

Oblici izvedene kaznene odgovornost u praksi Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju

Rajić, Boris

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:199:516429>

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

Download date / Datum preuzimanja: **2025-02-04**



Repository / Repozitorij:

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



SVEUČILIŠTE U ZAGREBU

PRAVNI FAKULTET

Boris Rajić

Oblici izvedene kaznene odgovornosti u praksi
Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju

DIPLOMSKI RAD

Katedra za kazneno pravo

Mentor: izv. prof. dr. sc. Aleksandar Maršavelski

Zagreb, 2024.

Izjava o izvornosti

Ja, Boris Rajić, pod punom moralnom, materijalnom i kaznenom odgovornošću, izjavljujem da sam isključivi autor diplomskog rada te da u radu nisu na nedozvoljeni način (bez pravilnog citiranja) korišteni dijelovi tuđih radova te da se prilikom izrade rada nisam koristio drugim izvorima do onih navedenih u radu.

Boris Rajić, v.r.

SADRŽAJ

1. UVOD	1
2. RAZVOJ MEĐUNARODNIH KAZNENIH SUDOVA DO OSNUTKA MKSJ-a	2
2.1. Međunarodni kazneni sudovi nakon Drugog svjetskog rata.....	2
2.2. Osvrt na rad međunarodnih vojnih tribunala	2
2.3. Etape razvoja međunarodnih kaznenih sudova.....	4
3. OSNUTAK I POČETAK RADA.....	5
3.1. Politički kontekst.....	5
3.2. Rezolucije Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda.....	6
3.3. Rezolucija 827 (1993) Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda.....	8
3.4. Početak rada	8
4. JURISDIKCIJA.....	9
4.1. Zakonitost osnivanja.....	9
4.2. Opća jurisdikcija	10
4.3. Jurisdikcija u kontekstu međunarodnog običajnog prava	12
5. OBLICI IZVEDENE KAZNENE ODGOVORNOSTI U PRAKSI MKSJ-a	14
5.1. Teorije izvedene kaznene odgovornosti	14
5.2. Zapovjedna odgovornost	15
5.2.1. Povijesni razvoj	15
5.2.2. Oblici zapovjedne odgovornosti.....	18
5.2.3. Sastavnice zapovjedne odgovornosti.....	19
5.2.4. Funkcionalna sastavnica	19
5.2.5. Kognitivna sastavnica	20
5.2.6. Operativna sastavnica	22
5.3. Zajednički zločinački pothvat	24
5.3.1. Povijesni razvoj	24
5.3.1. Elementi zajedničkog zločinačkog pothvata.....	25
5.3.2. Razvoj u praksi MKSJ-a	27
5.3.4. Kritike	29
5.3.5. Izazovi s dokazivanjem.....	32
5.3.6. Odnos s načelom zakonitosti.....	33
5.4. Kumulacija oblika izvedene kaznene odgovornosti.....	35
6. ZAKLJUČAK	36

1. UVOD

Međunarodni kazneni sud za progon osoba odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjenih na području bivše Jugoslavije od 1991. godine¹ (dalje u tekstu, ustaljeni skraćeni naziv, akronim i skraćunica: Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju; MKSJ; Sud), je u trenutku svog osnutka 1993. godine predstavljao značajan iskorak u razvoju međunarodnog kaznenog prava. U svijetu koji je nedavno izašao iz blokovske podijele i okrilja Hladnog rata, osnivanje suda s ciljem progona i kažnjavanja najtežih zločina, bio je nagovještaj da bi bi stvarno moglo doći do „kraja nekažnjivosti“, kako često sam MKSJ opisuje svoju misiju.² Značajno je primijetiti da je Sud osnovan uz konsenzus svih svjetskih sila i većine međunarodne zajednice. U takvom okruženju, nije bilo teško prigrliti optimizam i nadu u razvoj međunarodne zajednice u smjeru vladavine prava. Stoga je s punim pravom osnutak Suda opisan kao „a seismic shift from diplomacy to legality in the conduct of world affairs“.³

Ipak, osnutak MKSJ-a je naišao i na brojne kritike, kako političkog, tako i pravnog karaktera. U ovom radu ću se usredotočiti na raspravu pravnog karaktera, ali bila bi omaška ne dotaknuti se političkog konteksta, u koji je neizbježno uronjen sustav međunarodnog kaznenog prava pa tako i rad MKSJ-a. Kroz analizu političkog konteksta i pravnog nasljeđa, u kojem se zatekao MKSJ u početku svog rada, možemo steći dublje razumijevanje svih procesa koji su utjecali na formiranje konačne prakse Suda i nadalje pravnog nasljeđa kojeg je taj Sud ostavio iza sebe. Potom ću se usredotočiti na prikazivanje jurisdikcije Suda, koja je bitna kao kamen temeljac na kojem se, između ostalog, temelje i oblici kaznene odgovornosti. Konačno, glavna rasprava će biti usredotočena na dva oblika izvedene kaznene odgovornosti koja su se naširoko koristila u praksi MKSJ-a: zapovjedna odgovornost i zajednički zločinački pothvat. Upravo ta dva konstrukta su bila predmet većine kritika radu MKSJ-a i stoga je nužno pristupiti pažljivoj analizi kako bi stekli razumijevanje o značaju rada Suda i primjeni tih konstrukta u praksi.

¹ Puni naziv na engleskom jeziku, koji je jedan od dva službena jezika MKSJ-a: *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*.

² MKSJ, <https://www.icty.org/en/about> (10. prosinac 2024.).

³ Kerr, R., *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: an exercise in law, politics and diplomacy*, Oxford University Press, Oxford, 2004., str. 1.

2. RAZVOJ MEĐUNARODNIH KAZNENIH SUDOVA DO OSNUTKA MKSJ-a

2.1. Međunarodni kazneni sudovi nakon Drugog svjetskog rata

Tzv. Nürnberškom ili Londonskom poveljom⁴, 1945. godine osnovan je Međunarodni vojni tribunal u Nürnbergu. Tribunal je bio nadležan za suđenje za sljedeće zločine: zločin protiv mira, ratni zločin, zločin protiv čovječnosti (nota bene: među navedenima nema genocida!). Po uzoru na Nürnberški tribunal, 1946. godine osnovan je Međunarodni vojni tribunal za Daleki istok u Tokiju, koji je bio nadležan za suđenje za iste zločine, ali za područje Dalekog istoka, tj. kapituliranog Japanskog carstva.⁵ Također, zanimljivo je primijetiti da je postupak pred međunarodnim vojnim tribunalima bio miješanog tipa, odnosno kombinacija kontinentalnog sustava (inkvizitornog) i angloameričkog sustava (akuzatornog).⁶

Nakon međunarodnih vojnih tribunala, do osnutka MKSJ-a, razvoj prakse naglo staje, ponajprije zbog političke situacije tijekom Hladnog rata. Unatoč pokušajima za osnivanjem novih međunarodnih kaznenih sudova⁷, do realizacije takvih ideja nije došlo do završetka Hladnog rata i ponovnog zblizavanja i pojačavanja suradnje međunarodne zajednice.

Ipak, razvoj međunarodnog kaznenog prava je u tih 50ak godina doživio značajne pomake kroz donošenje nekoliko izuzetno značajnih međunarodnih konvencija, koje danas predstavljaju temelje međunarodnog kaznenog prava. Radi se o Ženevskim konvencijama iz 1949. godine, Konvenciji o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine te Protokolima Ženevskih konvencija iz 1977. godine.

2.2. Osvrt na rad međunarodnih vojnih tribunala

Rad međunarodnih vojnih tribunala osnovanih nakon Drugog svjetskog rata je bio popraćen kritikama i kontroverzama, koje možemo podijeliti na kritike generalnog karaktera (o kojima će biti riječi u nastavku ovog poglavlja), i na kritike specifičnog karaktera (npr. primjenu konstrukta zavjere, must have known standarda kod zapovjedne odgovornosti itd.; o

⁴ Charter of the International Military Tribunal, <https://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp> (10. prosinac 2024.).

⁵ Charter of the International Military Tribunal for the Far East, https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf (10. prosinac 2024.).

⁶ Bonačić, M., Naslijeđe Međunarodnoga kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju : doktorski rad, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2015., str. 13.

⁷ *Ibid.*, str. 18.

tim kritikama će biti riječi u kasnijim poglavljima ovog rada, kod obrade zajedničkog zločinačkog pothvata i zapovjedne odgovornosti).

Prva generalna kritika je bila da se sudi isključivo za zločine počinjene od strane pripadnika poražene strane, odnosno da se pokušava postići tzv. *victor's justice*.⁸ Takav tip suda nikako nije idealan, između ostalog jer se poništava generalno preventivni učinak osude, jer se zločinci mogu nadati izbjegavanju odgovornosti ako pobjede u ratu.⁹ Takva motivacija svakako nije poželjna, osobito ako se bi se pobjeda pokušala ishoditi na svaki mogući način, znajući koja je posljedica u slučaju poraza. Kritika zasigurno nije bila bespredmetna, i vjerojatno je da je i pobjednička strana toga bila svjesna. Međutim, možemo zaključiti da u tom trenutku jednostavno nije postojala dovoljna razine političke volje da se ustanovi sud s jurisdikcijom nad svim stranama.

Druga generalna kritika je bila usmjerena na retroaktivnu primjenu prava. Načelo zakonitosti u kaznenom pravu se odnosi na utvrđivanje kaznene odgovornosti i na utvrđivanje kazne, a sadrži u sebi četiri aspekta (*law must be written (scripta)*, *certainty of legal definitions (certa)*, *prohibition of retroactive effect of criminal law (praevia)*, *prohibition of analogy (stricta)*)¹⁰ Međunarodni vojni tribunal u Nürnbergu je bio u poziciji da je sam morao ustanoviti materijalnopravne norme za kaznenu odgovornost osoba, naprosto iz razloga što nije postojala ranija praksa na koju se mogao osloniti, i na taj način se neizbježno izložio prigovoru na retroaktivnu primjenu prava (npr. kod definiranja novog zločina protiv čovječnosti i kod odmjeravanja kazni).¹¹

Međutim, postoje i drugačiji stavovi, koji djelomično ekskulpiraju postupke Međunarodnog vojnog tribunala. Neki autori uočavaju da, u to vrijeme, načelo zakonitosti je bilo drugačije shvaćeno u *common law* sustavima. Točne razlike nisu nužno bitne, ali je bitno uočiti da su *common law* sustavi, za razliku od *civil law* sustava imali puno opušteniji stav prema načelu zakonitosti i osobito zabrani retroaktivnosti (što je razumno s obzirom da se radi o sustavima s presedanskim pravom, za koje možemo teško zamisliti da se može neometano razvijati ako je zabrana retroaktivnosti apsolutna).¹² Dakle, ako prihvatimo tezu da *common law* sustavi nisu u to vrijeme imali prihvaćeno načelo zakonitosti kakvog su ga imali *civil law*

⁸ Morris, V.; Scharf, M. P., *An insider's guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: a documentary history and analysis*, Transnational Publishers, Irvington-on-Hudson, 1995., str. 9.

⁹ Krapac, D., Uvod, u Čičak, I. Z., *Međunarodni sud za ratne zločine na području bivše Jugoslavije*, Hrvatski helsinški odbor za ljudska prava, Zagreb, 1995., str. 5.

¹⁰ Munivrana, M., *The Principle of Legality in International Criminal Law*, u Josipović, I., *Responsibility for war crimes: Croatian perspective - selected issues*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2005., str. 153, 155.

¹¹ Krapac, D., op. cit. u bilj. 9., str. 5.

¹² Munivrana, M., op. cit. u bilj. 10., str. 159-160.

sustavi i kakvog danas imamo, onda možemo ustanoviti da načelo zakonitosti u to vrijeme nije moglo biti dijelom međunarodnog običajnog prava (jer su *common law* sustavi bili predstavljeni u nekim od najvećih zemalja svijeta, i stoga se ne može govoriti o međunarodnom konsenzusu koji bi formirao svijest o obveznosti takvog načela). Stoga, ako to načelo nije bilo dijelom tadašnjeg međunarodnog običajnog prava, opravdano se argumentira da Međunarodni vojni tribunal u Nürnbergu nije mogao suditi po njemu (jer je sve ovlasti crpio iz međunarodnog običajnog prava).¹³

Ipak, unatoč kontroverzama koje su pratile rad tih sudova, njihov osnutak i rad je bio izuzetno bitan za daljnji razvoj međunarodnih kaznenih sudova. U kontekstu pravnog nasljeđa, možemo reći da rad oba vojna tribunala, a osobito nürnberškog, doveo do formuliranja određenih pravnih standarda, tzv. „Nürnberških načela“. Glavni stup na kojem počivaju ta načela je ustanovljenje odgovornosti za kaznena djela, i to osobne kaznene odgovornosti za međunarodne zločine koju mogu utvrđivati i međunarodni kazneni sudovi (a ne samo nacionalni) po principima pravičnog postupka.¹⁴

2.3. Etape razvoja međunarodnih kaznenih sudova

Iz današnje perspektive, ako promatramo razvoj međunarodnog kaznenog prava, jasno je da osnivanje međunarodnih kaznenih sudova predstavlja jako bitan iskorak jer njihov rad, barem teoretski, znači primjenjivost normi međunarodnog kaznenog prava i ustanovljenje *de facto* kažnjivosti za njihovo kršenje. U razvoju međunarodnih kaznenih suda, obično se govori o četiri faze.

Međunarodni vojni tribunali, kakvi su djelovali iza Drugog svjetskog rata, reprezentacija su prve faze, a takvi sudovi se također nazivaju i *victor's courts*, jer su suđenja ograničena na pripadnike poražene strane.¹⁵

Ipak, to je samo prva faza i najprimitivnija faza razvoja, iza koje slijedi druga faza tzv. *ad hoc* tribunala (poput MKSJ-a). Takvi sudovi imaju nadležnost da sude svim stranama za sve počinjene međunarodne zločine, ali su osnovani naknadno i samo za određeno područje.¹⁶

¹³ Munivrana, M., *op. cit.* u bilj. 10., str. 163-164, 167.

¹⁴ Bonačić, M., *op. cit.* u bilj. 6., str. 23-24.

¹⁵ Šimonović, I., *The Evolution of International Criminal Courts: Will it Lead to a Permanent Court with Universal Jurisdiction*, u Josipović, I., *Responsibility for war crimes: Croatian perspective - selected issues*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2005., str. 97.

¹⁶ *Ibid.*

Trenutno se nalazimo u trećoj fazi u kojoj imamo sud koji je osnovan na temelju ugovora između država i koji ima nadležnost suditi i za buduće zločine (Međunarodni kazneni sud).

Konačno, četvrta i završna faza razvoja, do koje još nismo došli, je stalni sud koji bi imao univerzalnu jurisdikciju, koja se ne temelji na sporazumu država, nego djeluje kao *ius cogens*.¹⁷

3. OSNUTAK I POČETAK RADA

Osnutak Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju je predstavljao značajan iskorak u skoro pa svakom pogledu. Osnivanje MSKJ-a je bio iskorak u pogledu političke suradnje svjetskih sila, iskorak za daljnji razvoj međunarodnog kaznenog prava, ali isto tako i iskorak u tumačenju i primjeni mehanizama Ujedinjenih naroda, namjenjenih osiguravanju mira i sigurnosti u svijetu. Takav potez je svakako bio shvaćen kao presedan koji je, kako ćemo vidjeti, značajno obilježio daljnji razvoj međunarodnog kaznenog prava i općenito shvaćanja o svjetskoj sigurnosti i održavanju i uspostavljanju mira i kooperacije između država i cijele međunarodne zajednice.

3.1. Politički kontekst

1990. godine na području Jugoslavije traju nemiri, koji su do 1991. godine prerasli u rat između novoproglašanih samostalnih republika i ostatka Jugoslavije. Paralelno sa sukobom na području bivše Jugoslavije traje raspad Sovjetskog saveza i početak proglašenja samostalnosti i demokratizacije zemalja bivšeg istočnog bloka. Jugoslavija u tom procesu promjena, koje su zahvatile Europu, predstavlja određenu iznimku i posebnost. Naime, Jugoslavija je jedina zemlja u tranziciji koja je upala u rat, i to prvi rat na prostoru Europe od Drugog svjetskog rata. Odmah od početka rata, svijet je pozorno pratio zbivanja, i to s nikad budnijim okom, što su omogućile suvremene tehnologije. Brojni videozapisi, fotografije i drugi materijali na dnevnoj bazi dolaze do drugih zemalja i izazivaju jake reakcije, što je zasigurno bio bitan faktor u buđenju svijesti međunarodne zajednice, koja je naposljetku odlučila da mora nešto poduzeti.

¹⁷ Šimonović, I., *op. cit.* u bilj. 15., str. 97-98.

Dugi period Hladnog rata obilježila je stroga blokovska podjela svijeta, koja se može opisati kao tvrda kohabitacija svjetskih supersila i njihovih saveznika. Na planu međunarodnih sudova ništa nije bilo drugačije, i kao što je već ranije rečeno, svi pokušaji osnivanja takvih tijela su bili blokirani. Nakon raspada Sovjetskog saveza i kraja Hladnog rata, dolazi do revitalizacije međunarodne suradnje, odnosno do želje da se politički ciljevi postižu kroz kooperaciju, a ne natjecanje i konkurenciju. Takva seizmička promjena je također dovela do reaktivacije Vijeća sigurnosti UN-a, koje je do 1990. godine efektivno bilo pasivizirano zbog stalnih članica koja imaju pravo veta i koje su ga tijekom perioda Hladnog rata redovito ulagale (najznačajnije Sovjetski savez). Također, Vijeće sigurnosti UN-a počinje izvršavati ovlasti koje za koje se do 1990. godine smatralo da su izvan opsega ovlasti Vijeća sigurnosti. Sada, te iste sile su se našle u novoj geostrateškoj poziciji u kojoj su imale više relativne koristi od suradnje s ostatkom međunarodne zajednice, nego od međusobnog natjecanja i konkurencije.¹⁸ Takva pozicija se kroz sljedeća dva-tri desetljeća urušila i sada opet imamo situaciju relativnog nadmetanja unutar institucija UN-a (uključujući Vijeća sigurnosti). Dakle, treba uočiti da je politički kontekst u to vrijeme predstavljao jedinstveni i relativno kratki period međunarodnih odnosa u kojima su postojali preduvjeti da se napravi tako veliki iskorak u korištenjima ovlasti UN-a, odnosno Vijeća sigurnosti, i osnuje *ad hoc* međunarodni kazneni sud.

S obzirom na sve rečeno, nije teško zamisliti zašto su oči svijeta, a posebice Europe bili upereni u ratna zbivanja 90ih godina u Jugoslaviji. Također, nije teško za shvatiti zašto su baš rane 90e godine prošlog stoljeća predstavljale idealan politički kontekst za osnivanje međunarodnog kaznenog suda. Naravno, politički kontekst je puno širi s puno više aspekata koji su u većoj ili manjoj mjeri utjecali na tijek zbivanja, ali za potrebe ovog rada ću se zadržati na ovim osnovama, koje su dovoljne da bi se razumio osnovni tijek političkih procesa koji su prethodili osnivanju MSKJ-a.

3.2. Rezolucije Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda

Relativno brzo nakon izbijanja vojnog sukoba, Ujedinjeni narodi, odnosno Vijeće sigurnosti već počinje zauzimati prve službene stavove u vezi sukoba.

Tako u Rezoluciji 713 (1991) iz rujna 1991., Vijeće sigurnosti utvrđuje da je „duboko zabrinuto borbama u Jugoslaviji koje uzrokuju teške gubitke ljudskog života i materijalne

¹⁸ Kerr, R., *op. cit.* u bilj. 3, str. 13, 16-17.

štete... i zabrinuto da nastavak ove situacije predstavlja prijetnju međunarodnom miru i sigurnosti...“, te izražava potporu kolektivnim naporima i dogovorima za mir i mjerama koje idu za postizanjem toga. Između ostalog, u cilju postizanja tih napora, uvodi embargo na uvoz oružja i vojne opreme u Jugoslaviju.¹⁹

Oko godinu dana nakon toga, Vijeće sigurnosti pojačava napore oko postizanja mira i Rezolucijom 780 (1992)²⁰ postavlja zahtjev za osnivanjem tijela koje bi istražilo navodne zločine na području Jugoslavije. Glavni tajnik, temeljem spomenute rezolucije, osniva tijelo imena „Komisija stručnjaka za ispitivanje i analizu informacija s obzirom na donošenje zaključaka Glavnog tajnika o dokazima teških povreda Ženevskih konvencija i drugih povreda međunarodnoga prava počinjenih na području bivše Jugoslavije“ (tzv. Kalshoven/Bassiounijeva komisija).²¹ Iz samog imena je vidljivo u kojem smjeru je bio usmjeren rad komisije, odnosno postaje jasno unutar međunarodne zajednice da postoje dovoljno ozbiljni navodi i dokazni materijali da ozbiljno dovedu u sumnju da se na području Jugoslavije događaju ratni i drugi međunarodni zločini koji zahtijevaju (barem) istragu. Komisija, koja isprva ima ulogu analize već dostupnih informacija i dokaza, putem Rezolucije Vijeća sigurnosti 787 (1992) dobiva proširenje svojih istražnih djelatnosti, usmjereno pogotovo na istragu tzv. „etničkog čišćenja“.²² Komisija je u svom izvješću (i u privremenom izvješću također) utvrdila da je na području bivše Jugoslavije došlo do brojnih kršenja međunarodnog humanitarnog prava te je prihvatila ideju osnivanja *ad hoc* međunarodnog kaznenog suda²³. Komisija podnosi završno izvješće 1994. godine, s više od 65000 stranica pisanog materijala i brojim drugim dokazima, u oko godinu i pol dana rada.²⁴ Iz navedenog, sasvim je jasno da razina dokumentiranosti sukoba na području bivše Jugoslavije, pa isto tako i dokumentiranosti zločina, predstavlja presedan i značajan prvi korak ka pronalasku i kažnjavanju odgovornih.

Crescendo reakcije međunarodne zajednice dolazi do svog vrhunca 1993. godine, kad je Vijeće sigurnosti u Rezoluciji 808 (1993) naložilo Glavnom tajniku UN-a da razmotri sva pitanja u vezi osnivanja suda za zločine počinjenje na području bivše Jugoslavije, uključujući izradu nacrtu statuta budućeg suda. O odlučnosti i žurnosti namjere Vijeća sigurnosti govori

¹⁹ S/RES/713 (1991), od 25. rujna 1991.

²⁰ S/RES/780 (1992), od 6. listopada 1992.

²¹ Krapac, D., op. cit. u bilj. 9., str. 16-17.

²² Krapac, D., op. cit. u bilj. 9., str. 17.

²³ Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), https://www.icty.org/x/file/About/OTP/un_commission_of_experts_report1994_en.pdf (10. prosinac 2024.).

²⁴ Krapac, D., op. cit. u bilj. 9., str. 17.

činjenica da je Glavnom tajniku dan rok od 60 dana od usvajanja spomenute rezolucije da Vijeću sigurnosti podnese svoje izvješće.²⁵

3.3. Rezolucija 827 (1993) Vijeća sigurnosti Ujedinjenih naroda

Konačno, Vijeće sigurnosti Rezolucijom 827 (1993), djelujući na temelju ovlasti iz Glave VII. Povelje UN-a osniva MKSJ, kao mjeru radi održavanja i uspostavljanja međunarodnog mira i sigurnosti „u slučaju prijetnje miru, narušenja mira i čina agresije“.²⁶

Značaj te rezolucije dobro opisuju Rachel Kerr: „Resolution 827 was an extremely significant innovation in the use of mandatory enforcement powers by the Security Council, and the manifestation of an explicit link between peace and justice, politics and law.“²⁷ Značajno je za primijetiti, govoreći o značaju te odluke, da je MKSJ prvi međunarodni kazneni sud koji je osnovan nakon završetka Drugog svjetskog rata.²⁸

MKSJ je osnovan, sukladno Povelji UN-a²⁹, kao pomoćni organ Vijeća sigurnosti za „kaznenopravni progon osoba odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena na području bivše Jugoslavije od 1991. godine.“³⁰ Iako je MKSJ osnovan od strane političkog tijela za postizanje određene agende, koja je po svojoj naravi nužno politička, on je u svom djelovanju morao biti apolitičan („...the Tribunal was established as a tool of politics but, in the administration of justice, it had to be apolitical.“³¹).

Istom Rezolucijom Vijeća sigurnosti je donesen i Statut MKSJ-a, koji je uredio osnovna pitanja jurisdikcije i funkcioniranja Suda.³²

3.4. Početak rada

Međunarodni kazneni sud za bivšu Jugoslaviju započinje s radom odmah nakon osnivanja, usprkos početnim poteškoćama a osiguravanjem adekvatnog financiranja svog rada.³³ Tužiteljstvo podiže prvu optužnicu pred Sudom već u studenom 1994. godine, a Sud

²⁵ S/RES/808 (1993), od 27. veljače 1993.

²⁶ S/RES/827 (1993), od 25. svibnja 1993.

²⁷ Kerr, R., *op. cit.* u bilj. 3, str. 1.

²⁸ Bonačić, M., *op. cit.* u bilj. 6., str. 17.

²⁹ Povelja Ujedinjenih naroda, Narodne novine, br. 15/1993., članak 14.

³⁰ S/RES/827 (1993), od 25. svibnja 1993.

³¹ Kerr, R., *op. cit.* u bilj. 3, str. 9.

³² Statut Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju,

https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_bcs.pdf (10. prosinac 2024.)

³³ Kerr, R., *op. cit.* u bilj. 3, str. 43.

donosi prvu presudu na temelju sporazuma u predmetu Erdemović u studenom 1996. godine.³⁴ Takav relativno brzi tempo na početku rada Suda bio je izgledno potaknut potrebom da se što prije dokaže učinkovitost, odnosno opravda svrha osnivanja Suda. Međutim, početak rada nikako nije bio jednostavan ili rutinski proces. Statut MKSJ-a je relativno štur dokument, s kojim su se uredila samo osnovna pitanja funkcioniranja Suda. Prije efektivnog početka rada, Sud je morao donijeti pravila s kojima detaljnije uređuje postupak pred Sudom; i to je učinjeno donošenjem Pravilnika o postupku i dokazima MKSJ-a, u veljači 1994. godine.³⁵ Iako tema ovog rada nisu pitanja kaznenoprocesne naravi, treba napomenuti da je spomenuti Pravilnik mijenjan više desetaka puta tijekom rada MKSJ-a (prosječno dva puta godišnje u periodu od početka rada do 2015. godine³⁶). Taj podatak, u jednu ruku, dovodi u pitanje pravnu sigurnost, jer je očito da stranka ili optuženik koji nastupa pred Sudom treba uložiti velike napore da prati konstantne promjene pravila postupka. U drugu ruku, taj podatak pokazuje da se radilo o pionirskom procesu, pravilima koja su bila nesavršena zbog činjenice da međunarodna zajednica nije osnovala i operirala međunarodni kazneni sud od Međunarodnog vojnog tribunala u Nürnbergu i Međunarodnog vojnog tribunala za Daleki istok u Tokiju, odnosno od Drugog svjetskog rata.³⁷ Stoga su se lekcije kako organizirati međunarodni sud trebale naučiti „u hodu“. Također, MKSJ je bio prvi međunarodni sud koji je trebao primijeniti u praksi međunarodno kazneno pravo koje se razvilo nakon Drugog svjetskog rata (npr. Ženevske konvenciju i Konvenciju o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida).³⁸ Ovaj drugi zaključak će biti relevantan kasnije, upravo u dijelu u kojem će biti govora o razvoju međunarodnog kaznenog prava, i uloge koju je u tome igrao upravo MKSJ.

4. JURISDIKCIJA

4.1. Zakonitost osnivanja

I prije početka rada i osnivanja MKSJ-a, postavio se niz pitanja koja su dovela u pitanje legalnost, ali i legitimitet osnivanja takvog suda. Naime, vlada tadašnje „SR Jugoslavije“ je uputila UN-u pismo u svibnju 1993. godine (neposredno prije osnivanja MKSJ-a), u kojem

³⁴ Bonačić, M., op. cit. u bilj. 6., str. 14.

³⁵ Pravilnik o postupku i dokazima Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju, https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_bcs.pdf, (10. prosinac 2024.)

³⁶ Bonačić, M., op. cit. u bilj. 6., str. 135.

³⁷ Morris, V.; Scharf, M. P., op. cit. u bilj. 8., str. 1.

³⁸ Bonačić, M., op. cit. u bilj. 6., str. 35.

iznosi niz argumenata zašto ne priznaju jurisdikciju MKSJ-a. Ukratko, iako vlada SR Jugoslavije priznaje potrebu osnivanja međunarodnog kaznenog suda, ona drži da takav sud mora biti stalan s univerzalnom jurisdikcijom. Nadalje, iznose tvrdnju da se s takvim sudom miješa u unutrašnju nadležnost država i da Povelja UN-a nikako ne sadrži ovlaštenje koje bi dalo Vijeću sigurnosti pravo na to.³⁹ Takvi i slični argumenti su redom odbačeni i može se reći da danas velika većina međunarodne zajednice i pravnih stručnjaka prihvaća da je MKSJ osnovan zakonito i s valjanom jurisdikcijom, usprkos prvotnim dvojabama.⁴⁰

Na samom početku rada, u prvom predmetu koji se vodio pred MKSJ-om, predmetu Tadić, se dovelo u pitanje zakonitost osnivanja MKSJ-a na temelju Glave VII Povelje UN-a. Žalbeno vijeće u tom predmetu je utvrdilo da je postojala prijetnja miru, da je Vijeće sigurnosti moglo osnovati sud kao jednu od mjera iz Glave VII Povelje UN-a te da Vijeće sigurnosti zadržava diskreciju izabrati odgovarajuću mjeru.⁴¹ Također, Sud je u istoj odluci utvrdio da je ovlašten odlučivati sam o svojoj nadležnosti, odnosno da je obavezan odlučivati o njoj kad se pojavi pitanje nadležnosti Suda (tzv. „competence de la competence“).⁴² Ta odluka predstavlja prvu odluku samog Suda o pitanju svoje jurisdikcije i u širem smislu zakonitosti svog osnivanja i djelovanja.

4.2. Opća jurisdikcija

Kad govorimo o nadležnosti MKSJ-a, možemo je podijeliti na četiri sastavnice: 1. stvarna nadležnost, 2. personalna nadležnost, 3. prostorna nadležnost i 4. vremenska nadležnost.⁴³

MKSJ je nadležan za „kazneno progoni osobe odgovorne za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava počinjena za teritoriju bivše Jugoslavije od 1991. godine...“⁴⁴ U ovom članku (i članku 8. Statuta) je definirana u potpunosti teritorijalna i vremenska nadležnost MKSJ-a (dakle područje bivše Jugoslavije u vremenu od 1991. godine). Također, djelomično je definirana i stvarna nadležnost.

U nastavku Statuta MKSJ-a, definirano je da Sud ima jurisdikciju za progon sljedećih međunarodnih zločina: teška kršenja Ženevskih konvencija iz 1949. godine, kršenja zakona ili

³⁹ Krapac, D., op. cit. u bilj. 9., str. 24.

⁴⁰ Bonačić, M., op. cit. u bilj. 6., str. 80-81.

⁴¹ Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a „Dule“ (IT-94-1), Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, od 2. listopada 1995., paragrafi 30, 36, 39

⁴² *Ibid.*, paragraf 19.

⁴³ Bonačić, M., op. cit. u bilj. 6., str. 81.

⁴⁴ Članak 1. Statuta MKSJ.

običaja rata, genocid i zločine protiv čovječnosti.⁴⁵ Ta četiri članka, odnosno zločina, skupa sa suđenjem za nepoštivanje suda (koja je inherentna nadležnost Suda iako nije eksplicitno definirana u Statutu MKSJ-a⁴⁶), predstavlja stvarnu nadležnost suda.

Personalna nadležnost je definirana sljedećim člankom Statuta MKSJ-a, u kojem je propisano da „Međunarodni sud ima nadležnost nad fizičkim osobama u skladu s odredbama ovog Statuta.“⁴⁷ Povijesno gledajući, možemo usporediti Statut MKSJ-a sa Statutom Međunarodnog vojnog tribunala u Nürnbergu, koji je predviđao i odgovornost „kriminalnih organizacija“ (npr. takvima su proglašeni SS, Gestapo itd.), ali na način da se njihova odgovornost samo deklarira u presudi bez da se tim organizacija izriče kazna.⁴⁸ Ipak, takvo rješenje nije prihvaćeno u Statutu MKSJ-a, koji predviđa isključivo osobnu kaznenu odgovornost, a ne i odgovornost organizacija.

Članak 7. Statuta MKSJ-a definira osobnu kaznenu odgovornost. Stavak 1. definira načine počinjenja kaznenog djela („Osoba koja je planirala, poticala, naredila, počinila ili na drugi način pomogla i podržala planiranje, pripremu ili izvršenje nekog od kaznenih djela...“). Stavak 2. definira da se niti jedna osoba ne može osloboditi krivnje niti joj se može ublažiti kazna na temelju njenog službenog položaja. Stavak 3. definira da se nadređeni ne može osloboditi krivnje za kazneno djelo koje je počinio njegov podređeni ako „je znao ili je bilo razloga da se zna da podređeni sprema počiniti takva djela ili da ih je već počinio, a on nije poduzeo nužne i razumne mjere da spriječi takva djela ili kazni počinitelje“. Na kraju, stavak 4. definira da se nitko ne može osloboditi krivnje jer je postupao prema naređenju (ali se može uzeti u obzir za ublažavanje kazne ako je to u interesu pravde).⁴⁹ Ovaj članak zapravo predstavlja srž Statuta MKSJ-a, čije je tumačenje i primjena bio uzrok nekih od najvećih kontroverzi u radu Suda.

Na kraju, treba napomenuti da MKSJ nema isključivu, nego paralelnu nadležnost s nacionalnim sudovima. Ipak, MKSJ ima ovlast zatražiti od nacionalnog suda da mu ustupi neki predmet u bilo kojoj fazi postupka.⁵⁰

⁴⁵ Članci 2-5. Statuta MKSJ.

⁴⁶ Bonačić, M., op. cit. u bilj. 6., str. 81.

⁴⁷ Članak 6. Statuta MKSJ.

⁴⁸ Bojanić, I. *et al.*, *Teorija zajedničkog zločinačkog pothvata i međunarodno kazneno pravo – izazovi i kontroverze*, Akademija pravnih znanosti Hrvatske, Zagreb, 2011., str. 6.

⁴⁹ Članak 7. Statuta MKSJ.

⁵⁰ Članak 9. Statuta MKSJ.

4.3. Jurisdikcija u kontekstu međunarodnog običajnog prava

Prema izvješću Glavnog tajnika UN-a, donesenog sukladno paragrafu 2 Rezolucije 808 (1993) i usvojenog Rezolucijom 837 (1993) Vijeća sigurnosti UN-a, pri osnivanju MKSJ-a se vodilo računa o međunarodnom humanitarnom pravu. Naime, u izvješću je najprije utvrđeno da međunarodno humanitarno pravo postoji u obliku običajnog prava i konvencijskog prava, ali da su neke konvencije postale dijelom običajnog prava. Glavni tajnik UN-a ističe da, primjenjujući načelo *nullum crimen sine lege* (nema zločina bez zakona), nužno je da MKSJ primjenjuje samo pravila koja su *izvan svake sumnje* postala dijelom međunarodnog običajnog prava. Takav stav je motiviran, između ostalog, i željom da se spriječi situacija u kojoj su samo neke (a ne sve) države potpisnice određenih konvencija, i stoga se konvencijsko pravo ne bi moglo univerzalno primjenjivati na sve strane pred Sudom.⁵¹

Za razliku od vremena neposredno nakon Drugog svjetskog rata, pri osnutku MKSJ-a nije bilo nikakve dvojbe da je načelo zakonitosti dio međunarodnog običajnog prava, što je dodatno potvrđeno u više temeljnih konvencija donesenih nakon Drugog svjetskog rata.⁵² Ovakav zaključak u načelu nije bio sporan, nego je i nominalno potvrđen u praksi MKSJ-a, koji je utvrdio da „pravna norma mora predstavljati mjerodavno pravo u vrijeme počinjenja kaznenih djela za koja se optuženik tereti jer bi u suprotnom moglo doći do kršenja fundamentalnog načela prema kojem se materijalno kazneno pravo ne može primjenjivati retroaktivno.“⁵³

Ipak, iako je načelo zakonitosti načelno prihvaćeno, u praksi je ostalo otvoreno pitanje na koji točan način se načelo primjenjuje. MKSJ je na tom polju doživio vjerojatno najbrojnije i najglasnije kritike, pa tako jedan autor smatra da „... se suci MKSJ nisu toga uvijek držali te su, suprotno načelu zakonitosti, znali preuzimati ulogu zakonodavca, stvarajući putem svojih presuda nove institute i pravila ili primjenjujući konvencijska rješenja koja nisu prerasla u opće običajno pravo u vrijeme počinjenja kaznenog djela. Te institute i pravila proglašavali su običajnim pravilima i pozivali se kasnije na vlastite presude kao presedane koji dokazuju postojanje općeg običajnog pravila.“⁵⁴ Takav stav sudaca se može vidjeti na primjeru suca Shahabuddeena, koji tvrdi da *nullum crime sine lege* ne prijeći

⁵¹ Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 808 (1993), https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf, paragrafi 33, 34 (10. prosinac 2024.)

⁵² Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (čl. 15), Opća deklaracija o pravima čovjeka (čl. 11. st. 2.) i Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe (čl. 7.), iz Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 66.

⁵³ Prosecutor v. Milomir Stakić (IT-97-24-T), Judgement, od 31. srpnja 2003., paragraf 412.

⁵⁴ Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 92.

progresivni razvoj prava od strane sudaca, dokle god se zadržava izvorna bit zločina.⁵⁵ Kao što je već ranije rečeno, jedan od uvjeta primjenjivosti neke pravne norme je da ta norma predstavljala običajno pravo *u vrijeme počinjenja zločina*, i stoga je bilo kakvo naknadno proširivanje definicije ili elemenata kaznenog djela krajnje sporno.

Također je zanimljivo razmotriti argument da se načelo zakonitosti dovodi u pitanje uvođenjem u praksu MKSJ-a instituta *common law-a*, koji su optuženicima, koji dolaze iz zemalja *civil law-a*, uglavnom nepoznati.⁵⁶ Jedan takav institut je tzv. *dolus eventualis*, o kojem će biti više govora u narednim poglavljima.

U nastavku svog izvješća, Glavni tajnik UN-a imenuje konvencije koje su nesumnjivo postale dijelom međunarodnog običajnog prava: Ženevske konvencije iz 1949. godine, Haaške konvencije iz 1907. godine, Konvenciju o sprječavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine, i Povelju Međunarodnog vojnog tribunala u Nürnbergu iz 1945. godine.⁵⁷ Zanimljivo je primijetiti da među imenovanim konvencijama nisu Protokol I i II Ženevskim konvencijama iz 1977. godine. Također, spomenuti protokoli nisu imenovani ni u samom Statutu MKSJ-a. Neki autori smatraju da su protokoli jesu dio običajnog prava⁵⁸, dok drugi autori smatraju da nisu, odnosno nisu u njihovoj cijelosti.⁵⁹ Nedorečenost u vezi protokola se može objasniti, sukladno nekim autorima⁶⁰, tako što se nije htjelo potencijalno izazvati protivljenje SAD-a, koji je tradicionalno imao prilično rezerviran stav prema njima.

U svakom slučaju, Mettraux ističe da međunarodni sudovi (pa tako ni MKSJ) ne bi trebali temeljiti svoje osude direktno na međunarodnim konvencijama. Međunarodne konvencije nisu klasični kazneni zakoni, koji direktno obvezuju fizičke osobe, nego obvezuju države. Konvencije dobivaju posredni učinak tek djelovanjem običajnog prava, odnosno kad principi i neke odredbe konvencija postanu dijelom međunarodnog običajnog prava.⁶¹ S obzirom na to da se međunarodno običajno pravo stvara između država, jasno je da je onda potrebno određeno ponašanje država da bi se zadovoljio objektivni element za stvaranje nekog pravnog običaja. Dakle, takvo ponašanje može nastati spontano, ali također i temeljem

⁵⁵ „Principle of nullum crimen sine lege does not bar progressive development of the law, provided that the developed law retains the very essence of the original crime even though not corresponding to every detail of it.“, v. Shahabuddeen M., *Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?*, Journal of International Criminal Justice, 2004., sv. 2.

⁵⁶ Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 97

⁵⁷ Report of the Secretary-General, paragraf 35.

⁵⁸ Krapac, D., op. cit. u bilj. 9., str. 32.

⁵⁹ Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 94; Mettraux, 139,140

⁶⁰ Williams, P., R.; Scharf, M., P., *Peace with Justice? War crimes and accountability in the former Yugoslavia*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2002., str. 103.

⁶¹ Mettraux, G., *International crimes and the ad hoc tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2005., str. 8-9.

obveze iz konvencije koje primorava državu da se ponaša na određen način, što može prerasti u običaj ako je takvo ponašanje dovoljno rasprostranjeno (objektivni element) i postoji dovoljno jaka svijest međunarodne zajednice da je takvo ponašanje obvezno (subjektivni element).

Nadalje, kad sud utvrdi da neka odredba postoji u okviru međunarodnog običajnog prava, on mora dalje utvrditi da se ta odredba odnosi na fizičke osobe (a ne države), da je ta odredba (tj. način na koji će se primijeniti, standard) bila dovoljno predvidiva (*foreseeable*) i dostupna (*accessible*) da zadovolji načelo zakonitosti; i na kraju da kršenje te odredbe povlači osobnu kaznenu odgovornost sukladno međunarodnom običajnom pravu.⁶²

Zaključno, možemo reći da je kršenje načela zakonitosti bila jedna od najčešćih kritika radu MKSJ-a. Područja u kojima se ta kritika pojavila su mnogobrojna, i obuhvaćaju i materijalnoppravna i procesnoppravna pitanja.

5. OBLICI IZVEDENE KAZNENE ODGOVORNOSTI U PRAKSI MKSJ-a

5.1. Teorije izvedene kaznene odgovornosti

Članak 7 Statuta MKSJ-a, kao što je već ranije spomenuto, predstavlja srž Statuta i glavnu vodilju kod određivanja osobne kaznene odgovornosti, odnosno točnih oblika te odgovornosti. U praksi Suda, razvile su se dvije pravne teorije koje opisuju dva vida kaznene odgovornosti koja se ne temelji na vlastitom ponašanju pojedinca, nego se odgovornost izvodi iz ponašanja drugih osoba. Zbog toga, ove teorije se nazivaju i teorijama vikarijarske, odnosno izvedene kaznene odgovornosti.⁶³

Prva teorija je tzv. supervizijski ili nadzorni model kaznene odgovornosti unutar kojeg se obično govori o „počinitelju iza počinitelja“, koji putem svog položaja u hijerarhiji sustava upravlja ponašanjem drugih članova tog sustava (teorija o vlasti nad organizacijom). MKSJ je ovaj model prihvatio kroz članak 7(3) Statuta, kao tzv. neizravnu zapovjednu odgovornost.⁶⁴

Druga teorija je tzv. sistemski ili sustavni model kaznene odgovornosti unutar kojeg se odgovornost pojedinca izvodi iz sustava u kojem djeluje. Obično se govori o tri ključna elementa: „specifičnom ponašanju neke osobe u sustavu koje se sastoji u njezinom činu ili propustu određene dužnosti, stanovitoj interakciji njegovih članova koja se po svojim

⁶² Mettraux, G., *op. cit.* u bilj. 61, str. 13.

⁶³ Bojanić, I., *op. cit.* u bilj. 48., str. 8

⁶⁴ *Ibid.*, str. 15-16.

značajkama može okarakterizirati kao “zločinačka”, te na kaznenom djelu ili djelima počinjenim u okviru sustava.“⁶⁵ MKSJ je ovaj model prihvatio kroz konstrukciju tzv. zajedničkog zločinačkog pothvata, koji je izveden analogijom iz članka 7(1) Statuta.⁶⁶

Obje teorije u svojoj srži predstavljaju odgovornost za djela drugih. Odgovornost se, kao što naziv teorija sugerira, pripisuje, odnosno uračunava. Zajedničko obilježje obje teorije, odnosno instituta zapovjedne odgovornosti i zajedničkog zločinačkog pothvata, jest što se s njima u praksi MKSJ-a umanjio stupanj krivnje kojeg je potrebno dokazati da bi se neka osoba proglasila krivom. Također, još jedna sličnost je što oba instituta imaju svoje korijenje u institutima *common law-a*.⁶⁷

U praksi, MKSJ je primijenio obje teorije. U početku, težište je bilo u nadzornom modelu (tj. zapovjednoj odgovornosti), dok se s vremenom težište u potpunosti prebacilo na sistemski model (tj. zajednički zločinački pothvat).⁶⁸ Takva promjena je uvelike bila potaknuta poteškoćama u dokazivanju, o čemu će biti više govora u sljedećih poglavljima.

5.2. Zapovjedna odgovornost

Za opću definiciju zapovjedne odgovornosti, možemo reći, u širem smislu, da zapovjedna odgovornost podrazumijeva odgovornost zapovjednika za neadekvatno obavljanje svojih dužnosti, dok u užem smislu se definira kao (kaznena) odgovornost zapovjednika za postupke svojih podređenih kao da ih je i sam počinio.⁶⁹

5.2.1. Povijesni razvoj

Zapovjedna odgovornost se pojavljuje kao institut početkom 20. stoljeća.⁷⁰ Svoju praktičnu primjenu doživljava po prvi puta nakon Drugog svjetskog rata, kroz vojne tribunale koji su sudili zločincima poražene strane. Nakon toga, zapovjedna odgovornost se dodatno razrađuje i afirmira u međunarodnim konvencijama poput Ženevskih konvencija iz 1949. godine i njegovih protokola iz 1977. godine. MKSJ zateče institut u tom stadiju, i on je eksplicitno uvršten u Statut MKSJ-a u članku 7(3).

⁶⁵ Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 15

⁶⁶ *Ibid.*, str. 16

⁶⁷ *Ibid.*, str. 59

⁶⁸ *Ibid.*, str. 53

⁶⁹ Ivičević, E., *Criminal Command Responsibility*, u Josipović, I., *Responsibility for war crimes: Croatian perspective - selected issues*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2005., str 121.

⁷⁰ *Ibid.*, str. 123.

Međutim, taj razvoj nikako nije bio stabilan, i već pri prvim praktičnim primjena pred vojnim tribunalima nakon Drugog svjetskog rata, nailazi na prve kritike. Jedan od najpoznatijih slučajeva iz tog perioda je predmet japanskog generala Yamashite, kojemu je bilo suđeno pred Međunarodnim vojnim tribunalom za Daleki istok u Tokiju. Yamashiti, koji je bio zapovjednik velikog broja vojnih postrojbi, je stavljeno na teret što su pod njegovim zapovjedništvom postrojbe počinile brojne zločine na području istočne Azije (osobito Filipina). Ipak, tužiteljstvo nije uspjelo dokazati da je postojala izravna naredba za počinjenje tih zločina pa niti da je Yamashita uopće znao da se događaju bilo kakvi zločini. Unatoč tome, tužiteljstvo je argumentiralo da je Yamashita *morao znati* za te zločine, jer nije bilo moguće da ne sazna za tako rasprostranjenje i masivne zločine svojih postrojbi.⁷¹ Dakle, taj slučaj je uveo standard „morao znati“ (*must have known*) kao vodilju za određivanje zapovjedne odgovornosti. Takav standard je zapravo približio zapovjednu odgovornost opasno blizu objektivnoj odgovornosti zapovjednika za zločine svojih podređenih, koja se izvodi skoro pa isključivo iz pozicije osobe u zapovjednoj strukturi.⁷²

Ipak, praksa iz tog perioda nikako nije bila ujednačena, što možemo vidjeti iz tzv. *High Command Case*, u kojemu je suđeno 13 njemačkih oficira, također na temelju zapovjedne odgovornosti. U tom predmetu, sud je zauzeo drugačije stajalište i utvrdio da „Criminal responsibility cannot be attributed to the commander solely on the bases of the theory of subordination or general command. It must be proven that he had the knowledge and was connected to such criminal acts either by way of criminal participation or criminal acquiescence.“⁷³ Taj predmet je uveo standard „trebao znati“ (*should have known*) kao vodilju za određivanje zapovjedne odgovornosti. U odnosu na standard iz predmeta Yamashita, „trebao znati“ je svakako niži standard koji ne stavlja zapovjednika u položaj koji je usporediv s objektivnom odgovornosti za postupke podređenih. Takav standard ipak traži da se odredi određeni propust (*negligence*) zapovjednika u svojem držanju i ponašanju, jer se smatra da bi razumnim postupanjem taj zapovjednik saznao za zločine i stoga mogao djelovati. Povezivanjem zapovjedne odgovornosti s *konkretnim* propustom zapovjednika, ovaj standard je puno bliži načelu osobne kaznene odgovornosti, koja se utvrđuje primarno iz osobnoj držanja, postupanja i/ili svijesti pojedinca.

⁷¹ Ivičević, E., op. cit. u bilj. 69., str. 124.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*, str. 124-125.

Ipak, skroz drugačije od svega do sad rečenog, u predmetu Medine (pred američkim vojnim sudom), uvodi se standard *simple actual knowledge*⁷⁴, koji je definitivno najpovoljniji za optuženog i uopće ne obuhvaća kategoriju tzv. *criminal negligence*, po kojoj bi zapovjednik odgovarao i za nehajni oblik kaznenog djela, kako je već pokazano u prethodna dva primjera. Ipak, ovaj standard se može smatrati iznimkom i u daljnjem razvoju konstrukta zapovjedne odgovornosti ga nećemo opet vidjeti.

Ovakva kolebanja su bila karakteristična pojava kod prvih pokušaja primjene konstrukta zapovjedne odgovornosti i obilježila su djelovanje vojnih tribunala nakon Drugog svjetskog rata. Tadašnji komentatori i stručnjaci su popratili takvo djelovanje i može se reći da su takve presude bile popraćene s mnogo kritika i kontroverzi, a osobito presuda generalu Yamashitu, za koju se može reći da došla opasno blizu da prijeđe ili čak prešla prešla granicu iz osobne kaznene odgovornosti u objektivnu odgovornost, odnosno objektivno pripisivanje odgovornosti za postupke drugih. Također, i Vrhovni sud Sjedinjenih američkih država, kad je odlučivao o tom pitanju je prihvatio standard *must have known*, ali uz izdvojena mišljenja dvoje sudaca.⁷⁵

Dodatno, potrebno je naglasiti da je neujednačena praksa kasnije uvelike otežala posao MKSJ-u, koji ne samo da je trebao utvrditi koji standard treba primijeniti, nego ga i opravdati kao dijelom međunarodnog običajnog prava.

Nakon Drugog svjetskog rata i vojnih tribunala, razvoj konstrukta zapovjedne odgovornosti ne doživljava nikakve izmjene u praksi, poglavito zbog izostanka suđenja međunarodnih kaznenih sudova do osnutka MKSJ-a. Međutim, zapovjedna odgovornost se ipak razvija putem konvencijskog prava. Specifično, neizravna zapovjedna odgovornost (u užem smislu, kako je izložena gore u tekstu) se regulira po prvi puta nekim normativnim instrumentom donošenjem Dopunskog protokola Ženevskim konvencijama 1997. godine, i to na sljedeći način: „ako nije poduzeo sve njemu moguće mjere da ju spriječi ili kazni, premda je: (a) "znao" ili (b) "je trebao znati" (*has known or should have known*)“.⁷⁶ Dakle, s tim pravilom je potvrđen standard „trebao znati“, a sljedećim člankom Konvencije je i razrađena tematika što točno obuhvaća obveza zapovjednika, odnosno utvrđeno je da ta obveza uključuje ne samo poduzimanje formalnih mjera sprječavanja i prijavljivanja, nego i

⁷⁴ Ivičević, E., op. cit. u bilj. 69., str. 125.

⁷⁵ *Ibid.*, str. 123.

⁷⁶ Narodne novine br. 5/1994, čl. 86. st. 2.

prikupljanja informacija.⁷⁷ Međutim, treba imati na umu da je to rješenje koje je prihvaćeno u konvenciji, i prije primjene u kontekstu MKSJ-a treba ispitati je li takav standard izvan svake sumnje dio međunarodnog običajnog prava.

5.2.2. *Oblici zapovjedne odgovornosti*

Kad pristupimo raščlambi oblika zapovjedne odgovornosti, možemo govoriti u širem smislu, u kojem se zapovjedna odgovornost odnosi na zapovjednika koji neposredno počini (ili pomaže i potiče) na kazneno djelo, ili izravno naredi njegovo počinjenje. Takva situacija je prilično jasna s pravne strane i o njoj neće biti govora u ovom radu. Zapovjedna odgovornost u užem smislu odnosi se na tri oblika imputirane odgovornosti: dva oblika zapovjednika kao garanta pravne sigurnosti i jedan oblik zapovjednika kao garanta za kažnjavanje zločina.⁷⁸

Garant je osoba koja je pravno obvezna spriječiti nastupanje neke definirane posljedice.⁷⁹ Bitno je primijetiti da se radi o pravnoj obvezi. Također, bitno je primijetiti da odgovornost zapovjednika nije sadržana u povredi dužnosti zapovijedanja prema određenim vojnim pravilima, nego odgovornost nastaje zbog povrede garantne dužnosti nastale iz činjenice da zapovjednik upravlja s naoružanim postrojbama koje predstavljaju veliku potencijalnu opasnost za život i imovinu.⁸⁰

U prvom obliku, zapovjednik je garant pravne sigurnosti za područje za koje je on nadležan, on je *znao* da njegove postrojbe planiraju počiniti zločin, ali nije poduzeo neophodne i razumne mjere da to spriječi. Takvim ponašanjem, zapovjednik prešutno pristaje na posljedicu, odnosno počinjenje zločina.⁸¹ Za ovaj oblik, odgovornost zapovjednika je uglavnom nesporna i nije bila predmet kontroverzi i kritika kroz rad MKSJ-a.

U drugom obliku, zapovjednik je garant pravne sigurnosti za područje za koje je on nadležan, on *nije znao* da njegove postrojbe planiraju počiniti zločin, ali je *trebao znati*. Zbog tog propusta, nije poduzeo neophodne i razumne mjere da se zločin spriječi. Ovaj oblik je bio prilično sporan i kontroverzan u praksi MKSJ-a, zbog problema s primjenom nehajnog oblika odgovornosti i utvrđivanja uzročnosti.⁸² O tome će biti više govora u nastavku ovog rada.

⁷⁷ Narodne novine br. 5/1994, čl. 87.

⁷⁸ Josipović, I., *Ratni zločini: Priručnik za praćenje suđenja*, Centar za mir, nenasilje i ljudska prava, Osijek, 2007., str. 49-51.

⁷⁹ Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 42.

⁸⁰ *Ibid.*, str. 17

⁸¹ Josipović, I., op. cit. u bilj. 78., str. 49-51.

⁸² *Ibid.*

U trećem obliku, zapovjednik je garant za kažnjavanje zločina, nakon saznanja za počinjenje zločina nije poduzeo mjere potrebne za kažnjavanje zločina. I ovaj oblik je bio u određenoj mjeri sporan u praksi MKSJ-a, ali više iz pravnoteorijskog kuta, odnosno razlikovanja zapovjedne odgovornosti i kaznene odgovornosti za neprijavlivanje kaznenog djela, naknadnog pomaganja počinitelju i sl.⁸³ O tome će također biti više govora u nastavku ovog rada.

5.2.3. Sastavnice zapovjedne odgovornosti

Zapovjedna odgovornost kao oblik kaznene odgovornosti regulirana je samim Statutom MKSJ-a⁸⁴.

Osnovne sastavnice zapovjedne odgovornosti su najpreglednije izložene u presudi predmeta Čelebići: a) postojanje odnosa nadređenosti-podređenosti (funkcionalna sastavnica), b) nadređeni je znao ili imao razloga znati da će zločin biti počinjen ili je već počinjen (kognitivna), c) nadređeni nije poduzeo neophodne i razumne mjere da spriječi počinjenje zločina ili da kazni počinitelje već počinjenog zločina (operativna).⁸⁵ Ta presuda je bila iznimno značajna jer je bila jedna od prvih presuda od vremena Međunarodnog vojnog tribunala u Nürnbergu koja je razjašnjavala sadržaj konstrukta zapovjedne odgovornosti.⁸⁶ Također, ta presuda je postavila standard koji je, uz neka kolebanja, ostao do danas mjerodavan standard MKSJ-a za određivanje zapovjedne odgovornosti.

5.2.4. Funkcionalna sastavnica

Pitanje koje se na prvu djeluje relativno jednostavno: tko se može smatrati zapovjednikom u smislu Statuta MKSJ-a, ima određene aspekte koje ga čine kompleksnijim.

Funkcionalna sastavnica je definirana kao odnos između podređene i nadređene osobe, a on se može odrediti formalnim položajem u hijerarhiji, ali i faktičnim ovlastima izdavanja zapovijedi.⁸⁷

⁸³ Josipović, I., *op. cit.* u bilj. 78, str. 49.-51.

⁸⁴ Članak 7. Statuta MKSJ.

⁸⁵ Prosecutor v. Delaić & Others (Čelebići), Judgement, ICTY Case No. 96-21-T, 16 November 1998, paragraf 346.

⁸⁶ Kerr, R., *op. cit.* u bilj. 3, str. 71.

⁸⁷ Prosecutor v. Delaić & Others (Čelebići), Judgement, ICTY Case No. 96-21-T, 16 November 1998, paragraf 370-376.

Prije svega, potrebno je razlikovati *de iure* i *de facto* kontrolu. Naime, u vojnim sukobima, a pogotovo na području bivše Jugoslavije, često su postojale neformalne i paralelne strukture zapovijedanja. Dodatna je komplikacija što su u tim sukobima često djelovale razne postrojbe, koje su imale različite razine povezanosti i međusobne nadređenosti. Sve to je uzrokovalo prilične poteškoće s dokazivanjem glavnog preduvjeta koji se mora ispuniti da se nekoga smatra zapovjednikom odgovornim po vidu zapovjedne odgovornosti – da je ta osoba bila *efektivno* u lancu zapovijedanja i imala *de facto* mogućnost zapovijedati i vršiti „efektivnu kontrolu“ nad svojim podređenima. Tek kad je taj uvjet ispunjen, može se smatrati da zapovjednik odgovara za postupke svojih podređenih kao da ih je sam počinio.⁸⁸

Nadalje, postavlja se pitanje mora li zapovjednik nužno biti vojni zapovjednik. U predmetu *Aleksovski* je na to pitanje odgovoreno potvrdno, ali se specificiralo da se položaj civila, koji bi se smatrao zapovjednikom tom kontekstu, izvodi na specifičan način: „authority can be inferred from the ability of the accused to give them orders and to punish them in the event of violations.“⁸⁹ Ovakva definicija je u skladu s ranije ustanovljenim načelom efektivne kontrole podređenih, jer se može smatrati da se civil, koji ispunjava uvjete iz sudske formule, smatra *de facto* zapovjednikom, i njegov formalni (*de iure*) status nije presudan.

Ipak, činjenica da je civil u ulozi zapovjednika nije u potpunosti nebitna. Od takvih osoba nije razumno očekivati da će imati isto znanje kao profesionalni vojni zapovjednici o svim vojnim propisima, taktikama, pravilima postupanja, niti da će biti upoznate sa svim pravilima postupanja oružanih snaga u vrijeme vojnog sukoba. Osim toga, takve osobe su često silom prilika završile na zapovjedničkom položaju, što dodatno pojačava prethodni argument da se ne može očekivati ista razina znanja takvih zapovjednika i profesionalnih vojnika. U tom slučaju, bilo bi razumno da Sud traži od Tužiteljstva dokazivanje dodatnih činjenica kod utvrđivanja zapovjedne odgovornosti takvih osoba, poglavito vezano uz krivnju i uzročnost.⁹⁰

5.2.5. Kognitivna sastavnica

Kognitivna sastavnica se može najbolje definirati kao krivnja kod zapovjedne odgovornosti.⁹¹ Kao i inače kod utvrđivanja krivnje, potrebno je odrediti je li počinitelj odgovoran samo za namjeru ili također i za nehaj, uz daljnju raščlambu na njihove podtipove.

⁸⁸ Ivičević, E., op. cit. u bilj. 69., str. 122.

⁸⁹ *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Judgement, ICTY Case No: IT-95-14/1-t, paragraf 70.

⁹⁰ Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 39.

⁹¹ *Ibid.*, str. 30.

U predmetu Čelebići, MKSJ je ustanovio „da se potrebno znanje nadređenog, koji ne smije hotimice ostati slijep za nedjela podređenih, mora dokazati neposrednim ili posrednim dokazima. Istovremeno, Sud je ustanovio da je u vrijeme počinjenja zločina, u bivšoj Jugoslaviji pravo dopuštalo osudu na temelju zapovjedne odgovornosti samo ako je zapovjednik raspolagao sa specifičnim obavijestima o djelima podređenih, odnosno obavijesti moraju biti takve da iziskuju potrebu za dodatnom istragom.“⁹² Konačno, MKSJ je sve to protumačio na način da je utvrdio da zapovjedna odgovornost nije objektivna odgovornost jer počiva na načelu krivnje, ali da uz namjeru, zapovjednik može biti i odgovoran za nehaj ako je „imao razloga znati (*had reason to know*) za ponašanje svojih podređenih.“⁹³

Međutim, konstrukt zapovjedne odgovornosti, odnosno njegova kognitivna sastavnica se zakomplicirao donošenjem presude u predmetu Blakšić. U njemu je Sud utvrdio, vjerojatno motiviran teškoćama koje su se javile pri dokazivanju kognitivne sastavnice okrivljenika⁹⁴, da je zapovjednik „imao razloga da za to ponašanje zna u smislu Statuta Suda“ i da se s obzirom na njegov položaj u hijerarhiji i „okolnosti događaja“ ne može braniti neznanjem. Također, Sud je ustanovio da je zapovjednik propustio izvršiti svoju dužnost jer se nije držao adekvatno informiranim o ponašanju svoji podređenih.⁹⁵ Takva presuda je po jednom autoru „jedna od najkontroverznijih primjena teorije o zapovjednoj odgovornosti“, koja uvelike podsjeća na „duh objektivne odgovornosti iz slučaja Yamashita“.⁹⁶ Po još jednom autoru, takva presuda je „...nemoguće potkrijepiti načelima krivnje...“.⁹⁷ Ipak, žalbeno vijeće je preinačilo takvu odluku raspravnog vijeća⁹⁸, i iznova potvrdilo da se trebaju primijeniti standardi ustanovljeni u predmetu Čelebići. Žalbeno vijeće je također razjasnilo da zapovjednik ne može biti odgovoran za neizvršavanje dužnosti, nego za nepoduzimanje neophodnih i razumnih mjera, jer neizvršavanje dužnosti nije posebno kazneno djelo sukladno Statutu MKSJ-a.⁹⁹

Konačno, kroz svoju praksu MKSJ je dao neke smjernice koje činjenice koje se promatraju kao indiciji je li zapovjednik trebao za počinjenje zločina su: broj zločina, vrsta

⁹² Prosecutor v. Delaić & Others (Čelebići), Judgement, ICTY Case No. 96-21-T, 16 November 1998, paragraf 393.

⁹³ Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 30-31.

⁹⁴ „Much of the controversy over Yamashita and modern-day command responsibility cases has stemmed from issues of evidence and proof.“ – v. Danner, A., M.; Martinez, J. S., *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law*, 93 California Law Review, 2005., str. 125.

⁹⁵ Prosecutor v. Tihomir Blaškić (IT-95-14-T), Judgement, od 3. ožujka 2000.

⁹⁶ Danner, A., M.; Martinez, J. S., *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law*, 93 California Law Review, 2005., str. 128.

⁹⁷ Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 23.

⁹⁸ Prosecutor v. Tihomir Blaškić, ICTY Case No: IT-95-14-T, Appeals Chamber Judgement, 29 July 2004, paragraf 257-258.

⁹⁹ Prosecutor v. Tihomir Blaškić, ICTY Case No: IT-95-14-T, Appeals Chamber Judgement, 29 July 2004, paragraf 62.

zločina, rasprostranjenost zločina, vrijeme tijekom kojeg su zločini počinjeni, broj podređenih osoba koje su umiješane u počinjenje zločina itd.¹⁰⁰ Kao što je vidljivo, dokazivanje zapovjedne odgovornosti je izazovno, i stoga nije iznenađenje što se konstrukt pokušao dovesti do ruba, u interesu dokazivanja krivnje odgovornih za počinjenje nekih od najtežih zločina na području bivše Jugoslavije.

5.2.6. Operativna sastavnica

Operativna sastavnica zapovjedne odgovornosti se definira kao propust nadređenog da poduzme nužne i razumne mjere u cilju sprječavanja zločina ili kažnjavanja počinitelja.¹⁰¹ Možemo reći da je zasnivanje odgovornosti zbog propusta činidbe posljedica prihvatanja konstrukta „napuštanja dužnosti“ (*dereliction of duty*), ali unutar tog koncepta se također traži da postoji određeni *neksus* između propusta i počinjenja kaznenog djela.¹⁰²

Razlikujemo dvije vrste mjera ovisno o etapi zločina: a) mjere koje trebaju spriječiti počinjenje zločina, odnosno uvelike smanjiti vjerojatnost njegova počinjenja i b) mjere koje trebaju pokrenuti istragu zločina, progon i kažnjavanje odgovornih počinitelja kaznenog djela. Treba napomenuti da ove mjere nisu u ili-ili odnosu, dakle zapovjednik se ne može osloboditi odgovornosti za nepoduzimanje mjere za sprječavanje zločina, samo zato što je naknadno poduzeo mjere da kazni neposredne počinitelje (i obratno).¹⁰³

Mjere kao takve moraju biti unutar ovlasti i praktičnih mogućnosti zapovjednika.¹⁰⁴ To znači da mjere ne ovise o pravnoj sposobnosti zapovjednika da ih poduzima (npr. zapovjednik se ne može osloboditi krivnje tvrdnjom da nije bio nadležan za kazneni progon nekog počinitelja, on je i dalje faktički mogao prijaviti tog počinitelja, prikupiti dokaze i dostaviti ih nadležnom tijelu koje će dalje provoditi progon).

Jedno od najzanimljivijih, ali i najkontroverznijih pitanja kod primjene konstrukta zapovjedne odgovornosti (tj. njegove operativne sastavnice) je bilo pitanje potrebe utvrđivanja *neksusa* (tj. uzročne veze) između propusta poduzimanja nužnih i razumnih mjera od strane zapovjednika i počinjenja zločina. Dakle, je li potrebno utvrditi da zločin ne bi bio počinjen da je zapovjednik poduzeo mjere koje je bio dužan poduzeti, i ako da, s kojom vjerojatnošću je potrebno utvrditi da ne bi došlo do počinjenja zločina?

¹⁰⁰ Ivičević, E., op. cit. u bilj. 69., str. 130.

¹⁰¹ Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 33.

¹⁰² *Ibid.*, str. 40

¹⁰³ Prosecutor v. Tihomir Blakšić, Judgement, ICTY Case No: IT-95-14-T, paragrafi 35, 336.

¹⁰⁴ Ivičević, E., op. cit. u bilj. 69., str. 128.

U već spomenutoj presudi u predmetu Čelebići, Sud je utvrdio sljedeće: „the trial chamber found that the requirement of causation as a separate element was not necessary.“¹⁰⁵ Takva odluka je izazvala niz kritika, pa tako neki autori ističu da bi se utvrdila odgovornost garanta za nepravu kazneno djelo nečinjenjem (kakav je oblik zapovjedne odgovornosti o kojem trenutno govorimo), potrebno je sljedeće: „garant mora biti sposoban za radnju, nečinjenje mora po djelovanju i značenju biti jednako počinjenju istog djela činjenjem, mora postojati uzročnost nečinjenja kao i isti oblik krivnje koji se glede odnosnog kaznenog djela traži za činjenje.“ Stoga je potrebno utvrditi kauzalitet (odnosno tzv. pseudokauzalitet, jer nečinjenje ništa ne može uzrokovati, stoga se utvrđuje hipotetski), za koji bi se moralo ustanoviti s visokim stupnjem vjerojatnosti da posljedica ne bi nastupila da nije došlo do propusta zapovjednika. Ako se takav stupanj vjerojatnosti ne može utvrditi, potrebno je primijeniti načelo *in dubio pro reo* u korist okrivljenika.¹⁰⁶ Neutvrđivanjem (pseudo)kauzaliteta, zapovjedna odgovornost postaje čistim oblikom odgovornosti za djela drugih.¹⁰⁷

Konačno, treba se dotaknuti i kritike da se izjednačuje nepoduzimanje mjera da se spriječi zločin, s nepoduzimanjem mjera da se kazne počinitelji (kad je kazneno djelo već počinjeno). Naime, nakon što je kazneno djelo već počinjeno, pasivnost zapovjednika se može ispravnije smatrati pomaganjem nakon dovršenog djela (*auxilium post delictum*), koje se smatra zasebnim kaznenim djelom, kao što je slučaj u većini zakonodavstava. Unošenjem tog djela u članak 7(3) Statuta MKSJ-a, neopravdano se kazneno djelo pomaganja nakon dovršenog djela pretvara u supočiniteljstvo u prethodnom kaznenom djelu, bez da je zapovjednik imao bilo kakav stvaran doprinos (i uzročnu povezanost) s tim kaznenim djelom.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Prosecutor v. Delaić & Others (Čelebići), Judgement, ICTY Case No. 96-21-T, 16 November 1998, paragraf 398.

¹⁰⁶ Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 41-42. / novoselec 2004, 156-157

¹⁰⁷ *Ibid.*, str. 44

¹⁰⁸ *Ibid.*, str. 43.

5.3. Zajednički zločinački pothvat

Zajednički zločinački pothvat (skraćeno: ZZP) se definira kao grupa koja djeluje u skladu sa zajedničkim kriminalnim dizajnom ili ciljem. Samo neki pripadnici grupe su neposredni počinitelji kaznenih djela, ali sudjelovanje ili kontribucija ostalih pripadnika je često vitalna u omogućavanju počinjenja tog kaznenog djela. Institut zajedničkog zločinačkog pothvata kao takav predstavlja manifestaciju kolektivnog kriminaliteta.¹⁰⁹

5.3.1. Povijesni razvoj

Konstrukcija zajedničkog zločinačkog pothvata ima povijesne korijene u sličnim konstrukcijama, posebice zavjeri (engl. *conspiracy*). U angloameričkom *common law-u* zavjera je kazneno djelo udruživanja više osoba s ciljem ostvarivanja nekog nezakonitog djela. Zavjera je osobito korisna kao pravni instrument jer obuhvaća odgovornost osoba koje nisu neposredno sudjele u kaznenom djelu, ali su na drugi način bile instrumentalne u njegovom počinjenju, odnosno doprinijele su njegovom izvršenju. Specifično je da je svaki član zavjere odgovoran za svako kazneno djelo počinjeno u sklopu zavjere, bez obzira na njegov osobni objektivni doprinos određenom kaznenom djelu.¹¹⁰

Zavjera kao pravni konstrukt postaje naglo relevantna za međunarodno kazneno pravo, kad je predložena i prihvaćena kao oblik kaznene odgovornosti na Međunarodnom vojnom tribunalu u Nürnbergu. Kao što je ranije rečeno, glavna ideja iza takvog konstrukta je bila kažnjavanje „počinitelja iza počinitelja“, koji bi potencijalno izbjegao kaznu da se njegova odgovornost pokušava dokazati koristeći isključivo klasične (i ograničene) oblike osobne kaznene odgovornosti. Međutim, doskakanje korištenju zavjere je stvorilo određeni otpor i kontroverzu među pravnicima *civil law* sustava¹¹¹, ali i određene probleme u praktičnom korištenju tog konstrukta. Situaciju je slikovito opisao James Rowe, član američkog tužiteljskog tima u Nürnbergu, kad je rekao: „... conspiracy is one of those things that, the more you talk about it, the less clear it becomes.“ Može se reći da je opravdano reći nešto slično o konstrukt zajedničkog zločinačkog pothvata kako ga u svojoj praksi tumači MKSJ.¹¹² Na kraju, suci Međunarodnog vojnog tribunala u Nürnbergu su zavjeru koristili ograničeno, tumačeći je restriktivno, uz zahtjev „da se dokaže dragovoljno sudjelovanje

¹⁰⁹ Prosecutor v. Duško Tadić (IT-94-1-A), Judgement, od 15. srpnja 1999., paragraf 191.

¹¹⁰ Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 48.

¹¹¹ Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 47-48.

¹¹² Josipović, I., op. cit. u bilj. 78., str. 56.

optuženika u zločinačkoj zavjeri te njegovo znanje o njoj kao člana zločinačke organizacije.“¹¹³

Pred MKSJ-om, zavjera je bila direktni i glavni uzor na kojem se temeljio konstrukt zajedničkog zločinačkog pothvata. Ipak, postoje neke značajne razlike: 1. zajednički zločinački pothvat nije samostalno kazneno djelo, dok zavjera može biti kažnjiva samostalno (a ne samo kao oblik počinjenja kaznenog djela), 2. zajednički zločinački pothvat puno neodređenije definira što znači „sporazum“ da se počini kazneno djelo, i često ga izvodi iz zajedničkog plana, dizajna ili cilja, 3. zavjera ne traži dokazivanje da je optuženik igrao neku veću ulogu u njenom izvršenju (odnosno potrebno je utvrditi da je pristao biti dijelom zavjere, kasniji objektivni doprinosi su nebitni kod utvrđivanja odgovornosti), dok zajednički zločinački pothvat traži neku aktivnost svojih članova koja bi se okarakterizirala kao doprinos pothvatu (kasnije ćemo vidjeti kakva mora biti kvaliteta tog doprinosa).¹¹⁴

5.3.2. Elementi zajedničkog zločinačkog pothvata

Doktrinu tzv. zajedničkog zločinačkog pothvata, MKSJ je formulirao po prvi puta u presudi žalbenog vijeća u predmetu Tadić.¹¹⁵ S obzirom na to da ZZP nije naveden kao oblik kaznene odgovornosti sukladno Statutu MKSJ-a, trebalo je obrazložiti kako je Sud došao do takve konstrukcije. Žalbeno je vijeće u navedenom predmetu argumentiralo da je zajednički zločinački pothvat oblik počiniteljstva, jer u opseg pojma “počinjenja” (*commission*) kaznenog djela ulazi i supočiniteljstvo u ostvarenju zajedničkog dizajna ili cilja.¹¹⁶

MKSJ je koncept zajedničkog zločinačkog pothvata razradio te odredio objektivne i subjektivne elemente takvog oblika počiniteljstva, odnosno *actus reus* i *mens rea*, kako su definirani sukladno utjecaju angloameričkog *common law* sustava.

Actus reus zajedničkog zločinačkog pothvata sadrži tri elementa: 1. sudjelovanje više od jedne osobe (osobe ne moraju biti povezane u formalnu strukturu), 2. zajednički plan, dizajn ili cilj, koji predstavlja zločin sukladno Statutu MKSJ-a (ne mora postojati formalni plan, dovoljno je da sudionici djeluju usklađeno ka počinjenju tog zločina), i 3. sudjelovanje okrivljenika u zajedničkom planu, dizajnu ili cilju koji uključuje počinjenje tog zločina (koje

¹¹³ Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 50.

¹¹⁴ *Ibid.*, str. 51

¹¹⁵ Prosecutor v. Duško Tadić (IT-94-1-A), Judgement, od 15. srpnja 1999., paragrafi 190-191.

¹¹⁶ *Ibid.*, paragraf 191.

ne mora biti direktno počinjenje nekog zločina, nego može biti u obliku doprinosa izvršenju tog zajedničkog plana, dizajna ili cilja).¹¹⁷

Mens rea zajedničkog zločinačkog pothvata je utvrđena na specifičan način. Naime, MKSJ je unutar doktrine zajedničkog zločinačkog pothvata razlikovao tri tipa, koji, svaki za sebe, imaju specifični *mens rea*.

Prva kategorija zajedničkog zločinačkog pothvata je tzv. osnovna kategorija, za koju se traži namjera okrivljenika za sudjelovanje u pothvatu, odnosno za doprinošenje zajedničkom cilju, i (posredno) izvršenje zločina kroz pothvat. Ova kategorija se najviše oslanja na angloamerički model zavjere.¹¹⁸

Druga kategorija zajedničkog zločinačkog pothvata je tzv. sistematska ili sustavna kategorija (korištena za predmete zločina u logorima i drugim sličnim organiziranim sustavima), za koji se traži osobno znanje okrivljenika o sustavu i namjera pridonosenja tom sustavu, koji za cilj ima počinjenje zločina sukladno Statutu MKSJ-a, što onda i njega čini odgovornim kroz sudjelovanje u tom sustavu.¹¹⁹

Končano, treća kategorija zajedničkog zločinačkog pothvata, koja je ujedno i najkontroverznija, je tzv. proširena kategorija, za koju je dovoljna namjera okrivljenika da sudjeluje u pothvatu i unaprijedi aktivnosti pothvata, i to na način da zločin (kojeg je počinila druga osoba) nije bio originalna ili dogovorena namjera pothvata, ali je bio predvidiva posljedica i okrivljenik je svjesno pristao na takav rizik sudjelovanjem u pothvatu.¹²⁰

Obično se traženi stupanj krivnje naziva *dolus eventualis*, kojeg je raspravno vijeće u predmetu Stakić definiralo ovako: "Ako subjekt svojim ponašanjem ugrožava život neke osobe, lišavanje te osobe života od strane subjekta postaje namjerno ukoliko je subjekt "pristao" ili se "pomirio s tim" da to njegovo ponašanje može dovesti do smrti."¹²¹

Ovakva osnovna raščlamba zajedničkog zločinačkog pothvata je samo na prvi pogled relativno jednostavna. U razvoju doktrine, kroz praksu su se pojavljivala mnogobrojna pitanja i dvojbe, koje su značajno utjecale na konačne presude i koje su sigurno predstavljale neka od najkontroverznijih sfera rada MKSJ-a.

¹¹⁷ Prosecutor v. Duško Tadić (IT-94-1-A), Judgement, od 15. srpnja 1999., paragraf 227.

¹¹⁸ Josipović, I., op. cit. u bilj. 78., str. 57-58, 60.

¹¹⁹ *Ibid.*, str. 58-60.

¹²⁰ *Ibid.*, str. 59-60.

¹²¹ Prosecutor v. Milomir Stakić (IT-97-24-T), Judgement, od 31. srpnja 2003., paragraf 587.

5.3.3. *Razvoj u praksi MKSJ-a*

Zajednički zločinački pothvat, za razliku od zapovjedne odgovornosti, je relativno nov i u praksi neiskušan konstrukt. Stoga nije iznenađujuće da je u praksi MKSJ-a zajednički zločinački pothvat prošao kroz puno bogatiji razvoj, ali i kolebanja između različitih standarda. U nastavku ću kronološki obraditi razvoj glavnih značajki tog instituta kroz odluke MKSJ-a (poglavito žalbenog vijeća).

Kao što je već ranije izloženo, zajednički zločinački pothvat dobiva svoju prvu formulaciju od strane MKSJ-a u predmetu Tadić¹²². S obzirom na to da su bitni elementi iz te presude već izloženi, neću ih ovdje ponavljati. Međutim, potrebno je opaziti da je žalbeno vijeće u tom predmetu ispravno uočilo da Statut MKSJ-a ne definira ni objektivne ni subjektivne elemente takvog oblika kaznene odgovornosti, nego je potrebno okrenuti se običajnom pravu kako bi se utvrdili elementi zajedničkog zločinačkog pothvata.¹²³

U predmetu Krnolejac, institut ne doživljava posebne novine, ali je zanimljiv način na koji Sud definira zajednički zločinački pothvat: „an understanding or agreement amounting to an agreement between two or more persons that they will commit a crime“.¹²⁴

Nadalje, u predmetu Vasiljević, žalbeno vijeće je iznova potvrdilo da je zajednički zločinački pothvat naprosto oblik „počiniteljstva“, sukladno članku 7(1) Statuta MKSJ-a. Također, ustanovilo je da je za sudionika pothvata dovoljno da počini djelo koje je „na neki način usmjereno na unaprjeđenje zajedničkog dizajna“, uz potrebnu namjeru da se postigne ta zajednička svrha ili cilj.¹²⁵

Sljedeći veliki predmet koji se bavio zajedničkim zločinačkim pothvatom je predmet Kvočka. Žalbeno vijeće, u poprilično kontroverznom stavu, uspostavlja standard da kod tražene kvalitete doprinosa, da bi se nekog smatralo sudionikom pothvata), ne postoji pravni zahtjev da doprinos bude bitan (uz neke iznimke kod sustavnog oblika pothvata).¹²⁶

Žalbeno vijeće razjašnjava standard „previdive posljedice“ kod proširenog oblika zajedničkog zločinačkog pothvata te utvrđuje da se prevedivost utvrđuje subjektivno, odnosno s obzirom na informacije s kojima je konkretna osoba raspolagala.¹²⁷ Nadalje,

¹²² Prosecutor v. Duško Tadić (IT-94-1-A), Judgement, od 15. srpnja 1999., paragraf 194.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ Prosecutor v. Milorad Krnojelac (IT-97-25-T), Judgement, od 15. ožujka 2002., paragraf 80.

¹²⁵ Prosecutor v. Mitar Vasiljević (IT-98-32-A), Judgement, od 25. veljače 2004., paragraf 102.

¹²⁶ Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al. (IT-98-30/1-A), Judgement, od 28. veljače 2005., paragraf 97, 599.

¹²⁷ *Ibid.*, paragraf 86.

utvrđuje da supočinitelj pothvata uopće ne mora osobno ispuniti objektivni element pothvata (*actus reus*) te da ne mora biti fizički pristupan na mjestu i u vrijeme počinjenja zločina.¹²⁸

Kontroverzni stavovi su također obilježili ovaj predmet i pred raspravnim vijećem. Naime, fokusiranjem na utvrđivanje intelektualne komponente, drugi elementi su stavljani u drugi plan. To znači da jednom kad se dokaže spremnost okrivljenika da bude dijelom originalnog koncepta, presumira se da je on namjeravao supočiniti putem pothvata i zločine u okviru tog pothvata, odnosno i izvan pothvata ako su oni bili prirodna i predvidiva posljedica. S time se dokazivanje krivnje izvrće u presumiranje objektivne odgovornosti i narušava se presumpcija nevinosti; stavljanjem okrivljenika u položaj da se mora aktivno braniti i dokazati suprotno (tj. nepostojanje subjektivnog elementa pothvata na svojoj strani).¹²⁹

U predmetu Brđanin, opet dolazi do preinaka između odluka raspravnog i žalbenog vijeća. Isprva, u odluci raspravnog vijeća, traženo je da mora postojati neka vrsta sporazuma između okrivljenika i neposrednog počinitelja kaznenog djela.¹³⁰ Žalbeno vijeće je preinačilo tu odluku na način da je utvrdilo da ipak nije potrebno da je neposredni počinitelj sudionik pothvata, nego je dovoljno da je zločin dijelom „zajedničke svrhe“.¹³¹ Također, nešto ranije u postupku protiv Brđanina, definirana je i doktrina „prebacivanja tereta dokaza“, odnosno Sud je utvrdio da ako „optuženi želi da ospori dobrovoljan karakter svog učešća u zajedničkom zločinačkom pothvatu koji mu se stavlja na teret i ako je to relevantno pitanje za dani predmet, on mora ukazati ili izvesti na suđenju dokaze iz kojih može da se zaključi kako postoji makar razložna mogućnost da njegovo učešće nije bilo dobrovoljno.“¹³²

Nadalje, u predmetu Krajišnik, Sud je ustanovio da nije potrebno definirati svaku osobu koja je pripadnik zajedničkog zločinačkog pothvata, nego je dovoljno uputiti na kategoriju ili grupe osoba. Također, u tom predmetu Sud je ustanovio pretpostavke za uspostavu odgovornosti sudionika pothvata za proširene zločine: „a) da su vodeći članovi ZPP-a obaviješteni o zločinima; b) da nisu ništa učinili da spriječe njihovo ponavljanje i da su nastavili u provođenju ovog proširenja zajedničkog cilja; te c) da su prošireni zločini uključeni u zajednički cilj“. Ne traži se da doprinos bude bitan, ali se traži da barem bude „značajan“.¹³³

¹²⁸ Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al. (IT-98-30/1-A), Judgement, od 28. veljače 2005., paragraf 99, 122.

¹²⁹ Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 143, 165.

¹³⁰ Prosecutor v. Radoslav Brđanin (IT-99-36-T), Judgement, od 1. rujna 2004., paragraf 347.

¹³¹ Prosecutor v. Radoslav Brđanin (IT-99-36-A), Judgement, od 3. travnja 2007., paragraf 410.

¹³² Slučaj Radoslav Brđanin i Miomir Talić, br. IT-39-96, Decision of Form of Further Amended Indictment and Prosecution Application to Amend od 26. lipnja 2001.

¹³³ Prosecutor v. Momčilo Krajišnik (IT-00-39-A), Judgement, od 17. ožujka 2009., paragraf 156, 171, 215.

Sljedeći instanca u kojoj se Sud uvelike bavio pitanjem zajedničkog zločinačkog pothvata je predmet Karadžić, u kojemu je Sud definirao da kod utvrđivanja subjektivnog elementa kod proširenog oblika zajedničkog zločinačkog pothvata, nije potrebno utvrditi „vjerojatnost“ da će prošireni zločin biti počinjen, nego se samo traži da mogućnost da bi mogao biti počinjen bude dovoljno jasna i predvidiva okrivljeniku.¹³⁴

Naposljetku, u predmetu Popović, Sud je utvrdio da ne postoji izričiti vremenski okvir unutar kojeg se utvrđuje standard previdivosti zločina.¹³⁵

5.3.4. Kritike

Jedan od glavnih prigovora koji se upućivao konstruktivnom zajedničkog zločinačkog pothvata je bila prekomjerna elastičnost, pogotovo u pogledu definiranja kriminalne radnje. Dobar primjer navedenog možemo pronaći u uspoređivanju optužnice u predmetu Milošević s optužnicama (i presudama) u predmetima Plavšić, Martić i Stanišić, u kojima bi se optužnice trebale referirati na jedan ZZP (u koji su se udružili svi navedeni čelnici i dužnosnici), ali je ipak došlo do razlika u opisivanju tog istog pothvata u spomenutim predmetima, s različitim kriminalnim radnjama koje se optuženicima stavljaju na teret.¹³⁶ Mettraux ispravno uočava da takva pojava, osim što dovodi u pitanje sam konstrukt, izuzetno otežava okrivljeniku upoznavanje s točnim predmetom optužbe s kojim se mora suočiti.¹³⁷

Treća kategorija ZZP-a je doživjela najviše kritika, usmjerenih na preširoko postavljenu granicu osobne kaznene odgovornosti, koja se svodi na „objektivnu odgovornost sudionika za ekscesna kaznena djela koja nisu bila dio plana“¹³⁸. Ako prihvatimo definiciju supočiniteljstva kako je definira *civil law* sustav, ono je utemeljeno na konceptu vlasti nad djelom. U principu to znači da svaki supočinitelj vlada nekom ulogom koja je bitna za ostvarenje plana, i stoga on posredno vlada cijelim djelom kao supočinitelj. Ovo je bitno uočiti jer osim što predstavlja temelj za ustanovljenje kaznene odgovornosti, ono predstavlja i granicu kaznene odgovornosti. Dakle, supočinitelj neće odgovarati za kaznena djela koja su počinjena u ekscesu originalnog plana (jer nema vlast nad tim planom).¹³⁹ Također, komentatori uočavaju velika kolebanja u odlukama Suda oko traženog stupanja vjerojatnosti ekscesnih zločina kod

¹³⁴ Prosecutor v. Radovan Karadžić (IT-95-5-18-AR72.4), Decision on Prosecution's Motion Appealing Trial Chamber's Decision on JCE III Foreseeability, od 25. lipnja 2009., paragraf 18.

¹³⁵ Prosecutor v. Vujadin Popović et al. (IT-05-88-A), Judgement, od 30. siječnja 2015., paragraf 1696.

¹³⁶ Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 53.

¹³⁷ Mettraux, G., op. cit. u bilj. 61., str. 293.

¹³⁸ Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 55.

¹³⁹ *Ibid.*, str. 54.

proširenog oblika zajedničkog zločinačkog pothvata, sežući od mogućnosti do vjerojatnosti da će takvo ekscesno djelo biti počinjeno.¹⁴⁰

Kao jedan od tri objektivna elementa ZZZP-a, potrebno je sudjelovanje dvoje ili više osoba. Takva neodređenost je rezultirala neujednačenom praksom u pogledu sastavljanja optužnica¹⁴¹, što je dodatno pojačalo dojam da je konstrukt arbitraran i zamišljen kao „široka mreža“ u koju se mogu uloviti sve osobe od interesa. Razlog tako širokom definiranju osoba uključenih u ZZZP, uključujući i nepoznate osobe, nije samo obuhvaćanje svih odgovornih osoba u „mrežu“, nego ima i praktičnu dimenziju omogućavanja lakšeg dokazivanja, osobito trećeg oblika ZZZP-a. Naime, veći broj sudionika ZZZP-a znači i širi broj potencijalnih kaznenih djela koja se mogu počinuti, bilo kao dio plana ili kao predvidiva posljedica ZZZP-a. To omogućuje Tužiteljstvu da lakše dokaže, u široko koncipiranom ZZZP-u, s mnoštvom sudionika, da su razna kaznena djela bila uistinu predvidiva posljedica na koju su sudionici ZZZP-s pristali i stoga odgovaraju po izvedenoj kaznenoj odgovornosti.¹⁴²

Kao što je ranije navedeno, isključeno je utvrđivanje kaznene odgovornosti organizacija, ali oblik zajedničkog zločinačkog pothvata, proširenog tipa, nesumnjivo dolazi izuzetno blizu objektivnoj odgovornosti, na temelju samog članstva u nekoj organizaciji. Iz površne analize, možemo vidjeti da izvođenje osobne kaznene odgovornosti člana neke organizacije „kriminalnog karaktera“ povlači određenu „inkriminiranost“ jer ta osoba sudjeluje u radu te organizacije.¹⁴³ Takve presude su nesumnjivo dovele konstrukt zajedničkog zločinačkog pothvata vrlo blizu objektivnog kolektivnoj odgovornosti.

Mettraux također ispravno uočava da je Tužiteljstvo sastavilo velik broj optužnica na način da su optužnice u suštini općeniti opisi činjenica, koji predstavljaju pozadinu optužbi.¹⁴⁴ Takve činjenice možda ne predstavljaju kazneno djelo samo po sebi, ali definitivno govore u prilog već utvrđenoj kritici da se Sud u prekomjernoj razini fokusira na utvrđivanje objektivnih elemenata i intelektualne sastavnice, na način da se utvrdi da su zločini uistinu počinjeni na opisan način i da je okrivljeni bio toga svjestan. Nakon toga, bez razmatranja daljnjih elemenata (a osobito krivnje okrivljenika), potpomognuto visokim položajima okrivljenika (većina okrivljenika pred MKSJ su bile osobe srednjeg ili visokog položaja u svojim hijerhijama), može dovesti do zaključka da su te osobe nesumnjivo morale biti umiještane (npr. makar prešutnim odobrenjem, ili pomaganjem sustavu, unutar kojeg se onda

¹⁴⁰ Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 146-147.

¹⁴¹ *Ibid.*, str. 101.

¹⁴² *Ibid.*, str. 102-103.

¹⁴³ Mettraux, G., op. cit. u bilj. 61., str. 292.

¹⁴⁴ *Ibid.*

dogodio zločin u ekscesu) i stoga krive za te zločine. Takav zaključak je očito pogrešan iz više razloga, ali na plastičan način oslikava potencijalno osnovni misaoni proces kod taktiziranja na koji način dokazati krivnju pred MKSJ-om u nedostatku izravnih dokaza.

Još jedna velika kritika ZZP-a je izuzetno niski prag odgovornosti sudionika pothvata s obzirom na radnju tj. objektivni element, koji je čak niži i u odnosu na pomagatelja i podržavatelja tog istog djela! Naime, kod pomagatelja i podržavatelja se traži da podrška ima kvalitetu koja se opisuje kao *substantial contribution*¹⁴⁵, dok se od sudionika ZZP-a samo traži da na neki način djeluje u provedbi zajedničke namjere, plana ili cilja (dakle radnja ne mora imati kvalitetu značajnog učinka!).¹⁴⁶

Posebna kritika se upućuje konstruktivnom zajedničkom zločinačkom pothvatu u vidu utvrđivanja krivnje za kaznena djela koja zahtijevaju posebnu namjeru, tzv. *dolus specialis*. Genocid je klasični primjer takvog kaznenog djela, za kojeg je specifično da je počinitelj morao postupati sa specifičnom namjerom (npr. namjerom uništenja jedne religijske grupe). Čak i ako je počinitelj ispunio objektivni element kaznenog djela, on neće biti proglašen krivim za genocid ako nije imao traženo stanje svijesti tj. posebnu namjeru s kojom je postupao (nego će biti kriv za neko drugo kazneno djelo, npr. ubojstvo).

Međutim, MKSJ je osudio generala Krstića iako mu nije dokazana posebna genocidalna namjera. Naime, on je kažnjen kao sudionik zajedničkog zločinačkog pothvata za etničko čišćenje Srebrenice i to na način da bi razumna osoba mogla zaključiti, u danim okolnostima, da je genocid „prirodna i predvidiva posljedica“ realizacije zajedničkog cilja.¹⁴⁷ Također, i u drugim slučajevima, u predmetima (Prlić, Gotovina) je optuženicima, korištenjem iste konstrukcije, bilo stavljeno na teren da su odgovorni za zločin protiv čovječnosti (za progon, za kojeg se traži *dolus specialis*), ali kroz prošireni oblik zajedničkog zločinačkog pothvata. To svakako predstavlja objektivizaciju standarda krivnje i u izravnoj je suprotnosti s potrebom dokazivanja posebne namjere (*dolus specialis*).¹⁴⁸

Takvo postupanje MKSJ-a zasigurno nije ispravno. Mettraux zaključuje da primjena oblika kaznene odgovornosti (poput proširenog oblika zajedničkog zločinačkog pothvata) ne može nadomjestiti osnovni element zločina (poput specijalne namjere). Također, ustanovljuje da *dolus specialis* daje posebni identitet tim međunarodnim zločinima (tzv. *chapeu element*), na čemu i MKSJ temelji svoju jurisdikciju. Konačno, obara argument da se neki nacionalni

¹⁴⁵ Prosecutor v. Duško Tadić (IT-94-1-A), Judgement, od 15. srpnja 1999., paragraf 229.

¹⁴⁶ Mettraux, G., op. cit. u bilj. 61., str. 291.

¹⁴⁷ Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 166-167.

¹⁴⁸ *Ibid.*, str. 152.

sustavi zadovoljavaju znanjem (umjesto namjerom) za ustanovljenje krivnje pomagača, pozivajući se na to da nije ispravno koristiti direktnu analogiju između nacionalnih i međunarodnih kaznenih djela, koja imaju svoje posebne identitete i stoga specifičnosti.¹⁴⁹

5.3.5. Izazovi s dokazivanjem

Kad govorimo o razvoju doktrine zajedničkog zločinačkog pothvata, nužno je sagledati ne samo pravne elemente doktrine, nego i faktične okolnosti koje su dovele do pojave takvog specifičnog konstrukta. Među tim faktičnim okolnostima, osobito se ističu problemi s dokazivanjem neposredne umiješanosti visokorangiranih osoba u kaznena djela kakva su bila rasprostranjena u sukobima na području bivše Jugoslavije. Da je taj razvoj bio postepen, može se vidjeti iz iz postepenog prelaska s korištenja „klasičnih“ oblika počiniteljstva (uključujući zapovjednu odgovornost) u ranim optužnicama pred MKSJ-om, na jako rasprostranjeno korištenje doktrine zajedničkog zločinačkog pothvata za veliku većinu optužnica u kasnijim godinama rada MKSJ-a. Zajednički zločinački pothvat je oblik počinjenja kaznenog djela za koji se najčešće sudi na MKSJ-u.¹⁵⁰ Po nekim izračunima, od 2000. godine, 81% optužnica se temelji na konstrukciji ZZP-a.¹⁵¹

Kod organiziranog kriminala, odnosno kod počinjenja zločina putem organiziranih sustava (bilo vojnih, upravnih, civilnih, narav sustava je sporedna), najodgovornije osobe obično nisu neposredni počinitelji, nego stoje u pozadini i kontroliraju cijeli organizirani sustav. Kod dokazivanja, vrlo je teško dokazati da su čelnici takvih organizacija direktno oblikovali namjeru neposrednog počinitelja. Naime, često između čelnika i neposrednog počinitelja stoji više posrednika, ali također čelniku je u pravilu svejedno tko je počinitelj zločina i on je kao takav zamjenjiv i u odnosu na čelnika je generičan.¹⁵²

Stoga, iz gore navedenog, nije bilo moguće koristiti klasične institute pomaganja i poticanja na kazneno djelo, prvenstveno zbog prevelike udaljenosti tih osoba i nepostojanja dovoljno izravnog odnosa. Nadalje, dokazivanje krivnje čelnika putem instituta zapovjedne odgovornosti (koja dakle obuhvaća i zapovjednu odgovornost civila, npr. predsjednika države), je naišlo na brojne poteškoće. Kao zadnja i najnovija opcija, pristupa se korištenju konstrukcije ZZP-a, osobito trećeg proširenog oblika, u kojem skoro pa nije potrebno dokazivati kognitivnu i funkcionalnu sastavnicu, a *dolus eventualis* kao oblik krivnje se

¹⁴⁹ Mettraux, G., op. cit. u bilj. 61., str. 212-213.

¹⁵⁰ I. Josipović, op. cit. u bilj. 81., str. 133.

¹⁵¹ Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 23.

¹⁵² *Ibid.*, str. 15.

formulira kroz intelektualnu sastavnicu, odnosno kroz svjesno sudjelovanje u ZZP-u i svjesno pristajanje na rizik da je počinjenje zločina predvidljiva posljedica pothvata, zbog same prirode i naravi plana, dizajna ili cilja.¹⁵³

Osiel smatra da je došlo do pomaka od korištenja konstrukta zapovjedne odgovornosti na konstrukt zajedničkog zločinačkog pothvata jer „zvučni ozbiljnije i implicira veću stigmatizaciju“, ali također vidi razloge povezane s poteškoćama u dokazivanju svih elemenata zapovjedne odgovornosti, a osobito efektivnu kontrolu nadređenog.¹⁵⁴

U svakom slučaju, izvjesno je da su pozadinski razlozi nužno bili duboko povezani s praktičnom naravi posla kojeg je ispred sebe imalo Tužiteljstvo. Treba imati na umu da je Tužiteljstvo, postupajući u vlastitom interesu, koristilo konstrukte koji su mu omogućili da na najlakši i učinkovitiji način dokaže krivnju i ishodi osuđujuću osudu. Stoga, ne iznenađuje veliko oslanjanje Tužiteljstva na konstrukt zajedničkog zločinačkog pothvata, nego jedino mogu biti iznenađujuće konačne presude sudskih vijeća, koja su trebala postupati balansirano, u skladu s međunarodnim pravom i mandatom koji im je dan.

5.3.6. Odnos s načelom zakonitosti

Iako je već prethodno bilo govora o međunarodnom običajnom pravu i načelu zakonitosti te odnosu Suda spram njega, kod konstrukta zajedničkog zločinačkog pothvata MKSJ je posvetio dodatnu pažnju da dokaže ukorijenjenost tog konstrukta u običajnom pravu. Razlog tome je činjenica da zajednički zločinački pothvat, za razliku od drugih oblika počinjenja, nije izravno spomenut u Statutu MKSJ-a, nego ga je Sud stvorio analogijom, koju je onda potrebno opširnije i uvjerljivije opravdati.

U predmetu Tadić, žalbeno vijeće se pozvalo na nekoliko presuda za zločine počinjenje tijekom Drugog svjetskog rata, dva međunarodna ugovora i na nekoliko nacionalnih pravnih sustava koji poznaju institute slične zajedničkom zločinačkom pothvatu. Sve to koristi kao argument da dokaže da je konstrukt zajedničkog zločinačkog pothvata uistinu bio dio međunarodnog običajnog prava.¹⁵⁵

Međutim, mnogi autori su kritizirali izvore koje MKSJ navodi kao precedente za običajno pravo i stava su da je brzopleto prihvaćanje ustanova vikarijaskе kaznene

¹⁵³ Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 23.

¹⁵⁴ Nedostupna literatura, preuzeto iz Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 50.

¹⁵⁵ Prosecutor v. Duško Tadić (IT-94-I-A), Judgement, od 15. srpnja 1999., paragraf 226.

odgovornosti štetno za razvoj međunarodnog kaznenog prava.¹⁵⁶ Ne ulazeći u iscrpnu analizu, neki komentatori zaključuju da sudski predmeti koje MKSJ navodi kao precedente ne odgovaraju u potpunosti zaključcima koje MKSJ iz njih izvodi.¹⁵⁷ I dva međunarodna ugovora koja Sud navodi kao izvore se mora otkloniti iz jednostavnog razloga što ugovori nisu uopće bili na snazi *tempore criminis*.¹⁵⁸ Na kraju, i pozivanje Suda na nacionalne pravne sustave u kojima je koncept zajedničkog zločinačkog pothvata prihvaćen u najširem smislu je neutemeljen, jer kao što analiza pokazuje, u tim pravnim sustavima baš nasuprot traju žive rasprave oko tog koncepta.¹⁵⁹ Također, indicija tome je i kontroverza koju je institut zajedničkog zločinačkog pothvata izazvao u međunarodnoj zajednici, što sigurno ne bi bio slučaj da je takav institut već bio dijelom međunarodnog običajnog prava.

Ukratko, od svih navedenih argumenata Suda, ispada da samo jedna presuda nacionalnog suda u razdoblju nakon Drugog svjetskog rata koristi konstrukt sličan proširenom tipu zajedničkog zločinačkog pothvata. Treba se stoga složiti s kritičarima i zaključiti da MKSJ neopravdano tvrdi da je prošireni oblik zajedničkog zločinačkog pothvata čvrsto ukorijenjen u međunarodnom običajnom pravu i da takav konstrukt ne postoji u međunarodnom običajnom pravu, a svakako nije postojao *tempore criminis* za zločine za koje je MKSJ bio nadležan suditi.¹⁶⁰

Nametanje „novih“ rješenja poput zapovjedne odgovornosti civila ili, još kontroverznije, proširenog oblika zajedničkog zločinačkog pothvata, dovodi u pitanje je li MKSJ djeluje sukladno načelu zakonitosti, odnosno njegovom subjektivnom sadržaju predvidivosti (*foreseeability*) i dostupnosti (*accessibility*).¹⁶¹ Europski sud za ljudska prava definira te elemente na sljedeći način: „predvidivost“ znači da zakon mora biti jasan i precizan na način da adresati mogu pretpostaviti kakve bi posljedice izazvalo njihovo ponašanje, a „dostupnost“ znači da zakon biti dostupan svim adresatima kako bi se mogli upoznati sa njegovim sadržajem (u kontekstu Europskog suda za ljudska prava, „zakon“ može značiti pisani zakon ili nepisano običajno pravilo).¹⁶² Moguće je posegnuti i za nacionalnom pravom kako bi se utvrdilo da je okrivljenik znao da je određeno ponašanje zabranjeno i kažnjivo.¹⁶³

¹⁵⁶ Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 46. – Danner i Martinez, Bogdan, Engvall i drugi.

¹⁵⁷ Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48. str. 70-74.

¹⁵⁸ *Ibid.*, str. 75.

¹⁵⁹ *Ibid.*, str. 78.

¹⁶⁰ *Ibid.*, str. 82.

¹⁶¹ *Ibid.*, str. 59.

¹⁶² *Ibid.*, str. 86.

¹⁶³ *Ibid.*, str. 87.

Također, može se prigovoriti praksi Suda u odnosu na načelo zakonitosti u vezi s oblikom krivnje koji se trebao dokazati za osudu za određena kaznena djela. Naime, *dolus eventualis*, za kojeg je već ranije rečeno da je nepoznat u kontinentalnom pravu, može se usporediti s tzv. *recklessness* u *common law-u*. Ali, čak i u *common law-u*, *recklessness* nije dostatan oblik krivnje da se nekoga proglasi krivim za najteža kaznena djela (kao npr. ubojstva). Traži se dodatno dokazivanje visokog stupnja ravnodušnosti („abandoned and malignant heart“). S obzirom na navedeno, zanimljivo je na koji način je MKSJ došao do standarda da se osobe mogu proglasiti krivima za najteže međunarodne zločine na temelju oblika krivnje koji je niži od neizravne namjere (*dolus eventualis*).

5.4. Kumulacija izvedenih oblika kaznene odgovornosti

MKSJ je dosta rano, u predmetu Nikolić, utvrdio da ista osoba može biti proglašena krivom kumulativno po članku 7(1) i 7(3) Statuta, u smislu da je osoba direktno sudjelovala u počinjenju zločina, ali ga je također propustila spriječiti sukladno svojim obvezama kao zapovjednika.¹⁶⁴ Također, u predmetu Krstić, raspravno vijeće je utvrdilo da se zapovjedna odgovornost „podvodi“ pod izravniji oblik počiniteljstva.¹⁶⁵ U predmetu Blakšić, raspravno vijeće opravdano istaknulo da je nelogično nekog zapovjednika proglasiti krivim za počiniteljstvo, a istovremeno ga teretiti zbog toga što nije spriječio to kazneno djelo ili kaznio počinitelje.¹⁶⁶

Žalbeno vijeće u predmetu Krstić je preinačilo prvotni stav raspravnog vijeća i formuliralo stav da "višestruke osude po različitim odredbama statuta ali zasnovane na istom ponašanju dopustive... samo ako svaka od tih odredbi sadrži materijalno različit element koji druga ne sadrži."¹⁶⁷ Takav stav u principu ostaje konačni stav MKSJ-a glede pitanje kumuliranja odgovornosti po članku 7(1) i 7(3) Statuta MKSJ-a.

¹⁶⁴ Ivičević, E., op. cit. u bilj. 69., str. 127-128.

¹⁶⁵ Prosecutor v. Radislav Krstić (IT-98-33-T), Judgement, od 2. kolovoza 2001., paragraf 605.

¹⁶⁶ Prosecutor v. Tihomir Blaškić (IT-95-14-T), Judgement, od 3. ožujka 2000., paragraf 337.

¹⁶⁷ Priručnik o razvijenim sudskim praksama MKSJ-a, UNICRI, Sarajevo, 2009, str. 132.

6. ZAKLJUČAK

Kao što smo kroz analizu utvrdili, pri primjeni doktrine zapovjedne odgovornosti, MKSJ je u svojim presudama prouzročio ozbiljne kritike. Nužnost je uočiti da zapovjednik ne može uvijek garantirati zakonito postupanje svojih podređenih i stoga pravne odredbe ne bi trebale povlačiti odgovornost zapovjednika koji objektivno nije mogao predvidjeti i/ili spriječiti te postupke. U suprotnom, erodiranjem ovog temeljnog principa, udaljavamo se od načela krivnje i opasno se približavamo načelu objektivne odgovornosti.¹⁶⁸ Takva doktrina, koja kombinira kazneno djelo nečinjenjem (omisivni delikt) i minimalni stupanj krivnje (na granici nehaja i objektivne odgovornosti), je vrlo neobična kombinacija koja dovodi u pitanje svrhu kažnjavanja.¹⁶⁹

Kod primjene doktrine zajedničkog zločinačkog pothvata je došlo do još većih kritika koje idu toliko daleko da se čak tvrdi da je s njome *de facto* uspostavljen oblik kolektivne kaznene odgovornosti.¹⁷⁰ Konstrukt proširenog zajedničkog zločinačkog pothvata je osobito sporan, pogotovo ako se uzme u obzir životna činjenica da su se tijekom vojnih sukoba pojedinci pridruživali grupama po nacionalnom ključu. Do takvog pridruživanja najčešće ne dolazi zbog želje da se sudjeluje u zločinačkom pothvatu, nego se osoba pridružuje zbog osiguravanja vlastite sigurnosti i opstanka. Definiranjem zajedničkog zločinačkog pothvata jako široko, s velikim brojem sudionika, i kad se uzmu u obzir tadašnje ratne okolnosti, prosječnoj osobi je zapravo moglo biti predvidivo gotovo bilo što, s time da napuštanje grupe nije bila realistična opcija za većinu pojedinaca jer bi s time sebe izložili riziku.¹⁷¹ Također, u velikim sukobima, kolateralna šteta je u principu neizbježna. S tim zaključkom se opravdano postavlja pitanje kako je uopće moguće izvesti neku veću akciju (npr. vojnu akciju ili promijeniti političko stanje u državi) bez da takva akcija potpadne pod odgovornost u sklopu proširenog tipa ZZP-a, jer je bilo moguće predvidjeti da će uz takvu akciju biti počinjena neka kaznena djela u ekscesu.¹⁷²

Nakon iscrpne analize dva oblika izvedene kaznene odgovornosti u praksi MKSJ-a, možemo sumirati sve kritike pod zajednički nazivnik primjene prava koje nije bilo dijelom

¹⁶⁸ Ivičević, E., op. cit. u bilj. 69., str. 123. / Bass 353

¹⁶⁹ Nečinjenje i nehaj nisu sporni zasebno, ali su problematični skupa. Npr. nehaj kao nizak stupanj krivnje se „kompenzira“ aktivnim činjenjem, dakle voljnim elementom (ista je logika za obratni slučaj), v. Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 35.

¹⁷⁰ *Ibid.*, str. 123.

¹⁷¹ Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 167.

¹⁷² *Ibid.*, str. 132.

međunarodnog običajnog prava u vrijeme počinjenja zločina.¹⁷³ MKSJ je ostao naizgled ravnodušan i dismisivan prema takvim kritikama, govoreći u prilog progresivnom razvoju međunarodnog kaznenog prava kroz sudski „law-making“, za što tvrdi da je nužni dio pravne tradicije.¹⁷⁴

Recepciji rada MKSJ-a također nije doprinijela percepcija selektivnosti, osobito među građanima zemalja bivše Jugoslavije. Navodeći samo neke primjere, opravdano se postavljaju pitanja zašto nije došlo do istrage bombardiranja SR Jugoslavije od strane NATO saveza 1999. godine¹⁷⁵, zašto se koncept zajedničkog zločinačkog pothvata povremeno primjenjuje liberalno, dok je u usporedivim slučajevima skroz odbačen,¹⁷⁶ te zašto su neke vojne operacije bile predmetom optužbi pred Sudom, dok su usporedive operacije ostale u sjeni.¹⁷⁷

Na kraju, kad se cijelo tijelo prakse Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju sagleda skupno, kad se analiziraju kritike i reakcije na rad Suda te učinak koji je Sud ostavio na pravnom polju i šire, jasno je da „konačna presuda“ radu Suda uvelike ovisi o tome koju stanu se pita za mišljenje. Ako se vratimo na početak i svrhu osnivanja Suda, koja je ultimativno trebala biti uspostavljanje mira i pomirbe, upitno je u kojem obujmu je ta svrha ostvarena, ako je uopće.¹⁷⁸

U svakom slučaju, za kakvu god se ocjenu na kraju odlučimo, nesporno je da je rad Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju ostavio velik trag u razvoju međunarodnog kaznenog prava i predstavljao velik korak ka ostvarenju međunarodne vladavine prava.

¹⁷³ Bonačić, M., op. cit. u bilj. 6., str. 155.

¹⁷⁴ Mettraux, G., op. cit. u bilj. 61., str. 18.

¹⁷⁵ Kerr, R., op. cit. u bilj. 3, str. 202.

¹⁷⁶ Autori ističu sličnosti između slučaja Martić i tzv. „vukovarske trojke“, smatrajući da je koncept liberalno primjenjen u predmetu Martić, dok uopće nije primjenjen kod „vukovarske trojke“, v. Gracin, D., Domjančić, S., *Kritični osvrt na primjenu kazne oduzimanja slobode u praksi Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju nakon presude u predmetu Prlić i drugi*, Pravni vjesnik, 2020., br. 2., str. 25.

¹⁷⁷ Autor ističe da nije jasno zbog čega se VRO Oluja našla kao predmet istrage unutar koncepta zajedničkog zločinačkog pothvata, dok VRO Bljesak nije, iako postoje brojne sličnosti između njih, uključujući vrlo sličan krug osoba koji je provodio obje operacije, v. Bojanić, I., op. cit. u bilj. 48., str. 116.

¹⁷⁸ Bonačić, M., op. cit. u bilj. 6., str. 43.

POPIS LITERATURE

1. Bojanić, I. *et al.*, *Teorija zajedničkog zločinačkog pothvata i međunarodno kazneno pravo – izazovi i kontroverze*, Akademija pravnih znanosti Hrvatske, Zagreb, 2011.
2. Bonačić, M., *Naslijeđe Međunarodnoga kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju : doktorski rad*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2015.
3. Danner, A., M.; Martinez, J. S., *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law*, 93 California Law Review, 2005.
4. Gracin, D., Domjančić, S., *Kritični osvrt na primjenu kazne oduzimanja slobode u praksi Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju nakon presude u predmetu Prlić i drugi*, Pravni vjesnik, 2020., br. 2.
5. Ivičević, E., *Criminal Command Responsibility*, u Josipović, I., *Responsibility for war crimes: Croatian perspective - selected issues*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2005.
6. Josipović, I., *Ratni zločini: Priručnik za praćenje suđenja*, Centar za mir, nenasilje i ljudska prava, Osijek, 2007.
7. Kerr, R., *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: an exercise in law, politics and diplomacy*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
8. Krapac, D., *Uvod*, u Čičak, I. Z., *Međunarodni sud za ratne zločine na području bivše Jugoslavije*, Hrvatski helsinški odbor za ljudska prava, Zagreb, 1995.
9. Mettraux, G., *International crimes and the ad hoc tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
10. Morris, V.; Scharf, M. P., *An insider's guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: a documentary history and analysis*, Transnational Publishers, Irvington-on-Hudson, 1995.
11. Munivrana, M., *The Principle of Legality in International Criminal Law*, u Josipović, I., *Responsibility for war crimes: Croatian perspective - selected issues*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2005.
12. Priručnik o razvijenim sudskim praksama MKSJ-a, UNICRI, Sarajevo, 2009, str. 132.
13. Šimonović, I., *The Evolution of International Criminal Courts: Will it Lead to a Permanent Court with Universal Jurisdiction*, u Josipović, I., *Responsibility for war crimes: Croatian perspective - selected issues*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2005.
14. Williams, P., R.; Scharf, M., P., *Peace with Justice? War crimes and accountability in the former Yugoslavia*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2002.