utjecaja na cjelokupnu situaciju. Ramsden, *op. cit.* (bilj. 225), str. 465.

²³² *Ibid.*, str. 466-468.

²³³ *Ibid.*

7. ZAKLJUČAK

Genocid se kao zasebni međunarodni zločin u najvećoj mjeri razvio nakon Drugog svjetskog rata kao posljedica stravičnih zločina. U pravnoj regulaciji tog zločina najvažnija uloga pripada Konvenciji o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida čiji tekst je 1948. godine usvojen od Opće skupštine Ujedinjenih naroda. Radi se o kompleksnom kaznenom djelu jer nije dovoljno da postoji sama radnja (*actus reus*) onako kako je opisana u članku II. Konvencije već je uz nju potrebno i postojanje tzv. *dolus specialis*, odnosno specifične genocidne namjere kao subjektivnog, psihičkog elementa, a upravo je dokazivanje genocidne namjere ono što zadaje najviše teškoća u postupcima pred Međunarodnim sudom. Iako stavlja naglasak na individualnu odgovornost pojedinca, Konvencija u svom IX. članku predviđa i odgovornost države. Naime, djelovanje pojedinaca, kada oni djeluju prema smjernicama države ili pod njenom kontrolom, može se pripisati državi u smislu njezine međunarodnopravne odgovornosti. Odgovor na pitanje o kojem se stupnju kontrole tada mora raditi Međunarodni sud je dao u svojoj presudi u predmetu Nikaragve protiv SAD-a kada je uveo tzv. dva „nikaragvanska testa“ koja je kasnije upotrijebio i u predmetima Bosne i Hercegovine i Hrvatske protiv Srbije. Upravo presude u potonjim predmetima čine važan dio materije odgovornosti država za genocid s obzirom na to da je Međunarodni sud tada prvi put meritorno odlučivao o odgovornosti neke države za zločin genocida i da će se zasigurno ubuduće pozivati na stajališta iznesena u navedenim presudama. U tom kontekstu odgovornosti država za genocid, ali i općenito za međunarodno protupravne čine, značajnu je ulogu odigrala Komisija za međunarodno pravo koja je 2001. godine završila rad na Nacrt u članaka o odgovornosti država za međunarodno protupravne čine, a iako još uvijek nije prihvaćena konvencija o materiji odgovornosti država, Nacrt se ipak ne može zaobići jer u suštini sadrži običajno pravo te rješenja utemeljena u sudskoj praksi i na praksi država.

Na kraju valja istaknuti da je prava svrha uspostavljanja odgovornosti i države i pojedinca, u suštini, sankcioniranje i prevencija najgorih zločin kao što je zločin genocida. Međutim, jednako tako treba uzeti u obzir da je nemoguće u potpunosti prevenirati protupravne djelatnosti, ali upravo to bi trebao biti daljnji poticaj za razvitak materije odgovornosti država, ali i međunarodnog prava u cjelini.

LITERATURA

Knjige i članci:

1. Andrassy, J., Bakotić, B., Seršić, M., Vukas, B., *Međunarodno pravo*, 1. dio, Zagreb, 2010.
2. Andrassy, J., Bakotić, B., Seršić, M., Vukas, B., *Međunarodno pravo*, 3. dio, Zagreb, 2006.
3. Cvitanović, L., Derenčinović, D., Turković, K., Munivrana Vajda, M., Dragičević Prtenjača, M., Maršavelski, A., Roksandić Vidlička, S., *Kazneno pravo – posebni dio*, Zagreb, 2018.
4. Degan, V., *Zločin genocida pred međunarodnim sudištima*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, sv. 58, br. 1-2, 2008., str. 77-95.
5. Degan, V., *Zločin genocida pred međunarodnim sudom u Haagu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, sv. 53, br. 2, 2016., str. 329-376.
6. Fabijanić Gagro, S., Škorić, M., *Zločin genocida u praksi međunarodnih ad hoc kaznenih tribunala*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, sv. 58., br. 6, 2008., str. 1387-1419.
7. Jutriša, G., *Odgovornost države na temelju Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida*, Pravnik, sv. 41, br. 84, 2007., str. 125-142.
8. Kampić, M., Sarić, P., *Genocid u suvremeno doba – studija slučaja: Skupina Rohingya iz Zapadnog Mijanmara*, Pravnik, sv. 54, br. 106, 2020., str. 68-104.
9. Milanović, M., *State Responsibility for Genocide*, European Journal of International Law, sv. 17., br. 3, 2006., str. 553-604.
10. Milanović, M., *State Responsibility for Genocide: A Follow-up*, European Journal of International Law, sv. 18, br. 4, 2007., str. 669-694.
11. Munivrana Vajda, M., *Etničko čišćenje kao oblik genocida? Hrvatsko zakonodavstvo i praksa u svjetlu međunarodnih izvora*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, sv. 61, br. 6, 2011., str. 1921-1948.
12. Ramsden, M., *Strategic Litigation before the International Court of Justice: Evaluating Impact in the Campaign for Rohingya Rights*, European Journal of International Law, sv. 33, br. 2, 2022, str. 441-472.
13. Rusan Novokmet, R., *Application and Interpretation of the Genocide Convention in the Recent Jurisprudence of the International Court of Justice: Issues of Jurisdiction*, Poredbeno pomorsko pravo, sv. 62, br. 1, 2023., str. 181-210.

14. Sahadžić, M., *Razmatranje presude Međunarodnog suda Pravde u sporu koji se odnosi na primjenu Konvencije o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine (Bosna i Hercegovina protiv Srbije i Crne Gore) – značaj presude Međunarodnog suda Pravde za Bosnu i Hercegovinu*, Zbornik radova Međunarodne naučne konferencije: Genocid u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2011., str. 315-318.
15. Schabas, A.W., *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, 2. izdanje, Cambridge, 2009.
16. Seršić, M., *Međunarodnopravna odgovornost države*, Zagreb, 2007.

Dokumenti:

1. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, u: International Law Commission, Report of the International Law Commission on the Work of Its 53rd Session (23 April-1 June, 2 July-10 August 2001), UN Doc. A/56/10, str. 26; tekst s komentarima dostupan na: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.
2. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, str. 43, dostupno na: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/casereLATED/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>.
3. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, I.C.J. Reports 2015, str. 3, dostupno na: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/118/118-20150203-JUD-01-00-EN.pdf>.
4. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2022, str. 477, dostupno na: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/casereLATED/178/178-20220722-jud-01-00-en.pdf>.
5. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, str. 3, dostupno na: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/178/178-20200123-ORD-01-00-EN.pdf>.

6. Konvencija o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948.), Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 8/2023.
7. Konvencija o pravu međunarodnih ugovora (1969.), Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 16/1993, 9/1998.

Mrežni izvori:

1. Baza podatak United Nations Treaty Collection:
https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4.